

EL CONTRATO DE ARBITRAJE INTERNACIONAL COMO FUENTE DE OBLIGACIONES

TESIS DOCTORAL

DOCTORANDO

Julio César Betancourt

DIRECTOR

Prof. Dr. Eugenio Llamas Pombo

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Salamanca



UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

2018

ÍNDICE

Introducción	v
--------------------	---

I

EL ARBITRAJE INTERNACIONAL COMO MECANISMO PRIMARIO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS INTERSUBJETIVOS

1. Antecedentes del ‘arbitraje’ como forma de solución de conflictos	1
2. La noción de ‘arbitraje internacional’	8
3. Concepto, algunas definiciones y naturaleza jurídica del arbitraje internacional	13
4. Características del arbitraje internacional	21
5. Tipos de arbitraje internacional	26
6. Marco regulatorio del arbitraje internacional	32
7. La evolución del arbitraje internacional a partir de la Convención de Nueva York	37
8. Las sedes e instituciones principales en el arbitraje internacional	41

II

EL CONTRATO DE ARBITRAJE INTERNACIONAL: NOCIÓN GENERAL

9. El contrato de arbitraje internacional: concepto y algunas definiciones	48
10. El contrato de arbitraje internacional como contrato especial y su clasificación	54
11. El contrato de arbitraje internacional y el principio de la libertad de contratación	59
12. El contrato de arbitraje internacional y el principio de la relatividad de los contratos	63
13. Tipología y morfología del contrato de arbitraje internacional	69
14. Los efectos directos de la celebración de un contrato de arbitraje internacional	73
15. Los efectos indirectos de la celebración de un contrato de arbitraje internacional	76
16. El contrato de arbitraje internacional y la Convención de Nueva York	79

III

LA REDACCIÓN DEL CONTRATO DE ARBITRAJE INTERNACIONAL

17. Nociones generales	88
18. Las cláusulas patológicas	94
19. La elección del derecho aplicable	100
20. La elección de la sede y el idioma (o lenguaje) del procedimiento arbitral	103
21. La elección de las reglas del procedimiento arbitral	110
22. La elección de los árbitros	115
23. Disposiciones especiales	119
24. La redacción de cláusulas multi-nivel	121

IV

LIMITACIONES VINCULADAS CON LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO DE ARBITRAJE INTERNACIONAL EN FUNCIÓN DEL CONCEPTO DE ARBITRABILIDAD

25. Arbitrabilidad y libertad de contratación	125
26. Arbitrabilidad subjetiva y arbitrabilidad objetiva (o inarbitrabilidad).....	128
27. La noción de inarbitrabilidad en la legislación de las sedes principales.....	136
28. Arbitrabilidad objetiva: casos prácticos.....	138
29. Invocación de la arbitrabilidad (subjetiva y objetiva).....	143
30. Determinación de la inarbitrabilidad en sede arbitral y en sede jurisdiccional.....	149
31. El derecho aplicable para la determinación de la inarbitrabilidad	154
32. El futuro de la doctrina de la inarbitrabilidad	158

V

VALIDEZ DEL CONTRATO DE ARBITRAJE INTERNACIONAL

33. Nociones preliminares	159
34. La presunción de validez del contrato de arbitraje internacional.....	164
35. El requisito de la escritura	169
36. Otros requisitos necesarios para la formación del contrato de arbitraje internacional.....	176
37. El contrato de arbitraje internacional nulo, ineficaz o inaplicable (examen <i>a priori</i>)	178
38. El examen <i>a posteriori</i> de la validez del contrato de arbitraje internacional.....	187
39. Del contrato de arbitraje internacional incorporado por referencia	189
40. Del contrato de arbitraje internacional contenido dentro de un contrato de adhesión	192

VI

LA DOCTRINA DE LA SEPARABILIDAD DEL CONTRATO DE ARBITRAJE INTERNACIONAL

41. El contrato de arbitraje internacional como contrato autónomo	196
42. Antecedentes y evolución de la doctrina de la separabilidad.....	201
43. Justificación de la doctrina de la separabilidad.....	210
44. La doctrina de la separabilidad y su legalización	213
45. La doctrina de la separabilidad y su reglamentación institucional	218
46. La separabilidad y su relación con los vicios del consentimiento	221
47. El contrato de arbitraje internacional como ‘contrato procesal’	223
48. Consecuencias de la desaplicación de la doctrina de la separabilidad.....	226

VII

ALGUNOS ASPECTOS RELACIONADOS CON EL DERECHO APLICABLE Y SU DETERMINACIÓN

49. Introducción: ¿existe un exceso de leyes?	228
50. El derecho aplicable al contrato principal.....	229

51. A propósito de la <i>lex mercatoria</i>	237
52. <i>Iura novit arbiter</i>	246
53. El derecho aplicable al contrato de arbitraje internacional	250
54. Breves consideraciones acerca de la aplicación del derecho extranjero	255
55. El derecho aplicable en la sede del arbitraje (<i>lex loci arbitri</i>)	257
56. El derecho al debido proceso (<i>rectius</i> : procedimiento) y su aplicación en sede arbitral	260

VIII

DE LA NATURALEZA CONTRACTUAL DE LA COMPETENCIA O (MAL LLAMADA) JURISDICCIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

57. A propósito de las nociones de ‘jurisdicción’ y ‘competencia’	264
58. La función jurisdiccional y la función arbitral: ¿dos funciones equiparables?	268
59. De la competencia del tribunal arbitral (en general).....	270
60. De la doctrina de <i>competence-competence</i> en la Ley Modelo de la CNUDMI	273
61. De la doctrina de <i>competence-competence</i> en las sedes principales.....	278
62. De la doctrina de <i>competence-competence</i> en algunos de los reglamentos	281
63. A propósito de las nociones de ‘competencia’ y ‘admisibilidad’	285
64. Las directrices del <i>Chartered Institute of Arbitrators</i>	290

IX

DE LA INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO DE ARBITRAJE INTERNACIONAL EN EL MARCO DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK

65. Interpretación y arbitraje internacional: de lo general a lo particular	294
66. De los momentos de interpretación en la Ley Modelo de la CNUDMI.....	298
67. Derecho aplicable y principios generales de interpretación	302
68. De la naturaleza evolutivo-comparativa de la interpretación.....	307
69. Discreción judicial e interpretación	309
70. Interpretación, cuestión de hecho y cuestión de derecho: ¿una distinción necesaria?	312
71. ¿Qué establece la Ley Modelo?	315
72. De la utilidad (o inutilidad) de los Principios UNIDROIT	319

X

DE LOS SUJETOS DE LA RELACIÓN JURÍDICO-ARBITRAL INTERNACIONAL Y DE SUS DERECHOS Y OBLIGACIONES

73. Nociones preliminares	323
74. De las partes (signatarios y no signatarios) y de los terceros.....	325
75. Los representantes de las partes.....	352
76. El tribunal arbitral.....	355
77. El secretario del tribunal arbitral	361
78. La institución arbitral.....	364

79. El árbitro de emergencia.....	367
80. Los testigos, intérpretes y expertos.....	370

XI

DE LOS REMEDIOS DESTINADOS A OBTENER EL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN (O CUMPLIMIENTO) DEL CONTRATO DE ARBITRAJE INTERNACIONAL

81. Nociones preliminares	375
82. La solicitud de remisión como remedio dirigido a obtener el reconocimiento y ejecución.....	377
83. El cumplimiento en especie en la legislación estadounidense: ¿un modelo a seguir?	379
84. Cumplimiento en especie por vía de una orden de abstención en sede jurisdiccional.....	381
85. Cumplimiento en especie por vía de una orden de abstención en sede arbitral	386
86. La pretensión de indemnización por concepto de daños en contra de la parte contratante.....	387
87. La pretensión de indemnización por concepto de daños en contra del Estado contratante	390
88. La privación del reconocimiento y ejecución de la decisión dictada en sede jurisdiccional	392

XII

DE LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE ARBITRAJE INTERNACIONAL

89. De la terminación de los contratos en general	396
90. De la terminación del contrato de arbitraje internacional en particular	397
91. De la ‘terminación’ del contrato y de la ‘extinción o renuncia’ de un derecho	399
92. La ‘perención arbitral’ como forma de terminación (contractual y procedimental)	400
93. La terminación del contrato de arbitraje internacional en sede jurisdiccional.....	403
94. La terminación del contrato de arbitraje internacional en sede arbitral	404
95. Terminación unilateral del contrato de arbitraje internacional	405
96. De la inmortalidad del contrato de arbitraje internacional en el derecho europeo.....	407
Conclusiones (español).....	409
Conclusiones (inglés).....	413
Bibliografía	417
Listado de leyes, reglamentos, directrices y demás textos normativos	527
Tabla de recursos electrónicos	529

EL CONTRATO DE ARBITRAJE INTERNACIONAL COMO FUENTE DE OBLIGACIONES

RESUMEN DE LOS CAPÍTULOS I-XII

CAPÍTULO I

EL ARBITRAJE INTERNACIONAL COMO MECANISMO PRIMARIO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS INTERSUBJETIVOS

El arbitraje como mecanismo de «solución» de conflictos intersubjetivos es, sin lugar a dudas, de vieja data. En un reciente artículo, Jan Paulsson, hace una acertada distinción entre las nociones de «arbitraje» y «arbitraje internacional». Dicha distinción es no solamente importante, sino también imprescindible al momento de analizar los antecedentes de ambas instituciones, dado que, tanto desde una perspectiva histórica como desde una vertiente cronológica, es posible afirmar que la noción de arbitraje difiere y, probablemente, precede a la noción de arbitraje internacional.

Después de estudiar las tres fases de la historia del procedimiento civil romano, particularmente, a partir de la Ley de las XII Tablas, y dejando a un lado las instituciones primitivas, se observa que a lo largo del período de la *legis actiones* (utilizado generalmente durante la República); e incluso, del período formulario (empleado desde el segundo siglo antes de Cristo hasta el tercer siglo después de Cristo), el procedimiento civil tenía la forma de una referencia arbitral. Nótese que, durante estos dos períodos, la tramitación de un asunto requería el consentimiento y la cooperación de ambas partes.

En ambos períodos, el funcionario investido de potestad magisterial remitía el asunto para que fuese un *iudex* o un *arbiter* quien decidiese el conflicto. No fue sino en el período de la *cognitio extraordinaria* (usado en el Imperio) en donde se decide incorporar a un magistrado asalariado, pero todo indica que este podía, y muy frecuente solía, servirse de un tercero con facultades decisorias. Se ha comentado que no todo *iudex* era *arbiter*. Pero que todo *arbiter* era al mismo tiempo *iudex*, si las partes le habían aceptado bajo la autoridad del magistrado correspondiente.

Los romanos utilizaron, por una parte, un arbitraje «intra-procesal» (que formaba parte de la estructura del procedimiento civil ordinario) y, por otra parte, un arbitraje «extra-procesal» (que tenía un carácter puramente voluntario). Especial atención merece el «árbitro por acuerdo» (*arbiter ex compromisso*), quien no desempeñaba una función pública, sino una labor extrajudicial. Este tipo de arbitraje se encontraba ampliamente regulado. La más prolija de sus tempranas regulaciones fue propiciada por Justiniano y se encuentra en el Libro Cuarto, Sección Octava del Digesto.

Luego de miles de años, ese arbitraje primitivo terminaría luego por generar otra especie de mecanismo: el «arbitraje internacional». El arbitraje, en su forma original, no era más que una herramienta decisoria que guardaba una cierta semejanza con el «proceso». Dicha herramienta fue concebida en un espacio primordialmente doméstico, es decir, regulada por el derecho nacional y a disposición de quienes desearan solucionar ciertos conflictos (aquellos que no tenían ningún tipo de transcendencia jurídica más allá de las zonas limítrofes de una determinada localidad) fuera de los órganos jurisdiccionales.

Puede afirmarse que la versión más reciente del arbitraje internacional tiene su origen en la rápida expansión del comercio internacional y en la promulgación de toda una serie de instrumentos legislativos. Entre ellos se incluyen: (1) el Protocolo de Ginebra (1923); (2) la Convención de Ginebra (1927); (3) la Convención de Nueva York (1958); (4) la Convención de Washington (1965); (5) el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (1976), el cual fue posteriormente revisado en el año 2010 y (6) la Ley Modelo de la CNUDMI (1985), enmendada en el año 2006.

Ninguno de los instrumentos legislativos antes mencionados fue diseñado para prescribir o para regular el modo en el cual se debe conducir cada procedimiento arbitral internacional, esencialmente porque cada procedimiento arbitral es distinto, sino como un conjunto de herramientas en las cuales se intentaba compilar un buen número de principios o reglas generales que se identifican plenamente con la forma en la cual se ha desarrollado e, incluso, se lleva a cabo la práctica del arbitraje internacional, el cual ha posicionado como el mecanismo primario de solución de conflictos en materia comercial.

Existen varias teorías con las cuales se ha intentado explicar la naturaleza jurídica del arbitraje internacional. Las más importantes son: (1) una teoría jurisdiccional; (2) una teoría contractual; (3) una teoría mixta y (4) una teoría autónoma. Todas estas teorías han sido cimentadas con el fin de esclarecer cuál ha sido la posición adoptada, en la gran mayoría de los sistemas jurídicos, con respecto a la relación o, si se quiere, la importante sinergia que se desenvuelve entre quienes ejercen la «función jurisdiccional» y quienes desempeñan una «función arbitral».

Si bien es cierto que el arbitraje internacional no es un mecanismo libre de imperfecciones, también es cierto que dicho mecanismo se encuentra rodeado de ciertas características (o de algunas ventajas) que son bastante atractivas desde el punto de vista comercial. Ellas son: (1) la neutralidad del procedimiento; (2) la centralización; (3) la protección de contratos y laudos arbitrales internacionales; (4) la experticia de un tribunal arbitral; (5) la finalidad de los laudos; (6) la flexibilidad del procedimiento arbitral y (7) la potencial confidencialidad.

Se habrá notado, pues, que son múltiples las razones por las cuales las partes podrían adoptar la decisión de utilizar este, y no otro, mecanismo no jurisdiccional. Ahora bien, el arbitraje internacional al cual se ha hecho alusión se clasifica en cuatro tipos: (1) *ad hoc*; (2) institucional; (3) de derecho y (4) *ex aequo et bono*. De manera que otra de las decisiones que hay que tomar luego de haber decidido emplear este mecanismo tiene que ver con cuál de ellos sería el más apropiado (en función de los intereses de las partes) para solucionar el conflicto en cuestión.

El arbitraje internacional se encuentra regulado por toda una compleja red de instrumentos normativos que se entrelazan con el fin de tutelar la autonomía de las partes, limitar la intervención de los órganos jurisdiccionales y, al mismo tiempo, garantizar que dichos órganos asistan tanto a las partes, como al tribunal arbitral, cuando sea menester. Hay quienes consideran que la complejidad de ese entrelazado de normas jurídicas es verdaderamente lamentable, principalmente porque ha trastocado algunos de los principios rectores de este mecanismo: certidumbre, eficiencia y predictibilidad.

Después de la Convención de Nueva York, puede afirmarse que el «derecho arbitral internacional» ha adquirido una nueva dimensión. Yves Derains, un distinguido jurista francés y uno de los mejores especialistas en materia de arbitraje internacional, señaló en alguna oportunidad que si no existiese dicha Convención el arbitraje internacional no tendría el éxito que hoy posee. El arbitraje internacional existe para satisfacer las necesidades del comercio internacional y la Convención de Nueva York existe, precisamente, para garantizar el buen funcionamiento del arbitraje internacional.

El empleo incesante del arbitraje internacional, acompañado por la evolución del sistema jurídico-arbitral internacional de algunos países, terminaría contribuyendo con un mayor nivel de sofisticación entre sus usuarios. Esto puede que haya facilitado la elaboración de un pequeño catálogo de opciones (o de ciudades) cuyo atractivo ha llegado incluso a ser validado estadísticamente. Las investigaciones sugieren que, en este momento, las sedes principales del arbitraje internacional, en orden de prelación, son: (1) Londres, (2) París, (3) Hong Kong, (4) Singapur y (5) Ginebra.

El tema de las sedes principales del arbitraje internacional se encuentra íntimamente vinculado con el de las instituciones arbitrales más destacadas. Las estadísticas sugieren que las instituciones preferidas son: (1) la CCI, (2) la LCIA, (3) el HKIAC, (4) el SIAC y (5) la SCC. La selección de una institución es un asunto que gira en torno a las peculiaridades de cada caso. No obstante, existen algunas disposiciones reglamentarias que, de una u otra manera, podrían llegar a influir sobre sus potenciales usuarios al momento de tomar una decisión con respecto a cuál de ellas sería la más apropiada.

CAPÍTULO II

EL CONTRATO DE ARBITRAJE INTERNACIONAL: NOCIÓN GENERAL

El contrato de arbitraje internacional se ha convertido en una herramienta esencial dentro del desarrollo y la indetenible expansión del comercio y la inversión internacional. En la gran mayoría de las operaciones comerciales internacionales, puede afirmarse que la negociación principal se halla indirectamente sujeta, sino probablemente condicionada, a que los conflictos que pudieran llegar a suscitarse a partir de dicha negociación serán solucionados fuera de los órganos jurisdiccionales de cualquiera de las partes contratantes y, específicamente, con la ayuda de un tribunal arbitral.

Terminológicamente hablando, este contrato se ha visto rodeado de infortunios. Nadie cuestiona que cuando se trata de actividades tales como la «compraventa» o el «arrendamiento» de bienes, por citar sólo un par de ejemplos, los sujetos de la relación jurídica están vinculados en virtud de un «contrato de compraventa» o de un «contrato de arrendamiento». Pero en el caso de un «arbitraje», los juristas vislumbran que la vinculación proviene de un «acuerdo arbitral», de un «convenio (o convención) arbitral» o de un «pacto arbitral» y no de un «contrato arbitral» (o «contrato de arbitraje»).

No obstante, cuando se hace un análisis de las circunstancias que rodean a las figuras del «arbitraje» y del «arbitraje internacional», se observa que la actividad que despliegan los sujetos del conflicto con el propósito de subordinarse a la decisión de un tribunal arbitral contiene la ‘estructura básica de todo contrato’. Esto posiblemente explica el motivo por el cual hay quienes al estudiar dicho mecanismo (tanto en la doctrina del inelegantemente denominado derecho anglosajón, como en la doctrina del derecho continental europeo) lo catalogan, correctamente, bajo el rótulo de un «contrato especial».

El contrato de arbitraje internacional es, pues, un contrato multilateral que obliga a dos o más personas a solucionar sus conflictos con la ayuda de un tribunal arbitral que se halla obligado a dictar un laudo que pueda ser reconocido y ejecutado a tenor de lo establecido en la Convención de Nueva York (obligados directos) y a varios otros sujetos que forman parte de la relación jurídico-arbitral internacional, a quienes les corresponde observar ciertos derechos y cumplir con ciertas obligaciones destinadas a garantizar el buen desenvolvimiento de la función arbitral (obligados consecuenciales).

De manera que si bien es cierto que el contrato de arbitraje internacional se perfecciona entre en dos o más personas que han decidido solucionar sus conflictos fuera de los órganos jurisdiccionales y, concretamente, en sede arbitral, también es cierto que dicho contrato concierne no solamente a tales personas, sino también a varios otros sujetos (distintos a las partes) cuya participación o intervención termina siendo trascendental para que dicho contrato pueda ser ejecutado, a tal punto que si estos otros sujetos no participan o intervienen, dicho contrato perdería toda su utilidad.

El contrato de arbitraje internacional se encuentra rodeado de ciertas peculiaridades que lo diferencian y, al mismo tiempo, lo aproximan a otros contratos que gozan de caracteres afines. La subsunción del contrato de arbitraje internacional en las categorías contractuales correspondientes a la clasificación tradicional permiten catalogarle como un contrato: bilateral o, según el caso, unilateral; oneroso, especialmente, conmutativo; solemne o formal; colateral; de tracto sucesivo; nominado o típico; paritario o de adhesión; e internacional.

La internacionalidad de dicho contrato es, precisamente, la que origina toda una serie de efectos jurídicos directos e indirectos que afectan no solamente a los obligados principales (las partes contratantes), sino también, a los obligados consecuenciales (un cierto número de personas de derecho público y de derecho privado que, de una u otra forma, se obligan a garantizar su reconocimiento y ejecución). Así que los «protagonistas» de dicho contrato son no solamente las partes, sino también el tribunal arbitral y los órganos jurisdiccionales de los Estados contratantes.

De esta manera, el contrato de arbitraje internacional representa una «excepción» al principio de la relatividad de los contratos, en tanto que su realización supone la puesta en marcha de una gigantesca maquinaria compuesta por varios sujetos que se encuentran obligados a hacer (o no hacer) algo a los fines de facilitar su reconocimiento y ejecución. Dichos sujetos se obligan, «voluntariamente», en virtud de una «conexión contractual» o por «disposición expresa de la ley», pero sus obligaciones tienen una finalidad global: «garantizar el ejercicio de la función arbitral».

El contrato de arbitraje internacional puede ser celebrado a los fines de solucionar tanto los conflictos que pudieren llegar surgir, como los conflictos que hayan surgido entre las partes, independientemente de cualquiera que sea la naturaleza de su relación jurídica: contractual o extracontractual. De modo que dicho contrato podría ser celebrado «antes» o «después» del surgimiento del conflicto. Tradicionalmente, se ha hecho una distinción entre el contrato celebrado en un momento «anterior» y el celebrado en un momento «ulterior» al nacimiento del mismo.

En su momento, los redactores de la Convención de Nueva York reconocieron la distinción terminológica que existe entre uno y otro. En efecto, al referirse al contrato de arbitraje internacional, se observa que el Artículo II.2 señala que ‘La expresión “acuerdo por escrito” denotará una «cláusula compromisoria» incluida en un contrato o un «compromiso», firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas’. De un modo similar, la opción I, Artículo 7, de la Ley Modelo utiliza las expresiones «cláusula compromisoria» y «acuerdo independiente».

En el ámbito internacional, la mayoría de los procedimientos arbitrales son producto de la inclusión de una «cláusula compromisoria» y no de la elaboración de un «compromiso arbitral». Esto sucede porque, antes del conflicto; particularmente, entre quienes negocian por primera vez, la relación comercial de las partes se encuentra intacta, cuestión que, lógicamente, tiende a facilitar la inserción de la cláusula, pero después del surgimiento del conflicto existe una situación de hostilidad que, por lo general, impide que las partes celebren un compromiso arbitral.

El contrato de arbitraje internacional, como cualquier otro contrato, es fuente de obligaciones. En general, dicho contrato genera tanto «obligaciones de hacer», como «obligaciones de no hacer», expresiones que, dentro del derecho arbitral internacional, han sido sustituidas por los vocablos «efecto positivo» y «efecto negativo». La doctrina más autorizada señala que los efectos de la celebración de todo contrato de arbitraje internacional se verifican no solamente entre las partes contratantes, sino también, frente a los Estados contratantes e, incluso, frente a los árbitros.

El contrato de arbitraje internacional es entonces un contrato especial que se encuentra fundamentalmente, pero no exclusivamente, regulado por un tratado internacional: la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, mejor conocida como la Convención de Nueva York. No pocas veces las Naciones Unidas ha tomado ciertas iniciativas destinadas a regular un contrato en particular. Empero, la Convención es atípica, dado que la regulación de dicho contrato no fue cuidadosamente planificada, sino, en cierto modo, improvisada.

CAPÍTULO III

LA REDACCIÓN DEL CONTRATO DE ARBITRAJE INTERNACIONAL

Anteriormente se comentaba que el arbitraje internacional se encuentra regulado por toda una compleja red de instrumentos normativos. De allí que la redacción de un contrato de arbitraje internacional, en principio, podría terminar siendo muchísimo más compleja que la redacción de cualquier otro contrato internacional. En la práctica, la formación de dicho contrato se encuentra casi siempre sujeta a la formación de otro contrato que goza de prioridad (el contrato principal) y que, de algún modo, termina por negligir el tema de un potencial arbitraje.

En efecto, la mayoría de las operaciones comerciales internacionales se desenvuelven en virtud de un contrato escrito (generalmente muy detallado) con el que se intenta regular el modo en el cual debe llevarse a cabo la operación respectiva. Lo más frecuente es que las partes anticipen que dicho contrato va a ser ejecutado con arreglo a los términos adoptados y sin mayores inconvenientes. Lo infrecuente es que las partes vaticinen que van a terminar arbitrando (o incluso litigando) los conflictos relacionados con el potencial incumplimiento total o parcial de las obligaciones contraídas.

A consecuencia de ello, es muy fácil marginar y, como resultado, poner en riesgo el futuro reconocimiento y ejecución del contrato de arbitraje internacional. Para evitar futuros inconvenientes, hay que tener sumo cuidado al momento de redactar dicho contrato, específicamente, en el caso de un arbitraje internacional *ad hoc*, dado que, cuando se trata de un arbitraje internacional institucional, la adopción de cualquiera de las cláusulas modelo que han sido formuladas por las distintas instituciones arbitrales podrían (aunque no en todo caso suelen) ser suficientes.

En general, los problemas relacionados con la redacción defectiva del contrato de arbitraje internacional podrían ser clasificados en: (1) problemas intrínsecos y (2) problemas extrínsecos. Los primeros tienen que ver con la sintaxis, la ambigüedad, la ininteligibilidad o comprensibilidad del contrato. Los segundos se refieren a los factores externos, tales como la falta de asesoramiento, una inadvertencia, la rapidez de la realización del negocio principal y, como resultado, la desatención de la cláusula compromisoria, la alteración inadecuada de una cláusula modelo, etcétera.

En el año 2010, la IBA reunió a un grupo de especialistas y, posteriormente, publicó las Directrices de la IBA para la Redacción de Cláusulas de Arbitraje Internacional (*IBA Guidelines for Drafting International Arbitration Clauses*). La directriz ofrece cinco recomendaciones en donde se examinan: (1) los aspectos básicos de todo contrato de arbitraje internacional; (2) algunos aspectos adicionales; (3) las cláusulas multi-nivel; (4) el caso de los contratos multilaterales y (5) los casos en los cuales existen varios contratos que se encuentran relacionados entre sí.

Al año siguiente, una iniciativa similar fue desarrollada por el ICDR, esta vez, mediante una guía mucho menos exhaustiva (*ICDR Guide to Drafting International Dispute Resolution Clauses*) en donde se explican ciertos asuntos relacionados con la redacción del contrato de arbitraje internacional a través de una breve discusión de algunas cláusulas modelo. En esta guía, el ICDR concluye postulando que una cláusula mal redactada podría terminar siendo una cláusula patológica, cuestión que, a juicio de dicha institución, es tanto peor que no haber celebrado contrato alguno.

La expresión «cláusulas patológicas», básicamente, tiene que ver con aquellos casos en los cuales la cláusula compromisoria adolece de ciertos vicios que fueron producto de una redacción inadecuada. Es evidente, pues, que tanto una buena como una mala redacción del contrato de arbitraje internacional termina siempre ejerciendo una marcada influencia sobre la forma en la cual serán tutelados los derechos y obligaciones que se originan a partir del contrato principal, cuestión que, según el caso, podría tener lugar con o sin la ayuda de un tribunal arbitral.

De cualquier forma, lo cierto es que la redacción del contrato de arbitraje internacional exige el manejo de ciertos aspectos que necesariamente hay que conocer a los fines de establecer cuáles son los derechos y obligaciones que se derivan a partir de su celebración. La redacción del contrato de arbitraje internacional podría ser descrita como una de las fases más importantes dentro del itinerario que hay que seguir para poder solucionar un conflicto determinado en sede arbitral y, por esta razón, es necesario garantizar que la intención de las partes se vea claramente reflejada en dicho contrato.

De modo que el contrato de arbitraje internacional debe servir como medio para demostrar que las partes han decidido solucionar sus conflictos mediante un «arbitraje internacional» y, al mismo tiempo, qué tipo de arbitraje y cuál será el alcance de la potestad de decisión de los árbitros. De la misma manera, es importante dejar claro: (1) cuál será el derecho aplicable; (2) dónde será la sede y cuál será el idioma del arbitraje; (3) cómo será regulado el procedimiento arbitral (reglas del arbitraje); (4) cómo serán elegidos los árbitros y (5) cualesquiera otras disposiciones especiales.

Si bien es cierto que los elementos antes señalados forman parte de la estructura compositiva de todo contrato de arbitraje internacional, también es cierto que la pura combinación de tales elementos no siempre va a culminar en un contrato de arbitraje internacional ciento por ciento efectivo. En otras palabras, la efectividad de dicho contrato puede que se halle sujeta a la inclusión de una o posiblemente de varias disposiciones especiales (adicionales) que deben ser configuradas en función de los intereses de las partes contratantes y de cualquiera que sea el «derecho aplicable».

En efecto, por muy remota o inverosímil que pudiera parecer la ocurrencia de un conflicto al momento en el cual las partes contratantes han celebrado un contrato en el cual se ha decidido agregar una cláusula compromisoria, es importante pronosticar (en la medida de lo posible) cuáles podrían llegar a ser sus intereses ante una futura eventualidad. Al mismo tiempo, es necesario determinar cuáles son los intereses cuya satisfacción podría ser garantizada durante la fase de redacción, dado que hay ciertos otros asuntos que, generalmente, son discutidos al inicio del procedimiento arbitral.

CAPÍTULO IV

LIMITACIONES VINCULADAS CON LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO DE ARBITRAJE INTERNACIONAL EN FUNCIÓN DEL CONCEPTO DE ARBITRABILIDAD

Los contratos internacionales (en general) y el contrato de arbitraje internacional (en particular) podrían llegar a contener estipulaciones que, dentro de un contexto meramente doméstico, estarían totalmente prohibidas. Ahora bien, a pesar de esa (aparentemente excesiva) permisividad que, por razones de carácter estrictamente comercial internacional, termina favoreciendo a todo contrato de arbitraje internacional, lo cierto es que todavía existen ciertas limitaciones que van a influir directamente sobre la posibilidad jurídica de celebrar válidamente dicho contrato.

Al examinar el marco regulatorio del arbitraje internacional, se hizo mención al derecho que regula la arbitrabilidad (subjética) y, asimismo, al derecho que regula la arbitrabilidad (objetiva). El primero de ellos tiene que ver con la «capacidad» que tienen las partes contratantes para celebrar un contrato de arbitraje internacional (*ratione personae*). El segundo de ellos se refiere a la licitud del «objeto» de las obligaciones que de allí se derivan (*ratione materiae*). Para que dicho contrato logre producir efectos jurídicos es necesario satisfacer, *inter alia*, ambos requisitos.

El tema de la capacidad para celebrar un contrato de arbitraje internacional (arbitrabilidad subjética), podría ser analizado tanto desde la perspectiva de la capacidad de las personas naturales, como desde el punto de vista de la capacidad de las personas jurídicas (de derecho público y de derecho privado) que normalmente intervienen dentro de un procedimiento arbitral como parte. No obstante, comoquiera que en el ámbito comercial internacional participan, mayormente, personas jurídicas de derecho privado, es entonces por lo que tiene sentido hacer abstracción del resto de ellas.

El tema de la capacidad de las personas jurídicas (en general) forma parte del pénsum del derecho civil y, por lo tanto, no sería idóneo reducir a términos breves algo que, necesariamente, debe ser estudiado con detenimiento. El manejo de tales conocimientos es, sin lugar a dudas, relevante, sencillamente porque para que una persona jurídica pueda celebrar válidamente un contrato es necesario que dicha persona esté facultada para ejercer ‘los derechos y asumir las obligaciones que le correspondan’, cuestión que tradicionalmente se conoce con el nombre de «capacidad de obrar».

La situación es exactamente idéntica cuando el contrato en cuestión es un contrato de arbitraje internacional. La capacidad de obrar de las personas jurídicas de derecho privado y, concretamente, la capacidad que tienen dichas personas para celebrar cualquier clase de contrato (capacidad contractual), se encuentra regulada por el derecho en el cual se encuentran domiciliadas las mismas. En principio, quien tiene capacidad para contratar, tiene capacidad para celebrar un contrato de arbitraje internacional, pero no necesariamente a la inversa.

Después de haber analizado el concepto de arbitrabilidad subjetiva, corresponde ahora examinar el concepto de arbitrabilidad objetiva, un concepto que, sin lugar a dudas, podría llegar a ser muy útil desde un punto de vista didáctico, pero no por ello imprescindible, dado que la doctrina ha podido, sencillamente, referirse al «objeto de la relación obligatoria» que surge a partir de un contrato de arbitraje internacional para llegar a una misma conclusión: para que las partes puedan (lícitamente) arbitrar sus conflictos es necesario que dichos conflictos sean «jurídicamente» arbitrables.

El uso del concepto de «objeto de la obligación» (y de su «licitud»), como requisito para la existencia del contrato, serviría para impedir la confusión entre los conceptos de «arbitrabilidad objetiva» y la supuesta «jurisdicción del tribunal arbitral». El primer requisito, alude a la posibilidad jurídica de celebrar el contrato de arbitraje internacional. El segundo, aunque terminológicamente discutible, se refiere a cuáles son los asuntos que se encuentran dentro o fuera del alcance de la potestad de decisión de los árbitros en función de lo que establece un determinado contrato de arbitraje internacional.

Ambas cuestiones podrían ser catalogadas, hasta cierto punto, como un obstáculo frente al ejercicio de la función arbitral. No obstante, las fuentes de las limitaciones que surgen en uno y otro caso son totalmente diferentes. Es decir, las limitaciones relativas a la inarbitrabilidad (por *ratione personae* o por *ratione materiae*) no son impuestas por las partes, sino por el legislador o, incluso, por los órganos jurisdiccionales. Al contrario, las limitaciones concernientes a la falta de jurisdicción del tribunal arbitral se desprenden del propio contrato de arbitraje internacional.

En el año 2016, la IBA publicó un breve trabajo en el cual se hace un estudio de la noción de arbitrabilidad en la práctica, concretamente, dentro del contexto de la Convención de Nueva York y a partir de varios informes presentados por los representantes de 33 países. En dicho trabajo, se concluye, entre otras cosas, que si bien es cierto que las restricciones con respecto a cuáles son los asuntos que pueden ser solucionados en sede arbitral se continúa reduciendo, también es cierto que todavía existen algunas diferencias, cuestión que, lógicamente, pone de relieve la importancia de dicho concepto.

No obstante, dicha disparidad en modo alguno podría ser considerada como un fenómeno alarmante. En las últimas décadas, la inarbitrabilidad de un asunto se ha convertido en una cuestión excepcional. En efecto, la mayoría de las decisiones que han sido dictadas por parte de los órganos jurisdiccionales de los Estados contratantes con respecto a dicha figura, concretamente, dentro del contexto de la Convención de Nueva York, demuestran que, en el ámbito internacional, dichos órganos han sido reacios a considerar que el asunto no es arbitrable, salvo que la ley disponga claramente otra cosa.

Como paradigma de cuáles son los conflictos que, normalmente, no pueden ser solucionados en sede arbitral (en general), se destacan: la quiebra de una sociedad de comercio, aquellos asuntos destinados a sancionar la comisión de crímenes o delitos, los problemas relacionados con las relaciones domésticas, los conflictos vinculados con los bienes inmuebles, la validez (pero no la explotación) de una patente o una marca registrada, etc. Por otra parte, existen varios otros asuntos cuya arbitrabilidad es, *prima facie*, menos perceptible y que, sin embargo, suelen ser solucionados en sede arbitral.

Dentro de este último grupo, pueden citarse, por ejemplo, los conflictos derivados de un contrato colectivo (en el caso de los Estados Unidos), algunos conflictos societarios, problemas de carácter financiero y tributario (en los países desarrollados), los conflictos derivados de la representación comercial, algunos asuntos de carácter tributario (en el área del arbitraje de inversiones), asuntos regulados por el derecho de la competencia (*competition or antitrust law*), títulos valores, conflictos en materia de propiedad intelectual, ilegalidad y fraude, soborno y corrupción, etcétera.

A finales de los años noventa, la CNUDMI reconoció que la ‘incertidumbre en cuanto a las controversias que pueden someterse a arbitraje y las diferencias entre los criterios para determinar qué controversias son susceptibles de resolverse por arbitraje [podían] dar lugar a dificultades considerables en la práctica’, pero lo cierto es que, en las últimas dos décadas, el ámbito material del arbitraje internacional se ha transformado de tal manera que muchos de los conflictos que, anteriormente, sólo podían ser solucionados en sede jurisdiccional, son ahora solucionados en sede arbitral.

Esta transformación, ha sido descrita como un indicio que podría servir de fundamento para pronosticar la entrada de una nueva fase dentro la trayectoria del concepto de inarbitrabilidad: el comienzo de su fin. Esto explica el motivo por el cual, en la práctica, son muy pocos los casos en los cuales sale a relucir este tema. En la esfera del arbitraje internacional y, específicamente, en materia comercial, la inarbitrabilidad es, a decir verdad, una excepción que, poco a poco, se desvanece como resultado de la extensa aceptación que, alrededor del mundo, ha ganado el arbitraje internacional.

CAPÍTULO V

VALIDEZ DEL CONTRATO DE ARBITRAJE INTERNACIONAL

La noción de «validez» del contrato (en general) es el resultado de una valoración positiva con respecto a la satisfacción de ciertos elementos (o el cumplimiento de ciertos requisitos) que son exigidos por el ordenamiento jurídico para que el contrato logre producir los efectos deseados por las partes y, de ser necesario, para permitir la intervención de los órganos jurisdiccionales con el propósito de tutelar los derechos y obligaciones que de allí se derivan. La «invalidez», por el contrario, es producto de una valoración negativa que cada ordenamiento jurídico podría llegar a sancionar en formas diversas.

Los elementos necesarios para la validez de un contrato podrían llegar a ser distintos dependiendo de la tipología del contrato y de cuál haya sido el ordenamiento jurídico que regule el contrato en cuestión. En principio, puede decirse que, en el derecho inglés, por ejemplo, los elementos necesarios para la validez de todo contrato son la existencia de un acuerdo (*agreement*), la intención de crear una relación jurídica (*intent to contract*), la capacidad (*capacity*) y un intercambio (*consideration*), mientras que en el derecho español es necesario que haya consentimiento, objeto y causa.

Desde este punto de vista, el contrato de arbitraje internacional es, simplemente, un contrato como cualquier otro y, por lo tanto, su reconocimiento y ejecución va a depender de que se haya dado cumplimiento, primero, con cualesquiera que sean los requisitos necesarios para su validez (en función de cualquiera que sea el derecho aplicable) y, segundo, con las formalidades correspondientes, si acaso. Evidentemente que el cumplimiento o incumplimiento de tales requisitos y formalidades determina cuál será el resultado de su valoración: positiva (validez) o negativa (invalidez).

En el caso de una valoración negativa, la invalidez tiende a ser objeto de «gradación» (de mayor a menor) dependiendo de cuál haya sido la magnitud de la infracción cometida. Tanto en el derecho inglés, como en el derecho español, por ejemplo, existen las nociones de «nulidad» y de «anulabilidad» del contrato. Ambas nociones podrían ser catalogadas como una reacción del ordenamiento jurídico o, por mejor decir, como dos «sanciones» distintas frente al incumplimiento de los requisitos que son necesarios para que todo contrato pueda cumplir su función originaria.

En vista de lo anterior, es perfectamente posible que un contrato de arbitraje internacional sea considerado como válido de acuerdo con el derecho inglés o como inválido (*rectius*: nulo de nulidad absoluta o nulo de nulidad relativa) en el derecho español o viceversa. En efecto, todavía no existe una «teoría general del contrato de arbitraje internacional», sino, a lo sumo, una serie de estándares o principios jurídicos, generalmente aceptados, que podrían ser incorporados dentro del contenido del derecho arbitral internacional.

Con todo, no se descarta la posibilidad de valorar la validez de un contrato de arbitraje internacional a partir del empleo de ciertos conceptos que pertenecen al derecho de contratos y que son generalmente reconocidos dentro de la gran mayoría de los Estados contratantes. Entre ellos se destacan, por ejemplo, el error (*mistake*), el dolo (*fraudulent misrepresentation*) y la violencia (*duress*). El criterio predominante gira en torno a una supuesta «presunción de validez» a favor de dicho contrato que sólo puede ser desvirtuada mediante la aplicación de un estándar internacional de valoración.

Al estudiar el tema de la validez del contrato de arbitraje internacional, se observa que, no pocas veces, la doctrina termina introduciendo una clasificación bipartita de los requisitos antes señalados. Así, se habla de validez substantiva y de validez formal. Se ha dicho que la validez substantiva se refiere a un grupo residual de situaciones que no pueden ser enmarcadas dentro del marco de la validez formal, el concepto de arbitrabilidad o la capacidad de las partes contratantes. Sin embargo, se cree que semejante distinción es de poca utilidad práctica y tanto más que descartable sin repercusión alguna.

El contrato de arbitraje internacional al cual se refiere la Convención de Nueva York fue (originalmente) concebido como un «contrato formal», es decir, como un contrato que, para su perfeccionamiento, requiere que se haya cumplido con una determinada formalidad. En efecto, el Artículo II.1 de la Convención deja claro que debe existir un contrato «por escrito», expresión que fue pobremente definida por sus redactores como ‘una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas’.

Allende de un acuerdo por escrito, es necesario también cumplir con algunos otros requisitos. Dos de ellos fueron analizados al estudiar el concepto de arbitrabilidad. El resto de ellos, exige que dicho contrato debe: (1) versar sobre un conflicto existente o futuro; (2) abarcar una determinada relación jurídica, independientemente de cualquiera que sea la naturaleza de dicha relación: contractual o extracontractual y (3) cumplir con los requisitos de validez señalados por la ley que haya sido elegida por las partes o, en ausencia de ello, en virtud de la ley del país en el cual se haya dictado el laudo.

Al momento de tomar una decisión con respecto a si una cláusula compromisoria ha sido (o no ha sido) válidamente incorporada por referencia dentro de otro contrato, lo importante es tratar de identificar si hubo o no consentimiento. Para llegar a ello, es necesario aplicar los «principios generales de interpretación» de todo contrato de arbitraje internacional. Los órganos jurisdiccionales tienden a pronunciarse a favor de la incorporación siempre y cuando se haya demostrado que las partes estuvieron (o han podido estar) al tanto de la existencia del contrato de arbitraje internacional.

A diferencia de lo que ocurre en el caso del contrato de arbitraje internacional incorporado por referencia, el cual; fue regulado en el Artículo 7.6 de la Ley Modelo (la Opción I), el caso del contrato de arbitraje internacional contenido dentro de un contrato de adhesión no fue objeto de regulación por parte de la CNUDMI. De cualquier manera, la sola inclusión de una cláusula compromisoria dentro de un contrato de adhesión no debería ser vista con recelo, sino, antes bien, como una nueva modalidad de contratación dentro del derecho arbitral internacional.

CAPÍTULO VI

LA DOCTRINA DE LA SEPARABILIDAD DEL CONTRATO DE ARBITRAJE INTERNACIONAL

El contrato de arbitraje internacional es, *lato sensu*, un contrato internacional destinado a proteger los derechos y obligaciones que se derivan a partir de otro contrato internacional (el contrato principal). Verbigracia, en una operación internacional vinculada con dos o más países en vías de desarrollo y relacionada con el transporte de mercancías por mar, específicamente, de un puerto a otro, el contrato de arbitraje internacional tendría por objeto proteger ‘los derechos y obligaciones (de los cargadores, portadores y consignatarios) nacidos de un contrato de transporte marítimo de mercancías’.

En el supuesto anterior, lo más seguro es que la formación de ambos contratos se haya verificado de manera coetánea. Esto sucede porque, en el ámbito internacional, como se dijo anteriormente, la mayoría de los contratos de arbitraje tienen la forma de una cláusula compromisoria. No obstante, desde el punto de vista de la normativa internacional, es evidente pues que ambos contratos van a estar regulados por instrumentos distintos. El contrato principal estaría regulado por las Reglas de Hamburgo y la cláusula compromisoria estaría regulada por la Convención de Nueva York.

El ejemplo anterior, aunque imperfecto por ser falto de pormenores, podría servir para demarcar los confines que «separan» al contrato principal, en este caso, un «contrato de transporte marítimo», del «contrato de arbitraje internacional», dos contratos que inconcusamente coinciden en cuanto a la identidad de las partes contratantes y el momento de su formación, pero completamente distintos (o jurídicamente separables) desde el punto de vista de los requisitos para su validez y, al mismo tiempo, del objeto de las obligaciones que se derivan a partir de cada uno de ellos.

El vocablo «separabilidad» (*separability*) es un anglicismo transmutado en un tecnicismo que, si bien no ha sido adoptado por la Real Academia Española, podría ser definido (con una mínima destreza lexicográfica) mediante una única acepción: cualidad de «separable», esto es, ‘Capaz de separarse o de ser separado’. Esta noción sólo adquiere relevancia en el contexto de una cláusula compromisoria, cláusula que, jurídicamente hablando, podría ser catalogada como ‘un contrato dentro de otro contrato’ (el contrato principal), pero que, técnicamente, se encuentra separada de aquél.

Se observa entonces que la cláusula compromisoria no es una simple disposición más dentro del contrato, sino, un «contrato autónomo», cuestión que tiene mucho que ver con la noción de «contrato colateral». De allí que una parte de la doctrina haya preferido hablar de la «autonomía» del contrato de arbitraje internacional con respecto al contrato principal. Esta breve explicación sirve además, entre otras cosas, para entender el porqué de la distinción entre el derecho aplicable al contrato principal (*lex causae*) y el derecho aplicable al contrato de arbitraje internacional (*lex compromissum*).

Esto de la distinción entre el derecho aplicable al «contrato principal» y el derecho aplicable al «contrato de arbitraje internacional» en modo alguno sugiere que no sea posible o, incluso, permisible seleccionar un mismo derecho. Es decir, las partes podrían establecer que tanto el contrato principal como el contrato de arbitraje internacional se encuentran regulados por un solo derecho, verbigracia, el derecho inglés. Pero ellas también podrían acordar que el contrato principal va a estar regulado por el derecho inglés y que el contrato de arbitraje internacional va a estar regulado por el derecho francés.

Si bien es cierto que la mayoría de los Estados contratantes han adoptado la doctrina de la separabilidad (aunque bajo distintas categorías conceptuales), también es cierto que hay que tener cuidado al momento de hacer generalizaciones con respecto a su significado, sobre todo porque el asunto podría ser y, de hecho, ha sido estudiado desde un punto de vista sectorial. De allí que sería posible desarrollar este tema en función de lo establecido en el derecho inglés, en el derecho estadounidense, en el derecho francés, en el derecho alemán, en el derecho español, etcétera.

La doctrina de la separabilidad responde entonces a la concepción unitaria del contrato de arbitraje internacional, el cual, como ha enfatizado por la doctrina en repetidas ocasiones, podría tener la forma de una cláusula compromisoria o de un compromiso arbitral. No hay duda que, dentro de la evolución del derecho arbitral internacional, la aceptación de la separación que existe entre el contrato principal y el contrato de arbitraje internacional, por muy evidente que pudiera parecer hoy en día, ha sido uno de los conceptos que ha ganado mayor trascendencia.

Jan Paulsson escribe que el tema de la separabilidad y, especialmente, su base conceptual, es un asunto que, incluso los profesionales más experimentados, parecieran no asimilar de una manera coherente. En un intento de simplificación, él comenta que afirmar que una cláusula compromisoria es «separable» del contrato principal, simplemente quiere decir: (1) que la cláusula podría no ser válida, aun cuando el contrato sea válido; (2) que el problema de la validez de la cláusula podría ser idéntico al de la validez del contrato y (3) que la validez del contrato no necesariamente incide sobre la validez de la cláusula.

En un reciente trabajo publicado en la Revista Americana de Arbitraje Internacional, Alan Scott Rau pareciera coincidir con Jan Paulsson al señalar que la doctrina de la separabilidad es un asunto que se encuentra rodeado de malentendidos. El trabajo de Rau es innecesariamente extenso (algo propio de los artículos de revista angloamericanos) y, a su juicio, no apto para principiantes, pero comoquiera que no existe alguien que se haya dedicado a estudiar el tema de la separabilidad con el mismo nivel de rigurosidad, su lectura es prácticamente imprescindible.

La idea central de su tesis es, esencialmente, de naturaleza «contractual». Él opina que a los fines de tomar una decisión con respecto a si la cláusula compromisoria es (o no es) válida, es necesario determinar si hubo o no hubo «consentimiento». O sea, es necesario verificar que la parte que se haya rehusado a solucionar un conflicto determinado en sede arbitral no ha manifestado válidamente su «asentimiento» de manera que se pueda, efectivamente, concluir que no ha nacido la obligación de arbitrar dicho conflicto, poco importa si el contrato principal es inexistente, nulo o anulable.

En vista de lo anterior, se concluye entonces que la doctrina de la separabilidad, tanto al ser aplicada en sede jurisdiccional, como al ser aplicada en sede arbitral, exige que cualquier clase de pronunciamiento destinado a determinar si las partes han manifestado válidamente su consentimiento para solucionar un conflicto determinado con la ayuda de un tribunal arbitral, debe llevarse a cabo no en función de la voluntad declarada al momento de celebrar el contrato principal, sino en función de la voluntad declarada para celebrar el contrato de arbitraje internacional.

CAPÍTULO VII

ALGUNOS ASPECTOS RELACIONADOS CON EL DERECHO APLICABLE Y SU DETERMINACIÓN

Las decisiones que son dictadas en sede arbitral no son en modo alguno «arbitrarias» *stricto sensu*, esto es, sujetas al capricho del tribunal arbitral, sino, antes bien, decisiones de derecho. Al celebrar un contrato internacional, las partes pueden (y frecuentemente suelen) elegir cuál es el «derecho aplicable» al contrato en cuestión (el contrato principal), algo que evidentemente tiene lugar en ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad. A falta de convenio entre las partes, los árbitros están facultados para determinar cuál sería el derecho aplicable (*lex causae*).

El Artículo 35.1 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI dispone que ‘El tribunal arbitral aplicará las normas de derecho que las partes hayan indicado como aplicables al fondo del litigio. Si las partes no indican las normas de derecho aplicables, el tribunal arbitral aplicará la ley que estime apropiada’. Disposiciones similares se encuentran tanto en el Reglamento de Arbitraje de la CCI (Artículo 21.1), como en el Reglamento de Arbitraje de la LCIA (Artículos 22.3). Obsérvese que todas estas disposiciones se refieren al «contrato principal» y no al «contrato de arbitraje internacional».

Algo parecido establece el Artículo 28 de la Ley Modelo, el cual señala que: ‘El tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes [...] Si las partes no indican la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables’.

Acertadamente se ha dicho que, cuando se trata de un «contrato interno», la determinación del derecho aplicable generalmente no representa mayores dificultades. Verbigracia, el contrato relacionado con la compra de materiales de construcción que ha sido efectuada por un pequeño comerciante español (domiciliado en Salamanca) en un legendario establecimiento salmanticense, generalmente estaría regulado por el derecho español. Pero en la esfera internacional, existe toda una pluralidad de factores capaces de generar incertidumbre en cuanto a cuál debería ser el derecho aplicable.

En la Unión Europea, por ejemplo, el considerando número 11 del Reglamento Roma I deja claro que ‘La libertad de las partes de elegir la ley aplicable debe constituir una de las claves del sistema de normas de conflicto de leyes en materia de obligaciones contractuales’. El Artículo 3.1 de dicho Reglamento es, igualmente, muy claro al estipular que ‘El contrato se regirá por la ley elegida por las partes’, elección que podría ser total o parcial. Nótese también que el Artículo 3.2 autoriza incluso una variación, permitiendo que el ‘contrato se rija por una ley distinta de la que lo regía con anterioridad’.

Al desarrollar la noción de «selección» del derecho aplicable, la doctrina hace una distinción entre «selección expresa» y «selección tácita». La primera de ellas es la más común y se explica por sí sola (verbigracia, la cláusula que señala: el presente contrato está regulado por el derecho español). La segunda de ellas, se refiere a la idea de identificar la intención de las partes en función de las circunstancias del caso, la conducta de las partes, el idioma del contrato y de algunos otros factores, tales como la ley del país con el cual el contrato presente los lazos más estrechos.

En la práctica, la mayoría de las dificultades se suscitan no cuando las partes han seleccionado el derecho aplicable, selección que, en términos muy generales, sólo se encuentra restringida por razones de legalidad, disponibilidad, buena fe y, sobre todo, de orden público, sino cuando las partes han dejado de seleccionar el derecho en cuestión. Afortunadamente, en la mayoría de los casos, las partes seleccionan un derecho nacional, como el «derecho inglés» o el «derecho francés». Pero en caso de abstención, el tribunal arbitral está obligado a remediar el asunto.

En el año 2008, la Asociación de Derecho Internacional decide formar un comité con el propósito de estudiar este tema y, al hacerlo, resalta que, salvo en el caso del derecho holandés, el derecho danés y el derecho inglés, la mayoría de los ordenamientos jurídicos no especifican cómo debería un tribunal arbitral determinar cuál es el derecho aplicable al contrato principal. Generalmente, la selección se lleva a cabo de manera discrecional. El comité concluye, *inter alia*, que no existe un sistema uniforme y que sería muy útil preparar algunas recomendaciones que sirvan de guía.

De cualquier modo, Jean-François Poudret y Sébastien Besson resaltan que, a falta de selección expresa, sería un error concluir que las partes desearon excluir sus derechos respectivos y que, salvo que existan elementos suficientes como para que se pueda llegar a dicha conclusión, lo más razonable sería evitar la selección de reglas a-nacionales. Asimismo, es importante tomar en cuenta cuáles son las posibles instrucciones o las restricciones normativas relativas a la selección correspondiente, especialmente, las contenidas en el reglamento de arbitraje y en la *lex loci arbitri*.

William Park comenta que puede que haya árbitros que se vean tentados a utilizar la noción de *lex mercatoria* para sustituir sus propios ideales de justicia con el de las expectativas normativas de las partes. Park opina que los Estados tienen la obligación de garantizar un remedio procesal, concretamente, un derecho (inalienable) a obtener una declaratoria de nulidad en contra de un laudo arbitral que haya sido producto de la aplicación de la *lex mercatoria*, especialmente, cuando el tribunal arbitral no estuviere autorizado para ello o cuando su aplicación fuere manifiestamente inadecuada.

El debate con respecto a cuál debería ser el derecho aplicable al contrato de arbitraje internacional es más o menos ortodoxo, en tanto que casi siempre termina centrado entre el derecho aplicable al contrato principal y el derecho aplicable en el lugar de la sede del arbitraje. Pareciera que hay una especie de propensión hacia el favorecimiento del segundo de ellos como derecho aplicable al contrato de arbitraje internacional, posición que ha venido siendo adoptada tanto en países del *common law* como en países del derecho continental.

Hay quienes opinan que cuando el contrato de arbitraje internacional no dispone cuál es la *lex loci arbitri* (directa o indirectamente), lo más apropiado no es intentar solventar el asunto con la ayuda de un órgano jurisdiccional. Sin embargo, dicha opinión viene acompañada con el reconocimiento de que, en ciertos casos, la intervención de un órgano jurisdiccional podría llegar a ser la única forma de garantizar la ejecución de dicho contrato. De manera que no sería prudente descartar dicha posibilidad. Pero también podría ocurrir que el órgano jurisdiccional se rehúse a seleccionar la sede.

Se recordará que, por lo general, es la *lex loci arbitri* la que determina cuáles son las causales que podrían llegar a ser invocadas con el propósito de obtener una declaratoria de nulidad o la denegación del reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral. Nótese que tanto la nulidad como la denegación comparten un denominador común: garantizar que el «procedimiento arbitral» se lleve a cabo como es debido, esto es, a tenor de lo establecido en el contrato de arbitraje internacional y, por encima de todo, frente a un tribunal arbitral independiente e imparcial.

Finalmente, a propósito del adagio *iura novit curia*, Yves Derains considera que dicho concepto no tiene lugar en materia de arbitraje internacional. Phillip Capper discurre que la aplicación del principio *iura novit curia* es un derecho, pero no una obligación del tribunal arbitral y Teresa Giovannini opina que se trata de una obligación. Lo más importante de toda esta discusión es simplemente resaltar que no existe un consenso con respecto al estatus de la *lex causae*, la necesidad de su prueba y, menos aún, sobre la utilidad (o inutilidad) de dicho principio en sede arbitral.

CAPÍTULO VIII

DE LA NATURALEZA CONTRACTUAL DE LA COMPETENCIA O (MAL LLAMADA) JURISDICCIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Las nociones de «jurisdicción y competencia», como conceptos jurídicos relacionados con el ejercicio de una de las principales funciones del Estado, han venido siendo utilizadas desde hace muchos años. En realidad no queda claro cuál fue el momento de su incorporación en la lengua española. En el primer tomo de la segunda edición del ‘Prontuario de las Leyes y Decretos del Rey Nuestro Señor Don José Napoleón I: Desde el Año de 1808’, el cual fue publicado en 1810, se observa el uso de las expresiones ‘... jurisdicción y competencia de los tribunales de comercio’, por ejemplo.

Esto demuestra que, en lo que respecta a la lengua española, los términos jurisdicción y competencia (del latín *iurisdictio* y *competentia*, respectivamente) han sido empleados desde hace más de 200 años. Sin embargo, nada sugiere que el significado de tales expresiones, al menos inicialmente, haya estado claramente diferenciado. Obsérvese que el uso de tales expresiones no es exclusivo de los países hispanohablantes. En la lengua inglesa, por ejemplo, se hace uso de una terminología equivalente (*jurisdiction and competence*), evidentemente que por razones de carácter etimológico.

En alguna oportunidad, las nociones de jurisdicción y competencia fueron importadas desde el «derecho procesal» hasta el «derecho arbitral internacional». Pero, como lo explica Luis Pásara, ‘importar instituciones jurídicas’ sin hacer un diagnóstico previo del sistema jurídico receptor podría generar ciertos problemas. El primero de ellos es, esencialmente, de carácter técnico, en tanto que, en sede arbitral, ni hay jurisdicción, ni hay competencia (en sentido estricto), sino simplemente una relación contractual que le permite a las partes solucionar sus conflictos con la ayuda de un tribunal arbitral.

El segundo de ellos, es de carácter práctico, dado que, a diferencia de lo que ocurre en sede jurisdiccional, en donde cada una de estas nociones desempeña un papel jurídico-forense, lo cierto es que, en sede arbitral, las nociones de jurisdicción y competencia reciben un tratamiento sinónimo. En efecto, en materia de arbitraje internacional, no existe una verdadera distinción entre las expresiones «jurisdicción del tribunal arbitral» y «competencia del tribunal arbitral». De manera que la adopción de ambos conceptos podría ser catalogada como un retraso conceptual insostenible.

Más insostenible todavía, al menos desde el punto de vista del lenguaje procesal contemporáneo, sería la expresión ‘competencia del tribunal arbitral para decidir sobre su propia jurisdicción’ (*competence of tribunal to rule on its own jurisdiction*); expresión utilizada por el legislador inglés en la Sección 30 del *Arbitration Act 1996*, en tanto que la decisión en la cual un órgano jurisdiccional se declara incompetente para conocer de un asunto, no es más que una manifestación del ejercicio de su función jurisdiccional y no a la inversa, es decir, la jurisdicción precede a la competencia.

El contrato de arbitraje internacional podría llegar a ser retratado como el «fundamento primario», pero no como el «fundamento exclusivo», de la «potestad de decisión» (o competencia) de cualquier tribunal arbitral. Bajo el Modelo de la CNUDMI, por ejemplo, la competencia del tribunal pareciera presentarse: (1) como un presupuesto para la validez del laudo arbitral (Artículo 34.2.a.iii de la Ley Modelo de la CNUDMI) y (2) como un presupuesto para el reconocimiento y ejecución del mismo (Artículo 36.1.a.iii de la Ley Modelo de la CNUDMI).

En ambos supuestos, la expresión «competencia del tribunal arbitral» guarda una doble connotación; a saber, una «contractual» y una «procedimental». Verbigracia, cuando se afirma que el ‘laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje’, lo que se cuestiona es, precisamente, es el contenido o alcance del «contrato de arbitraje internacional». Mientras que cuando se hace alusión a que el laudo ‘contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje’, lo que se discute es el contenido del «laudo arbitral».

La doctrina de *competence-competence* es, esencialmente, algo muy similar a la potestad que tienen los órganos jurisdiccionales para pronunciarse en cuanto a su jurisdicción. Dicha doctrina se refiere, pues, en términos generales, a la potestad que tiene el tribunal arbitral para decidir acerca de su competencia, cuestión que, según algunos, podría llegar a ser impugnada tanto en forma parcial, como en forma total. Por lo pronto, es importante tener claro que la Ley Modelo no distingue entre una impugnación parcial y una impugnación total de competencia.

Gary Born comenta que la doctrina de *competence-competence* goza de una aceptación cuasi-universal. Sin embargo, él dice además que, hasta la fecha, no existe un consenso en cuanto a cuál es exactamente su significado desde el punto de vista práctico, específicamente, acerca de cuestiones tales como: ¿quién debería, finalmente, decidir el asunto (un órgano jurisdiccional o un tribunal arbitral)?, ¿quién deber tener la prioridad?, ¿cuál debe ser la forma y cuáles son los efectos de las decisiones dictadas tanto en sede jurisdiccional como en sede arbitral?, etcétera.

En sentido similar, Adam Samuel sostiene que uno de los aspectos en los cuales la mayoría de los autores ha coincidido es el relativo a la potestad que tiene el tribunal arbitral para pronunciarse acerca de su propia competencia. No obstante, la cuasi-unanimidad de la posición adoptada por la doctrina mayoritaria pareciera desvanecerse al responder a ciertas preguntas tales como: ¿cuándo debe intervenir el tribunal arbitral?, ¿en qué casos?, ¿cuáles son los factores que hay que tomar en consideración al momento de tomar una decisión al respecto? Y, finalmente, ¿cuál debería ser la forma de la decisión?

En noviembre del 2016, el comité de prácticas y estándares del *Chartered Institute of Arbitrators* de Londres publica una directriz en la cual se intenta dar contestación a varias de las interrogantes antes planteadas. La directriz desarrolla el tema de las impugnaciones competenciales (*jurisdictional challenges*) y, básicamente, contiene cuatro artículos en los cuales se hace alusión a ciertos principios generales (Artículo 1); las causales de impugnación más frecuentes (Artículo 2); el problema de la admisibilidad de la pretensión (Artículo 3); y el momento y la forma de la decisión (Artículo 4).

CAPÍTULO IX

DE LA INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO DE ARBITRAJE INTERNACIONAL EN EL MARCO DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK

Cualquiera podría pensar que el tema de la interpretación de la norma jurídica, concretamente, en materia de arbitraje internacional, es de poca importancia práctica. Sin embargo, lo cierto es que, en el cerco de la realidad, existen varios «momentos de interpretación» del contrato de arbitraje internacional que obligan a los órganos jurisdiccionales a descifrar tanto el significado como el alcance del mismo. Anteriormente se hablaba de las cláusulas patológicas, por ejemplo, un fenómeno frecuente que continúa siendo resuelto mediante el empleo de ciertas herramientas de interpretación.

No pocas veces, el empleo de expresiones tales como ‘todo o cualquier conflicto’ (*all or any dispute*); ‘conflictos, diferencias y reclamaciones’ (*disputes, differences and claims*); conflictos ‘relacionados con’ (*relating to*); ‘que guarden conexión con’ (*in connection with*); ‘que surjan bajo’ (*arising under*); ‘que se originen a partir de’ (*arising out of*); ‘que surjan del’ (*arising from*), etc., ha sido vehementemente debatido ante los órganos jurisdiccionales al momento de interpretar el alcance de una determinada cláusula compromisoria.

En el año 2014, Joanna Jemielniak publica una monografía titulada ‘La Interpretación Jurídica en el Arbitraje Comercial Internacional’ (*Legal Interpretation in International Commercial Arbitration*). Ella comenta, entre otras cosas, que el discurso jurídico del arbitraje internacional repercute sobre el modo en el cual se lleva a cabo la interpretación de las normas jurídicas. Jemielniak dice además que el arbitraje internacional ha reconfigurado ciertos métodos de interpretación que fueron concebidos en sede jurisdiccional y posteriormente adaptados para ser utilizados en sede arbitral.

El tema de la interpretación del contrato de arbitraje internacional (en particular) adquiere una mayor relevancia al momento en el cual los órganos jurisdiccionales de los Estados contratantes son llamados a garantizar su reconocimiento y ejecución de acuerdo con lo establecido en la Convención de Nueva York, un tratado internacional que contiene cinco versiones igualmente auténticas (chino, español, francés, inglés y ruso), pero que, en algunos casos, parecieran señalar algo distinto, cuestión que ha podido influir negativamente sobre la interpretación y aplicación uniforme de dicho tratado.

En todo caso, la mejor interpretación del contrato de arbitraje internacional es la que mejor se dirige a satisfacer los objetivos de la Convención de Nueva York. Esta observación es sostenible no solamente frente a sus obligados directos (Estados contratantes), sino también frente a sus obligados indirectos (tribunales arbitrales), en tanto que si bien es cierto que el contrato de arbitraje internacional obliga al tribunal arbitral a solucionar el conflicto a través de un laudo ejecutable, también es cierto que dicha obligación no debe llevarse a cabo a ultranza de lo establecido en dicha Convención.

Así, la interpretación de todo contrato de arbitraje internacional entraña, directa o indirectamente, la interpretación de la Convención. En aquellos países en los cuales se haya adoptado un sistema monista, es decir, un sistema según el cual ella pasa a formar parte del derecho doméstico sin que sea necesario legislar al respecto, se habla de una interpretación directa, mientras que en aquellos países en los cuales se haya adoptado un sistema dualista, esto es, un sistema según el cual ella pasa a formar parte del derecho doméstico una vez que se haya legislado al respecto, se habla de una interpretación indirecta.

El contrato de arbitraje internacional podría ser catalogado como un contrato multiforme, específicamente, por cuestiones relacionadas con la diversidad de su contenido, longitud, complejidad y nivel de sofisticación. Todo contrato, incluyendo el contrato de arbitraje internacional, podría generar problemas de interpretación y el derecho arbitral internacional ha desarrollado ciertos principios destinados a solucionar este tipo de problemas. El desarrollo de tales principios ha servido, *inter alia*, para garantizar el cumplimiento de los objetivos perseguidos por la Convención de Nueva York.

La interpretación de todo contrato de arbitraje internacional supone un ejercicio de moderación (o de cordura) entre, por un lado, la ejecución de las obligaciones adquiridas por los Estados contratantes que ratificaron la Convención y, por otro lado, la ejecución de las obligaciones adquiridas por quienes han celebrado un contrato de arbitraje internacional. Cuando se pierde dicha cordura, los Estados contratantes podrían terminar incumpliendo con sus obligaciones internacionales o cercenando el derecho a la jurisdicción de quienes, lícitamente, acudieron ante sus órganos jurisdiccionales.

El contrato de arbitraje internacional, como cualquier otro contrato, se encuentra sujeto a los principios generales de interpretación de los contratos. Si dicho contrato se encuentra regulado por el derecho español, por ejemplo, habría que tomar en cuenta no solamente ese ‘principio de conservación o criterio más favorable’ al cual hace alusión la exposición de motivos de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, sino también, *mutatis mutandis*, los criterios jurisprudenciales y las disposiciones contenidas en los Artículos 1281 al 1289 del Código Civil.

Nótese que no se trata de una cuestión de derecho español. Neil Andrews comenta que la interpretación de los contratos que han sido celebrados por escrito es, probablemente, uno de los temas más importantes en el área del derecho comercial internacional. Él explica, *inter alia*, que un contrato de arbitraje internacional regulado por el derecho inglés debe ser interpretado de acuerdo con los principios generales de interpretación que fueron formulados por la Cámara de los Lores en el caso de *Investors Compensation Scheme vs. West Bromwich Building Society*.

En el derecho francés, al igual que en el derecho inglés, se reconoce igualmente la necesidad de aplicar los principios generales para la interpretación de los contratos. Sin embargo, la doctrina francesa ha sido un poco más sistemática al momento de examinar este tema, discriminando, por un lado, entre los principios que deben ser aplicados (o incluidos) al momento de interpretar un determinado contrato de arbitraje internacional y, por otro lado, los principios que deben ser excluidos al momento de interpretar el respectivo contrato.

Los ejemplos anteriores son representativos de ambos sistemas (*common law* y *civil law*). En el derecho inglés, se habla de un patrón que gira en torno a una interpretación liberal. En el derecho francés, por el contrario, se ha negado (expresamente) dicha posibilidad. Lo interesante del asunto es que tanto Inglaterra como Francia son países en los cuales el arbitraje internacional se ha desarrollado a su máxima expresión. Cada uno de ellos interpreta el contrato de arbitraje internacional a su manera. Ambos países tienen sólo un rasgo jurídico en común: haber ratificado la Convención de Nueva York.

De manera que cuando se trata de interpretar un contrato de arbitraje internacional, los órganos jurisdiccionales están obligados a cumplir con cualesquiera que sean las normas correspondientes para evitar que se cometa una arbitrariedad. En el ámbito de la interpretación de todo contrato de arbitraje internacional, quizá no tenga sentido disputar posiciones «correctas» o «incorrectas», sino posiciones «compatibles» o «incompatibles» con el ordenamiento jurídico aplicable y, por encima de todo, con los objetivos que persigue la Convención de Nueva York.

CAPÍTULO X

DE LOS SUJETOS DE LA RELACIÓN JURÍDICO-ARBITRAL INTERNACIONAL Y DE SUS DERECHOS Y OBLIGACIONES

La mayoría de los contratos que son celebrados a diario se ejecutan o, por lo menos, se podrían perfectamente ejecutar, sin la intromisión de personas ajenas a la relación jurídica que a partir de cada uno de estos contratos se deriva. Verbigracia, en el contrato de compraventa, sólo se necesita de un comprador y de un vendedor; en el contrato de arrendamiento, sólo se necesita de un arrendador y de un arrendatario; en el contrato de préstamo, sólo se necesita de un prestamista y de un prestatario y, en el contrato de depósito, sólo se necesita de un depositante y de un depositario.

Desde este punto de vista, es posible afirmar que la gran mayoría de los contratos son de carácter binario, esto es, compuestos por un mínimo de dos o más interesados que se obligan a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Desde luego que esto no excluye la participación de intermediarios, empleados o, en general, de algunas otras personas que, actuando por cuenta del vendedor, arrendador, prestamista o depositario facilitan que se lleve a cabo la negociación correspondiente, pero ninguno de ellos es, jurídicamente hablando, «imprescindible» para la formación o la ejecución del contrato en cuestión.

En el caso del contrato de arbitraje internacional, ese carácter binario de la ejecución que normalmente se verifica entre la persona de un comprador y un vendedor, un arrendador y un arrendatario, un prestamista y prestatario, y un depositante y un depositario, no existe. En efecto, el objeto de la obligación que de allí se desprende (solucionar un conflicto en sede arbitral) exige la participación de, al menos, un tribunal arbitral y, excepcionalmente, de un órgano jurisdiccional, cuya intervención no se puede pretermitir a los fines de hacer efectiva la puesta en ejecución de dicho contrato.

En otras palabras, el contrato de arbitraje internacional, por muy perfecto que sea, específicamente, desde el punto de vista de su redacción o de su formación, supone que, cuando sea necesario solucionar un conflicto, cualquiera de las partes podría: (1) iniciar un procedimiento arbitral que, entre otras cosas, incita la constitución de un tribunal arbitral o, según el caso, (2) solicitar que un órgano jurisdiccional ante el cual se ha instaurado una determinada pretensión (que ha debido ser sustanciada en sede arbitral) intervenga para ordenar la remisión.

De allí que el contrato de arbitraje internacional fuese anteriormente calificado como un contrato multilateral, esto es, como un contrato que concierne a varios otros sujetos, distintos a las partes, que son llamados a desempeñar un papel (de mayor o menor envergadura) dentro del entorno de una esfera contractual originalmente bipartita, pero que, inexorablemente, demanda su intervención. Por esta razón, se decía entonces que los protagonistas del contrato de arbitraje internacional son no solamente las partes, sino también el tribunal arbitral y los órganos jurisdiccionales de los Estados contratantes.

Al lado de esos protagonistas o actores principales (partes, tribunal arbitral y Estados contratantes), por utilizar una terminología cinematográfica inspirada en un trabajo anterior, se encuentran varios otros actores que podrían ser calificados como de reparto, aunque no por ello menos importantes, que también forman parte de la relación jurídico-arbitral internacional, una relación que combina ciertos elementos de naturaleza contractual, legislativo y jurisprudencial que se entrelazan para regular la conducta de los sujetos que, de una u otra manera, forman parte de ella.

En sentido similar se ha pronunciado Emmanuel Gaillard, no desde una perspectiva estrictamente jurídica, sino en el contexto de algo que él denomina como la «sociología del arbitraje internacional». Al hacerlo, Gaillard identifica tres actores principales; a saber: (1) los actores esenciales (partes y árbitros); (2) los proveedores de servicios (instituciones arbitrales y todos aquellos que participan, de algún modo, en la actividad del arbitraje internacional) y (3) los proveedores de valor agregado (Estados contratantes y organizaciones internacionales, profesionales, académicas, etcétera).

De cualquier modo, lo cierto es que, tanto desde el punto de vista jurídico, como desde el punto de vista sociológico, el arbitraje internacional es un fenómeno hasta cierto punto multitudinario que, a pesar de tener un origen predominantemente contractual, se aparta de la estructura tradicional (o binaria) de todo contrato, al involucrar a varios otros sujetos que no son, en modo alguno, esenciales al momento de la formación de dicho contrato, sino al momento de su ejecución. Por esta razón, es entonces por lo que se ha preferido hablar de sujetos de la relación jurídico-arbitral internacional.

Así, la noción de sujetos de la relación jurídico-arbitral internacional comporta no solamente a las partes del contrato de arbitraje internacional, es decir, a las personas que se han obligado a solucionar sus conflictos en sede arbitral, sino también a cualesquiera otras personas que, por una u otra razón, ocupan una determinada posición dentro de la compleja estructura de la función arbitral y que podrían llegar a participar antes, durante o después de la iniciación del procedimiento arbitral. Todos estos sujetos están obligados a desarrollar ciertas actividades bajo diversos parámetros de actuación.

Los parámetros de actuación de todos estos sujetos giran en torno a un contrato de arbitraje internacional que exige o que, según el caso, promueve su participación. Cada uno de ellos adquiere ciertos derechos y obligaciones que, directa o indirectamente, tienen que ver con la realización de un contrato de arbitraje internacional que, entre otras cosas, justifica la celebración de una pluralidad de contratos separados que se hallan de algún modo relacionados aquél. Todos estos contratos tienen una finalidad global: «garantizar el ejercicio de la función arbitral».

CAPÍTULO XI

DE LOS REMEDIOS DESTINADOS A OBTENER EL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN (O CUMPLIMIENTO) DEL CONTRATO DE ARBITRAJE INTERNACIONAL

La celebración de todo contrato lleva consigo una expectativa de satisfacción de las obligaciones que de allí se derivan. Ángel Cristóbal Montes señala que la obligación es un ‘ente delicado y frágil, abierto a múltiples ataques y susceptibles (sic) de sufrir a lo largo de su existencia una variada gama de desconocimientos, violaciones y quebrantos’. De manera que, al momento de analizar cualquier contrato especial, no es suficiente conocer cuáles son sus obligaciones resultantes, sino también cuáles son los distintos «remedios» destinados a combatir este tipo de vicisitudes.

Los redactores de la Convención de Nueva York centraron su atención en sólo algunos de los remedios que pueden ser utilizados por la víctima del incumplimiento de ambas obligaciones. Así, la noción de «incumplimiento» debe ser entendida en su sentido tradicional, es decir, como la inexecución voluntaria de la obligación de solucionar el conflicto en sede arbitral o, según el caso, de la obligación de cumplir con el laudo arbitral, siempre y cuando el legislador haya considerado que su transgresión le es imputable a la parte que ha incumplido con cualquiera de estas obligaciones.

Desde el punto de vista del derecho de obligaciones, es evidente pues que, tanto la obligación de solucionar el conflicto en sede arbitral, como la obligación de cumplir con el laudo arbitral podrían ser enmarcadas dentro de la categoría de las «obligaciones de resultado», en tanto que ambas obligaciones giran en torno a la ‘obtención de un resultado concreto [y] la materialización del resultado previsto determina [...] el cumplimiento o incumplimiento de [las mismas] haciendo abstracción de la diligencia demostrada por el [sujeto incumplidor]’.

Tomando en cuenta las estadísticas en las cuales se ha demostrado que más de un 90 por ciento de los laudos internacionales son ejecutados voluntariamente, es entonces por lo que, al examinar este tema, lo más recomendable sería examinar la figura del incumplimiento del contrato de arbitraje internacional a partir de la «obligación de solucionar el conflicto en sede arbitral», concretamente, desde la perspectiva de la parte que, invocando la existencia de dicho contrato, pretende remediar una situación que ha sido producto del desconocimiento, violación o quebrantamiento del mismo.

El más conocido de los remedios destinados a combatir el incumplimiento de la «obligación de solucionar el conflicto en sede arbitral» es la presentación de una solicitud de remisión. En términos muy generales, ella permite, entre otras cosas, que el órgano jurisdiccional que haya sido llamado a conocer de un asunto que ha debido ser solucionado en sede arbitral se abstenga de pronunciarse al respecto, cuestión que sólo puede ser denegada cuando se haya comprobado que el contrato de arbitraje internacional es nulo, ineficaz o inaplicable.

Se recordará que dicha abstención únicamente puede tener lugar a instancia de parte y que su fundamento jurídico se encuentra no solamente en el Artículo II.3 de la Convención de Nueva York, sino también en el Artículo 8.1 de la Ley Modelo. A primera vista, la expresión solicitud de «remisión» pareciera sugerir que la tarea del órgano jurisdiccional es remitir o referir a las partes a que solucionen dicho asunto en sede arbitral. Empero, se ha dicho que tanto una declaratoria de «falta de jurisdicción» como la «suspensión del procedimiento» son consideradas como compatibles con la Convención.

Al estudiar el derecho inglés, se observa que los órganos jurisdiccionales han venido utilizando la figura del «mandamiento» (*injunction*) como otro mecanismo dirigido a satisfacer el cumplimiento en especie de las obligaciones que han surgido a partir de la celebración de ciertos contratos. Se trata, pues, de un remedio que podría ser solicitado en todo un sinnúmero de supuestos, incluyendo cuestiones que nada tienen que ver con la ejecución de un contrato. El mandamiento podría llegar a ser tanto positivo como negativo, permitiendo así la imposición de obligaciones de hacer o de obligaciones de no hacer.

Desde hace más de cien años, dicha figura ha servido para proteger a la víctima de una violación del derecho a no ser demandado, específicamente, en aquellos casos en donde una indemnización por concepto de daños terminaría siendo inadecuada. A finales de los años noventa, la Corte de Apelaciones de Inglaterra y Gales confirma, una vez más, que era perfectamente posible obtener un mandamiento de abstención de continuación de un procedimiento incoado ante un órgano jurisdiccional extranjero (*anti-suit injunction*) en contra de quien le había dado inicio a dicho procedimiento.

La tutela del derecho a no ser demandado, específicamente, a través de la obtención de un mandamiento de abstención o *anti-suit injunction*, podría llevarse a cabo no solamente en sede jurisdiccional, sino también en sede arbitral. En efecto, el otorgamiento de un mandamiento de esta naturaleza exige que se haya constatado el quebrantamiento de un contrato de arbitraje internacional y no se descarta que sea el propio tribunal arbitral el que constate si se ha quebrantado o no dicho contrato y, según el caso, el que ordene cualesquiera que sean las medidas que fueren necesarias para proteger a la víctima.

Para nadie es un secreto que la transgresión de todo contrato, incluyendo la transgresión de un contrato de arbitraje internacional, podría generar ciertos daños patrimoniales. Al estudiar el tema del resarcimiento de los daños derivados del quebrantamiento del derecho a no ser demandado, se observa que, un importante sector de la doctrina, reconoce que la víctima de la transgresión podría perfectamente instaurar una reclamación por concepto de daños en contra del agente. Dicha reclamación podría ser presentada no solamente en sede jurisdiccional, sino también en sede arbitral.

Hay supuestos en los cuales el obligado a resarcir puede que no sea la parte que, en lugar de acudir ante el tribunal arbitral, instaura una pretensión en sede jurisdiccional, sino el órgano jurisdiccional del Estado contratante que ha sido llamado a conocer de la pretensión. Verbigracia, una vez que el demandado ha solicitado que se ordene la remisión, de conformidad con lo establecido por el Artículo II.3 de la Convención de Nueva York, puede que sea el propio órgano jurisdiccional quien decida pronunciarse en contra de dicha solicitud como consecuencia de un «error de juzgamiento».

Por último, Adrian Briggs explica que, en el derecho inglés, por ejemplo, la Sección 32 del *Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982* señala, explícitamente, que los órganos jurisdiccionales ingleses no están obligados a reconocer y ejecutar las decisiones judiciales que hayan sido dictadas por un órgano jurisdiccional extranjero a partir de un procedimiento contrario a lo establecido en un contrato (*no obligation to abide by judgment obtained in breach of contract*), verbigracia, en una cláusula de selección de fuero (*forum selection clause*) o una cláusula compromisoria (*arbitration clause*).

CAPÍTULO XII

DE LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE ARBITRAJE INTERNACIONAL

Si bien es cierto que muchos de los problemas relativos a la terminación de un determinado contrato de arbitraje internacional sólo podrían ser efectivamente solucionados una vez que se haya determinado cuál es el derecho aplicable, también es cierto que existen unos cuantos aspectos, quizá poco controversiales, que son susceptibles de generalización. El primero de ellos guarda relación con la doctrina de la separabilidad. Ella permite aseverar, entre otras cosas, que la terminación del contrato principal no necesariamente repercute sobre la terminación del contrato de arbitraje internacional.

El segundo de ellos se refiere a los efectos del pronunciamiento del laudo arbitral. El objeto de la obligación (o la expectativa) que se origina a partir de todo contrato de arbitraje internacional es solucionar un conflicto determinado con la ayuda de un tribunal arbitral. Dicha expectativa casi siempre queda satisfecha a través de un laudo arbitral. Empero, el mero dictamen de un laudo arbitral no puede ser visto como una forma de terminación de dicho contrato, dado que existen otros derechos y obligaciones que sólo pueden ser invocados después de que se haya dictado el mismo.

El tercero de ellos tiene que ver con la tipología y morfología del contrato de arbitraje internacional. Inicialmente se comentaba que dicho contrato podría tener la forma de una cláusula compromisoria o de un compromiso arbitral. Esta distinción adquiere relevancia desde la perspectiva de su terminación, puesto que el reconocimiento y ejecución integral del laudo arbitral no incide sobre la terminación de la cláusula compromisoria, la cual, indudablemente, podría ser invocada con el propósito de solucionar cualquier otro conflicto, sino únicamente sobre la terminación del compromiso arbitral.

El cuarto de ellos tiene, igualmente, mucho que ver con dicha distinción y concierne a aquello que, a partir del lenguaje procesal, podría ser denominado, *mutatis mutandis*, como la terminación anormal del procedimiento arbitral, el cual, en su concepción original, debería culminar con el dictamen de un laudo arbitral. Esto quiere decir que ni el desistimiento, ni el allanamiento, ni la transacción, por citar sólo algunos ejemplos, influyen sobre la terminación de una cláusula compromisoria, sino sólo sobre la terminación del compromiso arbitral.

La distinción sigue siendo útil al abordar los dos últimos aspectos. El quinto de ellos alude al vencimiento del plazo para dictar el laudo, el cual constituye una forma de terminación del compromiso arbitral, pero no de la cláusula compromisoria. El sexto y último de ellos atañe a la declaratoria de nulidad del laudo arbitral por causas distintas a la invalidez del contrato de arbitraje internacional (verbigracia, la constitución del tribunal arbitral), la cual, dejaría intacta a la cláusula compromisoria por lo que respecta a cualquier otro asunto y le pondría término al compromiso arbitral.

La terminación del contrato de arbitraje internacional, al igual que la terminación de cualquier otro contrato, trae como consecuencia la extinción de los derechos y obligaciones que de allí se derivan, pero la sola extinción (por renuncia o abandono) del derecho a solucionar un conflicto determinado en sede arbitral no puede ser calificada como una forma de terminación de dicho contrato, en la inteligencia de que nada obsta para que cualquier otro conflicto que logre ser enmarcado dentro de su alcance pueda ser lícitamente solucionado en sede arbitral.

Al estudiar algunos de los trabajos comparativos más recientes, particularmente, las secciones dedicadas a examinar el derecho inglés, el derecho francés, el derecho hongkonés, el derecho singapurense y el derecho suizo, se observa que el tema de la terminación del contrato de arbitraje internacional ha recibido un tratamiento bastante laxo. Esta laxitud probablemente se debe a que, casi siempre, los problemas relativos a su terminación (nulidad, ineficacia o inaplicabilidad) salen a relucir a propósito del reconocimiento y ejecución de dicho contrato o, en su defecto, del laudo arbitral.

El tema de la terminación del contrato de arbitraje internacional ciertamente merece una mayor atención. En 1982, el Grupo de Trabajo de Prácticas Contractuales Internacionales llegó a discutir si la Ley Modelo de la CNUDMI debía especificar cuáles serían las circunstancias bajo las cuales el contrato de arbitraje internacional se daba por terminado. No obstante, tanto la versión de 1985, como la enmienda del 2006 se abstienen de regular esta situación. De manera que, en una futura revisión de la Ley Modelo, puede que tenga sentido normar el asunto.

En el marco del derecho europeo, el contrato de arbitraje internacional pareciera ser inatacable en el ámbito jurisdiccional, puesto que una decisión dictada por un órgano jurisdiccional de cualquiera de los países de la Unión Europea con relación a la invalidez de dicho contrato no es susceptible de reconocimiento y ejecución en el resto de los Estados miembros, de suerte que sería perfectamente posible invocar la existencia del mismo frente a cualquier otro órgano jurisdiccional, el cual podría, perfectamente, llegar a una conclusión diferente por lo que corresponde a su validez.

CONCLUSIONES

I

El uso del «arbitraje internacional», como mecanismo de solución de conflictos entre los nacionales provenientes de distintos Estados, no es nada nuevo. Sin embargo, la cuestión de qué se puede considerar como arbitraje internacional es un tema que sigue abierto a discusión. Su más reciente versión responde a la rápida expansión del comercio internacional y a la adopción de varias iniciativas legislativas, entre las que se destaca la Convención de Nueva York, la cual, *inter alia*, podría ser considerada como la precursora de la Edad Contemporánea del arbitraje internacional.

II

La idea de que el arbitraje es un asunto contractual pareciera tener sus raíces en la antigua Grecia. Hoy en día, no hay duda que el denominado «convenio arbitral» no es nada más que un verdadero «contrato» y lo mismo podría decirse con respecto a un «convenio arbitral internacional». De ahí que la expresión «contrato de arbitraje internacional» termina siendo sostenible tanto desde un punto de vista jurídico, como desde un punto de vista lingüístico. Curiosamente, dicho contrato no ha sido suficientemente analizado por civilistas, sino, antes bien, por algunos otros especialistas.

III

La redacción de un contrato de arbitraje internacional se encuentra rodeada de numerosas dificultades. Cuando dicho contrato ha sido mal redactado, las consecuencias son altamente predecibles: las partes podrían terminar «litigando» en lugar de «arbitrando» el asunto. En caso de duda, lo más recomendable sería utilizar las cláusulas modelo. Empero, hay casos en donde puede que sea prudente o probablemente imprescindible que sus representantes complementen este tipo de cláusulas mediante la inclusión de algunas otras disposiciones que sólo resultan relevantes en el caso en cuestión.

IV

La noción de arbitrabilidad (subjética u objética) puede ser catalogada, *lato sensu*, como una limitación al «principio de la libertad de contratación». El problema de la arbitrabilidad puede suscitarse tanto en sede arbitral, como en sede jurisdiccional. Lo que generalmente se discute es hasta qué punto pueden las partes solucionar sus conflictos a través de un arbitraje internacional. El tema del derecho aplicable a los fines de solucionar los conflictos de arbitrabilidad subjética parece no suscitar mayores problemas, mientras que en el caso de los conflictos de arbitrabilidad objética el debate continúa.

V

En principio, la validez de un contrato de arbitraje internacional debe ser juzgada en función de los principios generales del derecho de contratos. La Convención de Nueva York establece una serie de «estándares máximos» de validez. Los Estados contratantes no están facultados para incrementar tales estándares a través de su legislación. Al contrario, las recomendaciones de la CNUDMI sugieren que las partes podrían potencialmente invocar un estándar más favorable con miras a obtener el reconocimiento de su validez.

VI

La mayoría de los contratos internacionales contienen una cláusula compromisoria. Dicha cláusula puede ser (tal vez inelegantemente) descrita como un contrato *travesti*, es decir, como un «contrato» que se viste de «cláusula». Sin embargo, es incuestionable que, jurídicamente hablando, la cláusula compromisoria se encuentra separada (y, por lo tanto, no forma parte) del contrato principal. Así, la validez de este último no necesariamente repercute sobre la validez de aquélla. De manera que, tanto en sede jurisdiccional como en sede arbitral, ambos contratos deben ser tratados por separado.

VII

La facultad de seleccionar el derecho aplicable es uno de los rasgos característicos de los contratos internacionales. Ello no es más que otra de las manifestaciones del principio de la autonomía de la voluntad. La mayoría de los problemas se presentan cuando las partes se abstienen (deliberadamente o no) de ejercer dicha facultad, especialmente, el derecho aplicable al contrato principal y el derecho aplicable al contrato de arbitraje internacional. Ni la noción de *iura novit curia*, ni la noción de *iura novit arbiter* pueden servir para justificar dicha abstención.

VIII

Aunque la «doctrina de *competence-competence*» resulta de gran importancia, es axiomático que hay casos en donde los tribunales arbitrales no están facultados para tomar una decisión acerca de su propia competencia. Existe un gran número de preguntas relacionadas con su aplicación y sus posibles implicaciones que permanece sin respuesta y, por lo tanto, puede decirse que un análisis exhaustivo de su practicabilidad continúa pendiente. De momento, lo que sí queda claro es que dicha doctrina no puede ser confundida con la doctrina de la separabilidad.

IX

En el arbitraje comercial internacional, un gran número de conflictos tiene que ver con la interpretación del contrato principal. De manera que, durante la redacción del contrato, los representantes de las partes deben vaticinar cómo serán interpretadas sus cláusulas, incluyendo la cláusula compromisoria. El sistema preponderante a la hora de interpretar una cláusula compromisoria parece ser una mezcla de principios contractuales generales y específicos de interpretación. En todo caso, la mejor interpretación es aquella que satisface los objetivos de la Convención de Nueva York.

X

El contrato de arbitraje internacional, aunque obligatorio frente a las partes contratantes por inherencia, ejerce un efecto expansivo hacia los miembros del tribunal arbitral y, potencialmente, hacia centenares de órganos jurisdiccionales. Desde este punto de vista, ello constituye una excepción al principio de la relatividad del contrato, en tanto que viene a provocar la intervención de un número adicional de participantes que se obligan a hacer o no hacer ciertos actos como resultado de su reconocimiento o ejecución. De modo que tiene sentido re-etiquetarlo como un «contrato multilateral».

XI

Es posible afirmar que los remedios que más han ganado aceptación al momento de proteger a la víctima del incumplimiento de un contrato de arbitraje internacional, específicamente, del derecho a no ser demandado, son: (1) la suspensión del procedimiento iniciado en sede jurisdiccional y (2) una declaratoria de falta de jurisdicción. Tales remedios, aunque compatibles con la Convención de Nueva York, pueden no satisfacer necesariamente los intereses de la víctima, en atención a lo cual, quizá sea menester implementar otros remedios a los fines de garantizar su verdadera protección.

XII

Los problemas relativos a la terminación del contrato de arbitraje internacional son generalmente solventados mediante la aplicación de principios generales del derecho de contratos. Aun así, se cree que el tema de su terminación exige un mayor desarrollo por parte de jueces, legisladores y comentaristas. La noción de «terminación» no puede ser confundida con la «extinción» de los derechos que de allí se derivan. Aunque la distinción entre cláusula compromisoria y compromiso arbitral ha caído en desuso, se habrá notado que, en el caso de la terminación, ella recobra algo de relevancia.