

# Lima Arbitration

Revista del Círculo Peruano de Arbitraje N° 6 - 2014

Jan Kleinheisterkamp

Pilar Perales

Herfried Wöss

Dante Figueroa

Jennifer Cabrera

Francisco González de Cossío

Orlando F. Cabrera

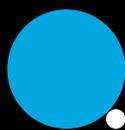
René Irra de la Cruz

Luis Miguel Velarde

Jonathan W. Lim

James Graham

Fernando Cantuarias



Lima Arbitration



# Lima Arbitration

Revista del Círculo Peruano de Arbitraje N° 6 - 2014

## EDITOR GENERAL

Roger Rubio Guerrero

## CONSEJO CONSULTIVO

Roberto MacLean Ugarteche

Fernando de Trazegnies Granda

Franz Kundmüller Caminiti

Fernando Cantuarias Salaverry

Luis Ramírez-Daza

Carlos Ruska Maguiña

Jan Kleinheisterkamp

Franz Stirnimann

Roger Rubio Guerrero

*Lima Arbitration* no realiza correcciones de estilo a los textos que se envían. Las opiniones de los autores no reflejan necesariamente la opinión de los editores o del Círculo Peruano de Arbitraje y son de su exclusiva responsabilidad.

## Lima Arbitration

Revista del Círculo Peruano de Arbitraje N° 6 - 2014

© Círculo Peruano de Arbitraje

E-mail: [rrubio@limaarbitration.net](mailto:rrubio@limaarbitration.net)

Página web: [www.limaarbitration.net](http://www.limaarbitration.net)

Diseño y diagramación: Círculo Peruano de Arbitraje

Composición de textos: Alvaro Manrique Barrenechea y Daniel Cuentas Pino

El contenido de la Revista no puede ser publicado en otra página de internet sin autorización de Lima Arbitration.

Este documento puede ser citado, total o parcialmente, siempre y cuando se mencione la fuente. Por favor envíenos copia de cualquier documento, artículo u otro que cite esta publicación.

# Contenido

## La autonomía de la voluntad, el derecho transnacional y el arbitraje internacional

JAN KLEINHEISTERKAMP .....	11
I. Introducción .....	11
II. La autonomía de la voluntad en el/los derecho/s del arbitraje internacional .....	13
A) El ejercicio directo de la autonomía de la voluntad por las partes .....	14
1. La libertad de elegir la ley aplicable .....	14
2. La libertad de elegir reglas de derecho no estatales.....	16
B) El ejercicio de la elección de la ley aplicable delegada a los árbitros .....	21
III. Conclusión.....	24

## The role of arbitral institutions under the 2010 UNCITRAL Arbitration Rules

PILAR PERALES VISCASILLAS .....	26
I. Introduction .....	26
II. The choice of the parties: <i>ad hoc</i> v. institutional arbitration. Limitations of party autonomy .....	31
III. Are <i>ad hoc</i> arbitrations under the UNCITRAL Arbitration Rules a third type of arbitration? .....	36
3.1. Arbitration rules are not essential for the distinction between <i>ad hoc</i> and institutional arbitration .....	37
3.2. The special role of the appointing authority under the UNCITRAL Arbitration Rules .....	40
a) The role of the appointing authority under UAR .....	40
b) Institutions that act as appointing authority under UAR .....	42
c) Arbitrations under UAR are not a hybrid or a third type of arbitration .....	44
IV. The increase use of the UNCITRAL Arbitration Rules as the institutional rules of arbitral institutions or other interested bodies .....	52
4.1. The UNCITRAL Rules as a model or guide.....	53
4.2. The UNCITRAL Rules as arbitration rules of arbitral institutions.....	53
4.3. Adoption of the UNCITRAL Arbitration Rules by the legislator as institutional rules or <i>ad hoc</i> rules.....	57

V. The administration of disputes under the UNCITRAL Arbitration Rules .....	58
5.1. Institutions that administer disputes under UAR .....	60
5.2. The tension between the principle of minimum interference with UAR and the administration of the arbitration by the institution .....	61
5.3. The PCA as administrator .....	68
5.4. A final comment.....	73
VI. Institutions that provide some administrative services in <i>ad hoc</i> arbitrations under the UNCITRAL Arbitration rules .....	74

## El contrato administrativo, inarbitrabilidad y el reconocimiento de laudos anulados en el país de origen. El Caso *Commisa*

HERFRIED WÖSS / DANTE FIGUEROA / JENNIFER CABRERA .....	77
I. Introducción .....	77
II. El Caso <i>Commisa</i> y el riesgo sistémico del contrato administrativo .....	80
A) Comentarios generales .....	80
B) La problemática del ' <i>contrat administratif</i> ' del Derecho francés en México y en Latinoamérica .....	81
C) El caso <i>Commisa</i> : la conversión de un Acto de <i>iure gestionis</i> a un acto de <i>iure imperii</i> en juicio paralelo y su consecuente inarbitrabilidad.....	82
D) La anulación del laudo <i>Commisa</i> por violación al orden público y cosa juzgada refleja como consecuencia del juicio paralelo .....	85
III. Reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales internas que anulan laudos arbitrales bajo las Convenciones de Nueva York y Panamá .....	88
A) El poder para anular laudos arbitrales bajo la Convención de Nueva York .....	89
B) El poder para rechazar la ejecución de un laudo arbitral extranjero.....	90
IV. <i>Commisa</i> en las Cortes Estadounidenses .....	96
A) La primera acción de Nueva York: el laudo es confirmado .....	96
B) Segundo round ante la S.D.N.Y.: El laudo ICC es aprobado.....	97
1. La decisión mexicana de anulación se basó en la aplicación retroactiva del artículo 98° .....	98
2. Una aceptación de la decisión de anulación mexicana no dejaría ningún recurso a <i>Commisa</i> .....	100
3. Precedentes legales permiten la confirmación de los laudos anulados en circunstancias limitadas .....	101
C) Otra apelación .....	104
V. Conclusión.....	105

Los lineamientos de la *International Bar Association* sobre representación en arbitraje internacional: *Much Ado about Nothing?*

FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO ..... 107

- I. Preocupaciones ..... 107
  - A) Lo que se dice ..... 108
    - 1. ¿Era necesario? ..... 108
    - 2. Soluciones que no admiten generalización ..... 109
    - 3. Generan complicaciones ..... 109
    - 4. Sobre-legislación ..... 109
  - B) Lo que no se dice ..... 110
- II. Contenido ..... 111
  - A) Aplicabilidad y alcance ..... 111
  - B) Representación de partes ..... 112
  - C) Comunicaciones con árbitros ..... 112
  - D) Promociones ante el tribunal ..... 112
  - E) Intercambio documental ..... 112
  - F) Expertos y testigos ..... 113
  - G) Soluciones ..... 113
- III. Comentario final ..... 115

De las cortes medievales de equidad a los Tribunales CIADI de inversión: innovación judicial, acciones colectivas y consentimiento al arbitraje

ORLANDO F. CABRERA ..... 116

- I. Introducción ..... 116
- II. Hechos del caso *Abaclat* ..... 118
- III. ¿Constituye *Abaclat* una acción colectiva? ..... 121
  - A) Legitimación Colectiva ..... 121
  - B) Objeto de la Controversia ..... 123
  - C) Cosa juzgada ..... 124
  - D) Naturaleza del caso ..... 125
- IV. El origen de los procedimientos colectivos y el consentimiento al arbitraje ..... 126
- V. Silencio calificado ..... 128
  - A) Los límites de la experimentación procesal y las reglas de arbitraje ..... 129
  - B) Imprevisibilidad de las acciones colectivas ..... 132
  - C) Interpretación ..... 132
- VI. Conclusión ..... 133

## El concepto de *lis pendens* en el arbitraje comercial internacional

RENÉ IRRA DE LA CRUZ.....	134
I. Introducción .....	134
II. Consideraciones preliminares .....	135
A) <i>Lis pendens</i> : concepto.....	135
B) Requisitos y características de la excepción de <i>lis pendens</i> .....	137
III. Procedimientos paralelos: posibles soluciones .....	140
A) Procedimiento arbitral frente a un procedimiento judicial .....	140
1. ¿Jurisdicción arbitral exclusiva?: suspensión de procedimientos judiciales .....	141
2. Suspensión del procedimiento arbitral frente a un procedimiento judicial .....	144
3. Cuestiones jurisdiccionales y <i>lis pendens</i> .....	144
4. El caso Fomento.....	145
B) Procedimientos paralelos entre tribunales arbitrales .....	147
1. <i>Lis pendens</i> y procedimientos relacionados en arbitraje comercial internacional.....	147
2. Procedimientos paralelos: arbitraje comercial y arbitraje de inversión.....	149
3. Soluciones propuestas .....	152
IV. Conclusiones .....	153

## Revisión judicial de laudos arbitrales de inversión: propuestas para navegar la zona de penumbra entre jurisdicción y admisibilidad

LUIS MIGUEL VELARDE SAFFER / JONATHAN W. LIM .....	155
I. Introducción .....	155
II. Jurisdicción vs. admisibilidad: el argumento sobre consentimiento .....	157
III. Orientación existente para navegar la “zona de penumbra” .....	160
IV. Propuestas de los autores .....	162
V. Conclusión.....	164

## Las *anti-suit injunctions* en materia arbitral en América Latina

JAMES GRAHAM .....	166
I. Anti-suits injunctions ordenadas por el tribunal judicial .....	168
II. Anti-suits injunctions ordenadas por un tribunal arbitral.....	171
III. Conclusión.....	172

## El levantamiento del velo societario en el Perú: comentarios al caso TSG

FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY .....	173
I. Breve resumen de la controversia .....	174
II. El arbitraje y de la decisión del tribunal arbitral .....	174
III. El primer pronunciamiento de la Corte Superior: la anulación del laudo .....	176
IV. Casación de la Corte Suprema de la república .....	178
V. El segundo pronunciamiento de la Corte Superior .....	178
VI. Comentarios a estos fallos .....	179
A) El laudo .....	180
B) El primer pronunciamiento de la Corte Superior .....	181
C) El fallo de la Corte Suprema de la república .....	182
D) El segundo pronunciamiento de la Corte Superior .....	182

## *The Idea of Arbitration* por Jan Paulsson

FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO .....	185
------------------------------------	-----



# La autonomía de la voluntad, el derecho transnacional y el arbitraje internacional

JAN KLEINHEISTERKAMP<sup>1</sup>

«Una disposición contractual que especifica de antemano el foro en el que las controversias serán resueltas, al igual que la ley que debe aplicarse es... casi una condición indispensable para obtener el orden y previsibilidad que son esenciales para toda operación de comercio internacional».

SCHERK V. ALBERTO-CULVER Co.,  
417 U.S. 506, 516-517  
(U.S. Supreme Court 1974)

## I. Introducción

La autonomía de la voluntad es, según el extracto antes citado, una de las garantías más fuertes de seguridad jurídica en los contratos internacionales. ¿Quién mejor que las propias partes para definir los derechos y obligaciones que asumen la una con la otra en los contratos de comercio internacional? Sin embargo, ellas no pueden obtener la certeza sobre la definición de estos derechos y obligaciones sin tener un cierto grado de certeza sobre la ley que será aplicada para determinar los derechos y las obligaciones –y el foro que los aplicará. Tanto las cláusulas de elección de la ley como las cláusulas de jurisdicción, sobre todo

---

<sup>1</sup> Doctor en Derecho por la Universidad de Hamburgo, Alemania; Profesor de Derecho en la London School of Economics, profesor invitado en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Lovaina. Quiero agradecer a mis estudiantes Lucía Canga Roza, Yolanda Ferrer Donat y Rosa Carolina Vizcarra Vargas por su ayuda con la versión castellana de este artículo.

bajo la forma de cláusulas compromisorias, son actualmente consideradas como los estándares en los contratos de comercio internacional, precisamente porque permiten a las partes obtener el orden y previsibilidad tan esenciales, tal y como lo ha subrayado la famosa decisión citada anteriormente de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Este marco material y procesal de las cláusulas que han sido acordadas entre las partes es precisamente una expresión de la autonomía de la voluntad de las partes.

Si la elección de recurrir al arbitraje como procedimiento transnacional de resolución de conflictos, y por consecuencia específicamente adaptado a las necesidades particulares de los operadores del comercio transnacional (y sus abogados), es hoy en día una realidad muy evidente, la emergencia de un derecho transnacional material no ha recibido aún el mismo reconocimiento ni la misma notoriedad. El elogio de –y, *a priori*, la fe en– la *lex mercatoria* forma parte de los discursos típicos de los contratos internacionales y del arbitraje internacional en el mundo francófono<sup>2</sup>. Pero también en Inglaterra, país en el que la idea de un renacimiento global de la *law merchant* de la época medieval fue recibida con un gran escepticismo<sup>3</sup>, se expresó durante la reforma de su derecho de arbitraje en 1996 con una visión no muy distinta de cuando Lord Wilberforce, famoso juez de la House of Lords conocido por sus decisiones reservadas y conservadoras, expresaba su apoyo al proyecto de ley de la época con estas palabras:

“Me gustaría profundizar, por un instante, un punto al que le doy personalmente cierta importancia. Me refiero a la relación entre el arbitraje y los tribunales estatales. Nunca he sido partidario de que el arbitraje fuera una especie de anexo, apéndice o pariente respecto a los procedimientos de los tribunales. Siempre he deseado que el arbitraje fuera, en la medida de lo posible y respetando, por supuesto, las restricciones legales, concebido como un sistema autónomo, libre de desarrollar sus propios procedimientos y libre de desarrollar su propio derecho material –sí, su derecho material”.<sup>4</sup>

Esta visión de un derecho material que proviene y es sancionado por el arbitraje internacional es fascinante tanto de un punto de vista teórico como práctico. La piedra angular de tal construcción es, sin duda, además de un cierto romanticismo, la autonomía de la voluntad de las partes, tal y como es concebi-

2 Véase *infra* nota 27.

3 M. Mustill, «The New *Lex Mercatoria* : The First Twenty-five Years», *Arbitration International* 4, 1988, pp. 86-119.

4 Hansard, col. 778, 18 janvier 1996 ; citado en *Lesotho Highlands Development Authority v. Impregilo SpA & Ors* [2005] UKHL 43, § 18.

da por el derecho internacional privado y más precisamente por el derecho del arbitraje internacional.

## II. La autonomía de la voluntad en el/los derecho/s del arbitraje internacional

El lugar de la autonomía de la voluntad en el derecho del arbitraje internacional –«los territorialistas» hablan más bien de derechos (nacionales) de arbitraje– no está claro. Podríamos insistir en el hecho que la autonomía de la voluntad pueda ser vista como un principio general del derecho, que no está vinculado a ningún derecho nacional; esto se ve fortalecido por la afirmación según la cual los árbitros no tienen una *lex fori* que les imponga una lógica de conflictos de leyes determinada. Así pues, según una perspectiva francesa en la que «la sentencia internacional, que no está vinculada a ningún ordenamiento jurídico estatal, es una decisión de justicia internacional cuya regularidad es examinada en conformidad con las reglas aplicables en el país en el que se piden el reconocimiento y la ejecución»<sup>5</sup>, podemos afirmar que las normas de conflictos de leyes del ordenamiento jurídico de la sede del arbitraje no influyen en absoluto en este ejercicio, en la medida en que, por lo menos, el derecho francés (como potencial *lex loci executionis*) reconoce la autonomía de la voluntad en arbitraje, sin restricciones en cuanto a su ámbito de aplicación espacial. Sin embargo, si aceptamos que la ley de la sede de arbitraje, la *lex loci arbitri*, incida sobre el arbitraje y llegue a «atarlo», será necesario encontrar la norma que autorice, mas allá de la simple libertad contractual material, esta autonomía de la voluntad de las partes en el sentido del derecho internacional privado. Pero sería un error buscar esta norma dentro de las reglas generales del derecho internacional privado, tal como el Código de Derecho Internacional Privado belga. Es en las disposiciones legales específicas sobre el arbitraje que normalmente se encuentra la *lex specialis* que rige la cuestión en arbitraje. El hecho que las partes hayan incluido una cláusula de arbitraje en su contrato internacional cambia radicalmente el marco jurídico del análisis de los conflictos de leyes. Por ello, conviene hacer la diferencia entre el ejercicio directo de la autonomía de la voluntad por las partes (A) y el ejercicio delegado de elección de ley por los árbitros (B).

<sup>5</sup> Cass. 1re civ., 29 juin 2007, *PT Putrabali Adyamulia v. Rena Holding, Les Cahiers de l'Arbitrage*, n° 2007/2, Gazette du Palais, 17 juillet 2007, p. 44.

## **A) El ejercicio directo de la autonomía de la voluntad por las partes**

Uno se puede interrogar acerca de la afirmación general que la autonomía de la voluntad constituye un principio general del derecho, que lo haría también el principio rector en materia de arbitraje internacional. Es verdad que la mayoría de las legislaciones de derecho internacional así lo afirman. Sin embargo, igual es cierto que un legislador podría optar por un sistema de conflicto de leyes que no permita a las partes elegir la ley que regirá sus respectivos derechos y obligaciones.

### ***1. La libertad de elegir la ley aplicable***

Dos ejemplos que gozan de cierta notoriedad son Uruguay y Brasil. Éste último ilustra la necesidad de tener que referirse a una legislación específica sobre el arbitraje: mientras que la autonomía de la voluntad ha sido rechazada en la ley de introducción del Código Civil y que las partes delante de un juez brasileño no pueden escapar a la aplicación de los criterios de vinculación establecidos por el legislador, las partes pueden efectivamente elegir la ley que se aplica a su contrato siempre y cuando elijan que su disputa sea resuelta por un tribunal arbitral cuya sede sea Brasil, ya que la ley brasileña de arbitraje de 1996 permite explícitamente esta posibilidad<sup>6</sup>.

Aunque la hipótesis con la que partimos fuera completamente diferente, la lógica de hoy en día también se aplica en Bélgica: la libertad de las partes de elegir la ley que se aplica a su contrato, si éste está sometido al arbitraje, no está determinado por el artículo 98° del Código de Derecho Internacional Privado que hace referencia al Reglamento Roma I y su artículo 3° (que, contrariamente al derecho brasileño, afirma la autonomía de la voluntad), ya que estas disposiciones no están destinadas a los árbitros; esta libertad resulta directamente del artículo 1710 § 1 del Código Judicial, que después de la reforma del derecho de arbitraje en 2013, establece lo siguiente: «El tribunal arbitral resuelve el litigio en conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes como aplica-

---

<sup>6</sup> Véase artículo 9°, Lei de Introdução ao Código Civil, Decreto-Ley no 4.657 del 4 septiembre 1942; Artículo 2°, §1, Lei de Arbitragem, Ley 9.307 del 23 septiembre 1996. Por supuesto, la autonomía de la voluntad de una parte brasileña y de su cocontratante no puede cuestionarse de manera adicional cuando la sede del arbitraje se sitúa fuera de Brasil, en un país que también afirma la autonomía de la voluntad, ya que el laudo arbitral con base extranjera será reconocido y ejecutado en Brasil a través de la Convención de Nueva York de 1958, que no permite la introducción de ningún tipo de control sobre la elección de la ley hecha por las partes y aplicada por los árbitros en el extranjero.

bles al fondo del litigio»<sup>7</sup>. Obviamente, esta disposición se aplica únicamente en el caso de que la sede del arbitraje esté en Bélgica, tal y como lo precisan los párrafos 7 y 8 del artículo 1676° del Código Judicial. La misma regla se impone en casi todos los países que cuentan con legislación sobre el arbitraje y que también son sensibles a la necesidad de obtener la seguridad jurídica en comercio internacional de la que hablamos en la introducción.

En este contexto, es interesante observar que si el principio de la autonomía de la voluntad, a menudo, está firmemente anclado en la legislación nacional, no es el caso de la cuestión de saber si una falta en cuanto la elección por las partes de la ley aplicable por el árbitro constituye un motivo de anulación o rechazo de ejecución del laudo<sup>8</sup>. Por ejemplo, el Tribunal Federal suizo parece negar que «un motivo [que los árbitros habrían ignorado la elección explícita de la ley aplicable por las partes] puede ser tratado como un motivo que concierna la falta de competencia en el sentido del artículo 190° párrafo 2 lit. b Ley de Derecho Internacional Privado, ya que un tal motivo afecta más bien las cuestiones ligadas a la aplicación del derecho [material], que solo pueden ser atacadas respetando el artículo 190° párrafo 2 lit. e Ley de Derecho Internacional Privado», lo que restringe a los jueces a verificar una (muy improbable) violación del orden público suizo<sup>9</sup>. La situación es diferente en Alemania y en Francia. En Alemania, la jurisprudencia trata la cuestión del acuerdo de las partes sobre el derecho material aplicable como un asunto de procedimiento del arbitraje y se declara así dispuesto, apoyándose en el artículo V(1)(d) de la Convención de Nueva York, a rechazar el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales extranjeros si los árbitros han ignorado la elección de la ley aplicable por las partes (contrariamente a los simples errores en la aplicación de las normas de conflicto de leyes)<sup>10</sup>. De la misma manera, en el derecho francés, el desprecio de los árbitros por la elección de la ley aplicable se analiza como una violación del mandato del árbitro y permite la anulación o el rechazo del exequátur de un laudo arbitral<sup>11 12</sup>.

7 El antiguo artículo 1700° del Código Judicial belga decía solamente: «Salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros toman su decisión en conformidad con las normas de derecho».

8 Sobre este tema véase J. Kleinheisterkamp, «The Review of Arbitrators' Interpretation of International Contracts – Transnational Law as a Dangerous Short-Cut», *ASA Bulletin*, 29-2, 2011, 474, pp. 477-478.

9 TF 4A\_240/2009 du 16 diciembre 2009, cons. 2.2, citando TF 4P.146 /2004 du 28 septiembre 2004, cons. 5.2.2.

10 BGH 26 September 2005, NJW 1986, 14367 (1437); Stefan Kröll in: Böckstiegel/Kröll/Nascimento, *Arbitration in Germany – The Model Law in Practice* (2007) § 1061 ZPO ¶ 100.

11 E. Gaillard & J. Savage, Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration, 1999, 946 ¶ 1637 (en se référant à ce qui est depuis 2011 l'article 1520 § 3 du CPC français).

12 En Bélgica, una irregularidad de este tipo podría ser anulada sobre la base del artículo 1717 §3, a), v) nuevo del Código judicial que sanciona los casos en los que el procedimiento arbitral “no ha sido conforme

Así pues, se puede observar que el simple hecho de elegir el arbitraje para resolver los conflictos en la materia comercial en lugar de recurrir a los tribunales estatales conlleva un impacto considerable, no solo en lo que respecta al procedimiento de resolución de litigios, sino también en cuanto al fundamento jurídico de la autonomía de la voluntad en el sentido del derecho internacional privado y, de esta manera, los aspectos materiales del litigio. Pero la elección del arbitraje es susceptible de orientar la autonomía de la voluntad hacia una dimensión más amplia, incluso más exótica, o más bien utópica, en sentido literal de la palabra griega *οὐ τόπος*, es decir, «sin lugar», como se mostrará en la sección siguiente.

## 2. La libertad de elegir reglas de derecho no estatales

El texto actual del artículo 1710 §1 del Código Judicial belga invita en este sentido a la reflexión creativa: en contraste con el artículo 3° del Reglamento Roma I, la disposición belga habla, tal como lo prescriben el derecho francés<sup>13</sup> y las normas de la CCI<sup>14</sup> así como las normas de la mayoría de las otras grandes instituciones de arbitraje<sup>15</sup>, de «normas de derecho» y no de «ley». Es evidente que la referencia a «la ley elegida por las partes» en el artículo 3° del Reglamento Roma I limita los tribunales de los estados miembros de la Unión Europea a aplicar únicamente las leyes previstas en un estado, excluyendo cualquier otra forma de instrumento de un menor grado de normatividad formal<sup>16</sup>.

Resulta interesante observar que, a la hora de convertir el Convenio de Roma de 1980 en un instrumento comunitario, lo que ahora es el Reglamento Roma I, la Comisión europea había propuesto incluir una nueva disposición que hubiera permitido a las partes elegir como derecho aplicable, y de este modo obligar a los jueces europeos a aplicar como *lex contractus*, «los principios y normas de derecho material de los contratos reconocidos internacionalmente o en la

---

al acuerdo de las partes”. Esto supone que asimilemos la violación de la convención de las partes en cuanto a la elección del derecho aplicable a una cuestión que proviene de los procedimientos del arbitraje en el sentido amplio, lo que podría conllevar a cierta discusión, sabiendo que, por definición, el derecho que se aplica al fondo del litigio no puede confundirse con las reglas de procedimiento. Este tipo de irregularidad no puede conducir a una anulación si queda establecido que la irregularidad no ha afectado el laudo arbitral.

13 Artículo 1511° CPC francés.

14 Artículo 21° del Reglamento CCI.

15 De manera bastante sorprendente el reglamento del Centro belga para el Arbitraje y la Mediación (CE-PANI) no contiene ninguna disposición sobre el derecho aplicable. Su artículo 21° párrafo 5 dispone solamente que el tribunal arbitral decidirá como amigable componedor solo si las partes lo han autorizado expresamente.

16 Por ejemplo, en Inglaterra *Beximco Pharmaceuticals & Ors v. Shamil Bank of Bahrein*, 2004, EWCA Civ 19 párrafo 48; para un análisis comparativo global ver R. MICHAELS, «Preamble I: Purposes of the PICC», in S. VOGENAUER y J. KLEINHEISTERKAMP (dir.), *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford University Press 2009, párrafos 49-56.

Comunidad»<sup>17</sup>. Esta proposición fue desestimada por los estados miembros en el Consejo, porque temieron que demasiado liberalismo hubiera permitido eludir sus normas imperativas que limitan la autonomía de la voluntad de las partes en aras del interés público. Esta posición puede sorprender en vista del hecho de que la mayoría de las leyes relativas al arbitraje, incluidas probablemente todas aquellas de los países miembros de la Unión Europea, permiten expresamente a las partes elegir no solo el arbitraje en lugar de los tribunales estatales, sino también, en este caso, «normas de derecho» aplicables.

La amplitud de este matiz no es solo semántico, tal y como lo hace más evidente la disposición inglesa sobre el tema, la sección 46(1) del Arbitration Act 1996:<sup>18</sup>

“The arbitral tribunal shall decide the dispute –

- a) in accordance with the law chosen by the parties as applicable to the substance of the dispute, or
- b) if the parties so agree, in accordance with such other considerations as are agreed by them or determined by the arbitral tribunal”.

Otras consideraciones distintas a la ley: esta terminología es una puerta que el derecho del arbitraje abre hacia un universo paralelo, y como ya se ha mencionado, utópico en el sentido transnacional, por existir más allá del estado. Es preciso recordar, que se trata de algo más poderoso que simples consideraciones contractuales «y cualesquiera usos comerciales pertinentes», tal y como se indica en el artículo 21 (2) del Reglamento de la CCI, porque éstos últimos quedan encuadrados por el derecho aplicable. Se trata de normas no estatales que el derecho del arbitraje, permitiendo a las partes elegir las como derecho aplicable con carácter autónomo, eleva al mismo rango que cualquier derecho estatal.

Otra disposición permite todavía distinguir la naturaleza jurídica de estas «otras consideraciones», de estas normas de derecho que no coinciden con el derecho estatal. En la mayoría de los ordenamientos jurídicos, las partes pueden autorizar al árbitro a decidir como amigable componedor o *ex aequo et bono*<sup>19</sup>. Con una cierta aproximación se puede, por motivos de sencillez, resumir afirmando que estas normas implican un grado mínimo de normatividad en la

17 Artículo 3 (2) de la proposición COM (2005) 650 final del 15 de diciembre de 2005.

18 Para más información sobre esta disposición y el derecho inglés del arbitraje en general, véase J. Kleinheisterkamp, «Reino Unido», en J.L. Collantes González y Anne-Carole Cremades, Arbitraje Comercial Internacional en Europa, Lima 2013, p.p. 1015, 1033-34.

19 Veau, e.g., en Bélgica artículo 1710° párrafo 3 CJ; en Francia artículo 1512° CPC; en Alemania párrafo 1051(3) copiando el artículo 28 (3) de la ley tipo de la CNUDMI.

resolución de conflictos sometidos al arbitraje. Es por tanto en la zona «gris» (entre el oscuro de la decisión *ex aequo et bono*, dejando la solución del litigio al libre albedrío del tribunal arbitral, cuando las normas de derecho se traducen en una solución contraria a la equidad, y el blanco de la aplicación del derecho positivo de un estado) que encontramos la elección de las normas de derecho transnacionales, distintas a, o más allá de, la ley estatal.

Los ejemplos prácticos no son numerosos, ni en lo relativo al arbitraje *ex aequo et bono*, ni en lo relativo al arbitraje sobre la base de las normas de derecho no estatales. Aunque el gran especialista en derecho comparado y en arbitraje René David ya afirmaba en 1959 que 9 de cada 10 arbitrajes en Francia se decidían mediante amigable componedor<sup>20</sup>, e incluso si todavía hoy, en algunos contextos nacionales, como en Chile, la confianza en el arbitraje, o mejor dicho en los arbitrajes, lleva a las partes a encomendar a estos árbitros la misión de pronunciarse *ex aequo et bono*<sup>21</sup>, las estadísticas de la CCI muestran que solamente una pequeña parte de los laudos arbitrales (publicados) están basados en un fundamento jurídico material distinto del derecho estatal<sup>22</sup>. Sin embargo, estas estadísticas no pueden ocultar el interés de las partes, en determinadas situaciones, en optar por el arbitraje *ex aequo et bono* o por normas de derecho no estatales y, por consiguiente, en virtud de la expresión inglesa, «in the shadow of the law».

Un ejemplo proviene de la resolución de litigios entre comerciantes que pertenecen a grupos religiosos, tales como los judíos ortodoxos de Nueva York, Tel Aviv y Amberes que participan, por ejemplo, en el comercio de diamantes, y que prefieren someter la resolución de todo posible litigio a un tribunal rabínico en virtud del Talmud<sup>23</sup>; asimismo comerciantes internacionales musulmanes, en particular en el contexto de contratos de financiación islámica, querrán que la Shari'á sea aplicada<sup>24</sup>.

20 R. David, «Arbitrage et droit comparé», *Revue internationale de droit comparé* 11 (1959), p. 5, 15; vean también «Le dépassement du droit et les systèmes de droit contemporains», 1963, 8 *Archives de Philosophie du Droit* 3, p. 8.

21 J. Kleinheisterkamp, *International Commercial Arbitration in Latin America – Law and Practice in the MERCOSUR and the Associated Countries*, Oceana / Oxford University Press, 2005, pp.311-319.

22 Vean también P.Bernardini, «International Arbitration and A-National Rules of Law», *ICC International Court of Arbitration Bulletin* 15-2, 2004, p. 58.

23 Vean, e.g., *Mayer Zeiler, Floctex Industries Ltd et al. v. Deitsch et al.* 500 F.3d 157, 2nd Cir., 2007; pour une analyse du marché de diamants L.Bernstein, «Opting Out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry», *Journal of Legal Studies*, 21, 1992, pp.115-157; más recientemente F.-X. Licari, «L'arbitrage Rabbinique, entre Droit Talmudique et Droit des Nations», *Revue de l'arbitrage*, 2013, pp.57-120. Vean también M.A.Gomez, «Precious resolution: The use of intra-community arbitration by Jair diamond merchants», *b-Arbitra*, 2013/2, pp. 345-366.

24 Vean, e.g., *Musawi v. RE International (UK) Ltd* [2007] EWHC 2981 (Ch). Para un ejemplo de una cláusula insuficiente y sin cláusula de arbitraje vean *Beximco*, supra note 14: «Subject to the principles of the Glorious Sharia'a, this Agreement shall be governed by and construed in accordance with the laws of England».

Otra hipótesis de la oportunidad de la aplicación de normas de derecho no estatales se derivará, no de la homogeneidad del contexto jurídico-cultural de las partes sino de la situación opuesta, es decir, de la incapacidad de las partes para ponerse de acuerdo sobre uno u otro derecho nacional. Tal ha sido el caso en el célebre asunto del túnel del Canal de la Mancha en el que los consorcios franco-británicos de los operadores y de los constructores, en la incapacidad para llegar a un acuerdo en la elección entre el derecho francés o el derecho inglés, optaron, además de por una cláusula compromisoria que preveía Bruselas como la sede del arbitraje<sup>25</sup>, por una cláusula extraordinariamente creativa al decidir que su contrato sería regido por «los principios comunes del derecho inglés y del derecho francés, y en ausencia de tales principios comunes, por los principios generales del derecho del comercio internacional según se aplican por los tribunales nacionales e internacionales»<sup>26</sup>. Una cláusula de este tipo, que contempla la teoría del «tronco común» que ya fascinó a teóricos<sup>27</sup>, es seguramente el sueño de todo profesor de derecho comparado, y (en vista de las *billable hours*) tal vez de los abogados que defienden las causas. No obstante, es difícil concebir cómo dicha solución puede contribuir al objetivo principal de las cláusulas de elección del derecho aplicable, que es dar a las partes un grado suficiente de seguridad y de previsibilidad con respecto a sus derechos y obligaciones, no solamente en el momento del litigio sino, más importante aún, en la fase inicial, en el momento de evaluar estas obligaciones, precisamente para evitar su exposición a daños y perjuicios por incumplimiento del contrato.

Es la razón por la cual las partes optaron por una elección subsidiaria, en la cláusula del *Channel Tunnel case*, por referencia a los «principios generales del derecho del comercio internacional», para colmar posibles lagunas. Las partes ya anticiparon que las diferencias importantes entre el derecho de los contratos inglés y francés podrían implicar un estancamiento para los árbitros y por tanto siguieron una lógica transnacional que evita recaer en las normas de conflictos de leyes y, consecuentemente, en la aplicación de un derecho nacional, inglés o francés, en caso de duda. Esta lógica ya se contempla, como una especie de red de seguridad, en el artículo 7.2 de la Convención de Viena de 1980 sobre la compraventa internacional de mercaderías. Las raíces teóricas y la lógica

25 Y esto a pesar del hecho que, tal y como lo criticó Lord Mustill en la decisión de la House of Lords de 1993, «le droit belge de l'arbitrage contemporain [à l'époque] se distingue du droit des autres pays européens», refiriéndose a las medidas provisionales; *Channel Tunnel Group Ltd. & Ors v. Balfour Beatty Construction Ltd. & Ors*, 1993, A.C. 334, 368 C (HL).

26 *Ibid.*, p. 347 E.

27 M. Rubino-Sammartano, «Le “tronc commun” des lois nationales en présence – Réflexions sur le droit applicable par l'arbitre international», *Revue de l'arbitrage*, 1987, p. 133.

subyacente de tal elección de la aplicación de «principios generales del derecho del comercio internacional», son, evidentemente, la célebre noción de la *lex mercatoria*, que, sobre todo en Francia, fascinó y fue desarrollada por académicos y profesionales del arbitraje internacional, particularmente por la escuela de Dijon de Berthold Goldman, Philippe Fouchard y también Emmanuel Gaillard<sup>28</sup>. Es más, podría afirmarse que, en buena medida, la concepción moderna del derecho del arbitraje, o al menos «los aspectos filosóficos del arbitraje internacional», están basados hoy en día en Francia, o al menos influidos por, la tesis de que existe un ordenamiento jurídico autónomo del arbitraje internacional, tanto de carácter procesal como material, según se recoge en la obra de Emmanuel Gaillard que recoge sus clases impartidas en la Academia de Derecho internacional de la Haya en 2007.

Una crítica de fondo de la noción de *lex mercatoria* como construcción teórica y sociológica sobrepasará el marco del presente artículo<sup>29</sup>. No obstante, basta con recalcar el simple problema práctico que constituye la determinación con antelación y sin conocer las preferencias personales de los futuros árbitros, de los derechos y obligaciones exactas resultantes del contrato, sobre una base jurídica como la *lex mercatoria* o los principios generales del derecho. El fondo del problema se encuentra en la falta de precisión y, sobre todo, la falta de detalle, e incluso la incertidumbre en cuanto al contenido de dichas «normas de derecho» propiamente transnacionales. Y es esta incertidumbre en cuanto al contenido exacto de las normas transnacionales que puede inducir a las partes a abogar, y los árbitros a afirmar, soluciones llamadas transnacionales para evadir las dificultades y el rigor de la lógica del derecho internacional privado y del derecho nacional aplicables<sup>30</sup> –aunque reconociendo que las normas de derecho internacional privado también no siempre producen la certeza y previsibilidad deseables.

Lo que surge, por lo tanto, es una nueva *lex mercatoria*. Los Principios UNIDROIT relativos los contratos comerciales internacionales han sido concebidos como «Restatement», o consolidación, del derecho internacional de los contratos comerciales, como se puede deducir de estudios comparativos de las legislaciones nacionales y que por lo tanto pueden pretender reflejar las normas

---

28 El artículo fundamental es el de Berthold Goldman, “Frontières du droit et ‘*lex mercatoria*’”; para un reciente análisis divertido de la literatura sobre el aspecto romántico del derecho transnacional vean R. MICHAELS, “Dreaming law without a state: scholarship on autonomous international arbitration as utopian literature” *London Review of International Law* 1, 2013, pp. 35-62.

29 Para una crítica vean R. MICHAELS, “The True *lex mercatoria*: Private Law Beyond the State”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 14, 2007, p. 447.

30 Veán., e.g., J. KLEINHEISTERKAMP, *supra* note 6.

constitutivas de los «principios generales de derecho» (en consonancia con el artículo 38 (I) (c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia). Además, y debido a las importantes diferencias entre las legislaciones nacionales, los Principios UNIDROIT son aun más ambiciosos proponiendo un «Pre-Statement», o anticipación, de soluciones (abstractamente) más eficaces y mejor adaptadas a las necesidades del comercio internacional, las cuales, si son aceptadas por la práctica en el porvenir, serán destinadas a convertirse en los nuevos principios generales de derecho en un futuro próximo. Todo se funda en una codificación virtual que se asemeja perfectamente a un verdadero código, aplicable como tal al derecho comercial internacional. El preámbulo de los Principios UNIDROIT proclama la ambición y la reivindicación de representar la nueva *lex mercatoria* –incluso si son desprovistos de cualquier valor normativo: «Estos Principios deberán aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por ellos. Estos Principios pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por “Principios generales del derecho”, la *lex mercatoria* o expresiones semejantes». Sin embargo, los Principios UNIDROIT lograrán imponerse solamente si los practicantes, los comerciantes, sus abogados así como los árbitros están convencidos de la eficacia y de la superioridad de las soluciones transnacionales que ellos proponen. Pero aun así, el análisis demuestra que ellos tienen todas las cualidades para convertirse, a la larga, en un nuevo estándar para el derecho de los contratos internacionales<sup>31</sup>.

## **B) El ejercicio de la elección de la ley aplicable delegada a los árbitros**

Si bien el derecho del arbitraje abre a la autonomía de la voluntad la puerta al mundo transnacional, la pregunta que queda pendiente es en qué medida los árbitros, en ausencia de una elección por las partes, podrán recurrir a las normas de derecho para resolver las controversias sometidas a su competencia. El punto de partida de este análisis debe, una vez más, ser examinado en las disposiciones específicas de las leyes nacionales de arbitraje.

El único consenso al respecto es el límite del ejercicio delegado de la elección de la ley aplicable a la falta de elección expresa o tácita de las partes, tal

31 Para un análisis de este tipo vean, por ejemplo, J. Kleinheisterkamp, «Les sanctions pour inexécution du contrat dans les Principes UNIDROIT» y G. Keutgen (coord.), *Les Principes UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international* (ed. 2010) e *l'arbitrage - Actas del simposio CEPANI del 24 de mayo 2011*, Bruylant, 2011, p. 126-143; para un análisis más sistemático ver también S. Vogenauer y J. Kleinheisterkamp, *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford University Press, 2009.

como lo expresa, por ejemplo, el artículo 1710 § 3 del Código Judicial belga, al igual de la mayor parte de las legislaciones: «El tribunal arbitral decidirá como amigable componedor sólo si las partes lo han autorizado expresamente». Esta máxima libertad del árbitro puede surgir solo del acuerdo expreso de las partes. Ningún árbitro podrá asumir la competencia de un amigable componedor, sin tal autorización. En su ausencia, este ejercicio constituiría un abuso de poder, que por lo general permitiría a los jueces de la sede del arbitraje la anulación de la sentencia resultante, así como a los jueces del lugar de ejecución el rechazo de la misma.

Más allá de este límite de la delegación de la autonomía de la voluntad, existen dos enfoques diferentes, así como variaciones que los distinguen. La posición más tradicional se expresa en la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), de 1985 (con enmiendas adoptadas en el 2006): «Si las partes no indican la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley que estime que deba aplicarse según las normas de conflicto de leyes». La ley inglesa de 1996 ha copiado esta regla en su sección 46 (3). De acuerdo con esta visión del derecho internacional privado, los árbitros disponen de una amplia discrecionalidad en cuanto a la elección de las normas de conflicto de leyes. Pero, como hemos visto, las normas de conflicto de leyes estatales, y en efecto, se trata de esta categoría de reglas exclusivamente, pueden imponer al árbitro, igual que al juez, solo aplicar una ley estatal. Entonces, los árbitros situados en Bélgica, para resolver una disputa entre una empresa polonesa y una entidad francesa, optarán probablemente por la aplicación del Reglamento Roma I y por los factores de conexión del artículo 4º, que conducen a la aplicación de la ley del país con el que el contrato presenta los vínculos más estrechos. Esta solución amplía implícitamente el límite lógico del amigable componedor del artículo 28 (3) de la Ley Modelo de la CNUDMI según la cual los árbitros podrían optar por la aplicación de «reglas de derecho» no estatales solo si las partes lo han acordado. Este enfoque se ha denominado la «vía indirecta» porque los árbitros deben pasar por el sistema de conflicto de leyes para llegar a la ley aplicable, descartando las normas de derecho no estatales. El mismo resultado se obtiene aplicando la ley alemana, salvo que esta exime a los árbitros de la complicación de tener que elegir entre los diferentes sistemas de conflicto de leyes, que a través de una regla específica se desvía un poco de la solución de la ley modelo. Sin embargo, esta regla alemana conduce inevitablemente a la aplicación de una ley estatal: «En ausencia de tal designación por las partes, el tribunal arbitral aplicará *la ley del país con el que el objeto de la controversia esté más estrechamente vinculado*».

El enfoque concurrente es la «vía directa». Ella nos llega de Francia, y refleja la teoría de la escuela de Dijon según la cual el árbitro sería el «juez natural del comercio internacional», el arbitraje y sus sentencias evidencian una «justicia internacional». El artículo 1511° del CPC (Código de Procedimientos Civiles) francés prevé lacónicamente: «El tribunal arbitral decidirá la controversia en conformidad con las reglas de derecho elegidas por las partes o, *en su ausencia, de acuerdo a lo que él considere más apropiado*». Esto elimina, de hecho, el impacto de la lógica nacional del conflicto de leyes y deja libre al árbitro en su elección de la ley aplicable, sin restringirlo a un sistema de conflicto de leyes y, sobre todo, a una ley estatal. Esta ruta directa, hoy en día, se encuentra también en el Código Judicial belga en su artículo 1710 § 2. Por consiguiente, los árbitros son libres de decidir, sin necesidad que las partes se pongan de acuerdo al respecto, si lo consideran apropiado, que la disputa no se resuelva según la ley material de uno u otro país, sino por el contrario, que sea resuelto según la *lex mercatoria*, los principios generales del derecho o, probablemente, más tranquilizador para las partes, según los Principios UNIDROIT. Queda claro que los árbitros deben ser prudentes antes de afirmar que el silencio de las partes puede ser interpretado como una preferencia implícita a la aplicación de normas de derecho no estatales<sup>32</sup>. Sin embargo, pueden haber situaciones, especialmente cuando las negociaciones muestran que el silencio del contrato se debe al fracaso de las partes a ponerse de acuerdo sobre una u otra ley nacional, en las que solo el recurso de una solución transnacional puede hacer justicia al contexto en el que las partes concluyeron su contrato. En todo caso, es obvio que con una tal libertad de apreciación, nada podría impedir a los árbitros –excepto tal vez el temor de dañar su reputación– de optar por la aplicación de normas de derecho no estatal.

Esta solución de la «vía directa» se encuentra también en la mayoría de los reglamentos de las instituciones de arbitraje. Así pues, el hecho de incluir una cláusula CCI (Cámara de Comercio Internacional) en un contrato no cambia el resultado, que la sede designada para el arbitraje sea París o Bruselas, ya que la ley de la sede confirmará las reglas de arbitraje designadas por las partes, estando incorporadas al contrato por su referencia, previsto en este punto<sup>33</sup>. Pero si la sede del arbitraje se encuentra en un país cuya legislación sobre el arbitraje sigue la lógica de la «vía indirecta», esta disposición en el reglamento arbitral

32 M. SCHERER, «Preamble II : Arbitration», en S. VOGENAUER y J. KLEINHEISTERKAMP, Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC) (OUP 2009), §§ 33-34.

33 El artículo 21 (1), segunda frase, del Reglamento de la CCI “A falta de elección por las partes de la ley aplicable, el árbitro aplicará la ley que estime conveniente”.

elegido constituye una delegación de la autonomía de la voluntad de las partes a los árbitros, como lo muestra una redacción más complicada de la sección 46 (1) (b) del Arbitration Act inglés (*vide supra*). El preámbulo de los Principios UNIDROIT es impreciso al respecto, en cuanto dice que: «Estos Principios pueden aplicarse cuando las partes no han escogido el derecho aplicable al contrato». En realidad, los Principios UNIDROIT, incluido el preámbulo, pueden aplicarse solo si han sido elegidos por las partes directa o indirectamente. Se aplicarán directamente si las partes han elegido la *lex mercatoria*, o principios generales del derecho o alguna otra formulación que permita el recurso a una codificación moderna del derecho transnacional de comercio internacional. Pero también se aplicarán indirectamente a través de la delegación de los árbitros elegidos por las partes, por medio de un reglamento de arbitraje o de una disposición de la ley de arbitraje de la sede. El párrafo del preámbulo de los Principios UNIDROIT antes citado, es entonces, una mera invitación a árbitros a considerar que estos principios no solo son la mejor reformulación contemporánea de la *lex mercatoria*, sino que también son la base jurídica más adecuada para resolver una controversia internacional cuando las partes no fueron incapaces de ponerse de acuerdo sobre la ley aplicable.

### III. Conclusión

Este análisis del lugar de la autonomía de la voluntad de el(los) derecho(s) de arbitraje demuestra que, al elegir el arbitraje como medio de resolución procedural de una disputa de manera externa a la justicia estatal, las partes se abren también el acceso a una nueva dimensión del ejercicio de su autonomía de voluntad. Ello incluye una amplia gama de posibilidades de elección de reglas materiales para regir su contrato y para definir sus derechos y obligaciones con mayor precisión, de acuerdo con sus necesidades específicas para garantizar la seguridad y la previsibilidad de sus compromisos comerciales. Al mismo tiempo, es cierto que esta libertad extendida a la designación de la ley aplicable, en particular a la posibilidad de elegir las reglas de derecho no estatales, es arriesgada sobre todo en lo que concierne a la preocupación por la seguridad y la previsibilidad. La elección de los principios generales del derecho mercantil internacional, incluida obviamente la *lex mercatoria*, de hecho, se diferencia poco de la autorización de decidir en equidad, *ex aequo et bono*, o como amigables componedores. Estos ofrecen a las partes muy poca seguridad jurídica ni previsibilidad. Sin embargo, la elección de los Principios UNIDROIT es muy diferente: aunque si todavía

no son lo suficientemente completos como para poder reivindicar su condición de sistema jurídico transnacional completo, ofrecen a las partes la posibilidad de anticipar en qué medida sus derechos y sus obligaciones serán determinados en caso de litigio –y por lo tanto entender con un grado razonable de certeza a qué se han comprometido y sobre qué bases pueden contar en el momento de tomar decisiones como agentes económicos. Y eso representa *in fine*, el orden y la previsibilidad que la autonomía de la voluntad puede dar a las partes si es bien ejercida tanto en su dimensión procedural como en su dimensión material.

# The role of arbitral institutions under the 2010 UNCITRAL Arbitration Rules

PILAR PERALES VISCASILLAS<sup>1</sup>

## I. Introduction

The UNCITRAL Arbitration Rules (1976 and 2010) (UAR), together with the 1958 New York Convention on International Commercial Arbitration (NYC), as well as with the 1985 Model Law on International Commercial Arbitration (and its revision of 2006) (MAL) are without doubt the most successful and influential instruments in international commercial arbitration<sup>2</sup>.

The 1976 UAR have been a very successful instrument in international arbitration for several reasons: the Rules, primarily designed for *ad hoc* arbitrations with no institutional guidance<sup>3</sup>, have been for a long time the only model for

---

1 Chair of Commercial Law at University Carlos III of Madrid. Of counsel Baker & McKenzie (Madrid). Paper written under the research project of “Plan Nacional de I+D del Ministerio de Economía y Competitividad (DER2013-48401-P)”, in which Prof. Perales Viscasillas is the Head of the Team.

This paper corresponds with the author’s participation in the Dispute Resolution Panel: *UNCITRAL Arbitration Rules*. New York State Bar Association. International Section. Seasonal Meeting 2014. Rebuilding the Transatlantic Marketplace: Austria and Central Europe as Catalyst for Entrepreneurship and Innovation, Vienna, 16<sup>th</sup> October 2014.

The author wants to thank Mr. Brooks W. Daly, Deputy Secretary-General and Principal Legal Counsel of the Permanent Court of Arbitration (PCA) for his valuable comments, as well as the UNCITRAL Library staff for their documentary assistance in the preparation of this article.

2 All of them are available at the web page of UNCITRAL (The United Nations Commission on International Trade Law) ([www.uncitral.org](http://www.uncitral.org)).

3 Jan PAULSSON/Georgios PETROCHILOS, Report on the Revision of the UNCITRAL Arbitration Rules, 2006, n°12.

*ad hoc* arbitration<sup>4</sup> and they are still the preferred model<sup>5</sup>; the Rules have been influential in the drafting of MAL –and so indirectly in many arbitration laws–, as well as in many institutional arbitration rules around the world that either have adopted the Rules as their institutional rules or had used them as a source of inspiration; and finally they have had an expanded use so not only for *ad hoc* commercial arbitrations but also to other areas.

Soon after the approval in 1976 of the UNCITRAL Arbitration Rules, they were used as procedural rules by the Iran-US Claims Tribunal<sup>6</sup>. The use of the Rules by this international tribunal has been the most important factor in the latter development and success of the UNCITRAL Arbitration Rules in a variety of situations which supersedes the initial consideration of the use of the rules for *ad hoc* proceedings in international commercial arbitration. In fact, the General Assembly Resolution<sup>7</sup> for the amendment of the 2010 Rules has recognized a wider use of the Rules:

“Noting that the Arbitration Rules are recognized as a very successful text and are used in a wide variety of circumstances covering a broad range of disputes, including disputes between private commercial parties<sup>8</sup>, investor-

4 Jeffrey M. WAINCYMER, *New UNCITRAL Arbitration Rules: an introduction and evaluation*. VJ, 2010, n°14, p.224.

5 “The Rules provide the leading set of arbitration rules for international *ad hoc* arbitration”: Thomas WEBSTER, *Handbook of UNCITRAL Arbitration*. Sweet & Maxwell/Thomson Reuters, 2010, n°0-47.

6 In accordance with Article II.1 of the Claims Settlement Declaration, i.e., The Declaration of the Government of the Democratic and Popular Republic of Algeria concerning the settlement of claims by the Government of The United States of America and The Government of The Islamic Republic of Iran, 19 January 1981: “An international arbitral tribunal (the Iran-United States Claims Tribunal) is hereby established for the purpose of deciding claims of nationals of the United States against Iran and claims of nationals of Iran against the United States, and any counterclaim (...)”. In Article III.2 the use of the UNCITRAL Rules is established: “Members of the Tribunal shall be appointed and the Tribunal shall conduct its business in accordance with the arbitration rules of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) except to the extent modified by the Parties or by the Tribunal to ensure that this Agreement can be carried out. The UNCITRAL Rules for appointing members of three-member tribunals shall apply *mutatis mutandis* to the appointment of the Tribunal”.

7 A/RES/65/22, 10th January 2011.

8 Apart from the fact that parties in commercial disputes may agree on an *ad hoc* arbitration under UNCITRAL Arbitration Rules, the Rules are the default ones as prescribed in certain legal instruments such as *The United Nations Convention on the Law of the Sea* (1982) where Art.188.2 states that “(a) Disputes concerning the interpretation or application of a contract referred to in article 187, subparagraph (c)(i), shall be submitted, at the request of any party to the dispute, to binding commercial arbitration, unless the parties otherwise agree”, and c) “In the absence of a provision in the contract on the arbitration procedure to be applied in the dispute, the arbitration shall be conducted in accordance with the UNCITRAL Arbitration Rules or such other arbitration rules as may be prescribed in the rules, regulations and procedures of the Authority, unless the parties to the dispute otherwise agree”.

See also annex III (Basic Conditions of Prospecting, exploration and Exploitation), Article 5.4: “Disputes as to whether offers made by the contractor are within the range of fair and reasonable commercial terms and conditions may be submitted by either party to binding commercial arbitration in accordance with the

State disputes<sup>9</sup>, State-to-State disputes<sup>10</sup> and commercial disputes administered by arbitral institutions, in all parts of the world (...).”

To this non-exhaustive list, we might add others, like the use of the UNCITRAL Rules in domestic transactions<sup>11</sup>, as well as in other non-commercial matters, such as civil or administrative; as a guide for procedural matters in the case of the The United Nations Compensation Commission (UNCC)<sup>12</sup>; and finally UAR as institutional or *ad hoc* rules adopted by legislators.

---

UNCITRAL Arbitration Rules or such other arbitration rules as may be prescribed in the rules, regulations and procedures of the Authority”.

9 *Ad hoc* arbitration under UAR is one of the options under bilateral (BIT) and multilateral investment treaties. See for example: Chapter XI of NAFTA (17 December 1994, that entered into force on 16 April 1998). Article 26 refers to investor-state disputes and states that one of the options for the investors is an *ad hoc* arbitral tribunal under UNCITRAL Arbitration Rules. ALVAREZ, Henri C. *Arbitration Under the North American Free Trade Agreement*. Arbitration International, 2000, vol.16, n°4, pp.393-430. Also Art.10.16 DR-CAFTA (Free Trade Agreement between USA and Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua and the Dominican Republic).

See: Energy Charter Treaty (Art.26.4). Also: Art.24.3 c) of the *US Model BIT* (2004).

It is the only option in some BIT's such as the one between Bangladesh and Iran, 29<sup>th</sup> April 2001 (Articles 4 and 12); Art.11 BIT between Belarus and Iran, 4<sup>th</sup> July 1995; Article 9 BIT between Swiss Confederation and Panama, 19<sup>th</sup> October 1983.

10 To solve disputes between the signatories States of a Treaty. For example, multilateral Treaty, as in Art.27.3 f) Energy Charter Treaty (Settlement of Disputes between contracting parties), in relation with *ad hoc* arbitration: “In the absence of an agreement to the contrary between the Contracting Parties, the Arbitration Rules of UNCITRAL shall govern, except to the extent modified by the Contracting Parties to the dispute or by the arbitrators”. Or Art.27 NAFTA (North American Free Trade Agreement) between Canada/Mexico/USA.

Or in a BIT, see for example: Article II.3 *Claims Settlement Declaration*, 19 January 1981: The Tribunal shall have jurisdiction, as specified in Paragraphs 16-17 of the Declaration of the Government of Algeria of January 19, 1981, over any dispute as to the interpretation or performance of any provision of that Declaration. And *US Model BIT* (2004), Article 37.1: *State-State Dispute Settlement*: “Subject to paragraph 5, any dispute between the Parties concerning the interpretation or application of this Treaty, that is not resolved through consultations or other diplomatic channels, shall be submitted on the request of either Party to arbitration for a binding decision or award by a tribunal in accordance with applicable rules of international law. In the absence of an agreement by the Parties to the contrary, the UNCITRAL Arbitration Rules shall govern, except as modified by the Parties or this Treaty”. Following this model, see for example: Article VIII of the BIT between Argentina and USA, 14<sup>th</sup> November 1991; and Article VII.1 BIT between USA and Romania, 1992.

11 As recognized by several authors: Pieter SANDERS, *Commentary On UNCITRAL Arbitration Rules*. In Pieter Sanders (ed), *Yearbook Commercial Arbitration 1977 - Volume II*, n°2.5; CARON/CAPLAN/PELLONPÄÄ. *The UNCITRAL Arbitration Rules. A Commentary*. Oxford University Press, 2006, p.21; and PATOCCHI/NIEDERMAIER, *UNCITRAL Rules. Institutional Arbitration* (editor Schütze). C.H.Beck-Hart-Nomos, 2012, n°30-31.

12 The United Nations Compensation Commission (UNCC) was created in 1991 as a subsidiary organ of the United Nations Security Council under Security Council resolution 687 (1991) to process claims and pay compensation for losses and damage suffered as a direct result of Iraq's unlawful invasion and occupation of Kuwait in 1990-91. Decision 10: [S/AC.26/1992/10; 26 June 1992]. *Provisional Rules for Claims Procedure*, states in Article 43 (Additional Procedural Rulings) that: “Subject to the provision of this procedures, Commissioners may make such additional procedural rulings as may be necessary to complete work on particular cases or categories of cases. In so doing, the Commissioners may rely on the relevant UNCITRAL Rules for guidance”. See considering the role of the UNCITRAL Rules in this field: Karl-Heinz BÖCKSTIEGEL, *The Role of Arbitration within Today's Challenges to the World Community and to International Law*. Arbitration International, 2006, vol.22, n°2, p.170.

This paper will focus on one of the further development in the rules in relation with the role that institutions might have in arbitrations under the 2010 UNCITRAL Arbitration Rules<sup>13</sup>. Without doubt, the Rules “have strongly contributed to the development of the arbitration activities of many arbitral institutions in all parts of the world”, as recognized by the 2012 UNCITRAL Recommendations to assist arbitral institutions and other interested bodies with regard to arbitration under the 2010 UNCITRAL Arbitration Rules<sup>14</sup> (hereinafter 2012 UNCITRAL Recommendations). The Recommendations consider the different uses that institutions, and other interested bodies, including chambers of commerce and trade associations, might adopt in relation with the Rules<sup>15</sup>:

- “a) They have served as a model for institutions drafting their own arbitration rules. The degree to which the UNCITRAL Arbitration Rules have been used as a drafting model ranges from inspiration to full adoption of the Rules;
- b) Institutions have offered to administer disputes under the UNCITRAL Arbitration Rules or to render administrative services in *ad hoc* arbitrations under the Rules;
- c) An institution (or a person) may be requested to act as appointing authority, as provided for under the UNCITRAL Arbitration Rules”.  
Due to the different roles that the institutions may play in arbitration proceedings under UAR, it is recommended that the institution makes a clear distinction and separation of the different services offered –as well as their costs<sup>16</sup>- in their rules or statutes in terms of transparency and certainty for the users of arbitration<sup>17</sup>:
  - Administration of arbitral proceedings under its own rules.
  - Administration of arbitral proceedings under UAR, which as it will be consider should include also the appointment of arbitrators.

13 A distinct but related aspect could be the role that the institutions and its rules played as a guide or source of inspiration on the new 2010 UAR, but this is another story to be dealt with in a different article.

14 2012 UNCITRAL Recommendations, n°1.

15 2012 UNCITRAL Recommendations, n°6.

16 2012 UNCITRAL Recommendations, n°25.

17 As partially recognized by the 2012 UNCITRAL Recommendations, n°22: “It is further recommended that

(a) The administrative procedures of the institution distinguish clearly between the functions of an appointing authority as envisaged under the UNCITRAL Arbitration Rules (see section D below) and other full or partial administrative assistance, and the institution should declare whether it is offering both or only one of these types of services; (b) An institution which is prepared either to fully administer a case under the UNCITRAL Arbitration Rules or to provide certain administrative services of a technical and secretarial nature describe in its administrative procedures the services offered; such services may be rendered upon request of the parties or the arbitral tribunal”.

This is not always the case as we will be seen in this paper.

- Role as appointing authority in *ad hoc* arbitration proceedings under UAR or in other *ad hoc* arbitrations or even in other institutional arbitrations. To this role, it might be added some administrative services.
- Role as a provider of certain/partial administrative services in *ad hoc* proceedings under UAR or in institutional arbitrations. The latter situation is not expressly foreseen in the 2012 Recommendations but it is a service offered by some institutions<sup>18</sup>.

In relation with the role of the institutions under the 1976 and 2010 UAR, a further evolvement is seen: the appointing authority and the designating authority have assumed more control over the arbitration process. This is due to the fact that since the adoption of the Rules in 1976, a rapid increase in the use of the Rules by institutions and also the practice by the parties to use the Rules with an institution administering them is being observed. In fact, several institutions did adopt procedures to fulfil that role under UAR (1976) and some either has just changed them to be in line with UAR (2010), or are in the process of creating new procedures for adopting them.

Finally, to avoid confusion, it is worth mentioning that neither UNCITRAL nor its Secretary function as appointing authorities. UNCITRAL is not an arbitral institution either. Therefore, it does not provide for the administration of the procedure or administrative services in relation with arbitration proceedings<sup>19</sup>,

---

18 In this situation, the petitioner of the service might be the parties, the arbitrators or even another institution, for example, The PCA “offers hearing facilities at the Peace Palace and ancillary administrative services to tribunals operating ad-hoc or under the auspices of another institution”. And Hong-Kong International Arbitration Center (HKIAC) in the answer to question 19 it states that: “Arbitrations may be held at the HKIAC even if administered by another arbitration institute, or if they are not institutionally administered”.

19 This kind of mistake seems to be frequent and so UNCITRAL has needed to make an explanation on its web site on three occasions in the same page. See on the following terms: “Consequently, UNCITRAL does not offer legal advice in specific disputes, and, in particular, does not nominate arbitrators, administer arbitrations, certify arbitral authorities, or recommend any legal practitioner for legal assistance”; “it is not within UNCITRAL’s mandate, as set out by the General Assembly, to become involved in individual cases. UNCITRAL and its Secretariat do not act as an arbitral tribunal, administer arbitration proceedings, or otherwise perform any function related to individual arbitration proceedings, or any other system of public or private dispute settlement”; and finally: “it is beyond its mandate, and is indeed inappropriate for UNCITRAL, the Secretariat, or individual legal officers to offer advice regarding the interpretation of provisions of UNCITRAL texts or to otherwise offer legal advice. In particular, UNCITRAL does not administer arbitration or conciliation proceedings, nor does it provide services to public entities or private parties in connection with dispute settlement proceedings. Furthermore, UNCITRAL does not keep any list of potential arbitrators or conciliators, nor act as appointing authority under the UNCITRAL arbitration and conciliation rules”.

But see the confusion derived from Article X.2 of *The Agreement among the Government of Brunei Darussalam, The Republic of Indonesia, Malaysia, The Republic of Philippines, The Republic of Singapore and the Kingdom of Thailand for the Promotion and Protection of Investments*, 15 December 1987 (ASEAN Agreement): “If such a dispute cannot thus be settled within six months of its being raised, then either party can elect to submit the dispute for conciliation or arbitration and such election shall be binding on the other party. The

although recently a more active role in the involvement of UNCITRAL in the administration of the process is observed as a repository in investment-state arbitration under the 2014 UNCITRAL Transparency Rules<sup>20</sup>.

## II. The choice of the parties: *ad hoc* v. institutional arbitration. Limitations of party autonomy

There is no international uniform definition of these types of arbitration. Art.2 a) UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985) (MAL) considers for the purposes of this Law that:

- a) “*arbitration*” means any arbitration whether or not administered by a permanent arbitral institution<sup>21</sup>.

Although the term *ad hoc* is not mentioned, from Art.2 a) MAL it is implied that there are two types of arbitration: one which is administered by a permanent arbitral institution (administered arbitration)<sup>22</sup>, also named as institutional arbitration<sup>23</sup>, and the other type which derives from the negative characterization of the former, i.e., an arbitration not administered by a permanent arbitral

---

dispute may be brought before the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), the Regional Centre for Arbitration at Kuala Lumpur or any other regional centre for arbitration in ASEAN, whichever body the parties to the dispute mutually agree to appoint for the purposes of Conducting the arbitration”.

20 See Art.8 (Repository of published information) UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration (2014): “The repository of published information under the Rules on Transparency shall be the Secretary-General of the United Nations or an institution named by UNCITRAL”. The text expressly considers in Art.1.9 that “These Rules are available for use in investor-State arbitrations initiated under rules other than the UNCITRAL Arbitration Rules or in *ad hoc* proceedings”. Here the distinction lies between arbitrations subject to UAR and purely *ad hoc* proceedings.

21 The same definition is found in some arbitration laws that follows MAL, for example, section 2.1 Hong-Kong Arbitration Ordinance, 2011. For that purpose, HKIAC has issued the Arbitration (Appointment of Arbitrators and Umpires) Rules with the approval of the Chief of Justice as provided for in sections 24 and 30 of the Ordinance. Also, section 2.1 Mauritius International Commercial Arbitration Act (2008). See: similarly UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Proceedings, 1996, note 1 (hereinafter UNCITRAL Notes).

22 Usually used interchangeable: for example: SANDERS, n°2.4; José María ABASCAL ZAMORA, Arbitraje institucional y Arbitraje ad hoc. El Financiero, 24 agosto 1994, p.6; and Julio TREVIÑO, El arbitraje comercial internacional de tipo ad hoc e institucional y el arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. Revista mexicana de derecho internacional privado: Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado (México, D.F.) octubre 1996, p.57.

23 Some authors considers that institutional arbitration is “a form of administered arbitration”, although no explanation is made. See: SCHÜTZE, Introduction. Institutional Arbitration (editor Schütze). C.H.Beck-Hart-Nomos, 2012, n°1.

institution that we will refer to as *ad hoc*, following an universal name of this type of arbitration<sup>24</sup>.

The main criteria to distinguish between *ad hoc* and institutional arbitration is derived from the definition in Art.2 a) MAL<sup>25</sup>. In administered arbitration or institutional arbitration the arbitral proceeding is administered not by the parties themselves but by a third party, an arbitral institution that functions permanently<sup>26</sup>. This wide definition was the result of the difficulties encountered when drafting the Model Law to find a more precise definition to distinguish both types of arbitration<sup>27</sup>.

One of the choices to be made by the parties –usually when agreeing to arbitrate or afterwards<sup>28</sup>– is the type of arbitration, whether an *ad hoc* procedure or an arbitration administered by an arbitral institution<sup>29</sup>. Usually, parties in international arbitration will have a complete freedom of choice.

According to some statistics, institutional arbitration is the preferred option in commercial arbitration, less so in investment arbitration where an increase tendency in favor of *ad hoc* arbitration under UNCITRAL Arbitration Rules is seen<sup>30</sup>. Even

---

24 Usually the commentators when referring to Art.2 a) MAL considers both *ad hoc* and institutional arbitration: Peter BINDER, International commercial arbitration and conciliation in UNCITRAL Model Law jurisdictions, 2010, n°1-047 referring to Art.2 a) MAL: “Thus, it applies to pure *ad hoc* arbitration and to any type of administered or institutional arbitration”. And Houchih KUO, Refusal of a Taiwanese Court to recognize *ad hoc* arbitration: Implications and the future of *ad hoc* arbitration in Taiwan. 2012 Asian DR, p.59.

25 MAL refers indirectly to institutional arbitration in Art.2 e) to state a general rule for interpretation considering that “when where a provision of this Law, except article 28, leaves the parties free to determine a certain issue, such freedom includes the right of the parties to authorize a third party, including an institution, to make that determination”.

26 Similarly The European Convention on International Commercial Arbitration of 1961 Done at Geneva, April 21, 1961 states in art.2 b) that the term “arbitration” shall mean not only settlement by arbitrators appointed for each case (*ad hoc* arbitration) but also by permanent arbitral institutions.

27 Vid. Syed AHMAD IDID, *Ad hoc Arbitration versus Institutional Arbitration*. The Law Review, 2006, p.245.

28 In practice, it is observed that it is not exceptional the situation where the parties agree on a set of arbitration rules either before or after the constitution of the arbitral tribunal: A/CN.9/826, n°47.

29 IBA Guidelines for Drafting International Arbitration Clauses, 7<sup>th</sup> October 2010, Guideline 1: “The parties should decide between institutional and *ad hoc* arbitration”.

30 Vid. *International Arbitration Survey (2010), Choices in International Arbitration*. See also: *International Arbitration: Corporate Attitudes and Practices, 2008*, Price Waterhouse Coopers (PWC) and The School of International Arbitration de la Universidad de Queen Mary, p.7, where it is stated that in investment arbitration *ad hoc* proceedings amount up to 33%, and thus 67% opts for institutional arbitration. In relation with international commercial arbitration, the study reveals that 86% of the arbitration awards were rendered in institutional arbitration, while only 14% were *ad hoc* arbitrations, being the result consistent with those analyzed in 2006 (id., p.8). Similarly James CASTELLO, UNCITRAL Arbitration Rules (2010) and UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-Based Investor State Arbitration (2013). General Editors: Mistelis/Shore/Ribeiro/Brekoulakis. Arbitration Rules. International Institution. Guides to International Arbitration. Juris, 2014, N°4, 3<sup>rd</sup> edition, Uncit 5, refers that as of the end of 2013, approximately 28% of all arbitrations initiated under investment treaties were governed by UAR.

some authors have considered that in commercial arbitration a change in favor of *ad hoc* arbitration is observed<sup>31</sup>.

In terms of the advantages and disadvantages of *ad hoc* arbitration as compared to institutional arbitration, it depends upon the point of view of the scholars. However, rather than observing the choice from a positive or negative angle, a practical approach would pay attention to the different features that are present in *ad hoc* arbitration as compared to institutional arbitration to determine which of the two suits better the specific needs of the parties and their dispute.

Broadly speaking, institutional arbitration is probably a better option for the parties and/or the counsels who do not have experience in dealing with international arbitration<sup>32</sup> since they can count on with the assistance of the arbitral institution and its personnel, as well as with a set of arbitration rules administe-

31 The reason is the increasing popularity of arbitration as a method for solving disputes: the more the parties know and use arbitration, less useful is the institution. See: C. Mark BAKER/Efrén C. OLIVARES, *Ad hoc International Arbitrations- The Way of the Future?*. Liber Amicorum Abascal Part I. World Arbitration & Mediation Review, 2012, vol.6, n°1, p.35.

A preference for *ad hoc* arbitration is also observed in some countries such as Peru where *ad hoc* arbitrations amount to no less than 65% of the total number of arbitrations Peru. See: Carlos RUSKA MAGUIÑA, *Arbitraje Ad hoc o Arbitraje Administrado. El Rol de las Instituciones Arbitrales en El Perú. El Arbitraje en Perú y el mundo*. Director: Carlos Soto. Instituto Peruano de Arbitraje, 2008, p.91. And also in some Bilateral Trade Agreements (BTA), like the BTA between USA and Viet nam, where it does not only encourage the parties to submit disputes to arbitration but also to *ad hoc* arbitration under The UNCITRAL Arbitration Rules. See for example: Article 7 (Commercial Disputes):

“2. The parties encourage the adoption of arbitration for the settlement of disputes arising out of commercial transactions concluded between nationals or companies of the United States of America and nationals or companies of the Socialist Republic of Vietnam. Such arbitration may be provided for by agreements in contracts between such nationals and companies, or in a separate written agreement between them.

3. The parties to such transactions may provide for arbitration under any internationally recognized arbitration rules, including the UNCITRAL Rules of December 15, 1976, and any modifications thereto, in which case the parties should designate an Appointing Authority under said rules in a country other than USA or Vietnam.

4. The parties to the dispute, unless otherwise agreed between them, should specify as the place of arbitration a country other than USA or Vietnam, that is a party to the New York Convention.

5. Nothing in this Article shall be construed to prevent, and the parties shall not prohibit, the parties from agreeing upon any other form of arbitration or on the law to be applied in such arbitration, or other form of dispute settlement which they mutually prefer and agree best suits their particular needs.

6. Each party shall ensure that an effective means exists within its territory for the recognition and enforcement of arbitral awards”.

According to the above mentioned BTA, “commercial dispute” means a dispute between parties to a commercial transaction which arises out of that transaction.

32 It is common place to refer to the advantages of institutional arbitration as compared with *ad hoc* arbitration. See, among many scholars: Nassib G. ZIADÉ, *Reflections on the Role of Institutional Arbitration Between the Present and the Future*. Arbitration International, 2009, vol.25, n°3, pp.427-430; Ramón MULLERAT, *Ventajas e inconvenientes del arbitraje institucional*. In Liber Amicorum Bernardo Cremades. Editores: Miguel Ángel Fernández-Ballester/David Arias. Madrid: La Ley, 2010, pp.867-872; and Robert COULSON, *Practical advantages of administered arbitration: institutional vs ad hoc arbitration*. World Arbitration and Mediation Report, 1993, pp.19-20, particularly comparing institutional arbitration with the *ad hoc* system under UAR.

red with a certain degree of experience and by professionals of the institution; an arbitration center that might also offer other related services to the parties<sup>33</sup>.

On the other hand, for more sophisticated players who also want to keep strict confidentiality of the case, and want to retain full control of the arbitration proceedings, *ad hoc* arbitration is a better option because the parties have the freedom and flexibility to organize a tailored-made proceeding. It is also a good option when a State is part of the arbitration.

Despite the general principle of the freedom of the parties to choose the type of arbitration, certain limitations might be derived from the applicable law –generally, the law of the seat of the arbitration–, which might impose certain restrictions upon that choice.

Under some arbitration laws *ad hoc* proceedings are either forbidden in relation with certain kind of disputes, such as corporate disputes<sup>34</sup>, or they are not expressly recognized<sup>35</sup>, and thus in the first case only institutional arbitration is possible, and in the second an *ad hoc* arbitration award is no a “arbitral award” in the sense of the arbitration act because it was not made by an arbitral tribunal belonging to an institution whose establishment had been duly approved by Statute.

Similarly, in investment arbitration, although in very few cases, the investment Treaty might not have foreseen *ad hoc* arbitration as one of the possible options for the investor<sup>36</sup>. This would not usually be the case since most of the

---

33 See also comment 5 IBA Guidelines for Drafting International Arbitration Clauses, 7<sup>th</sup> October 2010 “Institutional arbitration may be beneficial for parties with little experience in international arbitration. The institution may contribute significant procedural ‘know how’ that helps the arbitration run effectively, and may even be able to assist when the parties have failed to anticipate something when drafting their arbitration clause. The services provided by an arbitral institution are often worth the relatively low administrative fee charged”.

34 See Art.11 bis 3 Spanish Arbitration Act (2003, as amended in 2011): “A company’s Articles of association may provide that any challenge to corporate resolutions by members or directors shall be subject to the decision of one or more arbitrators, designating an arbitration institution to administer the arbitration proceedings and appoint of the arbitrator(s)”.

A similar situation in Italy: Art.34.2 Legislative Decree of 17 January 2003, n°5 (D.Lgs. n. 5/2003) that states that all the arbitrators ought to be appointed by a third party, otherwise the arbitration agreement is considered null. See a recent commentary of both Spanish and Italian Corporate Law by several scholars at the Law Review: *Giurisprudenza Italiana* - Giugno 2014, pp.1522-1544. As considered by Italian scholars: the parties are encouraged to choose institutional arbitration (see Eugenio DALMOTTO, *Profili processuali dell’arbitrato societario in Italia*, *Giurisprudenza Italiana* - Giugno 2014, p.1529).

By contrast no such limitation exists in other countries. For example, The Mauritius International Arbitration Act (2008) considers corporate arbitration in Art.3(6) and provides a Model Arbitration Clause (for GBL Companies) contained in the Second Schedule of the Act whereby it is clear the choice for *ad hoc* arbitration: “The arbitration shall be conducted pursuant to the Rules of [name of institution]. Where no institution is chosen, the arbitration shall be conducted pursuant to the rules set out in the Act”.

35 For example, the failure in the Arbitration Act of the PR China (1998) to adopt the definition of arbitration in Art.2 a) MAL was seen in the *Jin Cheng Feng* decision as a refusal of a Taiwanese Court to recognized *ad hoc* arbitration. See: KUO, p.60.

36 For example: see Art.8 of the BIT between Korea and Viet Nam.

bilateral and multilateral investment treaties grant the investors the option of an *ad hoc* arbitration under The UNCITRAL Arbitration Rules.

If the arbitration agreement is silent on this choice<sup>37</sup>, the option is for *ad hoc* arbitration<sup>38</sup> unless otherwise provided by the applicable Law. Generally, arbitration laws do not estipulate which one has the default role. This derives from the difficulty to decide among the various institutions that offer their arbitration services which one should have a default position.

However, the applicable Law might provide a default solution:

- a) Institutional arbitration: Art.3 of The Inter-American Convention on International Commercial Arbitration (Panama Convention), 30<sup>th</sup> June 1975 that states: “In the absence of an express agreement between the parties, the arbitration shall be conducted in accordance with the rules of procedure of the Inter-American Commercial Arbitration Commission” (CIAC). The CIAC has adopted as administered rules the 1976 UNCITRAL Arbitration Rules. Therefore the default position is for a institutional arbitration.
- b) *Ad hoc* arbitration: Panama and Peru Arbitration Acts<sup>39</sup>.
- c) A different approach is seen in other legal texts where it is up to a third party to decide how to fill this gap and thus the type of arbitration<sup>40</sup>.

37 We are not dealing with pathological clauses in this paper. But indeed if the parties refer to an institution although not to its rules the presumption is that the institution will administer the proceedings in accordance with its Rules. This is so recognized in Art.10 OHADA Uniform Act on Arbitration: “Except where the parties expressly exclude the application of certain provisions of the arbitration rules of an institution, submission to this arbitration institution shall bind them to apply the arbitration rules of such institution”.

38 Also: LEW/MISTELIS/KRÖLL, Comparative International Commercial Arbitration. Kluwer Law International, 2003, n°3-5.

39 Art.12 Panama Law on International and Commercial Arbitration, 8th January 2012: “En caso de falta de designación de una institución arbitral, se entenderá que el arbitraje es *ad hoc*”. And also Art.7.3 Perú Arbitration Act (2008), where it also states that *ad hoc* arbitration is the solution when: “La misma regla se aplica cuando exista designación que sea incompatible o contradictoria entre dos o más instituciones, o cuando se haga referencia a una institución arbitral inexistente, o cuando la institución no acepte el encargo, salvo pacto distinto de las partes”.

40 The European Convention on International Commercial Arbitration of 1961 Done at Geneva, April 21, 1961, Art.IV.6. “Where the arbitration agreement does not specify the mode of arbitration (arbitration by a permanent arbitral institution or an *ad hoc* arbitration) to which the parties have agreed to submit their dispute, and where the parties cannot agree thereon, the claimant shall be entitled to have recourse in this case to the procedure referred to in paragraph 3 to determine the question. The President of the competent Chamber of Commerce or the Special Committee, shall be entitled either to refer the parties to a permanent arbitral institution or to request the parties to appoint their arbitrator within such time-limits as the President of the competent Chamber of Commerce or the Special Committee may have fixed and to agree within such time-limits on the necessary measures for the functioning of the arbitration. In the latter case, the provisions of paragraphs 2, 3 and 4 of this Article shall apply”.

*Ad hoc* arbitration is also the solution when the choice of an arbitral institution has a certain pathology that might not be resolved<sup>41</sup> and thus the institutional choice in the arbitration agreement ought to be considered invalid. This does not necessarily mean that the arbitration agreement is null. On the contrary, the consent of the parties to arbitrate, which is an essential element of the arbitration agreement, prevails and thus an *ad hoc* arbitration should be the result<sup>42</sup>.

### III. Are *ad hoc* arbitrations under the UNCITRAL Arbitration Rules a third type of arbitration?

The distinction between *ad hoc* v. institutional arbitration is the normal division found in scholarly writings<sup>43</sup> as well as in many legal arbitration systems, including the NYC<sup>44</sup> and even the recommended distinction for the parties' choice<sup>45</sup>. As considered previously, for the MAL, the fundamental distinction is the administration of the arbitral proceedings by a permanent arbitral institution.

Although it is not always necessary to draw the line between those two types of arbitration (*ad hoc* v. institutional), there are some situations where it is mandatory to do so. Here the problem is how to characterize *ad hoc* arbitration clauses where the intervention of an institution is foreseen (either because the institution appoints the arbitrators and/or because the institution renders some administrative services)<sup>46</sup> or an *ad hoc* arbitration where a set of rules, UAR, is agreed by the parties. Is this an institutional arbitration or a third type of arbitration as it has been suggested by some scholars?.

---

41 There are some room to fill this gap. For example, The European Convention on International Commercial Arbitration of 1961 Done at Geneva, April 21, 1961, states in Art.IV.5 that "Where the parties have agreed to submit their disputes to a permanent arbitral institution without determining the institution in question and cannot agree thereon, the claimant may request the determination of such institution in conformity with the procedure referred to in paragraph 3 above".

42 An example of this is the case decided by the Tribunal of First Instance (Paris), 22 January 2010) where the arbitration agreement considered the ICC as the arbitration centre but eliminating two important features of the ICC Rules: the confirmation of the arbitrators (Art.13 ICC Arbitration Rules, 2012) and the revision of the award (Art.33). The ICC refused to administer the procedure unless the parties withdraw those limitations that was refused. The Paris Court considered that a valid *ad hoc* arbitration agreement was concluded and that the ICC was the appointing authority.

43 *Inter alia*: LEW/MISTELIS/KRÖLL, n°3-4; REDFERN/HUNTER, Law and Practice of International Commercial Arbitration. Thomson/Sweet and Maxwell, 2004, n°1-97; ABASCAL, p.5; and TREVIÑO, p.52.

44 Art.I.2 NYC although with a somehow old fashion language: "The term arbitral awards" shall include not only awards made by arbitrators appointed for each case but also those made by permanent arbitral bodies to which the parties have submitted".

45 IBA Guidelines for Drafting International Arbitration Clauses, 7<sup>th</sup> October 2010, Guideline 1.

46 Note that they can be different institutions. One appoints the arbitrators and the other rent the rooms for the hearings, for example.

There are two issues to be discussed. The first is whether the existence of a set of arbitration rules is an essential element for the distinction between *ad hoc* arbitrations and institutional arbitration (*infra* 3.1) The second is whether the special role given under UAR to the appointing authority implies that we are in the presence of a third type of arbitration (*infra* 3.2).

### 3.1. Arbitration rules are not essential for the distinction between *ad hoc* and institutional arbitration

The arbitration rules have the important function to interpret and integrate the agreement of the parties to arbitrate<sup>47</sup>. They provide a regulatory but a flexible framework directing the parties and the arbitrators “to act in a particular way”<sup>48</sup>. Furthermore, some arbitration laws even stipulate the specific matters to be covered by institutional arbitration rules<sup>49</sup>. Among those functions, the rendering of the award is not included as this is an exclusive role of the arbitrators and not the arbitral institutions<sup>50</sup>.

Thus, critical in institutional arbitration is the functional separation and independence between the role of the administration of the proceedings and the issuance of the award<sup>51</sup>. Therefore, the merger of both functions that are seen in certain arbitration systems should be avoided in order to draw a clear cut between *ad hoc* and institutional arbitration. The separation of roles reinforces the main criteria for the distinction that lies in the administration of the proce-

47 Art. 2d) MAL. See also, for example, Arts. art.4 a) y b) Spanish Arbitration Act that states: “When a provision of this Act:

a) Allows the parties the freedom to decide on a certain issue, such freedom includes the right of the parties to authorize a third party, including an arbitration institution, to take such decision, except in the case set forth in Article 34.

b) Refers to the arbitration agreement or to any other agreement between the parties, it shall be deemed to include the provisions of the arbitration rules to which the parties have submitted”.

Similarly Art.1657 Civil and Commercial Code of Argentina (2014, but it will entry into force on the 1<sup>st</sup> January 2016) states that the arbitration rules agreed by the parties integrate the arbitration contract.

48 Note 3 UNCITRAL Notes.

49 See for example: Articles 39 and 40 of the Law of Arbitration and Mediation of Ecuador (1997); and Arts.13 and 14 Venezuela Commercial Arbitration Law (1998).

50 See comment 4 to IBA Guidelines for Drafting International Arbitration Clauses, 7<sup>th</sup> October 2010 when referring to institutional arbitration: “The institution does not decide the merits of the parties’ dispute, however. This is left entirely to the arbitrators”.

51 Art.1.2 ICC Arbitration Rules (2012): “The Court does not itself resolve disputes. It administers the resolution of disputes by arbitral tribunals in accordance with the Rules of Arbitration of the ICC”. See also, Appendix I (Organisation), Article 2 of the SCC (Stockholm Chamber of Commerce) Arbitration Rules (2010): “The SCC does not itself decide disputes”.

dure: whether done by an arbitral institution (institutional arbitration) or by the arbitrators themselves (*ad hoc*).

The question that follows is whether the existence of a set of arbitration rules is an essential feature to distinguish between *ad hoc* and institutional arbitration. The answer is negative. Art.2 e) MAL considers the possible agreement of the parties to any arbitration rules, including both institutional arbitration rules as well as *ad hoc* arbitration rules, like UAR<sup>52</sup>.

Although, a set of arbitration rules is an essential element for an arbitral institution, even required by some arbitration laws<sup>53</sup>, is not crucial for the distinction between *ad hoc* and institutional arbitration<sup>54</sup> as proven by the fact that the parties in *ad hoc* proceedings might agree on a set of arbitration rules (i.e., the UNCITRAL Arbitration Rules<sup>55</sup>, which are the rules to be recommended for *ad hoc* arbitrations<sup>56</sup>), or just design their own specific rules to follow. Leaving aside that the design of specific *ad hoc* rules might be problematic since certain pathologies might complicate the proceedings, what it is important to stress now is that *ad hoc* arbitration remains as such notwithstanding the express inclusion

---

52 See BINDER, n°1-057.

53 Art.14.2 Spanish Arbitration Act: "Arbitration institutions shall exercise their duties in accordance with their own rules". Art.12 Panama International and domestic commercial arbitration Law (8th January 2014) in fine: "Las instituciones de arbitraje nacionales y extranjeras ejercerán sus funciones conforme a sus propios reglamentos"; Art.40 Ecuador Arbitration Law and Art.13 Venezuela Arbitration Law.

54 See also: IBA Guidelines for Drafting International Arbitration Clauses, 7<sup>th</sup> October 2010, Guideline 2 in connection with Guideline 1: "Guideline 1: The parties should decide between institutional and *ad hoc* arbitration. Guideline 2: The parties should select a set of arbitration rules and use the model clause recommended for these arbitration rules as a starting point".

The European Convention on International Commercial Arbitration of 1961 Done at Geneva, April 21, 1961 seems to focus on a set of arbitration rules as a distinctive element between *ad hoc* and institutional arbitration. To this regard, Art.IV.1 states that "The parties to an arbitration agreement shall be free to submit their disputes: (a) to a permanent arbitral institution; in this case, the arbitration proceedings shall be held in conformity with the rules of the said institution, as opposed to *ad hoc* where, in conformity with paragraph 2, iii) "the parties are free to lay down the procedure to be followed by the arbitrators". Note, first, that at that time the UAR were not in existence and, second, that the freedom of the parties to lay down the procedure to be followed by the arbitrators (Art.19.1 MAL) is also fulfilled when choosing a set of arbitration rules.

55 This is expressly recognized for example in the Preamble (II) of the Spanish Arbitration Act: "the parties may submit to a specific regulation without entrusting a particular institution with administering the arbitration, in which case the arbitration regulations are also included in the parties' will". Some Spanish scholars consider this arbitration as a third type with the name of "arbitraje reglamentado" (Manuel OLIVENCIA, Artículo 4. En Comentarios a la Ley de Arbitraje. Ley 60/2003, de 23 de diciembre. Julio González Soria (coordinador). Aranzadi-Thomson Reuters, 2011, 2<sup>a</sup> ed., p.79). Rightly criticizing that it is not a third type but an *ad hoc* arbitration: José María ALONSO PUIG, El arbitraje institucional (artículo 14). Comentarios a la Ley de Arbitraje. Coordinadores: Alberto de Martín Muñoz y Santiago Hierro Anibarro. Madrid, Barcelona: Marcial Pons, 2006, p.685. See generally: Frederic MUNNÉ CATARINA, La Administración del Arbitraje. Instituciones Arbitrales y Procedimiento Prearbitral. Aranzadi, 2002.

56 In fact they have been recognized as such by Comment 9 to IBA Guidelines for Drafting International Arbitration Clauses, 7<sup>th</sup> October 2010. UAR are the only set of arbitration rules mentioned in regard to *ad hoc* arbitration in those Guidelines.

of UAR. Therefore, the agreement of the parties on an *ad hoc* arbitration under UAR does not change the type of arbitration and it is still an *ad hoc* arbitration<sup>57</sup>.

The Secretariat's commentary to MAL seems to refer also in its comments to Chapter III (Composition of the arbitral tribunal) to the distinction between *ad hoc* and institutional arbitration in terms of the use of a set of arbitration rules: "the approach recognizes the freedom of the parties to determine, by reference to an existing set of arbitration rules or by an *ad hoc* agreement, the procedure to be followed, subject to the fundamental requirements of fairness and justice". However, from our point of view, the comments of the UNCITRAL Secretariat should be understood not so much as to the differences between *ad hoc* and institutional arbitration based upon the existence of arbitration rules, but more in terms of the freedom of the parties in all kind of arbitrations to design the rules of procedure. This freedom is exercised by the parties when they choose a set of arbitration rules.

Although it is not the object of this paper, it is worth mentioning another possible situation that arises in practice, although is neither common nor desirable<sup>58</sup>: agreement of the parties to have an institution to administer the case under the set of rules of another arbitral institution<sup>59</sup>. For example, if the Madrid Court of Arbitration (CAM) were to agree to administer an arbitration proceeding under the ICC Arbitration Rules. In this case, an institutional arbitration would have been agreed by the parties, but *colloquially speaking* it would not be "an ICC arbitration" but a CAM arbitration that functions as administrator of the case under the set of arbitration rules agreed by the parties (ICC Arbitration Rules)<sup>60</sup>.

57 See also: ABASCAL ZAMORA, p.5; and TREVIÑO, pp.52-53, both also considering that UNCITRAL is not an arbitral institution. This is not however the key issue for the discussion but whether or not the roles of the appointing authority or the designating authority changes an *ad hoc* arbitration into an institutional one. Impliedly: LEW/MISTELIS/KRÖLL, n°3-11.

58 Comment 9 IBA Guidelines for Drafting International Arbitration Clauses, 7<sup>th</sup> October 2010: "When the parties have opted for institutional arbitration, the choice of arbitration rules should always coincide with that of the arbitral institution". Note the use of the imperative "should".

See also the recent discussion at UNCITRAL when revising the UNCITRAL Notes: "It was considered whether the Notes ought to mention the option of utilizing institutional rules without the arbitration being administered by that institution. It was said that such an approach must be treated with caution as such practice often led to confusion, delays and costs": See A/CN.9/826, n°45.

59 As foreseen by several arbitral institutions, for example, CRICA (Cairo Regional Center for International Commercial Arbitration) that provides for institutional arbitration services according to its Rules or any other rules agreed upon by the parties (Arbitration Rules, 2011, p.9) or by HKIAC, as provided, for example, in somehow an unusual place: in the Q&A section, in the answer to question 18 "Parties to arbitrations heard at or administered by the HKIAC are free to choose the procedural rules for their arbitrations" or in its Practice Note on the Challenge of an Arbitrator, 1<sup>st</sup> November 2013: A challenge to an arbitrator (the "Challenged Arbitrator") 1. "...under the HKIAC Administered Arbitration Rules (the "Rules") or in an arbitration administered by HKIAC...".

60 Art.3 CAM Statutes: "The Court will administer the arbitration according to the provision of its Rules, unless expressly agreed otherwise by the parties, which will require the express approval of the Court".

### 3.2. The special role of the appointing authority under the UNCITRAL Arbitration Rules

#### a) *The role of the appointing authority under UAR*

Since in *ad hoc* proceedings there is no institution supporting the parties that administers the case, the UNCITRAL Rules design a system to help the parties when they are not able to agree on certain matters during the proceedings and particularly before the arbitral tribunal has been constituted, which includes also the moment of the nomination of the arbitrators. To this purpose the parties might be assisted during the proceedings by the so called appointing authority.

The UNCITRAL Rules encourages the parties for an early nomination of that authority, and so it is included as the first choice of the parties within its arbitration clause<sup>61</sup>. This is a recommended step in terms of efficiency and economy<sup>62</sup>. Of course, the agreement on the appointing authority can come at a later stage either at the very beginning of the arbitration when the notification and the reply to it (Arts.3.4 a) and 4.2 b) UAR that consider the nomination of an appointing authority as one of the proposals to be made by the parties) or at any later point in time (Art.6.1 UAR)<sup>63</sup>.

---

This is without prejudice of the desire of some institutions to preserve their Rules only when administering by them. For example, Art.1.2 ICC Arbitration Rules (2012): “(...) The Court is the only body authorized to administer arbitrations under the Rules, including the scrutiny and approval of awards rendered in accordance with the Rules”.

From our point of view, although the example considered is not a desirable situation, it is perfectly valid and so we disagree with the authors that have considered that this situation may be subject to challenge or being unenforceable on the ground foresee in Art.34.2 a) and 36.1 a) MAL. See: REINER/ASCHAUER, ICC Rules. Institutional Arbitration (editor Schütze). C.H.Beck-Hart-Nomos, 2012, n°28, although we agree with them that it will not be an “ICC Arbitration”.

61 See also IBA Guidelines for Drafting International Arbitration Clauses, 7<sup>th</sup> October 2010, Guideline 6 “(...) when *ad hoc* arbitration is chosen, should select an appointing authority”, and Comments 9 and 32. In Comments 32 some important advice is giving to the parties: “The appointing authority may be an arbitral institution, a court, a trade or professional association, or another neutral entity. The parties should select an office or title (e.g., the president of an arbitral institution, the chief judge of a court, or the chair of a trade or professional association) rather than an individual (as such individual may be unable to act when called upon to do so). The parties should also make sure that the selected authority will agree to perform its duties if and when called upon to do so”.

62 Badrinath SRINIVASAN, UNCITRAL Arbitration Rules 2010: a review. Christ University Law Journal, 2013, n°2, p.131; and James CASTELLO, Unveiling the 2010 UNCITRAL Arbitration Rules, Dispute resolution journal (New York), 2010, vol.65, n°2-3, p.6.

63 Note, as considered by Sarah GRIMMER, The expanded role of the appointing authority under the UNCITRAL Arbitration Rules 2010. Journal of International Arbitration, 2011, vol.28, n°5, p.502 that: “The new Rules do not require a default to have occurred before a party can request that an appointing authority be designated. This means that a party can ensure that an appointing authority is in place and ready to act from very early on in a case. This eliminates the delay that occurs under the 1976 Rules due to the fact that the party wishing to advance the case must wait for the other side to default on a time limit before it can begin the process of having an appointing authority designated”.

Arbitral institutions are, of course, perfectly apt to develop this function as an appointing authority<sup>64</sup>. Following the principle of transparency and certainty, the 2012 Recommendations, n°29 advises generally that: “An institution that is willing to act as appointing authority under the UNCITRAL Arbitration Rules may indicate in its administrative procedures the various functions of an appointing authority envisaged by the Rules. It may also describe the manner in which it intends to perform these functions”.

The 2012 Recommendations, n°30 also summarizes the functions that an appointing authority develops under UAR and further give some advice to the institutions. Those six main functions are:

- “a) appointment of arbitrators<sup>65</sup>;
- b) decisions on the challenge of arbitrators<sup>66</sup>;
- c) replacement of arbitrators;
- d) assistance in fixing the fees of arbitrators<sup>67</sup>;
- e) participation in the review mechanism on the costs and fees; and
- f) advisory comments regarding deposits<sup>68</sup>”.

Under the 1976 Rules, the appointing authority’s role was limited to: appointing arbitrators, deciding challenges to arbitrators, providing guidance to tribunals with respect to the amount of their fees, and consulting with tribunals on the amount of deposit payments<sup>69</sup>.

If the parties do not agree on the appointing authority, the UNCITRAL Arbitration Rules provides that the Secretary-General of the PCA would designate the appointing authority<sup>70</sup>, and now under the 2010 Arbitration Rules it is expressly recognized that the Secretary-General of the PCA could be the appointing authority itself if the parties so agree (art.6.1 UAR)<sup>71</sup>. During the

64 Also 2012 UNCITRAL Recommendations, n°28.

65 2012 UNCITRAL Recommendations, n°48.

66 2012 UNCITRAL Recommendations, n°50.

67 2012 UNCITRAL Recommendations, n°56.

68 2012 UNCITRAL Recommendations, n°62.

69 GRIMMER, The expanded role, p.501.

70 A/CN.9/634: “UNCITRAL Arbitration Rules: Report of the Secretary-General of the Permanent Court of Arbitration on its activities under the UNCITRAL Arbitration Rules since 1976”, n°7-10 summarizes the procedure followed by the PCA to designate the appointing authority.

71 In other *ad hoc* proceedings, absent an institution that administer the case, the role of appointing authority when the parties cannot agree or one of them is in default is assumed by:

-The national competent Court: Art.15 Spanish Arbitration Act; Section 1035.3 German Arbitration Act (1998); Art.18 English Arbitration Act (1996); Arts.1452 and 1453 French Code of Civil Procedure; Article 1026.4

discussion of UAR, there was a proposal to have the PCA automatically as the appointing authority but this was rejected<sup>72</sup>.

### ***b) Institutions that act as appointing authority under UAR***

An institution acting as appointing authority under UAR is by far the function that arbitral institutions do more often in practice. Many institutions provide this service as appointing authorities, either generally by referring to any *ad hoc* arbitration, such as CAM<sup>73</sup> or SIAC<sup>74</sup>, or specifically in relation to UAR, in their rules or in the offer of their services to the parties.

---

Dutch Arbitration Act; and Art.IV.2 of The European Convention on International Commercial Arbitration of 1961 Done at Geneva, April 21, 1961.

-Generally by an arbitral institution, domestic or international, when required by one of the parties: Art.22 Panama International and domestic commercial arbitration law, 8<sup>th</sup> January 2014: “la designación será hecha, a petición de una de las partes, por una institución de arbitraje, nacional o internacional, de acuerdo con sus propios reglamentos”; this institution is also the default one in cases of challenges of arbitrators, Art.27; failure or impossibility to act of the arbitrator, Art.28.

-A specific arbitration center: Hong-Kong Arbitration Ordinance, 2011, section 13 gives that role to HKIAC; section 12 Mauritius International Arbitration Act (2008) gives it to the PCA (The Secretary-General), that also acts when the institution fails to do the appointment as considered in paragraphs 3 and 4 of the same section. Interesting to note is that section 18.2 of the said Law gives to the PCA a similar function to the one contemplated under Art.41.4 c) UAR. The Malaysian Arbitration Act has positioned the KLRCA as the appointing authority in several circumstances: Syed AHMAD IDID, Use of the UNCITRAL Arbitration Rules at Arbitral Institutions by Arbitral Institutions: The Case of Malaysia. *Journal of International Arbitration*, 2007, vol.24, n°1, pp.45-46; Art.23 e) Peru Arbitration Act (2008) when the arbitration is international considers as appointing authority the Chamber of Commerce of the place of arbitration or if not place has been agreed by the Chamber of Commerce of Lima. See also Art.30.3 for the removal of the arbitrators; and section 8.2 Singapur International Arbitration Act: “The Chairman of the Singapore International Arbitration Centre shall be taken to have been specified as the authority competent to perform the functions under Article 11(3) and (4) of the Model Law”.

72 See Sophie NAPPERT, Comments on the UNCITRAL Arbitration Rules 2010. A Practitioner’s Guide. *Juris*, 2012, p.30; and James CASTELLO, Plus ça change, plus c’est la même chose: Eight Revisions not adopted in the 2010 UNCITRAL Arbitration Rules. *ASA Bulletin*, 2010, vol.28, n°4, pp.855-857.

73 Madrid Court of Arbitration, Art.2 d) CAM Statutes: “The Court is responsible for “acting as a nominating authority in arbitration proceedings not subject to the Rules”.

74 Although SIAC has a special regime for UAR administered by SIAC, it just generally refers to its role as appointing authority without mentioning *ad hoc* cases under UAR. See SIAC schedule of fees.

Among the institutions that expressly refer to the role of appointing authority under UAR are: PCA<sup>75</sup>; ICSID<sup>76</sup>; AAA<sup>77</sup>; SCAI<sup>78</sup>; SCC<sup>79</sup>; WIPO<sup>80</sup>; LCIA<sup>81</sup>;

75 In the person of its Secretary-General. “In addition to the role of designating appointing authorities, the Secretary-General of the PCA will act as the appointing authority under the UNCITRAL Arbitration Rules when the parties so agree” ([http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag\\_id=1061](http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1061)). It is worth to mention that this role was assumed before the revision of the 2010 Arbitration Rules: see A/CN.9/634: “UNCITRAL Arbitration Rules: Report of the Secretary-General of the Permanent Court of Arbitration on its activities under the UNCITRAL Arbitration Rules since 1976”, n°5: “Since the adoption of the Rules, the PCA Secretary-General has received requests to designate, or to act as, an appointing authority in over 270 cases... The most common request is for the designation of an appointing authority to appoint a second arbitrator on behalf of a defaulting respondent”. See also: Sarah GRIMMER, The permanent court of arbitration and the Uncitral arbitration rules: current interaction and future perspectives. Documento de Trabajo. Serie Arbitraje Internacional y Resolución Alternativa de Controversias Número 5/2009, p.10.

Examples in which the Secretary General of the PCA was the appointing authority either in an *ad hoc* arbitration or under UAR are found at the web site of the PCA, for example: BIT between Australia and the Lao People’s Democratic Republic, Apr. 6, 1994. Annex B. “(3) If (...) agreement has not been reached on a Chairman of the Tribunal, either party to the dispute may request the Secretary-General of the Permanent Court of Arbitration at The Hague to make the necessary appointment”. The investor has the option of an special arbitral tribunal which according to (5) “The Arbitral Tribunal shall, subject to the provisions of any agreement between the parties to the dispute, determine its procedure by reference to the rules of procedure contained in the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law adopted by the United Nations General Assembly in its Resolution 31/98 of 15 December 1976”. See also Articles 4.5 and 12.5 BIT between Bangladesh and the Government of the Islamic Republic of Iran, Apr. 29, 2001. In this case, the arbitration is conducted under UAR (see Articles 4.8 and 12.8).

See also Article VII, BIT between USA and The Russian Federation, 1992; Article VII.2, BIT between USA and Romania, 1992; Article 9 BIT between Swiss Confederation and Panama, 19<sup>th</sup> October 1983; and Art.11.4 BIT between France and Haiti, 23 May 1984.

76 Usually in the person of the Secretary-General under some BIT’s, for example, BIT between Mexico and China where the investor has the option of UNCITRAL Rules and the appointing authority is the Secretary-General of ICSID (Arts.13.3 and 15.3).

Also, <https://icsid.worldbank.org>, among the Dispute Settlement facilities offered are that the Secretary General acting as appointing authority under UAR.

77 American Arbitration Association Procedures for Cases under the UNCITRAL Arbitration Rules, as amended and effective 2005. The model clause offers the role of the AAA as the Appointing Authority, without Administrative Services.

78 Swiss Chambers’ Arbitration Institution which has its own Rules: Rules of the Swiss Chambers’ Arbitration Institution (“SCAI”) as Appointing Authority in UNCITRAL or other Ad hoc Arbitration Proceedings. This is a new service offered by the institution since 1<sup>st</sup> August 2014.

79 The Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce (SCC) Procedures and Services Under The UNCITRAL Arbitration Rules, as in force as of 15 October 2011. It only refers to the service as appointing authority. According to the 2013 statistics: “Parties requested SCC administrative services as appointing authority (8) in ad-hoc arbitrations and one under the UNCITRAL Arbitration Rules”; and in 2012: parties “requested SCC administrative services in appointing experts (2), and SCC services in *ad hoc* (5) and UNCITRAL Arbitrations (3)”.

More details about the procedure in the appointment of arbitrators under UAR: Annette MAGNUSSON, The SCC Experience of Investment Arbitration under UNCITRAL Rules. In Euro -Arab Investor- State Dispute Settlement: Recent Developments and Future Perspectives. Cairo, 10-11 October 2012, p.9.

80 WIPO Services under the UNCITRAL Arbitration Rules (1995): The Center will “1. act as appointing authority in cases involving intellectual property that are conducted under the UNCITRAL Arbitration Rules”.

81 “The LCIA regularly acts both as appointing authority and as administrator in arbitrations conducted pursuant to the UNCITRAL arbitration rules” according to the information on its web site.

TRAC<sup>82</sup>; ICC<sup>83</sup>; HKIAC<sup>84</sup>; VIAC<sup>85</sup>; ICAC<sup>86</sup>; among others<sup>87</sup>. However, not all the institutions offer detailed rules on the role as appointing authority, or when they have drafted special rules, some need to be updated to be in line with 2010 UAR.

***c) Arbitrations under UAR are not a hybrid or a third type of arbitration***

After a review of the functions of the appointing authority under UAR, it is clear that those functions are also developed by the institutions in its own arbitration rules. This is one of the reasons considered by some scholars to consider that UAR is a mixed kind of arbitration. The question is even more important after the revision of the 1976 UAR.

It might be questioned after the revised UNCITRAL Arbitration Rules (2010) what is the result since an increase role of the appointing authority (as well as the designating authority)<sup>88</sup> is foreseen by the Rules<sup>89</sup>. Precisely the

---

82 Tehran Regional Arbitration Centre Internal Regulations states that it provides “assistance to *ad hoc* arbitrations, including acting as appointing authority, particularly in cases where they are taking place in accordance with the UNCITRAL Rules”.

83 Art.3 Annex III (Costs of arbitration) of the 2012 ICC Arbitration Rules (The ICC as appointing authority) where the ICC might act as appointing authority in *ad hoc* proceedings under UAR or other *ad hoc* proceedings. It also provides a fee for additional services. See Rules of ICC as appointing authority (1<sup>st</sup> January 2004).

84 HKIAC Administered Arbitration Rules (2008) and (2013). Article 1.2: “Nothing in these Rules shall prevent parties to a dispute or arbitration agreement from naming the HKIAC as appointing authority, or from requesting certain administrative services from the HKIAC, without subjecting the arbitration to the provisions contained in these Rules. For the avoidance of doubt, these Rules shall not govern arbitrations where an agreement to arbitrate provides for arbitration under other rules adopted by the HKIAC from time to time”. See also the fees for *ad hoc* arbitrations.

85 Vienna International Arbitral Center (VIAC) also acts as appointing authority under UAR according to LIEBSCHER, Vienna Rules. Institutional Arbitration (editor Schütze). C.H.Beck-Hart-Nomos, 2012, n°14. Annex IV of the Vienna Rules (2013) refers generally to VIAC being requested to act as appointing authority and the cost of this service.

86 TRUNK, MKAS Rules. Institutional Arbitration (editor Schütze). C.H.Beck-Hart-Nomos, 2012, n°5, the ICAC have issued the “Rules on the Support of the ICAC in arbitral proceedings pursuant to the UNCITRAL Arbitration Rules”, in force since 1<sup>st</sup> January 2000. So ICAC may act as appointing authority and as well as administrator of proceedings.

87 See also other institutions listed at: PATOCCHI/NIEDERMAIER, UNCITRAL Rules. Institutional Arbitration (editor Schütze). C.H.Beck-Hart-Nomos, 2012, n°159-166; and WEBSTER, n°6-18 to 6-78.

88 The term was not as such recognized under UAR (1976) but it has been adopted under UAR (2010). The role of the designating authority is entrusted to the Secretary-General of the PCA. See Art.6 (Designating and appointing authorities). This *chapeau* is the only time within the Rules where the term is used.

89 For a comparison on this point, see: GRIMMER, The expanded role, pp.501-517. As rightly considered by the author: “The expansion of the appointing authority’s role under the new Rules is significant; not only has the number of tasks assigned to it multiplied, but the gravity of those tasks has increased”. However there is no discussion in the paper on whether this expanding role means or not a change in nature of the Rules, except that in the conclusions (id., pp.515-516), the author seems to consider UAR still as an *ad hoc* arbitration: “The UNCITRAL Rules were designed as an *ad hoc* set, flexible enough to be used by parties and tribunals alone, or with the assistance of an institution. With the expansion of the appointing authority’s role, the 2010 Rules resemble more institutional rules in that they rely on a third party (other than a national court) for procedural decision-making support. The new roles endow appointing authorities with significant power

commentators that are in favor of classifying the UNCITRAL Arbitration Rules as a hybrid system or a third type of arbitration rely on the role of a third party in the arbitration process, i.e., the appointing authority which resembles the role of the institutions in administered arbitration. That's why those commentators consider that the UNCITRAL Rules are not a form of *ad hoc* arbitration proper, but "rather a cross-breed lying somewhere between *ad hoc* arbitration and institutional arbitration"<sup>90</sup>. As seen, those authors base this assumption on the reliance of the rules to appoint the arbitrators and the original solution of creating the appointing authority ("they took over the concept of arbitral appointments made by a third party and applied it to *ad hoc* arbitration" which "brings the UNCITRAL Rules closer to administered arbitration")<sup>91</sup>.

However, this is not entirely correct for several reasons:

First, institutions that administer cases do have a more extensive role and powers as compared to the functions of the appointing authority under UAR<sup>92</sup>.

---

and responsibility; they represent a considerable "step-up" from the 1976 Rules. However, barring the added power under Article 7(2) to submit a case to a sole arbitrator, the additional roles assigned to the appointing authority deal with exceptional circumstances. So while there is increased potential for appointing authority intervention, it seems that it would only be required on the rare occasion".

See also considering that the changes in the 2010 Rules "give more institutional colour to the rules": Matthew SKINNER/Sam LUTTRELL/Tom LEVI, *The UNCITRAL Arbitration Rules 2010*. Asian International Arbitration Journal, 2011, vol.7, issue 1, p.77. Or that there is a tendency for semi-institutional rules: Rodrigo MONARDES/Cristián RODRÍGUEZ, *Comentario al Artículo 6. Nuevo Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI 2010*. Anotado y comentado. Pilar Perales Viscasillas/Ignacio Torterola (Directores). Buenos Aires: Legis, 2011, p.58.

90 PATOCCHI/NIEDERMAIER, *UNCITRAL Rules*, n°17, citing Prof. Fouchard and Hermann. The authors recognize that UAR are for *ad hoc* arbitrations (id., n°13) although considers that UAR (id., n°16-17) offers practically the same degree of predictability as any form of institutional arbitration, but arbitration under UNCITRAL Rules has one distinct advantage: party autonomy as to procedure is accepted more widely than in institutional arbitration.

See: considering UAR a modality of *ad hoc* arbitration: Aránzazú ROLDÁN, *Arbitraje ad hoc*. Diccionario Terminológico del Arbitraje Nacional e Internacional (Comercial y de Inversiones). Vol.18. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Lima: Palestra, 2011, p.99.

91 PATOCCHI/NIEDERMAIER, *UNCITRAL Rules*, n°17.

Recently UNCITRAL discussed somehow this issue when revising the UNCITRAL Notes. It was considered that: "It was pointed out that the Notes should clarify that the option between *ad hoc* arbitration and institutional arbitration was not binary, but rather that *ad hoc* rules such as the UNCITRAL Arbitration Rules could be successfully administered by institutions. In that respect, it was suggested that the Notes could include a reference to the 2012 Recommendations to assist arbitral institutions and other interested bodies with regards to arbitrations under the UNCITRAL arbitration Rules 2010". See A/CN.9/826, n°46, but see: n°43: "It was also said that a list of options available to the parties, including agreeing on *ad hoc* or institutional rules, or administered arbitration, and the advantages of such options, could be enumerated".

92 Usually there is no definition of what an administration of an arbitration means in arbitration laws or rules. There are, however, some exceptions. For example: The SIAC Practice Note (2 January 2014) on Administered Cases on Appointment of Arbitrators, Arbitrators' fees and Financial management considers in Rule 4 that Administration by the SIAC includes:

"a. Appointment of arbitrators;

Apart from the shared and common function of appointing the arbitrators usually in default situations or when the parties cannot agree, the institutions are a bridge or channel of communication between the parties and the arbitrators<sup>93</sup>: generally before the panel of arbitrators is constituted but also afterwards, or they receive a copy of all the communications to be made throughout the arbitration, or just the key documents of the arbitration, such as the request of arbitration and its response, the provisional timetable, and the award. They might require the parties to provide further information on its own motion; they might decide quasi-jurisdictional issues, such as *prima facie* jurisdiction, decisions related to the number of arbitrators, or to the independence and impartiality of the arbitrators, confirmation of arbitrators, removal, challenges, the place and the language of the arbitration, the kind of procedure (for example in cases where there is a expeditious proceeding in place), consolidation of cases, joinder of third parties, extensions of time periods, scrutiny of the award, advances on costs, fixing costs of the arbitration, fees payable to the arbitrators, and their expenses, etc. Of course, they also provide pure administrative services such as filing the award, servicing of witnesses, translation of documents, hearing rooms, deposit of costs, advance payments, etc. But the mere function of organizing a proceeding, i.e., all the acts of management necessary for the arbitration to be effective, such as material and personal means, is not enough to consider an institutional arbitration, otherwise that name ought to have been given to centers that are providers of those services but are not arbitration institutions<sup>94</sup>. Finally, the arbitration institutions might even help the parties to conciliate in accordance with some rules.

The conclusion is derived by a comparison of the role of the appointing authority under UAR, either with less intervening arbitration rules, or with more

---

b. Financial management of the arbitration;

c. Case management, which includes liaising with arbitrators, parties and their authorized representatives on proper delivery of notices, monitoring schedules and time lines for submissions, arranging hearing facilities and all other matters which facilitate the smooth conduct of the arbitration;

d. Where applicable, exercising such supervisory functions entrusted by the arbitration rules; and

e. Scrutiny and issuance of awards made by the Tribunal”.

93 To this general function of institutions refers the 2012 UNCITRAL Recommendations, n°12, advising on how to modify in this regard Arts.3 and 4 UNCITRAL Arbitration Rules, taking also into consideration the possible use of the institution as a communication channel after the constitution of the Arbitral Tribunal (id., n°13), and whether the purpose is to receive the communications to notify them to the parties, or for the purposes of information.

94 But see a confusion in: Aránzazú ROLDÁN, Arbitraje institucional. Diccionario Terminológico del Arbitraje Nacional e Internacional (Comercial y de Inversiones). Vol.18. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Lima: Palestra, 2011, p.206. Also *infra* VI, footnote 187.

regulating arbitration rules<sup>95</sup>. Crucial in the role of the institutions that administer cases under their own rules is their permanent presence, intervention and control during the whole arbitration procedure, although the degree of intervention might vary depending on the rules, while in the case of the appointing authority under UAR it might not even intervene during the whole arbitration process for the simple reason that its nomination is not mandatory and thus an *ad hoc* arbitration under UAR might entirely take place without that authority. And even when the appointing authority acts, it is generally a default situation and thus the powers of the appointing authority are secondary or derivative in situations where the parties cannot agree or one of them is on default. By contrast, in administered arbitration, the institutions have, as mentioned, a permanent presence throughout the arbitration and even a primary power in certain issues considered by them essential features or matters of their exclusive competence: confirmation of the arbitrators<sup>96</sup>, scrutiny of the award<sup>97</sup>, or the financial management of the arbitration<sup>98</sup>.

Second, what ought to be considered original under UAR is not the creation of an appointing authority, but the idea of detaching the system from national law –*lex arbitri*– creating a self-sufficient contained default rule. In a non-UAR *ad hoc* situation, the parties always have the option to draft the arbitration clause nominating an appointing authority. In case of silence, where the arbitrators could not be appointed, this does not mean a deadlock situation that renders the arbitration agreement null. The parties may further agree on the appointing authority or there is always, as *ultima ratio*, the possibility to resort to the Courts of the

95 “There are significant differences between various arbitral institutions with regard to the scope as well as the level of administrative assistance and services provided. The organizational structure of arbitral institutions may also vary significantly. The supervision by the arbitral institutions over the proceedings may differ from institution to institution as well as the level of quality control exercised by these institutions”. See: HOFBAUER/BURKART/BANDER/TARI, Survey on Scrutiny of Arbitral Institutions. En *Arbitral Institutions Under Scrutiny: ASA Special Series No. 40*, JurisNet, LLC, 2013, p.2. The survey contains interesting data related to the differences observed in arbitrations institutions around the world with the view of enhancing transparency in arbitration.

96 For example, Art.13 ICC Arbitration Rules (2012); Article 5.1 Swiss Arbitration Rules (2012); Section 7 and 8 LCIA Arbitration Rules (2014); Art.13.3 Madrid Arbitration Rules; Art.9 HKIAC Administered Arbitration Rules (2013); Arts.9 and 10 HKIAC Administered Arbitration Rules (2008); Art.24.2 CIETAC Arbitration Rules; Art.6.3 SIAC Arbitration Rules (2013); Art.25.3 JCAA Commercial Arbitration Rules (2014).

97 See, for example, Art.33 ICC Arbitration Rules (2012). As stated by several commentators the review of the award is crucial to the ICC, see: SCHÜTZE, Introduction, n°10, footnote 11 with more citations. Also the confirmation of the arbitrators: REINER/ASCHAUER, ICC Rules, n°27.

See also Art.49 CIETAC Arbitration Rules; Art.41 Madrid Arbitration Court; Art.28.2 SIAC Arbitration Rules (2013).

98 See for example SIAC. The SIAC Practice Note (2 January 2014) on Administered Cases on Appointment of Arbitrators, Arbitrators’ fees and Financial management considers in Rules 11 and 12 that: “11. The Tribunal shall not at any time issue directions concerning its own fees and expenses, and deposits thereof. 12. Any administrative matter concerning the costs or expenses in the arbitration shall be dealt with by the Registrar”.

place of arbitration for the appointment of the arbitrators. Indeed, one might say that resorting to national courts is not the ideal answer to this problem or that it might create delays in the proceedings, but it certainly cannot be the reason to create or design a hybrid type of arbitration in between *ad hoc* and institutional. The same can be said in relation to other functions of the appointing authority under UAR: challenge of arbitrators, and replacement, for example.

As a consequence, the system designed under UAR tries to overcome the possible deadlock situations between the parties in critical aspects of the proceedings by providing an efficient, uniform and international system that displaces the recourse to domestic courts and to procedural domestic laws<sup>99</sup>. It is under this perspective that one might consider that UAR do not mirror institutional arbitration but substitutes the role of domestic courts by a self-contained, uniform and international system.

This is confirmed for example when examining the *ad hoc* arbitration system before the creation of the 1976 UNCITRAL Rules where it was for the domestic courts to appoint the arbitrators in default situations or the President of the competent Chamber of Commerce of the country of the defaulting party's habitual place of residence or seat at the time of the introduction of the request for arbitration; a system established in the European Convention on International Commercial Arbitration of 1961 Done at Geneva, April 21, 1961, which was one of the models used for the drafting of the 1976 UAR<sup>100</sup>.

---

99 WEBSTER, n° 0-48, 0-49 and 6-4, rightly refers to the disadvantages of non-UNCITRAL *ad hoc* arbitrations and that UAR were intended to deal with those disadvantages: supervision of national courts, the influence of procedural laws and the lack of guidance of the agreement of the parties in regard to rules for *ad hoc* arbitrations. But see n°0-51 and 6-9 where the author somehow refers to a "hybrid system" in relation with the appointing authority and makes a parallelism with institutional arbitration. Impliedly also linking the appointing authority as a substitute of national courts: Stephen L. DRYMER, *The Revised 2010 UNCITRAL Arbitration Rules: New Rules/New Roles for Designating and Appointing Authorities*. ASA Bulletin, 2010, vol.28, n°4, pp.875-876. The author also states that: "the UNCITRAL Rules are not institutional rules, and UNCITRAL arbitration is not institutional". However the author also reflects that the 2010 Rules is a more institutionalise system (id., p.877).

100 SANDERS, n°2.1. The systems was rather complicated and a further presence of a special committee was also foreseen in the Convention. According to Art.IV.4 "When seized of a request the President or the Special Committee shall be entitled as need be:

- (a) to appoint the sole arbitrator, presiding arbitrator, umpire, or referee;
- (b) to replace the arbitrator(s) appointed under any procedure other than that referred to in paragraph 2 above;
- (c) to determine the place of arbitration, provided that the arbitrator(s) may fix another place of arbitration;
- (d) to establish directly or by reference to the rules and statutes of a permanent arbitral institution the rules of procedure to be followed by the arbitrator(s), provided that the arbitrators have not established these rules themselves in the absence of any agreement thereon between the parties". Also the Special Committee has the power to decide the type of arbitration (*ad hoc* or institutional) (Art.IV.6). It also acts as a default authority when the President of the Chamber of Commerce did not act (Art.IV.7). In the Annex to the Convention the procedure to nominate the members, duration, etc., are regulated at length.

The principle of freedom of the parties in the appointment of the arbitrators is a characteristic feature in arbitration whether *ad hoc*<sup>101</sup> or institutional. Normal features of an *ad hoc* arbitration are the power of the parties to tailor-make the proceedings by drafting their own set of rules of procedure and by appointing the arbitrators<sup>102</sup>. The principle of freedom of the parties is also fulfilled when agreeing to a set of arbitration rules, i.e., UAR, and where the appointment of the arbitrators is done by the parties. It is an essential element to consider in *ad hoc* arbitration that the parties have the right to appoint the arbitrators<sup>103</sup>, but the parties may agree otherwise. The fact that the parties agree (or in fact are unable to do so) that a third person or institution –for example an arbitration center– will be in charge of appointing the arbitrators (only this role and not the administration of the procedure) does not change the type of arbitration as clearly derived from the UNCITRAL Arbitration Rules and MAL<sup>104</sup>. It is still an *ad hoc* arbitration, and it is not a third type of arbitration<sup>105</sup>.

Third, it is fairly obvious that MAL did consider UAR and their specific arbitration designed system when drafting its definition of arbitration in Art.2 a). Although neither MAL refers to the term *ad hoc*, nor do so UAR in its title, it is clear that MAL only foresees two types of arbitration and that the distinction lies in the administration of the procedure by a permanent arbitral institution

101 Art.2 Inter-American Convention on International Commercial Arbitration (Panama Convention), 30<sup>th</sup> June 1975: “Arbitrators shall be appointed in the manner agreed upon by the parties. Their appointment may be delegated to a third party, whether a natural or juridical person. Arbitrators may be nationals or foreigners”. See also: Art.IV.1 b) i) European Convention on International Commercial Arbitration of 1961 Done at Geneva, April 21, 1961.

102 Similarly The European Convention on International Commercial Arbitration of 1961 Done at Geneva, April 21, 1961, considers in Art.IV.1 b) that “1. The parties to an arbitration agreement shall be free to submit their disputes: (b) to an *ad hoc* arbitral procedure; in this case, they shall be free inter alia: (i) to appoint arbitrators or to establish means for their appointment in the event of an actual dispute; (ii) to determine the place of arbitration; and (iii) to lay down the procedure to be followed by the arbitrators”.

103 European Convention on International Commercial Arbitration of 1961 Done at Geneva, April 21, 1961 states in art.2 b) that the term “arbitration” shall mean not only settlement by arbitrators appointed for each case (*ad hoc* arbitration) but also by permanent arbitral institutions.

104 See Articles 8-9 UNCITRAL Arbitration Rules (2010); and the definition of arbitration under Art.2 a) MAL.

105 For example, in Spanish doctrine, this situation is considered a third type of arbitration, named “arbitraje deferido” by some scholars: Baldomero ANDRÉS CIURANA, Las instituciones arbitrales nacionales (Desarrollo, fundamento y consolidación del arbitraje institucional). Actualidad Civil, 15-21 enero 2001, n°3, p.86. But it has been rejected, for example, by the decision of the Appellate Court of Madrid, 19 April 2007 (La Ley 66980): “El tercero al que las partes confieren el nombramiento de árbitros puede ser tanto una persona física como jurídica, incluyendo una institución arbitral; ahora bien, el hecho de que las partes encomienden la designación de los árbitros a una institución arbitral no implica, por sí solo, que el arbitraje sea institucional (administrado), pues es posible que las partes en un arbitraje *ad hoc* (no administrado) quieran únicamente a la institución como tercero que nombre a los árbitros; y el hecho de que las partes encomienden el nombramiento de árbitros a una persona jurídica tampoco implica, por sí solo, que el arbitraje sea institucional, máxime cuando esta persona jurídica puede carecer de la condición de institución arbitral por no tener reglamentación”.

which is not the situation under UAR. This is explained by Prof. SANDERS<sup>106</sup> both in relation to the deletion of the term *ad hoc* from the initial drafting title of the Rules, as well as to the role of the appointing authority:

“The significance of the phrase ‘ad hoc arbitration’ is not readily understood by the businessmen for whose use the Rules are designed. Normally, the phrase ‘ad hoc arbitration’ is used to denote arbitration that is not ‘institutional arbitration’. While arbitration under the UNCITRAL Arbitration Rules cannot be regarded as institutional, administered arbitration, the Rules provide for reliance in certain cases on a so-called ‘appointing authority’, and it may be expected that in most cases existing arbitral institutions will be designated as ‘appointing authority’, although the parties are free to designate other institutions or persons to perform this function. It was therefore deemed advisable not to refer to ‘ad hoc arbitration’ in the title of the Rules, in order to avoid creating the mistaken impression that arbitral institutions were excluded from playing a role in arbitrations under the UNCITRAL Rules. On the contrary, it is expected that parties will often designate an arbitral institution to serve as the ‘appointing authority’. A substantial number of existing arbitral institutions have already expressed their willingness to serve in that capacity”.

Finally, the universal origin and character of UAR as opposed to arbitration rules designed by private associations or organizations is not essential in this discussion. The world wide character of the Rules<sup>107</sup> explains indeed the legitimacy behind the Rules created by UNCITRAL, the desire of the parties, particularly when a State is involved to agree on these Rules, as well as the great success as model rules and the expanding use of UAR, but has no impact with the issue of whether UAR is a third type of arbitration. Indeed, UAR have a seal of legitimacy, universalism and quality derived from its unique drafting process and so they are different to the drafting process of arbitration rules created by private organizations. However, in the discussion what it is important to consider are the will of the parties, the design of the process and the specific role entrusted to an institution.

---

106 SANDERS, n°2.4.

107 SANDERS, n°2.1: “The UNCITRAL Rules are designed for world-wide use. They are intended to be acceptable in both capitalist and socialist systems, in developed and developing countries and in common law as well as civil law jurisdictions”.

Therefore, the conclusions are as follows:

- First, despite the role of the appointing authority and the increase of its functions under the Rules, and even if one were to consider that UAR at first were designed with the idea of covering both *ad hoc* as well as institutional arbitration and that this is probably one of the possible explanations of the appointing authority mirroring the role of the arbitral institutions<sup>108</sup>, we are still in the presence of an *ad hoc* procedure since the parties retain the control of the procedure even in those situations in which the parties and/or the arbitrators ask for some administrative services to be rendered by the appointing authority<sup>109</sup>.
- Second, if the global obligations of the parties are to organize and arrange by themselves the initiation of the arbitration, appoint the arbitrators and control the process by delineating the arbitration rules or by choosing already made rules such as UAR, the arbitration should be considered an *ad hoc* arbitration procedure despite the fact that an appointing authority (a person or institution) is agreed or that some administrative services might be required to be provided by an institution<sup>110</sup>. If the administration of the procedure, i.e., arbitration rules are agreed, and thus a certain control of the process is transferred to a permanent arbitral institution, which also provides the administrative services, this should be an institutional arbitration.
- Third, a dual or binary distinction between *ad hoc* arbitration and institutional arbitration is generally recognized, and despite the difficulties encountered in certain cases to disistinguish between *ad hoc* and institutional arbitration,

108 To this point, see: Clyde CROFT/Christopher KEE/Jeff WAINCYMER, A Guide to The UNCITRAL Arbitration Rules. Cambridge University Press, 2013, n°6.5.

109 See for example the services offered by CRICA (Cairo Regional Center for International Commercial Arbitration) that offers: “Providing *ad hoc* arbitration with necessary technical and administrative assistance at the request of the parties”. Among the scholars: referring to the different services provided by institutions without implying the role of an administrator: ALONSO PUIG, El arbitraje institucional, pp.686-687.

110 See The HKIAC Procedures for the administration of International Arbitration (Adopted to take effect from 31 March 2005) where it is stated that: “Neither the designation of the HKIAC as appointing authority under the Rules nor a request by the parties or the tribunal for specific and discrete administrative assistance from the HKIAC shall be construed as a designation of the HKIAC as administrator of the arbitration as described in these Procedures”. These procedures were superseded by the Administered Arbitration Rules (2008) as stated in Art.1.3 that does not reflect on their rules this conclusion, although it is a right and valid one. See also Comment 7 to IBA Guidelines for Drafting International Arbitration Clauses, 7<sup>th</sup> October 2010: “In *ad hoc* (or non-administered) arbitration, the burden of running the arbitral proceedings falls entirely on the parties and, once they have been appointed, the arbitrators. As explained below (Guideline 2), the parties can facilitate their task by selecting a set of arbitration rules designed for use in *ad hoc* arbitration. Although no arbitral institution is involved in running the arbitral proceedings, as explained below (Guideline 6), there still is a need to designate a neutral third party (known as an ‘appointing authority’) to select arbitrators and deal with possible vacancies if the parties cannot agree”.

we think that the dual distinction ought to be preserved in terms of legal certainty and predictability. An introduction of a third type or even more types of arbitrations should be discouraged.

#### IV. The increase use of the UNCITRAL Arbitration Rules as the institutional rules of arbitral institutions or other interested bodies

The 1976 UNCITRAL Arbitration Rules were initially designed for *ad hoc* arbitrations particularly in international commercial contracts as stated in the General Assembly Resolution that accompanied the old 1976 Rules<sup>111</sup>. However, this reference to *ad hoc* arbitration has been deleted from the text of the General Assembly Resolution for the amendment of the 2010 Rules by stating that:

“Noting that the Arbitration Rules are recognized as a very successful text and are used in a wide variety of circumstances covering a broad range of disputes, including (...) commercial disputes administered by arbitral institutions, in all parts of the world (...)”<sup>112</sup>.

As noted, the Resolution of the General Assembly refers now to the use of the rules in institutional arbitration. This further development in the use of the Rules was even acknowledged before by UNCITRAL. In 1982, UNCITRAL published the Recommendations to assist arbitral institutions and other interested bodies with regard to arbitrations under the 1976 UNCITRAL Arbitration Rules, latter amended in 2012 to cover the 2010 Revision of the Rules.

In the 1982 Recommendation, UNCITRAL recognized the variety of ways in which arbitral institutions used the UNCITRAL Arbitration Rules either as a model or as an adoption of the Rules (partially or totally). Since then, the use

---

111 Resolution 31/98, 15<sup>th</sup> December 1976: “Convinced that the establishment of rules for *ad hoc* arbitration that are acceptable in countries...”, “Recommends the use of the UNCITRAL Arbitration Rules in the settlement of disputes arising in the context of international commercial relations, particularly by reference to the Arbitration Rules in commercial contracts”.

Confirms a restricted scope of application to *ad hoc* arbitration according to the legislative history: Eric E. BERGSTEN, Some musings about the adoption of the UNCITRAL Arbitration Rules. The Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration, 2005, vol.9, n°2, p.213. See also: PATOCCHI/NIEDERMAIER, UNCITRAL Rules, n°13: “The UNCITRAL Rules deliberately deal with arbitration detached from any arbitral institution... the UNCITRAL Rules govern *ad hoc* arbitration, not institutional arbitration”.

CASTELLO, Uncit 3, states that originally the title of UAR (1976) referred to *ad hoc* arbitration but this was finally deleted.

112 A/RES/65/22, 10th January 2011.

of the UNCITRAL Arbitration Rules has not ceased to increase in this role of institutional rules:

#### 4.1. The UNCITRAL Rules as a model or guide

The UNCITRAL Rules have been used as one of the models by arbitration centers to draft their “own” set of rules<sup>113</sup>. In this case as the Rules are only one of the possible models and considering the close resemblance of arbitration rules in the world it would be advisable for the institution to mention its sources of inspiration<sup>114</sup>.

#### 4.2. The UNCITRAL Rules as arbitration rules of arbitral institutions

The adoption of the UNCITRAL Arbitration Rules by an institution, totally or partially, with the necessary changes to adapt them to institutional arbitration<sup>115</sup>

113 For example: the ACICA Arbitration Rules (Australian Centre for International Commercial Arbitration), where the main sources of inspiration have been the 1976 UNCITRAL Arbitration Rules and the Swiss Rules. See: S.R. LUTRELL/G.A. MOENS, Commentary on the Arbitration Rules of the Australian Centre for International Commercial Arbitration, p.2.

In the 2013 HKIAC Arbitration Rules there is no mention at all to the sources of inspiration, while when looking at the 2008 Arbitration Rules it is stated that: “The new Rules are based on the UNCITRAL Arbitration Rules and are inspired by the “light touch” administered approach of the Swiss International Rules of Arbitration”. The 2004 Swiss Rules were based on 1976 UAR, the 2012 have a flavour also from UAR 2010, but also incorporates their experience in arbitration, the revision of MAL (2006), the IBA Rules of Evidence, ICC Rules (2012), and the SCC Rules (2010). See KARRER, Swiss Rules. Institutional Arbitration (editor Schütze). C.H.Beck-Hart-Nomos, 2012, n°36.

The International Arbitration Rules of the AAA (1<sup>st</sup> March 1991) are too based upon the UNCITRAL Arbitration Rules. See: THÜMMEL, ICDR-IAR. Institutional Arbitration (editor Schütze). C.H.Beck-Hart-Nomos, 2012, n°2, and n°8 (are broadly modeled).

SIAC Rules have their visible root and role model in UAR and LCIA as considered by HIRTH, SIAC. Institutional Arbitration (editor Schütze). C.H.Beck-Hart-Nomos, 2012, n°5.

Finally, The Dubai International Arbitration Centre (DIAC) Rules of Arbitration of 2007 are based also in UAR but other Rules were also taken into account (ICC, LCIA, WIPO, SCC, AAA). See: KRATZCH, DIAC Rules. Institutional Arbitration (editor Schütze). C.H.Beck-Hart-Nomos, 2012, n°15.

114 Furthermore some institutions recommend the use of UAR in international commercial arbitrations. See for example question 30 of HKIAC: “What are the UNCITRAL Arbitration Rules?: “The UNCITRAL Arbitration Rules were adopted by UNCITRAL in 1976, to provide a set of procedural rules appropriate for use in international commercial arbitrations generally. The UNCITRAL Arbitration Rules are recommended by the HKIAC for use in international arbitrations in Hong Kong. These Rules were subsequently amended in 2010”. This advice, probably in conjunction with question 26, is that the recommendation is for arbitration with UAR and HKIAC as administrator.

115 See also 2012 UNCITRAL Recommendations, n°8: “Institutions adopting the UNCITRAL Arbitration Rules as their institutional rules will certainly need to add provisions, for instance on administrative services or fee schedules. In addition, formal modifications, affecting very few provisions of the UNCITRAL Arbitration Rules, as indicated below in paragraphs 9-17, should be taken into account”.

is seen frequently now in the arbitration world, as UAR have been considered uniform international rules drafted not by a private association but for a world-wide international organization, well balanced, that gives the institution a *seal* of quality, neutrality and a well-balanced set of rules. This has been the case of arbitration institutions, such as:

- The arbitration centers constituted under The Asian-African Legal Consultative Organization (AALCO) that has established several regional arbitration centers that adopt UAR: Cairo Rules (CRCICA)<sup>116</sup>, Kuala-Lumpur Rules (KLRCA)<sup>117</sup>, Lagos Rules (RCICAL)<sup>118</sup> and Tehran Rules (TRAC)<sup>119</sup>.
- Cyprus Rules (CAMC)<sup>120</sup>
- Qatar Rules (QICCA)<sup>121</sup>
- CIAC Rules<sup>122</sup>
- The different Rules offered by the Permanent Court of Arbitration (PCA) that reflects the adjustments made in the UNCITRAL Arbitration Rules (2010) or (1976) for the specific parties or subject-matter of the dispute<sup>123</sup>.

---

116 The Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration (CRCICA) Arbitration Rules (2011), “The present CRCICA Arbitration Rules are based upon the new UNCITRAL Arbitration Rules as revised in 2010, with minor modifications emanating mainly from the Centre’s role as an arbitral institution and an appointing authority”. See: [http://www.crcica.org.eg/arbitration\\_rules.html](http://www.crcica.org.eg/arbitration_rules.html).

117 KLRCA Arbitration Rules (Kuala-Lumpur Regional Centre for Arbitration) as revised in 2013, where it is stated that: “The KLRCA Arbitration Rules (hereinafter referred to as “Rules”) shall be the UNCITRAL Arbitration Rules as modified in accordance with the rules”: and AHMAD IDID, Use of the UNCITRAL Arbitration Rules, pp.37-48. Id., p.38 considering the adaptations to UAR in order to offer a supplementary degree of protection to the parties ‘interests through a control over the choice of arbitrators, fees and delays.

118 The Regional Centre for International Commercial Arbitration (The Lagos Centre) Arbitration Rules were first drafted in 1999 and are adopted from the UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW (UNCITRAL) Arbitration Rules which were in themselves adopted by the UN General Assembly in 1976.

119 Tehran Regional Arbitration Centre.

120 Cyprus Arbitration and Mediation Center (CAMC), Arbitration Rules.

121 See Qatar International Center for Conciliation and Arbitration (QICCA), Rules of Conciliation and Arbitration, in force since 1<sup>st</sup> May 2012, where it is stated that: “The Center seeks to follow the most recent trends in organizing conciliation and arbitration procedures through its adoption of the model rules prepared by the United Nations Commission for International Trade Law (UNCITRAL) as revised in 2010”.

122 Inter-American Commission for Commercial Arbitration (IACAC), o Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC). As stated in the Preamble to the Rules: CIAC modified its rules of procedure adopting UAR (1976) with some minor modifications to consider the role of CIAC as an arbitral institution.

123 See in regard to The UNCITRAL Arbitration Rules (2010):

1) PCA Arbitration Rules (2012), 17<sup>th</sup> December 2012: “The Rules are optional and are based on the 2010 UNCITRAL Arbitration Rules with changes made in order to:

(i) Reflect the public international law elements that may arise in disputes involving a State, State controlled entity, and/or intergovernmental organization;

(ii) Indicate the role of the Secretary-General and the International Bureau of the PCA; and

(iii) Emphasize flexibility and party autonomy”.

2) PCA Optional Rules for arbitration of disputes relating to outer space activities, effective December 6, 2011: “These Rules are based on the 2010 UNCITRAL Arbitration Rules with changes in order to:

As in our opinion, transparency duties are one of the main obligations that arbitral institutions should fulfill in practice even if not required by the arbitration law, in the interest of a high degree of certainty and credibility for the users<sup>124</sup>, it would be useful if the institution as a first step were to indicate that they are modeled or inspired from UAR, which is not always the case<sup>125</sup>. A second step, that implies the first one, is also stated in the 2012 Recommendations, n<sup>o</sup>9: “it may be useful for the institution to consider indicating where those rules diverge from the UNCITRAL Arbitration Rules. Such indication may be helpful to the readers and potential users who would otherwise have to embark on a comparative analysis to identify any disparity”. Again, this is not always the situation either because no indication at all is given as to the modifications operated in UAR<sup>126</sup>

- 
- (i) reflect the particular characteristics of disputes having an outer space component involving the use of outer space by States, international organizations and private entities;
  - (ii) reflect the public international law element that pertains to disputes that may involve States and the use of outer space, and international practice appropriate to such disputes;
  - (iii) indicate the role of the Secretary-General and the International Bureau of the Permanent Court of Arbitration (PCA) at The Hague;
  - (iv) provide freedom for the parties to choose to have an arbitral tribunal of one, three or five persons;
  - (v) provide for establishment of a specialized list of arbitrators mentioned in article 10 and a list of scientific and technical experts mentioned in article 29 of these Rules; and
  - (vi) provide suggestions for establishing procedures aimed at ensuring confidentiality.

See in relation to the 1976 Rules:

- 1) PCA Optional Rules for Arbitrating disputes between two States, 20 October 1992; These Rules have been considered in Art.25.2 of the BIT between Mexico and China for disputes between the contracting state parties: “The arbitral tribunal shall decide all questions relating to its competence and, subject to any agreement between the Contracting Parties, determine its own procedure, taking into account the PCA Optional Rules”. Id., Art.24.2 BIT between Mexico and India (2008).
- 2) PCA Optional Rules for Arbitrating Disputes between two parties of which only one is a State, *Effective July 6, 1993*; These Rules have been agreed in Art.11.4 of the BIT between UK and Mexico, 12 May 2006 as one of the options for the investor: “A disputing investor may submit the claim to arbitration under the Permanent Court of Arbitration Optional Rules for Arbitrating Disputes between two Parties of which only one is a State (“PCA Rules of Arbitration”). Under this Treaty the appointing authority is not the PCA but the Secretary-General of ICSID (Art.13.2). See also Art.14 in the case of consolidation of proceedings.
- 3) PCA Optional Rules for arbitration involving international organizations and States, *Effective July 1, 1996*;
- 4) PCA Optional Rules for Arbitration between international organizations and private parties, *Effective July 1, 1996*;
- 5) PCA Optional Rules for arbitration of disputes relating to natural resources and/or the environment, *Effective June 19, 2000*.

All the texts are available at the web site of the PCA.

124 In fact the 2012 UNCITRAL Recommendations appeal to transparency and certainty, for example, in paragraph 16: “if the functions of an appointing authority are fulfilled by an organ of the institution, it is advisable to explain the composition of that organ and, if appropriate, the nomination process of its members, in an annex, for example. In the interest of certainty, it may be advisable for an institution to clarify whether the reference to the organ is meant to be to the function and not to the person as such (i.e. in case the person is not available, the function could be fulfilled by his or her deputy)”.

125 See for example Cyprus Arbitration and Mediation Center (CAMC), Arbitration Rules. The rules are based upon UNCITRAL Arbitration Rules (2010), although it seems that there is no mention of it. The same might be said for the TRAC Rules, although based upon UAR (1976).

126 See for example QICCA Rules or CIAC Rules.

or the list of modifications is incomplete<sup>127</sup>. Furthermore, “it might be advisable to accompany the institutional rules with a short explanation of the reasons for the modifications”<sup>128</sup>, but this is not usually done by the institutions<sup>129</sup>.

Some of the institutions referred above (CRICA, KLRCA, RCICAL, TRAC, QICCA and PCA) have, however, added few significant changes to the UNCITRAL Arbitration Rules although the 2012 Recommendations by UNCITRAL advises to the contrary:

“An institution that intends to do so should take into account the expectations of the parties that the rules of the institution will then faithfully follow the text of the UNCITRAL Arbitration Rules”<sup>130</sup>. In fact, some significant changes, apart from the logical modifications to adapt the rules to institutional arbitration, are observed on those Arbitration Rules as compared with UNCITRAL Arbitration Rules (2010), for example, in relation with more demanding duties of confidentiality<sup>131</sup> or a total exclusion of liability<sup>132</sup>.

Indeed, among the necessary modifications to adapt UAR to institutional arbitration is that the institution would carry out the functions attributed to the appointing authority under the Rules<sup>133</sup> -without prejudice of the possible agreement of the parties designating a different appointing authority<sup>134</sup>-, and that the reference to the designating authority and/or The Secretary General of the PCA should be deleted or substituted by the arbitral institution as it fits, or as an alternative a general statement along the following lines could be added: “The

---

127 See further in the text in relation with the modification in the rules of confidentiality or liability.

128 2012 UNCITRAL Recommendations, n° 10.

129 But see on the contrary: the PCA Optional Rules.

130 2012 UNCITRAL Recommendations, n°7.

131 See for example: Art.40 CRICA Rules; and Rule 15 (Confidentiality) of the KLRCA Arbitration Rules. Also rules on confidentiality have been added to the PCA Optional Rules for arbitration of disputes relating to outer space activities, effective December 6, 2011. Article 17 adds new paragraphs 6-8. See also: Qatar International Center for Conciliation and Arbitration, Rules of Conciliation and Arbitration, in force since 1<sup>st</sup> May 2012, Article 41. Confidentiality; Art.4 RCICAL Rules; and Art.4 TRAC Rules.

132 KLRCA Arbitration Rules, Rule 16 (No Liability): “Neither the KLRCA nor the arbitral tribunal shall be liable to any party for any act or omission related to the conduct of the arbitral proceedings”.

PCA Arbitration Rules (2012), 17<sup>th</sup> December 2012, and PCA Optional Rules for arbitration of disputes relating to outer space activities, effective December 6, 2011 contains almost identical provision on Exclusion of liability, Article 16: “The parties waive, to the fullest extent permitted under the applicable law, any claim against the arbitrators and any person appointed by the arbitral tribunal based on any act or omission in connection with the arbitration”.

Despite this modification, this one is not listed in the introduction to the changes operated into the UNCITRAL Arbitration Rules by those optional models.

133 2012 UNCITRAL Recommendations, n°15.

134 QICCA, Article 43.2 (h) states the list of arbitration costs including: “Any fees and expenses of the appointing authority in case the Center is not designated as the appointing authority”.

functions of the appointing authority under the UNCITRAL Arbitration Rules are fulfilled by [name of the institution]”<sup>135</sup>.

The adaptation of the UAR to institutional arbitration in relation with the appointment of arbitrators is a critical aspect in which the institutions should be very careful. The process of *transforming* the UNCITRAL Arbitration Rules into institutional rules is not only a question of substituting words (“appointing authority” with “the name of the institution”) but a more complex one. In this situation, we are in the presence of a change in the very nature of the arbitration: from a typical *ad hoc* procedure to an administered one. This legally means not only the need for the institutions and their rules to fulfill the requirements that the law of the place where the institution is placed might require, but also to comply with the essential features and obligations that an institution should have. Although the first one would be easy to ascertain, the second one has not yet been shaped in an international and uniform way, and consequently this is in area in which UNCITRAL might be able to develop uniform standards.

### 4.3. Adoption of the UNCITRAL Arbitration Rules by the legislator as institutional rules or *ad hoc* rules

One of the most interesting developments in the use of the UNCITRAL Arbitration Rules is their adoption by national legislators as either institutional rules or the *ad hoc* rules for commercial disputes in general or for particular kinds of disputes. There are several examples that confirm the success of the UNCITRAL Rules beyond to what its drafters ever thought, i.e., outside the pure agreement of the parties<sup>136</sup>.

- Nigeria: The Arbitration and Conciliation Act (1990) include in its First Schedule the UNCITRAL Arbitration Rules (1976). In accordance with Section 15(1) of the Act “The arbitral proceedings shall be in accordance with the procedure contained in the Arbitration Rules set out in the first schedule to this Act”. This means that UAR are used as the most suitable “*ad hoc* arbitration rules” for domestic transactions, and it is without prejudice of the possible agreement of the parties in an international commercial

135 2012 UNCITRAL Recommendations, n°15.

136 Therefore it cannot be maintained the idea that “the UNCITRAL Rules thus apply only as a matter of agreement of the parties”: PATOCCHI/NIEDERMAIER, UNCITRAL Rules, n°39.

agreement to agree on the application of the UNCITRAL Arbitration Rules as foreseen in Section 53<sup>137</sup>.

- Panama has adopted UAR as the administered rules in cases where a public entity is involved or for public contracts. Article 151 of the New Code of Private International Law (Law 7, 8<sup>th</sup> May 2014) considers for public contracts or for those contracts in which a state entity is a party, that the parties will be subject to UAR unless a different set of arbitration rules were agreed by the parties<sup>138</sup>.
- Spain has adopted since 30<sup>th</sup> August 2013 UAR as institutional rules in relation with disputes in which the National Commission on the Markets and Competence is the administrator and the appointing authority. The arbitration procedure would be subject to UAR or, as the case may be, to those rules determined by the National Commission<sup>139</sup>.

## V. The administration of disputes under the UNCITRAL Arbitration Rules

The 2012 Recommendations (n°18) considers this possible role of UAR along the following lines: “One measure of the success of the UNCITRAL Arbitra-

---

137 Section 53 (Application of Arbitration Rules set out in the First Schedule) states that: “Notwithstanding the provisions of this Act, the parties to an international commercial agreement may agree in writing that disputes in relation to the agreement shall be referred to arbitration in accordance with the Arbitration Rules set out in the First Schedule to this Act, or the UNCITRAL Arbitration Rules or any other international arbitration rule acceptable to the parties”.

138 Article 151: “En el régimen de concesiones públicas o en aquellas otras contrataciones en que participe una empresa privada extranjera con una entidad estatal centralizada o descentralizada del Estado panameño, las diferencias derivadas de dicha concesión o contrataciones se someterán al procedimiento de arbitraje previsto en el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, excepto en los casos en que se haya pactado un procedimiento y una reglamentación distinta. La sede del arbitraje será el centro de arbitraje libremente escogido por las partes. En ausencia de su determinación el arbitraje tendrá lugar en cualquier centro de arbitraje o de solución de conflictos reconocido dentro de la República de Panama. El tribunal arbitral será colegiado, cada parte designará un árbitro que podrá ser nacional o extranjero y estos escogerán al tercer árbitro. El derecho aplicable será el que determinen las partes en el acuerdo arbitral o pacto arbitral”.

139 See: Royal Decree 657/2013, 30<sup>th</sup> of August, on the Organic Rules to the National Commission on the Markets and Competence (BOE, n°209, 31<sup>st</sup> August 2013): *Función arbitral*

1. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia podrá desempeñar las funciones de arbitraje institucional, tanto de derecho como de equidad, que le encomienden las leyes y las que le sean sometidas voluntariamente por los operadores económicos en aplicación de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.

2. El procedimiento arbitral se ajustará a los principios de audiencia, prueba, contradicción e igualdad y se someterá a las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil o, en su caso, las que determine el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. También podrá preverse la existencia de un procedimiento abreviado atendiendo al nivel de complejidad de la reclamación y su menor cuantía.

3. Corresponde al Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia la administración del arbitraje, pudiendo cada una de las Salas, en atención a la materia objeto de la reclamación, designar árbitros y determinar los honorarios según los aranceles aprobados por el Consejo.

tion Rules in achieving broad applicability and in demonstrating their ability to meet the needs of parties in a wide range of legal cultures and types of disputes has been the significant number of independent institutions that have declared themselves willing to administer (and that do administer) arbitrations under the UNCITRAL Arbitration Rules, in addition to proceedings under their own rules. Some arbitral institutions have adopted procedural rules for offering to administer arbitrations under the UNCITRAL Arbitration Rules”.

In terms of transparency and legal certainty, it would be advisable for the institution to expressly provide in their Rules or Statutes for the administration of arbitrations under UAR and to provide for the specific administrative services that would be given to the parties<sup>140</sup>. Precisely the 2012 Recommendations, n°20, insist on this transparency obligations when it is stated that:

“It is advisable that the institution clarify the administrative services it would render by either:

- a) Listing them; or
- b) Proposing to the parties a text of the UNCITRAL Arbitration Rules highlighting the modifications made to the Rules for the sole purpose of the administration of the arbitral proceedings; in the latter case, it is recommended to indicate that the UNCITRAL Arbitration Rules are “as administered by [name of the institution]” so that the user is notified that there is a difference from the original UNCITRAL Arbitration Rules”.

Even though there is quite a number of arbitral institutions that expressly provide for a full administration under UAR (*infra* 5.1), only few of them provides for a list of the administration services offered, or made available to the public the possible modifications of UAR when the Rules are administered by an institution. Therefore, the recommendation would be more transparency for the users of arbitration. Lack of information and/or information difficult to find would be an obstacle for the parties that may at the end choose the institutions that offer better services and provide sufficient information of their involvement throughout the proceedings so as to make an informative decision on whether to have UAR administered by a specific arbitration center.

---

140 See rejecting that the rules are the offer of the institution that is accepted by the parties when including the arbitration agreement with the rules of the institution: SCHÜTZE, Introduction, n°48-51; and Pilar PERALES VISCASILLAS, El seguro de responsabilidad civil en el arbitraje. Madrid: Mapfre, 2013, pp.176-181. Incorrectly, however, THÜMMEL, ICDR-IAR, n°18 stating that the Rules are a binding offer of the arbitral institution which is accepted by the parties when the arbitration clause is entered into.

## 5.1. Institutions that administer disputes under UAR

Among the institutions that expressly foresee the administration under UAR are PCA<sup>141</sup>; ICSID<sup>142</sup>; AAA<sup>143</sup>; HKIAC<sup>144</sup>; RCICAL<sup>145</sup>; SCC<sup>146</sup>; WIPO<sup>147</sup>; DIS<sup>148</sup>;

---

141 The PCA has also received an increasing number of requests to provide full administrative support in arbitrations under the Rules [UNCITRAL Arbitration Rules]. See: A/CN.9/634: “UNCITRAL Arbitration Rules: Report of the Secretary-General of the Permanent Court of Arbitration on its activities under the UNCITRAL Arbitration Rules since 1976”, n°6.

142 Among the Dispute Settlement facilities are acting as appointing authority under UAR, as well as: “At the request of the parties and the tribunal concerned, ICSID may also agree to provide administrative services for proceedings handled under the UNCITRAL Arbitration Rules. The services rendered by the Centre in such proceedings may range from limited assistance with the organization of hearings and fund-holding to full secretariat services in the administration of the case concerned”. See ICSID web page.

143 American Arbitration Association Procedures for Cases under the UNCITRAL Arbitration Rules, As Amended and Effective on September 15, 2005. The model clause offered is clear about the intended role to administer the case, assuming also the institution the role of the appointing authority.

144 Art.1.3 HKIAC Administered Arbitration Rules (2008): “Where an agreement to arbitrate made after these Rules have come into effect provides for arbitration under the UNCITRAL Rules administered by the HKIAC (...)”.

145 See the Foreword of the Arbitration Rules of the Centre (RCICAL: The Regional Centre for International Commercial Arbitration (The Lagos Centre) Arbitration Rules) where it is stated that it would administer International Arbitration under other Arbitration Rules; for example, the UNCITRAL Rules.

146 The Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce (SCC) Procedures and Services Under The UNCITRAL Arbitration Rules, as in force as of 15 October 2011. Although, those procedures only refers to the service as appointing authority, on its web site, the administration of domestic and international disputes in accordance with other procedures or rules agreed upon by the parties (e.g. the UNCITRAL Arbitration Rules) are also offered, but not details are provided. According to the information kindly provided to the author by Mrs. Magnusson, Secretary General SCC, the SCC is currently in the final stages of the process to adopt new rules for the administration of UNCITRAL cases.

Following MAGNUSSON, pp.7-8: “In the last decade, from 2002 to 2012, 36 disputes before the SCC have been administrated under the UNCITRAL Arbitration Rules. This includes both commercial disputes and investment treaty arbitrations. A review of the underlying agreements in SCC’s UNCITRAL cases to date reveals that joint venture agreements represent 32% of the disputes; BITs appear in 22% of the disputes and supply agreements in 16% of the disputes. Other UNCITRAL disputes brought by parties before the SCC involve share transfer agreements, purchase agreements, and disputes relating to employment issues (...). close to a third of the BIT based disputes before the SCC since 2001 are conducted under UNCITRAL Rules (...). In the 9 BIT -based disputes under the UNCITRAL Arbitration Rules since 2004, the SCC has requested to appoint the chairperson (4 cases); appoint a second arbitrator (3 cases); and decide upon challenges to arbitrators (2 cases)”. There is no description of the administration under UAR in the article but it does provide details on the appointment of arbitrators. Curiously, ÖHRSTRÖM, SCC Rules. Institutional Arbitration (editor Schütze). C.H.Beck-Hart-Nomos, 2012, n°11, considers that the information is about the role of SCC as appointing authority under UAR and other *ad hoc* arbitrations, but again there is no mention of the administration role.

147 The World Intellectual Property Organization (WIPO) that also lists the services available in its “WIPO Services under the UNCITRAL Arbitration Rules (1995)”. The Center will: “2. provide administrative support services by acting as administrator in relation to such cases [UNCITRAL Arbitration Rules]”.

148 DIS have a special set of rules to administer cases under UAR. See UNCITRAL Arbitration Rules Administered by the DIS (German Institution of Arbitration) (in force as from May 1, 2012). As stated in the Introduction to the Rules: “With the following UNCITRAL-Arbitration Rules Administered by the DIS the DIS provides a set of rules which allow the parties to benefit fully from the advantages of institutional arbitration whilst applying the UNCITRAL Arbitration Rules. Amendments to the UNCITRAL Arbitration Rules were only made to allow for the administration of the arbitral proceedings by the DIS. As a result, parties and legal counsel who have gained familiarity with and confidence in the UNCITRAL Arbitration Rules may rely on

LCIA<sup>149</sup>; SIAC<sup>150</sup>; ICAC<sup>151</sup>; and JCAA<sup>152</sup>.

Generally, as the parties have agreed in their arbitration agreement to UAR as the procedural rules of the proceedings, and also have agreed that a certain institution would administer the case, it would be up to that institution to accept the administration of this kind of proceedings if nothing is said in its internal rules or regulations. Therefore, from a legal perspective, the party that submits the request of arbitration is making an offer to the institution to administer the case.

However, if, as it happens more and more frequently, the institution already recognizes the possibility to administer under UAR, then the request of arbitration would be an acceptance of the services offered by the institution save substantial modifications by the parties. This situation is seen more frequently in investment-state arbitration where the investor chooses *ad hoc* UNCITRAL Arbitration Rules but later agrees with the respondent State to have the procedure administered, for example, by the Permanent Court of Arbitration<sup>153</sup>.

## **5.2. The tension between the principle of minimum interference with UAR and the administration of the arbitration by the institution**

In the use of the rules we are analyzing now, the parties have agreed that their arbitration proceedings be governed by the UNCITRAL Arbitration Rules with an institution administering the case. In this situation, it is clear that the institution

---

the uniform and full application of those rules and at the same time enjoy the benefits of arbitral proceedings under the auspices of an experienced arbitral institution”.

149 “The LCIA regularly acts both as appointing authority and as administrator in arbitrations conducted pursuant to the UNCITRAL arbitration rules” as indicated on its web page, where it is stated that: “Recommended clauses for adoption by the parties for these purposes; the range of administrative services offered; and details of the LCIA charges for these services are available on request from the Secretariat”.

According to some commentators: the administration of UAR by the LCIA amounts about 20% of the arbitrations received by the LCIA: KONRAD/HUNTER, LCIA Rules. Institutional Arbitration (editor Schütze). C.H.Beck-Hart-Nomos, 2012, n°8. As also indicated, n°9, the LCIA may also agree to act as a neutral fund holder in *ad hoc* proceedings.

150 Practice Notes on Case Administration, Appointment of Arbitrators & Financial Management of cases Under The UNCITRAL Rules 2010, 2 January 2014.

151 ICAC is International Commercial Arbitration Court at the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation (MKAS in Russian): TRUNK, MKAS Rules, n°5, the ICAC have issued the “Rules on the Support of the ICAC in arbitral proceedings pursuant to the UNCITRAL Arbitration Rules”, in force since 1<sup>st</sup> January 2000. So ICAC may act as appointing authority and as well as administrator of proceedings.

152 The Japan Commercial Arbitration Association, 1 July 2009, which has its own “Administrative and Procedural Rules for Arbitration Under The UNCITRAL Arbitration Rules, as amended and effective on 1 July 2009.

153 See also the web page of the PCA where it considers the frequent role of administrator of the proceedings: “Full administrative services may be provided for cases involving a State, a State-controlled entity or an intergovernmental organization”.

is not only in charge of the administrative related services but also the institution functions as an appointing authority<sup>154</sup>. In consequence, it is a very similar situation to the one just examined previously (*supra* IV.2) because in both the arbitration would be institutional arbitration where the UNCITRAL Arbitration Rules would be the basic text for the proceedings. It is not an *ad hoc* arbitration.

There is, however, an important difference with the situation already examined (*supra* IV.2) because at that point it is the institutions that adopt UAR as their institutional rules and so they are free to add as many changes as they find convenient, although the introduction of substantive changes is not very desirable, particularly if the publicity given by the institution is that UAR are their institutional arbitration rules. Now, however, it is the will of the parties to have the UNCITRAL Arbitration Rules as the rules for the arbitration but with an institution assuming the role of the appointing authority and the institution being in charge of the administration of the process. Therefore, the institution should interfere to the minimum with UAR<sup>155</sup>, but at the same time be in line with the desire of the parties to have an institution administering the case.

Important to stress here is the change in the type of arbitration. It is not anymore an *ad hoc* arbitration under UAR but an administered arbitration where the rules of the arbitration are UAR. How to draw the border line between these two principles –minimum interference with UAR and intervention of an institution administering the case- would not be easy, but it is certainly possible.

In regard to the principle of the minimum interference with the arbitration system created under UAR, there are some arbitration rules that consider the revision of the award by the institution or the confirmation of the arbitrators while UAR do not foresee for those kind of control neither by the appointing authority nor by the designating authority. It would be contrary to the will of the parties if the institution were to confirm the arbitrators or to revise the award without

---

154 Impliedly in the Model Arbitration clause offered by the 2012 UNCITRAL Recommendations, n°26, letter a).

Expressly recognized for example in The “WIPO Services under the UNCITRAL Arbitration Rules (1995)”: “If designated as administrator in addition to being designated as appointing authority...”; in the HKIAC Administered Arbitration Rules (2008): “Where an agreement to arbitrate made after these Rules have come into effect provides for arbitration under the UNCITRAL Rules administered by Art.1.3 of the HKIAC: “The HKIAC shall be the appointing authority”; or in SIAC Practice Notes on Case Administration, Appointment of Arbitrators & Financial Management of cases Under The UNCITRAL Rules 2010, 2 January 2014, in section 3 a): Administration by the SIAC includes a) Appointment of Arbitrators.

155 See also 2012 UNCITRAL Recommendations, n°20: “in devising administrative procedures or rules, the institutions should have due regard to the interests of the parties. Since the parties in these cases have agreed that the arbitration is to be conducted under the UNCITRAL Arbitration Rules, their expectations should not be frustrated by administrative rules that would conflict with the UNCITRAL Arbitration Rules. The modifications that the UNCITRAL Arbitration Rules would need to undergo to be administered by an institution are minimal and similar to those mentioned above in paragraphs 9-17”.

the prior consent of the parties. There are good examples of the minimum interference with the UNCITRAL Arbitration Rules administered by an institution:

- HKIAC which expressly invites the parties to accept their arbitration rules<sup>156</sup>, i.e., their own set of rules that are UAR administered by HKIAC.
- DIS, which has a special set of Rules for administering cases under UAR (2012), keeps to a minimum the changes in UAR as it is clearly evidenced by a comparison between the two different DIS set of rules. For example, in relation with the supervisory or control role of the institution under its own set of rules (DIS Arbitration Rules, 1998) whereby it has to confirm any arbitrator (section 17) and it is the DIS Secretariat who communicates one copy of the award to each party and keeps one original on file (section 36), and UAR administered by the DIS (2012) where no such control is established<sup>157</sup>.
- SIAC, which has also set up a special regime for administering cases under UAR, has also renounced to keep some of its distinctive features found in the SIAC Arbitration Rules (2013) such as the confirmation of the arbitrators, the scrutiny of the award or its publication when administering cases under UAR<sup>158</sup>.
- JIAC that also has its own special rules for UAR does not require the confirmation of the arbitrators by the institution, although it does so in Art.25.3 of its Commercial Arbitration Rules (2014).

156 Art.1.3 HKIAC Administered Arbitration Rules (2008): “Where an agreement to arbitrate made after these Rules have come into effect provides for arbitration under the UNCITRAL Rules administered by the HKIAC, the HKIAC shall be the appointing authority and the HKIAC Secretariat shall invite the parties in such a case to agree to the application of these Rules”. No similar rule is provided in the 2013 Rules. It is an institutional arbitration, and this conclusion was clear in The HKIAC Procedures for the administration of International Arbitration (Adopted to take effect from 31 March 2005): “Unless otherwise stated, a request for administration by the HKIAC will be construed as a designation of the HKIAC as appointing authority and administrator pursuant to these Procedures”. These procedures were superseded by the Administered Arbitration Rules (2008) as stated in Art.1.3 that does not reflect on their rules this conclusion, although it is a right and valid one with the clarification of Art.1.3 in relation with UNCITRAL Rules.

157 See in relation to the appointment of arbitrators: Art.9 and Annex I Appointing Committee of the DIS. The parties may agree on further functions to this Committee such as for example a confirmation: see Sección 14.4: (4) Further functions may be assigned to the “Appointing Committee”. See also Art.34.7 UAR administered by DIS: “Communication of the award to the parties may be withheld until the costs of the arbitral proceedings have been paid in full to the arbitral tribunal and to the DIS”.

158 Section 28.10 of the Arbitration Rules states that SIAC may publish any award with the names of the parties and other identifying information redacted. The SIAC Practice Note on Administered cases, appointment of arbitrators, arbitrators’ fees & financial management (2 January 2014) states in section 32 that “SIAC shall redact the names of the parties and other identifying information pertaining to matters relating to the proceedings from any award prior to its publication. SIAC shall consult with the parties, and may consult with the arbitrators prior to such publication”.

In relation to the will of the parties of an institution administering the case under UAR, the functions to be developed by the institution when administering the case ought not be so simplistic or reduced to a minimum, i.e., substitution of the words “appointing authority” with the name of the given institution<sup>159</sup>. On the contrary, it should mean a real administration of the arbitration by the institution which in our opinion, at a minimum, means a permanent involvement of the institution during the proceedings but without interfering with the essential features under UAR.

Some guidance as to how to achieve such a difficult equilibrium is found in the special procedures adopted by some institutions that are willing to administer cases under UAR ranging from minimum intervention, such in the case of AAA or WIPO, a middle kind of intervention, such as in DIS or JACC, to the highest level of intervention of the institution, such in the case of SIAC, HKIAC and LCIA.

The SIAC Practice Notes on Case Administration, Appointment of Arbitrators & Financial Management of cases Under The UNCITRAL Rules 2010, 2 January 2014, states that the administration of SIAC includes:

- “a) Appointment of arbitrators;
- b) Financial management of the arbitration;
- c) Case management, which includes liaising with arbitrators, parties and their authorized representatives on proper delivery of notices, monitoring schedules and time lines for submissions, arranging hearing facilities and all other matters which facilitate the smooth conduct of the arbitration;
- d) Exercising such supervisory functions under the UNCITRAL Rules as may be necessary; and
- e) Scrutiny and issuance of awards made by the Tribunal, if requested by the Tribunal”<sup>160</sup>.

Furthermore, the key aspect of the permanent involvement of the institution throughout the whole process is achieved by a rule whereby the notifications and

---

159 Of course the 2012 UNCITRAL Recommendations, n°15 advise to do so pointing out to the different ways of doing it, either article by article or with a general reference. For the last option, see: UAR administered by the DIS (2012), Art.6.2: “The tasks assigned to the appointing authority under the UNCITRAL Arbitration Rules are assumed by the DIS Appointing Committee”; and Article 2 JCAA: “Appointing Authority: When a request for arbitration has been submitted under these Rules and unless otherwise agreed by the parties, the Association shall perform the functions of the appointing authority as set forth in the UNCITRAL Arbitration Rules”.

Usually the reference to the designating authority should be deleted except in Art.41 UAR.

160 From our point of view, the Arbitral Tribunal should consult with the parties.

service of documents should be made through the institution<sup>161</sup>. This is without prejudice to another aspect that is essential when an institution administers a case: it should also exercise control on the financial aspects of the arbitration. This means that the institution should adopt a supervisory role or primary role in aspects related to: management of the advances and deposit of money, and control of the arbitrator's fees and expenses of the arbitral tribunal<sup>162</sup>. The SIAC Practice Notes on Case Administration, Appointment of Arbitrators & Financial Management of cases Under The UNCITRAL Rules 2010, 2 January 2014, refers to those issues in sections 12-13:

*SIAC Financial Management*

“12. In lieu of Articles 41 and 43 of the UNCITRAL Rules, the financial management of the arbitration administered by the SIAC includes:

- a) fixing of Tribunal's fees and other terms of appointment;
- b) regular rendering of accounts;
- c) collecting deposits towards the costs of the arbitration; and
- d) processing the Tribunal's fees and expenses”.

*Tribunal Not to Make Directions Concerning Fees and Deposits*

“13. The Tribunal shall not at any time issue directions concerning its own fees and expenses, and deposits thereof.

14. Any administrative matter concerning the costs or expenses in the arbitration shall be dealt with by the Registrar”.

However, the SIAC Practice Note does not seem to respect the will of the parties in terms of a minimum interference with UAR at least in one matter which is the total exemption of liability found, as opposed to Art.16 UAR<sup>163</sup>.

In the case of HKIAC Procedures for the Administration of International Arbitration (31<sup>st</sup> March 2005) the functions as administrator includes: commu-

161 Section 5 SIAC Practice Notes under UAR states that: “Any notice, Statement of Claim, Statement of Defense, Counterclaim, Reply (and any amendments thereto) as well as any communications, and notifications, exchanged between the parties and the Tribunal shall also be sent to the Registrar”.

162 The 2012 UNCITRAL Recommendations, n°17 advises that “The institution may include the fee review mechanism as set out in article 41 of the Rules (as adjusted to the needs of the institution)”.

163 Section 33 of the Practice Notes states that: “SIAC, including the President, members of its Court, directors, officers, employees or agents, shall not be liable for anything done or omitted to be done in connection with the administration of any arbitration conducted under the UNCITRAL Rules”.

nications, timing, logistic and procedural advice<sup>164</sup>, costs, deposits<sup>165</sup>, hearings rooms if at HKIAC with no cost to the parties. The rest of the services will be billed separately, although they may be arranged by the Center: stenographic transcripts, translation and interpretation, and registration of awards. The permanent involvement of the Center during the arbitration is seen in the procedure for the communications and written documents that should be exchanged through HKIAC and so expressly it is a modification of the Rules (section 9.1 “Notwithstanding the provision of the Rules....”).

The LCIA upon request<sup>166</sup> provides the following services as administrator of an UNCITRAL arbitration:

- a) establishing and maintaining a computerised procedural record to track the arbitration;
- b) ensuring that milestone dates are met and advising the tribunal and parties when they are not;
- c) maintaining a file of correspondence and submissions, enabling us to respond to any enquiries from the parties or the Tribunal and to provide any duplicate copies as may from time to time be required;
- d) if and when requested to do so by the Tribunal, issuing procedural directions on their behalf – most typically, directions for advances on costs;
- e) ensuring that communication between parties (or their lawyers) and the Tribunal are kept open (including ensuring that correspondence is copied to all relevant parties) and generally keeping the process moving, by such appropriately diplomatic intervention as may be required;
- f) assisting, when asked to do so, in making any necessary practical arrangements for meetings or hearings (including, for example, arranging for services such as interpretation, court reporting, telephone or video conferencing);
- g) when required, providing letters of invitation to assist with entry visas for the purpose of hearings;
- h) where asked to do so, reviewing draft Awards for typographical and clerical errors and preparing and issuing certified copies of any Award (including notarisation if required);

---

164 Section 10.1: “The HKIAC will liaise with the arbitral tribunal and the parties to fix the time limits for the arbitration, as well as to establish the date, time and place of meetings, hearings, or otherwise, as required. 10.2: Upon request by the arbitral tribunal, the HKIAC will advise generally on applicable procedure under the Rules”.

165 The Procedures establishes modifications to Art.41 UAR.

166 The information that follows was kindly provided to the author by the LCIA Registrar, Mrs Sarah Lancaster.

- i) acting as a sounding board for the parties and Tribunal in relation to procedural matters;
- j) lastly, lending the imprimatur of the LCIA to the conduct of the arbitration and to any Award rendered by the Tribunal.

In relation to the institutions that offer a minimum intervention as an administrator, the AAA offers a list of services and whether or not the cost is included in the administration. Those services relate to communications between the parties<sup>167</sup>, hearings<sup>168</sup>, hearings room-rentals, stenographic transcripts, interpretation, fees of Arbitrators and deposits, and other services. The first two are the services included in the administration fee, the others are billed separately. Therefore, if the case is administered by AAA, the institution will have a permanent involvement in the arbitration as a communication channel between the parties and the arbitrators and a control function in terms of time requirements<sup>169</sup>.

Similarly to AAA, WIPO lists also the administrative services offered when administering a case under UAR, which besides the service as appointing authority it also includes communications, hearings, hearing room and party rooms, deposits, and registration of the awards. Those services are included in the administration fee but in relation with the hearing room only if the hearings are held in Geneva. Other additional services to be billed separately include: arranging for transcription services and interpretation; photocopying; secretarial assistance; and telephone, telefax and other communication facilities.

---

167 American Arbitration Association Procedures for Cases under the UNCITRAL Arbitration Rules, as amended and effective 2005, explains that: “The experience of major arbitration agencies suggests that arbitrations are best served when communications--except at hearings--are transmitted through the arbitration administrator. Upon request, all oral or written communications from a party to the arbitral tribunal--except at hearings--may be directed to the AAA, which will transmit them to the arbitral tribunal and to the other parties”.

Agreement by the parties that the AAA shall administer a case constitutes consent by the parties that, for purposes of compliance with the time requirements of the UNCITRAL Arbitration Rules, any written communication shall be deemed to have been received by the addressee when received by the AAA. When transmitting communications to a party, the AAA will use the address set forth in the notice of arbitration or any other address that has been furnished by a party in writing to the AAA”.

168 American Arbitration Association Procedures for Cases under the UNCITRAL Arbitration Rules, as amended and effective 2005 states in relation to the communications that: “Upon request, the AAA will assist the arbitral tribunal to establish the date, time and place of hearings, giving such advance notice thereof to the parties as the tribunal determines pursuant to the UNCITRAL Arbitration Rules (Article 25, paragraph 1)”.

169 American Arbitration Association Procedures for Cases under the UNCITRAL Arbitration Rules, as amended and effective 2005: “Agreement by the parties that the AAA shall administer a case constitutes consent by the parties that, for purposes of compliance with the time requirements of the UNCITRAL Arbitration Rules, any written communication shall be deemed to have been received by the addressee when received by the AAA. When transmitting communications to a party, the AAA will use the address set forth in the notice of arbitration or any other address that has been furnished by a party in writing to the AAA”.

Finally, examples of a medium kind of intervention in UAR are JCAA and DIS.

Under DIS special rules for administering cases under UAR, only certain key communications should be communicated to DIS for it to transmit them to the parties, to the other party or, as the case may be to the arbitral tribunal, such as the notice of arbitration (Art.3.1), the response to the notice of arbitration (Art.4.2), the counterclaim (Art.4.6), and the award (Art.34.7). Some communications initiated only by one party should be also communicated to the DIS as well as to the other party, such in the case of a request of interpretation of the award (Art.37.1), the request for correction (Art.38.1) and the request for an additional award (Art.39.1). Furthermore, some supervisory role is assumed by DIS, for example, DIS on its own motion may at any time require proof of authority granted to the representative of the party in such a form as the DIS Secretariat may determine (Art.5). DIS may issue an order of termination of the arbitral proceedings in certain cases (Art.37.4). And DIS assumes also a control of the deposits made by the parties (Art.43). As far as other services, the DIS only refers in Annex 3, n°19 to the translation of documents other than in English, French or German, that might be arranged by DIS but billed separately to the parties.

In relation with the role of JCAA under arbitrations conducted under UAR<sup>170</sup>, the institution is the channel of communication between the parties before the constitution of the Arbitral Tribunal (Art.3) and afterwards all the communications should be made through the Association (Art.6), being the award serviced by the institution (Art.9.1). Besides, the institution after accepting a request for arbitration designates one of its offices as the secretariat in charge of administrative services (Art.5). The services offered are tape recordings and arrangements for interpreting, making a stenographic transcript and providing a hearing room and the like as necessary for conducting the arbitral proceedings (Art.7).

### **5.3. The PCA as administrator**

In relation with the discussion just maintained, special mention is to be had to the PCA, because of its special role under UAR and so the experience gained over almost 40 years, its special feature of an international organization composed of 115 States and so the possible trust for them to choose the PCA as

---

<sup>170</sup> Administrative and Procedural Rules for Arbitration Under The UNCITRAL Arbitration Rules, as amended and effective on 1 July 2009.

administrator<sup>171</sup>, the fact that all of its model arbitration rules are based upon UAR (1976 or 2010) and that the role of appointing/designating authority and the administrative service are divided internally.

As it is clearly derived from the institutional role the Secretary-General of The PCA has under UAR, the functions of appointing authority/designating authority and the administration of the procedure or the offer of certain administrative services are divided. The latter are in charge of the PCA International Bureau, which may be appointed as registrar or administrative secretary for the case and carry out administrative tasks at the direction of the arbitral tribunal. This is certainly what happens in investment arbitration administered by the PCA, where it designates one or even more secretaries of the tribunal<sup>172</sup>. Therefore a permanent role of the PCA throughout the proceedings is also observed and thus complying with the features of administered arbitration.

Whether this conclusion is perceived as such by the PCA<sup>173</sup> might be subject of discussion as it seems that due to its traditional role under UAR the agreement of the parties on the arbitration clause to an institution administering the case does not mean necessarily that the institutions should function also as the appointing authority. To this point, the PCA Report “UNCITRAL Arbitration Rules: Report of the Secretary-General of the Permanent Court of Arbitration on its activities under the UNCITRAL Arbitration Rules since 1976”<sup>174</sup> considers “*Pathological and problematic clauses* (n°16), an arbitration clause that “contains a reference to an administering body (in the real situation, proceedings under UAR *administered* by the LCIA) and one of the parties objects to that administering body acting as the appointing authority. In such cases, the usual practice of the PCA Secretary-General is to designate the administering body referred to in the clause (in the real situation, the LCIA) as the appointing authority, on the basis that the parties’ prior agreement was to choose that administering body”<sup>175</sup>.

171 These two also in GRIMMER, *The Permanent Court*, pp.11-12 to explain the increase role of PCA as administrator.

172 See for example: PCA Case No. AA 227, *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation*. As stated in the Final Award, 18 July 2014, n°15: “On 31 October 2005, a preliminary procedural hearing was held in The Hague, at which the Parties and members of the Tribunal signed Terms of Appointment confirming, inter alia that: (a) the members of the Tribunal had been validly appointed in accordance with the ECT and the UNCITRAL Rules; (b) the proceedings would be conducted in accordance with the UNCITRAL Rules; (c) the International Bureau of the PCA would act as registry (...)”.

173 Similarly under the offer of administrative services of AAA and WIPO.

174 See: A/CN.9/634, at UNCITRAL website.

175 No surprise that the arbitration clause recommended by LCIA when administering arbitrations under UAR does include the specific mention of the LCIA as the appointing authority:

“Any dispute arising out of or in connection with this contract, including any question regarding its existence, validity or termination, shall be referred to and finally resolved by arbitration under the UNCITRAL Arbitration Rules, which Rules are deemed to be incorporated by reference into this clause.

This is so because of the traditional structure for the PCA and its institutional role under UAR: the Secretary-General is the designating or the appointing authority, and when there is an administration of the case it is the international bureau of the PCA, the body entrusted with this role. Note, however, that the Secretary General of the PCA is the head of the International Bureau. In any case, the model arbitration clauses offered by the PCA follow this pattern<sup>176</sup>, as well as the model clause offered by UNCITRAL. Does it mean that the PCA is impliedly considering this as a third type of arbitration? As analyzed before, the answer should be negative particularly if necessary to draw the distinction between those two types of arbitrations.

Furthermore, when looking at this issue from the perspective of an administered arbitration, another conclusion might be reached. From our point of view, the arbitration clause considered in one of the previous paragraphs by the PCA as pathological or problematic is neither of them. From our point of view the administration of a case by an institution also includes the appointment of arbitrators by that institution either under UAR or under other arbitration rules. This is the result when examining the set of arbitration rules of the major arbitration centers around the world as well as the model arbitration clauses offered. The rules include the power of the institutions to appoint the arbitrators which in our opinion should be considered an essential function to develop by an arbitral

---

*Any arbitration commenced pursuant to this clause shall be administered by the LCIA.*

*The appointing authority shall be the LCIA.*

*The LCIA schedule of fees and costs shall apply.*

*The number of arbitrators shall be [one/three].*

*The seat, or legal place of arbitration shall be [City and/or Country].*

*The language to be used in the arbitral proceedings shall be [ ].*

*The governing law of the contract shall be the substantive law of [ ]."*

The model clause was kindly provided to the author by the LCIA Registrar, Mrs. Sarah Lancaster.

176 Model clause for the use of the Secretary-General as the Appointing Authority and the International Bureau as Administrator:

"Parties who agree to arbitrate under the UNCITRAL Arbitration Rules and to have the Secretary-General act as the appointing authority and the International Bureau provide administrative services may use the following clause:

*Any dispute, controversy, or claim arising out of or relating to this contract, or the breach, termination, or invalidity thereof, shall be settled by arbitration in accordance with the UNCITRAL Arbitration Rules in effect on the date of this contract.*

*The appointing authority shall be the Secretary-General of the Permanent Court of Arbitration.*

Note: parties might wish to consider adding:

(a) *The number of arbitrators shall be . . . [one or three].*

(b) *The place of arbitration shall be [The Hague] [or other location].*

(c) *The language(s) to be used in the arbitral proceedings shall be . . . [insert choice].*

(d) *[For cases involving a State, a State-controlled entity or an intergovernmental organization] The case shall be administered by the International Bureau of the Permanent Court of Arbitration".*

institution that ought to be foreseen in the arbitration rules of the institution<sup>177</sup>, generally on a default basis. It is even mandatory under some arbitration laws<sup>178</sup>.

In fact, the PCA seems to acknowledge this situation in the most recent set of arbitration rules, such as the PCA Arbitration Rules (2012) and the PCA Optional Rules for Arbitration of Disputes Relating to Outer Space Activities (2011), where the Secretary-General of the PCA shall serve as appointing authority, and the international bureau performs the administrative services, without the model arbitration clause making the distinction between appointment of the arbitrators and administration of the procedure<sup>179</sup>, different to other model clauses of the same institution<sup>180</sup>. It is without doubt an administered arbitration<sup>181</sup> where the PCA has an active role<sup>182</sup>. The new functions expressly foreseen to the PCA under Art.6.1 UAR as an appointing authority might be behind the change and

177 Comment 4 to IBA Guidelines for Drafting International Arbitration Clauses, 7<sup>th</sup> October 2010: “In institutional (or administered) arbitration, an arbitral institution provides assistance in running the arbitral proceedings in exchange for a fee. The institution can assist with practical matters such as organizing hearings and handling communications with and payments to the arbitrators. The institution can also provide services such as appointing an arbitrator if a party defaults, deciding a challenge against an arbitrator and scrutinizing the award”. It is not that the institution *can* provide for administrative services and that *can* provide the service of appointing an arbitrator if a party defaults. It is that the institution *must* provide both of them in its rules.

178 See Article 1452 CPC France: “If the parties have not agreed on the procedure for appointing the arbitrator(s): (1) Where there is to be a sole arbitrator and if the parties fail to agree on the arbitrator, he or she shall be appointed by the person responsible for administering the arbitration or, where there is no such person, by the judge acting in support of the arbitration; (2) Where there are to be three arbitrators, each party shall appoint an arbitrator and the two arbitrators so appointed shall appoint a third arbitrator. If a party fails to appoint an arbitrator within one month following receipt of a request to that effect by the other party, or if the two arbitrators fail to agree on the third arbitrator within one month of having accepted their mandate, the person responsible for administering the arbitration or, where there is no such person, the judge acting in support of the arbitration, shall appoint the third arbitrator”.

179 The PCA Arbitration Rules (2012) offer two arbitration clauses. One for contracts: “Any dispute, controversy or claim arising out of or relating to this contract, or the breach, termination or invalidity thereof, shall be settled by arbitration in accordance with the PCA Arbitration Rules 2012”; and the other one for treaties and other agreements: “Any dispute, controversy or claim arising out of or in relation to this [agreement] [treaty], or the existence, interpretation, application, breach, termination, or invalidity thereof, shall be settled in accordance with the PCA Arbitration Rules 2012”.

Note — Parties should consider adding:

The number of arbitrators shall be ... (one, three, or five);

(b) The place of arbitration shall be ... (town and country);

(c) The language to be used in the arbitral proceedings shall be ....

180 See for example the Model Clause for use in connection with the PCA Optional Rules for Arbitrating disputes relating to national resources and/or environment. Art.1.3 of the Rules states the functions of The International Bureau of the Permanent Court of Arbitration “shall take charge of the archives of the arbitration proceeding. In addition, upon written request of all the parties or of the arbitral tribunal, the International Bureau shall act as a channel of communication between the parties and the arbitral tribunal provides secretariat services and/or serve as registry”. Idem: Art.1.3 of The PCA optional Rules for Arbitration between International Organizations and Private Parties, effective 1 July 1996.

181 It seems also the case for: Brooks W. DALY/Evgeniya GORIATCHEVA/Hugh A. MEIGHEN, A Guide to the PCA Arbitration Rules. Oxford University Press, 2014, n<sup>o</sup>1.12.

182 Using the words of Judge Fausto POCAR, An introduction to the PCA’s Optional Rules for Arbitration of Disputes Relating to Outer Space Activities. Journal of Space Law, 2012, vol.38, p.184.

so the natural recognition that when an institution administers a case, it is also in charge of the appointment of arbitrators as well as the other functions that an appointing authority has under UAR.

The natural assumption is that the institution that administer the case also functions as the appointing authority and so the model arbitration clauses might be drafted as to recognize this situation. Otherwise a door is open for the parties to bifurcate the roles in an institutional arbitration, i.e., the parties agree that UAR is to be fully administered by an institution, but designate another institution as an appointing authority which is not a recommended situation. This is not an *ad hoc* arbitration but an institutional one.

A further comment follows on Art.1.4 of the PCA Arbitration Rules (2012) that states that:

“The involvement of at least one State, State-controlled entity, or inter-governmental organization as a party to the dispute is not necessary for jurisdiction where all the parties have agreed to settle a dispute under these Rules. However, where the Secretary-General of the Permanent Court of Arbitration determines that no State, State-controlled entity, or intergovernmental organization is a party to the dispute, the Secretary-General may decide to limit the Permanent Court of Arbitration’s role in the proceedings to the function of the Secretary-General as appointing authority, with the role of the International Bureau under these Rules to be assumed by the arbitral tribunal”.

Although at a first sight may be a problematic provision, we think that the PCA is making an offer to administer the arbitration to parties when at least one of them is a State, while if no State is involved, it would be legally consider as an *invitatio ad offerendum* to the parties. The PCA, meaning the Secretary-General of the PCA, may reject the offer of the parties when the request for arbitration is submitted to it, counteroffering an *ad hoc* procedure where the PCA will only exercise the role as appointing authority. This legal approach we think is the one that better suits the purpose and objectives of the PCA as an intergovernmental organization devoted to States and the prospective risk of an otherwise offer to the public (private commercial parties) which implies the risk of the PCA being the administrator of a potential unknown and unlimited number of commercial cases around the world.

Save for the situation just indicated, the PCA Arbitration Rules (2012) are rules for institutional arbitration and so a direct involvement and permanent presence of the PCA is seen when analyzing the Rules, as evidenced by the fact

that copy of the most important writings should be also addressed to the International Bureau: notice of the arbitration and its response (Arts.3 and 4), notice of the challenge of an arbitrator (Art.13.2), the statements of claim and defense (Arts.20 and 21), the request for interpretation of the award or to the additional award (Arts.37 and 39). Also, the names and addresses of agents, party representatives, and other persons assisting the parties must be communicated to all parties to the International Bureau (Art.5.3). Furthermore, all communications to the arbitral tribunal by one party shall be communicated by that party to all other parties and the International Bureau (Art.17.4); the International Bureau is entrusted with the communication of the award to the parties (Art.34.6) and in cases involving only States, the parties shall communicate to the International Bureau the laws, regulations, or other documents evidencing the execution of the award (Art.34.7). Finally, a supervisory or control role is established in relation with periods of time (Arts.4.1, 8.2 b), 9.3 and 43.4) and the deposits (Art.43).

#### 5.4. A final comment

Common features of all the models when administering arbitration proceedings under UAR are, first, the permanent involvement of the institution throughout the arbitration as a channel of communication between the parties and the arbitrators either as in charge of sending communications, or as informative means<sup>183</sup>. Second, the role of administration means also the appointment of arbitrators. Since the arbitration is not an *ad hoc* procedure, the institutions as well as the parties might be subject to special duties and obligations under the applicable law. The arbitration law might establish legal duties on the arbitral institution to control the appointment of the arbitrators<sup>184</sup>, or the Law might require that

183 In relation to the communications the WIPO Special Rules states that: "The agreement of the parties that the Center will act as administrator shall constitute consent by the parties that, for the purpose of the application of the UNCITRAL Arbitration Rules, written communications shall be deemed to have been received by the addressee when received by the Center".

184 Article 14.3 Spanish Arbitration Act: "Arbitration institutions shall ensure compliance with conditions for the capacity of arbitrators, transparency in their appointment and also their independence".

Art.23 Panama International and Commercial Arbitration Act 8<sup>th</sup> January 2014: "Cuando proceda la designación de árbitros por una institución de arbitraje, esta tendrá en cuenta las condiciones requeridas por las partes en el acuerdo para el nombramiento de árbitros y tomará las medidas necesarias para garantizar el nombramiento de un árbitro independiente e imparcial. En el caso de que proceda designar un árbitro único o el tercer árbitro tendrá en cuenta asimismo la conveniencia de nombrar un árbitro de nacionalidad distinta a la de las partes y, en su caso, a la de los árbitros ya designados. La institución designada deberá realizar el nombramiento o los nombramientos requeridos dentro de un término de treinta días, contando a partir de la fecha en que sea recibida la solicitud correspondiente. Cuando proceda la designación de árbitros por una institución de arbitraje

for certain disputes, such as intra-corporate disputes, the appointment of the arbitrators be made only by the institution, therefore limiting party autonomy in these kinds of disputes<sup>185</sup>.

The intensity of a further intervention by the institution varies depending on the model the institution decides to follow taking always into account the agreement of the parties that have opted for UAR as the set of arbitration rules to be applied.

## VI. Institutions that provide some administrative services in *ad hoc* arbitrations under the UNCITRAL Arbitration rules

Arbitration institutions might offer partial administrative services related to *ad hoc* arbitrations under UAR or other *ad hoc* proceedings, which might include or not the role as appointing authority. In this situation, the arbitration is still an *ad hoc* arbitration and not an administered one<sup>186</sup>. Usually the distinction is not made by the institution. As an exception the HKIAC Administered Arbitration Rules of 2008/2013 states in Article 1.2 that: “Nothing in these Rules shall prevent parties to a dispute or arbitration agreement from naming the HKIAC as appointing authority, or from requesting certain administrative services from the HKIAC, without subjecting the arbitration to the provisions contained in these Rules (...)”.

Generally when the institutions offer some administrative services, they do so in broad and general terms. There are, however, some institutions, such as the AAA and The PCA that includes a variety of services and lists them when providing services under UAR<sup>187</sup>, following the 2012 UNCITRAL Recommendations, n°23 that offers a non-exhaustive list of possible services:

---

nacional, esta deberá ser una institución autorizada conforme lo dispone el art.14, y, además, contar con una demostrada operatividad en la administración de los procesos arbitrales”.

185 See *supra* Art.11 bis 3 Spanish Arbitration Act.

186 A description of the practice for this in *ad hoc* arbitration, also considering the services that might be provided by other entities: UNCITRAL Notes, n°25. Examples of entities that provide for administrative services, particularly in relation to hearings but are not arbitration centers are: The Stockholm International Hearing Centre and The ICC Hearing Centre that seems to offer their services whether or not the arbitration is subject to the ICC Rules.

187 First, a staff member of the PCA International Bureau may be appointed as registrar or administrative secretary for the case and carry out administrative tasks at the direction of the arbitral tribunal, which is usually done in investment cases. As indicated on its web site, the list of services is as follows: transmitting oral and written communications from the parties to the arbitral tribunal and vice-versa and between the parties; maintaining an archive of filings and correspondence; making all arrangements concerning the amounts of the arbitrators’ fees and advance deposits to be made on account of such fees in consultation with the parties and the arbitrators; holding the party deposits and disbursing tribunal fees and expenses; assisting the arbitral

- “a) Maintenance of a file of written communications;
- b) Facilitating communication;
- c) Providing necessary practical arrangements for meetings and hearings, including:
  - (i) Assisting the arbitral tribunal in establishing the date, time and place of hearings;
  - (ii) Meeting rooms for hearings or deliberations of the arbitral tribunal;
  - (iii) Telephone conference and videoconference facilities;
  - (iv) Stenographic transcripts of hearings;
  - (v) Live streaming of hearings;
  - (vi) Secretarial or clerical assistance;
  - (vii) Making available or arranging for interpretation services;
  - (viii) Facilitating entry visas for the purposes of hearings when required;
  - (ix) Arranging accommodation for parties and arbitrators;
- d) Providing fund-holding services;
- e) Ensuring that procedurally important dates are followed and advising the arbitral tribunal and the parties when not adhered to;
- f) Providing procedural directions on behalf of the tribunal, if and when required;
- g) Providing secretarial or clerical assistance in other respects;
- h) Providing assistance for obtaining certified copies of any award, including notarized copies, where required;
- i) Providing assistance for the translation of arbitral awards;
- j) Providing services with respect to the storage of arbitral awards and files relating to the arbitral proceedings”.

The arbitration center offer of administrative services varies depending on the institution, and so not all of them have a full list of services or either are not able or do not want to provide some of them. To this regard the somehow opti-

---

tribunal to establish the date, time and place of hearings, and giving such advance notice thereof to the parties as the tribunal determines pursuant to the UNCITRAL Arbitration Rules (Art. 25(1)); making its hearing and meeting rooms in the Peace Palace available to the parties and the arbitral tribunal at no charge; costs of catering, court reporters, or other support associated with hearings or meetings at the Peace Palace or elsewhere shall be borne by the parties; making arrangements for transcription, recording, interpretation, translation, catering, or other support associated with hearings or meetings at the Peace Palace or elsewhere, costs of which shall be borne by the parties; assisting with travel and hotel reservations, as well as procurement of visas; and carrying out any other tasks entrusted to it by the parties or the arbitral tribunal.

mistic vision of the UNCITRAL Notes as to the services that arbitral institutions are able to perform in practice is presently under revision<sup>188</sup>.

---

188 For example UNCITRAL Notes, n°24 states that: “the institution will usually provide all or good part of the required administrative support to the arbitral tribunal”, and particularly refers to the services of deposit (n°28-29), and to interpretation and translation. See: UNCITRAL Notes, n°19 states that “interpretation as well as translation services are often arranged by the arbitral institutions”. In fact, according to the ICC and SCC experience those services are often arranged by the parties (A/CN.9/WG.II/WP.184, n°8, p.3 and p.9 in relation to Note 2), but indeed the institutions are able to arrange for those services as it happens with: HKIAC, LCIA, AAA, WIPO, and PCA. Also the SCC points out in relation to n°24 of the UNCITRAL Notes that: “may need redrafting as this practice may vary greatly between different institutions” (Id., WP.184, p.9). The discussion about the purported revision of the UNCITRAL Notes is found at: A/CN.9/WG.II/WP.183, n°13. And: A/CN.9/826, n°68 y n°74.

# El contrato administrativo, inarbitrabilidad y el reconocimiento de laudos anulados en el país de origen. El Caso *Commisa*

HERFRIED WÖSS<sup>1</sup>  
DANTE FIGUEROA<sup>2</sup>  
JENNIFER CABRERA<sup>3</sup>

## I. Introducción

En el presente artículo, los autores analizan tres temas relacionados con el Caso ICC 13613/CCO/JRF *Commisa v. Pemex*: (i) las causas y razones que llevaron a la anulación del laudo arbitral en el Caso *Commisa* como también la problemática de la institución del ‘*contrat administratif*’ francés en el derecho mexicano y en otros países latinoamericanos; (ii) el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales anulados en el país de origen desde el punto del derecho arbitral internacional; y (iii) el reconocimiento y ejecución de laudos anulados en el país de origen desde la perspectiva del derecho estadounidense.

El caso ICC 13613/CCO/JRF COMMISA v. Pemex versa sobre la construcción de dos plataformas petroleras llave en mano (una de compresión y otra de

---

1 Socio de Wöss & Partners, Arbitration & Trade, México, DF – Washington DC – Lima, árbitro internacional listado en el International Who’s of Commercial Arbitration, fundador del Foro de Arbitraje en Materia de Inversión, visiting scholar del Georgetown University Law Center 2012-2013.

2 Socio de Wöss & Partners, Arbitration & Trade, México DF - Washington DC - Chile, abogado con licencia en Chile, Washington DC, Nueva York, NY y ante la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, profesor adjunto del Georgetown University Law Center y de la American University. Con agradecimiento a Maria Sklar, estudiante del Georgetown University Law Center, J.D. Candidata 2015, por su valiosa asistencia en la preparación de este artículo.

3 Socia de Cabrera Cammarota PLLC, Nueva York, NY, abogada litigante en material arbitral y ante tribunales de los Estados Unidos de América, profesora adjunta del Fordham Law School y Duke University Law School. Con gratitud a Walsy Sáez, estudiante de Fordham University School of Law, J.D. Candidata 2015, por su valiosa asistencia en la preparación de este artículo.

procesamiento de gas) bajo un Contrato de Obra Pública firmado el 22 de octubre de 1997 (los “Contratos”). Las disputas se iniciaron en el 2002 y culminaron en un procedimiento de conciliación ante la Secretaría de la Contraloría de Desarrollo Administrativo. El 29 de marzo de 2004, Pemex Exploración y Producción (“PEP o Pemex”) notificó a *Commisa* el inicio del procedimiento de rescisión administrativa del Contrato. Dicho procedimiento administrativo fue suspendido por el trámite conciliatorio ante la Secretaría, el mismo que fracasó. El 7 de diciembre de 2004 *Commisa* se retiró de la conciliación. El 8 de diciembre de 2004, *Commisa* presentó su demanda de arbitraje ante la CCI. El 18 de diciembre Pemex formuló un reclamo por US\$ 78’423,766.46 a Afianzadora Insurgentes por *Commisa* a favor de Pemex, basado en la rescisión administrativa de los Contratos.

El 23 de diciembre de 2004, *Commisa* presentó una demanda de amparo ante los Juzgados de Distrito. El 26 de diciembre de 2004, el Juez del Distrito suspendió provisionalmente la rescisión administrativa y ordenó que Pemex se abstuviera de hacer efectivas las fianzas hasta que se llevara a cabo una audiencia sobre el fondo del asunto. El 18 de julio de 2005, Pemex presentó un recurso de revisión ante el Sexto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito respecto de las suspensiones otorgadas a *Commisa*. El 23 de agosto de 2005, se celebró audiencia constitucional en la que el juez decidió sobreseer el amparo. En contra de dicha resolución, *Commisa* presentó un recurso de revisión el 8 de septiembre de 2005, con lo cual se mantienen las medidas provisionales otorgadas previamente y la suspensión de la rescisión administrativa hasta que se decida el mencionado recurso.

El 17 de mayo de 2006, el Sexto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, quien conoció de ambos recursos, emitió sus resoluciones al respecto. En cuanto al recurso de revisión interpuesto por *Commisa*, se revocó la resolución del Juez del Distrito mediante la cual se había sobreesido el juicio de amparo promovido por *Commisa* y se ordenó enviar el expediente a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a efectos de que sea estudiado el concepto de violación relativo a la inconstitucionalidad de las leyes planteada por *Commisa*. Con respecto al recurso de revisión interpuesto por Pemex, en contra de la suspensión conferida a *Commisa*, el Tribunal Colegiado determinó confirmar dicha suspensión.

El 23 de junio de 2006, la Suprema Corte de Justicia de la Nación negó el recurso de amparo interpuesto por *Commisa* con base en la inconstitucionalidad de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios al Sector Público. Asimismo ordenó que se remitiera de nuevo el expediente al Tribunal Colegiado del

Circuito, para que éste analice los dos conceptos de violación restantes en los que *Commisa* fundamentó su demanda de amparo, esto es, la extemporaneidad de la resolución mediante la cual Pemex rescindió los contratos y la indebida fundamentación de dicha resolución.

El 23 de febrero de 2007, el Sexto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito emitió sentencia sobre la ilegalidad de la resolución administrativa de Pemex y negó el amparo.

El 16 de diciembre de 2009, el tribunal arbitral dictó su laudo. El 7 de abril de 2010, Pemex interpuso incidente de nulidad en contra de dicho laudo, el mismo que fue radicado ante el Juzgado Quinto en Materia Civil en el Distrito Federal, el mismo que resolvió no ha lugar declarar la nulidad del laudo. En contra de esa sentencia, Pemex presentó recurso de revisión ante el Décimo Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito que revocó la sentencia y otorgó el amparo.

La sentencia del 25 de agosto de 2011 del Décimo Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil se fundamentó en dos conceptos legales: orden público (*public policy*), y *res judicata* (cosa juzgada) como un elemento del orden público. Tal decisión puso de relieve que las perspectivas substancialmente sobre la institución arbitral tanto en el derecho civil como en el derecho común son substancialmente diferentes. En cierto sentido, el debate subyacente en el caso *Commisa* reside en un plano más profundo que una simple apreciación de la legislación aplicable a un caso dado de arbitraje internacional. En este contexto, este artículo busca explicar los elementos fundamentales de tales aproximaciones contrastantes sobre dos instituciones legales clave en las tradiciones legales del derecho civil y del derecho común. Asimismo, el artículo busca identificar las opciones que permanecen disponibles para brindar una solución de largo plazo que confiera la estabilidad deseada al arbitraje comercial internacional en casos similares a *Commisa v. Pemex*.

En consecuencia, el segundo punto analiza el caso *Commisa*, destacando los fundamentos legales utilizados por los tribunales mexicanos para anular el laudo basado en la institución del contrato administrativo, el carácter de la rescisión administrativa como acto de *iure gestionis* o de *iure imperii*, y el efecto de *res judicata* como vertiente del orden público del juicio y sentencia perseguido por *Commisa* en juicio paralelo. El tercer punto, a su vez, revisa el reconocimiento y ejecución de las decisiones judiciales domésticas que anulan laudos arbitrales en el contexto de las convenciones de Nueva York y Panamá. Finalmente, el cuarto punto estudia el tema inevitable de la ejecución interna de laudos arbitrales internacionales ante las Cortes de Nueva York.

## II. El Caso *Commisa* y el riesgo sistémico del contrato administrativo

### A) Comentarios generales

Este punto disecciona el caso *Commisa* desde la perspectiva de la transformación de un acto *de iure gestionis* (comercial) a un acto *de iure imperii* (de gobierno o de autoridad), y sus efectos en la arbitrabilidad *ratione materiae* (con relación a la materia) en el contexto de un contrato administrativo en México, como asimismo todos los demás aspectos relativos a la *res judicata* (cosa juzgada) refleja como elemento de la noción de *ordre publique* (*public policy*), y otro conceptos relacionados.

El arbitraje en México comienza con las reformas al Código de Comercio en 1989<sup>4</sup> y la incorporación de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI en 1993. El arbitraje sobre disputas relacionadas a contratos con entidades paraestatales comenzó con la reforma al artículo 14° de la Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos y Organismos Subsidiarios (*Pemex*) y al artículo 45° de la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica para la Comisión Federal de Electricidad (CFE), ambas del 22 de diciembre de 1993. La Ley Orgánica de *Pemex* en vigor hasta 2008 rezó: “*Tratándose de actos jurídicos de carácter internacional, Petróleos Mexicanos o sus Organismos Subsidiarios podrán (...) celebrar acuerdos arbitrales cuando así convenga al mejor cumplimiento de su objeto*”. Dicha disposición fue modificada con cambios mínimos por el artículo 6°, párrafo 2, de la Ley Reglamentaria del artículo 27° Constitucional en el Ramo del Petróleo y el artículo 73° de la Ley de Petróleos Mexicanos el 28 de noviembre de 2008. Ni la legislación de *Pemex* ni la de la CFE contienen limitaciones en cuanto a la arbitrabilidad de la rescisión y terminación administrativa y la actuación contractual de *Pemex* y la CFE, la misma que siempre se consideraba como *de iure gestionis* aunque el riesgo de ser tratado como acto de autoridad era latente y conocido.<sup>5</sup> El derecho a mecanismos alternativos de solución de controversias se estableció en el tercer (hoy cuarto) párrafo del artículo 17° de la Constitución Federal el 18 de junio de 2008, y, por ende, es un derecho constitucionalmente protegido.

El arbitraje en los demás contratos con entidades públicas federales fuera del ámbito de *Pemex* y la CFE se permitió para fines prácticos finalmente con

4 Diario Oficial de la Federación, 4 de enero de 1989.

5 Herfried Wöss: ‘Arbitration, Alternative Dispute Resolution and Public Procurement in Mexico, The 2009 reforms, analysis and their impact’, *Spain Arbitration Review*, 7 (2010) 19-31; and *TDM* 4 (2009), Special Edition Latin America.

la reforma a la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas y a la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público del 28 de mayo de 2009. Las reformas permitieron el sometimiento a arbitraje de todos los contratos federales de obra, y contratos de adquisiciones a largo plazo. La limitación a contratos a largo plazo en materia de adquisiciones públicas se eliminó con la reforma del 16 de enero de 2012.<sup>6</sup> Anteriormente, existía la posibilidad de arbitraje sujeto a diversos lineamientos a nivel federal administrativo, los que nunca fueron publicados. A partir de esa reforma, todos los contratos federales de obras y adquisiciones públicas pueden ser sometidos a arbitraje, sin embargo, con ciertas limitaciones como es la inarbitrabilidad de la rescisión y la terminación administrativa.

El 16 de enero de 2012 se publicó también la Ley de Asociaciones Público Privadas (Ley APP). De acuerdo con el artículo 139°, párrafo 1, de la Ley APP se permite el arbitraje para los contratos APP. Sin embargo, el artículo 139°, párrafos 3 y 4, de la Ley APP extiende el tema de la inarbitrabilidad de la rescisión y terminación administrativa a cualquier acto de autoridad. El tema del acto de autoridad y su inarbitrabilidad en contratos con entidades públicas parece ser relacionado con el Caso *Commisa*.

## **B) La problemática del ‘*contrat administratif*’ del Derecho francés en México y en Latinoamérica**

El renombrado jurista argentino Héctor Mairal ha destacado que la institución del contrato administrativo que deriva del Derecho francés y su uso para contratos de proyectos es muy problemática en Latinoamérica.<sup>7</sup> De acuerdo con el Derecho francés, el Estado tiene facultades exorbitantes en la contratación pública en áreas tales como la modificación de contratos y la rescisión y terminación unilaterales sin previo juicio. Lo anterior se refleja en el Derecho mexicano, donde las entidades paraestatales pueden rescindir o terminar un contrato a través de un procedimiento administrativo; el contratista, en tanto, requiere de un juicio previo para lograr tal terminación. El acto administrativo de rescisión o terminación se considera como acto de autoridad o *de iure imperii* y goza de la presunción de validez hasta que sea revocado en juicio administrativo o

6 Herfried Wöss, ‘Solución de Controversias al Amparo de la Nueva Ley Mexicana de Asociaciones Público-Privadas’, 5 Lima Arbitration 2 (2012) p- 185-94.

7 Héctor A. Mairal ‘Government Contracts under Argentine Law: A Comparative Law Overview’ 26 Fordham International Law Journal 6 (2002) p. 1716-53; *Id.*, ‘De la Peligrosidad o Inutilidad de una Teoría General del Contrato Administrativo’ Ed. 179, p. 655-700.

constitucional (amparo); este último, en esencia, es un juicio de casación o de anulación. De acuerdo con la doctrina francesa, el contrato administrativo no puede estar sujeto a arbitraje. Así, mientras que conforme al Derecho francés cualquier modificación del equilibrio contractual o su rescisión o terminación requiere del pago de una indemnización, tal obligación de indemnización existe solamente en forma rudimentaria en México cuando se reclaman los llamados gastos no recuperables o la inversión perdida.

En México, hasta el caso *Commisa*, la inarbitrabilidad de la rescisión administrativa era un riesgo latente, sin embargo, en la práctica arbitral prevalecía la consideración de la misma como acto *de iure gestionis* y, por ende, arbitrable. Como lo había señalado el jurista mexicano Diego Andrade Max: “*El acto jurídico contractual imputable a algún órgano del estado en calidad de parte de ese mismo acuerdo de voluntades, constituye indiscutible un acto iure gestionis*”.<sup>8</sup>

### **C) El caso *Commisa*: la conversión de un Acto de *iure gestionis* a un acto de *iure imperii* en juicio paralelo y su consecuente inarbitrabilidad**

El Caso ICC 13613/CCO/JRF *Commisa v. Pemex* versa sobre múltiples reclamos incluyendo daños y perjuicios por parte del contratista en contra de *Pemex* derivado de un contrato de construcción de plataforma petrolera.<sup>9</sup> Como consecuencia de un supuesto incumplimiento por parte del contratista, el 16 de diciembre de 2004 *Pemex* rescinde administrativamente y unilateralmente el contrato por el abandono del contratista de la obra y el no acatamiento de instrucciones, y aplica penalidades convencionales equivalentes al diez por ciento del monto total de la obra ejecutada hasta el 23 de mayo de 2003 y otras sanciones por la inobservancia de la entrega de gas conforme a las fechas de los eventos críticos pactadas. Asimismo, *Pemex* ejecuta fianzas por el monto de las penalidades convencionales.<sup>10</sup> El 1º de diciembre de 2004, *Commisa* inicia el arbitraje ICC en contra de *Pemex*. En paralelo, el 23 de diciembre de 2004, COMISSA presenta un amparo para lograr la anulación de estos actos y el otorgamiento

8 Véase Diego Andrade Max: *Las Personas Morales de Derecho Público como Partes en el Arbitraje Comercial Internacional*, Universidad Iberoamericana, 1992, p. 73; ibídem: *Mexican Governmental Agencies as Parties to International Commercial Arbitration - Historical, Theoretical and Practical Aspects*, Univ.-Diss., University of Vienna, May 1994, p. 153.

9 Herfried Wöss, Adriana San Román Rivera, Pablo T. Spiller, Santiago Dellepiane, *Damages in International Arbitration under Complex Long-term Contracts* (Oxford University Press, February 2014), paras. 3.185-200.

10 Amparo en Revisión 358/2010, Décimo Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, 25 de agosto de 2011, pp. 10, 12.

de la suspensión inmediata de los mismos. El arbitraje y el juicio de amparo se desarrollan en forma paralela. Mientras *Commisa* logra la suspensión durante el procedimiento, pierde el amparo.

Como requisito de admisibilidad de un amparo se requiere un acto de autoridad o un acto de *iure imperii*. Es decir, al demandar por la vía de amparo el contratista tuvo que argumentar que la rescisión administrativa era un acto de *iure imperii* y no de *iure gestionis*. Sin embargo, la existencia de tal acto de autoridad fue negada por el Juzgado Décimo Cuarto del Distrito en Materia Administrativa que decidió sobreseer el amparo en primera instancia el 23 de agosto de 2005. Por lo tanto, el juez de primera instancia en amparo correctamente negó la admisibilidad del amparo por ser la rescisión administrativa un acto de *iure gestionis* y no de un acto de *iure imperii*.<sup>11</sup> Sin embargo, *Commisa*, en vez de dejarlo así, persiguió el juicio constitucional en paralelo al arbitraje en contra de la rescisión administrativa y diversos actos de *Pemex* e interpuso un recurso de revisión ante el Sexto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, el cual finalmente reconoció la existencia de un acto de autoridad<sup>12</sup> y dejó a salvo la jurisdicción de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para ejercer su facultad de atracción por la importancia del asunto.<sup>13</sup> A su vez, la Suprema Corte en su sentencia del 23 de junio de 2006 consideró constitucional la facultad unilateral del Estado de ejercer sus facultades de rescindir unilateralmente un contrato administrativo, el cual consideró como un:

“privilegio especial de la Administración Pública, que los colocan en una situación distinta y más favorable de la que rige para los particulares que con ella contratan, característica propia de los contratos administrativos, en donde impera la potestad exorbitante del derecho común, esto es, un régimen contractual excepcional de la Administración, que no disfrutan los sujetos que celebran un contrato de derecho privado”.<sup>14</sup>

En esa misma sentencia, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia señaló que:

“al ejercer la autoridad administrativa la facultad o potestad de rescisión, no se restringe ni se priva al particular que contrató con la administración

11 Véase Amparo en revisión 1081/2006, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 23 de junio de 2006, p.18.

12 *Amparo en revisión 1081/2006* p. 24-5, 28.

13 Facultad de la Suprema Corte de atraer un caso que cumple con ciertas características.

14 *Amparo en revisión 1081/2006* p. 58.

pública, del derecho constitucional de acceso a la administración de justicia impartida por los tribunales, pues el particular afectado, titular de este derecho, dispone de los instrumentos procesales, previstos en la ley, mediante los cuales puede impugnar eficazmente el acto jurídico administrativo de la rescisión contractual...”<sup>15</sup>

Por lo tanto, *Commisa* logró convertir lo que en la primera instancia todavía se consideraba como un acto *iure gestionis*, en acto *iure imperii* con lo que sembró la causa original de la anulación del laudo. Al considerarse la rescisión administrativa como un acto *de jure imperii*, la ejecución de las garantías y la aplicación de las penalidades convencionales quedó revestida de la presunción legal de su legalidad. Al perder la contratante el amparo, tal presunción legal ya no se pudo revertir.<sup>16</sup> Es justamente la presunción de validez de un acto de autoridad que se confirma al no lograrse la anulación la que puede tener un efecto desastroso sobre un laudo arbitral en juicio paralelo lo que se ha aclarado por la Suprema Corte de Justicia a causa del amparo interpuesto por *Commisa*. La determinación efectuada por la Suprema Corte, hecha a solicitud de *Commisa*, de que la rescisión administrativa es un acto de autoridad con todas sus consecuencias implica su inarbitrabilidad, aunque la Corte no lo establece así expresamente ya que el examen de la Corte se limita a la cuestión de la constitucionalidad de la facultad exorbitante y unilateral de la administración pública de rescindir el contrato sin previo juicio. Sin embargo, la Corte establece la jurisdicción del Juez del Distrito en Materia Administrativa para resolver sobre la rescisión administrativa en juicio ordinario administrativo, es decir, en un juicio en méritos, como se explica en detalle más adelante. Lo anterior significa que se excluye el arbitraje para resolver cualquier tema relacionado con la rescisión administrativa, así como las consecuencias contractuales de tal rescisión.

El *dictum* de la Corte en el caso *Commisa* provocó la expresa excepción de la arbitrabilidad en las leyes federales de obras y adquisiciones públicas y su extensión a cualquier acto de autoridad en la Ley APP. El problema es que la inarbitrabilidad del tema de la validez del acto de autoridad también afecta el tema de la legalidad o ilegalidad contractual y todas sus consecuencias, como es la procedencia de diversos reclamos y el derecho a daños y perjuicios por lo que el único camino para resolver en méritos una vez realizada la rescisión

<sup>15</sup> Citado en Amparo en Revisión 358/2010, Décimo Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, 25 de agosto de 2011, p. 14.

<sup>16</sup> Herfried Wöss ‘Orden Público, Derecho Público, Cosa Juzgada e Inarbitrabilidad en Contratos Públicos en México - la anulación del laudo del Caso ICC 13613/CCO/JRF’ (2012) 14 Spain Arbitration Review, pp. 111-131, Transnational Dispute Management, Vol. 9, Issue 3, April 2012.

administrativa es justamente el juicio ordinario administrativo, lo que deja sin efecto práctico la cláusula arbitral.

#### **D) La anulación del laudo *Commisa* por violación al orden público y cosa juzgada refleja como consecuencia del juicio paralelo**

Como se ha ya revisado, el laudo en el caso *Commisa* fue anulado por el Décimo Primer Tribunal Colegiado del Primer Circuito en 2009 por violación del orden público y la cosa juzgada refleja de la sentencia de amparo que dejó ileso al acto de autoridad de *Pemex* de la rescisión administrativa y la ejecución de las fianzas por las penalidades convencionales. Lo anterior fue consecuencia de la sentencia del 23 de febrero de 2007 del Sexto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, el cual sobreseyó el amparo indirecto a la Demandante en contra del acto de rescisión administrativa por ser competente de manera exclusiva un Juez de Distrito en Materia Administrativa en concordancia con lo resuelto por la Segunda Sala de la Suprema Corte que se menciona líneas arriba.<sup>17</sup> El Tribunal Colegiado en el procedimiento de anulación señala:

“[Y]a que si bien es cierto hubo un convenio arbitral de someter al mismo todas las controversias que se suscitaran con motivo al contrato de obra pública y su convenio; también es cierto que la hoy recurrente como un ente público tenía la facultad de rescindir administrativamente dicho contrato en forma unilateral e imperativa, facultad que no fue renunciada ni era renunciable. De tal manera que al dictar la rescisión administrativa, tal acto de autoridad impedía al tribunal arbitral pronunciarse a ese respecto aun cuando lo hiciera de manera indirecta o paralela.”<sup>18</sup>

“... se actualiza la eficacia refleja de la cosa juzgada únicamente en cuanto a que las consideraciones que quedaron transcritas de las ejecutorias pronunciadas por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y por el Sexto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, se obtiene que la primera analizó la constitucionalidad de las normas antes citadas, siendo que de la ejecutoria relativa se desprende que se hizo referencia a que la rescisión administrativa emitida por la hoy recurrente, era un acto administrativo de autoridad, impugnabile ante los Tribunales de la

<sup>17</sup> Amparo en revisión 358/2010, Décimo Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, 25 de agosto de 2011, p. 15.

<sup>18</sup> *Id.* pp. 410-1.

Federación, al ser una cuestión que pertenecía a la jurisdicción contenciosa administrativa del orden federal, en específico a los Jueces de Distrito, en términos de la jurisprudencia de rubro: “CONTRATO DE OBRA PÚBLICA. LA COMPETENCIA PARA CONOCER DEL CONFLICTO SUSCITADO POR RESCISIÓN, PROVENIENTE DE UN ACTO ADMINISTRATIVO DE AUTORIDAD, CORRESPONDE A UN JUZGADO DE DISTRITO EN MATERIA ADMINISTRATIVA.”

“Por ello, sobre el aspecto de inconstitucionalidad resuelto por el Alto Tribunal, tiene eficacia refleja de cosa juzgada, en el presente asunto, ya que existe identidad de partes, y aun cuando la causa ahí justipreciada, no fue de forma directa el fondo de la rescisión administrativa, sino los preceptos en que se fundó, contravenían o no la Constitución Federal, el criterio que se refleja para orientar la presente resolución, es que no cabe duda que la rescisión administrativa es un acto autoritario que únicamente es impugnabile ante los Tribunales de la Federación y que al no haberse declarado la inconstitucionalidad de los preceptos impugnados, continúa firme esa rescisión hasta el momento en que se resuelve el presente recurso, pues no obra constancia en contrario.”

“Asimismo, la determinación adoptada por el Sexto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, tiene eficacia refleja de cosa juzgada en relación a lo determinado en el laudo arbitral, en razón de que se pronunció sobre la rescisión administrativa, mediante el análisis de temporalidad de su emisión, por lo que de forma indirecta, al haberse negado el amparo, también dejó firme la rescisión administrativa y que solo era modificable mediante el juicio ordinario administrativo federal seguido ante un Tribunal Federal, pues como se dijo con anterioridad, tal actuación en ejercicio de atribuciones legales de orden público, no puede ser modificada, anulada o revocada, por un tribunal establecido para resolver meros problemas que afectan intereses particulares.”<sup>19</sup>

“Por tanto, al haber quedado firme la rescisión administrativa hasta el momento que se resuelve el presente recurso, y que se trata de un acto de autoridad únicamente anulable, modificable o revocable por el procedimiento ordinario mencionado, ello incidía en que la resolutoria de amparo debió considerar que ni el tribunal arbitral ni el Juez de Distrito que conoció del incidente de nulidad de laudo arbitral, atendieron esa cuestión previo a

---

19 *Id.* pp. 452-55.

resolver el fondo del asunto que se les planteó, ya que estuvo en aptitud de justipreciar que la competencia y jurisdicción que se le otorgó, solo era para resolver cuestiones que involucraran intereses privados, ya que su constitución precisamente es de esta naturaleza, y que impedía juzgar un acto de autoridad por ser de naturaleza pública, por lo que al no ajustarse a lo que ha quedado expuesto, existió transgresión al orden público y en consecuencia, ese laudo es nulo, conforme al precepto 1457 del Código de Comercio.”<sup>20</sup>

“Así, al estar firme y válido hasta el momento que se resuelve el presente recurso, la rescisión administrativa y su sustento como fue el incumplimiento imputado a la contratista, esto impidió que esa circunstancia pudiese ser modificada, aun paralela o indirectamente como lo hizo el tribunal arbitral, lo que a su vez impedía que se pronunciara sobre el reclamo de diversas prestaciones relacionadas con el contrato, ya que como se dijo, al estar subsistente la rescisión, esa circunstancia resolvió cualquier obligación derivada del acuerdo de voluntades como hubiera sido algún incumplimiento previo o subsecuente, por lo que para reclamar alguna prestación derivada de eso, era o es condición necesaria que se revoque la rescisión y que inclusive en el procedimiento ordinario administrativo, se determine lo relativo a los trabajos que adujo la tercera perjudicada, no le fueron cubiertos, pero solo a través de la vía idónea para ello y no mediante el procedimiento arbitral, ya que no es dable dividir la continencia de la causa.”

“Luego al no haberlo considerado así la Juez del Distrito, son incorrectas sus afirmaciones sobre este tema, ya que sí existió eficacia refleja de cosa juzgada como lo afirmó la quejosa, únicamente en la medida que ha quedado expuesta, pues al haberse pronunciado el tribunal arbitral sobre las causas que dieron origen a la rescisión administrativa como fue el incumplimiento del contratista, así como sus consecuencias como eran el pago de las penalidades convencionales y demás prestaciones, ello trastocó la actual firmeza de ese acto; de ahí que al encontrar sustento esta institución procesal en los artículos 14° y 16° constitucionales, por reconocerse como un pilar fundamental del Estado mexicano la certeza y seguridad jurídicas, es evidente que se contravino la noción de orden público a que se contrae la fracción II, del artículo 1457, Código de Comercio.”<sup>21</sup>

---

20 *Id.* p. 457.

21 *Id.* p. 458.

La sentencia del Tribunal Colegiado que anula el laudo merece los siguientes comentarios: al quedar firme la rescisión administrativa y los demás actos de *iure imperii*, quedan válidas todas sus consecuencias con fundamento en la institución del contrato administrativo y las facultades exorbitantes del Estado que fueron confirmadas por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación como consecuencia de la demanda de amparo interpuesta por *Commisa*. Asimismo, quedó firme la presunción de la legalidad del acto de autoridad por no haber sido combatida en el juicio ordinario administrativo ante un Juez de Distrito en Materia Administrativa en su oportunidad.

Al establecer la Suprema Corte que la vía exclusiva para litigar el tema de rescisión administrativa era el juicio ordinario administrativo privó al contratista el derecho constitucional establecido en el artículo 17° de la Constitución a los medios alternativos de solución de controversias, ya que hace el derecho al arbitraje establecido en la legislación aplicable a *Pemex* irrisorio. Sin embargo, ese resultado era previsible al presentar *Commisa* su demanda de amparo e insistir que la rescisión administrativa sea considerada acto de autoridad. La situación hubiera sido diferente si *Commisa* no hubiera iniciado un juicio paralelo y el tema de la arbitrabilidad de rescisión administrativa se hubiera invocado por *Pemex* en la fase de ejecución. En ese caso no hubiera procedido el argumento de cosa juzgada por la falta de una decisión judicial anterior.

En consecuencia, a continuación pasamos a analizar el tema del reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros anulados bajo las convenciones de Nueva York y Panamá.

### III. Reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales internas que anulan laudos arbitrales bajo las Convenciones de Nueva York y Panamá

Desde los años noventa, las Cortes Federales estadounidenses han debatido sobre el tema omnipresente de la ejecución de los laudos arbitrales: específicamente, ¿qué hacer con los laudos que han sido anulados en su lugar de origen? Para responder a esta pregunta, primero se identificará los criterios relevantes para la anulación de laudos bajo la Convención de Nueva York. Luego, se analizará los estándares conforme a los cuales los laudos anulados pueden ser ejecutados en jurisdicciones extranjeras.

## A) El poder para anular laudos arbitrales bajo la Convención de Nueva York

Los tribunales estadounidenses han reconocido repetidamente la tensión inherente entre las jurisdicciones primarias y secundarias que intervienen en un laudo. Esto es, entre jurisdicciones bajo las cuales se emite un laudo y aquellas en las que un laudo es ejecutado seguidamente<sup>22</sup>. El Tribunal Federal del Segundo Distrito clarificó esta dicotomía en el caso *Yusuf*<sup>23</sup> en 1997:

“La Convención [de Nueva York] contempla específicamente que el Estado en el cual, o bajo la ley del cual, se emite un laudo, es libre para anular o modificar un laudo conforme a su derecho arbitral interno y su colección completa de fundamentos legales expresos e implícitos para remediar una situación. Ver Convención [de Nueva York], art. V(1)(e). Sin embargo, la Convención [de Nueva York] es igualmente clara que cuando una acción de ejecución es deducida en un Estado extranjero, el Estado puede rechazar la ejecución del laudo únicamente sobre la base de las causales establecidos en el Artículo V de la Convención [de Nueva York]”.

Dicho de otra manera, la jurisdicción primaria se refiere al derecho interno donde, o bajo el cual, se emite un laudo. La jurisdicción secundaria de un laudo, por otra parte, se refiere a la jurisdicción donde se busca la ejecución de dicho laudo. La decisión del caso *Yusuf* inequívocamente reconoció el poder de la jurisdicción primaria para anular un laudo basado en su derecho interno. Dicho poder está referido en el artículo V(1)(e) de la Convención, que señala:

“1. Solo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución:

(...)

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

22 Ver *Termorio S.A. E.S.P. v. Electranta S.P.*, 487 F.3d 928 (D.C. Cir. 2007).

23 Ver *Yusuf Ahmed Alghanim & Sons, W.L.L. v. Toys “R” Us, Inc.*, 126 F.3d 15, 23 (2d Cir. 1997).

Por ejemplo, el caso *Baker Marine*<sup>24</sup> de 1999 reconoció el poder de anulación de la jurisdicción primaria. Al rechazar la ejecución de un laudo que había sido anulado por las Cortes nigerianas (y decidida bajo el Derecho nigeriano), el Tribunal Federal del Segundo Circuito indicó: “no sería apropiado ejecutar un laudo arbitral bajo la Convención cuando tal laudo ha sido anulado por las Cortes nigerianas”.<sup>25</sup>

El derecho arbitral interno de los Estados Unidos surge de la Ley Federal de Arbitraje (en inglés, “FAA”). Así, cuando un laudo se emite en el territorio o bajo las leyes de los Estados Unidos, una parte puede basarse en cualquiera de las causales explícitas o implícitas de la FAA para solicitar su anulación. Esto es precisamente lo que sostuvo el tribunal en el caso *Yusuf*:

“Leemos el Artículo V(1)(e) de la Convención [de Nueva York] como que permite a un tribunal en el país bajo cuya ley se condujo el arbitraje a aplicar su derecho arbitral interno, en este caso la FAA, a una moción para anular o dejar sin efecto un laudo arbitral”.<sup>26</sup>

## **B) El poder para rechazar la ejecución de un laudo arbitral extranjero**

Una Corte Federal estadounidense puede rechazar la ejecución de un laudo extranjero únicamente sobre la base de siete causales listadas en el artículo V. Por un lado, las Cortes estadounidenses puede ejecutar laudos extranjeros que han sido anulados en su lugar de origen únicamente en un caso específico: cuando la decisión de anulación contraviene el orden público de los Estados Unidos (*U.S. public policy*).

En los primeros casos decididos por las Cortes estadounidenses, existió un gran debate sobre las diferencias semánticas entre los artículos V y VII de la Convención. Mientras el primero utiliza las palabras ‘se podrá’ (en inglés, ‘*may*’), el segundo usa las palabras ‘no afectarán’ (en inglés, ‘*shall*’); en consecuencia, el artículo V fue considerado habitualmente como que establecía un estándar permisivo.

A fin de entender mejor esta distinción, la siguiente sub-sección identificará primeramente los párrafos relevantes de los artículos V y VII y luego discutirá los precedentes judiciales que se han pronunciado sobre esta materia.

24 *Ver Baker Marine (Nig.) Ltd. v. Chevron (Nig.) Ltd.*, 191 F.3d 194 (2d Cir. 1999).

25 *Baker Marine*, 191 F.3d p. 196.

26 *Ver Yusuf Ahmed Alghanim & Sons, W.L.L. v. Toys “R” Us, Inc.*, 126 F.3d 15, 29 (2d Cir. 1997).

El artículo V(1) indica:

“1. Solo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución:

- a) Que las partes en el acuerdo a que se refiere el artículo II estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que les es aplicable o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia; o
- b) Que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa; o
- c) Que la sentencia se refiere a una diferencia no prevista en el compromiso o no comprendida en las disposiciones de la cláusula compromisoria, o contiene decisiones que exceden de los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria; no obstante, si las disposiciones de la sentencia que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no han sido sometidas al arbitraje, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras; o
- d) Que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado a la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje; o
- e) Que la sentencia no es aún obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia”.

El artículo V(2) indica:

“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; o
- b) Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país”.

En contraste, el artículo VII(1) de la Convención de Nueva York alude al carácter internacional de los procedimientos arbitrales. Indica:

1. Las disposiciones de la presente Convención *no afectarán* la validez de los acuerdos multilaterales o bilaterales relativos al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales concertados por los Estados Contratantes ni privarán a ninguna de las partes interesadas de cualquier derecho que pudiera tener a hacer valer una sentencia arbitral en la forma y medida admitidas por la legislación o los tratados del país donde dicha sentencia se invoque.

Este conflicto entre las palabras ‘se podrá’ (en inglés, ‘*may*’) del artículo V, y ‘no afectarán’ (en inglés, ‘*shall*’) del artículo VII crearon una gran confusión en los primeros casos de ejecución de laudos bajo la Convención de Nueva York. Este dilema de ejecución llegó por primera vez a las Cortes Federales del Circuito en el año 1996 a través del caso *Chromalloy*<sup>27</sup>. Un tribunal en El Cairo, Egipto, había otorgado a una compañía estadounidense, *Chromalloy Aeroservices Inc.*, más de US\$18 millones en una disputa en contra de la República de Egipto. *Chromalloy* solicitó la ejecución de este laudo en los Estados Unidos, pero antes de que se emitiera una decisión en los Estados Unidos, la Corte de Apelaciones de El Cairo anuló el laudo sobre la base de que los árbitros habían aplicado indebidamente el Derecho egipcio privado<sup>28</sup>. La Corte Federal a pesar de eso ordenó la ejecución del laudo. Demarcando la tensión entre el artículo V(2) y el artículo VII, la Corte explicó:

“Mientras que el Art. V contempla un estándar discrecional, el Art. VII de la Convención [de Nueva York] requiere que, “Las disposiciones de la presente Convención no ... privarán a ninguna de las partes interesadas de cualquier derecho que pudiera tener a hacer valer una sentencia arbitral en la forma y medida admitidas por la legislación o los tratados del país donde dicha sentencia se invoque.” 9 U.S.C. Sect. 201 nota. Dicho de otro modo, bajo la Convención, *Chromalloy* mantiene todos los derechos a la ejecución de este Laudo Arbitral que hubiera tenido en ausencia de la Convención. Como resultado, la Corte estima que, si la Convención no existiera, la Ley Federal de Arbitraje otorgaría a *Chromalloy* el derecho legítimo para reclamar la ejecución de este laudo arbitral.”

27 Ver *Matter of Arbitration Between Chromalloy Aeroservices, a Div. of Chromalloy Gas Turbine Corp. & Arab Republic of Egypt*, 939 F. Supp. 907 (D.D.C. 1996).

28 Cairo Court of Appeal, December 5, 1995, 25 Y.B. COM. ARB. 265-68 (1999).

La Corte se refirió al acuerdo arbitral de las partes, que decía: “La decisión de dicha Corte será final y obligatoria y no puede ser objeto de ninguna apelación u otro recurso”. Como consecuencia, la Corte Federal sostuvo que la decisión de la Corte de Apelaciones de El Cairo contradecía el orden público estadounidense, que favorece los arbitrajes finales y obligatorios. La Corte Federal explicó:

“Ninguna nación se encuentra bajo una obligación implacable de ejecutar intereses extranjeros que son fundamentalmente perjudiciales a aquellos del foro nacional”. *Laker Airways Ltd. V. Savena, Belgian World Airlines*, 731 F.2d 909, 937 (D.C. Cir. 1984).

En suma, *Chromalloy* se fundamenta sobre la idea de que una parte puede solicitar la ejecución de un laudo extranjero bajo el derecho arbitral nacional, esto es, la FAA. Esta posición, sin embargo, ha sido ampliamente abandonada. Los casos que siguieron esta decisión se han alejado de la teoría de *Chromalloy* y han rechazado la importancia del orden público estadounidense al momento de considerar la ejecución de laudos anulados.

En efecto, en 1999, el Tribunal Federal del Segundo Circuito comenzó a erosionar la teoría *Chromalloy* cuando emitió la decisión *Baker Marine*<sup>29</sup>. *Baker Marine* obtuvo dos laudos, uno por US\$2.23 millones y otro por US\$750.000, en contra de *Danos* y *Chevron*, respectivamente. Nigeria fue la sede del arbitraje, de manera que *Baker Marine* naturalmente buscó la ejecución de los laudos en ese país. La Corte nigeriana anuló ambos laudos sobre la base de que las pruebas aportadas en el expediente no fundamentaban las conclusiones del tribunal, y que el tribunal había otorgado incorrectamente daños punitivos. *Baker Marine* entonces solicitó la ejecución de los laudos en la Corte Federal del Distrito Norte de Nueva York. Esta Corte rechazó autorizar la ejecución de los laudos por cuanto “no sería apropiado ejecutar un laudo arbitral extranjero bajo la Convención cuando dicho laudo ha sido anulado por las Cortes nigerianas”. En apelación, *Baker Marine* invocó el artículo VII de la Convención, tal como había sucedido en el caso *Chromalloy*. Revisando la decisión de la Corte distrital en apelación, del Tribunal Federal del Segundo Circuito rechazó los argumentos de *Baker Marine* y enterró toda ambigüedad que quedaba con relación al artículo VII y la FAA. La Corte explicó:

“Nada sugiere que las partes tuvieron la intención de que el derecho arbitral interno estadounidense gobernara sus disputas. El propósito esencial de

---

29 *Ver Baker Marine (Nig.) Ltd. v. Chevron (Nig.) Ltd.*, 191 F.3d 194 (2d Cir. 1999).

la FAA es asegurar que los acuerdos arbitrales privados sean ejecutados conforme con sus términos”.

Curiosamente, la Corte del caso *Baker Marine* hizo distinciones con el caso *Chromalloy*. Explicó la Corte: “La Corte distrital [en el caso *Chromalloy*] concluyó que Egipto estaba buscando ‘repudiar su promesa solemne de acatar los resultados del arbitraje’, y que el reconocer la decisión egipcia [de anulación] sería contrario a la política de los Estados Unidos que favorece el arbitraje”<sup>30</sup>. Por otro lado, en *Baker Marine*, donde las consideraciones de orden público estadounidense no estuvieron en juego, el Tribunal Federal del Segundo Circuito determinó que el derecho arbitral interno carecía de todo rol en la determinación de si el laudo debería ser ejecutado.

Una vez más, en 1999, la Corte Distrital del Distrito Sur de Nueva York debió decidir un caso en que se le solicitaba interpretar la relación entre la FAA y la Convención de Nueva York<sup>31</sup>. El señor Spier, un ciudadano estadounidense, había recibido un laudo por mil millones de liras en Italia, que había sido seguidamente anulado por la Corte Suprema de Casación italiana. El señor Spier, sin embargo, solicitó la ejecución del laudo ante la Corte Distrital de Nueva York, que estuvo de acuerdo con la anulación basada en que la FAA era completamente inaplicable. Después de todo, esta fue una decisión emitida por un tribunal italiano en Italia. La ejecución de este laudo extranjero estaba *exclusivamente* regulada por el artículo V(1)(e) de la Convención por dos razones: (1) no existía ninguna clase de consideración de orden público estadounidense en el caso, contrariamente a lo que sucedió en el caso *Chromalloy*; y (2) el artículo V(1)(e) de la Convención de Nueva York regula la ejecución de laudos que son anulados en su lugar de origen.

La Corte en el caso *Spier* hizo una distinción adicional con la decisión en el caso *Chromalloy* basada en los mismos argumentos de la Corte que decidió el caso *Baker Marine*. La Corte en el caso *Spier* explicó:

“Pero leo esta nota de pie de página en el caso *Baker Marine* para identificar como una circunstancia decisiva el repudio efectuado por Egipto de su promesa contractual de no apelar un laudo arbitral. Solo dicha circunstancia es individualizada como violatoria del orden público estadounidense articulado

30 *Baker Marine* (Nig.) Ltd. v. *Chevron* (Nig.) Ltd., 191 F.3d 194, 197 (2d Cir. 1999).

31 En *Spier v. Calzaturificio Tecnica, S.p.A.*, 71 F. Supp. 2d 279 (S.D.N.Y. 1999).

en la FAA, lo que por lo tanto justifica la ejecución del laudo egipcio por la corte distrital”.<sup>32</sup>

La decisión *Spier* inauguró una nueva etapa para la ejecución de laudos arbitrales anulados en los Estados Unidos. La decisión implicó una clara progresión desde la posición establecida en el caso *Chromalloy*, bajo la cual los laudos extranjeros anulados podían ser anulados simplemente cuando la decisión contravenía el orden público estadounidense. La decisión *Spier* sin embargo no definió claramente el estándar bajo el cual los laudos anulados podrían ser dejados sin efecto en los Estados Unidos. En este contexto, y con el incremento de solicitudes de ejecución para laudos arbitrales extranjeros/internacionales, la decisión en el caso *Termorio* pavimentó el camino a los tribunales estadounidenses que debían emitir decisiones sobre ejecución, al dar un fundamento claro para los casos futuros.

En efecto, en 2007, la Corte Federal del Distrito de Columbia finalmente alzó y definió la barra con relación a argumentos fundados en orden público. En el caso *Termorio*<sup>33</sup>, dicha Corte sostuvo que “Toma mucho más que una mera aserción de que la decisión de un Estado primario ‘ofende el orden público de’ un Estado secundario para derrotar una defensa basada en el artículo V(1)(e)”<sup>34</sup>. La Corte del Distrito de Columbia explicó que dicha Corte podría permitirse ignorar una anulación extranjera cuando la parte demuestra que la decisión de anulación violó el orden público estadounidense. Esto ocurriría únicamente cuando la decisión de anulación era “repugnante a las nociones fundamentales de lo que es decente y justo en el Estado donde se solicita la ejecución”<sup>35</sup>. Esta sería la situación, por ejemplo, en que la decisión “tiende claramente a erosionar el interés público, la confianza pública en la administración del derecho, o la seguridad de los derechos individuales de libertad personal o propiedad privada”<sup>36</sup>.

Este breve análisis sobre la ejecución de laudos arbitrales anulados en la jurisdicción de origen muestra cómo ha cambiado la actitud de los tribunales estadounidenses sobre el curso de una década. Luego de haber claramente abandonado la doctrina del caso *Chromalloy* y adoptado el estándar del caso *Termorio*, las Cortes Federales estadounidenses están actualmente más dispuestas a dejar sin efecto laudos extranjeros que han sido anulados en sus jurisdicciones primarias. Esta tendencia actual, sin embargo, es morigerada por la deferencia

32 *Spier v. Calzaturificio Tecnica, S.p.A.*, 71 F. Supp. 2d 279, 287 (S.D.N.Y. 1999).

33 *Termorio S.A. E.S.P. v. Electranta S.P.*, 487 F.3d 928 (D.C. Cir. 2007).

34 *Termorio*, 487 F.3d p. 937.

35 *Termorio*, 487 F.3d p. 938.

36 *Termorio*, 487 F.3d p. 938

que las Cortes Federales distritales demuestran hacia el orden público estadounidense. Un laudo arbitral anulado puede aún ser ejecutado ante una Corte estadounidense si un juez encuentra que la decisión de dejar sin efecto el laudo fue adoptada en contravención al orden público estadounidense. De esta manera, entonces, la decisión del caso *Commisa* viene a unirse al siempre creciente cuerpo jurisprudencial que sin duda continuará distanciándose de la posición del caso *Chromalloy*, para asentarse cada vez más en el estándar del caso *Termorio*.

## IV. *Commisa* en las Cortes Estadounidenses

### A) La primera acción de Nueva York: el laudo es confirmado

En enero de 2010, *Commisa* solicitó a la Corte Distrital del Distrito Sur de Nueva York (la “S.D.N.Y.”) confirmar el laudo arbitral de 2009 (el “Laudo”). PEP se opuso a la solicitud de ejecución presentada por *Commisa*, solicitando a la Corte ordenar la suspensión del caso mientras la resolución de sus esfuerzos de nulidad estaban pendientes en México. El 2 de noviembre de 2010, el Juez distrital Hellerstein confirmó el laudo y *Commisa* comenzó a tomar medidas para ejecutar dicha decisión.

PEP apeló la decisión referida ante la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito, en donde logró una solicitud de emergencia de suspensión de la ejecución mientras estuviera pendiente su apelación.<sup>37</sup> Luego de la decisión de anulación emitida en agosto de 2011 por la Corte mexicana, PEP solicitó al Segundo Circuito reenviar el caso a S.D.N.Y. El Segundo Circuito aceptó la solicitud de PEP en febrero de 2012, y el caso fue reenviado al S.D.N.Y. para que “analizara en una primera instancia si es que la ejecución del laudo debía ser rechazada por cuanto ‘había sido dejada sin efecto o suspendida por una autoridad competente del país en el cual o bajo la ley del cual se había otorgado el laudo’”.<sup>38</sup>

37 Aún cuando el Segundo Circuito denegó la solicitud de suspensión de PEP, las partes lograron un acuerdo para suspender la ejecución luego que PEP depositara US\$395.009.641,34 en una cuenta mantenida en una cuenta de la Corte.

38 Mandate of the U.S. Court of Appeals for the Second Circuit p. 2, Corporación Mexicana de Mantenimiento Integral, S. de R.L. de C.V. v. Pemex-Exploración y Producción, U.S.C.A. Case No. 10-4656-cv (2d Cir. Mar. 8, 2012).

## B) Segundo round ante la S.D.N.Y.: El laudo ICC es aprobado

El 27 de agosto de 2013, el Juez Hellerstein del S.D.N.Y. aceptó la petición de *Commisa* para la ejecución del laudo, y a su vez rechazó deferir la anulación decretada por la Corte mexicana<sup>39</sup>. Citando el hecho de que la Corte mexicana fundamentó su decisión en una ley que aplicó retroactivamente, y fundada en la ausencia de foros alternativos ante los cuales *Commisa* pudiera presentar sus reclamos, la S.D.N.Y. estimó que la decisión mexicana había violado “nociones básicas de justicia”<sup>40</sup>.

Tanto la Convención de Nueva York como la Convención de Panamá reconocen en prácticamente un lenguaje idéntico, que un tribunal puede rechazar la ejecución de un laudo arbitral que ha sido debidamente anulado en el lugar sede del arbitraje. El texto no especifica si o en qué circunstancias un tribunal puede elegir confirmar dicho laudo. El artículo V(1)(e) de la Convención de Panamá, que gobierna la ejecución del laudo en el caso *Commisa*, señala:

“Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a solicitud de la parte contra la cual es invocada, si ésta prueba ante la autoridad competente del Estado en que se pide el reconocimiento y la ejecución... [q]ue la sentencia no sea aún obligatoria para las partes o haya sido anulada o suspendida por una autoridad competente del Estado en que, o conforme a cuya ley, haya sido dictada esa sentencia”.<sup>41</sup>

El S.D.N.Y. interpretó el lenguaje permisivo del artículo V(1)(e) [“se podrá denegar”] en el sentido que le otorgaba discreción para confirmar un laudo arbitral que había sido debidamente anulado por un tribunal extranjero cuando la decisión subyacente es “repugnante a las nociones fundamentales de lo que es decente y justo en los Estados Unidos”<sup>42</sup>. Al ejercitar su discreción, la S.D.N.Y. en el caso *Commisa* se apartó de la amplia mayoría de las Cortes estadounidenses que han revisado solicitudes bajo las convenciones de Nueva York o Panamá para

39 Corporación Mexicana de Mantenimiento Integral, S. de R.L. de C.V. v. Pemex-Exploración y Producción, 962 F. Supp. 2d 642 (S.D.N.Y. 2013) [en lo sucesivo COMMISA]. PEP apeló esta decisión ante la Segunda Corte de Apelaciones de Circuito. Hasta que el Segundo Circuito decida esta apelación en lo que queda de este año, la decisión del S.D.N.Y. en COMMISA permanece como el derecho válido dentro del Circuito.

40 COMMISA, 962 F. Supp. 2d p. 661.

41 En inglés, el texto relevante dice “*The recognition and execution of the decision may be refused.*” Ver Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, art. 5, para. 1(e), 13 de enero de 1975, 1438 U.N.T.S. 245; O.A.S.T.S. No. 42; 14 I.L.M. 336.

42 COMMISA, 962 F.Supp. 2d p. 657 (citando Termorio S.A. E.S.P. v. Electranta S.P., 487 F.3d 928, 939 (D.C. Cir. 2007)).

rechazar la ejecución de laudos arbitrales que han sido debidamente anulados.<sup>43</sup> Bien sea debido a un entendimiento de que las Cortes carecen de discreción para confirmar un laudo anulado del tipo contemplado en el artículo V(1)(e) de las convenciones de Nueva York o Panamá, o debido a que los hechos del caso particular no meritaban confirmación, la mayoría de las Cortes han invocado el principio de cortesía internacional (*international comity*) y defirieron a las decisiones de anulación dictadas por tribunales extranjeros<sup>44</sup>.

Para determinar si la decisión de anulación de la Corte mexicana se conformó a las nociones “básicas” o “fundamentales” de justicia, el S.D.N.Y. revisó el proceso legal que resultó en la anulación del laudo, enfocándose principalmente en dos puntos: (i) si la Corte mexicana aplicó retroactivamente leyes para llegar a su decisión; y (ii) el efecto de la decisión de anulación en *Commisa*. Tanto PEP como *Commisa* entregaron a la S.D.N.Y. resúmenes de los procedimientos legales mexicanos apoyados por prueba documental y peritos legales mexicanos.<sup>45</sup> En su decisión, el juez distrital insistió que él no estaba “ni decidiendo, ni revisando el Derecho mexicano”.<sup>46</sup> Por el contrario, él basó su decisión “no sobre la base del mérito sustantivo de una ley mexicana específica, sino en su aplicación a eventos que ocurrieron antes de la adopción de dicha ley”.<sup>47</sup>

### ***1. La decisión mexicana de anulación se basó en la aplicación retroactiva del artículo 98°***

La ley que recibió el mayor nivel de estudio por parte del juez distrital, y cuya supuesta aplicación demostró ser el punto más irritante para dicho juez, fue el artículo 98° de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, del 2009,<sup>48</sup> que no estaba en vigor al momento en que las partes suscribieron su contrato<sup>49</sup>. La Corte mexicana hizo una referencia extensa a esta ley en

43 Ver, e.g., *Baker Marine, Ltd. v. Chevron, Ltd.*, 191 F.3d 194 (2d Cir. 1999); *Termorio S.A. E.S.P. v. Electranta S.P.*, 487 F.3d 928, 936 (D.C. Cir. 2007).

44 Debe mencionarse que el artículo V(1)(e) únicamente cubre acciones de anulación emitidas por una autoridad “competente”, usualmente una corte de jurisdicción apropiada ubicada en la sede del arbitraje. Las cortes estadounidenses normalmente no prestan deferencia a decisiones de anulación emitidas por cortes que carecen de jurisdicción en un asunto determinado.

45 El juez sostuvo una audiencia de tres días en la cual escuchó el testimonio ofrecido por el Dr. Claus Werner von Wobeser Hoepfner en representación de *COMMISA* y de Roberto Hernández-García a nombre de PEP.

46 *COMMISA*, 962 F.Supp. 2d p. 661.

47 *COMMISA*, 962 F. Supp. 2d p.661

48 Esta ley establece que las disputas relativas a rescisiones administrativas no son arbitrables. Ver la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas art. 98, Diario Oficial de la Federación [DO], 28 de mayo de 2009 (Méx.), disponible en [http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3\\_mex\\_anexo29.pdf](http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_mex_anexo29.pdf)

49 Las partes contrataron en 1997 y 2003. Ver *COMMISA*, 962 F. Supp. 2d pp. 644-45.

su decisión de anulación, aun cuando sostuvo que estaba utilizando el artículo 98° únicamente como un “principio guía”.<sup>50</sup> La S.D.N.Y. no quedó satisfecha con esta explicación y concluyó que la Ley del 2009 tuvo un rol esencial para la decisión de la Corte mexicana.

Además del artículo 98°, la Corte mexicana sostuvo que se basó en una decisión de la Suprema Corte mexicana del año 1994, en la cual dicha Corte estableció que las rescisiones administrativas constituían actos de autoridad.<sup>51</sup> Sin embargo, debido a que la decisión de 1994 no mencionó el arbitraje, la S.D.N.Y. sostuvo que dicha decisión era insuficiente para poner a *Commisa* en aviso de temas que afectaban la ejecución de su acuerdo de arbitraje.<sup>52</sup> Lo que la S.D.N.Y. omite señalar es que la inarbitrabilidad de la rescisión administrativa fue provocada por el juicio paralelo de *Commisa* que culminó con la sentencia de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de México, que declaró constitucional la rescisión administrativa como acto de autoridad unilateral sujeto a la competencia exclusiva de los tribunales administrativos, lo que a su vez causó la excepción de la arbitrabilidad de la terminación y rescisión administrativa en las reformas de 2009 antes mencionadas.

Ante la inexistencia, de acuerdo con la S.D.N.Y., de ninguna ley que pusiera a *Commisa* en aviso de que sus reclamos no eran arbitrables, la S.D.N.Y. concluyó que *Commisa* sufrió un perjuicio injusto cuando por primera vez tomó conocimiento varios años luego de iniciados los procedimientos de arbitraje, de que el litigio judicial era el único medio disponible para perseguir sus reclamos.<sup>53</sup> La Corte sostuvo que cuando *Commisa* comenzó sus procedimientos arbitrales en el 2004, tuvo una expectativa razonable de que sus disputas con PEP serían arbitrables.<sup>54</sup> *Commisa* había demostrado que sus contratos con PEP, así como la Ley Orgánica de PEP, que regula las operaciones de PEP como la instrumentalidad mexicana, y las normas del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (“TLCAN”) contemplaban la posibilidad de arbitraje. La S.D.N.Y. decidió que se trataba de una violación flagrante del orden público estadounidense y una ofensa inherente a los principios universales de justicia el hecho de que la Corte mexicana fundamentó su decisión en la aplicación retroactiva de una ley para

50 *COMMISA*, 962 F. Supp. 2d p. 650.

51 *COMMISA*, 962 F. Supp. 2d pp. 650, 658-59.

52 *COMMISA*, 962 F. Supp. 2d pp. 659, 661.

53 La Corte también sostuvo que PEP había esperado indebidamente hasta octubre de 2007 para alegar que el acuerdo de arbitraje era inválido por razones de orden público, y de hecho, careció de fundamento legal en estas argumentaciones hasta el 2009, fecha en que el artículo 98° fue promulgado. Ver *COMMISA*, 962 F. Supp. 2d pp. 647, 658.

54 *COMMISA*, 962 F. Supp. 2d p. 661.

dejar sin efecto un laudo emitido a favor de una entidad privada, en este caso para beneficiar una entidad gubernamental.<sup>55</sup> Lo que omite considerar S.D.N.Y. es que al solicitar *Commisa* que la rescisión administrativa se considerara como acto de *iure imperii* el 23 de diciembre de 2004, era previsible que se volviera inarbitrable la misma por el riesgo sistémico del contrato administrativo arriba mencionado.

## 2. *Una aceptación de la decisión de anulación mexicana no dejaría ningún recurso a Commisa*

El segundo tema que la S.D.N.Y. exploró en su opinión fue el significado y efecto de la anulación mexicana sobre *Commisa*. En el intervalo entre el comienzo de los procedimientos arbitrales y la anulación del laudo por la Corte mexicana, tuvieron lugar eventos significativos y radicales en el Derecho mexicano relativos a la regulación de las rescisiones administrativas. El artículo 14 (VII) de la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa de 2007<sup>56</sup>, otorgó jurisdicción al Tribunal Fiscal y Administrativo para decidir casos que involucraran obras públicas y entidades mexicanas estatales<sup>57</sup>. Igualmente, en el 2010, la Suprema Corte mexicana sostuvo que el Tribunal Fiscal y Administrativo poseía jurisdicción exclusiva para decidir disputas que surgieran de rescisiones administrativas. En esencia, estas reformas, aplicadas retroactivamente, limitaron a *Commisa* a un tribunal exclusivamente para litigar sus reclamos surgidos de la rescisión administrativa de PEP.

Luego de la anulación del laudo, *Commisa* dedujo sus reclamos ante el Tribunal Fiscal y Administrativo. En el 2012, dicho tribunal rechazó todos los reclamos de *Commisa*, estableciendo que el plazo de prescripción de diez años aplicable al incumplimiento de reclamos contractuales ante los tribunales mexicanos era inaplicable por cuanto el Tribunal Fiscal y Administrativo poseía un plazo de prescripción de cuarenta y cinco días<sup>58</sup>. Además, el tribunal argumentó que los reclamos de *Commisa* estaban prohibidos debido a la *res judicata*, ya que dos tribunales habían decidido con anterioridad que las rescisiones administrativas

55 *COMMISA*, 962 F. Supp. 2d p. 659.

56 Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa art. 14(VII), Diario Oficial de la Federación [DO], 3 de junio de 2011 (Méx.), disponible en: [www.sep.gob.mx/work/models/sep1/Resource/f74e29b1-4965-4454-b31a-9575a302e5dd/ley\\_organica\\_trib\\_fed\\_just\\_fis\\_admva.htm](http://www.sep.gob.mx/work/models/sep1/Resource/f74e29b1-4965-4454-b31a-9575a302e5dd/ley_organica_trib_fed_just_fis_admva.htm)

57 Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administración art. 14 (VII); *COMMISA*, 962 F. Supp. 2d pp. 647-48.

58 Según la Corte, el plazo de prescripción de 45 días había largamente expirado, por cuanto comenzó a correr cuando PEP decretó su rescisión administrativa el 14 de diciembre del 2006.

fueron legales, y que PEP había emitido su rescisión de manera apropiada. Tales decisiones se refirieron a la constitucionalidad de las rescisiones administrativas en general, a la oportunidad de la rescisión de PEP, y a si PEP había cumplido con las leyes aplicables a la rescisión administrativa; las decisiones no analizaron los méritos de los reclamos de *Commisa* en contra de PEP.<sup>59</sup> Agravando la situación, una de las decisiones determinó que como la rescisión de PEP fue decretada dentro del plazo y conforme a la ley, *Commisa* debía pagar daños a PEP<sup>60</sup>.

Basado en tales circunstancias, el Juez Hellerstein de S.D.N.Y. concluyó que el rechazo de la ejecución del laudo dejaría efectivamente a *Commisa* sin un remedio legal.<sup>61</sup> Uno de los peritos de PEP argumentó que *Commisa* tenía un remedio ante los tribunales mexicanos por cuanto podía reclamar en contra de la decisión de la Corte Administrativa que rechazó sus reclamos.<sup>62</sup> Este testimonio no convenció a la S.D.N.Y., en particular, por cuanto cualquier decisión que forzara a *Commisa* a continuar agresivamente sus litigios en México agregaría una “demora indebida y no razonable a un caso que ha demorado [ya] más de diez años”.<sup>63</sup>

### 3. *Precedentes legales permiten la confirmación de los laudos anulados en circunstancias limitadas*

Mientras esta no es la primera vez que las Cortes estadounidenses han debido enfrentarse con una solicitud para confirmar un laudo que ha sido anulado en el sitio del arbitraje, la decisión de la S.D.N.Y. en el caso *Commisa* representa solo la segunda oportunidad en que una Corte ha aprobado dicha solicitud. Esta no es una estadística sorprendente. La mayoría de los autores están de acuerdo en que los tribunales extranjeros no deberían confirmar laudos arbitrales que

59 El contrato permitía a PEP rescindir administrativamente el contrato bajo circunstancias específicas. Debido a que las cortes únicamente deciden sobre los puntos de oportunidad y cumplimiento con la legislación sobre rescisión administrativa, *COMMISA* no pudo argumentar que PEP carecía de derecho a decretar la rescisión conforme al contrato.

60 *COMMISA*, 962 F. Supp. 2d p. 660.

61 *COMMISA*, 962 F. Supp. 2d pp. 644, 659.

62 El experto señaló que el hecho que el Tribunal Administrativo se apoyara en el artículo 14 (VII) de 2007 fue equivocado por cuanto dicho artículo estaba orientado hacia el futuro y la Constitución mexicana prohíbe la aplicación retroactiva de las leyes. *Id.* p. 660 n.24.

63 *COMMISA*, 962 F. Supp. 2d 660 n.24

han sido anulados por una autoridad competente,<sup>64</sup> y las Cortes estadounidenses están generalmente de acuerdo.<sup>65</sup>

Una excepción bien conocida es la del caso *Chromalloy Aeroservices*,<sup>66</sup> ya revisada anteriormente en este artículo. La decisión *Chromalloy* ha sido objeto de fuertes críticas por cuanto la Corte del Distrito de Columbia citó el artículo VII de la Convención de Nueva York para justificar la validez de la decisión de un tribunal extranjero que anuló un laudo arbitral, basada en los estándares para anular laudos domésticos bajo la FAA<sup>67</sup>. En ampliamente aceptado en todos los sistemas legales que un laudo arbitral puede ser anulado únicamente por un tribunal competente basado en el sitio del arbitraje<sup>68</sup>. Solo el derecho sustantivo del sitio del arbitraje debería ser aplicado para determinar si un laudo debería ser anulado. Sin reconocerlo, la Corte en el caso *Chromalloy* desconoció este principio. El tribunal egipcio dejó sin efecto el laudo como inapropiado basado en la aplicación errónea del Derecho egipcio por parte del tribunal arbitral<sup>69</sup>. Sin embargo, debido a que bajo la FAA el error o una aplicación errónea de la ley son bases insuficientes para rechazar la ejecución de un laudo doméstico, la Corte del Distrito de Columbia sostuvo que el laudo egipcio era válido y que la decisión de anulación del tribunal extranjero no tenía derecho a gozar de efecto *res judicata* en los Estados Unidos<sup>70</sup>.

Como también se indicó anteriormente en este artículo, la Corte en el caso *Chromalloy* justificó igualmente su rechazo a otorgar deferencia al tribunal egipcio basada en fuertes consideraciones de orden público estadounidense a favor de un arbitraje final y obligatorio<sup>71</sup>. Debido a que la cláusula arbitral contractual

64 Albert Jan van den Berg, 'When Is an Arbitral Award Nondomestic Under the New York Convention of 1958?', (1985) 6 *PAGE L. REV.* 25, p. 41-42; W. Michael Reisman, *Systems of Control in International Adjudication and Arbitration: Breakdown and Repair* (1992) p. 115-16 (1992); ver también Gary Born, *International Arbitration: Cases and Materials*, (2011) p. 1118-23 (mencionando la legislación aplicable).

65 Ver, e.g., *Termorio*, 487 F.3d p. 936 ("[U]n laudo arbitral no existe para ser ejecutado en otros Estados Contratantes si ha sido legítimamente 'dejado sin efecto' por la autoridad competente en el Estado en que el laudo fue hecho").

66 939 F. Supp. 907 (D.D.C. 1996) [en lo sucesivo *Chromalloy*].

67 El Juez Green de D.D.C. explicó que, además de evaluar un laudo arbitral extranjero conforme al artículo V de la Convención de Nueva York, el artículo VII de la Convención requiere que una corte considere los reclamos de las partes que solicitan la ejecución bajo el derecho interno aplicable. El artículo VII de la Convención establece que una parte interesada puede valerse de todos los derechos "que pudiera tener a hacer valer una sentencia arbitral en la forma y medida admitidas por la legislación o los tratados del país donde dicha sentencia se invoque". En consecuencia, la D.D.C. evaluó el laudo bajo el Capítulo 1 de la FAA, que trata de los laudos arbitrales domésticos, además del Capítulo 2 de la FAA, que gobierna los laudos extranjeros. *Id.* pp. 909-10.

68 *COMMISA*, 939 F. Supp. p. 643.

69 La Corte de Apelaciones egipcia encontró que era inapropiado que el tribunal aplicó el derecho civil en lugar del derecho administrativo.

70 *Chromalloy*, 939 F. Supp. p. 911.

71 *Chromalloy*, 939 F. Supp. p. 913.

contemplaba que todos los laudos arbitrales serían finales, obligatorios, e inapelables, la Corte del Distrito de Columbia sostuvo que los tribunales egipcios carecían de jurisdicción sobre el caso<sup>72</sup>.

A pesar del estándar discrecional establecido en *Chromalloy*, decisiones posteriores han traído resultados diversos. En *Baker Marine, Ltd. v. Chevron, Ltd.*<sup>73</sup>, el Segundo Circuito no siguió la decisión *Chromalloy*, pero se contuvo de desacreditar el razonamiento de la Corte del Distrito de Columbia en el caso<sup>74</sup>.

De manera similar, en el caso *Termorio S.A. E.S.P. v. Electranta S.P.*, la Corte del Distrito de Columbia decidió no ejecutar la anulación del laudo arbitral bajo la Convención de Panamá basada en que no existía ningún antecedente en el expediente que indicara que los procedimientos de anulación colombianos estuvieran “contaminados o que la decisión de esa Corte no fuera auténtica”<sup>75</sup>. La Corte igualmente indicó que en ausencia de circunstancias extraordinarias, las Cortes distritales no deberían ejercer el estándar discrecional de *Chromalloy* con respecto a la anulación de un laudo por una autoridad competente extranjera<sup>76</sup>.

En definitiva, al interpretar *Chromalloy*, *Baker Marine* y *Termorio*, el Juez Hellerstein en *Commisa* estableció que una Corte puede confirmar un laudo arbitral cuando la anulación dispuesta por un tribunal extranjero contradice el orden público estadounidense.

A menos que el Segundo Circuito revierta la decisión del Juez Hellerstein, el caso *Commisa* permanecerá como un caso prominente que delinea los tipos de circunstancias que justifican la ejecución de laudos anulados. Basados en el caso *Commisa*, podemos inferir que incluso luego de haber sido anulado por la autoridad competente en el Estado primario, un laudo arbitral extranjero puede ser ejecutado ante el S.D.N.Y. cuando:

72 La única postura fáctica de *Chromalloy* puede explicar su estatus como un Llanero Solitario. Por ejemplo, en *Spier v. Calzaturificio Tecnica, S.p.A.*, 71 F. Supp. 2d 279 (S.D.N.Y. 1999), el Distrito Sur de Nueva York reconoció una sentencia emitida por la corte italiana de mayor rango, esto es, la Corte Suprema de Casación italiana, que dejó sin efecto un laudo arbitral emitido a favor de un ciudadano estadounidense en contra de una compañía italiana, razonando la “circunstancia decisiva” sosteniendo la decisión del caso *Chromalloy* fue que “el repudio hecho por Egipto de su promesa contractual de no apelar un laudo arbitral”. *Id.* p. 287 (citando a *Baker Marine*, 191 F.3d p. 197 n.3). Destacando la ausencia de un lenguaje similar en el contrato de *Spier*, la Corte concluyó que no existió “una razón adecuada para rechazar el reconocimiento de las sentencias de tribunales italianos”. *Id.* p. 288.

73 191 F.3d 194 (2d Cir. 1999).

74 En *Baker Marine*, el juez Leval del S.D.N.Y se enfocó en distinguir los hechos de *Chromalloy*, notando que el solicitante no argumentó que la Corte nigeriana actuó de manera contraria al derecho nigeriano al anular el laudo, y que el contrato no estableció que los laudos eran inapelables.

75 *Termorio*, 487 F.3d p. 930.

76 *Ver id.* at 938. Juez Edwards igualmente de manera implícita criticó *Chromalloy* cuando comentó que la Convención de Nueva York no permite a las cortes “re-pensar de manera rutinaria el juicio de un tribunal en un Estado primario, cuando un tribunal en el Estado primario ha actuado legítimamente en conformidad a la ‘autoridad con jurisdicción’ para ‘dejar sin efecto’ un laudo arbitral hecho en su país”. *Id.* p. 937.

- i) la anulación se basa principalmente en leyes que no se encontraban en vigor al tiempo en que las partes celebraron el contrato, o sobre precedentes que no se refieren específicamente al arbitraje;
- ii) la parte solicitante no recibe un aviso justo de que sus disputas no son arbitrables; y
- iii) rechazar el reconocimiento y ejecución del laudo sería contrario a las nociones fundamentales de justicia en los Estados Unidos, y dejaría a una parte privada sin la posibilidad de litigar sus reclamos.

El caso *Commisa* demuestra que las Cortes estadounidenses pueden priorizar los intereses del público estadounidense sobre el principio de cortesía internacional, y pueden revisar una decisión de anulación emitida por una Corte extranjera a fin de determinar si viola nociones fundamentales de justicia y trato justo. Conforme a sus críticos, los casos *Chromalloy* y *Commisa* permiten el reestudio de sentencias extranjeras, lo que altamente probable que genere fricciones entre Estados extranjeros<sup>77</sup>. Los críticos sostienen que los tribunales extranjeros probablemente recíprocarán al entrar a evaluar los méritos de las decisiones de anulación emitidas por las Cortes estadounidenses aplicando el Derecho estadounidense, e intentarán ejecutar laudos estadounidenses anulados en los Estados Unidos.<sup>78</sup>

### C) Otra apelación

El 15 de octubre de 2013, PEP presentó una apelación ante el Segundo Circuito. PEP ha argumentado, entre otras cosas, que la discusión efectuada por el S.D.N.Y. de los méritos de la decisión de anulación de la Corte mexicana contraviene precedentes judiciales que indican que dicha Corte no puede revisar el análisis del Derecho mexicano hecho por una Corte mexicana, incluso si lo pudiera efectuar de una manera acuciosa<sup>79</sup>. En su réplica, *Commisa* argumenta que la revisión judicial efectuada por el Juez Hellerstein estuvo “limitada a determinar el signi-

77 Ver Francisco González de Cossío, ‘Ejecución de laudos anulados: Hacia un estándar analítico uniforme’, Centro de Arbitraje de la Industria de la Construcción, 14 (Abr. 2014), disponible en [http://www.caic.com.mx/boletines/EJECUCION%20DE%20LAUDOS%20ANULADOS%20-%20%20HACIA%20UN%20ESTANDAR%20ANALITICO%20UNIFORME%20\(v3\).pdf](http://www.caic.com.mx/boletines/EJECUCION%20DE%20LAUDOS%20ANULADOS%20-%20%20HACIA%20UN%20ESTANDAR%20ANALITICO%20UNIFORME%20(v3).pdf)

78 Ver *id.* pp. 14-15.

79 Ver Brief for Respondent-Appellant p. 18, Corporación Mexicana de Mantenimiento Integral, S. de R.L. de C.V. v. Pemex-Exploración y Producción, No. 13-4022 (2d Cir. Jan. 28, 2014). PEP también ha argumentado que el Juez Hellerstein no debió haber confiado en *Chromalloy*, pues no era un precedente autoritativo en el Segundo Circuito, y ha sido rechazado por las cortes de otros circuitos.

ficado y efecto de la decisión [mexicana de anulación]<sup>80</sup>, y que encuentra apoyo en precedentes judiciales que reconocen que una Corte “debería dudar si prestar deferencia a una sentencia que está en conflicto con las nociones fundamentales de justicia”<sup>81</sup>. La Corte escuchará argumentos de las partes en agosto de 2014<sup>82</sup>.

Otra apelación ha sido también presentada en contra de la decisión de otro juez distrital del S.D.N.Y. en el caso *Thai-Lao Lignite Co., Ltd. v. Government of Lao People’s Democratic Republic*<sup>83</sup>, que rechazó ejecutar un laudo arbitral que había sido anulado en la sede del arbitraje. En dicho caso, un reclamante tailandés buscó ejecutar un laudo arbitral emitido en Malasia. Luego que el S.D.N.Y. confirmó el laudo y que los procedimientos de ejecución estaban en marcha, una Corte competente en Malasia anuló el laudo. Pronunciándose sobre una solicitud de reconsideración, el Juez Wood del S.D.N.Y. dejó sin efecto su decisión previa y rechazó ejecutar el laudo. El Segundo Circuito decidirá ambas apelaciones durante este período judicial de sesiones. La decisión será de gran interés para compañías que operan internacionalmente (y para sus abogados) que arbitran en contra de negocios e individuos que mantienen propiedad en Nueva York.

## V. Conclusión

Como lo demuestra el caso *Commisa* la persecución de un juicio paralelo a un arbitraje para lograr la anulación de una rescisión administrativa en un juicio administrativo o constitucional puede tener consecuencias fatales a la arbitrabilidad de la misma y de todas sus consecuencias. Al convertir en juicio administrativo o constitucional el acto de *iure gestionis* de la rescisión administrativa a un verdadero acto de autoridad de *iure imperii* se le resta la arbitrabilidad *ratione materiae*. La decisión de la S.D.N.Y. ignora que el problema de la inarbitrabilidad fue de cierta manera auto-provocado y se deriva del riesgo sistémico de la figura del contrato administrativo derivado del Derecho francés y aplicado en México y otros países latinoamericanos.

Mientras que *Commisa* ciertamente fue privada del arbitraje de manera injustificada, el peligro de la inarbitrabilidad de la rescisión administrativa fue

80 Brief for Respondent-Appellant pp. 54-55.

81 Brief for Appellee at 41, *Corporación Mexicana de Mantenimiento Integral, S. de R.L. de C.V. v. Pemex-Exploración y Producción*, No. 13-4022 (2d Cir. Abr. 11, 2014) (citando *COMMISA*, 962 F. Supp. 2d p. 656, 657).

82 *Corporación Mexicana de Mantenimiento. v. Pemex-Exploración y Producción*, Docket No. 13-04022 (2d Cir. Oct. 16, 2013), Expediente de la Corte.

83 10-CV-5256 KMW DCF, 2014 WL 476239 (S.D.N.Y. Feb. 6, 2014).

latente y previsible al iniciarse el juicio paralelo. Lamentablemente, la sentencia de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de México rendida a causa del amparo interpuesto por *Commisa* ha causado un daño considerable al sistema arbitral mexicano cuya única solución parece el abandono por el legislador del sistema del contrato administrativo en proyectos de infraestructura.

La decisión de la S.D.N.Y. para confirmar el laudo anulado se encuentra actualmente bajo apelación en Nueva York. Si el tribunal arbitral confirma la decisión de la Corte inferior, el laudo tendrá una larga vida en los E.U.A. con *Pemex* tratando de evitar los esfuerzos de *Commisa* de ejecutar el laudo.

# Los lineamientos de la *International Bar Association* sobre representación en arbitraje internacional: *Much Ado about Nothing?*

FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO\*<sup>1</sup>

Pocos desarrollos en el mundo del arbitraje han generado tanta controversia como los *Guidelines on Party Representation in International Arbitration* (“Lineamientos”) de la *International Bar Association* (“IBA”).<sup>2</sup> Se observa una marcada diferencia de opinión en las distintas esquinas del orbe con respecto a la conveniencia del paso dado por el Comité de Arbitraje de la IBA. A continuación hago un breve comentario sobre los Lineamientos y las preocupaciones expresadas.

## I. Preocupaciones

Los Lineamientos establecen un puñado de cánones sobre cómo deben comportarse los abogados que representan a partes en el arbitraje. En esencia son seis los temas medulares de los Lineamientos: la representación de las partes, comunicaciones con árbitros, promociones ante los árbitros, intercambio documental, expertos y testigos, y medidas que el tribunal arbitral puede tomar. Su

---

1 González de Cossío Abogados, SC ([www.gdca.com.mx](http://www.gdca.com.mx)) Árbitro y representante de partes en arbitrajes nacionales e internacionales. Profesor de Arbitraje de diversas instituciones, incluyendo Universidad Iberoamericana, Escuela Libre de Derecho y Universidad Panamericana, México. Comentarios bienvenidos a [fgcossio@gdca.com.mx](mailto:fgcossio@gdca.com.mx)

2 Adoptados el 25 de mayo de 2013.

contenido ha suscitado preocupaciones que resumiré y comentaré tanto por lo que dicen expresa y tácticamente.

## A) Lo que se dice

No me extrañaría que, después de leerlas, alguien sintiera desaire. El motivo: las reglas rayan en verdades de perogrullo. Difícilmente puede aceptarse que alguien las cuestione *en principio*.<sup>3</sup> Luego entonces, ¿por qué tanta conmoción?

He escuchado con detenimiento a los detractores, muchos de los cuales son amigos que respeto en lo profesional, aprecio en lo individual, algunos inclusive admiro en lo intelectual. Sin embargo, considero que las objeciones esgrimidas son tímidas si se comparan con las virtudes de los Lineamientos. En esencia son cuatro: el paso era innecesario; el contenido no admite generalización; darán lugar a complicaciones; y son sobre-regulatorios. Comentaré cada uno.

### 1. ¿Era necesario?

Es de admitirse, la *necesidad* del paso es cuestionable. Después de todo, la mayoría de los casos son llevados con calidad ética, y el arbitraje funciona sin los mismos. Por ende, estrictamente hablando, *necesarios* no eran. Sin embargo, sí son *convenientes*. El motivo: aunque excepcionales, existen casos de conducta inapropiada y respuestas cuestionables a las mismas. Cada motivo es independientemente suficiente para justificar hacer algo.

La excepcionalidad es digna de énfasis. En la mayoría de los casos que he vivido, la calidad expositiva es superada solo por la calidad ética. Y percibo que la percepción es compartida. Sin embargo, han existido casos de conducta violatoria de las más elementales normas éticas. La respuesta de tribunales arbitrales varía. Desde los que hacen un buen manejo de la crisis, hasta los que son tímidos. Esto último ha merecido explicaciones diversas.<sup>4</sup> Por ejemplo, hay quienes se sienten persuadidos por la noción que el tribunal arbitral no es un órgano deontológico por lo que no deben hacer nada. Otros se han percatado que los problemas que abordan los Lineamientos despiertan, o pueden despertar, dilemas de debido proceso. Y como custodios del proceso, están obligados a tomar pasos si se

---

<sup>3</sup> ¿O acaso alguien aducirá que desea que desea tener el derecho de no conducirse con la verdad ante un tribunal? ¿O pedir que un testigo mienta? ¿O triturar pruebas?

<sup>4</sup> En algunos casos más que explicaciones se observan excusas y evasivas. Dirigir la atención a otra cuestión probablemente para evitar reconocer yerro.

propician desequilibrios que lo comprometan.<sup>5</sup> Para mi gusto, la segunda visión es la más experimentada. Sin embargo, no es unánimemente compartida.

## ***2. Soluciones que no admiten generalización***

Hay quien ha dicho, con mucho tino y elocuencia, que las soluciones contenidas en los Lineamientos hacen un *tabula rasa* de lo que no admite generalización. Que es mucho mejor dejar que el tribunal arbitral resuelva los problemas que surjan caso por caso.

El argumento que deposita confianza en el tribunal arbitral es, para mi gusto, bueno. Pero no milita en contra de la emisión de los Lineamientos IBA. Los Lineamientos no buscan *agotar*, sino *orientar*. Y de ninguna manera constriñen. Por ende, no obstante el mérito de la observación, no es causa suficiente para su erradicación.

## ***3. Generan complicaciones***

Hay quien teme que los Lineamientos generen aún otra oportunidad para chicanas (artimañas). Para accidentar el proceso. La preocupación tiene mérito. Es de sospecharse que abra los ojos a algunos que usen su contenido para entorpecer. Aceptado el riesgo tengo dos motivos para considerar que no es suficiente para abogar en contra de los Lineamientos IBA. Primero, el tribunal arbitral puede encausar su utilización usando las reglas mismas en contra de quien desea utilizarlas para accidentar.<sup>6</sup> Además, siempre existe la facultad de distribuir costas para desincentivar chicanería. Segundo, ello es un riesgo inherente a todo el derecho. ¿Milita en verdad en contra de no legislar progresivamente?

## ***4. Sobre-legislación***

La preocupación de sobre-regulación merece ponderación. Son muchos los foros donde se ha propuesto que se emita algún tipo de reglamentación sobre la ética en el arbitraje. Y muchos hemos tenido que encausar los deseos indicando que la sobre-regulación es mala idea. Que el arbitraje es exitoso en parte porque no se ha anquilosado.

<sup>5</sup> Y para ello, cuentan con un acervo de conocimiento y experiencia en las facultades inherentes del tribunal arbitral.

<sup>6</sup> Por ejemplo, mediante la amonestación.

Aceptado que no se deje saturar de regulación a lo que ya funciona, ¿se justifica no hacer anda? ¿justifica la preocupación de *sobre*-regulación tolerar *sub*-regulación?

Considero que no. El *quid* reside en encontrar el foro correcto para que éste emita el instrumento apropiado que condense la visión de los actores clave.

Dada la internacionalidad del arbitraje, la *International Bar Association* es el *locus* más propicio para decidir si es conveniente hacer algo, qué y cómo. Pero además, considérese lo que el esfuerzo dice de la IBA. Se trata de un foro de abogados que busca auto-regularse para mejorar la ética en su disciplina. Un paso de difícil reproche.

## **B) Lo que no se dice**

Hay algo comunicativo en lo que *no* se dice al abordar las preocupaciones de los Lineamientos. Es digno de notar que, aunque existe diferencia de opinión sobre la *medicina*, existe consenso sobre la *patología*: no veo que nadie cuestione que existen instancias de conducta incorrecta de abogados que representan a partes en el arbitraje. Aunque excepcionales,<sup>7</sup> han existido casos graves. Desde hace tiempo algunos han (hemos) dado eco a preocupaciones sobre el manejo de conducta indebida de abogados de parte. La mayoría de las veces las preocupaciones se hacen *in abstracto* por respeto al deber de confidencialidad. Sin embargo, ello no resta a que algunos casos son (literalmente) increíbles. Y cuando las implicaciones del caso son altas, la existencia de conducta incorrecta sobre, por ejemplo, procuración de pruebas, veracidad de las mismas, merece considerarse. Después de todo, alguien perderá derechos por ello. Y si no se hace algo al respecto, lo que es excepción puede convertirse en regla.

Aceptada la existencia de un (incipiente) cáncer, uno podría cuestionar la conveniencia de abordarlo *ex profeso* para arbitraje. Después de todo, para eso existen códigos deontológicos en cada jurisdicción. (¿O acaso debe existir un código para cada materia?) Lo que motiva la necesidad *en arbitraje* es el conflicto de normas deontológicas derivado de su internacionalidad. El que un proceso arbitral habitualmente rebase una jurisdicción, y que con frecuencia toque muchas,<sup>8</sup> genera una incógnita: ¿Qué régimen aplica a las obligaciones

<sup>7</sup> Reitero el punto sobre excepcionalidad, con miras a no sobre-exponer.

<sup>8</sup> Sea por el origen de las partes involucradas, sus abogados, los árbitros (que bien pueden ser tres de distintas nacionalidades), el derecho aplicable, o lugares posibles de ejecución.

éticas de los abogados en el asunto? Y de aplicar más de uno, ¿qué hacer si el estándar de exigencia varía de uno a otro?

Existen respuestas diversas a la interrogante. Algunas evidentes; otras no. Sin embargo, lo que recibe menos respuesta es el resultado. Por ejemplo, si se acepta el postulado que la diversidad de orígenes de abogados tiene por efecto que cada abogado se rige por sus reglas éticas, la diferencia regulatoria puede generar ventajas o desventajas procesales –y mermar la igualdad en el proceso. Un ejemplo conspicuo y frecuentemente citado es el papel del abogado con respecto a los testigos y peritos. Mientras que algunas jurisdicciones consideran que es contrario a las normas éticas el que un abogado prepare a un testigo o perito, otras jurisdicciones lo consideran un paso natural dentro del acervo de alternativas que los abogados tienen al representar profesionalmente a una parte. Ello genera una fuente de fricción en procesos arbitrales entre partes con tradiciones distintas que, de no manejarse correctamente, puede generar una desventaja seria a una de las partes, y problemas en la determinación de hechos por parte del tribunal.<sup>9</sup> Es ante dicho tipo de cuestiones que la respuesta del gremio, vía la organización más prestigiada e internacionalmente representativa, es de aplaudirse.

## II. Contenido

La esencia del contenido es la siguiente, que resumo por tema.

### A) Aplicabilidad y alcance

Los Lineamientos dejan claro no solo que son voluntarios, sino que no buscan desplazar las normas imperativas o deontológicas aplicables. Más aún, que no buscan mermar el acuerdo arbitral y, sobre todo, el deber de lealtad del abogado *vis-à-vis* su cliente.<sup>10</sup>

<sup>9</sup> Piénsese por ejemplo la sorpresa que un abogado parisino sentiría al observar en la trinchera de una audiencia que los testigos y peritos de su adversario han sido cuidadosamente preparados, siendo que él cándidamente ofreció a los suyos sin cursar una sola palabra con ellos. Lo que es más, de no estar sensibilizado a esto el tribunal arbitral, la respuesta en la determinación de hecho puede ser delicada.

<sup>10</sup> Lineamientos 1 a 3.

## **B) Representación de partes**

Con respecto a la representación, las obligaciones consisten en identificarse en la oportunidad más temprana; y cuidar la integridad del proceso. De no ocurrir, el tribunal puede tomar medidas para resguardar la integridad del proceso, incluyendo excluir abogados.<sup>11</sup>

## **C) Comunicaciones con árbitros**

Dos reglas resaltan por importancia: (a) prohibición de comunicaciones *ex parte* y (b) conducirse con veracidad ante el tribunal arbitral y reiterarlas de ser necesario.<sup>12</sup> La primera regla será de utilidad para procurar erradicar la -de sí, excepcional y deplorable- práctica de sostener comunicados *ex parte*.<sup>13</sup> La segunda para desincentivar algo que es lamentable observar con frecuencia, faltas a la verdad.

## **D) Promociones ante el tribunal**

Se establece el deber a cargo del representante legal de conducirse con la verdad. A no hacer aseveraciones que sabe falsas. Esto último incluye el deber de corregir prontamente cuando ha habido un error, y el deber a tomar medidas correctoras como indicar a peritos y testigos que deben conducirse con la verdad, tomar pasos razonables para evitar pruebas falsas.

## **E) Intercambio documental**

En el contexto de intercambios documentales: (a) el deber de preservar pruebas, (b) la obligación de no hostigar; (c) el deber de asistencia razonable; (d) la prohibición de esconder o suprimir pruebas.<sup>14</sup>

Las obligaciones anteriores son útiles pues, aunque excepcional, ha ocurrido que los representantes legales cooperan astutamente con las partes con entorpecer procesos de intercambio documental.

---

11 Lineamientos 4 a 6.

12 Lineamientos 9 a 11.

13 Lineamientos 7 a 11.

14 Lineamientos 12 a 17.

## F) Expertos y testigos

Con respecto a expertos y testigos los Lineamientos expresan obligaciones sobre (a) preparación; (b) que el testimonio refleje *su* postura sobre los hechos; (c) que la pericial debe reflejar su propio análisis y opinión; (d) una prohibición a solicitar información falsa; (e) que la preparación de testimonio no merme veracidad; y (f) remuneración de testigos y peritos.<sup>15</sup>

Este tema es sensible. La mera noción de “preparar” a un testigo o perito puede ser discutida y propiciar problemas. Si “preparar” significa explicar cómo es un interrogatorio, el alcance de sus deberes en respuesta a preguntas, y cerciorar que la conducta desplegada es apropiada dado que se está participando en un proceso, el paso es aceptable. Pero si “preparar” consiste en imbuir el contenido sustantivo de la respuesta, el paso será éticamente cuestionable. Ambos se ven en la práctica. En la medida en que los Lineamientos IBA asisten en eliminar los segundos, su cometido es plausible.

A su vez, el esclarecimiento sobre la remuneración es de utilidad. Deja claro qué es aceptable y qué no, algo que evitará problemas.

## G) Soluciones

Las medidas (*Remedies*) que el tribunal arbitral puede tomar son (a) amonestar; (b) inferencias adversas; (c) distribución de costas; (d) medidas para preservar el proceso; y (e) exclusión de abogados. De estas la única que ha generado diferencia es la última. Y es entendible. Se trata de una medida extraordinaria que puede poner en tela de juicio la legitimidad del proceso.<sup>16</sup>

La experiencia CIADI arroja lecciones interesantes al respecto. Han existido cuatro casos donde ello se ha discutido,<sup>17</sup> y solo en uno ha prosperado.<sup>18</sup> El carácter y el alcance jurídico de la decisión ha sido objeto de diferencia. Mientras que algunos consideran que el caso no admite generalización, otros consideran que sí. Deseo someter a discusión que el caso no admite generalización; que el

<sup>15</sup> Lineamientos 18 a 25.

<sup>16</sup> Pues la elección de representante legal es ampliamente entendido como un derecho importante.

<sup>17</sup> *Hrvatska Elektroprivreda, d.d. v Republic of Slovenia*, ICSID Case No. ARB/05/24, orden de 6 de mayo de 2008 (“*Hrvatska v Slovenia*”); *Fraport Ag Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines*, ICSID Case No ARB/03/014, Decision on Application for Disqualification of Counsel, 18 September 2008 (“*Fraport v Filipinas*”); *The Rompetrol Group N.V. v. Romania*, ICSID Case No. ARB06/3, Decision of the Tribunal on the Participation of a Counsel, 14 January 2010 (“*República v Romania*”); *Highbury International AVV y Ramstein Trading Inc. v República Bolivariana de Venezuela*, ICSID Case No. ARB11/1, Decisión de 10 de agosto de 2011 (“*Highbury v Venezuela*”).

<sup>18</sup> *Hrvatska v Slovenia*.

estándar de exclusión debe ser que se afecte debido proceso. Es decir, que sea una medida necesaria para resguardar la integridad del proceso. Me explico.

Percibo que la mayoría de las personas que hablan del tema atribuyen al `problema de Eslovenia´ un efecto generalizador injustificado.<sup>19</sup> Cuando se habla de la posibilidad de excluir abogados, la discusión con frecuencia se circunscribe a la identificación tardía de un representante legal en el asunto.<sup>20</sup>

Sin embargo, no es obligado concluir que la identificación tardía suscita problemas de debido proceso; y existen más casos en los que la medida se justificaría.

La decisión en *Hrvatska* parece más una solución *ad hoc* a una situación específica que se remediaba con la medida adoptada. Su generalización parece exagerada: es fácil pensar en muchos casos donde ocurra identificación tardía sin que suscite problema alguno. En cambio, hay otros casos en los que puede justificarse. Por ende, ¿cuál debe ser el estándar? Postulo que, como suele suceder con los problemas más delicados, no hay una *regla* sino un *estándar*, que implica a su vez un análisis de balanceo entre dos postulados que propician una tensión y cuya solución no es generalizable. Requiere de un análisis de las circunstancias para adoptar la mejor solución *in casu*. Y del acervo de experiencia existente, *Rompetrol v Romania* pone el dedo en la llaga al decir:<sup>21</sup>

“the Tribunal can find in the circumstances before it no basis for any suggestion that it should interfere in the choice by Claimant of its counsel for these proceedings, or indeed for any suggestion that the preservation of the integrity of these proceedings requires it to consider doing so...”

“el tribunal no puede encontrar en las circunstancias que enfrenta base alguna que sugiera interferir en la elección del Demandante de sus representantes en este proceso, o cualquier sugerencia que la preservación de la integridad del proceso exige.”

Es la *integridad del proceso* lo que puede justificar la decisión de excluir. Para ello, el conjunto de circunstancias debe poner en peligro la integridad del proceso, y la gravedad de ello debe ser tal que pese más que el derecho a elegir representante-máxime si éste último fue ejercido con un propósito táctico dis-

19 En *Hrvatska v Slovenia* se identificó tardíamente (poco antes de la audiencia) a un abogado miembro del equipo legal, con quien uno de los árbitros compartía “Chambers”.

20 De hecho, tal parecía que así fue ponderado en los Lineamientos IBA pues, no está contemplado *expressis verbis* (aunque sí *sub silentio*: sección (d)) en el artículo que alude a las soluciones (artículo 26°) sino el artículo que establece el momento de identificación de representantes legales (artículos 5° y 6°).

21 Decisión de 14 de enero de 2010, P 27.

tinto al natural.<sup>22</sup> El análisis es de balanceo pues la solución al problema exige una respuesta casuista que puede variar atendiendo a las circunstancias. Y en respuesta a la pregunta obligada (¿cuál es la fuente de la autoridad para emitir tan (draconiana) solución?) la respuesta sería el acervo de facultades “implícitas” o “inherentes” con los que cuenta *todo* tribunal para seguir su misión. Como se dijo en *Hrvatska v Slovenia*:<sup>23</sup>

“...as a judicial formation governed by public international law, the tribunal has an inherent power to take measures to preserve the integrity of its proceedings. ... there is an inherent power of an international court to deal with any issues necessary for the conduct of the matters falling within its jurisdiction ... that power exists independently of any statutory reference ...”

### III. Comentario final

¿Por qué ha surgido el deseo de emitir Lineamientos éticos sobre el actuar de representantes legales en arbitraje? ¿Por qué se observan esfuerzos diversos sobre el tema?<sup>24</sup> Será *Much Ado about Nothing*?

El *motif* de la comedia de Shakespeare dista de estar presente en los Lineamientos IBA. Ni son “*much ado*” y mucho menos es la ética “*nothing*”: son buen primer paso, que necesitará aun más refinamiento y trabajo, sobre un tema delicado.

22 En este caso, bien podría hablarse de un abuso de derecho. ¿Qué derecho? El de elegir representante legal. Es decir, el (incuestionable) derecho de elegir representante legal es utilizado con miras a lograr un propósito diverso, como accidentar el proceso (vgr., comprometiendo al tribunal arbitral) u obtener una ventaja indebida.

23 Decisión de 6 de mayo de 2008. P33 (notas omitidas).

24 Considérese que el impulso no es aislado. Diferentes foros han presenciado iniciativas diversas. Por ejemplo, una institución arbitral líder (*London Court of International Arbitration*) ha incluido en anexo de reglas éticas a su último proyecto. (El proyecto 18 de febrero de 2014) contienen un Anexo titulado “General Guidelines for the Parties’ Legal Representatives” con 7 Lineamientos sobre el tema.

# De las cortes medievales de equidad a los Tribunales CIADI de inversión: innovación judicial, acciones colectivas y consentimiento al arbitraje

ORLANDO F. CABRERA<sup>1</sup>

...casi me he determinado dejarlo al silencio; pero como éste es cosa negativa, aunque explica mucho con el énfasis de no explicar, es necesario ponerle algún breve rótulo para que se entienda lo que se pretende que el silencio diga y si no, dirá nada el silencio, porque ése es su propio oficio: decir nada.

SOR JUANA INÉS DE LA CRUZ, *Respuesta a Sor Filotea*, 1691.

## I. Introducción

El arbitraje de controversias colectivas<sup>2</sup> es un sistema para la solución de controversias masivas que permanece casi intocado fuera de los Estados Unidos de América y España.<sup>3</sup> Existen escasos reglamentos de arbitraje específicamente

---

1 Abogado de la firma Ibáñez Parkman, se graduó de la Universidad de las Américas Puebla con la distinción *magna cum laude* y complementó sus estudios en la Université de Montréal. Comentarios a: oca-brera@iparkman.com. El autor agradece al Dr. Ignacio Torterola y a la Lic. Andrea Orta González Sicilia por sus comentarios y observaciones en la redacción de este artículo. No obstante, todos los errores e ideas son exclusiva responsabilidad del autor.

2 Los vocablos “acción colectiva”, “reclamación de masa” y “arbitraje colectivo” son usados en el presente artículo como términos neutros, sin apego a una jurisdicción específica y más apropiados para el desarrollo de estos procedimientos en derecho internacional. Cabe precisar que el término “acción de clase” está fuertemente arraigado en el idioma inglés; por tanto, “acción colectiva” y “acción de clase” pueden ser usados indistintamente cuando sea necesario. Ver Antonio Gidi, “Class Actions in Brazil – A Model for Civil Law Countries”, *American Journal of Comparative Law*, Vol. 51, 2003; p. 334-335. Disponible en <http://ssrn.com/abstract=903188>

3 Véase “*Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo*”, artículos 56-62.

diseñados para la solución de disputas colectivas.<sup>4</sup> Además, los ejemplos de reclamaciones colectivas en el derecho internacional, ya sea en los sistemas judiciales, cuasi-judiciales o arbitrales son muy poco conocidos.

Recientemente, el Tribunal Arbitral en el caso de *Abaclat y Otros vs. República Argentina*<sup>5</sup> (“*Abaclat*”) emitió por mayoría una Decisión sobre Competencia y Admisibilidad (“Decisión”) que constituye el primer caso CIADI que plantea la pregunta si es posible tratar reclamaciones colectivas en el arbitraje de inversión. Dicha Decisión fue cuestionada fuertemente por la Opinión Disidente (“Opinión”) del Profesor Georges Abi-Saab,<sup>6</sup> en la cual discutió varias cuestiones relativas a la competencia arbitral. Existe duda si el arbitraje bajo el Convenio CIADI, las Reglas de Arbitraje del CIADI (“Marco CIADI”) y las disposiciones del TBI Argentina-Italia (“TBI”) pueden resolver controversias colectivas, ya que el Marco CIADI no contiene referencia alguna a los procedimientos colectivos como una forma posible de arbitraje.

La disyuntiva sobre la posibilidad de tratar controversias colectivas a la luz del Marco CIADI y las distintas disposiciones del TBI es importante, ya que hay noticias que una firma alemana de abogados está preparando una demanda colectiva contra Grecia en nombre de los tenedores de bonos griegos que se han visto obligados a formar parte de un canje de deuda de €206 mil millones, siendo la mayor reestructuración soberana en la historia, misma que se considera equivalente a una expropiación bajo el TBI Alemania-Grecia.<sup>7</sup>

¿Pueden los inversionistas presentar demandas colectivas bajo el Marco CIADI y las disposiciones del TBI? ¿Hasta dónde puede interpretarse el consentimiento? ¿Cuáles son los límites para la interpretación del consentimiento y los tratados? ¿Cómo se debe interpretar el silencio del Convenio CIADI? ¿Es necesario un “consentimiento secundario” dentro del Marco CIADI existente? ¿Cuándo estamos frente a un caso inadecuado para ser tratado como un proceso colectivo? Estas cuestiones serán tratadas en este artículo.

4 Cfr. AAA Supplementary Rules for Class Arbitrations, JAMS Class Arbitration Procedures, NAF Class Arbitration Procedures, y DIS-Supplementary Rules for Corporate Law Disputes.

5 *Abaclat y Otros vs. República Argentina*, (Caso CIADI No. ARB/07/5) Decisión sobre Competencia y Admisibilidad, 4 de agosto de 2011.

6 *Abaclat y Otros vs. República Argentina*, (CIADI Caso No. ARB/07/5) Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad, Opinión Disidente, 28 de octubre de 2011.

7 James Wilson y Gerrit Wiesmann, “Germans seek lawsuits over Greek debt swap.” *Financial Times*, 12 de marzo de 2012. Disponible en: <http://www.ft.com/intl/cms/s/0/79ed422c-6c67-11e1-bd0c-00144feab49a.html#axzz1wsOV7Gy4>. Al día de hoy sabemos que un banco de Eslovaquia y un accionista han iniciado un procedimiento CIADI relativo a la reestructura de deuda soberana griega; sin embargo, la solicitud de arbitraje no es pública. Cfr. *Poštová banka, a.s. and ISTROKAPITAL SE v. Hellenic Republic* (ICSID Case No. ARB/13/8).

Como se verá, a partir de los hechos y la experiencia adquirida en el caso *Abaclat*, el Marco CIADI vigente y las disposiciones del TBI parecen estar poco diseñadas para el tratamiento de las acciones colectivas y no pueden ocuparse adecuadamente de los procedimientos colectivos. Sin embargo, se puede llegar a diferentes conclusiones tratándose de otras reglas de arbitraje y otros tratados bilaterales de inversión.

Este artículo se concentrará en la “acción colectiva” desarrollada bajo el Marco CIADI y las disposiciones derivadas del TBI en el caso *Abaclat*; por lo que se presentan algunas observaciones sobre la manera en que el Marco CIADI y las disposiciones del TBI fueron aprovechadas para desarrollar una reclamación colectiva. Las conclusiones se construirán sustentándose en estos principios. Este artículo no tratará otros temas del arbitraje de inversión, a no ser que estén relacionados con el objeto de estudio.

Hoy en día, nadie duda que el estudio sistemático del derecho comparado desempeña funciones vitales, tomando en cuenta que la ciencia del derecho incluye no solo las técnicas de interpretación, sino también el desarrollo de modelos con el fin de prevenir o resolver conflictos sociales.<sup>8</sup> Los doctrinarios consideran que el arbitraje colectivo se debe apoyar en los procedimientos judiciales, ya que el arbitraje es considerado como un sustituto de la justicia del Estado, pero que persigue el mismo fin.<sup>9</sup> Ante los escasos reglamentos sobre reclamaciones colectivas en el derecho internacional, parece factible cierto sustento en el derecho interno.

## II. Hechos del caso *Abaclat*

De 1991 al 2001, Argentina colocó 179 bonos en los mercados internacionales de capital, 173 bonos fueron emitidos en moneda extranjera. Los demandantes alegan haber comprado 83 de los 173 bonos emitidos en moneda extranjera. Estos 83 bonos se rigen por las leyes de distintas jurisdicciones, están emitidos en distintas monedas y registrados en varias bolsas internacionales, como Buenos Aires, Frankfurt, Hong Kong, Luxemburgo, Milán, Munich y Viena. El vencimiento varía de 3 a 5 años.

---

8 Konrad Zweigert y Hein Kötz, *Introducción al derecho comparado*, Oxford, México, 2002, p. 16.

9 Stacie I. Strong, “From Class to Collective: The De-Americanization of Class Arbitration”, *Arbitration International*, Vol.26, 2010. Disponible en <http://ssrn.com/abstract=1656511> En este sentido, el arbitraje de inversión puede ser considerado como un sustituto para el uso de la fuerza militar y la protección diplomática.

A finales de la década de 1990, Argentina sufrió una grave recesión económica y la consecuente reducción de los ingresos fiscales; por lo cual, incurrió en deuda adicional. Estos acontecimientos económicos adversos se reflejaron en la “fuga de capitales” así como en la disminución de las entradas de capital. A principios de 2001, Argentina tomó varias medidas en un intento por reestructurar su economía y aligerar su deuda. No obstante, estos esfuerzos fueron insuficientes para resolver la situación. Posteriormente, en diciembre de 2001, Argentina incumplió al anunciar públicamente el diferimiento de más de US\$100 mil millones de deuda externa en bonos.<sup>10</sup>

En el año 2002, el Congreso declaró estado de emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria con la aprobación de la Ley de Emergencia Pública y Reforma del año 2002 (“Ley de Emergencia”). Asimismo, la devaluación del peso acentuó aún más la gravedad de la deuda en moneda extranjera. En consecuencia, Argentina previó la reestructuración de su deuda externa.<sup>11</sup>

De tal forma, el Comité Ejecutivo de la Asociación Bancaria Italiana estableció el “*Task Force Argentina*” (“TFA”)<sup>12</sup> cuyo objetivo es “*representar los intereses de los bonistas italianos en la consecución de una transacción negociada con Argentina.*” La creación del TFA y el descubrimiento del arbitraje CIADI como una manera de desviar la responsabilidad de los bancos, se explica también en el hecho que los tribunales italianos resolvieron exitosamente y en numerosas ocasiones, otorgaron indemnización a algunos tenedores de bonos respecto de los bancos que les vendieron los títulos.<sup>13</sup>

A los tenedores de bonos que deseaban ser representados por TFA se les requirió que firmaran un mandato para la protección de los intereses relacionados con los bonos relativos a la crisis argentina. Más de 450,000 italianos afirmaron haber tenido bonos argentinos y otorgaron mandatos para TFA.

En enero de 2005, Argentina puso en marcha la Oferta de Canje 2005, conforme a la cual los tenedores de bonos podrían intercambiar 152 diferentes series de bonos, de los cuales se había suspendido el pago en 2001. En febrero de 2005 se promulgó la Ley 26017, la cual prohibió al Poder Ejecutivo reabrir el proceso de canje y celebrar transacción alguna en relación a los bonos que no fueron intercambiados en la Oferta de Canje 2005. El plazo de presentación

10 Decisión parágrafos 50-58.

11 Decisión parágrafos 60-62.

12 *L'Associazione per la Tutela degli Investitori in Titoli Argentini* establecida en Roma y constituida conforme a las leyes italianas como una *associazione non riconosciuta*, fundada con las contribuciones de sus miembros.

13 Opinión párrafo 254.

de ofertas expiró y 76.15% de todos los tenedores participaron en la Oferta de Canje 2005, después de que Argentina emitió varios bonos.<sup>14</sup>

La Oferta de Canje 2005 se concretó en junio de 2005. Los demandantes no participaron en dicho intercambio. Insatisfechos con la situación y a fin de representar a los tenedores de bonos italianos en un arbitraje CIADI, TFA diseñó un nuevo mandato (“Paquete de Mandato TFA”) que consta de una carta de instrucciones a los tenedores de los bonos (“Carta de Instrucciones TFA”), una Declaración de Consentimiento, Delegación de Poderes y Facultades (“Mandato”) a favor de White & Case y “Mandato TFA”, entre otros documentos.<sup>15</sup>

Los bancos miembros de TFA organizaron la distribución y recolección del Paquete de Mandato entre sus clientes durante marzo y abril de 2006, que fue aceptada por más de 180,000 tenedores de bonos italianos. El 14 de septiembre de 2006, White & Case presentó ante el CIADI, la Solicitud de Arbitraje acompañada de los anexos A al E, en nombre de los tenedores de bonos italianos (“demandantes”). El 26 de septiembre de 2006, el CIADI transmitió a la Demandada la Solicitud de Arbitraje.

En diciembre de 2006, los demandantes presentaron anexos complementarios relacionados con los anexos A al E y presentaron los anexos K y L. Dentro de los anexos, algunos reflejaban: (i) la incorporación de nuevos demandantes, (ii) el desistimiento de algunos demandantes, (iii) correcciones y sustituciones respecto de la información de los demandantes, (iv) la revisión de los montos agregados y (v) la incorporación de una nueva serie de bonos.<sup>16</sup>

El 3 de mayo de 2010, Argentina puso en marcha la Oferta de Canje 2010, cuyo objetivo fue reestructurar las obligaciones en cesación de pago, para liberar a Argentina de reclamaciones relacionadas y poner fin a los procedimientos judiciales. Argentina invitó “a los titulares de cada Serie de Bonos enumerados en los anexos A-1 y A-2 (conjuntamente “Títulos Elegibles”) a presentar ofertas para canjear los Títulos Elegibles por Títulos Nuevos y, en algunos casos, dinero en efectivo...” Los demandantes poseen derechos sobre valores en los bonos que figuran en dichos anexos, lo que les habilitaba para participar en la Oferta de Canje 2010. Numerosos demandantes participaron en la Oferta de Canje 2010 y consecuentemente se desistieron del arbitraje.<sup>17</sup> De los 180,000 demandantes, cerca de 120,000 se desistieron del arbitraje CIADI.

14 Decisión párrafos 65-66, 68 y 77-78.

15 Decisión párrafos 80-85.

16 Decisión párrafos 90-91, 98-99, 103.

17 Decisión párrafos 92-97.

### III. ¿Constituye *Abaclat* una acción colectiva?

El Profesor Gidi define una acción colectiva o de clase como “*la acción promovida por un representante (legitimación colectiva), para proteger un derecho que pertenece a un grupo de personas (objeto de la controversia), cuya sentencia obligará al grupo como un todo (cosa juzgada).*” De esta forma, los elementos esenciales de una acción colectiva o de clase son: 1) la existencia de un representante, 2) la protección de un derecho de grupo objeto de la controversia (reclamación de indemnización colectiva), y 3) el efecto de cosa juzgada.<sup>18</sup> *Abaclat* cumple con los tres elementos de la siguiente forma:

#### A) Legitimación Colectiva

TFA encausó la reclamación ante el CIADI refiriendo en su Carta de Instrucciones TFA que los abogados coordinarían directamente con TFA y actuarían como único mandatario; así también, que no sería posible dar instrucciones directamente a los abogados, pues ellos se encargarían de coordinar directamente con TFA. Estas instrucciones, incluso coinciden con las normas de procedimientos colectivos.<sup>19</sup> De igual forma, TFA actuaría en el interés colectivo de los tenedores de bonos y funcionaría de manera autónoma.<sup>20</sup> El objeto del Mandato de TFA<sup>21</sup> es el siguiente:

“... se confía por el presente al Mandatario la tarea de coordinar los procedimientos arbitrales y judiciales ... en nombre y representación de los tenedores de Bonos ... para la recuperación de su inversión en los Bonos”.<sup>22</sup>

En este sentido, el Tribunal consideró que TFA es el mandatario de los demandantes de conformidad con la Regla 18 de las Reglas de Arbitraje del CIADI; sin embargo, destacó que a TFA se le han otorgado poderes más allá de los que normalmente se otorgan a un mandatario de conformidad con la Regla

18 Antonio Gidi, *op. cit.*, nota 2, p. 334-335.

19 Ver artículo 1017° del *Code de Procédure Civile du Québec*: “*Un membre ne peut intervenir volontairement en demande que pour assister le représentant, soutenir sa demande ou appuyer ses prétentions*” y artículo 48° de la Ley 472 de 1998 de Colombia: “*En la acción de grupo el actor o quien actúe como demandante, representa a las demás personas que hayan sido afectadas individualmente por los hechos vulnerantes, sin necesidad que cada uno de los interesados ejerza por separado su propia acción*”.

20 Decisión parágrafo 86.

21 Opinión parágrafo 231.

22 Decisión parágrafo 88.

referida.<sup>23</sup> De esta forma, TFA obtuvo la legitimación colectiva para representar a los demandantes e instaurar la acción ante el CIADI.

Cabe destacar que Argentina alegó un abuso de derechos por parte del TFA. Las Cortes italianas han condenado penalmente por falsificar las firmas de los mandatos otorgados al TFA, la Decisión no refirió nada de esto.<sup>24</sup> Además, Argentina consideró que el Tribunal no debería haber permitido la controversia porque el TFA estaba persiguiendo su propio interés, el cual está en conflicto con los intereses de los demandantes y era ajeno a los intereses que el TBI y el Convenio CIADI protegen.<sup>25</sup>

En ciertas jurisdicciones arbitrales y judiciales la representación adecuada es un requisito previo.<sup>26</sup> En igual forma, en México “*se considera representación adecuada: ... III. No encontrarse en situaciones de conflicto de interés con sus representados respecto de las actividades que realiza*”.<sup>27</sup> En las jurisdicciones nacionales un representante con un conflicto de intereses como en el caso *Abaclat* no tendría legitimación colectiva y la acción, ni siquiera se hubiera admitido.

Sin embargo, el Tribunal consideró que, aun cuando TFA había perseguido intereses que estaban en conflicto con los intereses de los demandantes, esto no daba lugar a la inadmisibilidad de las reclamaciones, ya que el supuesto abuso de los derechos no concierne a los intereses de los demandantes que derivan del TBI, sino a los intereses de TFA derivados del ejercicio del arbitraje CIADI por parte de los demandantes.<sup>28</sup>

Aunque el Mandato TFA puede que no sea debidamente cumplido y los intereses de los demandantes no sean adecuadamente representados, los derechos pertenecen a los demandantes y no al TFA; por tanto, el abuso puede ser cometido por TFA pero no por los demandantes. Empero, el abuso de los derechos debería haber sido interpretado en un sentido más amplio, ya que los intereses que afectan al TFA pueden no ser defendidos correctamente. La doctrina de “abuso

23 Decisión parágrafo 532.

24 El Tribunal refirió que la teoría de abuso de derechos es una expresión del principio de buena fe, principio fundamental del derecho internacional de inversión. Hersch Lauterpacht, *Development of International Law by the International Court*, London, 1958, p. 164. “No existe derecho alguno, por muy bien establecido que esté, que no pueda, en algunas circunstancias, denegarse su reconocimiento por considerar que se ha abusado.” y *Mobil Corporation and others v. Bolivarian Republic of Venezuela* (ICSID Case No. ARB/07/27), Decision on Jurisdiction, 10 June 2010, parágrafos 169 *et seq.*

25 Decisión parágrafos 646-659.

26 Véase Regla 4.a.4 de AAA Supplementary Rules for Class Arbitrations, artículo 8° de la Ley Procedimiento de Grupo de Suecia y la Regla 23 de las Reglas Federales de Procedimiento Civil de los Estados Unidos. En Quebec la Corte atribuye el carácter de representante al miembro que adecuadamente representa a los miembros. *Code de procédure civile du Québec*, artículos 1002°-1003°.

27 Código Federal de Procedimientos Civiles, artículo 586°.

28 Decisión parágrafos 646-659. Además, Argentina no alegó que los demandantes estuviesen abusando de su derecho para recurrir al arbitraje CIADI para proteger sus inversiones.

de los derechos” deberá desarrollarse con el fin de avanzar las reclamaciones colectivas en el ámbito del derecho internacional.

## B) Objeto de la Controversia

El artículo 8 (1) del TBI establece la solución de controversias “*en relación a las inversiones*” hechas “*en relación con las cuestiones reguladas por el presente Acuerdo.*” El Tribunal consideró que los hechos alegados se refieren al impago de Argentina en diciembre de 2001; en particular, a la forma en que consultó con sus acreedores y se llegó a una decisión sobre la manera de hacer frente a su deuda externa y la naturaleza, el alcance y los efectos del marco jurídico que promulgó para tal decisión.<sup>29</sup>

En igual forma, el Tribunal consideró que, *prima facie*, si se demuestran los hechos, eran susceptibles de constituir una violación de las disposiciones del TBI, en particular:

- La promulgación así como la aplicación arbitraria de las normas y las leyes pueden ser equivalentes a un trato injusto e inequitativo; igualmente, pueden constituir un acto de expropiación ya que el nuevo marco jurídico puede privar al inversionista del valor de su inversión.
- El supuesto trato diferente que dio a los inversionistas nacionales es susceptible de constituir un trato discriminatorio y una contravención del trato nacional.<sup>30</sup>

De tal forma, el Tribunal consideró que los reclamos no eran simplemente contractuales, sino reclamos derivados del tratado, toda vez que Argentina intervino en su calidad de soberano, a través de su poder estatal para modificar sus obligaciones de pago con sus acreedores.<sup>31</sup> Este es el objeto de la controversia.

Aunque la Opinión destaca que las reclamaciones conservan su carácter individual, ya que los derechos sobre los títulos son diferentes en cuanto a precio, fecha y lugar de compra, moneda, derecho aplicable, el foro elegido, etc., que son características relevantes solo para reclamos contractuales; para la Decisión, lo importante, son las reclamaciones en virtud de los tratados, que son “homogéneas”.<sup>32</sup> Si bien existen diferencias entre los bonos, hay que recor-

<sup>29</sup> Decisión párrafo 313.

<sup>30</sup> Decisión párrafo 314.

<sup>31</sup> Decisión párrafos 324-326.

<sup>32</sup> Opinión párrafos 139-143.

dar que los demandantes no poseen 60,000 títulos diferentes; los demandantes supuestamente compraron 83 bonos en moneda extranjera.

En este sentido, difiero de la Opinión, ya que “las reclamaciones derivadas del TBI” se pueden considerar “homogéneas” como lo hizo la Decisión. Las reclamaciones están relacionadas con la crisis económica argentina que llevó al impago; así, la crisis constituye “el mismo patrón de hecho” del cual derivaron las reclamaciones. Las diferencias de los bonos se deberán tomar en cuenta a la hora de realizar el “*group examination of claims*”, en caso que sea aplicable,<sup>33</sup> y cuando se determine la indemnización, pero no para determinar el objeto de la controversia.

### C) Cosa juzgada

El Tribunal tuvo competencia *rationae personae* respecto de cada demandante persona física, persona jurídica y las asociaciones no reconocidas<sup>34</sup> de nacionalidad italiana y otras características en los términos de la Decisión.<sup>35</sup> El laudo final obligará a los demandantes con las características anteriores y podrán ser considerados como miembros del grupo o colectividad. En algunas jurisdicciones que regulan los procedimientos “*opt-in*” (opción por entrar), como el presente caso, existen diferentes oportunidades durante el procedimiento o después de la sentencia en las que se puede manifestar el consentimiento para quedar obligado por la sentencia.<sup>36</sup>

En este sentido, el Tribunal señaló que los demandantes fueron añadidos después de la presentación de la solicitud de arbitraje y que “*los procedimientos colectivos pueden requerir ciertos ajustes en el número e identidad de los*

33 No perdemos de vista que el Tribunal Arbitral, en la Orden Procesal No. 12 del 7 de julio de 2013 resolvió señalar uno o más expertos para verificar la base de datos de los Actores. Disponible en [http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1303\\_0.pdf](http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1303_0.pdf) Posteriormente, en la Orden Procesal No. 15 (parágrafo 18) y sucesivamente en la Orden Procesal No. 17 del 8 de febrero de 2013, se resolvió confirmar el nombramiento del Dr. Wühler como Perito bajo los términos y condiciones de la Propuesta Alternativa (parágrafo 22) por la cual el Perito deberá analizar la totalidad de los documentos, descartando la posibilidad de utilizar el “*sampling*” (parágrafo 25), es decir, un método de muestreo o la toma de una o varias muestras. Disponibles en [http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1308\\_0.pdf](http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1308_0.pdf)

34 A la luz del artículo 36° del Código Civil Italiano las asociaciones no reconocidas como entes jurídicas tienen capacidad procesal y legitimación activa para ser representadas por su presidente o director. Así, el Tribunal consideró que poseen ciertos atributos de personalidad jurídica y en particular el derecho para demandar y ser demandados. Decisión parágrafo 417.

35 Decisión parágrafos 411-412 y 420-421.

36 Código Federal de Procedimientos Civiles de México, artículo 594°; Ley de Procedimiento de Grupo de Suecia, artículo 14°.

*reclamantes*.”<sup>37</sup> Las observaciones del Tribunal son consistentes con la lógica de la justicia colectiva. Sin embargo, el artículo 36° del Convenio del CIADI exige que la información pertinente sobre la identidad de las partes sea presentada con la solicitud de arbitraje. Empero, dicho artículo no prohíbe que las partes complementen su solicitud, incluso hasta antes del registro en caso que falte cualquier información relevante. De este modo, parece posible añadir demandantes hasta antes del registro de la solicitud de arbitraje.<sup>38</sup>

Dadas las actuales limitantes del Marco CIADI, no hay otra oportunidad para añadir otro demandante, en etapas posteriores del procedimiento, lo cual puede no estar en conformidad con la lógica de la justicia colectiva en los procedimientos de inclusión (“*opt-in*”).

#### D) Naturaleza del caso

La naturaleza del caso como una “acción colectiva de reclamaciones masivas” fue confirmada por la Demandada y por el profesor Nagareda, una eminencia en la materia. El abogado de los demandantes habló de un proceso de inclusión sin clases (*non-class aggregate proceeding*).<sup>39</sup>

La Decisión se manifestó por considerar un “... ‘*procedimiento masivo (mass proceedings)*’ ... refiriéndose simplemente al alto número de demandantes que aparecen como una sola masa, y sin prejuizar sobre la clasificación del presente procedimiento como un tipo específico de ‘*procedimiento colectivo*’ reconocido dentro de cualquier orden jurídico específico.”<sup>40</sup> Con todo, después de analizar los dos tipos principales de “procedimientos colectivos” la Decisión determinó que el caso es “*un tipo híbrido de procedimientos colectivos, en el sentido de que comienza como procedimientos agregados, pero después continúa con características similares a los procedimientos representativos, debido al elevado número de demandantes involucrados.*”<sup>41</sup>

Las razones por las cuales los demandantes se presentaron como una colectividad “*opt in*” o en un procedimiento de inclusión o agregación,<sup>42</sup> pueden

37 Decisión párrafo 610.

38 Decisión párrafos 610-611.

39 Opinión párrafo 129.

40 Decisión párrafo 480.

41 Decisión párrafo 488.

42 La Decisión contempló la posibilidad de crear subclases, en la medida que surgieran diferencias entre las partes, sugiriendo así el tipo de análisis individualizado que es reminiscente de los procedimientos de agregación. S.I. Strong, “Mass Procedures in *Abaclat v. Argentine Republic*: Are They Consistent With the International Investment Regime?” *3 Yearbook on International Arbitration*, 2012, p. 8.

encontrarse no solo en la comodidad procesal, sino también en la ausencia actual de mecanismos de consolidación o acumulación de demandas dentro del Marco del CIADI. Este tema será posteriormente tratado en este artículo.

#### IV. El origen de los procedimientos colectivos y el consentimiento al arbitraje

El origen de los procedimientos colectivos se remonta a la época medieval, donde los Tribunales de Cancillería (*Chancery Courts*) administraban justicia mediante los primeros litigios de grupo. La cantidad de personas hacía imposible llamar a juicio a todas ellas; además, la deficiente infraestructura de la justicia medieval hacía difícil administrar los derechos individuales.

Es importante recordar que los Tribunales de Cancillería tenían una jurisdicción de equidad (*equity jurisdiction*), por lo que administraban justicia conforme a los principios de equidad (*fairness*) cuando el sistema de *common law* no garantizaba una reparación o daría una inadecuada. Por el contrario, los tribunales de *common law* tenían un estricto apego a las acciones y recursos a fin de remediar cada daño.

De tal forma, los tribunales de *common law* buscaban soluciones legalistas y resolvían las disputas en presencia de las partes cuyos derechos directos e inmediatos estaban en juego. En cambio, los tribunales de equidad trataban de determinar los derechos de cualquier persona que tuviera un interés común en la controversia, a fin de resolverlos globalmente. Esta tendencia refleja el hecho de que los procedimientos ante el *Chancellor* casi invariablemente planteaban cuestiones de títulos de propiedad que afectaban a los derechos de varias personas. El resultado fue el nacimiento de la acumulación forzosa de partes (*compulsory joinder of parties*) cuyo objetivo es evitar una multitud de acciones y los riesgos de sentencias contradictorias.<sup>43</sup>

Es importante hacer notar una diferencia entre dichas Cortes y los tribunales arbitrales. Las Cortes y tribunales judiciales por lo general son parte del ramo judicial y su jurisdicción emana de su poder judicial. Como señaló la Opinión, las Cortes y tribunales judiciales tienen cierta libertad de acción para desarrollar el derecho y participar en la experimentación jurídica dentro de ciertos límites. Así, en México, antes de la promulgación de normas procedimentales de carácter colectivo, un juez en un juicio de amparo emitió una sentencia que benefició a

43 Pierre-Claude Lafond, « Le recours collectif : entre la commodité procédurale et la justice sociale », 29 R.D.U.S. (1998-99), pp. 8 y 9.

217 personas indígenas de la comunidad Mini Numa, aun cuando “*el juicio solo protege a la persona que solicitó la protección*” y “*la sentencia solo analizaría la constitucionalidad de la ley respecto a la persona que presentó y firmó la demanda de amparo*”.<sup>44</sup>

A pesar de que no existían reglas expresas para las controversias colectivas, un tribunal con jurisdicción judicial falló a favor de una comunidad. Por el contrario, los tribunales arbitrales, cuya competencia deriva del consentimiento de las partes, deben circunscribir sus actuaciones a los límites de dicho consentimiento;<sup>45</sup> por tanto, no pueden actuar como tribunales de equidad, sino como tribunales de *common law* dentro de los límites del consentimiento al arbitraje.

En este sentido, la Opinión subrayó el caso de *Stolt Nielsen S.A. vs. Animal Feed International Corp.*, donde la Corte Suprema de los EE.UU. sostuvo que:

“Un acuerdo tácito para autorizar el arbitraje colectivo... no es un término que el árbitro pueda inferir de la sola existencia del acuerdo de arbitraje celebrado por las partes. Esto se debe a que el arbitraje colectivo cambia la naturaleza del arbitraje a tal grado que no puede presumirse que las partes lo hayan consentido simplemente por el hecho de haber acordado someter sus controversias a un árbitro”.<sup>46</sup>

Además la Corte afirmó que “*los cambios producidos por el cambio de arbitraje bilateral al arbitraje colectivo [son] fundamentales*” y el consentimiento en el arbitraje colectivo no se puede deducir del silencio de las partes.<sup>47</sup> Ahora bien, las afirmaciones anteriores deben ser matizadas, ya que un análisis de “*la disposición de reparación representativa y las razones de orden público*” son las dos áreas en las que el arbitraje colectivo difiere significativamente de otras formas de arbitraje con multiplicidad de partes.<sup>48</sup>

La Opinión consideró que “*las diferencias fundamentales entre las dos modalidades de arbitraje... diferencias que ‘cambian la naturaleza del arbitraje’ y los*

44 La demanda de amparo fue firmada por cuatro miembros de la comunidad que reclamaban acceso a los servicios de salud; sin embargo, no acreditaron que tuvieran poderes para representar a la comunidad. Amparo Administrativo 1157/2007-II, David Montealegre Hernández, et. al. vs. Gobernador et. al. Juez Luis Almazán Barrera, Séptimo Juzgado de Distrito en el Estado de Guerrero, México, Sentencia, 11 de julio de 2008.

45 Opinión parágrafo 147.

46 130 U.S. S.Ct. 1758 (2010).

47 Opinión parágrafo 151.

48 S.I. Strong, “Does Class Arbitration ‘Change the Nature’ of Arbitration? Stolt-Nielsen, AT&T and a Return to First Principles”, 17 *Harvard Negotiation Law Review*, 2012, p. 75. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1791928>

*grandes riesgos a los que la última modalidad expone a los demandados – todo converge para poner de relieve la necesidad de un consentimiento especial...»*<sup>49</sup>

No obstante, la Opinión se basa en la premisa implícita de que la naturaleza del arbitraje puede ser definida y universalmente concertada;<sup>50</sup> por esta razón, no proporciona ninguna motivación específica para sustentar que la naturaleza entre las “*dos modalidades de arbitraje... cambian la naturaleza del arbitraje.*” Un análisis concienzudo sobre la naturaleza del arbitraje bilateral permite concluir que sí existe un cambio y hubiera dado más sustento a tal conclusión. Aunque tal vez, no solo se requiera un consentimiento específico sino un reglamento especial.

Antes de este caso, parece que ningún tribunal había establecido reclamaciones masivas a la luz del derecho internacional, sin un acuerdo especial entre las partes,<sup>51</sup> con excepción de la *United Nations Compensation Commission* (“UNCC”), que fue establecida por el Consejo de Seguridad, en uso de sus facultades extraordinarias y obligatorias para todos los miembros en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas.<sup>52</sup>

## V. Silencio calificado

No obstante que la poetisa nos había advertido desde hace siglos que “... *dirá nada el silencio, porque ése es su propio oficio: decir nada.*” La Decisión consideró que sería contrario al fin del TBI y al espíritu del CIADI, interpretar el silencio como un “silencio calificado (*qualified silence*)” prohibiendo categóricamente los procedimientos colectivos solo porque no se mencionan en el Convenio CIADI. Como sostuvo la poetisa, “... *es necesario ponerle algún breve rótulo para que se entienda lo que se pretende que el silencio diga...*”.

Por regla general, “*el silencio no tiene un significado en sí mismo. No puede hacerse que hable de una manera u otra, a menos que se encuentre rodeado por circunstancias*” que brinden un cierto significado.<sup>53</sup> El silencio del Marco CIADI relativo a los procedimientos colectivos se interpretó como una “laguna”.

49 Opinión parágrafo 153.

50 En el mismo sentido que el caso *Stolt Nielsen*. S.I. Strong, *op.cit.*, nota 48, p. 3.

51 Ver artículo 1° del U.S.-Albania Claims Settlement Agreement en vigor desde el 18 de abril de 1995, disponible en <http://www.justice.gov/fcsc/agree.htm>; Artículo IV del Agreement Between the Government of the U.S. and the Government of the Marshall Islands for the Implementation of Section 177 of the Compact of Free Association, disponible en <http://www.nuclearclaimstribunal.com/177text.htm>

52 Opinión parágrafo 185.

53 Opinión parágrafo 168.

El artículo 44° del Convenio del CIADI dispone que ante el silencio del marco CIADI respecto de una cuestión procesal, que no está sujeta al acuerdo de las partes, el Tribunal resolverá la cuestión. Además, este artículo fue complementado con la Regla 19 de las Reglas de Arbitraje del CIADI, la cual dispone que: “*El Tribunal dictará las resoluciones necesarias para la sustanciación del proceso.*” Por tal razón, el Tribunal tuvo facultades limitadas en virtud del artículo 44° del Convenio CIADI para llenar esta laguna.<sup>54</sup>

Una modificación a las reglas existentes solo puede efectuarse previo acuerdo de las partes, de conformidad con las normas mínimas de un procedimiento justo y en la medida en que las reglas a modificarse no sean obligatorias. En general, el papel de un tribunal no es completar o mejorar el Marco CIADI; en otras palabras, las facultades del Tribunal para subsanar lagunas se limitan al diseño de reglas específicas para hacer frente a problemas específicos que surjan del procedimiento.<sup>55</sup>

Así, resulta importante revisar las reglas de arbitraje, el estado de las acciones colectivas cuando se celebró el Convenio CIADI y la interpretación de los tratados.

## A) Los límites de la experimentación procesal y las reglas de arbitraje

Diversas sentencias del *common law* nos enseñan que las acciones colectivas se derivan de la regla de acumulación de demandantes.<sup>56</sup> Los tratadistas sugieren que ciertas reglas de arbitraje otorgan discrecionalidad a los árbitros para conducir un procedimiento colectivo a través de ciertas referencias a los procedimientos con multiplicidad de partes y otras disposiciones que pueden ser aplicables a los procedimientos colectivos.<sup>57</sup> Como tal, las Reglas de la LCIA (London Court of International Arbitration) brindan a los árbitros “*la más amplia discrecionalidad para el ejercicio de sus obligaciones e imponen el deber de acordar los procedimientos que se adapten a las circunstancias del arbitraje, evitando retrasos o gastos innecesarios, con el fin de procurar medios equitativos y eficiente para resolver definitivamente la controversia existente entre las partes.*”<sup>58</sup> En una

54 Decisión parágrafos. 517-521.

55 *Id.*

56 Ver Pierre-Claude Lafond, *op. cit.*, nota 43, p. 13.

57 Ver artículos 7°-10° del Reglamento de Arbitraje de la CCI vigente a partir del 1 de enero de 2012; artículo 12° del Reglamento de Arbitraje de la CEPANI vigente a partir del 1 de enero de 2005; regla 22.1, de las Reglas de la LCIA vigentes a partir del 1 de enero de 1998, S.I. Strong, *op. cit.*, nota 9, p. 36.

58 S.I. Strong, *op. cit.*, nota 9, p. 36, Rule 14.

forma similar aparece el artículo 17 (1) de las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional):

“... el tribunal arbitral podrá dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado, siempre que se trate a las partes con igualdad y que en una etapa apropiada del procedimiento se dé a cada una de las partes una oportunidad razonable de hacer valer sus derechos. En el ejercicio de su discrecionalidad, el tribunal arbitral dirigirá las actuaciones con miras a evitar demoras y gastos innecesarios y a llegar a una solución justa y eficaz del litigio entre las partes...”<sup>59</sup>

Las “Reglas Procesales del Tribunal” de reclamaciones Irán-EE.UU. establece expresamente en su artículo 1° que “...la iniciación y conducción de los procedimientos ante el tribunal arbitral estará sujeta a las siguientes Reglas del Tribunal que pueden ser modificados por el Tribunal en Pleno o por los dos Gobiernos.” Asimismo, el artículo IV del Acuerdo entre EE.UU. y las Islas Marshall para la Implementación del artículo 177° del Convenio de Libre Asociación establece lo siguiente:

“c) El Tribunal de Reclamaciones tendrá la facultad para acordar autos y otros procedimientos, dictar reglas y acuerdos así como promulgar otras normas de procedimiento, que no sean incompatibles con las leyes de las Islas Marshall y el presente Acuerdo, según sea necesario. Dicha facultad incluirá la facultad de dictar órdenes para la comparecencia de testigos con o sin documentos, y para dictar acuerdos para la disposición de anexos”.<sup>60</sup>

El artículo 38° de las Reglas de la UNCC<sup>61</sup> establece lo siguiente:

- a) En la medida de lo posible, las demandas que tienen cuestiones comunes de hecho o de derecho significativas serán tramitadas conjuntamente.
- b) El panel podrá adoptar procedimientos especiales adecuados a la naturaleza, cantidad y objeto de los tipos particulares de reclamaciones que examine”.

Estas disposiciones permiten a los árbitros resolver un procedimiento colectivo bajo dichas reglas. Por el contrario, la ausencia de disposiciones similares que contemplen específicamente un procedimiento colectivo o una redacción que

59 Reglas de Arbitraje de UNCITRAL adoptadas en 2010.

60 Ver *supra* nota al pie de página 5150.

61 Reglas Provisionales para Procedimientos de Demanda, 26 de junio de 1992 (S/AC.26/1992/10).

pueda ser aplicable a dicho procedimiento, permite a las partes sostener que no consintieron procedimientos colectivos.

El Marco CIADI no comprende disposiciones similares a las anteriormente referidas. Además, la mayoría afirmó que:

“... en el momento de la celebración del Convenio CIADI, los procedimientos colectivos eran casi inexistentes, y aunque algunos debates parecen haber tenido lugar con respecto al arbitraje con multiplicidad de partes, estas discusiones no fueron concluyentes sobre la intención de aceptar o rechazar arbitrajes con multiplicidad de partes, y menos aún en lo que respecta a la admisibilidad de procedimientos colectivos”.<sup>62</sup>

El Tribunal consideró “*indiscutible que el Marco CIADI no contiene referencia alguna a los procedimientos colectivos como una forma posible de arbitraje*”.<sup>63</sup> El Marco CIADI no contiene disposiciones para el arbitraje con multiplicidad de partes,<sup>64</sup> lo que permite inferir que puede estar confeccionado para arbitrajes bilaterales. En igual forma, es dudosa la existencia de una redacción que pueda ser aplicable a los procedimientos colectivos.

No obstante lo anterior, el Tribunal de conformidad con el artículo 44° del Convenio CIADI y la Regla 19 de las Reglas de Arbitraje CIADI llenaron el “silencio” (aun cuando el silencio no tiene un significado en sí mismo) de la Convención en lo que respecta a procedimientos colectivos (considerándolo como una laguna), ya que el Tribunal decidirá tales cuestiones cuando el Marco CIADI no se pronuncie sobre una cuestión procesal.<sup>65</sup>

En cuanto a la facultad del Tribunal por virtud del artículo 44° para subsanar los vacíos que consisten en el diseño de normas específicas para llevar a cabo el procedimiento, la Opinión determinó que las adaptaciones propuestas pueden “*diferir de los procedimientos habituales del CIADI*” y dichas adaptaciones violan los derechos de la Demandada, ya que es un derecho absoluto del debido proceso en cualquier procedimiento tener todos los elementos de la demanda presentada contra ella, examinados por el tribunal, a través del debate adversarial que le da plena oportunidad de impugnar así como refutar estos elementos uno por uno.

62 Decisión párrafo 519.

63 Decisión párrafo 517.

64 La cuestión se planteó durante la redacción del Convenio CIADI, pero permaneció abierta; se debatió durante la última revisión de estas Reglas, pero no se abordó expresamente en el Reglamento revisado de 2006. Opinión para.175. Sin embargo, esto puede ser superado en virtud de otras reglas de arbitraje más favorables a los procedimientos colectivos, como el artículo 1126° del TLCAN (Tratado de Libre Comercio de América del Norte) o una cláusula contractual que permita la acumulación de partes.

65 Decisión párrafos 517-521.

Además, la Opinión cuestiona la forma en que la Decisión restringe el derecho de defensa de la Demandada, en particular, por no tener certeza que el efecto del método de examen y los procedimientos para los derechos de defensa estén limitados, sean relativos, así como su disponibilidad para entrar con toda precisión y detalle a las circunstancias individuales de cada demandante. La Opinión destacó que la privación de los derechos procesales de la Demandada en contra de su voluntad, a fin de dar una mayor protección a la inversión de los demandantes es un equilibrio tendencioso.

En este sentido, la Decisión concluye que las “adaptaciones” de las Reglas de Arbitraje que la Decisión ordena para la resolución del caso son manifiestamente *ultra vires*.<sup>66</sup>

## **B) Imprevisibilidad de las acciones colectivas**

A pesar de que el Marco CIADI presenta incertidumbre en cuanto a la conducción de un procedimiento colectivo, es posible argumentar que las acciones colectivas eran imprevisibles. El silencio del Convenio CIADI respecto a los procedimientos colectivos no es fortuito. A la fecha de celebración del Convenio CIADI, los procedimientos colectivos eran “*casi inexistentes*”.<sup>67</sup> Esto “*demuestra que los procedimientos representativos fueron más allá del horizonte de la previsibilidad de los redactores de la Convención CIADI*”,<sup>68</sup> asimismo, que el marco del CIADI puede no ser adecuado para tales procedimientos. Por lo tanto, no existe fundamento para suponer que los redactores podrían haber concebido un procedimiento colectivo.

Dado que las acciones colectivas eran imprevisibles es posible concluir que esto “*apunta a favor de interpretar que el silencio del Convenio CIADI no se extiende para cubrir ... acciones colectivas*”.<sup>69</sup>

## **C) Interpretación**

La interpretación debe sustentarse en los principios codificados en los artículos 31° y 32° de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

---

66 Opinión párrafos 210-262.

67 Opinión párrafo 165.

68 *Id.*

69 Opinión párrafo 166.

Los principios prescriben iniciar con el sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en su contexto; consecuentemente, guiarse por el objeto y fin del tratado, para aclarar cualquier ambigüedad subsistente, si es necesario.

Estos principios no prescriben ni justifican la invocación del objeto y fin que el Tribunal hizo. De la misma manera, la Decisión constantemente se refirió al “espíritu del Convenio CIADI”; no obstante, la Convención de Viena ni siquiera consagra el término *espíritu*. El Tribunal debería haber tomado en cuenta que la interpretación debe oscilar entre las disposiciones individuales del tratado y la lógica de todas sus disposiciones en su conjunto.<sup>70</sup> Teniendo presente las limitaciones del Marco CIADI, otro resultado se habría obtenido.

## VI. Conclusión

El Profesor Georges Abi-Saab nos advirtió que los tribunales arbitrales no deben actuar como *Chancery Courts* tratando de adaptar las normas cuando el consentimiento al arbitraje y el Marco CIADI lo impiden. En su lugar, él recomienda tener un estricto apego al consentimiento al arbitraje, a las disposiciones del CIADI y del TBI en vigor, evitando adaptaciones innecesarias aun cuando el consentimiento al arbitraje y las disposiciones Marco CIADI no den reparación alguna o sea insuficiente.

A pesar del gran alcance de la Decisión emitida por la mayoría y la Opinión Disidente, ambas pueden considerarse como el despuntar del alba, ya que puede ser demasiado pronto para determinar si el Marco CIADI puede o no resolver procedimientos colectivos. Sin embargo, los árbitros deberán permanecer en el camino de los justos, donde la luz brilla y resplandece hasta que el día alcanza su esplendor.

---

70 David. S. Jonas and Thomas N. Saunders. “The Object and Purpose of a Treaty: Three Interpretative Methods.” V.J.T.L. Vol.43, May 2010, No. 3.

# El concepto de *lis pendens* en el arbitraje comercial internacional

RENÉ IRRA DE LA CRUZ<sup>1</sup>

## I. Introducción

La tramitación de procedimientos paralelos que derivan de los mismos hechos es una problemática que se presenta con relativa frecuencia en los litigios internacionales y que es cada vez más frecuente en el arbitraje internacional.

El incremento de este fenómeno en el arbitraje se debe a que las relaciones comerciales son cada vez más complejas e involucran cada vez a más partes. Las posibilidades son tan variadas que, desde las transacciones económicas singulares como puede ser un contrato de obra, hasta operaciones complejas de tracto sucesivo, como puede ser una inversión extranjera protegida al amparo de un acuerdo bilateral para la promoción y protección de la inversión extranjera (APPRI), pueden dar lugar a disputas que se sean objeto de arbitrajes y litigios separados<sup>2</sup>. No hace falta decir que el tramitar procedimientos paralelos genera un gran riesgo de que se dicten laudos o sentencias judiciales contradictorias lo que, a su vez, dificultará su ejecución. Todo ello impide que se logre uno de los objetivos más preciados del arbitraje internacional: su ejecución internacional

---

1 Socio, Irra Ibarra, S.C. (México). Profesor de derecho internacional y arbitraje de la Universidad Nacional Autónoma de México y profesor invitado de la Universidad París II Panthéon-Assas. El autor desea agradecer la valiosa colaboración de Sofía Lorena Rodríguez García.

2 Rivkin, David W., The impact of Parallel and Successive Proceedings on the Enforcement of Arbitral Awards en Dossier of the ICC Institute of World Business: Parallel State and Arbitral Procedures in International Arbitration, Julio 2005, p. 269.

de manera expedita a través de la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York)<sup>3</sup>.

En este contexto, los tribunales arbitrales se enfrentan cada vez más a cuestiones que involucran el concepto de *lis pendens* o litispendencia<sup>4</sup>. Los escenarios en los que se pueden presentar este tipo de cuestiones involucran procedimientos paralelos que confrontan (i) un tribunal arbitral y un tribunal nacional<sup>5</sup>; (ii) dos tribunales arbitrales<sup>6</sup> y, (iii) un tribunal arbitral y una Corte supra-nacional. Tal como veremos más adelante, existe una diferencia fundamental entre procedimientos paralelos tramitados entre dos tribunales nacionales, por un lado, y entre un tribunal nacional y un tribunal arbitral, por el otro. Incluso, el tratamiento se vuelve más complejo cuando el tribunal arbitral tiene su sede en una jurisdicción distinta a la del tribunal nacional en donde se tramita el procedimiento paralelo.

## II. Consideraciones preliminares

Antes de abordar la problemática que se presenta frente a la tramitación de dos procedimientos que involucran a un tribunal de arbitraje comercial internacional, es importante tener claro en qué consiste (1) el concepto de *lis pendens* y (2) sus características y requisitos, para dilucidar las soluciones que deben plantearse frente a la tramitación de procedimientos paralelos.

### A) *Lis pendens*: concepto

La litispendencia o *lis pendens* es un estado procesal que surge del nacimiento del proceso, que constituye una excepción tendente a evitar la tramitación si-

<sup>3</sup> *Idem*.

<sup>4</sup> Los mecanismos que los tribunales analizan en presencia de procedimientos paralelos son, normalmente, los conceptos de *lis pendens*, conexidad de la causa y *res judicata*, todos con análisis y resultados distintos. En este estudio nos centraremos únicamente en el análisis del concepto de *lis pendens*. Para un análisis sobre la cuestión de conexidad de la causa, ver Rodríguez Jiménez, Sonia, *Conexidad y litispendencia internacional en el derecho internacional privado mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2009; Para un análisis sobre *res judicata* ver, Cremades, Bernardo y Madalena, Ignacio, *Procedimientos paralelos en el arbitraje internacional*, Revista Peruana de Arbitraje, Perú, 6/2008; International Law Association Resolution No. 1/2006, Recommendations on *res judicata* and international arbitration.

<sup>5</sup> Ver caso *Fomento de Construcciones y Contratas SA v Colon Container Terminal SA*, 14 May 2001, ATF 127 III

<sup>6</sup> Para una ilustración, ver caso *Arthur Andersen v Andersen Consulting*, en Elliot Geisinger & Laurent Levy, *Lis alibi pendens in international commercial arbitration*, Complex Arbitrations: Perspectives of their procedural implications (ICC Special Supplement), Paris, 2003, p. 62.

multánea de un segundo proceso entre las mismas partes y en relación con el mismo objeto y causa de pedir, anticipándose, de este modo, a la cosa juzgada<sup>7</sup>.

Literalmente, *lis pendens* ha sido traducido como *litis pendiente*<sup>8</sup>, es decir, la existencia de una disputa planteada ante un foro competente que se encuentra pendiente de resolverse en el momento en que la misma disputa se plantea en un segundo foro que pudiera también resultar competente. En el mismo sentido, el grupo de trabajo de la International Law Association (ILA), en su reporte final *Lis pendens and arbitration*, retomó el concepto de *lis pendens* explicado por James Fawcett en el Reporte del XIV Congreso de la Academia Internacional de Derecho Comparado, quien lo describe como “una situación en la que procedimientos paralelos que involucran las mismas partes y la misma causa de acción, se tramitan en dos diferentes estados al mismo tiempo”<sup>9</sup>.

En palabras de Calvo Caravaca y Carrascosa González, “puede suceder que un mismo asunto, con identidad de objeto, partes y causa, se halle pendiente ante tribunales de Estados miembros distintos: ¿qué tribunal debe conocer del caso y cuál debe dejar de conocer?”<sup>10</sup>. Esta es justamente la interrogante que se plantea cuando estamos en presencia de procedimientos paralelos tramitados ante dos foros distintos. La aplicación del más elemental principio de seguridad jurídica y economía procesal lleva a la conclusión de que un mismo asunto no puede ser decidido en dos instancias paralelas. El resultado: necesariamente una de las instancias involucradas deberá dejar de conocer la disputa. El problema que surge entonces es, por un lado, la determinación de quien debe conocer y quién debe dejar de conocer y, por el otro, quien debe decidir cuál de las instancias involucradas debe continuar conociendo del asunto.

En este contexto, el concepto de *lis pendens* se erige como un principio cuyo objetivo es ser un mecanismo de coordinación entre dos jurisdicciones competentes para evitar así el dictado de resoluciones contradictorias que puedan ser igualmente ejecutables. Este principio procura el más elemental orden procesal y eficiencia al evitar la duplicación que surge al tramitar procedimientos paralelos

7 Serra Domínguez, Manuel, “Litispendencia”, en: Conferencia pronunciada en el Aula Magna de la Facultad de Derecho de La Laguna, en el transcurso de las V Jornadas de Profesores de Derecho Procesal, Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, 1969, pp. 653-656, en Cremades, Bernardo y Madalena, Ignacio, *Procedimientos paralelos en el arbitraje internacional*, Revista Peruana de Arbitraje, Perú, 6/2008, pág. 8.

8 Born, Gary B., *International Commercial Arbitration*, Second Edition, Kluwer Law International 2014), p. 3792.

9 Fawcett, James (ed.), “Declining Jurisdiction in Private International Law”, Report to the XIVth Congress of the International Academy of Comparative Law, Atenas, 1994 (Oxford University Press, Oxford, 1995), p. 27 en International Law Association, *Final Report on Lis Pendens and Arbitration*, Toronto conference, 2006.

10 Calvo Caravaca, A.L. y Carrascosa González, J., *Derecho internacional privado*, 6ª. Ed. España, Comares, vol. I, 2006, p.282 en Rodríguez Jiménez Sonia, *op. cit.* p. 58.

que versan sobre la misma causa, partes y objeto.<sup>11</sup> Pero sobre todo, constituye un principio de equidad y justicia procesal, que en la mayoría de las jurisdicciones se considera parte integrante del orden público<sup>12</sup>, pues tiene vocación de proteger a una parte en contra de la táctica de su adversario de presentar la misma reclamación en múltiples jurisdicciones con la esperanza de que alguna de esas jurisdicciones acoja su pretensión.

Más allá de apreciarse como una mera excepción procesal en los derechos nacionales, el principio de *lis pendens* intenta materializar un principio de economía procesal en aras de proteger una tutela efectiva en el plano internacional<sup>13</sup>. Es por ello que existen autoridades que afirman, incluso, que el principio de *lis pendens* es una regla de derecho internacional consuetudinario o un principio general de derecho, el cual debe ser reconocido en los procedimientos de naturaleza internacional<sup>14</sup>, en especial, en el arbitraje internacional.

La existencia de dos resoluciones ejecutables entraña una evidente problemática pues esta duplicidad tendría como consecuencia, por un lado, la imposibilidad de ejecutar la resolución que concede al demandante el pago de la pretensión reclamada. Por otro lado, si las resoluciones fueron condenatorias, es posible que se abra la posibilidad de una doble ejecución y, en consecuencia, un doble pago.

## B) Requisitos y características de la excepción de *lis pendens*

En cuanto a la determinación de los requisitos y características, haremos un breve comentario sobre las que, a nuestro parecer, son los requisitos esenciales que definen las soluciones que deben plantearse frente a la tramitación de procedimientos paralelos.

En primer lugar, es necesario que existan dos procedimientos en trámite y que no se haya dictado resolución en cuanto al fondo del asunto. Aun cuando pareciera un requisito evidente, es importante constatar el matiz respecto a que, si en uno de los procedimientos ya existe una resolución, será el principio de *res*

11 Hobér, Parallel Arbitration Proceedings – Duties of the Arbitrators, in B. Cremades & J. Lew (eds.), Parallel State and Arbitral Procedures in International Arbitration 243, 253 (2005).

12 *Idem*.

13 Rodríguez, Sonia, fn. 4, p. 109.

14 Reinisch, *The Use and Limits of Res Judicata and Lis Pendens as Procedural Tools to Avoid Conflicting Dispute Settlement Outcomes*, 3 L. & Prac. Int'l Cts. & Tribs. 37, 48 (2004) (citing *Certain German Interests in Polish Upper Silesia*, PCIJ Series A, No. 6, 20 (P.C.I.J. 1926) (referring to “principles generally accepted in regard to litispendance”)), en Born, fn. 8.

*judicata* el que determinará el impacto que tendrá en el procedimiento pendiente, la resolución dictada en el primer procedimiento.

En segundo lugar, se requiere la existencia del llamado “triple test”, en el cual es necesario que exista identidad entre las partes, el objeto y la causa<sup>15</sup>.

El hecho de que tenga que existir esta triple identidad, ha generado que algunos autores califiquen a la litispendencia como “patología jurídica”, sosteniendo que “la pendencia simultánea de varios procesos con idéntico objeto es un fenómeno perteneciente a la patología jurídica y, por tanto, si no puede ser evitado, debe ser eliminado cuando llegue a producirse, estableciéndose al efecto los correspondientes remedios<sup>16</sup>.”

Una ilustración interesante relativa al análisis de identidad de objeto y causa, es el caso *Gubisch*<sup>17</sup> que resolvió el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). El TJUE interpretó el contenido del artículo 21° del Convenio de Bruselas (El Convenio) y, en particular, el contenido de la expresión “mismo objeto y la misma causa”. La cuestión se suscitó en el marco de un litigio entre *Gubisch Maschinenfabrik KG*, con domicilio en Flensburg (República Federal de Alemania), y el señor Palumbo, con domicilio en Roma, cuyo objeto era la validez de un contrato de compraventa. El señor Palumbo había emplazado a la sociedad Gubisch ante el Tribunal de Roma para obtener la declaración de nulidad de dicho contrato, debido a que su propuesta al respecto, había sido revocada antes de que llegara a la sociedad Gubisch para su aceptación. El señor Palumbo solicitaba, a título subsidiario, la anulación del contrato por vicio del consentimiento, y, de no proceder lo anterior, la resolución del contrato, al no haber respetado la sociedad Gubisch el plazo de entrega. La sociedad Gubisch opuso la excepción de incompetencia del Tribunal de Roma en los términos del artículo 21° del Convenio, alegando que, con anterioridad, ella había instado ante el Tribunal comercial de Flensburg el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el señor Palumbo por efecto del mencionado contrato, es decir, el pago de la máquina comprada.

Al respecto, el TJUE determinó que el concepto de litispendencia contemplado por el artículo 21° del Convenio comprende el caso en el que una parte interpone ante un Juez de un Estado contratante una demanda pretendiendo la nulidad o la resolución de un contrato de compraventa internacional, cuando está pendiente ante un Juez de otro Estado contratante una demanda de la parte

15 Rodríguez, Sonia, pág. 19.

16 Vegas Torres, Jaime., *La eficacia excluyente de la litispendencia*, Universidad de La Rioja, REDUR n°0/Junio 2002, disponible en <http://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero0/vegas.pdf>

17 *Gubisch Maschinenfabrik KG. / Palumbo*, ECJ 08.12.1987 - 144/86.

contraria que pretende la ejecución del mismo contrato, pues, por un lado, ambos procedimientos se basaban en la misma “causa”, es decir, en la misma relación contractual. Por otro lado, en cuanto al objeto, aun cuando pareciera que no existía identidad porque un procedimiento versaba sobre la nulidad y el otro sobre la ejecución del contrato, era de considerarse que la fuerza obligatoria del contrato se encontraba en el centro de ambos litigios. De ahí que existía, efectivamente, identidad en el objeto de los litigios, lo que permitió al TJUE determinar que sí existía una cuestión de *lis pendens* en dicho caso.

En tercer lugar, se requiere que los procedimientos paralelos se tramiten en foros que pudieran ser igualmente competentes para conocer del fondo de la disputa<sup>18</sup>, lo que obliga a que uno de ellos suspenda su procedimiento en favor de la otra instancia competente. Una anotación relevante es que el tribunal que conoció en primer lugar del asunto (ya sea arbitral o estatal) no puede requerir, solicitar o imponer al segundo que deje el desarrollo del proceso abierto ante éste último. No puede ser de otra forma porque los tribunales que pudieran resultar competentes no tienen una posición jerárquica uno respecto del otro y, menos aun cuando se trata de jurisdicciones nacionales distintas<sup>19</sup>. Aun cuando el primer tribunal pueda informar al segundo respecto de la existencia de un procedimiento diverso en trámite, corresponde a cada tribunal determinar de conformidad con el derecho nacional que los rige, si suspenden, sobreseen o continúan con el procedimiento paralelo.

Una ilustración de lo anterior es la decisión emitida en el caso *SPP v Egipto*<sup>20</sup>. En la decisión preliminar de jurisdicción, el tribunal estableció la siguiente premisa: “cuando las jurisdicciones de tribunales independientes que no tengan ninguna relación cubran la misma disputa, no existe regla de derecho internacional que impida a cualquiera de ellos ejercer su jurisdicción. Sin embargo, en el interés del orden judicial internacional, cualquiera de los tribunales puede, de manera discrecional y por una cuestión de deferencia internacional, suspender el ejercicio de su jurisdicción hasta que el otro tribunal emita su decisión”<sup>21</sup>.

Para establecer un punto de comparación, el foro que se enfrente a una situación de *lis pendens* en jurisdicciones de *common law* cuenta con un poder inherente para suspender su procedimiento, si es que su continuación puede dar lugar a la causación de una injusticia<sup>22</sup>. Este principio se subsume en la aplica-

18 Born, Gary B., fn. 8, p. 3792.

19 Rodríguez Jimenez, fn. 4, p. 73.

20 *Southern Pacific Properties v. Egypt, Decisión de jurisdicción 1 en ICSID Case No.ARB/84/3 de 27 de noviembre de 1985*, 3 ICSID Rep. 112, 129 (1995).

21 *Idem*, parr. 85.

22 Fawcett, p. 11.

ción de un mecanismo más amplio para evitar la tramitación de procedimientos paralelos conocido como *forum non conveniens*<sup>23</sup>. Al analizar si una Corte debe suspender su procedimiento en favor de otra jurisdicción que ya está conociendo del mismo asunto, ésta verificará que no exista abuso de proceso por la parte que ha intentado el procedimiento paralelo<sup>24</sup>. Ello sin que necesariamente se tenga que respetar la regla temporal, a través de la cual, el segundo procedimiento es el que necesariamente debe suspenderse en favor del primero.

En los países de *civil law*, el análisis es distinto, pues se respeta la regla temporal a través de la cual el primer procedimiento continuará y, de verificarse una situación de *lis pendens*, será el segundo procedimiento el único sujeto a suspensión a favor del primero<sup>25</sup>.

### III. Procedimientos paralelos: posibles soluciones

Suponiendo entonces que existan procedimientos paralelos en los que se actualice una situación de *lis pendens*, podemos vislumbrar los siguientes escenarios, independientemente de que se traten de tribunales nacionales o tribunales arbitrales<sup>26</sup>: i) el foro A puede declinar jurisdicción y/o suspender su procedimiento, ii) el foro A puede compeler al foro B a suspender su procedimiento, iii) ambos procedimientos pueden continuar y habrá que atender a las reglas de *res judicata* para evitar resoluciones contradictorias, iv) adopción de algún mecanismo para que las partes se desistan de uno de los procedimientos.

Ahora bien, el tratamiento de la cuestión difiere significativamente si se trata de procedimientos paralelos tramitados entre (1) un tribunal arbitral y un tribunal nacional y (2) dos tribunales arbitrales.

#### A) Procedimiento arbitral frente a un procedimiento judicial

Generalmente, el escenario se plantea de dos formas: (i) el demandante inicia un arbitraje y el demandado, posteriormente, presenta su demanda ante un tribunal nacional o, (ii) una parte inicia un procedimiento ante una Corte nacional y la otra parte inicia, posteriormente, el procedimiento arbitral.

23 Fawcett, p. 29.

24 A través de los mecanismos *forum non conveniens*, *lis alibi pendens* o *abuse of process* o suspensión del procedimiento hasta el dictado de una resolución en el foro internacional.

25 Born, fn. 8, p. 3799.

26 ILA Final Report on *Lis Pendens* and Arbitration, Toronto conference, 2006.

En principio, no puede afirmarse que exista realmente una cuestión de *lis pendens* en procedimientos paralelos que involucran a un tribunal nacional y a un tribunal arbitral. La razón es relativamente simple: el principio de *lis pendens* parte de la base de que ambos foros pueden resultar igualmente competentes para conocer del fondo de la disputa<sup>27</sup>, lo que conduciría a que uno de ellos decida no continuar con su procedimiento por razones de equidad, eficiencia, orden y justicia procesal o, incluso, deferencia competencial internacional, tomando en consideración los efectos preclusivos que pueda tener la primer resolución que se dicte en el segundo procedimiento (en virtud del principio de *res judicata*)<sup>28</sup>.

Así, en presencia de un convenio arbitral válido, no puede alegarse que existan dos foros competentes para conocer de una misma disputa. El convenio arbitral válido confiere jurisdicción exclusiva a los árbitros para resolver la disputa, excluyendo expresamente la jurisdicción del tribunal nacional, siempre y cuando la controversia se encuentre dentro del ámbito de dicho convenio arbitral. El arbitraje sería el foro contractualmente acordado y competente para resolver las disputas que surjan entre las partes<sup>29</sup>. En este caso, no habría conflicto de jurisdicciones, pues el convenio arbitral determinaría con precisión el alcance de la jurisdicción arbitral y la estatal respecto de una relación jurídica.

### ***1. ¿Jurisdicción arbitral exclusiva?: suspensión de procedimientos judiciales***

En este supuesto, la suspensión del procedimiento judicial en favor del arbitraje sería una solución consistente con el artículo II(3) de la Convención de Nueva York y con el artículo 6° de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (Ley Modelo). En dichos artículos se reconoce prioridad al tribunal arbitral para decidir sobre su propia competencia, a menos que la convención de arbitraje sea nula, ineficaz o inaplicable:

“El Tribunal de uno de los Estados contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable”.

La solución adoptada por la Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1961 es muy similar. El artículo VI(3) de dicha Convención

<sup>27</sup> *Supra*, 2.2.

<sup>28</sup> Born, Gary, fn. 8, p. 3792.

<sup>29</sup> Born, Gary, fn. 8, p. 3793.

prevé que si una parte a un procedimiento arbitral inicia un procedimiento judicial, la Corte del Estado contratante que tenga que resolver sobre el mismo conflicto entre las mismas partes que contienden en el procedimiento arbitral, deberá suspender su propio procedimiento hasta que el laudo final sea dictado, salvo que exista una buena razón para no hacerlo.

Esta solución es también consistente con la adoptada por numerosos países en sus derechos nacionales<sup>30</sup>, las cuales establecen claramente las reglas de coordinación que deben seguirse entre un tribunal nacional y un tribunal arbitral. De este modo, el árbitro tendrá jurisdicción exclusiva para conocer de la disputa y un juez nacional solo podrá sostener su jurisdicción, aún en presencia de un convenio arbitral, si la disputa se refiere a casos en que no puedan ser resueltos por vía de arbitraje (por ejemplo, porque la controversia escapa al ámbito de aplicación del convenio arbitral) o porque el convenio arbitral sea nulo, ineficaz o inaplicable.

Sin embargo, aún queda sin responder si la comprobación que el juez tiene que realizar de la nulidad, ineficacia o de la ejecución imposible de la convención tenga que ser *prima facie* o, por el contrario, deba hacer una comprobación exhaustiva.

El supuesto se complica un poco más cuando el tribunal arbitral tiene su sede en una jurisdicción distinta de aquélla en la que se tramita el procedimiento paralelo, pues puede darse el caso que las leyes procesales de los dos países en cuestión lleven a resultados contradictorios.

En este caso tampoco se considera que el principio de *lis pendens* cobre aplicación puesto que, en primer lugar, la Convención de Nueva York impone la obligación internacional a los tribunales de los Estados contratantes de remitir a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, cuando se le someta un litigio respecto del cual las partes hayan celebrado un acuerdo de arbitraje válido<sup>31</sup>.

---

30 En el caso europeo podemos citar los siguientes: Francia: artículo 1448° NCPC; Inglaterra: sección 9 Arbitration Act; Suiza: Artículos 7° y 186° LDIP; Alemania: Artículo 1040° ZPO. Para el caso de países latinoamericanos: Bolivia: Artículo 32°, Inciso I de la Ley N° 1770 de Arbitraje y Conciliación; Brasil: Artículo 8° de la Ley Brasileña de Arbitraje; Costa Rica: Artículo 37° de la Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social. Núm. 7727; Colombia: Numeral 2 del Artículo 147° del Decreto 1818 de 1998; Chile: Artículo 16° Núm. 1 de la Ley 19.971; Ecuador: Artículo 22° de la Ley de Arbitraje y Mediación de 1997; El Salvador: Artículo 51° de la Ley de Mediación Conciliación y Arbitraje de El Salvador; España: Artículo 22° de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado; Guatemala: Artículo 21° de la Ley de Arbitraje contenida en el Decreto 67-95; Honduras: Artículo 60° de la Ley de Conciliación y Arbitraje, contenida en el Decreto 161-2000; México: Artículo 1424° del Código de Comercio; Nicaragua: Artículo 42° de la Ley 540; Panamá: Artículo 17° del Decreto Ley Núm. 5 del 8 de julio de 1999; Perú: Artículo 41° de la Ley Peruana de Arbitraje; Portugal: Artículo 21°, Núm. 1 de la Ley de Arbitraje Voluntaria; República Dominicana: Artículo 20° de la Ley de Arbitraje Comercial Núm. 489-08 y Venezuela: Artículo 5° de la Ley de Arbitraje Comercial.

31 Artículo II(3) Convención de Nueva York.

En segundo lugar, no debe perderse de vista que la aplicación del principio de *lis pendens* no justifica que un tribunal arbitral deba suspender o dejar de resolver cuestiones jurisdiccionales que le han sido sometidas en presencia de un procedimiento paralelo tramitado ante un juez nacional. La resolución

de un juez nacional de una jurisdicción distinta de la sede del arbitraje que resuelva cuestiones jurisdiccionales, no puede tener efectos preclusivos en el arbitraje<sup>32</sup>. La justificación de esta afirmación se desprende del mismo razonamiento previo. Si la Convención de Nueva York establece una obligación internacional para que los tribunales nacionales remitan al arbitraje la disputa que les es sometida en presencia de un convenio arbitral válido, la decisión jurisdiccional de un tribunal nacional sería una intrusión en cuestiones reservadas expresamente a la competencia de los árbitros<sup>33</sup>. Así lo han establecido numerosos tribunales nacionales<sup>34</sup> y tribunales arbitrales<sup>35</sup>.

Sobre los efectos preclusivos de una resolución judicial frente al arbitraje, un tribunal constituido de conformidad con las reglas de la CCI con sede en Suiza, confrontado a procedimientos paralelos tramitados ante tribunales franceses resolvió que “[en cuanto] a las acciones iniciadas por el demandante frente a tribunales franceses, estas son completamente independientes de la acción ejercitada en el arbitraje. El tribunal arbitral, en el marco de un arbitraje internacional, no está vinculado por las decisiones de esas jurisdicciones, considerando, además, que el tribunal debe aplicar para su decisión una ley diferente, la suiza”<sup>36</sup>.

32 Perret, *Parallel Actions Pending Before An Arbitral Tribunal and A State Court: The Solution Under Swiss Law*, in *Arbitral Tribunals or State Courts: Who Must Defer to Whom?* 65, 72-73 (ASA Spec. Series No. 15/2001).

33 Born, Gary, fn. 8, p. 3782.

34 *Karaha Bodas Co. v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara*, 364 F.3d 274 (5th Cir. 2004); *Telenor Mobile Communications AS v. Storm LLC*, 524 F.Supp.2d 332, 341, 343 n.8, 344-50 (S.D.N.Y. 2007); Judgment of 21 September 1999, *Repub. of Indonesia v. Himpurna Cal. Energy Ltd (Bermuda)*, XXV Y.B. Comm. Arb. 469 (Hague Arrondissementsrechtbank) (2000); *Karaha Bodas Co. LLC v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara*, XXVIII Y.B. Comm. Arb. 752 (H.K. Ct. First Inst. 2003) (2003), en Born, fn.8, p. 3782.

35 *Laudo ICC No. 10623*, 21 ASA Bull. 59 (2003); *Laudo ICC No. 5294*, XIV Y.B. Comm. Arb. 137 (1989); *Laudo parcial ICC No. 4862*, en S. Jarvin, Y. Derains & J.-J. Arnaldez (eds.), *Collection of ICC Arbitral Awards 1986-1990* 508-09 (1994).

36 ICC N° 141140, Laudo final, 2007, *Collection of ICC Arbitral Awards 2008-2001*, Kluwer Law International, ICC Publications. El texto original es el siguiente: « [quant aux] actions entamées par le Demandeur devant de différentes juridictions françaises [elles] sont tout à fait indépendantes de la action en arbitrage. Le Tribunal arbitral, qui siège dans un arbitrage international, n’est pas lié par les décisions de ces juridictions, compte tenu aussi du fait qu’il doit appliquer pour sa décision au fond une loi différente, la loi suisse. »

## ***2. Suspensión del procedimiento arbitral frente a un procedimiento judicial***

Pensemos en el supuesto en que existen procedimientos paralelos relacionados y el procedimiento tramitado ante el juez nacional no está sujeto a arbitraje. Una ilustración es cuando las partes deciden que todo lo relativo a la interpretación y cumplimiento de un contrato será sometido a arbitraje y todo lo relativo a la terminación de dicho contrato será competencia de un juez nacional<sup>37</sup>.

En caso de que se tramiten procedimientos paralelos que provengan de los mismos hechos, puede ser que ambos foros sean competentes para conocer de las reclamaciones que le son sometidas y, por tanto, puede darse el caso de tener resoluciones contradictorias. ¿El árbitro estaría obligado a suspender el arbitraje hasta que el juez dicte resolución en su procedimiento?

Para resolver esta cuestión, el árbitro deberá hacer un análisis de *case-management*, más que de *lis pendens*, porque, en estricto sentido, no habría traslape de competencias entre juez y árbitro, pues el convenio arbitral establecería con precisión qué tipo de reclamación es competencia de cada foro. Habría entonces que analizar caso por caso la conveniencia de solicitar al árbitro la suspensión del procedimiento arbitral hasta que el procedimiento relacionado tramitado ante la Corte nacional sea resuelto, si es que este último trata cuestiones de fondo que serían relevantes para la resolución de la cuestión de fondo sometida al tribunal arbitral.

## **3. Cuestiones jurisdiccionales y *lis pendens***

En el contexto planteado y a pesar de las razones que justifican la inaplicabilidad del concepto de *lis pendens*, es posible que este principio pueda tener una aplicación limitada cuando existen alegaciones jurisdiccionales relativas a la validez o aplicación del convenio arbitral. Las razones que podrían llevar a una parte a iniciar legítimamente un procedimiento paralelo ante un tribunal nacional incluyen que esta considere (i) que no haya acuerdo de arbitraje; (ii) que el acuerdo de arbitraje es nulo, ineficaz o de imposible ejecución; (iii) que el acuerdo haya expirado o de algún modo haya terminado; (iv) que la disputa no es arbitrable o, (v) que la disputa no queda comprendida en el ámbito de aplicación del acuerdo arbitral<sup>38</sup>.

---

37 Este ejemplo se puede encontrar en la contratación pública en México, en donde un árbitro puede conocer de las disputas que deriven de los contratos de obra pública excepto todo aquello relativo a la rescisión administrativa y la terminación anticipada de los contratos (Artículo 98° de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas).

38 ILA Interim Report “*Res judicata*” and arbitration, Berlin Conference, 2004, p. 4.

En este caso, preliminarmente ambos foros (el arbitral y el judicial) serían competentes para dilucidar las cuestiones jurisdiccionales. Antes de que alguno de ellos emita una resolución al respecto podría plantearse la aplicación del principio de *lis pendens*. No obstante, habría que atender a las reglas de procedimiento que resulten aplicables para determinar la viabilidad de la aplicación de dicho principio, así como las reglas que definan quién tiene prioridad para pronunciarse sobre las cuestiones jurisdiccionales, si el árbitro o el juez<sup>39</sup>, tal como analizamos en párrafos anteriores<sup>40</sup>.

#### 4. El caso *Fomento*

Uno de los ejemplos más claros e ilustrativos respecto del análisis de procedimientos paralelos y *lis pendens* ha sido el caso *Fomento*<sup>41</sup>, tramitado en Suiza, el cual ha motivado muchos comentarios, tanto por los razonamientos planteados como por los efectos que produjo.

Los hechos relevantes del caso son los siguientes. Colón Container Terminal (Colón), empresa panameña, contrató a Fomento de Construcciones y Contratas (FCC), empresa española, para construir un puerto en Panamá, incluyendo en el contrato una cláusula de arbitraje CCI con sede en Ginebra. Surgida la disputa, FCC demandó a Colón ante los tribunales de Panamá y Colón no opuso a tiempo la excepción de incompetencia, derivada de la existencia de la cláusula de arbitraje en el Contrato. El juez de primera instancia en Panamá resolvió que Colón no había opuesto a tiempo la excepción de incompetencia de conformidad con las normas procesales panameñas, lo que implicaba una renuncia al convenio arbitral<sup>42</sup> y, por tanto, confirmó su jurisdicción para conocer de la disputa. Colón apeló el fallo y la Corte de apelación lo revocó, confirmando que el asunto debía ser remitido al arbitraje.

Después del fallo panameño de primera instancia, Colón inició un arbitraje CCI, de conformidad con las reglas FIDIC que regían el contrato. El arbitraje

39 Puesto que existen jurisdicciones en las que el árbitro tiene la prioridad para pronunciarse sobre cuestiones jurisdiccionales, ver fn. 30.

40 *Supra*, 3.1.1.

41 *Fomento de Construcciones y Contratas SA v Colon Container Terminal SA*, 14 mayo 2001, en Vulliemin, Jean Marie, *Litispendance et compétence internationale indirecte du juge étranger*; Note - ATF 127 III 279, 279, [2001] ASA Bulletin 544.

42 El artículo 1414° del Código judicial panameño establece: “1414. *El otorgamiento del compromiso o la existencia de la cláusula compromisoria impedirán a los Jueces y Tribunales conocer de la controversia sometida al proceso arbitral producirán la incompetencia.(sic) Sin embargo, de común acuerdo pueden las partes desistir por escrito del arbitraje, antes de iniciarse el proceso. Se presume el acuerdo, si formulada por una parte la demanda ante Juez común, no se alega mediante incidente por la otra el compromiso dentro del término del traslado*”.

tendría su sede en Ginebra y el derecho aplicable al fondo sería la ley panameña. El procedimiento se registraría por el reglamento de la CCI y, subsidiariamente, por la Ley federal de procedimiento civil panameña. Como era de esperarse, FCC objetó la competencia del tribunal y opuso la excepción de *lis pendens*.

En el laudo parcial, el tribunal confirmó su jurisdicción, tomando en consideración lo resuelto por la Corte de apelación panameña, bajo el argumento de que el hecho de que Colón hubiera opuesto la excepción de arbitraje, aunque de manera tardía, revelaba la inexistencia de cualquier renuncia de Colón al convenio arbitral contenido en el contrato. De igual modo, el tribunal arbitral desestimó la excepción de *lis pendens* afirmando que este principio no es aplicable al arbitraje internacional y cuyas consecuencias, es decir, la suspensión del procedimiento, deben ser concedidas bajo consideraciones de oportunidad de conformidad con la ley federal de procedimiento civil. Para el tribunal arbitral, las decisiones judiciales panameñas constituían elementos que determinaban el derecho nacional pero no podían considerarse como actos de poder público susceptibles de imponerse al tribunal arbitral con sede en Suiza.

Por su parte, la Suprema Corte panameña revocó la sentencia de apelación, sosteniendo que el derecho de Colón para oponer la excepción de arbitraje había precluido y, por tanto, la decisión del juez nacional de declararse competente para conocer de la disputa era correcta.

El laudo por el que el tribunal arbitral con sede en Suiza se declaraba competente fue impugnado ante el Tribunal Federal suizo. El Tribunal Federal anuló el laudo de jurisdicción y estableció que un tribunal confrontado a tal situación debe aplicar el principio de *lis pendens*, al tratarse de una cuestión de jurisdicción y no de discreción, pues, al menos en Suiza, las cuestiones de *lis pendens* quedan comprendidas dentro del orden público que un tribunal arbitral con sede en dicho país está obligado a respetar. Así, el tribunal arbitral que se encuentre en una situación similar debe considerar tres factores: (i) si ambos procedimientos se refieren a las mismas partes y a los mismos puntos litigiosos; (ii) si la Corte extranjera rendirá su resolución respecto a la jurisdicción en un tiempo razonable y, (iii) si la decisión de la Corte extranjera puede ser ejecutada, en este caso, en Suiza. Según el Tribunal Federal, el mecanismo de *lis pendens* tiene como función evitar el riesgo de tener dos resoluciones ejecutables circulando en el mismo país, lo cual sería contrario al orden público suizo.

Por otra parte, el Tribunal Federal estableció que, para el caso de que las cuestiones jurisdiccionales se presenten de manera paralela ante un juez nacional y un tribunal arbitral, ningún foro tiene prioridad para resolver dichas cuestiones. Por virtud de la aplicación del principio de *lis pendens* y la regla temporal “prime-

ro en tiempo, primero en derecho”, el segundo procedimiento debe suspenderse hasta que se dicte resolución en el primer procedimiento.

Dado que el tribunal arbitral no siguió el análisis anterior y no suspendió el procedimiento hasta que se dictara una resolución definitiva en el procedimiento judicial, la Corte anuló el laudo jurisdiccional del tribunal arbitral.

El impacto que tuvo el caso *Fomento* en el derecho suizo fue tal, que motivó una reforma que adicionó el artículo 186° de la Ley de Derecho Internacional Privado suiza para quedar como sigue<sup>43</sup>: “[el árbitro] resolverá sobre su propia competencia sin importar que una acción con el mismo objeto y entre las mismas partes se encuentre pendiente en otro tribunal estatal o arbitral, salvo si existen motivos serios que requieran la suspensión del procedimiento”<sup>44</sup>.

La solución adoptada por el legislador suizo después de la jurisprudencia *Fomento* es consistente con las recomendaciones de la ILA, que comentaremos en párrafos posteriores. Estas recomendaciones sugieren que un tribunal arbitral deberá continuar con el procedimiento que le ha sido encomendado de conformidad con el principio *competence-competence* aun cuando la misma cuestión esté pendiente de resolverse ante un tribunal nacional<sup>45</sup>.

## B) Procedimientos paralelos entre tribunales arbitrales

### 1. *Lis pendens* y procedimientos relacionados en arbitraje comercial internacional

En el caso de procedimientos paralelos, los casos más comunes a los que se puede enfrentar un tribunal de arbitraje comercial internacional son de tres tipos. El primero, en el que una parte inicia un segundo arbitraje al amparo de la misma cláusula arbitral, en contra de la misma parte, demandando las mismas pretensiones que en el primer procedimiento ya iniciado. Tal podría ser el caso de un demandante que inicia un segundo procedimiento en aras de constituir un tribunal arbitral más cercano a sus preferencias<sup>46</sup>. En este caso sí habría una situación de *lis pendens* y el segundo tribunal debería considerar aplicar estos

43 Baizeau, Domitille, *Modification de l'article 186 de la LDIP suisse : procédures parallèles et litispendance, clarification du législateur après la jurisprudence Fomento*, Les cahiers de l'arbitrage, Gazette du Palais, No 2007/1, Paris.

44 Traducción libre: « [l'arbitre] statue sur sa propre compétence sans égard à une action ayant le même objet déjà pendante entre les mêmes parties devant un autre tribunal étatique ou arbitral, sauf si des motifs sérieux commandent de suspendre la procédure ».

45 Baizeau, fn. 43, p. 22 ; ILA Final Report on *Lis Pendens* and Arbitration, Toronto conference, 2006.

46 ILA Final Report on *Lis Pendens* and Arbitration, Toronto conference, 2006, p. 22.

principios según el análisis que hemos desarrollado para, por un lado, evitar el riesgo de tener laudos contradictorios y, por el otro, limitar este tipo de práctica no deseable.

El segundo supuesto contempla varias hipótesis que pueden ser: (i) dos procedimientos tramitados entre las mismas partes, pero al amparo de dos acuerdos de arbitraje relacionados que forman parte de la misma operación económica; (ii) las partes en ambos procedimientos, aunque estén íntimamente ligadas, no son exactamente las mismas; (iii) las prestaciones que se reclaman, aunque no sean las mismas y deriven de los mismos hechos, están relacionadas o íntimamente ligadas. En este supuesto, aun cuando no se trate de una cuestión precisa de *lis pendens*, el segundo tribunal deberá analizar las circunstancias del caso para que, en un ejercicio de *case management*, determine si debe continuar con su procedimiento o debe esperar a que se resuelvan, en el primer procedimiento, cuestiones que puedan ser relevantes para dictar su laudo.

El tercer supuesto se refiere a procedimientos que surjan de una inversión extranjera, materializada a través de un contrato que contenga un acuerdo de arbitraje. Este esquema puede dar lugar al ejercicio de una acción por violación contractual frente a un tribunal de arbitraje comercial y a una acción por violación al APPRI (Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones) correspondiente frente a un tribunal de arbitraje de inversión.

En todo caso, los tribunales pueden enfrentarse a la problemática de la falta de normas específicas que guíen la decisión de los árbitros cuando se enfrentan a cuestiones de *lis pendens* frente a otro tribunal arbitral. Aun cuando los instrumentos internacionales contengan reglas específicas para el caso de procedimientos paralelos entre un tribunal arbitral y un tribunal nacional de la misma sede, desafortunadamente no es el caso cuando se trata de dos tribunales arbitrales cuyos procedimientos se confrontan<sup>47</sup>.

De inicio, la disposición más relevante de la Convención de Nueva York para el caso de procedimientos paralelos es el artículo II(3). Sin embargo, dicho artículo prevé únicamente la obligación de los tribunales nacionales de remitir al arbitraje en presencia de un acuerdo arbitral válido, por lo que no tendría relevancia para resolver un caso de *lis pendens* entre dos tribunales arbitrales.

Por otro lado, el artículo 8° de la Ley Modelo, prevé una situación similar a la del artículo II(3) de la Convención de Nueva York. En palabras de Erk, esta disposición constituye el principio opuesto al postulado por la doctrina de

---

47 Tal como lo afirmó el tribunal del caso SSP v Egipto, fn. 20.

*lis pendens*<sup>48</sup>, puesto que el mismo parte del reconocimiento de la jurisdicción arbitral exclusiva en presencia de un acuerdo de arbitraje válido, por lo que tampoco da ninguna luz a los tribunales arbitrales al respecto. Del mismo modo, el Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL<sup>49</sup> no contiene ninguna disposición relativa a procedimientos paralelos, salvo el artículo 23 (3) que permite a un tribunal arbitral continuar con su procedimiento y dictar un laudo no obstante cualquier impugnación de su competencia pendiente ante un tribunal nacional.

## **2. Procedimientos paralelos: arbitraje comercial y arbitraje de inversión**

Cuando un tribunal de arbitraje comercial se enfrenta a la existencia de un procedimiento paralelo ante un tribunal de arbitraje de inversión, es muy poco probable que se pueda presentar una situación de *lis pendens*. Aunque el objetivo de nuestro análisis se centra en la perspectiva del tribunal de arbitraje comercial, es necesario sentar algunas premisas relevantes que lo distinguen del arbitraje de inversión.

El patrón en el que normalmente se presentan estas controversias es el siguiente: un inversionista extranjero contrata con el Estado a través de una filial o vehículo social en dicho Estado. En la eventualidad de una controversia, el inversionista demandante puede optar por (i) ejercitar una acción por violación contractual (ante tribunales nacionales o de arbitraje comercial, en caso de que el contrato contenga un acuerdo de arbitraje) o (ii) ejercitar una acción por violación al APPRI correspondiente, que será conocida por un tribunal de arbitraje de inversión constituido al amparo de dicho APPRI.

Las formas más usuales de procedimientos paralelos que involucran arbitrajes de inversión se presentan de la siguiente manera: (i) un tribunal nacional y un tribunal de arbitraje de inversión<sup>50</sup>; (ii) dos tribunales de arbitraje de inversión tramitados al amparo de dos APPRIs diferentes<sup>51</sup> y, (iii) dos tribunales de inversión que, aunque conozcan de distintas disputas, les sea sometida una cuestión idéntica<sup>52</sup>.

48 Nadja Erk, *Parallel Proceedings in International Arbitration: A Comparative European Perspective*, International Arbitration Law Library, Volume 30, p. 111.

49 En la versión de 2013 que incluye el nuevo artículo 1° párrafo 4.

50 *Enron Corp. and Ponderosa Assets LP v. The Argentine Republic*, ICSID No. ARB/01/3, Decisión de jurisdicción, 2 de agosto de 2004, párr. 23.

51 *CME y Ronald Lauder v Czech Republic: CME v. Czech Republic*, laudo parcial 13 de septiembre 2001, párr. 412.

52 En el caso SGS, se planteó a dos tribunales la misma cuestión respecto al alcance y efecto de la cláusula paraguas (*umbrella clause*) contenida en el tratado relevante: *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID No. ARB/01/13, Decisión de jurisdicción 6 de agosto de 2003, párr. 190;

Para prevenir procedimientos paralelos, los APPRI contienen normalmente, entre otras herramientas, una cláusula conocida como *fork in the road*. A través de esta provisión, el inversionista demandante debería escoger el foro en el cual planteará su reclamación en contra del Estado, para así evitar la duplicidad de procedimientos. No obstante, algunos comentaristas concluyen que esta disposición tiene muy pocos efectos prácticos, pues su aplicación no ha sido reconocida por los tribunales de arbitraje constituidos al amparo de un APPRI<sup>53</sup>. Aun cuando cada tratado tiene su propia redacción, las cláusulas *fork in the road* tiene los siguientes elementos comunes: “*Si una disputa no puede ser resuelta amistosamente, el nacional o compañía de que se trate podrá elegir presentar su disputa ante: (a) los tribunales o instancias administrativas de la Parte que es parte en la controversia; (b) de conformidad con cualquier procedimiento de solución de disputas acordado previamente o; (iii) de conformidad con el párrafo [X, que normalmente prevé el arbitraje obligatorio]*”<sup>54</sup>.

Para el aspecto que nos interesa, y a pesar de que el APPRI en cuestión contenga una cláusula de este tipo, es muy difícil que pueda existir una situación de *lis pendens* en estricto sentido, entre un arbitraje comercial internacional y un arbitraje de inversión, por falta de identidad en las partes y/o en las reclamaciones. Aunque el análisis debe hacerse caso por caso, la situación más común en que se presentan las controversias de esta naturaleza es la siguiente.

Pensemos que la sociedad vehículo local (controlada por un inversionista extranjero) incluye una cláusula de arbitraje comercial en el contrato por el que se materializa la inversión extranjera. Surgida la controversia, el demandante tendría dos posibilidades: (i) iniciar un arbitraje comercial en contra de su contraparte contractual, fundándose en el acuerdo arbitral contenido en el contrato o, (ii) iniciar un arbitraje de inversión fundándose en una violación por el Estado en cuestión a alguna obligación sustantiva contenida en el APPRI. De iniciarse ambos, no se cumplirían los requisitos de *lis pendens* para justificar suspender alguno de ellos.

Ello porque existiría una distinción sustancial en las reclamaciones que se presenten en ambos procedimientos. Por un lado, en el arbitraje comercial, el demandante reclamaría prestaciones contractuales, derivadas del incumplimiento a las obligaciones contenidas en el mismo. En la mayoría de los casos, las partes

---

*SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Phillipines*, ICSID No. ARB/02/6, Decisión de jurisdicción 29 de enero 2004.

53 Friedman, Mark, *Related dispute resolution regimes: parallel proceedings in BIT arbitration*, International arbitration 2006: Back to Basics?, ICCA Congress Series 2006, Montreal, volumen 13, p. 548.

54 Texto del APPRI Estados Unidos de Norteamérica y la República de Argentina, disponible en [www.unctad.org/Sections/dite/ia/docs/bits/argentina\\_us.pdf](http://www.unctad.org/Sections/dite/ia/docs/bits/argentina_us.pdf)

serían el vehículo local de inversión que demandaría a su contraparte contractual, que podría ser una entidad estatal, una municipalidad o cualquier otra autoridad del Estado, pero nunca el propio Estado.

Por otro lado, para que el demandante esté en aptitud de iniciar un arbitraje de inversión, la reclamación debe consistir en una violación por parte de dicho Estado a una obligación internacional sustantiva contenida en el APPRI. Aquí, las partes en el procedimiento serían el inversionista extranjero (ya no el vehículo contractual local) y el propio Estado. Como vemos, de iniciarse ambos procedimientos de arbitraje, no se cumplirían los requisitos de identidad de partes y acciones para que pueda alegarse la aplicación del principio de *lis pendens*. En el ámbito del arbitraje de inversión, los requisitos para que se dé un caso de *lis pendens* son los mismos que hemos desarrollado en párrafos anteriores, tal como lo estableció el tribunal en el caso *Benevenuti & Bonfant Ltd. v. Congo*<sup>55</sup>: “sólo podría existir un caso de *lis pendens* cuando exista identidad de partes, objeto y causa de pedir en los procedimientos pendientes ante ambos tribunales”<sup>56</sup>.

Respecto al requisito de identidad de causa de pedir o pretensión, existen muchos precedentes que establecen la distinción de “reclamos contractuales” y “reclamos al amparo de un APPRI”<sup>57</sup> cuando se enfrentan cuestiones de procedimientos paralelos. Un ejemplo es el caso *Azurix v. Argentina*<sup>58</sup>, en el que el tribunal rechazó un argumento de aplicación de cláusula *fork in the road* y estableció que “[como los] reclamos contractuales son distintos de los reclamos al amparo de tratados internacionales, incluso si existió un recurso a tribunales ordinarios por incumplimiento de contrato, ello no habría impedido la presentación de las reclamaciones por violaciones al tratado en un arbitraje... Tanto las partes como las acciones<sup>59</sup> fundadas en instrumentos separados son diferentes”<sup>60</sup>. Por otro lado, en el procedimiento de anulación del laudo en el caso *Vivendi*<sup>61</sup> el tribunal estableció que “una acción ejercitada al amparo de un tratado no es la misma que una acción contractual; aquélla requiere la existencia de una conducta claramente contraria al estándar contenido en el tratado correspondiente”<sup>62</sup>.

55 *Benevenuti & Bonfant Ltd. v. The Government of the People's Republic of the Congo*, 21 ILM (1982) en Friedman, fn. 53, p. 549.

56 *Idem*, citado en el caso *Azurix Corp., v. Argentina Republic*, ICSID No. ARB/01/12, Decisión de jurisdicción 8 de diciembre de 2003, en Friedman, fn. 53, p. 550.

57 Friedman, fn. 53.

58 *Azurix Corp., v. Argentina Republic*, ICSID No. ARB/01/12, Decisión de jurisdicción 8 de diciembre de 2003,

59 Refiriéndose a las partes en las acciones ejercitadas en los procedimientos por violaciones contractuales.

60 *Azurix Corp.*, fn 58, párr. 88-89.

61 *Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. and Vivendi Universal v. Argentine Republic*, ICSID No. ARB/97/3.

62 *Idem*, Decisión de anulación de 3 de julio 2002, en Friedman fn. 53, p. 551.

Dado que la distinción existente entre la acción contractual (cuya competencia sería el tribunal de arbitraje comercial) y la acción al amparo de un APPRI (cuya competencia sería el tribunal de arbitraje de inversión), ha quedado bien establecida en el ámbito internacional<sup>63</sup>, dichos tribunales no pueden considerarse como foros igualmente competentes para conocer de una determinada disputa. Por ello, no se cumplen los requisitos para que un tribunal de arbitraje comercial internacional suspenda su procedimiento por la tramitación de un procedimiento paralelo ante un tribunal de arbitraje constituido al amparo de un APPRI.

Las circunstancias a analizar por parte del tribunal de arbitraje comercial podrían ser, en todo caso, cuestiones de *case management*.

Como hemos visto, no existen reglas determinadas que guíen a los tribunales de arbitraje comercial internacional cuando se enfrenten a procedimientos paralelos. Por ello, el grupo de trabajo de la ILA emitió una serie de recomendaciones sobre la aplicación del concepto de *lis pendens* por parte de tribunales arbitrales, a fin de contribuir a que exista una mayor previsibilidad y consistencia en las decisiones que tribunales de arbitraje comercial emitan.

### 3. Soluciones propuestas

Las soluciones propuestas por la ILA intentan hacer una transposición de los principios que rigen el principio de *lis pendens* contenidos en los derechos nacionales, así como en los instrumentos internacionales, considerando los precedentes que han impactado la práctica arbitral.

En primer lugar, la ILA retoma el corolario de la competencia del tribunal arbitral<sup>64</sup> así como la falta de efectos preclusivos de una resolución extranjera en el arbitraje<sup>65</sup> y sugiere que, en principio, si el tribunal se considera *prima facie* para conocer del asunto, debe continuar con el mismo y determinar su propia competencia sin importar que exista algún procedimiento paralelo, ya sea en un tribunal nacional o en otro tribunal arbitral<sup>66</sup>.

Para el caso de que exista una petición de una parte para que el tribunal decline jurisdicción o suspenda su procedimiento bajo la alegación de un proce-

63 Para un estudio profundo sobre el tema, ver Tawil, Guido, *Related dispute resolution regimes: parallel proceedings in BIT arbitration*, International arbitration 2006: Back to Basics?, ICCA Congress Series 2006, Montreal, volumen 13p. 492-544; *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi, A.S. v Islamic Republic of Pakistan*, ICSID No. ARB/03/29, Decisión de jurisdicción 4 de noviembre de 2005, párr. 148.

64 Referir al principio *Competence-Competence* párrafos arriba.

65 *Supra*, 3.1.1.

66 Recomendación 1, International Law Association, Final Report on *Lis Pendens* and Arbitration, Toronto conference, 2006.

dimiento paralelo tramitado en otro tribunal arbitral, habría que distinguir si se cumplen las condiciones para que exista una verdadera situación de *lis pendens*, es decir, que se cumpla con el test de triple identidad. En este caso, se sugiere que el tribunal analice el riesgo de que existan decisiones contradictorias y, de considerarlo, se suspenda el procedimiento en las condiciones y por el tiempo que estime conveniente. Lo anterior siempre que (i) no esté impedido para hacerlo de conformidad con el derecho aplicable; (ii) parezca que el otro tribunal tiene jurisdicción para conocer de la disputa y, (iii) que no se cause un perjuicio material a la parte que se opone a la suspensión del procedimiento<sup>67</sup>.

La solución es muy similar cuando se trate de procedimientos paralelos que se refieren a cuestiones que, sin ser exactamente las mismas, están íntimamente ligadas, lo cual no genera, en estricto sentido, una discusión de *lis pendens*. El Comité de estudio de la ILA considera que el tribunal arbitral cuenta con facultades para suspender su procedimiento por razones de eficiencia, justicia y orden procesal, aun cuando las condiciones de *lis pendens* no se cumplan estrictamente<sup>68</sup>. Así, el tribunal al que se le solicita la suspensión deberá atender a cuestiones de *case management* (para evitar decisiones contradictorias, evitar duplicación de procedimientos y tácticas dilatorias) y decidir si es conveniente suspender su procedimiento siempre que (i) no esté impedido para hacerlo de conformidad con el derecho aplicable; (ii) \*esté convencido de que el resultado del procedimiento paralelo es relevante para la decisión de procedimiento y, (iii) no se cause ningún perjuicio material a la parte que se opone a la suspensión<sup>69</sup>.

## IV. Conclusiones

Los precedentes relativos al análisis del principio de *lis pendens* desde la perspectiva del tribunal arbitral son tan escasos y contradictorios entre sí, que no representan la afirmación de una práctica generalizada que pueda ser considerada como una norma transnacional aplicable al arbitraje internacional<sup>70</sup>. El origen de esta divergencia de apreciación y de resultados se debe a varias razones. En primer lugar, a la manera en que este principio es regulado y aplicado en los diferentes derechos nacionales y tradiciones jurídicas que pueden converger en un arbitraje internacional.

67 Recomendación 5, ILA Final Report on *Lis Pendens* and Arbitration, Toronto conference, 2006.

68 ILA Final Report on *Lis Pendens* and Arbitration, Toronto conference, 2006, p. 5.11.

69 Recomendación 6, ILA Final Report on *Lis Pendens* and Arbitration, Toronto conference, 2006.

70 Reichert, Douglas, *Problems with parallel and duplicative proceedings: the litispendence principle in international arbitration*, Arbitration International, 1992, Volume 8, Issue 3, pp. 237 – 256.

En segundo lugar, a que los derechos nacionales establecen, con meridiana claridad, las reglas de coordinación entre un tribunal nacional y un tribunal arbitral con sede en la misma jurisdicción. No obstante, las legislaciones son omisas en cuanto a la decisión que debe tomar un tribunal arbitral confrontado a (i) un procedimiento judicial en una sede distinta o, (ii) a otro procedimiento arbitral. Tampoco existe una norma de derecho internacional que resuelva la dualidad de procedimientos desde la perspectiva del tribunal de arbitraje comercial. De esta manera, el árbitro debería decidir discrecionalmente si continúa o suspende su procedimiento frente a un procedimiento paralelo, siempre que sea competente para ello.

Por ello, la necesidad de identificar los principios comunes de la práctica existente en procedimientos paralelos que involucran a un tribunal arbitral y definir los límites de esta facultad discrecional es evidente. Ello procura la eficiencia y seguridad, no solo del arbitraje internacional, sino del sistema global de solución de conflictos que los actores económicos actuales tienen a su disposición.

# Revisión judicial de laudos arbitrales de inversión: propuestas para navegar la zona de penumbra entre jurisdicción y admisibilidad<sup>1</sup>

LUIS MIGUEL VELARDE SAFFER<sup>2</sup>  
JONATHAN W. LIM<sup>3</sup>

## I. Introducción<sup>4</sup>

En marzo de 2014, la Corte Suprema de Estados Unidos dictó sentencia en el muy esperado caso de *BG Group v. Argentina*. Esta fue la primera vez en que un laudo arbitral en un arbitraje de inversión llegó a la Corte Suprema para su revisión. Y aunque la Corte ya había considerado la cuestión de si los tribunales o los árbitros tienen la última palabra en cuanto al cumplimiento de precondiciones para arbitrar una disputa, nunca había tenido la ocasión de considerar tal cuestión en el contexto de un arbitraje internacional entre partes no estadounidenses. Siendo un caso de muchos “primeros”, *BG Group* fue una oportunidad bien recibida para que la Corte Suprema ofreciera orientación sobre el alcance de la revisión judicial de decisiones arbitrales referidas a si precondiciones para el arbitraje de inversión han sido satisfechas o pueden ser dispensadas.

---

1 Los autores agradecen a Aurora Sánchez Palacio por su ayuda con la versión castellana de este artículo.

2 Luis Miguel Velarde Saffer es abogado graduado con honores por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Es Máster en Leyes (LL.M.) por la Universidad de Harvard y actualmente es Investigador Visitante del British Institute for International and Comparative Law (BIICL).

3 Jonathan W. Lim es abogado graduado con honores por la Universidad Nacional de Singapur. Es Máster en Leyes (LL.M) por la Universidad de Harvard y actualmente es Asociado del Departamento de Disputas Internacionales de Wilmer Cutler Pickering Hale & Dorr LLP.

4 Un previo artículo relacionado, escrito antes de que la Corte Suprema de Estados Unidos dictara sentencia en el caso *BG Group*, fue publicado en *Transnational Dispute Management* el 6 de enero de 2014.

El centro de atención era una muy criticada sentencia del Tribunal de Apelación de Washington D.C., la cual anuló un laudo arbitral de 185 millones de dólares en favor de BG Group. La controversia inicial surgió como consecuencia de las medidas de emergencia adoptadas por la República de Argentina a final de 2001. BG Group, una compañía del Reino Unido, poseía una importante inversión en una compañía argentina de distribución de gas. Debido a que las acciones del gobierno habían puesto en peligro la inversión de BG Group, esta compañía inició un procedimiento arbitral ante CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional) contra Argentina, de acuerdo con el artículo 8° del Tratado Bilateral de Inversión celebrado por Argentina y Reino Unido (TBI). A pesar de que los artículos 8 (1) y 8 (2) del TBI establecen que el inversionista debe iniciar un procedimiento judicial ante los tribunales del Estado receptor durante 18 meses antes de presentar su demanda arbitral, BG Group inició el procedimiento arbitral sin haber recurrido a los tribunales argentinos previamente. No obstante lo anterior, el tribunal arbitral consideró que la demanda arbitral era admisible porque Argentina, mediante sus propias acciones, había unilateralmente imposibilitado o dificultado el acceso a sus Cortes. En el arbitraje, el tribunal decidió a favor de BG Group y el laudo arbitral fue posteriormente confirmado por el tribunal de distrito del Distrito de Columbia, el cual argumentó que había que dar deferencia a la decisión arbitral.

En apelación, el Tribunal de Apelación del Distrito de Columbia decidió en favor de Argentina y dejó el laudo sin efecto, estableciendo que (i) la Corte tenía autoridad para resolver *de novo* la cuestión de “arbitrabilidad”; y en consecuencia, que (ii) la Corte carecía de jurisdicción, ya que BG Group debía comenzar el procedimiento judicial ante las Cortes argentinas y esperar 18 meses antes de iniciar el arbitraje<sup>5</sup>.

La Corte Suprema de Estados Unidos predeciblemente revocó la sentencia del Tribunal de Apelación del Distrito de Columbia, aunque el modo en que llegó a este resultado fue quizá menos predecible<sup>6</sup>. La mayoría, encabezada por el Juez Breyer, determinó que el prerequisite de litigar ante los tribunales nacionales era una cuestión procesal de arbitrabilidad, ya que era similar a la regla de “tramitación de reclamaciones” que establece *cuándo* el deber de arbitrar surge y no *si* dicho deber existe. En base a dicho argumento, y postulando que no existe razón para interpretar tratados de forma diferente a los contratos ordinarios, la Corte aplicó un estándar de revisión judicial deferencial y ratificó el laudo. La Juez Sotomayor emitió un voto particular concurriendo en la decisión, pero

5 República de Argentina v. BG Group PLC, 665 F.3d 1363, 1371 (D.C. Cir. 2012).

6 República de Argentina v. BG Group PLC, 572 U. S. \_\_ (2014).

expresando su desacuerdo con el *dictum* de la mayoría de que la estipulación expresa de “condiciones de consentimiento” en un tratado probablemente no cambiaría el análisis de la Corte. Ni siquiera el voto particular disidente afirmó la sentencia recurrida, y en su lugar recomendó la remisión del caso al Tribunal de Apelación del Distrito de Columbia. En este voto particular, los Jueces Roberts y Kennedy argumentaron que la sumisión de la disputa a los tribunales nacionales era una condición para la formación del acuerdo de arbitraje, enfatizando el carácter de Estado soberano de la Argentina y la diferencia entre tratados y contratos ordinarios.

## II. Jurisdicción vs. admisibilidad: el argumento sobre consentimiento

La cuestión central en apelación fue si, en el contexto de un arbitraje de inversión, los tribunales estadounidenses deben prestar deferencia a las decisiones de los árbitros sobre prerequisites para arbitrar una disputa, o si pueden decidir tales controversias *de novo*. En otras palabras, la cuestión no era simplemente si un inversionista podía presentar una demanda de arbitraje válidamente sin haber cumplido con el prerequisite de litigar localmente establecido por el Tratado en cuestión, sino si son los árbitros o las Cortes quienes tienen la última palabra en cuanto a dicha cuestión. Esta es una meta-cuestión relacionada con la distribución de responsabilidades entre Cortes y árbitros.

La solución a tal meta-cuestión tiene un impacto fundamental sobre si las partes reciben el proceso que negociaron y si, en consecuencia, el proceso de arbitraje de inversión es reconocido como legítimo y efectivo<sup>7</sup>. El reto yace en identificar correctamente si una controversia presenta una cuestión de jurisdicción, la cual las Cortes pueden decidir *de novo*, o si se trata de una mera cuestión de admisibilidad, donde ha de darse deferencia a la decisión de los árbitros<sup>8</sup>. A pesar de que algunos casos son claros, la mayoría de comentaristas está de

7 Un autor explica que: “[d]ecisiones de las cortes que no respetan las normas de jurisdicción pueden ser invalidadas por la pertinente autoridad. Pero si las partes han consentido sobre la jurisdicción de un determinado tribunal, las decisiones de éste sobre admisibilidad de demandas debe ser firme. La clasificación de cuestiones de admisibilidad como jurisdiccionales por error puede por tanto resultar en una extensión injustificada de los motivos para impugnar laudos, y frustrar las expectativas de las partes de que su disputa sea decidida por el tribunal neutral elegido”. Jan Paulsson, “Jurisdicción y Admisibilidad”, en Gerald Aksen y otros (eds), *Reflexiones Globales sobre Derecho Internacional, Comercio y Resolución de Disputas: Liber Amicorum* en Honor de Robert Briner 601, 601 (CCI Publicaciones 2005) [en adelante “Paulsson”].

8 Un modo de hacer esta distinción conceptualmente es: las objeciones jurisdiccionales se relacionan con el poder de los árbitros para decidir la disputa, mientras que las objeciones de admisibilidad se relacionan con la demanda misma, independientemente de quién toma la decisión.

acuerdo en que existe una “zona de penumbra” de casos difíciles, es decir, un espectro de casos difíciles que resisten una sencilla clasificación. El caso BG Group es interesante precisamente porque pertenece a esta zona.

Bajo la ley de arbitraje en vigor en Estados Unidos, la distribución de roles entre tribunales y árbitros se realiza bajo el concepto de “arbitrabilidad”<sup>9</sup>. En relación con la cuestión de la “arbitrabilidad”, los tribunales estadounidenses han de preguntarse si la voluntad de las partes es someter dichas cuestiones a arbitraje o a los tribunales. En respuesta a esta cuestión, la línea de precedente iniciada por *Howsam*<sup>10</sup> distingue entre cuestiones de “arbitrabilidad sustantiva” (es decir, jurisdicción) y “arbitrabilidad procesal” (es decir, admisibilidad): las Cortes pueden revisar *de novo* laudos sobre la primera, pero deben brindar deferencia a los laudos en el segundo caso. Bajo esta dicotomía en Derecho estadounidense, la Corte Suprema ha determinado que “las condiciones que preceden a una obligación a arbitrar” son “procesales” y por tanto se presume que los árbitros deben decidir sobre ellas<sup>11</sup>. Sin embargo, a pesar de esta aparentemente inequívoca clasificación, los argumentos presentados en el caso BG Group ponen en tela de juicio la asunción de que “las condiciones precedentes” siempre han de ser tratadas por las Cortes como “procesales” por naturaleza.

Los artículos relevantes del TBI mediante entre Reino Unido y Argentina son los artículos 8 (1) y 8 (2) de la cláusula de resolución de disputas, que estipulan<sup>12</sup>:

- “1) Las controversias relativas a una inversión que surjan, dentro de los términos de este Convenio, entre un inversionista de una Parte Contratante y la otra Parte Contratante, que no sean dirimidas amistosamente, serán sometidas a solicitud de cualquiera de las partes en la controversia a la decisión del tribunal competente de la Parte Contratante en cuyo territorio la inversión se realizó.
- 2) Las controversias arriba mencionadas serán sometidas a arbitraje internacional en los siguientes casos:

9 Éste es un uso confuso – el que cuestiones de entrada vayan a ser decididas por jueces o por árbitros – ya que está en oposición al consenso internacional acerca del significado de “arbitrabilidad,” que normalmente se entiende referido a “arbitrabilidad de la materia controvertida” o, en otras palabras, límites de orden público sobre las materias que pueden ser sometidas a arbitraje. La ley modelo de CNUDMI refleja este significado de “arbitrabilidad”.

10 *Howsam v. Dean Witter Reynolds, Inc.* 537 U.S. 79 (2002).

11 *John Wiley & Sons, Inc. v. Livingston*, 376 U.S. 543 (1964).

12 *Supra* nota 3.

- a) a solicitud de una de las partes, en cualquiera de las circunstancias siguientes:
  - (i) cuando, luego de la expiración de un plazo de dieciocho meses contados a partir del momento en que la controversia fue sometida al tribunal competente de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión, dicho tribunal no haya emitido una decisión definitiva;
  - (ii) cuando la decisión definitiva del tribunal mencionado haya sido emitida pero las partes continúen en disputa;
- b) cuando la Parte Contratante y el inversionista de la otra Parte Contratante así lo hayan convenido”.

En un inteligente planteamiento, Argentina había caracterizado el requisito de litigación nacional como una condición para su consentimiento al arbitraje. Así, se estableció que dicha litigación constituía una condición para la existencia de un acuerdo de arbitraje, en lugar de un prerrequisito para el cumplimiento de la obligación de arbitrar (lo cual presume un acuerdo de arbitraje válido). Este análisis efectivamente modifica los términos del debate, ya que la validez o existencia de un acuerdo de arbitraje está contemplada, bajo la regulación en vigor, como una cuestión de “arbitrabilidad sustantiva”. El análisis de Argentina supone que la Corte debe decidir si solo existe consentimiento para arbitrar cuando los prerrequisitos que requieren litigación en el foro nacional hayan sido satisfechos, o si el consentimiento de los Estados tiene lugar una vez el Tratado ha sido celebrado.

Sin negar la lógica interna del argumento de Argentina, tal vez exista una peligrosa circularidad en él. Si la Corte Suprema hubiera aceptado la proposición de Argentina, hubiera abierto la puerta a que los demandados pusieran objeciones basadas en falta de consentimiento cada vez que un requisito procesal no sea cumplido, sin importar su trivialidad. Ello explica la aparente obsesión de la Corte Suprema durante los argumentos orales con cómo el requisito de que algo “se presente en papel azul” debe ser analizado, y si ello puede también dar lugar a una objeción basada en la falta de consentimiento si los documentos se presentaron en papel blanco<sup>13</sup>. Aunque obviamente una *reduction ad absurdum*, demuestra que el argumento de Argentina amenaza con rechazar la sistematización establecida por la actual jurisprudencia estadounidense, sin proponer ninguna alternativa mejor.

13 Véase la transcripción del argumento oral, BG Group PLC v. República Argentina (Corte Suprema de los Estados Unidos, 2 Dic 2013), en 21, 31, 51.

El análisis de Argentina simplemente esquiva la cuestión de cómo deben ser distribuidas las responsabilidades entre tribunales y árbitros. Si la propuesta de Argentina hubiera sido aceptada, en cualquier caso en que una parte alegara falta de consentimiento, los tribunales revisarían la excepción *de novo*, decidiendo si el consentimiento había sido prestado o no. Si el tribunal decide que había consentimiento al arbitraje, los prerequisites serían cuestiones de mera “arbitrabilidad procesal” y debería prestarse deferencia a la decisión de los árbitros. Por otra parte, si el tribunal estima que no había consentimiento, los árbitros se habrían equivocado al asumir jurisdicción y el tribunal habría de confirmar la anulación del laudo. En breve, un tribunal podría alcanzar la decisión que quisiera a través de un examen de la cuestión *de novo*. Pero, sin embargo, ello presume la respuesta a la meta-cuestión presentada ante en tribunal en primer lugar, esto es, si debe brindar deferencia a la decisión de los árbitros. La propuesta de Argentina, por tanto, favorece anticipadamente una revisión *de novo*.

Este debate demuestra lo difícil que resulta distinguir entre cuestiones de jurisdicción y de admisibilidad en la “zona de penumbra”. A diferencia de aquellos casos claramente situados hacia el lado de admisibilidad (como plazos de prescripción y la doctrina de los actos propios), y aquellos otros que sin duda caen dentro de jurisdicción (como la validez del acuerdo de arbitraje), los casos en la “zona de penumbra” son difíciles de clasificar. En tales casos, la concepción estadounidense, que se centra en la voluntad de las partes respecto a quién debe tener la última palabra respecto a cuestiones de “arbitrabilidad” resulta irrealista, ya que normalmente las partes no consideraron tal cuestión. En ausencia de voluntad expresa de las partes, trazar la línea entre jurisdicción y arbitrabilidad recae en la incierta base de las intenciones presuntas de las partes, lo cual deja demasiada discreción a los tribunales para decidir un caso *de novo*, pudiendo frustrar el mecanismo de resolución de disputas elegido por las partes.

### III. Orientación existente para navegar la “zona de penumbra”

No es sorprendente que BG Group sea un caso en “zona de penumbra”, dada la profusión de *amicus curiae* recibidos en favor de ambos contendientes. El artículo 8° del TBI entre Argentina y Reino Unido es inusual en cuanto requiere el recurso a los tribunales nacionales, a la vez que estipula que las decisiones de dichos tribunales no serán finales y que un inversor podrá recurrir a arbitraje si está insatisfecho con el veredicto del tribunal o han pasado 18 meses sin haberse emitido sentencia. Debido a la estipulación que permite el recurso

a arbitraje transcurrido un plazo, esta cláusula no alcanza a ser una exigencia de agotar los remedios a nivel nacional, la cual es comúnmente considerada como jurisdiccional por naturaleza<sup>14</sup>. Por otro lado, a diferencia de las cláusulas de resolución de disputas multietapas que requieren mediación previa u otros intentos de resolución de la controversia, y que han sido considerados en los Estados Unidos como cuestiones de admisibilidad, el artículo 8° requiere previo recurso a los tribunales nacionales de Argentina, es decir, a un foro muy distinto con poderes resolutorios.

La jurisprudencia y la doctrina proponen diversos tests para analizar la “zona de penumbra”, pero desafortunadamente tales tests son imprecisos en el caso de BG Group. En *John Wiley*, la Corte tomó en consideración cuan vinculados están la satisfacción del prerequisite y el fondo del asunto controvertido<sup>15</sup>. La Corte estimó que “sería una regla curiosa la que requiriera que cuestiones interrelacionadas de ‘fondo’ y ‘proceso’ con origen en una misma disputa y presentando dudas en relación a los mismos hechos tuvieran que ser determinadas en dos foros distintos, uno decidiendo después del otro”. Aplicando este razonamiento a BG Group, los mismos hechos que dieron lugar a la disputa (las medidas de emergencia adoptadas por Argentina) son prácticamente inseparables de los hechos en los que el tribunal arbitral se basó para excusar a BG Group del cumplimiento del requisito de litigación nacional. Ello apoya la interpretación de que la satisfacción del requisito es una cuestión de admisibilidad.

Otro test, no obstante, apunta en la otra dirección. Jan Paulsson ha sugerido que la “relevancia para la naturaleza del foro” de la objeción es una pauta prometedora para determinar si una cuestión es jurisdiccional o de admisibilidad<sup>16</sup>. En otras palabras, la cuestión es “si el éxito de la objeción necesariamente niega el consentimiento al foro” (énfasis añadido)<sup>17</sup>. Teniendo en cuenta que el prerequisite en BG Group consiste en el recurso a los tribunales argentinos, la objeción de Argentina en este caso está efectivamente dirigida a determinar cuál es el foro competente para el caso. Bajo este test, por tanto, es posible argumentar que la objeción tiene carácter jurisdiccional. Sin embargo, el resultado opuesto también puede ser defendido bajo el test de Paulsson. Debido a que el artículo

14 Véase Paulsson, supra nota 5, en 616. Véase también *Maffezini v España*, Decisión sobre Jurisdicción, 25 Enero 2000, par. 38 et seq., 40 ILM 1129 (2001). De hecho, el artículo 26° de la Convención de Washington explícitamente establece que en caso de arbitrajes ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), los Estados pueden requerir el agotamiento de los remedios nacionales “como condición de su consentimiento al arbitraje” [en adelante “Convención de Washington”].

15 *John Wiley*, supra nota 9, en 556.

16 Paulsson, supra nota 5, en 616.

17 *Ibid.*

8° autoriza al inversionista a presentar una demanda de arbitraje transcurrido cierto plazo, la objeción de Argentina no niega necesariamente el consentimiento al foro arbitral para decidir la disputa. Si éste es el caso, entonces se trataría de una cuestión de admisibilidad.

#### IV. Propuestas de los autores

A pesar de que la opinión mayoritaria decidió el caso *BG Group* correctamente al clasificar el prerrequisito de litigación nacional como una cuestión procesal de admisibilidad, las opiniones de los Jueces no ofrecen mucha orientación sobre cómo decidir futuros casos en “zona de penumbra”. La opinión de la mayoría es formalista en su aplicación del Derecho de contratos tradicional (sin matices), y en su equiparación de dichas precondiciones como reglas de tramitación de reclamaciones, el análisis de la mayoría no consigue apreciar la calidad y naturaleza del prerrequisito, en concreto, la elección de las partes de recurrir al foro judicial en primer lugar – lo cual es cualitativamente diferente a periodos de espera o prescripción. Por otra parte, el voto particular disidente da demasiado crédito al argumento de Argentina sobre consentimiento, y puede ser sometido a crítica por su circularidad, ya que no provee orientación sobre cómo identificar verdaderas condiciones de consentimiento en casos futuros.

Aunque esto enfatiza que el ejercicio de trazar la línea en los casos de la “zona de penumbra” no es fácil, una orientación clara es necesaria para la resolución de futuros casos difíciles de forma consistente. Por ello, los autores realizan dos contribuciones a la posible racionalización de casos difíciles en la “zona de penumbra,” y en particular, a cómo debe entenderse el caso *BG Group*.

En primer lugar, se sugiere que una solución específica para el caso *BG Group* podría haberse basado en la particular forma y estructura de la cláusula multietapas de resolución de disputas del TBI entre Argentina y Reino Unido. A pesar de que la decisión de la mayoría se basa en un análisis detallado del artículo 8° y sus estipulaciones, aquella descansa en el argumento formalista de que los prerrequisitos están relacionados con el tiempo antes que con la existencia de la obligación. Este análisis erra al no conceder la debida atención a la *calidad* y *naturaleza* del prerrequisito. Debería haberse hecho una adecuada distinción entre un prerrequisito que requiere el previo recurso a un foro judicial capaz de tomar una decisión firme y vinculante, y un prerrequisito que requiere recurso a un foro no-judicial o no-vinculante. En el último caso, aplicable en *BG Group*, como “todos los caminos llevan al arbitraje” puede concluirse que hay consenti-

miento a que el tribunal arbitral decida la disputa. Por el contrario, en el primer caso, la disputa puede resolverse de forma firme y vinculante en el foro judicial, y por tanto el consentimiento a arbitraje puede entenderse como condicionado por el previo recurso al foro judicial. Por ejemplo, un prerequisite de litigación nacional del tipo del artículo 8°, pero sin la posibilidad de apelar la decisión del tribunal nacional (existe la posibilidad de que las Cortes locales emitan una decisión vinculante), sería jurisdiccional. Bajo este análisis, la piedra angular para decidir si la litigación nacional es un prerequisite para la propia existencia del acuerdo de arbitraje es la forma de la cláusula: si tiene forma de “pirámide”, de modo que todos los caminos llevan al arbitraje en la cúspide, o de “tenedor”, de manera que las partes pueden someterse a más de un foro capaz de proveer una resolución vinculante y firme al conflicto.

En segundo lugar y alternativamente, una resolución mas amplia del caso *BG Group* podría haberse alcanzado mediante la adopción de una presunción general de que las partes, en ausencia de estipulación expresa sobre las condiciones de consentimiento, han consentido incondicionalmente al arbitraje. Esta regla de sentido común se sustenta en sólidas razones de orden público, especialmente cuando se trata de arbitrajes de inversión. Cuando los Estados firman un Tratado que estipula arbitraje, es razonable suponer que han deseado que árbitros expertos en Derecho internacional resuelvan sus disputas. Como la determinación de la naturaleza y satisfacción de los requisitos de arbitraje generalmente supone interpretar tratados de acuerdo con Derecho internacional, y el consentimiento de un Estado soberano es materia de Derecho internacional público, tiene sentido presumir que un tribunal arbitral con experiencia en Derecho internacional es el órgano adecuado para resolver tales disputas. La nombrada presunción es consistente con la Convención de Viena, que resulta aplicable a la cláusula de arbitraje en el TBI<sup>18</sup>. En línea con la orientación textualista de la Convención, la cual requiere una estricta adherencia al texto del tratado por encima de la voluntades de las partes no expresadas<sup>19</sup>, la regla propuesta restringiría interpretaciones creativas por parte de Cortes y árbitros en casos difíciles.

Tanto la opinión mayoritaria como los votos particulares parecen obviar esta realidad. La primera, al analizar tratados como si fuesen contratos ordinarios, ignora algunas buenas razones para creer que las partes podrían haber querido que los árbitros tuvieran la última palabra al interpretar tratados de inversión. El voto disidente asume lo mismo en relación a la experiencia comparativa de los

18 Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, 23 de Mayo de 1969, 1155 U.N.T.S. 331 [en adelante “Convención de Viena”].

19 Véase artículo 31° de la Convención de Viena.

árbitros. Pero los árbitros en arbitrajes de inversión, normalmente son elegidos por su particular pericia en inversión o en Derecho internacional, y es razonable presumir que están en mejor posición para interpretar los prerequisites contenidos en el texto del tratado.

Adicionalmente, la regla propuesta por los autores trae numerosos beneficios para el sistema de arbitraje en su conjunto. Si las partes solo pueden oponer objeciones cuando el consentimiento está condicionado expresamente, se contribuiría a crear un proceso más eficiente de “adjudicación en una parada” para disputas relacionadas con inversiones. Una regla tan clara también proveería mayor certeza y predictibilidad. Además, esta regla general conlleva un menor riesgo de que se emitan decisiones erróneas. Ya que es posible que la revisión de decisiones arbitrales sobre disputas de inversión surja ante los tribunales nacionales mucho tiempo después de que el tratado en cuestión haya sido celebrado, puede ser que haya poca información disponible para que el tribunal determine e interprete los hechos de la disputa. Por contraposición, un tribunal arbitral se constituye en un momento más cercano a la controversia, y tiene la ventaja de haber tenido a la vista directamente la evidencia relevante al caso. Finalmente, tal regla general no sería costosa para los Estados, quienes pueden negociar fácilmente e incluir el texto relevante en sus TBIs. En base a un simple análisis de coste-beneficio, por tanto, los autores favorecen y proponen la adopción de una presunción general de consentimiento incondicionado de las partes al arbitraje.

## V. Conclusión

En definitiva, la sentencia en el caso *BG Group v. Argentina*, a pesar de ser bien recibida, no otorga gran claridad. La sentencia no resuelve la cuestión de qué constituye una real condición de consentimiento, y provee escasa orientación sobre cómo analizar futuros casos en los que los prerequisites del tratado estén redactados de manera diferente.

Casos en “zona de penumbra” como *BG Group* probablemente tendrán lugar en el futuro. En efecto, considerando que las inversiones y transacciones transfronterizas se siguen proliferando, es probable que aparezca mayor diversidad en la forma y estructura de las cláusulas de arbitraje. Con poca información disponible para interpretar la voluntad de las partes, y teniendo en cuenta que los abogados se vuelven más creativos y sofisticados en sus argumentaciones, existe un riesgo de aparición de sentencias contradictorias emitidas por Tribunales arbitrales y Cortes. Las partes pueden verse desprovistas del proceso de

resolución de disputas que negociaron. Esta incertidumbre inminente acerca de si los laudos arbitrales son firmes o no, puede poner en riesgo la propia legitimidad del sistema.

Las propuestas de los autores intentan evitar esta desafortunada realidad proponiendo una clara y ordenada aproximación al problema de la distribución de responsabilidades de Cortes y árbitros. En particular, la propuesta de presumir un consentimiento incondicional a arbitrar incentivará a las partes a adoptar cláusulas de arbitraje más claras. Esta propuesta está en línea con las expectativas de las partes, y no es demasiado costosa porque las partes pueden excluirla fácilmente.

## Las *anti-suit injunctions* en materia arbitral en América Latina

JAMES GRAHAM<sup>1</sup>

Las *injunctions*, y en particular las *anti-suit injunctions*, son herramientas tradicionales del Common Law, y comparables a las órdenes judiciales del sistema de Derecho Civil. Las *anti-suit injunctions* tienen por propósito, a solicitud de una parte, ordenar a la otra parte a no iniciar o continuar una acción legal en otra jurisdicción<sup>2</sup>. La idea es proteger la competencia jurisdiccional e impedir litigios paralelos en otros países que podrían perturbar el resultado de la acción judicial o futura acción judicial de los tribunales donde se busca la *anti-suit injunction*. La desobediencia a una *injunction* es sancionada con altas multas, normalmente a través de la noción de *contempt of court*.

En el ámbito del arbitraje, se recurre a las *injunctions* para interrumpir el arbitraje o para evitar la ejecución forzosa del laudo<sup>3</sup>. Por si mismos, las *injunctions* tienen efectos positivos. En primer lugar, sirven para prevenir que una parte que considere que no es parte de un acuerdo arbitral, puede evitar, gracias a una *injunction*, perder dinero y tiempo en un procedimiento ilegítimo. También es positivo el hecho de ordenar a una parte que renuncie a recursos judiciales que

---

1 Socio y Cabeza del Grupo de Práctica Litigio y Arbitraje Internacional, *DeForest*; Profesor, Universidad Autónoma de Nuevo León. graham@deforestglobal.com

2 Para casos de interés, véase: *Ust-Kamenogorsk Hydropower Plant JSC (Appellant) v AES Ust-Kamenogorsk Hydropower Plant LLP (Respondent)* [2013] UKSC 35; Rainer, *The impact of West Tankers on Parties' Choice of a Seat of Arbitration*, *Cornell Law Review*, 2010, p. 431 (para la problemática de las *injunctions* y las acciones "torpedo" en el sistema comunitario europeo); Caso ICC 8307, 14/5/2001.

3 Mosimann, *Anti-Suit Injunctions in International Commercial Arbitration*,

entorpezcan el arbitraje. Lo negativo es cuando se inicia un “pingpong” entre diversos tribunales judiciales, que emiten uno contra el otro *injunctions*, como lo ilustra el caso *Pertamina*: La empresa KBC (Karah Bodas Company LLC) obtuvo un laudo favorable en contra de la paraestatal indonesia Pertamina<sup>4</sup>. Esta última, después de haber perdido la acción de nulidad de laudo en Suiza (sede del arbitraje), introdujo otro recurso de nulidad de laudo, pero esta vez ante los tribunales indonesios. En este procedimiento también se solicitó una *injunction* en contra de KBC, ordenándole que no ejecute forzosamente el laudo. Por su parte, KBC solicitó y obtuvo ante una Corte del Distrito en Texas, una *anti-suit injunction* por la cual se ordenó a Pertamina que se desista de su procedimiento de nulidad de laudo en Indonesia. Cuando Pertamina obtuvo su *injunction* en Indonesia, la Corte del Distrito tejana condenó a Pertamina en *contempt of court*. Para no agravar la situación, Pertamina finalmente aceptó obedecer la *injunction* y solicitó a la Corte de Jakarta el retiro de su recurso de anulación. Sin embargo, la Corte rechazó la solicitud y rindió un fallo favorable a Pertamina, decretando la nulidad del laudo. Junto con la sentencia, la Corte del Distrito del Centro de Jakarta también emitió una orden permanente en contra de KBC, consistente en no ejecutar el laudo, con una pena de 500,000 USD por cada día que se mantuviera vigente el procedimiento de ejecución forzosa en los Estados Unidos<sup>5</sup>. Sin embargo, la Corte del Distrito de Texas decretó el reconocimiento del laudo, así como su ejecución forzosa<sup>6</sup>. Como se desprende de lo anterior, las *anti-suit injunctions* no solo son peligrosas sino además son ineficientes cuando los tribunales de los diversos países empiezan a emitir *injunctions* uno contra el otro.

Ahora bien, las *injunctions* normalmente son dirigidas a una o a las dos partes, aunque veamos qué pasa cuando una *anti-suit injunction* es emitida en contra de un tribunal arbitral. En el caso *Salini*, el tribunal arbitral decidió ignorar la orden, argumentando que su poder proviene del acuerdo arbitral y que su principal deber es no frustrar este acuerdo, ya que de lo contrario, el tribunal arbitral cometería una denegación de justicia y rechazaría la aplicación del principio de

4 *Karah Bodas Co. LLC (KBC) v Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara (Pertamina) and PT, PLN (Persero)*, Decision of 18 December 2000, 16(3) *Mealey's IAR C-2* (2001).

5 La decisión puede ser consultada en: [www.mealeysonline.com](http://www.mealeysonline.com) (documento #05-021125-013Z). Para hacer corta la historia, el 23/11/2004 la Suprema Corte de Indonesia canceló todas las órdenes de la Corte de Distrito por exceso de autoridad. Lo mismo pasó en los Estados Unidos, donde el 2<sup>nd</sup> Circuit estableció: “As a court of secondary jurisdiction under the New York Convention, charged only with enforcing or refusing to enforce a foreign arbitral award, it is not the district court's burden or ours to protect KBC from all the legal hardships it might undergo in a foreign country as a result of this foreign arbitration or the international commercial dispute that spawned it” (*Karah Bodas Company v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara [Pertamina]*, 7/9/2007, 500 F.3d 111 (2007).

6 *Karah Bodas Co. LLC (KBC) v Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara (Pertamina)*, 335 F.3d 357, 360-63 (5th Cir. 2003).

*fairness* que corresponde a la legítima expectativa de las partes<sup>7</sup>. Años antes, ya otro tribunal arbitral tomó la misma postura. En un arbitraje comercial, la Corte Comercial de Apelaciones de Buenos Aires validó una inhibitoria (orden de no hacer) en contra de un tribunal arbitral con sede en Dallas, bajo el argumento de que el caso tenía que ser juzgado ante los tribunales argentinos<sup>8</sup>. Sin embargo, los árbitros denegaron los efectos extraterritoriales de la orden y rindieron un laudo, que después fue ejecutado en la Argentina, debido a que la Corte comercial competente decidió que no era posible resolver un conflicto de “jurisdicción” entre un tribunal argentino y un tribunal arbitral extranjero<sup>9</sup>.

## I. *Anti-suits injunctions* ordenadas por el tribunal judicial

En la medida que la mayoría de las *injunctions* provienen de los tribunales americanos, es menester identificar en pocas palabras los motivos válidos para su procedencia<sup>10</sup>. El más común es el identificado en el caso *China Trade*. En este asunto, *China Trade* buscó impedir a la contraparte coreana el inicio de un litigio paralelo en Corea. La Corte del distrito emitió la requerida *anti-suit injunction*, al considerar que se habían cumplido los siguientes criterios:

- “1) the parties in the Korean action are the same as the parties in this action;
- 2) the issue of liability raised by Ssangyong in the Korean court is the same as the issue of liability raised here;
- 3) the Korean litigation would be vexatious to the plaintiffs in the United States action, which was commenced first; and
- 4) allowing the Korean litigation to proceed would result in a race to judgment.”

Sin embargo, la Corte de Apelación anuló la *injunction* con el motivo que:

“[b]ecause no important policy of the forum would be frustrated by allowing the Korean action to proceed, and because the Korean action poses no threat

7 *Salini Costruttori S.p.A. v. The Federal Democratic Republic of Ethiopia, Addis Abeba Water and Sewerage Authority* (hereinafter “*Salini*”), Award regarding the Suspension of the Proceedings and Jurisdiction, 7/12/2001, #142-143. Véase: Schwartz, Do International Arbitrators Have a Duty to Obey the Orders of Courts at the Place of the Arbitration? Reflections on the Role of the *Lex Loci Arbitri* in the Light of a Recent ICC Award, *Mélanges Briner*, op. cit., p. 795.

8 Compañía General de Combustibles, [2002-III], *Jurisprudencia Argentina*, citado por Grigera Naón, *Competing Orders...*, op. cit., p.343.

9 *Idem*, p. 344.

10 Para un análisis exhaustivo de estos motivos: Ali, Nesbitt & Wessel, *Anti-suit injunctions* in support of International Arbitration in the United States and in the United Kingdom, *Intl. A.L.R.*, 2008, p. 12.

to the jurisdiction of the district court, we conclude that the interests of comity are not overbalanced by equitable factors favoring an injunction, and we hold that the district court abused its discretion when it enjoined Ssangyong, a Korean corporation, from proceeding in the courts of Korea.”

“It is well established that a federal court has the power to enjoin a foreign suit by persons subject to its jurisdiction; however, due regard for principles of international comity require that this power should be ‘used sparingly.’”

Los criterios que son comúnmente aplicados por los tribunales federales para otorgar las *anti-suit injunctions*<sup>11</sup> y que se deducen del caso ya citado, son: (1) que las partes sean las mismas; (2) que la *litis* sea idéntica; y (3) que haya riesgo que el litigio extranjero impida a los tribunales estadounidenses ejercer su jurisdicción, o existan fuertes motivos de orden público<sup>12</sup>. Sin embargo, todo lo anterior debe de analizarse en base de la *Comity*<sup>13</sup>: a partir del cual debe ser el de no ordenar una *anti-suit injunction*, salvo excepciones<sup>14</sup>:

“It is beyond question that a federal court may enjoin a party before it from pursuing litigation in a foreign forum.” *Paramedics Electromedicina Comercial, Ltda. v. GE Med. Sys. Info. Technologies, Inc.*, 369 F.3d 645, 652 (2d Cir. 2004). Such an injunction operates against “only against the parties, and not directly against the foreign court,” *China Trade & Dev. Corp. v. M.V. Choong Yong*, 837 F.2d 33, 35 (2d Cir. 1987), but is nonetheless an

11 In *Maroc Fruit Bd. S.A. v. M/V Almeda Star*, No. 11-12091-JLT, 2013 WL 4407101 (D. Mass. Aug. 19, 2013).

12 Véase también: *In re Unterweser Reederei GmbH*, 428 F.2d 888 (5th Cir. 1970), *aff’d* on rehearing en banc, 446 F.2d 907 (1971), *rev’d* on other grounds sub nom. *M/S Bremen v. Zapata Off-Shore Co.*, 407 U.S. 1, 92 S.Ct. 1907, 32 L. Ed. 2d 513 (1972): “[F]oreign litigation may be enjoined when it would (1) frustrate a policy of the forum issuing the injunction; (2) be vexatious or oppressive; (3) threaten the issuing court’s in rem or quasi in rem jurisdiction; or (4) where the proceedings prejudice other equitable considerations.”

13 *Hilton v. Guyot*, 159 U.S. 113 (1895): “No law has any effect beyond the limits of the sovereignty from which its authority is derived. The extent to which one nation shall be allowed to operate within the dominion of another nation, depends upon the comity of nations. Comity is neither a matter of absolute obligation, nor of mere courtesy and good will. It is a recognition which one nation allows within its territory to the legislative, executive or judicial acts of another nation, having due regard both to international duty and convenience, and to the rights of its own citizens or other persons who are under the protection of its laws. The comity thus extended to other nations is no impeachment of sovereignty. It is the voluntary act of the nation by which it is offered, and is inadmissible when contrary to its policy, or prejudicial to its interests. But it contributes so largely to promote justice between individuals, and to produce a friendly intercourse between the sovereignty to which they belong, that courts of justice have continually acted upon it, as a part of the voluntary law of nations. It is not the comity of the courts, but the comity of the nation, which is administered and ascertained in the same way, and guided by the same reasoning, by which all other principles of municipal law are ascertained and guided”.

14 *Citigroup, Inc. v. Abu Dhabi Investment Authority*, 13 Civ. 6073, 2013 U.S. Dist. LEXIS 167310 (S.D.N.Y. Nov. 25, 2013); *Sanofi-Aventis Deutschland GmbH v. Genentech, Inc.*, 716 F.3d 586 (Fed. Cir. 2013).

“extraordinary power,” *Garpeg, Ltd. v. United States*, 583 F. Supp. 789, 798 (S.D.N.Y. 1984) that “should be ‘used sparingly,’” *China Trade*, 837 F.2d at 36 (quoting *United States v. Davis*, 767 F.2d 1025, 1038 (2d Cir. 1985)), and “should be granted ‘only with care and great restraint,’” *id.* at 36 (quoting *Canadian Filters (Harwich) Ltd. v. Lear-Siegler, Inc.*, 412 F.2d 577, 578 (1st Cir. 1969)). “In parallel litigation, the issue of comity is an important and omnipresent factor. Although it is a consideration in federal and state litigation, it assumes even more significance in international proceedings.” *Gen. Elec. Co. v. Deutz AG*, 270 F.3d 144, 159-60 (3d Cir. 2001). “Since parallel proceedings are ordinarily tolerable, the initiation before a foreign court of a suit concerning the same parties and issues as a suit already pending in a United States court does not, without more, justify enjoining a party from proceeding in the foreign forum.” *China Trade*, 837 F.2d at 35. In the Second Circuit, a jurisdiction with a “restrictive” approach towards anti-suit injunctions, *Deutz*, 270 F.3d at 160, an injunction may only issue when two threshold conditions have been met and after the satisfaction of a five-factor test. *Paramedics*, 369 F.3d at 652. First, the parties in both actions must be identical. *China Trade*, 837 F.2d at 36. Second, resolution of the domestic suit must be “dispositive” of the foreign suit. *Id.* If the threshold conditions are met, the Second Circuit has approved a set of factors courts should apply to assess whether an injunction should issue — the “so-called China Trade factors.” *Travelport Global Distribution Sys. B.V. v. Bellview Airlines Ltd.*, No. 12 Civ. 3483 (DLC), 2012 WL 3925856, at \*7 (S.D.N.Y. Sept. 10, 2012) (internal quotation marks omitted). Those factors include “whether the foreign proceeding threatens a strong public policy or the jurisdiction of the domestic forum,” *Paramedics*, 369 F.3d at 654, which the Second Circuit has termed as having “greater significance” among the factors, *China Trade*, 837 F.2d at 36, as well as whether “the foreign action would be vexatious; ... the proceedings in the other forum prejudice other equitable considerations; or ... adjudication of the same issues in separate actions would result in delay, inconvenience, expense, inconsistency, or a race to judgment,” *id.* at 35. “In addition to satisfying the China Trade test, recent Second Circuit case law has held that a party seeking a preliminary anti-suit injunction must also satisfy the traditional test for a preliminary injunction”. *Dandong v. Pinnacle Performance Ltd.*, No. 10 Civ. 8086 (LBS), 2011 WL 6156743, at \*3 (S.D.N.Y. Dec. 12, 2011), *aff’d in part, remanded in part sub nom. Lam Yeen Leng v. Pinnacle Performance Ltd.*, 474 F. App’x 810 (2d Cir. 2012) (summary order) (citing *Software A.G., Inc. v. Consist Software Solutions, Inc.*, 323 F. App’x 11, 12 (2d Cir. 2009) (summary order); *In re Millenium Seacarriers, Inc.*, 458 F.3d 92, 98 (2d Cir. 2006)).

La base para ordenar las *anti-suits injunctions* está en el efecto negativo del principio *kompetenz-kompetenz*. Positivamente, la *kompetenz-kompetenz* asegura la jurisdicción del forum arbitral- aun en presencia de un acuerdo arbitral virtualmente nulo o inexistente -; negativamente, la *kompetenz-kompetenz* impide la jurisdicción de cualquier forum judicial:

“An arbitration clause contains within it a ‘negative promise not to bring foreign proceedings, which applies and is enforceable regardless of whether or not arbitral proceedings are on foot or proposed’”.<sup>15</sup>

## II. *Anti-suits injunctions* ordenadas por un tribunal arbitral

La facultad de emitir órdenes por parte de los árbitros tiene dos facetas. Positivamente el tribunal arbitral tiene el poder de ordenar lo que considere pertinente para proteger su jurisdicción y los derechos de las partes:

“This Tribunal has an inherent power to issue such orders as may be necessary to conserve the respective rights of the Parties and to ensure that this Tribunal’s jurisdiction and authority are made fully effective”.<sup>16</sup>

Negativamente, el tribunal arbitral no puede prohibir a una parte acudir a un tribunal estatal, debido a que es su derecho fundamental el acceso a la justicia:

“In the opinion of the Arbitral Tribunal,... [Claimant’s] request for Injunctive Relief is inconsistent with this fundamental feature of provisional and conservatory measures. [Claimant] is not seeking an order requiring [Respondent] to request a stay of the [Court] action pending the final award in the arbitration. Rather, Claimant is requesting the Arbitral Tribunal to grant an order requiring (Respondent) to withdraw the [Court] Action with prejudice”.<sup>17</sup>

15 *Bannai v Erez* [2013] EWHC 3689 (Comm). Véase también: Corte de Justice del Caribe, *British Caribbean Bank Ltd. v. Belize*, 2013.

16 Feb. 4, 1983 Interim Award in Case No. 338, *E-Systems, Inc. v. Iran*, 2 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 51, 57 (1983). This decision was confirmed several times thereafter, in particular in Case No. 12118, *Tadger-Cohen Associates, Inc. v. Iran*, 9 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 302 (1985).

17 Unreported ICC case, Procedural Order of November 2000 (refusing an anti-suit injunction), citado por Levy, *Anti-Suit Injunctions Issued by Arbitrators*, en: Gaillard (ed.), *Anti-suit Injunctions in International Arbitration: IAI Seminar*, Juris Publishing, 2005.115, 117, nota 4.

El riesgo de emitir una orden de no iniciar un litigio judicial, es que el laudo pueda ser anulado por el motivo de parcialidad y la violación del orden público por haberse prohibido a la parte en quien recayó la *injunction* el ejercer su derecho fundamental de acceso a la justicia. Las *anti-suit injunctions* deben de ser evitadas lo más posible, y, en todo caso, solo deben ser un instrumento de protección del procedimiento arbitral. Cualquier otro motivo probablemente provocará la nulidad del laudo.

En la medida que los árbitros carecen de *imperium* para ejecutar sus decisiones, es legítimo preguntarse cuáles son los efectos de una *anti-suit injunction* emitida por un tribunal arbitral. En el caso ICC 8887, la contraparte objetó la *injunction* e inició un litigio paralelo ante los tribunales. El tribunal arbitral decidió consecuentemente que la contraparte tenía que ser condenada a pagar a la parte “víctima” los costos y honorarios generados por el litigio judicial<sup>18</sup>.

### III. Conclusión

Afortunadamente en América Latina la tendencia es a evitar el otorgamiento de *injunctions*. Las decisiones anexadas a este trabajo así lo demuestran. Si bien es cierto que la intención de una *injunction* es encomiable – evitar por una parte innecesarios procedimientos paralelos, y, por otra parte, evitar que haya un “sabotaje” del arbitraje – en realidad, por sus efectos, las *injunctions* complican más la situación al crear un tercer litigio en paralelo: en relación con la *injunction*. Ahora bien, la última saga en la materia es el caso Chevron contra Ecuador, donde por una parte los tribunales americanos en última instancia rechazaron mantener una *injunction* en contra de la ejecución de una sentencia judicial ecuatoriana y, en lo que concierne al arbitraje, un tribunal arbitral ordenó a Ecuador, como medida cautelar, no ejecutar la sentencia judicial hasta que se resuelva el procedimiento arbitral<sup>19</sup>. Sin embargo, y sin entrar en detalle en el análisis, es cierto que la orden arbitral dirigida al Ejecutivo del Estado ecuatoriano, en los hechos no surtirá efectos, por el principio de la separación de los poderes. En el fondo, es altamente recomendable que en el futuro no se utilicen este tipo de mecanismos para resolver ciertas situaciones y, en cambio, se busquen maneras alternas para dirimir los conflictos entre foros judiciales y arbitrales.

18 ICC, Final award of April 1997, ICC case No. 8887, ICC BULL., 2000, pp. 91-94.

19 Ver, entre otros, PCA Case 2009-23, Orden procesal de fecha de 25/1/12.

# El levantamiento del velo societario en el Perú: comentarios al caso TSG

FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY<sup>1</sup>

Hace unas pocas semanas atrás, el Poder Judicial puso el punto final al caso más emblemático de extensión del convenio arbitral a partes no signatarias que se haya conocido en estas latitudes. La controversia suscitada entre TSG Perú S.A.C., (Technology Service Group, en adelante, simplemente TSG) contra Pesquera Industrial Chicama S.A.C., Langostinera Caleta Dorada S.A.C., Pesquera Libertad S.A.C., Procesadora del Campo S.A.C. y Pesquera Industrial Katamarán S.A.C. (en adelante, simplemente las demandadas), merece ser comentada.

Por ello, el objetivo de este artículo no es detenernos en la riquísima problemática teórica que involucra la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias, sino que centraremos nuestro trabajo en: (1) hacer breve resumen del caso; (2) detallar el razonamiento utilizado por el tribunal arbitral para extender el convenio arbitral a empresas que no habían suscrito el convenio arbitral; (3) (4)(5) describir los diferentes puntos de vista del Poder Judicial y, finalmente;

---

<sup>1</sup> Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y Master en Derecho (LL.M.) por la Universidad de Yale. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico. Profesor de Arbitraje Comercial y Arbitraje de las Inversiones. Árbitro nacional e internacional. Miembro del Board of Reporters del Institute for Transnational Arbitration (ITA), del Grupo Latinoamericano de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP), del Comité Editor de la Revista Peruana de Arbitraje, de la Association of International Arbitration (AIA), de la Asociación Latinoamericana de Arbitraje y del Comité Argentino de Arbitraje Nacional y Transnacional (CARAT). Miembro de la lista de árbitros de los principales Centros de Arbitraje del Perú y del Energy Arbitrators' list. Coautor de la Ley de Arbitraje peruana de 2008.

El autor desea agradecer la valiosa colaboración de José Luis Repetto en la elaboración del presente artículo.

(6) realizar un análisis crítico constructivo de la decisión de los árbitros y del Poder Judicial.

## I. Breve resumen de la controversia

En el año 2002, TSG, Caleta Dorada y Harinas Especiales celebraron un contrato de prestación de servicios, en cuya virtud Harinas Especiales se obligó a producir harina de pescado, con pescado que era proporcionado por TSG. Asimismo, Harinas Especiales declaró ser la arrendataria de unas plantas para la fabricación de harina de pescado con los derechos administrativos vigentes. Estas plantas se encontraban en un terreno de propiedad de Caleta Dorada, quien manifestó su conformidad con el acuerdo. Este contrato contenía un convenio arbitral.

Tiempo después, Harinas Especiales cedió su posición contractual a Chicama y los terrenos donde se encontraban las plantas fueron dados en garantía a favor de TSG.

Luego de una serie de modificaciones contractuales, Chicama resolvió el Contrato porque TSG no le habría pagado una factura. TSG también resolvió el Contrato porque Chicama habría incumplido una obligación valorizada en más de 1 millón de dólares.

## II. El arbitraje y de la decisión del tribunal arbitral

TSG demandó a Chicama, Caleta Dorada, Libertad, Procesadora del Campo y Katamarán (Las Demandadas), pretendiendo la resolución del Contrato y el pago de una indemnización. Para sustentar su demanda arbitral contra empresas que no habían suscrito el convenio arbitral, TSG alegó que entre todas ellas existía una vinculación económica y que todas ellas habían participado en una serie de acciones fraudulentas de transferencia de activos, con la finalidad de burlar la deuda existente a su favor.

Las demandadas (específicamente aquéllas que no habían suscrito el pacto arbitral) impugnaron la competencia del tribunal arbitral, alegando inexistencia de convenio arbitral. Es importante destacar que este arbitraje se inició estando vigente la Ley General de Arbitraje N° 26572 de 1996, que no contiene una disposición como el artículo 14° del Decreto Legislativo 1071 (Ley de Arbitraje de 2008) que identifica la existencia de partes no signatarias.

En marzo de 2009, el tribunal arbitral conformado por los doctores Alfredo Bullard, Rafael Montoya y Alberto Montezuma, emitieron un Laudo en el que encontraron que Las Demandadas eran parte del arbitraje y que tenían, además, responsabilidad solidaria frente a TSG.

Los árbitros determinaron que las demandadas se encontraban vinculadas al arbitraje por aplicación de la doctrina y jurisprudencia internacional que reconoce la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias. En efecto, en el fundamento 246 del Laudo se estableció que:

“existe amplia doctrina y jurisprudencia de Tribunales Arbitrales, que acepta la inclusión en el arbitraje de personas o empresas que, si bien no suscribieron el Convenio Arbitral, por la vinculación que tienen con la(s) demandada(s) principales – que sí firmaron el Convenio – sí pueden ser incluidas en un arbitraje, y posteriormente ser incluidas como partes demandadas a las que les alcanzarán los efectos del Laudo Arbitral.”

El tribunal arbitral<sup>2</sup> indicó que si se descubre la existencia de vinculación entre las empresas demandadas y una voluntad fraudulenta de éstas, se tiene que entender que la empresa signataria del convenio arbitral y las demás empresas involucradas, son una sola y misma parte, por lo que los árbitros tienen competencia para pronunciarse frente a la signataria como frente a las no signatarias. En otras palabras, el tribunal arbitral afirmó que, en este caso, no se estaba frente a “terceros”, sino de una sola parte constituida tanto por aquella que firmó el convenio arbitral, como por las que no lo hicieron<sup>3</sup>.

Para estos efectos, el tribunal arbitral afirmó que resultaba válido proceder a correr el velo societario, a fin de encontrar la voluntad común de las empresas involucradas y proteger así a la contraparte que se vería de otra manera perjudicada frente a la existencia de acciones fraudulentas<sup>4</sup>.

2 Laudo: “251. Si bien la norma señala que para que los árbitros sean entendidos “jueces” debe existir un convenio arbitral entre las partes, si se llega a descubrir la existencia de ciertos elementos que veremos adelante – vinculación entre las empresas involucradas y una voluntad fraudulenta – se debe entender que la parte signataria del convenio y las demás empresas involucradas son efectivamente una misma parte y por tanto los árbitros son jueces tanto para la signataria como las no signatarias.”

3 Laudo: “252. Es importante destacar que la referida situación no significa que se esté trayendo a un tercero al arbitraje. Ello es algo que no es posible por la naturaleza contractual del mismo. El supuesto es que alguien es parte del convenio, a pesar que no firma el mismo. A quien se trae al arbitraje y se hace extensivo los efectos del laudo no es propiamente un tercero, sino, como lo llama la doctrina, una parte no signataria. Ello, como veremos, está ampliamente reconocido en la doctrina y en la práctica arbitrales.”

4 Laudo: “283. Como se aprecia, la doctrina indica que dicha situación no puede dejarse pasar en los tribunales judiciales y tampoco en los tribunales arbitrales, por tanto éstos – y en consecuencia el nuestro también – se encuentran autorizados a correr el velo societario, a fin de constatar la verdadera voluntad de las empresas involucradas, con el objeto de proteger a la contraparte que se vería perjudicada con tales acciones.”

A partir de la prueba aportada al arbitraje y en aplicación de la teoría del corrimiento del velo societario, el tribunal arbitral arribó a la conclusión que Las Demandadas efectivamente se encontraban vinculadas y respondían a una misma voluntad común, puesto que se trataba de empresas que “aparecen y desaparecen constantemente, con el objeto de circular los bienes de unas a otras lo que claramente conlleva el perjuicio de las terceras empresas con las que han contratado, las cuales se encuentran con empresas “de fachada” carentes de patrimonio ya que el mismo ha sido transferido a una nueva empresa, formalmente independiente pero que en realidad responde a una misma voluntad<sup>5</sup>.”

En consecuencia, el tribunal arbitral, afirmó lo siguiente:

“Habiéndose concluido que sí existen indicios suficientes para acreditar la vinculación entre las empresas emplazadas, CHICAMA, CALETA DORADA, PROCESADORA DEL CAMPO, KATAMARÁN y LIBERTAD, este colegiado concluye también que, de conformidad con lo establecido en el Marco Conceptual desarrollado previamente, sí resulta de aplicación al presente proceso arbitral la teoría del develamiento del velo societario<sup>6</sup>”.

Y, por la misma razón, todas Las Demandadas eran una misma parte del convenio arbitral<sup>7</sup>.

Por último, el tribunal arbitral encontró que existía responsabilidad solidaria entre todas Las Demandadas por ser una misma voluntad común y declaró resuelto el Contrato, ordenando el pago una indemnización a favor de Chicama por más de 1 millón de dólares. También condenó a Las Demandadas al pago de todos los gastos del arbitraje.

### III. El primer pronunciamiento de la Corte Superior: la anulación del laudo

Las Demandadas interpusieron recurso de anulación ante el Poder Judicial, alegando la existencia de las siguientes causales: inexistencia del convenio arbitral, vulneración del debido proceso y existencia de un pronunciamiento ajeno a las materias sometidas a decisión de los árbitros. La Corte Superior que conforme

5 Parágrafo 575 del Laudo.

6 Parágrafo 588 del Laudo.

7 Laudo: “590. En ese sentido, la inexistencia fáctica de un convenio arbitral suscrito entre TSG y algunas de las empresas emplazadas no es un límite para que las mismas no sean incluidas como partes del presente proceso.”

a la Ley de Arbitraje conoce estos recursos<sup>8</sup>, se concentró en la inexistencia del convenio arbitral y concluyó que no existía convenio arbitral que vincule a Las Demandadas. En consecuencia, anuló el laudo arbitral por la causal contenida en el artículo 61° .a. de la actual Ley de Arbitraje.

La Corte consideró en primer lugar que la jurisdicción arbitral es extraordinaria, de excepción. Por lo tanto, debe existir evidencia que demuestre la voluntad de un sujeto de someterse al arbitraje, ya que lo contrario significaría sustraerlo de la jurisdicción ordinaria que es el Poder Judicial<sup>9</sup>.

Luego sostuvo que la teoría de la incorporación de partes no signatarias no tiene fundamento en ninguna norma legal de nuestro ordenamiento jurídico. Y que esto ha sido admitido tácitamente en el laudo por los árbitros, al justificar su decisión en la doctrina y jurisprudencia internacional en la que existirían posiciones que permitirían esa posibilidad. Asimismo, indicó que no busca desconocer esa doctrina y jurisprudencia como fuente de derecho, pero hizo hincapié en que nos encontrábamos en un caso que se debía resolver de acuerdo al derecho peruano y no a lo que los árbitros creían que debería ser el derecho peruano en materia arbitral<sup>10</sup>.

Por último, la Corte sostuvo “no existe extremo alguno en la Ley 26572 que siquiera sugiera la posibilidad de extender los efectos del convenio arbitral a quienes no quisieron celebrarlo”. No solo ello, sino que fue más allá al afirmar que “ni siquiera la fórmula actualmente contenida en el artículo 14° del Decreto Legislativo N° 1071 (sin que la mención a esta norma implique un juicio sobre su constitucionalidad) es capaz de legitimar un ejercicio semejante al realizado por los árbitros” y que “en parte alguna de este texto pueda subsumirse un supuesto como el defendido por los árbitros, de incorporación forzosa de un tercero al arbitraje por encontrarse en vinculación fraudulenta con quien sí lo hizo, en aplicación de la doctrina del levantamiento del velo”.

8 Sentencia que resuelve el recurso de anulación del laudo recaído en el Expediente No. 00451-2009, emitido por la Primera Sala Civil Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fecha 10 de agosto de 2010, en la controversia surgida entre TSG Perú S.A.C., como demandante, contra Pesquera Chicama S.A.C., Langostinera Caleta Dorada S.A.C, Pesquera Libertad S.A.C., Procesadora del Campo S.A.C. y Pesquera Industrial Katamarán S.A.C, como demandados. Ver: [limaarbitration.net](http://limaarbitration.net)

9 “Vigésimo Tercero: La posibilidad de desviar a un sujeto de ese predeterminado aparato de administración de justicia y vincularlo a una jurisdicción de naturaleza distinta, no solo debe encontrarse debidamente justificada en una norma que finalmente encuentre sustento constitucional, sino además, en el caso de la vía arbitral debe encontrar sustento por regla general, en la decisión del propio sujeto de someterse a ella.”

10 “Décimo Noveno: (...) cabe prestar atención, primero, a que los árbitros al decidir incorporar a las tres empresas citadas al arbitraje, no han justificado su posición en norma legal alguna de nuestro ordenamiento jurídico. Por el contrario, aceptaron tácitamente en el laudo, que la doctrina de extensión de los efectos del convenio arbitral a terceros no se encontraba sustentado en la Ley 26572, la cual era aplicable al caso concreto; sin embargo, apelaron para justificar tal decisión al hecho de que en la jurisprudencia internacional, así como en la doctrina nacional e internacional, existen posiciones que justifican esa posibilidad.”

## IV. Casación de la Corte Suprema de la república

TSG interpuso recurso de casación contra la sentencia de la Corte Superior. La Corte Suprema anuló la decisión y ordenó a su inferior jerárquico que se vuelva a pronunciar<sup>11</sup>. Esta decisión es por demás relevante.

En efecto, en primer lugar afirmó que la Corte Superior se había equivocado al poner al tribunal arbitral en una situación de inferioridad frente a la “jurisdicción ordinaria” y que a partir de ello le negara competencia para pronunciarse sobre determinadas materias. Para estos efectos la máxima instancia de justicia peruana hizo referencia a la sentencia del Tribunal Constitucional N° 004-2006-PI/TC, en la que se estableció que el Poder Judicial no tiene el monopolio de la función jurisdiccional, ya que los árbitros también desarrollan funciones jurisdiccionales. En ese sentido, la Corte Suprema sostuvo de manera enfática, que un tribunal arbitral igualmente puede pronunciarse sobre materias como grupos de sociedades, situaciones de fraude y levantamiento del velo societario<sup>12</sup>.

Por último, y no menos importante, la Corte Suprema sostuvo que la Corte Superior se había extralimitado al entrar a analizar el fondo del razonamiento arbitral, cuestión que está prohibida de realizarse en el recurso de anulación.

## V. El segundo pronunciamiento de la Corte Superior

En el nuevo fallo, la Corte Superior declaró infundado el recurso de anulación y válido el laudo arbitral<sup>13</sup>.

El razonamiento de la Corte Superior partió por reconocer que los árbitros en virtud del principio *kompetenz-kompetenz* pueden aplicar principios como el

---

11 Casación. 4624-2010 emitida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, de fecha 19 de diciembre de 2011. Ver: [limaarbitration.net](http://limaarbitration.net)

12 “NOVENO.- Conforme a los argumentos expuestos se evidencia el error de la Sala Superior, al haber colocado a la jurisdicción arbitral en un estado de inferioridad a la jurisdicción ordinaria, inferioridad para no poder pronunciarse sobre determinadas situaciones tales como los grupos de sociedades, situaciones de fraude, y develamiento del velo societario, elemento último sobre el que la doctrina nacional ha elaborado sendos estudios, basta con recordar los de juristas tales como Juan Morales Godo, y Juan Espinoza Espinoza, y la reconducción de tal tópico a figuras tales como el abuso del derecho, y el fraude a la ley; esto último se menciona solo a manera de ilustración”.

13 Sentencia emitida por la Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima recaída en el expediente 451-2009 entre TSG Perú S.A.C contra Langostinera Caleta Dorada S.A.C. y otras del 5 de marzo de 2013. Ver: [limaarbitration.net](http://limaarbitration.net)

levantamiento del velo societario<sup>14</sup>. Asimismo, la Corte indicó que el levantamiento del velo societario implica la responsabilidad solidaria<sup>15</sup>.

En cuanto a la existencia del convenio arbitral, la corte reconoció que lo que hizo el tribunal arbitral en este caso no significó traer a la fuerza a un tercero ajeno al proceso arbitral, sino evitar que la parte signataria, utilizando a partes no signatarias de manera fraudulenta, burle la efectividad del convenio arbitral<sup>16</sup>. Entendió además, que el reconocimiento normativo de la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias, se justifica en que el arbitraje es verdaderamente una jurisdicción y por los principios de la buena fe y la prohibición del abuso de derecho que son inherentes a la autonomía de la voluntad que se ve reflejada en el convenio arbitral<sup>17</sup>.

Por último, la Corte encontró a partir de la abundante prueba que se había actuado en el arbitraje, evidencia suficiente para sustentar la extensión del convenio arbitral a Las Demandadas que no habían suscrito el convenio arbitral<sup>18</sup>.

## VI. Comentarios a estos fallos

La extensión del convenio arbitral a partes no signatarias es un tema complejo, porque se mezclan la autonomía de la voluntad y la eficacia que debe tener el arbitraje para solucionar las controversias.

En nuestra opinión, no tenemos duda de que restringir la posibilidad a que solo los firmantes del convenio arbitral puedan ser parte del arbitraje, es jurídicamente incorrecto. Y lo es porque la mejor muestra de consentir el arbitraje es, sin duda, la propia conducta. En efecto, recordemos que, por ejemplo, nuestro

14 “(...) debemos señalar que el arbitraje en nuestro sistema jurídico es ejercicio de función jurisdiccional sustentada en el acuerdo político de las partes, y que, dentro de los límites de ese acuerdo, los árbitros cuentan con todos los poderes jurisdiccionales que les confieren nuestra Constitución y la ley”.

15 “no existe una indebida aplicación del artículo 1183° del Código Civil sino la constatación de un efecto natural (la responsabilidad solidaria) del levantamiento del velo societario.”

16 “Por tanto, desde este horizonte conceptual y normativo lo que el tribunal arbitral ha hecho no es someter compulsivamente a un tercero a un proceso arbitral sino, muy por el contrario, ha evitado que la parte signataria de un convenio arbitral, mediante la utilización fraudulenta de otras empresas que responden a una sola voluntad empresarial, burle la efectividad de dicho acuerdo.”

17 “Esta potestad arbitral, sin embargo, no solo está sustentada en el reconocimiento del arbitraje como verdadera jurisdicción sino también, y tal vez principalmente, en los principios generales de buena fe y prohibición de abuso del derecho que resultan plenamente aplicables a un acto de autonomía privada como es el convenio arbitral.”

18 “Por tanto, en opinión de este Colegiado la referencia a estos principios, dada la abundante prueba que certifica su violación, basta para sustentar la aparente extensión del convenio arbitral, máxime si, como hemos referido anteriormente, dicha prueba no ha sido discutida adecuadamente por las ahora demandantes en el presente proceso de nulidad.”

ordenamiento jurídico consagra la conducta como un medio para manifestar la voluntad. Así, el artículo 141° del Código Civil peruano establece que la manifestación de la voluntad puede ser por medios expresos o tácitos. Además, en los casos de aceptación de la oferta, el artículo 1380° del Código Civil establece que la voluntad de aceptar puede quedar configurada de manera tácita, es decir, no diciendo estoy de acuerdo, sino simplemente empezando a ejecutar las prestaciones.

Es más, somos de la opinión de que un sistema jurídico<sup>19</sup> que no admita la posibilidad de extender el convenio arbitral a un no signatario, es un sistema que no soluciona controversias de manera eficaz.

Dicho esto, a partir del Laudo y de los fallos de la Corte Suprema y de la Corte Superior (obviamente nos referimos al segundo fallo), no nos cabe duda de que aquí se ha resuelto una controversia de manera eficaz.

Culminamos este comentario de jurisprudencia, con las siguientes reflexiones respecto de cada uno de los fallos:

## **A) El laudo**

En el Laudo el tribunal arbitral realizó un profundo análisis de toda la evidencia proporcionada por las partes y, a partir de una variedad de indicios, llegó a la convicción racional de que existía una vinculación económica entre Las Demandadas y una cadena de transferencias que demostrarían una voluntad fraudulenta en contra del acreedor. Este ejercicio analítico de los medios probatorios es un ejemplo a seguir y es un claro referente de cómo deben ser analizadas las pruebas aportadas y alegadas por las partes, a fin de determinar la existencia de vinculación entre sujetos no signatarios y la consideración de si existe o no el fraude.

Por ello, los aciertos del laudo arbitral merecen ser reconocidos, aunque tal vez por el hecho que este arbitraje se llevó adelante estando vigente la anterior Ley de Arbitraje, los árbitros hubieran podido añadir a la aplicación de la doctrina y jurisprudencia extranjera, disposiciones que nuestro ordenamiento jurídico

---

<sup>19</sup> Hacemos énfasis en el sistema jurídico, ya que consideramos que esta expresión abarca el reconocimiento de la extensión del convenio arbitral a través de las distintas fuentes de derecho que existen, sea por ejemplo, a través del reconocimiento normativo, como es el caso peruano a través de la aplicación directa de norma expresa (artículo 14° de la Ley de Arbitraje), el reconocimiento jurisprudencial como en el caso francés, o mediante el reconocimiento doctrinario, quienes entienden que aquellos sistemas que siguen el artículo 7° de la Ley Modelo de UNCITRAL (The United Nations Commission on International Trade Law) también permiten la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias a través de la interpretación de la palabra “acuerdo” en sentido amplio.

reconoce para consentir diferentes a la firma de un documento, o la prohibición del abuso del derecho y consecuentemente, la prohibición del abuso de la personalidad jurídica que se encuentran establecidas en nuestra constitución política y en nuestro código civil. Esto, tal vez, hubiera disipado las sospechas de la Corte Superior (primer fallo) de no encontrar el fundamento normativo para la aplicación de la doctrina y jurisprudencia extranjera acerca de la extensión del convenio arbitral.

A pesar de este tema menor y tal vez un tanto intrascendente, creemos que el Laudo es una excelente muestra de aplicación de la teoría de la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias, en especial para todos aquellos países que siguen de cerca el artículo 7° de la Ley Modelo de UNCITRAL.

## **B) El primer pronunciamiento de la Corte Superior**

Esta decisión la verdad es que deja mucho que desear, sobre todo en un país como el Perú, que cuenta con una vasta actividad arbitral y con una legislación sobre arbitraje de vanguardia.

La Corte se equivoca cuando considera al arbitraje como una jurisdicción de segundo orden, relegada a los vaivenes de la siempre plenipotenciaria jurisdicción ordinaria: el Poder Judicial. A pesar que como hemos advertido en otra oportunidad las falencias de seguir considerando al arbitraje como una jurisdicción, lo cierto es que pretender afirmar que es “extraordinaria” o “excepcional” es anacrónico. Recordemos que en este país, un número significativo de contratos comerciales son sometidos todos los días al arbitraje y que, inclusive el Estado Peruano somete a arbitraje todos sus contratos.

Además, el propio Tribunal Constitucional peruano, para bien o para para mal, ha afirmado que el arbitraje es una “sede jurisdiccional constitucionalmente consagrada, con plenos derechos de autonomía y obligada a respetar los derechos fundamentales”<sup>20</sup> al igual que el Poder Judicial.

20 Exp. N.º 6167-2005-PHC/TC. En ese mismo sentido, ver la sentencia 04-2006-PI/TC: “10. Es necesario precisar que conforme al artículo 139° inciso 1, de la Constitución, el principio de unidad de la función jurisdiccional implica que el Estado peruano, en conjunto, posee un sistema jurisdiccional unitario, en el que sus órganos tienen idénticas garantías, así como reglas básicas de organización y funcionamiento. De ello no se deduce que el Poder Judicial sea el único encargado de la función jurisdiccional (pues tal función se le ha encargado también al Tribunal Constitucional, al Jurado Nacional de Elecciones, a la jurisdicción especializada en lo militar y, por extensión, al arbitraje), sino que no exista ningún órgano jurisdiccional que no posea las garantías propias de todo órgano jurisdiccional. Como se ha mencionado, la función jurisdiccional del Estado es una sola y debe ser ejercida con todas las garantías procesales establecidas por la Constitución.”

En cuanto al tema del convenio arbitral y su extensión a las empresas no firmantes, observamos que la Corte se equivocó nuevamente, porque si bien el anterior marco legal no tenía una norma como lo es el artículo 14° de la actual Ley de Arbitraje, no es menos cierto que era absolutamente válido apelar a este razonamiento, ya que nuestro ordenamiento legal tiene disposiciones normativas que no le dan la exclusividad a la firma para demostrar la existencia de una manifestación de voluntad y, además, existe la prohibición del abuso del derecho y de la personalidad jurídica, tanto en la Constitución como en la ley. En ese sentido, no amparar la extensión del convenio arbitral es pretender tapar la propia realidad de nuestro ordenamiento jurídico.

Por último, en cuanto a la afirmación de que el artículo 14° de la actual Ley de Arbitraje no reconoce la posibilidad de la extensión del convenio arbitral ni el levantamiento del velo societario, nuevamente estamos ante un lamentable error. Justamente, el artículo 14° es la disposición que regula la extensión del convenio arbitral y lo hace para evitar problemas como los que se plantearon en este caso. Por consiguiente, además de ser equivocado el razonamiento de la Corte, consideramos que ésta se excedió al interpretar una norma que no era aplicable al caso en concreto.

### **C) El fallo de la Corte Suprema de la república**

Aunque escueto, este fallo no solo puso orden en la casa, sino que, además, ratificó la postura pro arbitraje que tiene en general el Poder Judicial.

Así, eliminar la afirmación de que el arbitraje es una “jurisdicción de segundo nivel” o que los árbitros no tienen estas u otras competencias que sí tendría un juez simple y llanamente porque es juez, es realmente destacable.

Además, no ha dejado duda alguna de que el árbitro puede pronunciarse acerca del levantamiento del velo societario.

### **D) El segundo pronunciamiento de la Corte Superior**

Este sí es un pronunciamiento muy positivo para la práctica del arbitraje en el Perú aunque, en honor a la verdad, es similar a muchos otros que han sido dictados en esta misma línea pro arbitraje por las Cortes Comerciales de Lima.

En general, consideramos que sin duda alguna reconoce la figura de la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias.

Sin embargo, creemos pertinente destacar un tema que si bien no fue gravitante al momento de resolver este caso, sí podría serlo más adelante. La Corte en su decisión ha afirmado que en virtud del principio *Competence-Competence*, los árbitros son los primeros jueces de su competencia y que esta decisión siempre podrá ser revisada por el Poder Judicial en su integridad, evaluando los fundamentos jurídicos y fácticos, “tal y como si de una apelación se tratara”<sup>21</sup>.

Si bien no es el momento para entrar a un análisis más profundo, somos de la opinión que estos fundamentos jurídicos ameritan ser evaluados y, en cuanto al alcance de la revisión de los fundamentos fácticos, tenemos nuestras reservas, ya que, como bien postula Dimolitsa:

“Nos preguntamos sobre la necesidad de un control tan profundo y detallado de los hechos que dieron lugar al laudo arbitral sobre competencia. Lejos está de nosotros discutir la utilidad fundamental de un control judicial a posteriori del laudo sobre la competencia; es únicamente su alcance lo que nos preocupa. ¿No sería más indicado limitar este control a casos error manifiesto de los árbitros o de insuficiencia manifiesta de los motivos? ¿No sería necesario tener más confianza en los árbitros – como es en las decisiones de fondo – en cuanto a éstos estuvieron en mejores condiciones de apreciar los hechos sobre la base de un proceso de pruebas completo?”<sup>22</sup>

En cuanto al análisis realizado por la Corte, encontramos positivo se reconozca que la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias no busca traer a la fuerza a un tercero, sino que convoca al arbitraje a una parte. En la opinión

21 “A lo anterior debe agregarse que, en casos como el presente, donde la competencia subjetiva del tribunal arbitral se ha resuelto después de establecer la existencia de un concierto fraudulento que ha justificado la extensión de los efectos del convenio arbitral a empresas que formalmente no lo suscribieron, la revisión de la decisión arbitral debe ser completa, es decir, deberá, si así lo plantea la parte demandante, alcanzar no solo a los aspectos formales del Convenio Arbitral sino también a los fundamentos sustantivos y fácticos que han servido de sustento a la decisión del tribunal.

Si no se realizara esta revisión integral, que como es obvio, no se encuentra prohibida por lo señalado por el artículo 62° de la Ley, debido a que como resulta evidente no es una cuestión de fondo de la controversia sino, por el contrario, es una que impediría un pronunciamiento respecto de él, se estaría permitiendo que un convenio arbitral ineficaz, en tanto *res inter alios acta*, sea oponible y obligatorio frente a quien no lo ha suscrito.

Esta conclusión es constatada por la doctrina que refiere que toda decisión arbitral bajo el principio *Competence-Competence* es provisional en el sentido de que cualquiera de las partes tiene el derecho de solicitar a las Cortes reabrir y reconsiderar en su totalidad el asunto ahí decidido.

Por consiguiente, debemos concluir que si las demandantes cuestionaran los fundamentos de hecho y de derecho que han servido al tribunal arbitral para considerarlas sujetas al convenio arbitral, estas razones podrán ser revisadas por esta Sala Superior en su integridad tal y como si de una apelación se tratara.”

22 Dimolitsa, Antonias, “La extensión de la cláusula compromisoria a los no signatarios”. En: Gaillard, Emmanuel y Fernández Arroyo, Diego P. (ed.), Cuestiones claves del arbitraje internacional, Editorial Universidad del Rosario, Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política, Bogotá, 2013, pp. 78-79.

de la acertada posición de la Corte, esto se fundamenta en (i) el reconocimiento del arbitraje como verdadera jurisdicción, (ii) el principio general de la buena fe, y (iii) en la prohibición del abuso del derecho. Con lo cual la Corte parece coincidir en que el actual artículo 14° de la Ley de Arbitraje no es más que una regulación positiva de su fallo.

Por todo lo indicado, creemos que el fallo de la Corte Superior es destacable y sumamente positivo para la consolidación de Lima como una sede de arbitrajes internacionales.

## *The Idea of Arbitration* por Jan Paulsson

Publicado por Oxford University Press, Oxford,  
Reino Unido (2013, 309 pp. + xix).

FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO

El Derecho arbitral ha recibido una adición importante: *The Idea of Arbitration*. Esta (esperada) obra realiza una disquisición abundante y metodológicamente interesante: no solo se nutre de fuentes (geográfica y temporalmente) diversas, sino que hace apreciaciones expositivas y propositivas. El resultado: un acervo de sabiduría arbitral.

*The Idea of Arbitration* es un clásico instantáneo. No solo eso, es un libro distinto y excepcional en que es útil para todo aquel que se dedique al arbitraje — ¡donde sea! Desde Australia hasta Zimbabwe, su contenido corta transversalmente a todos los sistemas jurídicos por versar sobre un común denominador de todos ellos: el derecho arbitral. No solo son arbitranes y árbitros audiencia natural de la obra, sino también juzgadores, legisladores, académicos, estudiantes y litigantes encontrarán una enciclopédica respuesta a cualquier duda o dilema que verse o se relacione con derecho y práctica arbitral.

El libro es tanto *síntoma* como *prueba* de una de las (muchas) ideas que toca: la existencia de un “Derecho arbitral trasnacional”.<sup>1</sup> Al aludir al fundamento legal del arbitraje (p. 195 *et seq*) Paulsson distingue el derecho aplicable *al* arbitraje

---

1 Término que propongo nutriéndolo de las ideas de Philip Jessup (Transnational Law, Yale University Press, New Haven, 1956), pero admito (y anticipo) que la aseveración suscitará discusión. Al emprenderla, sugiero leer *The Idea of Arbitration* (p. 45 *et seq*) y ponderar sobre la tesis pluralista revisitada por Paulsson. Medítese: ¿por qué los estudiosos y practicantes del arbitraje siguen y estudian con cuidado las decisiones de ciertas jurisdicciones (como la Corte de Casación Francesa, *High Court* de Londres, Tribunal Federal Suizo, Segundo Circuito de Estados Unidos), considerándolas en su práctica y al tejer sus ideas?

del derecho aplicable *en el* arbitraje, haciendo ver una ironía: busca apoyarse justamente en el Derecho del que desea alejarse. Su caracterización ha sido objeto de discusión. Mientras que hay quien lo tilda de un “orden jurídico arbitral”, Paulsson lo explica echando mano de la tesis *pluralista* de Santi Romano: es la pluralidad de órdenes legales *locales* lo que sirve de fundamento del sistema *internacional*. La cimentación de la postura es interesante metodológicamente. Analiza el *Deber Ser* a la luz de las ideas de grandes pensadores (Kelsen, Weber, Romano, Hart) anclándose en el *Ser*: la teoría tiene como génesis la práctica. El autor comienza tomando nota de lo que ocurre para luego teorizarlo. Y aceptado que funciona en la praxis, ¿servirá en teoría? Su respuesta no solo es un sí *descriptivo*, sino *prescriptivo*: el arbitraje cumple una función social importante. Gracias al mismo mucha actividad deseable se conlleva exitosamente.

En *The Idea of Arbitration* uno encuentra no solo la continuación del pensamiento de Paulsson visible en muchas obras, sino su cúspide. Muchas de sus ideas — expresadas *in statu nascendi* en diferentes foros y ensayos — son recogidas y enriquecidas con el producto de los (con frecuencia, intensos) debates que han propiciado. Uno sobresaliente es el tema de la eliminación de las designaciones unilaterales. En *Moral Hazard in International Arbitration* Paulsson detonó un debate que le dio la vuelta al mundo sobre la conveniencia de erradicar las designaciones unilaterales por trastocar al fin último del arbitraje: legitimidad. Para Paulsson la praxis actual compromete un ideal del arbitraje: obtener una decisión que permita aceptarse con serenidad por quienes sufrirán sus consecuencias dado que confían en su decisor.

En sí, el que ello haya ocurrido, es interesante. El que toda una industria *mundial* haya sido sacudida por el comentario es digno de ponderación. Pero hay más: cuestiono si la respuesta que como gremio hemos dado es apropiada. Observo que la mayoría desea *refutar*, cuando lo que debería hacer es *escuchar*. Aceptémoslo: existe un problema. El *statu quo* puede propiciar casos lamentables. Aunque excepcionales, pueden ser graves. Para demostrarlo cita algunos (como Loewen); pero existen otros. El simple hecho que existan casos que ostenten conducta inapropiada de difícil manejo por subterfugios e hipocresía debe preocuparnos. Después de todo, el arbitraje es un área especial: mientras que en algunos casos se corrige una injusticia, en otros se propicia. Por ende, lejos de descartar apriorísticamente, debemos tener la humildad y apertura intelectual para tomar nota de cuestionamientos como estos y ponderar sobre cómo mejorar nuestra disciplina. Mucho depende de ello.

Éste es solo uno de los muchos y estimulantes temas que toca, cada uno de los cuales justificaría comentario amplio. Desde la definición de arbitraje, la

explicación del por qué de *Kompetenz*, el efecto negativo del acuerdo arbitral, el significado y alcance del principio de separabilidad del acuerdo arbitral, cómo manejar la ilegalidad en el arbitraje, la (verdadera) noción de arbitrabilidad (incluyendo un *test* para discernir), la (difícil) distinción entre admisibilidad y jurisdicción, el nivel de revisión por juzgadores de la causal de orden público, y un tema conceptual titánico que parecerá teórico a unos, pero que es ingeniería jurídica de alto nivel: *Arbitral Authority to Reject Unlawful Laws*, uno encuentra en *The Idea of Arbitration* un cuerno de abundancia de temas, examinados todos con un rigor analítico extraordinario en forma profunda, nutrida y elegante.

Concluida la obra el lector siente que se le ha dado una brújula. Quienes nos dedicamos al arbitraje y tenemos una práctica pluri-jurisdiccional con frecuencia nos sentimos como navegantes en aguas turbias. Como aventureros en junglas desconocidas enfrentando flora y fauna legal amenazante. Quienes se encuentren en dicha circunstancia encontrarán alivio en saber que existe un instrumento del cual pueden echar mano para encontrar su camino en la maleza; para sobrevivir las aguas azarosas; para enfrentar sus retos profesionales e intelectuales: ese instrumento es *The Idea of Arbitration*.