

Revista del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución
de Controversias de la Universidad Monteávila

PRINCIPIA

No. 4 - 2021



Principia

Revista del Centro de Investigación y Estudios para la
Resolución de Controversias de la
Universidad Monteávila

No. 4-2021

Principia No. 4-2021
Hecho en Depósito de Ley: MI20200000591
ISSN: 2739-0055
Caracas, Venezuela
Principia es una Revista de publicación semestral



Principia

Revista del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias
de la Universidad Monteávila

Final Ave. Buen Pastor, Boleíta Norte, Caracas, Venezuela

cierc@uma.edu.ve

Teléfonos: (+58 212) 232.5255 / 232.5142 – Fax: (+58 212) 232.5623

Web: www.cierc.com

**DIRECCIÓN DEL CENTRO DE
INVESTIGACIÓN Y ESTUDIOS PARA LA
RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS**

Fernando Sanquírigo Pittevil

Director del CIERC

Carmine Pascuzzo S

Subdirector de Investigación

Ramon Escovar Alvarado

Subdirector de Estudios

DIRECCIÓN EDITORIAL

Magdalena Maninat Lizarraga

Directora

Caterina Jordan Procopio

Coordinadora Consejo Editorial

Alejandro Ramírez Padrón

Asistente Consejo Editorial

Diego Castagnino

Asesor del Consejo Editorial

CONSEJO EDITORIAL

Carlos Soto Coaguila

Harout Samra

Mario Bariona Grassi

Adriana Vaamonde Marcano

Carmine Pascuzzo S

Fernando Sanquírigo Pittevil

Carlos Caricles Bolet

Rodrigo Farías Díaz

HECHO EL DEPÓSITO DE LEY: MI2020000591

ISSN: 2739-0055

Principia, su Dirección y Consejo Editorial, no se hacen responsables del contenido de los artículos, ni de las opiniones expresadas por sus autores, ya que las opiniones e ideas aquí expresadas pertenecen exclusivamente a ellos

Principia

Nota Editorial

¡Bienvenido a *Principia*!

Nos complace presentar el cuarto número de *Principia*, la revista del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias (CIERC) de la Universidad Monteávila.

Dentro de las difíciles circunstancias que ha atravesado el mundo este último año, con gran satisfacción en *Principia* podemos afirmar que gracias al compromiso de sus organizadores y colaboradores seguimos adelante. Para el CIERC y para *Principia* la motivación de difundir conocimiento en los Medios Alternativos de Resolución de Controversias (MARC) es un objetivo que nos hace continuar nuestra labor y esmerarnos en producir un contenido con los más altos estándares.

Contamos en esta entrega con un contenido internacionalmente diverso y con gran prestigio académico, empezando por una entrevista del Director del CIERC al Profesor Gary Born, una de las autoridades más importantes del mundo en arbitraje.

En esta oportunidad contamos con artículos de diversos temas en el área de los MARC que son tanto actuales como relevantes.

De la Profesora Jenifer Alfaro Borges contamos con un trabajo sobre medidas correctivas del laudo arbitral, centrado en el reenvío del laudo al tribunal arbitral.

También contamos con un trabajo que profundiza en los aspectos para realizar una selección efectiva de árbitros de la autoría de Ricardo Chirinos.

En un trabajo en conjunto, el Profesor Huáscar Ezcurra Rivero y Daniel Masnjak Marín realizan un estudio sobre la confidencialidad en el arbitraje.

En el marco del nuevo tratado T-MEC, Marlon M. Meza Salas aborda los distintos mecanismos regulados bajo dicho tratado.

Asimismo, contamos con el análisis del Dr. Mardoqueo Tóchez desde la perspectiva del derecho salvadoreño sobre el control constitucional del laudo a través del amparo.

Finalmente, en su trabajo el Director del CIERC, el Profesor Fernando Sanquirico Pittevil, trata el tema de la corrupción en el arbitraje, tanto sobre su arbitrabilidad como de sus efectos jurídicos.

Agradecemos a todos los miembros del Consejo Editorial y demás colaboradores que hacen que *Principia* sea posible.

Esperamos que disfruten esta edición y que sea de su agrado ¡Nos vemos en el No. 5!

Magdalena Maninat Lizarraga
Directora Editorial de *Principia*

Contenido

The Arbitration Advocacy

Interview conducted by CIERC's Director to Professor Gary Born

pág 11

Medidas correctivas del Laudo Arbitral, con especial referencia al Reenvío del Laudo al Tribunal Arbitral

Jenifer Alfaro Borges

pág 19

Selección de Árbitros: Consideraciones relevantes para tomar una decisión

Ricardo Chirinos

pág 41

Confidencialidad del Arbitraje, Transparencia y Estado de Derecho

Huáscar Ezcurra Rivero y Daniel Masnjak Marín

pág 55

Una mirada a todos los Mecanismos de Solución de Disputas en el nuevo Tratado México-Estados Unidos-Canadá (T-MEC): de Inversiones, Comerciales, Laborales y Medioambientales

Marlon M. Meza-Salas

pág 80

Corrupción: un problema más allá de la arbitrabilidad

Fernando Sanquírigo Pittevil

pág 106

El Control Constitucional del Laudo a través del Amparo. Análisis desde la perspectiva del Ordenamiento Jurídico Salvadoreño

Mardoqueo Josafat Tóchez Molina

pág 119

Normas Editoriales de Principia

pág 135

The Arbitration Advocacy

Interview conducted by CIERC's Director to Professor Gary Born*

1. As an expert on both International Commercial Arbitration and Investment Arbitration, which challenges should every practitioner be aware of when involved in them?

Arbitration is an interesting and exciting field of law, but it also requires a tremendous amount of hard work. There are multiple challenges in arbitration, which arise from many of the same things that make arbitration interesting and exciting –the diversity of parties, legal issues, languages, and cultures.

One of the most challenging aspects of arbitration is oral advocacy –there is no reset or replay function in oral hearings. Counsel should bear in mind that one of the most valuable arts of advocacy isn't

speaking but listening. A solid understanding of the particulars is crucial for anyone who aspires to practice seriously. The advocate's first function is to understand what issues concern the arbitrators, which means listening both to what the arbitrators say and sometimes at what they don't say. Listening to what is it that the arbitrators are interested in and concerned about and tailoring what you say to what they want to hear is, I think the most important lesson.

I also think, as a rule of thumb- and in general one should be wary of rule of thumb, if you cannot explain your case to your six or eight-year-old child over the dinner table without fudging the facts, then you have got a real problem. They

* Professor Gary Born is Chair of the International Arbitration Practice Group at Wilmer Cutler Pickering Hale and Dorr LLP and is one of the world's preeminent authorities on international commercial arbitration and international litigation. He has served as counsel in over 675 arbitrations, including several of the largest arbitrations in ICC and ad hoc history, and has sat as arbitrator in more than 250 institutional and ad hoc arbitrations.

Prof., Born is ranked by peers and clients as one of the leading international arbitration practitioners in the world. Among many accolades, Prof., Born has received the Global Arbitration Review inaugural "Advocate of the Year" award, the Client Choice award for "Best International Arbitration Practitioner" and the Best Lawyers "London Arbitration Lawyer of the Year" award. He is one of only two practitioners globally to achieve "starred" status for international arbitration in the Chambers and Partners guides and the sole practitioner in London. In 2018 Chambers and Partners recognized him for his "Outstanding Contribution to the Legal Profession".

Prof., Born has published a number of leading works on international arbitration, international litigation and other forms of dispute resolution. He is the author of International Commercial Arbitration (Third Edition, Kluwer 2020), the leading treatise in the field, which has received the American Society of International Law's Certificate of Merit for High Technical Craftsmanship and OGEMID's Book of the Year award for 2009. Other recent works include International Arbitration and Forum Selection Agreements: Drafting and Enforcing (Fifth edition, Kluwer 2016). He is an Honorary Professor of Law at the University of St. Gallen, Switzerland and Tsinghua University, Beijing, and teaches regularly at law schools in Europe, Asia and North and South America.

have to be able to understand it, and understand it in language for somebody of that age in a way that will led them, when you are done not having fudged the facts, to say, "yes, Daddy, you are right."

As for attorneys who practice arbitration, both young and old, I would encourage them to always keep an open mind about the factual and legal aspects of their case, and in this respect, I emphasize the deep interplay between the two. It's important to have your own vision of where the case should go, but it's also vital to understand how others see the case and to respond to that. Even the slightest nuance in a case's factual elements can open a series of new legal questions and make it appropriate to change a previously defined strategy. In such circumstances, attorneys always need to be flexible and ready to adapt.

Another piece of advice would be to always strive to be civilized and polite when dealing with opposing counsel, instead of being unnecessarily aggressive. One thing that one learns very quickly from sitting as an arbitrator is that petty squabbles and disagreements between counsel, which are sometimes understandable in the heat of the battle, are usually beside the point as far as the tribunal is concerned. Focusing on those clashes takes time and energy away from the important issues, and in the eyes of the tribunal, can weaken the case of counsels that focus on stirring up

trouble on issues that are irrelevant or clearly weak.

2. Do you believe that this Pandemic has had a positive impact on arbitration? Was the arbitration community ready to face the challenge of the Pandemic?

Notwithstanding the tragic effects of the Pandemic, it has forced international arbitration to adopt changes that are improvements – ultimately having a distinctly positive impact. First, international arbitration had been moving on-line for some time before the Pandemic. Many arbitration filings were conducted online well before the Pandemic began. Requests for arbitration were routinely submitted on-line, and arbitral tribunals also routinely received written submissions, provided on-line or on USB sticks, with hyperlinked documents giving immediate access to evidentiary materials and legal authorities. All of these developments have been accelerated by the Pandemic, which has made hard-copy, paper submissions more difficult and less reliable. Second, even before the Pandemic, procedural hearings and, to a lesser extent, evidentiary hearings, were increasingly conducted by telephone or videoconference. Many case management conferences, and shorter hearings on procedural or evidentiary applications were conducted by either conference call or video conference, although longer evidentiary and merits hearings

were almost always in-person. With the Pandemic's restrictions on travel and in-person meetings, the vast majority of international arbitration hearings in most jurisdictions have moved on-line – using Teams, Webex, Zoom, BlueJeans or another video platform. This has provided parties with a means for efficient, expeditious resolution of their disputes, notwithstanding the Pandemic's restrictions. One can anticipate that these developments will continue to be used following a return to pre-Pandemic conditions.

3. How do you deal with a situation when opposing counsel uses your publications against you?

There is an old saying that, when a man or woman writes a book, he or she gives a gift to his or her greatest enemies. I think that's true. Writing a book on international arbitration or any aspect of international law is a gift to others because, although you can't credibly cite it, other people are free to cite your writing against you in proceedings.

My own view is that my books (I don't know about other people's books) are first drafts. Even if the book is the second or the third edition of "International Commercial Arbitration." In the introduction to my book, I admit that there may be mistakes in it; I am right that there are mistakes there. When I see my books cited to me and treated as someone else's work, it is not as if I wrote it, but as if someone else wrote it, and I do

not treat it any differently from any other authority.

If I am an arbitrator, it does not either offend me or impress me or disturb me if Counsel cites my book; there is no difference between citing it or someone else's work. If I am counsel, I suspect there is no case that I have been involved in where the book hasn't been cited against me or one of my partners, who are quick to let me know how I've let down the side. The reality is it's dangerous to play that game, because I know what's in the book. On a number of occasions, what looks like a juicy soundbite is surrounded by more mature reflection that can turn the tables on counsel that cite the Treatise against me.

4. Are there any significant differences in practicing as a counsel and as an arbitrator? In your perspective, which is more gratifying?

I find both acting as a counsel and as an arbitrator extraordinarily gratifying; it is difficult to choose, on a personal level, between the two. I like to have a foot on both the arbitrator and counsel side because I think doing both complements and benefits the exercise of each role. I view double hatting—sometimes acting as counsel, other times serving as an arbitrator—as an important strength of the international arbitration system. It makes you better in each of those roles. You are a better counsel if you have seen how tribunals react to (sometimes over-excited) arguments and you are a better

arbitrator if you have recently been in the counsel seat.

However, even though both roles are enormously gratifying, if I have to choose only one, I would choose the role of counsel. The stimulus of standing or seating in front of a tribunal and persuading them of one point or the other, the kind of stimulus that comes from representing a party, a company or a State, in a dispute that is fundamentally important to them and getting to a good result is very difficult to equal. Being a professor, an academic or an arbitrator is wonderful, but those roles don't really quite match the immediacy and personal impact of actually getting a good result for someone in real-time proceedings against a skilled adversary.

5. As a well-known professor in international arbitration in many countries, which are the difficulties you have faced when teaching students from different nationalities and backgrounds?

The world has become increasingly international over the past decade. Although some countries, or generations, may appear to have turned inward, there is an increasingly global legal and commercial community. Teaching the new generations of that community has become easier, not harder, in recent years. That said, cultural and language differences always present challenges – to ensure that you communicate well with students and understand their ob-

servations and questions fully. Conversely, however, teaching to different nationalities and backgrounds offers huge benefits to professors: it enables them to learn more, as well as teach. I have always believed that the best way to learn something is to teach it; teaching to a diverse audience allows even broader and more satisfying learning.

6. Other than experience, what do you think are the challenges that young practitioners and arbitrators face in modern times?

Building a career in international arbitration in modern times, with the field being a highly competitive market, is not a one-shot-effort task. Building an international arbitration career is more like building a snowman, there are several efforts as well as characteristics and set of skills required, which need to be pursued patiently over time, recognizing that each step will be small.

First, international arbitration requires its practitioners to speak a variety of languages. While English is a prerequisite, speaking other languages represents a potential advantage. For example, Spanish is becoming increasingly important as Latin America enjoys enduring strength as a source of disputes. Portuguese may present an opportunity to stand out, as Brazilian arbitrations have been increasing in number over the past years. Other languages, such as Russian, are important for the critical client relationship aspects of work as counsel.

Second, there is value in participating in extracurricular activities such as moot courts, since there is a natural affinity between the characteristics required for successful participation in moot courts and those characteristics which law firms seek. Moreover, other activities such as taking other law courses, attending international events, undertaking internships at law firms, and writing articles are a good way to demonstrate ambition and ability, while, more importantly, developing your substantive abilities.

Third, instead of enrolling in specific law programs such as specialized LL.M., consider choosing more general graduate programs. The reason for that is twofold; firstly, many firms operate firm-wide hiring, which considers things other than specialized arbitration courses and which evaluates the general legal knowledge of graduates; secondly, international arbitration requires knowledge in other substantive legal areas, often including corporate and commercial law and a general graduate program can be very advantageous in that regard.

Fourth, experience in a quality institution – including strong domestic firms and regardless of the practice – is a plus. However, that experience does not need to be necessarily in arbitration, when someone moves to arbitration from a strong litigation or corporate practice in a high-quality domestic firm, he or she

brings with them valuable new experience in a distinctive area of practice.

Fifth, authoring articles and speaking at conferences is a necessary task to stand out in the international arbitration community. In my opinion, writing is a more valuable exercise, as written papers last forever, while conferences have a one-day impact and attention is divided across all the other speakers at the conference.

Finally, I believe that young practitioners, as well as more senior ones, need to step out of their comfort zones in order to excel when the opportunity is presented. Firms should delegate the examination of less important witnesses to their younger associates and deliberately take on smaller cases on which they can assign substantive roles, including presenting opening statements, to more junior lawyers.

7. *If you could meet your younger self, what advice would you give younger Gary Born regarding the study and practice of arbitration? Are there any things you wish you had known before beginning your practice of arbitration?*

I always say that one should never look in the rear-view mirror in life; one should never second-guess one's self, so I hesitate to do that with myself. Still, the advice would be fairly simple, and maybe a little too abstract or general. Treat every moment, every opportunity, every hearing and meeting, as if it is your last

chance, your only chance. Professional life is a series of opportunities, which may very well never be repeated; a series of contests, which won't ever be re-run. Treat every single one of these opportunities as if it were the first and last one that you will ever get and make the very most of it.

8. What motivated, and what keeps motivating you, to practice arbitration?

Perhaps I have followed my own advice. I am motivated by the excitement and learning that comes with every case, of every type. The excitement of helping a good cause prevail, or of resolving a dispute fairly and efficiently. Every case is an opportunity to do that, to the best of one's ability, while also learning new things.

This kind of motivation came when I did my first international arbitration. There was no international arbitration course on offer when I went to law school (even though most law schools now have a good international arbitration programme), and thus I had very little idea what international arbitration was. My first arbitration came when, early in my career I had the opportunity to represent Greenpeace, the environmental protest group. Greenpeace had a potential claim against the Republic of France for having attached and sunk their protest ship, the "Rainbow Warrior", at the Port of Auckland in New Zealand.

The client did not know where exactly they should look for relief. The New Zealand courts were far away, the issues of state immunity were formidable, and the French courts were not particularly attractive for obvious reasons. As a consequence, Greenpeace decided to try to resolve its dispute in international arbitration, and the French Republic was eager to do so as well. We negotiated an international arbitration agreement, the principal issue of which was the responsibility of France for, what they called, the incident in the Auckland Harbour in June 1986. During those negotiations and the proceedings in my first arbitration case, I fell in love with international arbitration. It was love at first sight; the attraction was in the use of neutral means of dispute resolution to solve the most complicated, even the most sensitive type of, dispute between bitterly adverse parties.

9. Lastly, what are your expectations from the new generations in the development of arbitration?

There is an increasing trend in law firms and arbitral institutions to hire young lawyers from different backgrounds and jurisdictions to increase its diversity. The international arbitration community strives to be diverse because, among others, it adds a unique way to understanding and solving international disputes, which undoubtedly benefits the parties.

As we see the arbitration caseload increase (both in commercial and investment arbitration), we also see more hard working, talented and diverse lawyers working in the field; these lawyers should be welcomed not only by law firms, but also arbitral centres and clients alike. The inclusion of more diverse and talented young lawyers will contribute to continue enriching, improving and developing the international arbitration practice. At the same time, it is essential that both younger and older lawyers strive always for excellence, pushing themselves to the limits of their abilities: international dispute resolution is increasingly competitive and demanding, and I expect the new generation to be both hardworking and creative in meeting these challenges.

Medidas correctivas del Laudo Arbitral, con especial referencia al Reenvío del Laudo al Tribunal Arbitral

Jenifer Alfaro Borges*

Resumen: A pesar de que la regla es que las funciones del tribunal arbitral cesan al terminar el procedimiento arbitral, surge, de la Ley Modelo UNICTRAL, una excepción que le devuelve el expediente arbitral y podría permitir a los árbitros profundizar aún más que una mínima corrección incluso cuando el laudo ha sido objeto de acción de anulación. Se podría tratar de una oportunidad para el tribunal arbitral de adoptar medida para proteger el laudo, permitiéndoles a los árbitros alcanzar uno de los objetivos más importantes de su misión: emitir un laudo válido y ejecutable. El mencionado mecanismo es el tema de este artículo.

Abstract: Despite the rule is that the mandate of the arbitral tribunal ends with the termination of the arbitral proceedings, one exception emerge from UNCITRAL Model Law that returns the arbitration's file to the arbitral tribunal and could allow the arbitrators to go deeper than a minimum correction even when the award has already been challenge. It could be an opportunity for the arbitral tribunal to adopt measures to protect the award, allowing the arbitrators to achieve one of the most important goals of their mission: issue a valid and enforceable award. The mentioned mechanism is the subject of this article.

Palabras Claves: Arbitraje. Anulación. Laudo. Reenvío.

Keywords: Arbitration. Challenge. Award. Correction.

* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales –Universidad de la República, Uruguay– Cursó diversas Maestrías (en Derecho de la Empresa –Universidad de Montevideo- aprobado con Sobresaliente, en Derecho Comercial –Universidad de la República, Uruguay-, en Derecho civil énfasis contratos –Universidad Católica del Uruguay) FCIArb. Profesor de Derecho Comercial, Comercio internacional y Arbitraje internacional, en grado y posgrado (diferentes carreras y facultades). Integrante del Comité Ejecutivo de la Unión Internacional de Abogados. Directora del Colegio de Abogados del Uruguay Vicepresidente de la Asociación de Escribanos del Uruguay. Ha publicado 5 libros y más de 70 artículos en Revistas especializadas de diversos países. Ha dictado conferencias en Uruguay y el exterior. Es representante de la Unión Internacional de Abogados ante UNCITRAL. Presidente de Red ARB MED, Asociación pro Arbitraje y Mediación

Sumario: I. Introducción, II. Medidas de corrección del laudo arbitral, A. Medidas a tomar contra un laudo, B. Corrección por error en el laudo, C. Interpretación del laudo, D. Corrección por infrapetita, III. La anulación del laudo. IV. El mecanismo de reenvío, A. El reenvío en la Ley Modelo UNCITRAL, B. Descripción del mecanismo: deber o facultad, C. Finalidad de la remisión, D. Facultad del tribunal judicial para negar la remisión, E. Improcedencia del reenvío cuando el defecto fue objeto de solicitud de corrección, F. Procedencia de oficio y/o a pedido de parte, G. Con noticia de la contraparte o sin noticia, H. El día después: el laudo vuelve al tribunal judicial luego de la remisión. V. Conclusiones

I. Introducción

Entre los aspectos a tener en consideración a los efectos de preservar el prestigio del arbitraje como mecanismo de solución de controversias, se encuentra el mantenimiento de un adecuado control de laudos anulados. Si bien algunas instituciones arbitrales incluyen sus propios controles¹, la máxima garantía está dada por el proceso de anulación sumado al proceso de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros (sin dejar de lado la discusión vigente en torno a este doble control). Es innecesario aclarar que cuando las partes acuerdan el arbitraje no implica una total exclusión de la jurisdicción estatal que se mantienen en varios aspectos (desde la asistencia hasta el control) No puede observarse que la credibilidad del control

mediante anulación se basa incluso en cierto margen de laudos anulados (tratándose del producto de la labor humana, la inexistencia de anulaciones podría ser motivo de desconfianza)

Sin perjuicio de ello, el arbitraje y sus protagonistas dependen su supervivencia en que se anulen los laudos que se aparten gravemente del buen camino y no por aspectos menores que pudieren ser subsanables. Es por ello que una herramienta que habilite al Tribunal arbitral a reparar algún defecto que se identifique luego de emitido el laudo, debe ser, al menos, destacado. Defectos que pueden haber pasado inadvertidos por el Tribunal arbitral atento a que la flexibilidad del procedimiento² con los límites impuestos por el debido proceso³ exige gran expertisse en la toma de deci-

¹ Como con el escrutinio de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) y de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA)

² Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (Nueva York: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, 2006), artículo 19.1. “Con sujeción a las disposiciones de la presente Ley, las partes tendrán libertad para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el tribunal arbitral en sus actuaciones.”

³ Recuerda Remón: “Los principios que rigen el procedimiento arbitral son simples: igualdad, audiencia y contradicción.” (Jesús Remón, “La acción de anulación”, en Veinticinco años de arbitraje en España, libro conmemorativo de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA), coord. José Carlos Fernández Rozas. (Madrid: CIMA, Corte Civil y Mercantil de Arbitraje, 2015), p. 257

siones. En tal sentido, no puede perderse de vista que el cumplimiento estricto de procedimientos que no admiten cambios por autonomía de la voluntad (propio del sistema judicial de solución de conflictos), facilita la aplicación mecánica y disminuye el margen de error procesal, pero resta dinamismo y eficiencia⁴.

Señala Seteguti⁵ que la flexibilidad procedimental “... contempla dois aspectos ou vertentes. O primeiro consiste en la liberdade de disciplinar o procedimento que se concede a partes, e subsidiariamente, aos árbitros, ao orgao arbitral...O segundo aspecto, por sua vez, consiste na possibilidades de adaptacao (modificacao e flexibilizacao) ...” de las reglas que habían sido elegidas previamente. Incluso podemos sumar la consideración que realiza Remón⁶ en cuanto a que uno de los problemas consiste en “determinar hasta qué punto se encuentran sujetos los árbitros al acuerdo de las partes sobre su ordenación del procedimiento en los puntos que no consten previamente en la cláusula arbitral o en el correspondiente

reglamento arbitral, los cual plantea la vieja cuestión del alcance de los poderes de los árbitros.” En ese rol desarrollado en el equilibrio entre eficiencia y respeto a los principios rectores del arbitraje, los árbitros deben ejercer el poder de dirección con suma atención al detalle.

Si bien la regla es que el Tribunal arbitral cesa funciones al terminar las actuaciones arbitrales⁷, y con ello la competencia para modificar su decisión, entre las excepciones que marca la normativa encontramos sus actuaciones en respuesta a la remisión del expediente por parte del Tribunal judicial en sede de anulación. Mori, Cilloniz, Lapeyre y Espinoza⁸ que con la “remisión” el Tribunal arbitral “... recobra su competencia para pronunciarse sobre el Laudo y sus posibles efectos.” Reenvío que puede darse como paso previo al dictado de la resolución judicial que se pronuncie sobre la procedencia de la anulación o, incluso a posteriori de la anulación del laudo (como ocurre para algunos supuestos de reenvío que se han manejado por algunas legislaciones o por la doctrina y jurisprudencia).

⁴Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (Nueva York: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, 2010), artículo 17: “En el ejercicio de su discrecionalidad, el tribunal arbitral dirigirá las actuaciones con miras a evitar demoras y gastos innecesarios y a llegar a una solución justa y eficaz del litigio entre las partes.”

⁵Guilherme Setoguti, “Procedimiento I”, en Curso de arbitragem, coords. Daniel Levy y Guillermo Setoguti (San Pablo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2018), p. 432

⁶Flavio Luiz Yarshell, “Acao anulatoria”, en Curso de arbitragem, coords. Daniel Levy y Guillermo Setoguti (San Pablo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2018), p. 166 y 167

⁷Jesús Remón, “La acción de anulación”, p. 257

⁸Artículo 32 numeral 3 de la Ley Modelo de la CNUDMI

⁸Pablo Mori, et. al., “Anulación y debida motivación: La remisión del laudo a los propios árbitros como alternativa a evaluar”, en Litigio arbitral. El arbitraje desde otra perspectiva, edit. Alfredo Bullard (Lima: Palestra Editores, 2017), p. 465

Pese a lo señalado antes, no puede dejarse de lado otra posición que puede tener sustento y es que en realidad los árbitros mantienen competencia pero acotada: no para modificar lo medular de su pronunciamiento pero si, dentro del plazo de cada uno de los mecanismos previstos por la normativa aplicable, para corregir errores “marginais, accesorias ou secundarias”⁹.

Este trabajo analiza el mecanismo de la remisión o reenvío a partir del texto de la Ley Modelo UNCITRAL.

II. Medidas de corrección del laudo arbitral

A. *Medidas a tomar contra un laudo*

El laudo arbitral puede presentar defectos de diferente índole. Puede contener errores de fácil subsanación (errores de tipeo o aritméticos), omisiones en cuanto al abordaje de cuestiones sometidas a decisión (infrapetita), para lo cual la Ley Modelo UNCITRAL establece medidas correctivas. Sin embargo, puede tratarse de defectos que consisten en la omisión de la motivación o por un pronunciamiento fuera de lo sometido a decisión o lo arbitrable (fuera de la cláusula arbitral o una materia fuera de arbitrabilidad), o defectos en el procedi-

miento arbitral (desde la constitución del tribunal arbitral, hasta el respeto a los principios de igualdad, audiencia y contradicción), es decir, de causales de anulación del laudo.

Como señalan Mori, Cillonz, Lapeyre y Espinoza¹⁰, no es extraño que finalizado el procedimiento arbitral surjan problemas “...cuando una de las partes considera que, con el pronunciamiento del tribunal arbitral, no se han hecho valer sus derechos de manera adecuada y decide plantear algún tipo de solicitudes (interpretación, rectificación, integración o exclusión) y, luego, el recurso de anulación.”

Si bien los laudos dictados al amparo de legislación que adopta la Ley Modelo UNCITRAL (si bien no in totum, esta característica suele mantenerse en dichos ordenamientos jurídicos), admiten medidas que no llegan a ser propiamente recursos (artículo 33) con alcance muy limitado.

Brañas¹¹ señala que “No podemos, por ejemplo, considerar «recurso» a la facultad de corregir, aclarar y complementar el laudo ..., limitándose el efecto de estas peticiones a retrasar el dies a quo de la firmeza del laudo”

⁹ Carvalho Fernandez citado por Sofia Vaz Sampaio, “O poder jurisdiccional dos árbitros depois da sentença arbitral”, Themis – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Año XVI, 28 – 29 (2015): p. 127

¹⁰ Pablo Mori, et. al., “Anulación y debida motivación: La remisión del laudo a los propios árbitros como alternativa a evaluar”

¹¹ Carlos Martín Brañas, “La acción de anulación frente a laudos arbitrales”, Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva época, núm. (2006), p. 124. <https://core.ac.uk/download/pdf/38815680.pdf>

Si bien no se trata de recursos judiciales en tanto se resuelven por el mismo Tribunal arbitral¹², resulta pertinente mencionarlos incluso porque la doctrina comparada ha sostenido que algunos de los errores que pueden fundamentarlos, son base suficiente para una anulación del laudo, acción en la cual se inserta el mecanismo objeto de este trabajo.

En el mismo sentido, corresponde considerar la relación entre la solicitud de corrección y la respuesta del Tribunal arbitral y la procedencia del reenvío, conforme es comentado más adelante.

B. Corrección por error en el laudo

El Tribunal arbitral dentro del plazo 30 días (prorrogable), a instancias de una parte (con plazo de 30 días si es que no se acordó un plazo mayor) o incluso de oficio, está habilitado por el artículo 33 de la Ley Modelo UNCITRAL para corregir el laudo en cuanto a errores de cálculo, de copia o tipográfico o cualquier otro error de naturaleza similar. Si la corrección es la respuesta a un planteo de la parte, el plazo para resolverlo se computa desde la recepción de la solicitud, y para corrección de oficio el plazo se calcula desde la fecha del laudo. Es de notar que, si bien cuando la rectificación es solicitada por una parte se exige (artículo 33 numeral 1 literal a) “notificar a

la otra” (no refiere expresamente a darle la oportunidad de manifestarse, lo cual sin embargo es consecuencia de principios generales), la corrección de oficio (artículo 33 numeral 2) no requiere previa notificación a las partes.

En principio se trata de la subsanación de errores de menor importancia, pero bien puede suceder que, por el contrario, tengan una gran repercusión en lo sustancial. Pensemos en errores en una coma del monto de la condena, para dar un ejemplo.

A propósito de las medidas de corrección Vaz Sampaio¹³ destaca que la posición dominante en doctrina y jurisprudencia apunta a que ni el Tribunal arbitral ni las partes pueden pretender cambiar el sentido de la decisión, sino que deben limitarse a errores material por contraposición con el error intelectual, o error de juzgamiento o de derecho que señala como no susceptibles de corrección.

C. Interpretación del laudo

De acuerdo con la Ley Modelo UNCITRAL, dentro del plazo de 30 días (puede este plazo modificarse por acuerdo de partes) podrá requerirse del Tribunal arbitral que aclare algún extremo del laudo, interpretándolo. No procede de oficio. Tal planteo debe ser resuelto en principio en un plazo de 30

¹² De acuerdo con el artículo 35 (inciso tercero) de la Ley uruguaya de Arbitraje Comercial Internacional (Ley 19.636) (Montevideo: El Senado y la Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay), el Tribunal arbitral no tendrá derecho a honorarios complementarios por su labor en respuesta a las medidas de corrección

¹³ Sofia Vaz Sampaio, “O poder jurisdiccional...”, p. 128 y 130

días (prorrogable) previa noticia de la contraparte. La interpretación se incorporará al laudo.

A diferencia de la medida de corrección, la interpretación dependerá de que se hubiera acordado por las partes. Esta solución, que no ha sido seguida de forma uniforme por las distintas legislaciones que adoptaron la Ley Modelo, implica que de principio no procede la interpretación. Como se insinuaba antes, algunos ordenamientos jurídicos no solamente restaron el margen de discrecionalidad a las partes, sino que incluso establecieron que era inderogable por acuerdo de partes.

En puridad, la terminología no es indiferente al momento de comentar las competencias del Tribunal arbitral, ya que más allá de esclarecer, refiere a interpretar. Sin embargo, si bien muchas legislaciones adoptan la Ley Modelo cambiando el término a esclarecimiento, la doctrina mayoritaria entiende que tiene por objeto resolver ambigüedades u oscuridades. Por tanto se entiende que se emplea el verbo interpretar como equivalente a clarificar, esclarecer o explicar¹⁴.

Vaz Sampaio¹⁵ identifica en esta medida una mayor margen para el abuso y destaca que la doctrina “recomienda que estes poderes sejam exercidos com cautela e de forma restrictiva” Por otra parte

marca, desde la perspectiva de la jurisprudencia y doctrina portuguesa, las dos posibles interpretaciones que resultan de la Ley Modelo: si la interpretación del laudo arbitral abarca solamente la decisión o también sus fundamentos¹⁶.

La citada autora¹⁷ hace notar si bien se menciona la ausencia de fundamentación como causal de anulación del laudo arbitral, puede también darse una total contradicción entre el fundamento y lo decidido. Este último supuesto de contradicción en lo interno del laudo que en definitiva puede llevar a similar resultado de un laudo inmotivado, en tanto se trataría de fundamentos que no cumplen su función.

D. Corrección por infrapetita

La Ley Modelo UNCITRAL regula la hipótesis de laudo infrapetita habilitando la solicitud de corrección que podemos denominar ampliación. Procede a pedido de parte y con noticia de la contraria.

Se trata de una medida que admite ser renunciada por acuerdo de partes (artículo 33 numeral 3 de la Ley Modelo).

Consiste en la facultad de cualquiera de las partes de solicitar al Tribunal arbitral que amplíe el laudo incluyendo “reclamaciones formuladas” que fueran omitidas. La terminología empleada puede considerarse restrictiva en tanto

¹⁴ Sofía Vaz Sampaio, “O poder jurisdiccional...”, p. 136

¹⁵ Sofía Vaz Sampaio, “O poder jurisdiccional...”, p. 135

¹⁶ Sofía Vaz Sampaio, “O poder jurisdiccional...”, p. 138

¹⁷ Sofía Vaz Sampaio, “O poder jurisdiccional...”, p. 139

no es equivalente a requerirle a que se pronuncie sobre “cuestiones sobre la cual ha omitido pronunciarse” o sobre los pedidos o planteos de las partes. La doctrina ha señalado que podría quedar fuera del objeto de esta medida la omisión sobre las excepciones formuladas por la defensa, que no serían “reclamaciones”¹⁸. Diferentes consideraciones merecen los argumentos presentados por las partes, que no tienen por qué ser objeto de expreso pronunciamiento por el Tribunal arbitral.

Otro aspecto a mencionar es que la Ley Modelo no establece que el Tribunal arbitral deba decidir al respecto con los elementos que obran en el expediente: no se le impide disponer el diligenciamiento de prueba o la realización de nuevas audiencias.

La ampliación la realizará a través de un laudo adicional a dictarse dentro del plazo de 60 días.

III. La anulación del laudo

Si bien este trabajo no tiene por fin analizar el proceso de anulación del laudo arbitral desde los muy diversos ángulos que podría realizarse, incluyendo su naturaleza de acción o recurso, cabe hacer algunos comentarios en tanto marco en

el cual se prevé el mecanismo del reenvío.

En tal sentido, la doctrina refiere a que “El proceso de anulación puede concepcuarse como un proceso civil declarativo especial, de carácter plenario, que ha de fundarse en algún motivo legal, y por el que se pretende dejar sin efecto un laudo arbitral.”¹⁹

La anulación constituye uno de los mecanismos de control judicial del laudo arbitral, al cual se suma el control en etapa de reconocimiento y ejecución (fundamentalmente cuando se promueve en un Estado diverso al de la Sede). Según Brañas²⁰, “...este mecanismo se refiere en exclusiva al control que pueden llevar a cabo los órganos jurisdiccionales sobre la actuación de los árbitros in procedendo.”

Cabe citar las reflexiones de Forno²¹ en cuanto a que el control de anulación “tutela intereses netamente privados, ... En cambio, en la ejecución, el control se efectúa de intereses públicos ...” De acuerdo con Bullard²², la anulación implica “un pronunciamiento sobre el convenio arbitral y la forma como ha sido ejecutado este. Por eso el Poder Judicial

¹⁸ Sofía Vaz Sampaio, “O poder jurisdiccional...”, p. 143

¹⁹ Rafael Hinojosa Segovia, “El reenvío del laudo al tribunal arbitral por el juez de control para su revisión”, Revista De Arbitraje Comercial y de Inversiones, vol. XII, N° 1 (2019): p. 143

²⁰ Carlos Martín Brañas, “La acción de anulación ...”, p. 125

²¹ Hugo Forno, “Control Freak: rediseño de los mecanismos típicos de control judicial del laudo en función de los intereses tutelados”, en Derecho del Arbitraje. Estudios en homenaje a la Facultad de Derecho PUCP en su centenario, coord. Sergio García Long (Lima: Normas Jurídicas ediciones, 2019), p. 233

²² Citado por Forno. “Control...”, p. 234

no está ejerciendo una facultad de Derecho Público.”

Haciendo referencia tanto a las causales de rechazo al reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros previsto en la Convención de Nueva York de 1958, como a las causales de anulación contemplados por la Ley Modelo UNCITRAL (como en la Ley española de arbitraje), De Los Santos²³ enfatiza en que “la dicción literal es categórica y taxativa, al juez sólo se puede acudir si se dan esas causas y para pedir sólo eso.”

Como señalan Mori, Cillonz, Lapeyre y Espinoza²⁴, “... la característica principal del recurso de anulación es que no es una vía para cuestionar el fondo del pronunciamiento de los árbitros. Teóricamente solo debe realizarse una revisión formal.”

Como señala Yarshell²⁵, “... o controle estatal da sentença proferida pelos árbitros é excepcional, de tal sorte que é inviável eventual revisão sobre eventual error *in iudicando*; e ano se pode pretender que o Judiciário reveja os fundamentos de fato e de derecho adotados pelo juízo arbitral.” En el mismo sentido agrega luego²⁶ “... a sentencia arbitral só está sujeita a controle jurisdiccional estatal por vícios que configurem

error in procedendo, ...” Estas consideraciones que pueden parecer básicas, pero es oportuno recordarlas atento a que de ello se deriva el límite implícito a las facultades del Tribunal arbitral en la adopción de medidas ante la remisión o reenvío para subsanación.

Sin perjuicio de que más adelante se reflexiona sobre los defectos del laudo que pueden dar lugar al mecanismo de remisión que es objeto central de este trabajo, cabe desde ya afirmar que, aún si la norma que lo regula no lo limita, del elenco de causales de anulación aquellos que dan lugar a reenvío son una mínima expresión.

Remón²⁷ destaca como del análisis de la jurisprudencia en materia de anulación de laudos surge que “... los problemas más frecuentes siempre se encuentran en el análisis del ámbito y validez de la cláusula arbitral, en la valoración de la independencia e imparcialidad de los árbitros, en el control de regularidad del procedimiento y, finalmente, en la revisión de la motivación del laudo.”

Siguiendo las causales de rechazo de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros previstas en el artículo V de la Convención de Nueva York de 1958²⁸, la Ley Modelo UNCITRAL (ar-

²³ Carlos De los Santos, “Motivos de anulación y motivos de oposición al *execuatur*”, en Veinticinco años de arbitraje en España, libro conmemorativo de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA), coord. José Carlos Fernández Rozas. (Madrid: CIMA, Corte Civil y Mercantil de Arbitraje, 2015), p. 249

²⁴ Pablo Mori, et. al, “Anulación ...”, p. 465

²⁵ Flavio Luiz Yarshell, “Acao anulatória”, p. 432

²⁶ Flavio Luiz Yarshell, “Acao anulatória”, p. 441

²⁷ Jesús Remón, “La acción de ...”, p. 255

²⁸ E incluso en la misma Ley Modelo

título 34) incluye un listado taxativo diferenciando las que dan lugar a anulación de oficio y las que requieren pedido de parte:

El laudo arbitral sólo podrá ser anulado por el tribunal indicado en el artículo 6 cuando:

a) la parte que interpone la petición pruebe:

i) que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7 estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley de este Estado; o

ii) que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos; o

iii) que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje; no obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, sólo se podrán anular estas últimas; o

iv) que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición de esta

Ley de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta Ley; o

b) el tribunal compruebe:

i) que, según la ley de este Estado, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o

ii) que el laudo es contrario al orden público de este Estado.

En el primer grupo (requieren ser invocados y acreditados por la parte) se incluyen: a. la incapacidad de alguna de las partes para la celebración del acuerdo de arbitraje; b. que el acuerdo arbitral no sea válido; c. defectos del procedimiento arbitral que afectan el debido proceso: que una de las partes del arbitraje no haya sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o que una parte no haya podido hacer valer sus derechos; d. que el laudo arbitral se pronuncie sobre cuestiones no sometidas al arbitraje (ultra petita –concedió más de lo reclamado- o extra petita –concedió algo diferente a lo solicitado-); e. que la composición del Tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se hayan ajustado al acuerdo entre las partes, o ante la falta de pacto al respecto, un apartamiento de lo previsto a la Ley Modelo.

En el segundo grupo (anulación de oficio) se incluyen la inarbitrabilidad

objetiva²⁹ y la afectación al orden público (internacional).

Parece incuestionable que las deficiencias que pueden dar lugar a la remisión del laudo al Tribunal arbitral únicamente se encuentran en el primer grupo, pero más adelante se comentan posiciones diversas al respecto. Asimismo puede señalarse que los defectos a resolver por remisión deben referir a lo acontecido en el procedimiento arbitral (única esfera en la cual podría una medida del Tribunal arbitral operar como subsanadora) Nos referimos justamente a una materia en la cual, en palabras de Remón³⁰. “Los árbitros están, pues, sujetos al acuerdo de partes sobre el procedimiento, salvo que lo acordado vulnere las normas legales aplicables.” Particular mención merece la anulación de laudos por ausencia de motivación (no ingresamos en la insuficiencia de motivación). Recordemos que, con carácter general³¹ (artículo 31 numeral 2 de la Ley Modelo UNCITRAL), un laudo puede ser inmotivado cuando refleja un acuerdo de las partes sobre la materia a decidir (previsto en el artículo 30 de la Ley Modelo) como cuando se había establecido que no se requería la motivación

(más pertinente para arbitrajes de equidad) Fuera de esos casos, el laudo debe contener la motivación, incluso como medio por el cual los árbitros cumplen su “*deber de hacerse comprender*”³². La casuística enseña que puede un laudo no ser completamente inmotivado, pero carecer de la explicitación de motivación para determinado aspecto objeto de pronunciamiento, en cuyo caso surge un ámbito para el reenvío.

Dentro de los defectos que pasan ese tamiz (aquellas cuestiones subsanables por reenvío), es que corresponde identificar aquellos para los cuales puede accionarse este mecanismo tan poco empleado en los países del Civil Law.

IV. El mecanismo de reenvío

A. El reenvío en la Ley Modelo UNCITRAL

Cuando me refiero al reenvío, pongo a consideración el mecanismo por el cual el Tribunal judicial queda habilitado a devolver el laudo al Tribunal arbitral emisor para que este subsane defectos que podrían dar lugar a la anulación.

Se trata de una herramienta que está prevista exclusivamente durante el trámite

²⁹ En palabras de Mereminskaya: “Según los términos normativos de la LMA, existe una sola arbitrabilidad, esto es, la objetiva. La arbitrabilidad o inarbitrabilidad subjetiva se aborda como un problema de falta de capacidad de las partes en un acuerdo de arbitraje (arts. 34(2)(a)(i) y 36(1)(a)(i)). De lo anterior, es viable deducir que la inarbitrabilidad consagrada como una de las causales de ineficacia de un laudo aplicadas por un tribunal ordinario de oficio es la objetiva (arts. 34(2)(b)(i) y 36(1)(b)(i)-4”. Elina Mereminskaya, “La relación entre la arbitrabilidad y el orden público en la jurisprudencia comparada”, *Revisra Foro de Derechi Mercantil*, N° 17 (octubre-diciembre 2007): p. 122 https://www.camsantiago.cl/wp-content/uploads/2020/05/Orden-P%C3%ABablico_EMereminskaya.pdf

³⁰ Remón, Jesús. “La acción de ...”, p. 257

³¹ Ya que no todas las legislaciones admiten laudos inmotivados

³² Jesús Remón, “La acción de ...”, p. 259

de anulación y no para el proceso de reconocimiento y ejecución, y opera antes del dictado de la sentencia de anulación.

En este trabajo se emplea los términos “reenvío” y “remisión” como equivalentes, sin desconocer que el primero puede ser confundido con la figura costarricense utilizada *a posteriori* de la anulación del laudo. En igual sentido, como se comenta más adelante, corresponde diferenciarlo del reenvío que fuera analizado por la Doctrina española como mecanismo a accionar con posterioridad a que el laudo se anule por el juez de control.

Es así que la remisión está regulada por el artículo 34 numeral 4 de la Ley modelo UNCITRAL, recepcionado por la Ley uruguaya de arbitraje comercial internacional (Ley 19.636) en el artículo 39 numeral 4. De igual forma la encontramos en otras legislaciones que han adoptado la Ley Modelo como ser la Ley argentina y la Ley chilena (todas de arbitraje comercial internacional), las cuales lo establecen en los artículos 101 y 34 respectivamente, pero también está previsto en el Reino Unido en el Arbitration Act de 1996, artículo 68 numeral 3.

En tal sentido la Ley Modelo UNCITRAL en su artículo 34 numeral cuarto dispone:

El tribunal, cuando se le solicite la anulación de un laudo, podrá suspender las actuaciones de nulidad, cuando

corresponda y cuando así lo solicite una de las partes, por un plazo que determine a fin de dar al tribunal arbitral la oportunidad de reanudar las actuaciones arbitrales o de adoptar cualquier otra medida que a juicio del tribunal arbitral elimine los motivos para la petición de nulidad.

Vaz Sampaio³³ identifica en este mecanismo una reafirmación del principio de autonomía privada y de separación entre las competencias del Tribunal judicial y el Tribunal arbitral.

Como veremos, el reenvío que prevé la Ley Modelo UNCITRAL presenta una serie de dudas en cuanto a su funcionamiento. Ello ha llegado ser identificado como la causa misma de su escasa utilización en los Estados de tradición Civil Law. En tal sentido Sanders³⁴ se manifestó por la necesidad de una regulación más pormenorizada del instrumento.

B. Descripción del mecanismo. Deber o facultad

De acuerdo con la normativa referida, se habilita al Tribunal judicial que ha recibido una solicitud de anulación, a “devolver” el laudo al Tribunal arbitral para que subsane el defecto, suspendiendo el proceso judicial de anulación.

Como decíamos *ut supra*, corresponde diferenciar el mecanismo que es objeto de este trabajo del reenvío costarricense

³³ Sofía Vaz Sampaio, “O poder jurisdiccional...”, p. 155

³⁴ Citado por Sofía Vaz Sampaio, “O poder jurisdiccional...”, p. 159

cense³⁵ y del analizado por la Doctrina española³⁷. Como describe Fernández López³⁸, el reenvío en Costa Rica está previsto ante el recurso de revisión de sentencia judiciales, y es llevado al proceso de anulación de laudos arbitrales como creación praetoriana. En igual sentido Hinojosa analiza, para el supuesto en el cual el Tribunal judicial anula el laudo, “...si puede reenviarse el laudo a los árbitros para que revisen dicha resolución en los casos en que proceda.” Por lo tanto, no se trata de un mecanismo equiparable al previsto en la Ley Modelo UNCITRAL, en tanto el Tribunal judicial dicta la sentencia anulando el laudo y luego lo remite al Tribunal arbitral para que adopte las medidas correctivas. En la remisión de la Ley Modelo se establece como medida a adoptar al inicio del proceso judicial de anulación.

Esta diferencia no fue ajena a las discusiones de la etapa de elaboración de la Ley Modelo³⁹, primando la señalada solución.

Vaz Sampaio⁴⁰ comenta como incluso en la elaboración de la Ley Modelo esta disposición fue objeto de debate, a partir de

la imprecisión de lo que se espera del Tribunal arbitral si el mecanismo es accionado.

Es así que, si analizamos el reenvío en profundidad, debemos llegar a dos conclusiones: por un lado, que se trata de una facultad y no de un deber, y, por otro, que articula dos facultades: por un lado, la facultad de la Corte, es decir del Tribunal judicial, y por el otro, la facultad del Tribunal arbitral. Es así que, para empezar, prevé la facultad atribuida al Tribunal judicial (la norma emplea el término “podrá”) de remitirlo, y luego, la facultad del Tribunal arbitral de adoptar las medidas para solucionar el defecto. Véase que al referir a la actitud del Tribunal arbitral lo califica de una “oportunidad” de eliminar los defectos. Vaz Sampaio⁴¹ se pronuncia en el mismo sentido con fundamento en la autonomía del Tribunal arbitral. Sobre esas bases debo, sin embargo, realizar precisiones: si bien de la disposición en análisis no emerge una obligación del tribunal arbitral de adoptar medidas, si consideramos que uno de los deberes de los árbitros es emitir laudos ejecutables y la remisión implica que se le han señalado posibles

³⁵ En Costa Rica se trata de una creación praetoriana, por la cual la Suprema Corte de Justicia traslada al proceso de anulación de laudos una disposición procesal que admite el reenvío para sentencias judiciales con defectos formales. (Mauricio París Cruz, “La deseable transición del “reenvío” a la “remisión” en el arbitraje costarricense”, Revista Judicial, Costa Rica, N° 117 (septiembre, 2015)

³⁶ Es incluso del previsto en la Ley alemana, según lo comenta Sofía Vaz Sampaio, “O poder jurisdiccional...”, p. 158

³⁷ Rafael Hinojosa Segovia, “El reenvío del laudo ...”

³⁸ Alberto Fernández López, “El reenvío de laudos arbitrales anulados a propósito de una mala práctica judicial”, Revista Judicial, Costa Rica, N° 114 (diciembre, 2014): p. 141 y sigs

³⁹ Sofía Vaz Sampaio, “O poder jurisdiccional...”, p. 157

⁴⁰ Sofía Vaz Sampaio, “O poder jurisdiccional...”, p. 157

⁴¹ Sofía Vaz Sampaio, “O poder jurisdiccional...”, p. 165

errores en la tarea desarrollada, puede sostenerse que no puede simplemente desatender el mensaje siendo exigible que haga su mejor esfuerzo por blindar al laudo. Por otra parte, tengamos presente que no es requisito del reenvío un análisis preliminar de la procedencia de la acción de anulación y por ello no puede considerarse que disponiéndolo el Tribunal judicial esté adelantando su parecer. En tal sentido podemos encontrar margen para que el Tribunal Arbitral mantenga su accionar previo y no adopte medida alguna (es decir que simplemente nada cambie porque considere que no hay defecto a reparar). Lo que no debería ocurrir, en aras del buen cumplimiento de los deberes de los árbitros, que estos siquiera atiendan el llamado a considerar las causales de anulación invocadas.

Según Mori, Cillonz, Lapeyre y Espinoza⁴² se trata de un medio para que los árbitros cumplan con su cometido en tanto “Subsanar los motivos de una posible anulación es, en pocas palabras lograr que el laudo emitido sea ejecutable.”

En definitiva, entiendo que el deber del Tribunal arbitral es (deber 1) analizar las causales de anulación que fueron invocadas frente el Tribunal judicial que le está brindando una oportunidad, para luego, de entenderlas procedentes, (deber 2) adoptar medidas de subsanación o, en caso contrario, devolverlo sin nin-

guna medida tomar (no es su deber adoptar medidas). Ninguno de esos deberes emerge de la disposición en análisis y por tanto no generan consecuencias en el marco de la misma, sino que, como antes se dijo, los considero comprendidos en los deberes genéricos de los árbitros.

Así como el Tribunal Arbitral puede negarse a adoptar cualquier tipo de medidas por considerar que no se verifica una hipótesis que da lugar a anulación, entiendo que debe descartarse considerar que si las adopta equivale a aceptar que los defectos existían y/o daban mérito a una anulación. No se trataría de señales inequívocas en tal sentido ya que árbitros convencidos de la ausencia de mérito a la remisión, puede igualmente priorizar la protección del laudo.

Por otra parte, la norma no restringe expresamente los defectos que pueden ser objeto de subsanación por este mecanismo, vale decir, que no limita la entidad o clase de anomalía por la cual el Tribunal judicial puede abrir la oportunidad de corrección. Sin embargo, entiendo que, sin mayor esfuerzo interpretativo, la limitación puede ingresar con la expresión “cuando corresponda”, circunscribiéndolo a hipótesis de incumplimientos formales y de menor entidad. Al respecto Vaz Sampaio⁴³ menciona que el mecanismo fue defendido como la vía para subsanación de

⁴² Pablo Mori, et. al, “Anulación ...”, p. 465

⁴³ Sofia Vaz Sampaio, “O poder jurisdiccional...”, p. 157

aquellos defectos que podía resolverse sin necesidad de reabrir el procedimiento.

Cabe mencionar que, a diferencia del Arbitration Act de 1996 (Reino Unido) artículo 68 numeral 3 literal a, la Ley Modelo no especifica si admite el reenvío parcial o total (de todo o parte del laudo) Al respecto existen en doctrina posiciones contrapuestas: Vaz Sampaio entiende que ante el silencio procede asimismo la remisión parcial, y Sanders requiere para ello que previsión expresa⁴⁴. Sanders agrega que la remisión parcial del laudo impide al Tribunal arbitral a alterar la parte no remitida pero que, de entender que debe formular correcciones, deberá igualmente dictar un laudo completo.

Corresponde destacar que no se prevé ninguna interfaz entre este mecanismo en sede de anulación y la ejecución del laudo. Si ya se han presentado hipótesis en las cuales Tribunales judiciales han entendido ejecutables laudos anulados, nos debemos preguntar cómo impacta en el proceso de reconocimiento y ejecución si el laudo es corregido por el Tribunal arbitral en virtud del reenvío.

C. *Finalidad de la remisión*

Cabe hacer notar que el texto de la norma objeto de comentario es poco feliz al indicar la finalidad que persiguen las medidas de corrección para las cuales se devuelve el laudo a sus emisores, refi-

riéndose a la eliminación de los motivos que dieron lugar a la solicitud de anulación.

Considerando que la pretensión anulatoria puede tener una motivación meramente dilatoria, en realidad lo que debe subsanarse son los defectos que fundamentan causales de anulación. Véase que la Ley portuguesa optó por referir a “los fundamentos de la anulación”.

Se trata de una crítica que merece en su versión en español pero no en inglés (que emplea el término “grounds”) y que en realidad se acota si le damos un verdadero alcance: la Ley Modelo UNCITRAL emplea el término “motivos” tanto al referir a las causales de recusación (artículo 12) como a la de rechazo al reconocimiento y ejecución (artículo 17) Por lo tanto, al hacer referencia a los “motivos”, la Ley Modelo no alude a la motivación, que incluso puede permanecer en lo interno al individuo, sino a las bases o causales (en este caso, para la anulación)

Por supuesto que, del elenco de causales de anulación previstas por la Ley Modelo, solamente unas pocas pueden ser subsanadas mediante reenvío. Al respecto Vaz Sampaio⁴⁵, luego de dar su opinión en relación con la admisión del reenvío ante diferentes causales de anulación, se pronuncia en sentido contrario a Sanders para admitir que

⁴⁴ Sofia Vaz Sampaio, “O poder jurisdiccional...”, p. 164 y 165

⁴⁵ Sofia Vaz Sampaio, “O poder jurisdiccional...”, p. 163

pueden existir casos de violación de orden público internacional en los cuales igualmente sea posible la subsanación por vía del reenvío.

A su vez entiendo que no da lugar a que el Tribunal arbitral considere otras causales no invocadas por el promotor de la acción de anulación y, por lo tanto, no le habilita a adoptar medidas por cualquier causal (que, por ejemplo, advierta el Tribunal arbitral de oficio). El fundamento de esta posición está dado porque no se trata de un mecanismo general de defensa del laudo arbitral sino en concreto de esa acción de anulación y esta limita la facultad del Tribunal judicial (con los matices antes indicados –a solicitud o de oficio-) y el alcance mismo del reenvío. Es importante al menos considerar este aspecto atento a que puede estarse perdiendo una vía para evitar que luego el reconocimiento y ejecución de ese laudo sea negado por no haberse habilitado al Tribunal arbitral a corregir un defecto advertido por el Tribunal judicial pero no por la parte que promovió la acción. En tal sentido lo regula la Ley peruana (Decreto Ley 1.071) en su artículo 64. Cabe preguntarse si dentro de las casuales invocadas, en caso de ser múltiples, si puede el Tribunal judicial limitar en la remisión a dar oportunidad de subsanación sólo de algunas y si, en caso afirmativo, puede el Tribunal arbitral igualmente adoptar medidas sobre las no incluidas (causal/es invocadas en la acción de anulación, pero no incluidas en la remisión por el Tribunal judicial)

Corresponde señalar que el Tribunal judicial debe indicar cuales son los aspectos que podrían tener que ser corregidos y no efectuar una remisión genérica para subsanación de errores.

D. Facultad del Tribunal judicial para negar la remisión

Es discutible si cuando la norma establece para el Tribunal judicial la facultad, refiere a la remisión o a la suspensión mientras se tramita la remisión.

Al respecto corresponde tener presentes el texto de la Ley Modelo UNCITRAL tanto en español como en inglés:

El tribunal, cuando se le solicite la anulación de un laudo, podrá suspender las actuaciones de nulidad, cuando corresponda y cuando así lo solicite una de las partes, por un plazo que determine a fin de dar al tribunal arbitral la oportunidad de reanudar las actuaciones arbitrales o de adoptar cualquier otra medida que a juicio del tribunal arbitral elimine los motivos para la petición de nulidad.

The court, when asked to set aside an award, may, where appropriate and so requested by a party, suspend the setting aside proceedings for a period of time determined by it in order to give the arbitral tribunal an opportunity to resume the arbitral proceedings or to take such other action as in the arbitral tribunal's opinion will eliminate the grounds for setting aside.

No es la intención de este trabajo apelar exclusivamente a argumentos de texto

(menos aun a los piedertristas) Sin embargo entendemos procede hacer notar que ambos emplean el término “podrá” pero mientras en la versión en español el mismo no está seguido de una coma, si lo está en el texto en inglés. Además, en este último entre el verbo (“podrá”) y el objeto de la acción, se inserta “where appropriate and so requested by a party” que en el texto en español aparece en otro orden. Es decir que puede sostenerse que en la versión en español lleva a interpretar que la posibilidad que se acuerda al Tribunal judicial refiere a la suspensión del proceso judicial de anulación (“podrá suspender las actuaciones de nulidad”) y en la versión en inglés (may, ..., suspend the setting aside proceedings for a period of time determined by it in order to give the arbitral tribunal ...) lleva a interpretar que la facultad refiere a la suspensión para el reenvío (como un todo)

Por lo tanto, en la versión en inglés es más evidente que se trata la norma regula en conjunto la facultad de remisión con la facultad de suspensión. La retroalimentación entre las versiones nos permitiría interpretar la versión en español en el mismo sentido.

Ello nos deja dos cuestiones a evaluar: a. si la Ley Modelo UNCITRAL obvia la regulación de la remisión entendiendo que es de principio y no requiere previsión expresa; b. si el Tribunal judicial puede decidir la remisión sin

suspensión de las actuaciones de anulación o son inescindibles.

Cabe mencionar que mientras la Ley Modelo UNCITRAL prevé la suspensión del proceso de anulación mientras se tramita el reenvío, el Arbitration Act (Reino Unido) regula la remisión como una forma de concluir el proceso de anulación. A su vez, esta última norma refleja una postura respecto del reenvío que no se percibe en la Ley Modelo, en cuando a darle carácter prioritario al reenvío frente a la anulación. Véase que establece en su artículo 68 numeral 3 inciso segundo que “The court shall not exercise its power to set aside or to declare an award to be of no effect, in whole or in part, unless it is satisfied that it would be inappropriate to remit the matters in question to the tribunal for reconsideration”.

E. Improcedencia del reenvío cuando el defecto fue objeto de solicitud de corrección

Ut supra se hace referencia a las vías que la Ley Modelo UNCITRAL prevé para solicitar correcciones al laudo arbitral. Correcciones que se cometen al mismo Tribunal arbitral.

En tal sentido es posible cuestionar la procedencia del reenvío para que el Tribunal arbitral tenga la oportunidad de solucionar defectos que ya fueron puestos a su consideración y a conciencia no resolvió (o descartó “resolver” considerando que no existía defecto a subsanar) Ciertamente puede concluirse que no

puede darse una respuesta genérica y que corresponde ver el caso concreto en tanto los escenarios pueden ser muy variados, sin perjuicio de lo cual la regla de la cual se debe partir es de no remitir el expediente para subsanación de un error que el Tribunal arbitral ya tuvo oportunidad de corregir en respuesta a una solicitud de corrección.

Lo antes señalado merece una aclaración: es muy diferente la opinión reflejada en las líneas precedentes, a sostener que el haber accionado las medidas correctivas sea requisito de admisibilidad de la acción de anulación (no es lo que se aquí se sostiene) Si bien en ambas cuestiones no hay un requisito normativo (ni para promover anulación el haber antes solicitado la corrección –en aquellos supuestos en que se vincula que sin duda no son todos-; ni para que proceda el mecanismo de reenvío que comentamos), para el reenvío parece ser un elemento de gran peso al momento de decidir su admisión.

F. Procedencia de oficio y/o a pedido de parte

Mientras en la Ley peruana (Decreto-Ley 1.071) la ausencia de referencia a la solicitud de parte admitiría la conclusión de que procede de oficio únicamente, la Ley Modelo UNCITRAL incluye el requisito del pedido de una de las partes.

Sin embargo, ello merece varios comentarios.

Por un lado, no se circunscribe al pedido de la parte que estaría defendiendo el laudo (para simplificarlo, a quien da como victorioso⁴⁶) sino que pueden plantearlo cualquiera de las partes. Podría darse que quien ha promovido el proceso anulatorio luego pida la remisión, con fines legítimos o dilatorios, e incluso cuando ya sabe lo que al respecto piensa el Tribunal arbitral por haberlo ya planteado durante el procedimiento arbitral. En tal sentido, cabe hacer notar que no se excluye la solicitud de remisión la hipótesis de pretensión de anulación por causales por las cuales el Tribunal arbitral ya se pronunció expresamente. Si entendemos que en definitiva el Tribunal judicial está habilitado para negar la remisión, ello no impide que sea un antecedente a ser valorado al tomar esa decisión. En tal sentido cabe trasladar a este tema las reflexiones de Almoguera⁴⁷: “... el principio de buena fe y sus derivados deben inspirar todo el arbitraje, desde la conclusión misma del convenio arbitral hasta la reacción frente al laudo ...”

Por otro lado, pueden exponerse diferentes interpretaciones sobre aquello que se somete a instancia de parte: ¿la remisión en sí misma o la suspensión del proceso de anulación mientras el Tribu-

⁴⁶ Si es que el laudo fuera completamente favorable a una de las partes

⁴⁷ Jesús Almoguera, “El oportunismo en la acción de anulación del laudo”, Anuario de arbitraje (2016): p. 97

nal arbitral analiza la adopción de medidas?

Cabe hacer notar que establecer que la suspensión del proceso de anulación requiera solicitud de parte es de total coherencia con el arbitraje. Ello se explica en tanto la suspensión para remisión dilata aún más la conclusión del proceso anulatorio, siendo la celeridad una de las ventajas del sistema arbitral en el cual –pese a insertarse en un proceso judicial– podemos incluir a la anulación (en un sentido amplio del sistema)

Otro tema es si la remisión en sí misma requiere instancia de parte o si en realidad la norma da por hecho que el Tribunal tiene esa facultad y se aboga únicamente a regular la suspensión. Esta interpretación lleva a considerar que el Tribunal puede disponer de oficio la remisión, pero solamente podrá suspender las actuaciones en caso de solicitud de parte.

Puede sostenerse que en realidad la norma habilita a las partes a plantear la suspensión para remisión, es decir, todo como un conjunto. La consecuencia de adoptar esta interpretación es que la remisión misma con la suspensión, no procedería de oficio. Como se señaló *ut supra* al analizar los límites a la facultad del Tribunal judicial, la versión en inglés de la Ley Modelo UNCITRAL aporta más argumentos de texto para esta interpretación.

De tratarse de un mecanismo que se acciona a pedido de parte, puede ser

considerado un recurso por el cual las partes reabren la consideración del caso (aunque con grandes restricciones) por parte del Tribunal arbitral. Con ello nuevas interrogantes: ¿es admisible la renuncia anticipada al reenvío (incluirlo en una cláusula o compromiso arbitral) o se considera renunciado cuando se acuerda un Reglamento institucional que incluye renuncia genérica a todo recurso diferente de la anulación? Es correcto señalar que en realidad no es un recurso que provoque la revisión del laudo ante el Tribunal judicial sino un mecanismo que estaría más a la par de las medidas de corrección reguladas por el artículo 33 de la Ley Modelo UNCITRAL.

En igual sentido cabe preguntarse si, de considerarse separable la solicitud de suspensión de la de remisión, es renunciabile el derecho a pedir que el proceso judicial de anulación se suspenda. Ante ausencia de previsión expresa, al tratarse de una pretensión en sede judicial, pueden tener relevancias otras disposiciones de la Ley procesal del lugar del arbitraje.

A su vez, debemos destacar que el plazo de suspensión del proceso judicial de anulación para la tramitación de la remisión es fijado por el Tribunal judicial. Sin embargo, entiendo que las partes pueden haberlo fijado por acuerdo de partes.

La Ley peruana de arbitraje (Decreto-Ley 1071) en su artículo 64 numeral 4 dispone que “Vencido el plazo para ab-

solver el traslado, se señalará fecha para la vista de la causa dentro de los veinte (20) días siguientes. En la vista de la causa, la Corte Superior competente podrá suspender las actuaciones judiciales por un plazo no mayor a seis (6) meses a fin de dar al tribunal arbitral la oportunidad de reanudar las actuaciones arbitrales o de adoptar cualquier otra medida que, a criterio de los árbitros elimine las causales alegadas para el recurso de anulación. En caso contrario, resolverá dentro de los veinte (20) días siguientes.” Sin duda el límite de 6 meses que establece esta norma, *prima facie* parece exagerado e inadmisiblesi se trata de un arbitraje con procedimiento abreviado, lo cual deberá ser valorado por el Tribunal judicial al momento de fijarlo.

Vaz Sampaio⁴⁸ al comentar esta disposición da por hecho de que el proceso judicial se suspende durante la tramitación del reenvío.

G. Con noticia de la contraparte o sin noticia

El artículo 34 numeral 4 de la Ley Modelo UNCITRAL no establece que de la solicitud de parte consistente en la remisión del laudo al Tribunal arbitral emisor, deba darse traslado a la contraparte o si debiera conferirlo el Tribunal arbitral una vez que lo recibe. Debe tenerse presente que cuando en el artículo 33 regula las medidas correctivas, se refiere a ello expresamente. Ello

constituye el fundamento para prescindir de dicho traslado. Principios generales de igualdad y contradicción, aplicables al procedimiento arbitral, y el debido proceso mismo, nos llevarían a concluir que procede escuchar a la contraparte. Por lo tanto, no solamente sería exigible la mera noticia que de por sí es importante para evitar que una parte esté al margen de que el laudo ha vuelto a los árbitros, sino también darle plazo para defenderse. De lo dicho ya se deduce que no se regula cual sería el plazo a otorgar.

Por otra parte, no está previsto y no procede por aplicación de principios generales, la vista previa al Tribunal arbitral para que se manifieste sobre el reenvío. El Tribunal judicial decide sin consultarle, sin que se pueda alegar la vulneración de un derecho de defensa por parte de aquel.

H. El día después: el laudo vuelve al Tribunal judicial luego de la remisión

Lo cierto es que tanto si el Tribunal arbitral adopta medidas correctivas como si decide no hacerlo, el procedimiento que sigue exige labor interpretativa.

Según la Ley Modelo UNCITRAL, las medidas adoptadas deben ser idóneas para eliminar el defecto a juicio del mismo Tribunal arbitral. En igual sentido la Ley peruana habla de medidas suficientes a “criterio de los árbitros”.

⁴⁸ Sofia Vaz Sampaio, “O poder jurisdiccional...”, p. 157

Es decir que las normas estarían asignando al mismo Tribunal arbitral la facultad de valorar como suficientes las medidas que adopte para eliminar la causal de nulidad. Ello nos lleva a preguntarnos si luego está habilitado el Tribunal judicial a valorarlas o su rol se limita a confirmar que se han adoptado medidas. Entiendo que, si bien el texto de la norma podría ser más claro, no autoriza a impedir el control por parte del Tribunal judicial en sede de anulación: puede el Tribunal judicial anular el laudo por entender que las medidas adoptadas no remueven la causal de nulidad alegada por el reclamante. Considero que cuando ya el Tribunal arbitral se ha pronunciado ante el reenvío o ha vencido el plazo para ello, el Tribunal judicial debe darle vista tanto al promotor de la anulación a fin de que se manifieste si mantiene su pretensión (o si por el contrario entiende subsanado el defecto) como a la contraparte.

Pese a lo dicho no puede sino marcarse la dificultad del tema atento a la insuficiencia de soluciones expresas en la norma: si el Tribunal arbitral ha corregido el laudo que fuera sometido a proceso judicial de anulación, cabe preguntarse si el pronunciamiento del Tribunal arbitral que anula igualmente el laudo tendrá por objeto el laudo original o el corregido. Se agrega la necesidad de limitar fuertemente el mecanismo para que la corrección subsane

defectos procesales, pero no cambie al laudo.

Por otra parte, Vaz Sampaio⁴⁹ se pregunta si el Tribunal judicial puede o debe dar instrucciones u orientaciones a la corrección. Entiendo que no, que ello excedería los límites entre las competencias del Tribunal judicial y el Tribunal arbitral.

Por otra parte, cabe plantearse que consecuencia tiene el hecho de que el Tribunal arbitral no hubiere adoptado medida alguna. Analizar este punto, va de la mano con otra pregunta: ¿Debe considerarse que cuando el Tribunal judicial remite, está adelantando su parecer de que hay defectos que dan lugar a la anulación? Me inclino por la negativa: el Tribunal judicial no debe ingresar al análisis de la existencia de la causal de anulación de forma previa a la remisión para subsanación, sino que, recibido el reclamo de anulación y advertido que se trata de un defecto de menor entidad que admite corrección, “podrá” remitirlo a los árbitros. En el mismo sentido, si el Tribunal se mantiene en que no se requiere ninguna medida en tanto nada debe ser corregido, ello no conlleva a anulación pudiendo el Tribunal judicial coincidir.

V. Conclusiones

El reenvío o remisión del laudo arbitral en sede de anulación, es un mecanismo valioso que va en la misma línea de los va-

⁴⁹ Sofia Vaz Sampaio, “O poder jurisdiccional...”, p. 159

lores que el sistema arbitral defiende, y permite dar la oportunidad al Tribunal arbitral de solucionar defectos del laudo (a mi juicio habilitado únicamente para los de menor entidad), permitiendo que el pronunciamiento subsista.

Si bien no impone al Tribunal arbitral una obligación de adopción de medidas correctivas, corresponde que el mismo analice las causales invocadas y actúe conforme su deber implícito de emitir un laudo válido y ejecutable. Por ende, se trata de una herramienta cuya utilización debe ser promovida atento a que evita la pérdida que implica mantener un conflicto insoluto y los inconvenientes (incluidos los gastos) de reiniciar los procedimientos. Corresponde señalar, sin embargo, que el mecanismo es tímidamente consagrado por la Ley Modelo UNCITRAL que omite regular aspectos (son objeto de comentario en este trabajo), generando margen para la discusión sobre su alcance, así como dudas en relación con las facultades otorgadas al Tribunal judicial que es llamado a resolver sobre la validez o anulación de un laudo.

Selección de Árbitros: Consideraciones relevantes para tomar una decisión efectiva

Ricardo Chirinos*

Resumen: La selección de árbitros en el arbitraje internacional reviste una importancia fundamental, pudiendo hacer la diferencia entre ganar y perder un caso, o entre tener una victoria contundente con un resultado altamente favorable, o apenas una victoria pírrica. Resulta entonces de especial interés para las partes poder tomar una decisión estratégica que tome en cuenta el rol del árbitro a seleccionar (árbitro de parte, árbitro presidente o árbitro único) a través de un proceso que se ajuste a las particularidades del caso concreto. Este proceso comienza por tener en claro los aspectos clave del caso en cuestión para luego proceder a construir el perfil del árbitro ideal, lo que permite identificar candidatos tentativos y estudiar con mayor profundidad los que estén mejor calificados hasta llegar a la decisión final y elegir así al más idóneo. Este artículo aborda algunos de los aspectos más relevantes que deben informar dicha selección para que resulte lo más efectiva posible y que van desde la ausencia de conflictos de interés, experiencia profesional, formación jurídica, y reputación en el mercado de cada candidato, hasta incluso los rasgos de su personalidad.

Abstract: Arbitrator selection in international arbitration has a fundamental importance, as it could make a difference between winning or losing a case or between having an astounding victory with a highly favorable result, or just a pyrrhic victory. It is therefore of special interest for the parties to be able to make a strategic decision that takes into account the role of the arbitrator to be selected (party-appointed arbitrator, presiding arbitrator or sole arbitrator) through a process tailored to the particularities of the specific case. This process begins by making clear what the key issues of the case in question are, and then continues by building the profile of the ideal arbitrator, which allows in turn to identify tentative candidates and study their profiles with greater depth until a final decision is made and the most suitable candidate is selected. This article addresses some of the most relevant aspects that should inform such selection for it to be effective, going from aspects such as the candidates' lack of conflicts of interest,

* Abogado cum laude (UCAB, 2005); LL.M., Harlan Fiske Stone Scholar, Smith Fellow (Columbia Law School, 2011). Asociado Senior del equipo de arbitraje internacional de White & Case LLP basado en Nueva York. Es miembro de la lista de árbitros de la Cámara de Caracas y del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA), presidente del Capítulo de Nueva York de la Federación Interamericana de Abogados (FIA-IABA) y coordinador del Capítulo Internacional de la Asociación Venezolana de Arbitraje (AVA). Las opiniones expresadas en este artículo son del autor y no deben atribuirse a White & Case LLP, ni a ninguno de sus clientes.

personal experience, legal education and reputation in the market and looking as far as their personality traits.

Palabras Claves: arbitraje internacional, selección de árbitros.

Keywords: international arbitration, arbitrator appointment.

Summary: I. Introducción, II. El rol del árbitro a seleccionar, III. El proceso de selección y sus etapas, IV. Aspectos relevantes para realizar la selección, A. Experiencia profesional, B. Formación jurídica, C. País de origen, D. Inclinationes, posturas, opiniones y decisiones previas, E. Reputación en el mercado, F. Idioma, G. Edad y nivel de actividad, H. Disponibilidad, I. Ausencia de conflictos de interés, J. Personalidad, V. Conclusión

I. Introducción

Uno de los atributos más atractivos del arbitraje internacional, es el poder de las partes de elegir quien ha de decidir su disputa. Puede tratarse de un árbitro único nombrado por acuerdo de las partes, o, en casos en los que el tribunal está compuesto por tres integrantes, cada parte puede elegir su árbitro de parte y, dependiendo del caso, incluso elegir el presidente del tribunal de común acuerdo con la contraparte¹. La selección de los árbitros es sin duda alguna, una de las decisiones más estratégicas de un arbitraje. Y es que contar con el tribunal correcto puede hacer la diferencia entre ganar y perder un caso, o entre tener una victoria contundente con un resultado altamente favorable, o apenas una victoria pírrica.

En este breve artículo, comentaremos algunos aspectos relevantes a la hora de tomar esta importante decisión, y que pueden resultar de utilidad para llevar a cabo un proceso de selección de forma efectiva.

II. El rol del árbitro a seleccionar

El primer aspecto que debe tenerse en cuenta a la hora de seleccionar un árbitro es el rol que éste jugará en el proceso. Si bien todo árbitro tiene el deber de ser independiente e imparcial, el perfil del candidato a elegir y las consideraciones relevantes al efectuar la selección de un árbitro de parte no son las mismas que las que aplicarían para el presidente del tribunal o para un árbitro único.

Cuando se trata de un árbitro de parte, se busca un candidato del que se pueda esperar una inclinación favorable hacia la posición y argumentos de la parte que lo designa en los aspectos claves del caso, que esté en capacidad de influenciar la decisión del tribunal y que pueda mover la balanza a su favor cuando el tribunal tome su decisión. En el caso del demandante, es conveniente intentar adivinar el perfil del árbitro de la contraparte para que el propio sea un árbitro capaz de ejercer un balance en el tribunal y enfocar las discusiones y el eventual laudo en los aspectos críticos que sean más convenientes. En el caso

¹ Aunque este último puede ser también designado por los co-árbitros, por la institución que administra el arbitraje o por una autoridad nominadora, dependiendo de las reglas de arbitraje de que se trate o de lo acordado por las partes.

del árbitro elegido por el demandado, éste por lo general tiene la ventaja de conocer ya la identidad del árbitro designado por el demandante, de modo que puede utilizar esta información estratégicamente para elegir a un candidato capaz de hacer un contrapeso efectivo.

Si bien el árbitro de parte debe mantenerse independiente e imparcial en todo momento y no está obligado de ninguna manera a acoger los argumentos de quien lo designa, se espera que éste asuma un rol activo para lograr que el tribunal entienda, analice y valore adecuadamente dichos argumentos. En este sentido, conviene que el candidato elegido tenga al menos un buen concepto profesional de los abogados que representan a la parte que lo designa, de forma que pueda esperarse receptividad de su parte frente a sus posiciones. Además, debe tratarse de un candidato que trabaje de manera diligente y que cuente con el rigor intelectual, la experiencia, credibilidad y personalidad adecuada para persuadir a los demás miembros del tribunal. Los candidatos intransigentes, cerrados, con una personalidad excesivamente rígida e incapaces de negociar tienen pocas probabilidades de lograr que su visión prevalezca y frecuentemente terminan emitiendo opiniones disidentes que, salvo en pocas excepciones², poco o nada sirven a la parte que los designa.

En el caso del árbitro único y el árbitro presidente, el perfil que se busca es el de un candidato más balanceado que resulte aceptable para ambas partes. Debe ser sólido en la sustancia y contar con los conocimientos y experiencia necesarios para manejar todos los aspectos del caso con fluidez. Idealmente debe contar con cierta experiencia como árbitro y ser capaz de conducir el proceso de forma organizada y eficiente. Dado su importante rol, por lo general se buscan candidatos procesalmente sólidos, rigurosos, prácticos, organizados, diligentes y eficientes.

Además, en el caso del árbitro presidente, éste debe tener también comprobadas habilidades de liderazgo y trabajo en equipo. Aunque debe ser capaz de formarse su propio criterio sobre las cuestiones clave del caso, debe tener a la vez la apertura suficiente para valorar los argumentos de las partes, escuchar la opinión de los demás miembros del tribunal y ser susceptible de ser persuadido por éstos. En este sentido, conviene tener en cuenta las personalidades, afinidades y relaciones entre los árbitros designados por las partes y los candidatos considerados para fungir como árbitro presidente, pues conviene a cada parte que su árbitro de parte congenie bien con el árbitro presidente y que ambos sean capaces de tener una buena dinámica de trabajo. De lo contrario, si las personalidades del árbitro elegido por una de

² Como por ejemplo, cuando la opinión disidente sirve para justificar la anulación del laudo.

las partes y el árbitro presidente no son compatibles, existe el riesgo de que el árbitro de parte pueda quedar aislado en las decisiones y su capacidad de influencia en el laudo se vea afectada.

A diferencia de los casos en los que el nombramiento lo hace una institución arbitral o autoridad nominadora de forma unilateral, cuando las partes eligen el árbitro único o el árbitro presidente, el candidato seleccionado surge de un proceso de negociación. Aunque existen distintos mecanismos³, las partes por lo general tienen la posibilidad de vetar candidatos e intercambiar nombres hasta lograr un acuerdo. Como parte de esta negociación, cada parte puede proponer candidatos estratégicamente que por su perfil pudieran tener alguna inclinación favorable respecto a ciertos aspectos del caso y que, haciendo un balance de sus aspectos positivos y negativos, sean más proclives a acoger su posición o, por lo menos, no hayan adoptado en el pasado posturas o interpretaciones directamente desfavorables. Dado que en este escenario hace falta el acuerdo de ambas partes para elegir a un candidato, en la práctica los candidatos propuestos y que eventualmente resultan elegidos, son candidatos que por lo general no tienen

inclinaciones demasiado marcadas a favor de ninguna de las partes o que tienen ciertos aspectos atractivos para ambas y que, en definitiva, no representan una opción demasiado arriesgada.

III. El proceso de selección y sus etapas

El proceso de selección de árbitros puede hacerse de una forma más o menos exhaustiva, dependiendo del tiempo y recursos con los que se cuente en cada caso. No hay una fórmula única a seguir para dar con el candidato correcto. En ocasiones, la decisión puede ser bastante obvia, como sucede cuando el candidato ideal ya se conoce bien y no hace falta mayor análisis. En otros casos, la experiencia acumulada y un buen conocimiento del mercado puede ayudar a que el proceso de selección se haga de forma relativamente sencilla, considerándose un número muy reducido de candidatos que ya se conocen, lo que permite tomar una decisión muy rápidamente.

Pero estos escenarios no se dan siempre. Frecuentemente es necesario llevar a cabo un proceso de selección más complejo que exige invertir tiempo y recursos para encontrar candidatos

³El nombramiento puede hacerse, por ejemplo, mediante: (i) el intercambio informal de nombres hasta dar con un candidato mutuamente aceptable; (ii) el intercambio de listas en simultáneo entre varios candidatos que previamente las partes han considerado mutuamente aceptables, asignándoles un puntaje basado en el orden de preferencia y eligiéndose al candidato que reciba el mejor puntaje; (iii) elaboración de listas por las partes, por parte de una institución arbitral, por los co-árbitros o un tercero independiente en las que cada parte puede rechazar un número determinado de candidatos y establecer un puntaje basado en el orden de preferencia de los candidatos aceptados (método conocido en inglés como strike and rank, eligiéndose el candidato que haya sido aceptado por ambas partes y que cuente con el mejor puntaje).

idóneos y elegir el más adecuado. Aunque las necesidades y realidad de cada caso impactan cómo se lleva a cabo este proceso, usualmente la selección de un árbitro implica seguir las siguientes cinco etapas:

- **Análisis estratégico del caso.** Antes de tomar la importante decisión de seleccionar un árbitro, cada parte debe asegurarse de conocer y estudiar muy bien su propio caso, ponerlo en perspectiva, determinar los argumentos clave, anticipar los posibles argumentos de la contraparte, e identificar los aspectos fácticos, jurídicos, técnicos y/o económicos que determinarán el resultado del arbitraje, así como su nivel de complejidad. Solo de esta manera podrán las partes estar en posición de identificar candidatos adecuados, evaluar sus perfiles de forma efectiva y seleccionar el más idóneo para el caso concreto. Por ejemplo, para un caso de poca cuantía, probablemente un árbitro consagrado no estaría interesado en aceptar la designación, pero existen muchos profesionales con buena trayectoria y valiosa experiencia que están iniciándose como árbitros y que serían excelentes candidatos para este tipo de casos. Por el contrario, si la disputa involucra miles de millones de dólares, si lo que está en juego es la existencia o futuro de una gran empresa, o si la complejidad de los temas en disputa

lo exige, entonces convendría pensar en un “peso pesado”.

- **Construcción del perfil ideal.** Para abordar la selección de árbitros de una manera eficaz y eficiente, resulta útil construir el perfil del árbitro ideal, lo que implica identificar estratégicamente los criterios que los candidatos a ser considerados deberían cumplir. Algunas preguntas básicas que surgen frecuentemente en esta etapa incluyen:
 - ¿debe ser un árbitro formado en un sistema de derecho civil, o de derecho anglosajón?
 - ¿es necesario que el árbitro sea especialista en algún área del derecho (derecho administrativo, derecho mercantil, derecho marítimo, derecho internacional, derecho ambiental, etc.)?
 - ¿hace falta que el árbitro cuente con experiencia en un sector específico (minería, hidrocarburos, electricidad, aviación, tecnología, etc.) o algún tipo de disputas en particular (arbitraje de construcción, arbitraje de inversión, arbitraje deportivo)?
 - ¿debe tener el árbitro conocimientos o habilidades especiales (por ejemplo, entendimiento sofisticado sobre el funcionamiento de las criptomonedas, o manejar con fluidez aspectos contables o financieros)?

- ¿conviene un árbitro que se enfoque en los aspectos técnicos y/o económicos del caso y que tenga experiencia manejando estos temas, o más bien uno que se enfoque en los temas estrictamente legales?
- ¿el candidato debe manejar fluidamente algún idioma relevante para el arbitraje o basta con que pueda leer documentos en ese idioma?

Dependiendo del caso, algunos criterios del perfil del árbitro ideal pueden ser más importantes que otros. Dado que este análisis implica considerar el perfil de distintos candidatos en simultáneo, conviene entonces calificar los criterios relevantes y priorizarlos adecuadamente entre esenciales (el candidato debe cumplir ese criterio necesariamente para ser considerado) y opcionales (suman, pero no cumplir con ese criterio no descalifica al candidato). Esto permite excluir rápidamente a candidatos que no cumplan con el perfil deseado, limitándose así el universo de candidatos a ser evaluados, y establecer un orden de preferencia entre candidatos con perfiles similares.

Identificación preliminar de candidatos. Una vez determinado el perfil del árbitro ideal, el paso siguiente es identificar posibles candidatos que cumplan con los criterios establecidos. El conocimiento directo de ciertos candidatos y del mercado legal en general es la mayoría de las veces la

fuente principal para realizar la búsqueda. Adicionalmente, los directorios de árbitros llevados por instituciones reconocidas, los perfiles de árbitros disponibles en publicaciones especializadas, o las listas de centros de arbitraje relevantes, son recursos que también pueden resultar útiles a la hora de preparar una lista preliminar de candidatos a considerar y que, a primera vista, parecieran cumplir los criterios requeridos.

Investigación inicial y preparación de lista reducida de candidatos. Tras contar con una lista preliminar de candidatos y realizar una investigación inicial sobre sus credenciales, experiencia y calificaciones, algunos candidatos quedarán excluidos por no cumplir todos los criterios requeridos. A medida que avanza la investigación, poco a poco se identificarán los candidatos mejor posicionados para el caso de que se trate de acuerdo a sus características específicas y eventualmente, al comparar sus perfiles, algunos candidatos comenzarán a resaltar sobre los demás mientras que otros irán quedando rezagados. A partir de esta investigación inicial, es posible preparar una segunda lista más reducida que la anterior, con los candidatos que se consideren más idóneos y sobre los que vale la pena hacer un análisis más exhaustivo.

Análisis exhaustivo y selección final. Una vez que se ha hecho un análisis exhaustivo del perfil de los candidatos en

la lista reducida, asumiendo que todos cumplen con los requisitos mínimos del perfil ideal, entran en juego los atributos específicos de cada candidato para establecer un orden de preferencia y llegar a la decisión final. Tener más experiencia en una determinada área relevante para el caso, disponibilidad de tiempo, un historial favorable como árbitro en casos similares, mayor nivel de exposición profesional al sector o actividad relevante para la disputa, haber escrito un artículo o participado como ponente en una conferencia donde se muestre a favor de cierta interpretación o postura respecto a algún aspecto relevante del caso, tener fluidez en determinado idioma, o contar con ciertas habilidades técnicas o características personales, entre otros, son factores que pueden hacer la diferencia.

IV. Aspectos relevantes para realizar la selección

Cada arbitraje tiene sus propias particularidades y se desenvuelve en un contexto específico. Por tanto, el análisis para la selección de árbitros debe hacerse caso por caso, en función de sus características individuales, incluyendo las partes en disputa, los aspectos críticos (fácticos, jurídicos, técnicos o económicos) objeto de debate, el tipo de arbitraje del que se

trata (comercial, de inversión, etc.), el derecho aplicable, el sector o actividad relevante, la cuantía del o los reclamos en cuestión, la complejidad de los temas planteados, entre otros.

A continuación, nos referimos a algunos aspectos que generalmente resultan relevantes y que permiten hacer una comparación objetiva de los candidatos analizados a la medida de cada caso, establecer un orden de preferencia entre estos y determinar de una forma estratégica y efectiva el candidato más idóneo que debe ser seleccionado⁴.

A. Ausencia de conflictos de interés

Las partes y sus abogados deben evaluar si existe alguna circunstancia que represente un posible conflicto de interés que pudiera afectar la independencia o imparcialidad de los candidatos antes de proceder a su selección. Para evitar una posible recusación (incluyendo la demora y costo que ello supone), es útil revisar las Directrices de la IBA sobre Conflictos de Interés en el Arbitraje Internacional⁵ en las que se recogen distintas circunstancias que pueden considerarse como conflictos de interés antes de proceder a la designación de un árbitro a efectos de confirmar que el candidato

⁴ La lista no pretende ser exhaustiva y en cada caso puede ser ajustada o complementada según sea necesario, atendiendo a criterios adicionales que puedan resultar relevantes.

⁵ Directrices IBA sobre Conflictos de Interés en Arbitraje Internacional (Londres: International Bar Association, 2014)

elegido no esté incurso en las situaciones allí contempladas.

B. Experiencia profesional

Este es uno de los aspectos fundamentales, pues incide directamente sobre los temas en que el árbitro enfocará su atención y en los que puede agregar más valor durante las deliberaciones del tribunal e influir en su decisión. Si se trata de un arbitraje comercial o de inversión, si la disputa involucra un sector industrial o actividad específica, si los temas debatidos requieren de un análisis jurídico complejo, si el entendimiento de cuestiones técnicas es necesario para el correcto entendimiento del caso, o si se es demandado o demandante, son todos factores que determinan el tipo de experiencia que resulta necesaria para el candidato ideal. Dependiendo del caso, puede ser conveniente un ex-juez especialista en disputas de propiedad intelectual, un ex-funcionario gubernamental experto en derecho ambiental, un abogado corporativo experto en fusiones y adquisiciones o un académico experto en derecho internacional. Pero el análisis de la experiencia relevante no acaba allí. Muchas veces la búsqueda se enfoca en la exposición del candidato a cuestiones mucho más concretas. Por ejemplo, puede ser necesario que el candidato haya tenido experiencia en

cuestiones tan específicas como el financiamiento de proyectos de energía eólica en Europa del Este, que esté familiarizado con las circunstancias de las nacionalizaciones llevadas a cabo en Venezuela, o que haya previamente estado expuesto a disputas relacionadas con la regulación de telecomunicaciones en Perú. En este sentido, la experiencia previa como abogado de parte, o como árbitro en disputas similares es, por supuesto, un aspecto a tener en cuenta⁶.

C. Formación jurídica

Un árbitro formado en el derecho civil, probablemente tienda a aplicar rigurosamente las normas legales correspondientes, mientras que un árbitro anglosajón probablemente esté más inclinado a tomar más en cuenta la letra del contrato y la intención de las partes, o prestar más atención a la jurisprudencia. Dependiendo del caso y, en particular, del derecho aplicable, debe determinarse si es necesario o conveniente que los candidatos hayan sido formados en un sistema jurídico determinado, o si su formación en distintos sistemas podría resultar favorable.

D. País de origen

El país de procedencia puede ser también relevante. Por ejemplo, si se trata de una disputa contractual bajo

⁶ En casos en los que el candidato no ha sido árbitro previamente, su exposición al arbitraje a través de gremios profesionales enfocados en arbitraje y su participación activa en asociaciones u organizaciones relevantes, proyectos legislativos o grupos de trabajo dedicados al desarrollo del arbitraje a nivel doméstico o internacional, es un punto adicional a considerar.

derecho venezolano, la escogencia de un árbitro francés (en cuyo derecho se basó el legislador para desarrollar las normas sobre obligaciones del Código Civil de Venezuela) podría ser una buena elección pues el árbitro francés estará familiarizado con el sistema jurídico aplicable y probablemente tienda a decidir inspirado en las normas que le son familiares en su propio derecho o sentirse cómodo con argumentos que son consistentes con dichas normas, y a rechazar doctrinas o interpretaciones que sean inconsistentes con éstas.

E. Inclinaciones, posturas, opiniones y decisiones previas

Para analizar exhaustivamente a un candidato y asegurar su idoneidad, es necesario indagar sobre su manera de pensar, inclinaciones, posturas y opiniones. En algunos casos, es posible que el candidato sea un personaje conocido con quien se ha interactuado en un contexto profesional, académico o incluso social, y esto permita tener información relevante. Sin embargo, en otros casos puede tratarse de un candidato que goza de buena reputación, pero con quien se ha interactuado poco o nada, lo que hace difícil la labor investigativa. En estos casos, es necesario ubicar la información que se encuentre públicamente disponible sobre el candidato, lo que incluye sus publicaciones, entrevistas, participaciones en conferencias o seminarios, laudos arbitrales o decisiones judiciales previas en casos donde el candidato haya

sido árbitro, experto o abogado de parte y que reflejen su posición sobre determinados temas. En arbitrajes de inversión, por ejemplo, donde muchos de los laudos se hacen públicos, es posible conocer el historial de muchos candidatos e inferir cómo podrían decidir el caso concreto con base en sus decisiones previas. Por ejemplo, se puede determinar cómo un determinado candidato ha interpretado los estándares jurídicos aplicables, si su análisis sobre determinados puntos es riguroso o superficial, si ha aceptado o rechazado determinados argumentos o interpretaciones, si el proceso se ha conducido de forma eficiente, si decidió bifurcar el procedimiento o no, si aplicó las normas procesales de forma estricta, si actuó con severidad o no frente a una de las partes que intenta boicotear el proceso o no cumple con las normas procesales, o si tiende a ser conservador en la cuantificación de daños, entre otros aspectos.

F. Reputación en el mercado

Cuando el candidato no se conoce de primera mano, realizar averiguaciones sobre reputación en el mercado es una buena manera de obtener información adicional relevante. En este sentido, pueden consultarse *rankings* o listas de árbitros recomendados realizadas por publicaciones reconocidas especializadas, o realizarse consultas informales con colegas del medio que hayan tenido exposición al candidato y estén en posición de dar referencias sobre

aspectos relevantes de su perfil. Anteriores colegas, alumnos, co-árbitros, partes en arbitrajes donde el candidato haya sido miembro del tribunal, o clientes con quien se tenga una relación cercana podrían compartir información valiosa sobre ciertos candidatos y su opinión puede ser una herramienta útil en ciertas ocasiones a la hora de indagar sobre aspectos de dichos candidatos que no son fáciles de determinar con base en la información públicamente disponible sobre ellos, tales como su forma de trabajar y personalidad.

G. Idioma

Por razones de eficiencia, efectividad y reducción de costos, las partes por lo general buscan que los miembros del tribunal arbitral manejen con fluidez el idioma del arbitraje. En ocasiones, cuando los documentos del caso están en un idioma distinto y los varios de los testigos o expertos testificarán ese idioma, entonces el dominio de ese otro idioma puede resultar también relevante. Por ejemplo, en un arbitraje entre una empresa mexicana y una empresa española bajo derecho de Nueva York conducido en inglés, pero en que los documentos están en castellano y los testigos testificarán en ese idioma, si el demandante elige un árbitro hispanohablante, convendría al demandado elegir un árbitro que también domine el castellano, aunque éste no sea su lengua materna. Si el demandado elige un árbitro con capacidad de leer y com-

prender la mayoría de los documentos pero que no habla castellano, ese árbitro tendrá que depender en alguna medida de traducciones y estará en desventaja a la hora de apreciar las pruebas. Además, si el presidente del tribunal resulta ser un hispanohablante, esto podría complicar las cosas aún más pues el árbitro no hispanohablante podría quedar aislado en ciertos momentos durante las deliberaciones. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que el dominio de un determinado idioma puede limitar el universo de posibles candidatos de forma significativa, por lo que conviene evaluarse estratégicamente su conveniencia.

H. Edad y nivel de actividad

La edad en muchos casos denota experiencia. Un reconocido abogado de avanzada edad y con amplia trayectoria puede resultar el candidato perfecto y contar con la disponibilidad de tiempo y energía necesaria para atender el caso y trabajar ágilmente para lograr que el proceso avance sin inconvenientes. Sin embargo, elegir candidatos con una edad muy avanzada eleva el riesgo de que el árbitro no pueda desempeñar sus funciones a cabalidad durante todo el arbitraje (que, en algunos casos, pueden ser varios años) por razones de salud o incluso que el árbitro fallezca mientras el arbitraje se encuentra en curso. Si bien hay muchos ejemplos de árbitros de edad avanzada que se mantienen muy activos sin que ello afecte en lo más mínimo su desempeño, esto no ocurre

en todos los casos, por lo que es un aspecto importante a tener en cuenta contemplando la duración estimada del caso de que se trate.

I. Disponibilidad

El candidato a elegir debe estar en capacidad de atender las necesidades del caso de forma oportuna y efectiva, y trabajar en el mismo sin que otros compromisos o limitaciones presenten obstáculos para el ejercicio de su rol y el normal desenvolvimiento del proceso. En este sentido, es una buena práctica confirmar con los candidatos que tengan buen chance de ser seleccionados antes de tomar la decisión final si éstos se encuentran disponibles para el caso en cuestión. Dicho esto, desafortunadamente no todos los árbitros son igualmente eficientes u organizados, y algunos pueden llegar a sobrecargarse de trabajo, lo que puede afectar su preparación, nivel de participación y, por consiguiente, su capacidad de influir en las decisiones del tribunal. Si el candidato es conocido por estar excesivamente ocupado en un determinado momento, o que se encuentra experimentando algún problema personal o de salud que pudiera incapacitarlo, conviene tomar eso en cuenta antes de proceder a su elección.

J. Personalidad

Previamente hemos hecho referencia a la importancia que reviste contar con un árbitro con la personalidad adecuada de acuerdo al rol que dicho árbitro va a

ejercer en el caso concreto. Cuando se trata del árbitro de parte, el candidato debe ser capaz de persuadir a los demás miembros del tribunal, generar una buena dinámica con el presidente y poder influir en sus decisiones, además de un buen negociador. Si se trata del árbitro presidente, el candidato idealmente debe tener liderazgo para poder conducir el arbitraje de forma efectiva, habilidades comunicativas y de trabajo en equipo para generar una dinámica productiva con los demás miembros del tribunal, estar abierto a escuchar su opinión, ser capaz de ser persuadido y generar consenso. Por otra parte, conviene tener en cuenta posibles incompatibilidades entre las personalidades de los árbitros de parte y del presidente del tribunal a la hora de elegir a este último para evitar que se pueda generar un desbalance en la dinámica del tribunal y que el árbitro de parte que haya sido elegido pueda resultar aislado por su falta de afinidad con el presidente.

V. Conclusión

De lo anteriormente expuesto queda claro que la selección de árbitros, al ser una decisión de importancia estratégica para el resultado de un arbitraje, debe llevarse a cabo de forma metódica, teniendo presente los atributos que debe tener el candidato seleccionado según el rol que le corresponda tener en el arbitraje, bien sea como árbitro de parte, árbitro presidente o árbitro único. El proceso comienza por tener claros los aspectos claves del caso concreto y

luego, teniendo dichos aspectos en cuenta, continúa con la creación del perfil de un árbitro ideal que permite identificar posibles candidatos a través de una investigación preliminar y hacer eventualmente un análisis exhaustivo de un número más reducido de candidatos, considerando factores relevantes como la ausencia de conflictos de interés, su experiencia y conocimiento sobre determinadas materias, su formación, origen, habilidades, reputación, disponibilidad, edad y nivel de actividad, e incluso su personalidad. De dicho análisis será posible recoger datos relevantes para conocer el perfil de los candidatos de la forma más completa posible, lo que permitirá valorar sus aspectos positivos y negativos para finalmente comparar los distintos perfiles y tomar una decisión efectiva y bien informada.

Confidencialidad del Arbitraje, Transparencia y Estado de Derecho

Huáscar Ezcurra Rivero* y Daniel Masnjak Marín**

Resumen: El arbitraje es una institución en constante evolución. Su naturaleza contractual permite que el arbitraje adapte sus características a las necesidades de los usuarios para poder servirlos mejor. El arbitraje ha evolucionado en años recientes hacia una mayor transparencia, aun al costo de afectar en parte su confidencialidad. Lo anterior, con el objetivo de que los usuarios tengan más información para tomar mejores decisiones, y así conformar tribunales arbitrales independientes, experimentados y eficientes. Por tanto, la necesidad de mayor transparencia en el arbitraje, y las mejores prácticas que la misma promueve, es consistente con el Estado de Derecho que la institución arbitral debe garantizar. Por eso, el presente artículo analiza algunas de las iniciativas que se han emprendido para alcanzar ese objetivo, los problemas que buscaban solucionar y cómo pueden ser mejoradas para seguir optimizando el servicio prestado a los usuarios del arbitraje.

Abstract: Arbitration is an institution in constant evolution. Its contractual nature facilitates the adaptation of its features to the needs of its users in order to serve them better. Arbitration has evolved in recent years towards greater transparency even at the cost of affecting, in part, its confidentiality. The objective of this trend is to give its users more information to make better choices, and be able to appoint independent, experienced and efficient arbitral tribunals. Hence, the need of more transparency in arbitration, and the promotion of good practices that comes with it, is consistent with the rule of law that arbitration must assure. For that reason, this article analyzes some of the initiatives that have been implemented to fulfil that objective, the problems each of them sought to solve and how they can be improved to keep optimizing the service offered to the users of arbitration.

Palabras Claves: arbitraje, transparencia, confidencialidad, instituciones arbitrales.

Keywords: arbitration, transparency, confidentiality, arbitral institution.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. LL.M. por la Universidad de Yale. Profesor del curso de Arbitraje de Inversiones en la Universidad del Pacífico. Profesor del curso de Análisis Económico del Derecho en la Escuela Superior de Economía y Negocios – ESEN, así como en la Maestría de Derecho Administrativo Económico de la Universidad del Pacífico. Socio en Bullard Falla Ezcurra+. Correo: hezcurrea@bullardabogados.pe

** Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ex miembro del Consejo Directivo de THEMIS y ex Editor General de THEMIS – Editorial Jurídica. Exalumno de los Cursos de Invierno de la Academia de Derecho Internacional de La Haya. Asociado en Bullard Falla Ezcurra+. Correo: dmasnjak@bullardabogados.pe

Sumario: I. Introducción, II. Transparencia y adaptabilidad, III. El rol de la confidencialidad, IV. Avances en favor de la transparencia, A. Arbitrator Intelligence, B. El Faro de Transparencia, C. Difusión de laudos V. Propuestas para seguir mejorando, A. Difundir y mejorar el Faro de Transparencia, B. Innovar en las plataformas de publicación de laudos, VI. Conclusiones

I. Introducción

El arbitraje es contractual y, por ende, evolutivo por naturaleza. Su valor reside en su capacidad para responder a las necesidades de quienes lo escogen como mecanismo de solución de controversias. Por ello, cuando las necesidades cambian, el arbitraje cambia y se adapta rápidamente a ellas. De esa forma, al igual que las especies animales más capacitadas, el arbitraje sobrevive a los cambios y nuevas necesidades, pues se adapta con gran efectividad a ellos.

Recientemente, el arbitraje ha evolucionado hacia una mayor transparencia, aun cuando ello venga al costo de afectar en parte su confidencialidad. Esto se observa, por ejemplo, en la publicación de los tribunales que cada árbitro ha integrado en casos administrados por la Cámara de Comercio Internacional (CCI) o la Cámara de Comercio de Lima (CCL). También se observa lo anterior en iniciativas como *Arbitrator Intelligence*, dirigida a sistematizar la data sobre la trayectoria de los árbitros, a fin de que el usuario tenga mejor información antes de designarlos. La mayor transparencia es una tendencia creciente que sin duda continuará en los años siguientes.

El camino hacia una mayor transparencia en el arbitraje está en permanente tensión con la confidencialidad, que es una de sus características más valoradas. Existe por tanto la preocupación de que transparentar “demasiado” perjudique a los usuarios que quieren proteger secretos comerciales o salvaguardar su reputación, o simplemente prefieren mantener en reserva sus conflictos comerciales. Esa tensión entre transparencia y confidencialidad tiene solución. Se trata simplemente de lograr una combinación eficiente entre la información que se transparenta y hace pública (atendiendo el reclamo de los usuarios por mayor transparencia), y aquella información que se mantiene confidencial (atendiendo a su vez la necesidad de los usuarios de mantener confidencial cierta información de su negocio, secretos comerciales, o similares).

En la primera parte de este artículo explicaremos por qué la relación entre transparencia y confidencialidad en el arbitraje no puede mirarse de forma estática. La segunda parte de este trabajo explicará el rol que creemos debe tener la confidencialidad en el mercado arbitral de hoy. Luego, comentaremos tres iniciativas muy importantes en favor de la transparencia, desarrolladas en los úl-

timos años, y los problemas que estas buscan resolver. Finalmente, presentaremos algunas propuestas para optimizar los avances logrados hasta el momento, tomando siempre en cuenta la legítima preocupación del usuario por la confidencialidad.

II. Transparencia y adaptabilidad

Se suele decir que el arbitraje es “una criatura del consentimiento”. Su principal característica es que es elegido por las partes. Nace de la voluntad. Como explica Andrea Marco Steingruber¹:

La principal característica del arbitraje es que este es elegido por las partes al suscribir un convenio arbitral. Este es considerado como la piedra angular del arbitraje comercial internacional, pues registra el consentimiento de las partes a someterse al arbitraje –un consentimiento que es indispensable para cualquier proceso de solución de

controversias fuera del ámbito de las cortes nacionales. La existencia misma del proceso depende del acuerdo de las partes. Por ende este elemento de consentimiento es esencial, ya que sin él no podría haber un arbitraje válido.

La voluntad de las partes a favor de someter sus diferencias a arbitraje cuenta con el respaldo del Estado para ser efectiva. Las leyes arbitrales contemplan mecanismos para que quien es parte de un convenio arbitral no recurra a las cortes estatales para evadir un arbitraje². También tienen mecanismos de apoyo judicial para que las decisiones de los tribunales arbitrales se ejecuten en la práctica, incluso recurriendo a la fuerza pública³. Por último, gracias a la Convención de Nueva York de 1958, los Estados garantizan que esos mecanismos protejan no solo a los arbitrajes realizados en sus territorios, sino también en el extranjero⁴.

¹ Andrea Marco Steingruber, *Consent in International Arbitration* (Oxford: Oxford University Press, 2012), 13. Traducción libre (“The principal characteristic of arbitration is that it is chosen by the parties by concluding an agreement to arbitrate. This is considered the foundation stone of international commercial arbitration, as it records the consent of the parties to submit to arbitration—a consent which is indispensable to any process of dispute resolution outside national courts. Such processes depend for their very existence upon the agreement of the parties. Hence this element of consent is essential, as without it there can be no valid arbitration.”)

² Gary Born, *International Commercial Arbitration*, segunda edición (La Haya: Kluwer Law International, 2014), 644

³ Nigel Blackaby et al., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, sexta edición (Oxford: Oxford University Press, 2015), 608-610

⁴ Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, (Nueva York: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, 1958), <https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/NY-conv/New-York-Convention-S.pdf> (consultado el 20 de octubre de 2020). Introducción (“La finalidad principal de la Convención es evitar que las sentencias arbitrales, tanto extranjeras como no nacionales, sean objeto de discriminación, por lo que obliga a los Estados partes a velar por que dichas sentencias sean reconocidas en su jurisdicción y puedan ejecutarse en ella, en general, de la misma manera que las sentencias o laudos arbitrales nacionales. Un objetivo secundario de la Convención es exigir que los tribunales de los Estados partes den pleno efecto a los acuerdos de arbitraje

No obstante, las instituciones del Estado no siempre se mostraron dispuestas a colaborar con el arbitraje. El Estado ha sido hostil hacia el arbitraje en distintos lugares y épocas. En el caso de los Estados Unidos, por ejemplo, se aprobó la Federal Arbitration Act de 1925 considerando la necesidad de combatir la hostilidad que los jueces del *common law* habían tenido tradicionalmente hacia el arbitraje⁵:

Tradicionalmente, el common law rechazaba el arbitraje como una privación de la jurisdicción de las cortes y, por lo tanto contrario al orden público. La promulgación del Federal Arbitration Act en 1925 marcó la aceptación del arbitraje como una medida permitida para la resolución de controversias en EEUU. El objetivo del Federal Arbitration Act es “revertir la larga historia de hostilidad judicial contra los convenios arbitrales... y colocarlos en el mismo nivel que otros contratos”. A partir de la decisión de la

Corte Suprema en el caso de Southland Corp. V. Keating en 1983, el Federal Arbitration Act pasó a ser entendido como la representación de una “política nacional favorable al arbitraje”.

En el marco de esa actitud hostil, en los siglos XVIII y XIX, las cortes americanas fueron proclives a revertir laudos arbitrales tomando como excusa la existencia de errores de hecho y de derecho. Existía, además, el temor de que el éxito del arbitraje pudiera afectar la economía de quienes trabajaban para la justicia estatal⁶. La ley no respaldaba al arbitraje y no había sanciones legales que incentivaran que las partes respeten las decisiones de los árbitros.

Curiosamente, eso no impidió que el arbitraje se difundiera y desarrollara en los Estados Unidos durante esos años. Como explica el profesor Bruce Benson, la hostilidad hacia el arbitraje no impidió que el arbitraje fuera cada vez más utili-

negándose a admitir demandas en las que el demandante esté actuando en violación de un acuerdo de remitir la cuestión a un tribunal arbitral.”)

⁵ Susan Randall, “Judicial Attitudes Toward Arbitration and the Resurgence of Unconscionability,” *Buffalo Law Review* 52 (2004): 185. Traducción libre (“The common law traditionally rejected arbitration as a deprivation of jurisdiction of the courts and therefore contrary to public policy. The enactment of the Federal Arbitration Act in 1925 signaled the United States’ acceptance of arbitration as a permitted method of dispute resolution. The purpose of the Federal Arbitration Act is “to reverse the longstanding judicial hostility to arbitration agreements ... and to place [them] on the same footing as other contracts.” Since the United States Supreme Court’s decision in Southland Corp. v. Keating in 1983, the Federal Arbitration Act has been read as embodying a “national policy favoring arbitration”.”)

⁶ Kyriaki Noussia, *Confidentiality in International Commercial Arbitration* (Heidelberg: Springer, 2010), 13. Traducción libre (“Given such precedents, private arbitration in the American colonies and early states did not take its authority from the threat of legal sanctions imposed by the common law courts; indeed, according to the relevant precedent law, arbitration decisions had no standing. They actually did, however: authority arose from nonlegal sanctions such as threats to reciprocal arrangements and reputation. According to Woolridge (1970: 100-101, “these penalties were far more fearsome than the cost of the award with which he disagreed. Voluntary and private adjudications were voluntarily and privately adhered to if not out of honor, out of self interest.” Thus, even though the courts’ attitude toward arbitration might be described as one of increasing hostility throughout the period 1775 to 1835 (Levy, 1993), “there was no time during the period when arbitration was not known and used by a significant number of people” (Jones, 1956: 213).”)

zado, y ello ocurrió gracias a la existencia de sanciones extra-legales que protegían de forma muy efectiva la credibilidad de la institución⁷:

Teniendo en consideración tales precedentes, el arbitraje privado en las colonias americanas y los primeros estados no derivó su autoridad de la amenaza de sanciones legales impuestas por las cortes del “common law”; en efecto, según el precedente legal relevante, las decisiones arbitrales no tenían valor jurídico. Sin embargo, realmente sí lo tenían: su autoridad surgía de sanciones extra-legales tales como las amenazas a los acuerdos recíprocos y la reputación. Según Woolridge (1970: 100-101), “estas penalidades fueron mucho más efectivas que el costo del laudo con el cual disentía. La adjudicación privada y voluntaria fueron respetadas de manera privada y voluntaria si no por honor, por interés propio.” Así, aunque la actitud de las cortes hacia el arbitraje se podría describir como uno de creciente hostilidad a lo largo del periodo entre 1775 y 1835 (Levy, 1993) “no hubo momentos en el periodo en los cuales el arbitraje no fuera conocido y

empleado por un número significativo de personas” (Jones 1956: 213).

Entonces, hasta antes del siglo XX, el arbitraje en los Estados Unidos sobrevivió y se desarrolló, a pesar de la falta de apoyo y salvaguardas de la justicia estatal. La credibilidad del arbitraje como mecanismo de solución de controversias y su capacidad de producir resultados vinculantes para las partes provenía de fuentes extra-legales. Provenía del hecho de que la comunidad mercantil conocía de la existencia y resultados de los arbitrajes. Como se sabía quién era quién, quién cumplía las decisiones de los árbitros y quién no, las partes preferían cumplir por temor al ostracismo que sufrirían quienes fueran conocidos como “comerciantes sin palabra”. No fue el temor a la ley el que favoreció el cumplimiento de las decisiones arbitrales y, con ello, el crecimiento del arbitraje dada su efectividad; sino el temor al ostracismo.

El arbitraje de esa época tenía carácter privado⁸. Únicamente las partes de la controversia intervenían. La privacidad,

⁷ Bruce L. Benson, “An Exploration of the Impact of Modern Arbitration Statutes on the Development of Arbitration in the United States,” *Journal of Law, Economics & Organization* 11, no. 2 (October 1995): 484-485

⁸ Benson, “An Exploration...”: 482, (“El hecho es que las cortes del gobierno en este periodo no aplicaban la ley comercial en una forma que la comunidad comercial considerase justa y expedita: “Las cortes no solo, según un comerciante de Nueva York, dispensaban ‘costosas e interminables leyes’; eran también lentas para desarrollar una doctrina legal que facilitase el desarrollo comercial” (Auerbach 1983: 33) Más allá de los costos asociados con la litigación, los beneficios de arbitraje son ampliamente reconocidos por incluir: (i) resolución de controversias rápida, informal y poco costosa, (ii) privacidad...”). Traducción libre (“The fact is that government courts of the period did not apply commercial law in what the merchant community considered to be a just and expeditious fashion: “Not only did courts, according to one New York merchant, dispense ‘expensive endless law’; they were slow to develop legal doctrine that facilitated commercial development” (Auerbach, 1983: 33). Beyond these costs associated with litigation, the benefits to arbitration are widely recognized to include: (i) fast, informal, and inexpensive dispute resolution, (ii) privacy...”).

sin embargo, no significaba que la existencia y resultados del arbitraje fueran secretos. Es importante comprender que “privacidad” significa el derecho de las partes a prohibir o dejar de permitir que terceros tomen parte en el proceso arbitral. Por el contrario, confidencialidad es un concepto más restringido. Confiere al sujeto la obligación de no revelar libremente “información alguna sobre el arbitraje, información alguna conocida a través del proceso arbitral, y cualquier laudo o decisión emitida por el tribunal arbitral”⁹. Si hubiera existido una estricta regla de confidencialidad, no hubieran sido efectivos los mecanismos de presión social que motivaban a la parte derrotada a respetar el laudo final.

El sometimiento voluntario a las decisiones arbitrales fue un fenómeno similar al proceso que impulsó el desarrollo de la *lex mercatoria* a fines de la Edad Media. La necesidad de mantener un buen nombre en la comunidad de comerciantes permitía que los usos mercantiles se res-

petaran, incluso ante la falta de coerción estatal. Como explica Benson¹⁰:

La *lex mercatoria* se desarrolló al interior de la comunidad comercial descentralizada en lugar de a través de un gobierno coercitivo, por ello el poder de policía no fue la fuente de incentivos para el reconocimiento de sus reglas. En efecto, la *lex mercatoria* fue reconocida voluntariamente, como explica Benson (1989). La reciprocidad necesaria para el reconocimiento voluntario surgió, en parte, de los beneficios mutuos generados por el intercambio sostenido. Adicionalmente, cada comerciante intercambiaba con muchos otros comerciantes, de modo que la difusión de información con respecto a incumplimientos de conducta comercial en una interacción podría afectar la reputación del comerciante. Por lo tanto, la *lex mercatoria* se encontraba en última instancia apoyada por la amenaza de aislamiento de la comunidad comerciante, pues aquellos individuos conocidos por su comportamiento “ilícito” no podían encontrar socios comerciales.

⁹ Srishiti Kumar y Raghvendra Pratap Singh, “Transparency and Confidentiality in International Commercial Arbitration,” *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management* 86, no. 4 (2020): 466, traducción libre (“Today scholars and researchers have coined the relevant distinction between privacy and confidentiality. Privacy means the right of the parties to forbid or disallow strangers from taking part in the arbitral proceedings. On the contrary, confidentiality is a narrower concept. It puts an obligation on the person not to disclose freely ‘any information about the arbitration, any information learned through the arbitral proceedings and any award or decision rendered by the arbitral tribunal.’”)

¹⁰ Bruce L. Benson, “Generalizing the Law Merchant Story,” *Liberal Dŭsŭnce* 12 (2007): 188-189. Traducción libre (“The Law Merchant developed within the decentralized merchant community rather than through coercive government, so police power was not the source of incentives to recognize its rules. Indeed, the Law Merchant was voluntarily recognized, as Benson (1989) explains. The reciprocity necessary for voluntary recognition arose, in part, from the mutual gains generated by repeated exchange. Furthermore, each merchant traded with many other merchants, so the spread of information about breaches of commercial conduct within one interaction could affect a merchant’s reputation. Therefore, the Law Merchant was ultimately backed by the threat of ostracism by the merchant community at large, since individuals known to engage in “illegal” behavior could not find trading partners.”)

La historia comentada muestra que la relación entre confidencialidad y transparencia en el arbitraje no es estática. En buena parte la relación entre confidencialidad y transparencia dependerá de las necesidades que los usuarios tengan en un momento histórico determinado. Cuando el Estado no garantizó ni apoyó la efectividad del arbitraje, como ocurrió en los Estados Unidos hasta antes de la *Federal Arbitration Act*, fue necesario que cierta información de cada proceso arbitral se difundiera para que pudieran operar los mecanismos extra-legales que el mercado fue generando, y así asegurar la efectividad y el consecuente crecimiento de la institución arbitral. Aunque hoy la mayoría de jurisdicciones no tienen ese problema,

la lección que nos brinda la historia es clara. Si para su mayor efectividad y para atender las demandas de sus usuarios el arbitraje necesita que cierta información del proceso se difunda, no debe causar-nos temor emprender ese camino. Al final del día, la determinación del balance adecuado entre mayor transparencia y confidencialidad, será dictado, siempre, por los propios usuarios y el balance de sus propias necesidades.

III. El rol de la confidencialidad

La confidencialidad es una regla que tiene reconocimiento normativo¹¹ y jurisprudencial¹² en distintas jurisdicciones. Además, la confidencialidad se encuentra recogida en los reglamentos de distintas instituciones arbitrales¹³. No cabe duda que la confi-

¹¹ La Ley de Arbitraje peruana, por ejemplo, recoge la confidencialidad en su artículo 51. Ver: Decreto Legislativo No. 1071 – Decreto Legislativo que norma el arbitraje (República del Perú: Presidencia de la República del Perú, 2008), artículo 51, numerales 1 y 2 (“1. Salvo pacto en contrario, el tribunal arbitral, el secretario, la institución arbitral y, en su caso, los testigos, peritos y cualquier otro que intervenga en las actuaciones arbitrales, están obligados a guardar confidencialidad sobre el curso de las mismas, incluido el laudo, así como sobre cualquier información que conozcan a través de dichas actuaciones, bajo responsabilidad.

2. Este deber de confidencialidad también alcanza a las partes, sus representantes y asesores legales, salvo cuando por exigencia legal sea necesario hacer público las actuaciones o, en su caso, el laudo para proteger o hacer cumplir un derecho o para interponer el recurso de anulación o ejecutar el laudo en sede judicial. (...).”); Ver también: Nicolás Serván Eyzaguirre, “Armonizando tensiones: La necesidad de transparencia en el arbitraje sin destruir la confidencialidad”, *Forseti – Revista de Derecho* 8, no. 12 (2020):51 (“En el caso de Francia, el artículo 1464 del Código de Procedimientos Civiles, que se ocupa de la regulación del arbitraje doméstico establece que “sin perjuicio de las obligaciones legales y salvo estipulación contraria de las partes, el procedimiento arbitral está sometido al principio de confidencialidad.”)

¹² Ileana M. Smeureanu, *Confidentiality in International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International, 2011), 28-72. Traducción libre Serván Eyzaguirre, “Armonizando tensiones,” 50 (“En lo que respecta a Inglaterra, como ya hemos indicado, en diversos pronunciamientos las Cortes consideraron que la confidencialidad es un elemento natural e implícito del arbitraje. Sin embargo, los límites de esta obligación no resultaban absolutamente claros y se fueron estableciendo excepciones particulares. Entre las excepciones más importantes encontramos el acuerdo de las partes, una orden judicial o la interposición de un recurso contra el laudo.”)

¹³ SIAC Rules 2016 (Singapur: Singapore International Arbitration Centre, 2016), artículo 39, numeral 1 (“Salvo pacto en contrario de las partes, las partes y cualquier árbitro, incluido el Árbitro de Emergencia, y

dencialidad es una regla que responde al interés de gran parte de los usuarios y este es un factor que no podemos dejar de ponderar.

La demanda de los usuarios del arbitraje por la confidencialidad se encuentra reflejada claramente en la encuesta publicada por Queen Mary University y White & Case en el año 2018, bajo la conducción de Adrian Hodis y Stavros Brekoulakis. En su fase cuantitativa, el estudio encuestó a 922 personas vinculadas al mercado del arbitraje internacional. Como parte del cuestionario, se preguntó a los participantes las tres características que más valoran del arbitraje. La confidencialidad se ubicó en el “top 5” de respuestas, por encima de factores como la velocidad y la neutralidad del sistema, como se muestra en el cuadro “A”.

Asimismo, al ser consultados sobre la importancia de la confidencialidad, el 87% de los encuestados respondió que la considera “muy importante” (“*very important*”) o “algo importante” (“*quite*

important”). Además, el 74% de los encuestados señaló que la confidencialidad debe ser la regla default en el arbitraje, sujeta al pacto en contrario de las partes (“*opt-out feature*”) [cuadros “B” y “C”]

Esta data es importante porque indica el valor que los usuarios del arbitraje dan a la confidencialidad. En palabras de Hodis y Brekoulakis, los números sugieren que “desde una perspectiva comercial, el poder mantener los arbitrajes fuera del ojo público en general, y de los competidores en particular, continúa siendo una característica altamente valiosa del arbitraje”¹⁴.

Este interés legítimo por guardar confidencialidad sobre aspectos comercialmente sensibles del arbitraje no es desconocido por los autores que promueven la confidencialidad en el arbitraje. Por ejemplo, Avinash Poorooye y Ronán Fechily rescatan la importancia de proteger la información cuya difusión puede afectar la propiedad intelectual y los secretos comerciales¹⁵:

cualquier persona designada por el Tribunal, incluyendo cualquier secretario administrativo y cualquier experto, deben tratar en todo momento como confidenciales todas las materias relacionadas con el procedimiento y con el laudo.”), traducción libre (“Unless otherwise agreed by the parties, a party and any arbitrator, including any Emergency Arbitrator, and any person appointed by the Tribunal, including any administrative secretary and any expert, shall at all times treat all matters relating to the proceedings and the Award as confidential. The discussions and deliberations of the Tribunal shall be confidential.”)

¹⁴ Hodis y Brekoulakis, *2018 International...*, 7

¹⁵ Avinash Poorooye y Ronán Fechily, “Confidentiality and Transparency in International Commercial Arbitration: Finding the Right Balance,” *Harvard Negotiation Law Review* 22 (primavera 2017): 319. Traducción libre (“Cases where confidentiality must often take precedence typically involve sensitive intellectual properties. Intellectual property and technology disputants increasingly favor arbitration over litigation. This trend is due to the extremely delicate and highly confidential business or technical data involved. In such cases, a proper framework for confidentiality is crucial. In intellectual property disputes, a party may be obliged to divulge confidential and sensitive data to the other party, to the experts and witnesses,

Los casos donde la confidencialidad debe usualmente tener prioridad versan sobre propiedad intelectual sensible. En las controversias referidas a propiedad intelectual y tecnología las partes favorecen cada vez más el arbitraje por sobre la litigación. Esta tendencia se debe a la naturaleza extremadamente delicada y altamente confidencial del negocio o data involucrada. En estos casos, un marco adecuado para la confidencialidad es crucial. En controversias sobre propiedad intelectual, una parte puede ser obligada a revelar información sensible y confidencial a la contraparte, a los expertos y testigos, y al tribunal, arriesgándose a la filtración de esta información a través de la distribución deliberada o accidental de la misma. Las controversias relacionadas a “*joint ventures*”, asociaciones comerciales, controversias entre accionistas, laborales, aquellas que involucren licencias y propiedad intelectual, así como las controversias consideradas “comercial en confidencialidad” son aquellas en las cuales es más probable requerir un mayor grado de confidencialidad. Adicionalmente, la confidencialidad es particularmente importante en las controversias que involucran la práctica profesional donde la buena fe se encuentra sobre la balanza y la revelación podría tener un impacto adverso.

Sin embargo, la encuesta de Queen Mary University y White & Case indica que, si bien la confidencialidad es importante para los usuarios, la transparencia también lo es. Prueba de ello es que la mayoría de usuarios manifestaron que, de cara a la designación de un árbitro, les gustaría tener acceso a información sobre sus decisiones y opiniones previas, así como su disponibilidad. [ver cuadro “D”]

No hay duda de que los usuarios consideran que existe la necesidad de preservar la confidencialidad, pero reconocen que también hay una necesidad por más transparencia para dar solución a problemas específicos. El balance entre ambos está en “hilar fino” e identificar dónde se debe mantener la confidencialidad y donde se debe promover la transparencia, en base a las preferencias indicadas por los usuarios. La clave está en saber escucharlos y atender esas necesidades.

IV. Avances en favor de la transparencia

La relación entre transparencia y confidencialidad debe evolucionar y adaptarse a las necesidades de los usuarios, recogiendo el balance preciso entre ambas, que las propias necesidades de los usuarios dicten.

and to the tribunal, risking a commercial leak through deliberate or inadvertent distribution of such data. Disputes involving joint ventures, commercial partnerships, shareholder disputes, employment disputes, disputes involving licensing and intellectual property, and disputes regarded as “commercial in confidence” are those which are more likely to attract a higher level of confidentiality. Furthermore, confidentiality is particularly important in disputes involving professional practice where goodwill is at stake and where disclosure would have an adverse impact.”)

A continuación, revisaremos hacia dónde se han dirigido los avances ocurridos en los últimos años a favor de mayor transparencia en el arbitraje. Son tres las iniciativas más importantes a favor de la transparencia que hemos identificado.

A. *Arbitrator Intelligence*

Una primera iniciativa importantísima, por su carácter innovador y por el impacto que indudablemente tendrá en el mercado arbitral, es *Arbitrator Intelligence*. Se trata de un proyecto cuyo objetivo es promover la transparencia y diversidad en el proceso de selección de árbitros. Se encuentra bajo la dirección de la profesora Catherine Rogers y funciona en base a data recopilada de los usuarios del arbitraje a través del “*Arbitrator Intelligence Questionnaire*” (AIQ), que es procesada y convertida en reportes detallados que permiten conocer el perfil de los árbitros antes de designarlos¹⁶.

El AIQ es un cuestionario detallado dirigido a partes que hayan participado en un arbitraje, abogados *in-house* y externos, así como terceros financistas (“*third party funders*”). El cuestionario contiene preguntas sobre las decisiones procesales y de fondo adoptadas por los árbitros con quienes el encuestado ha interactuado en el marco de una controversia. El resultado es data cuantitativa y cualitativa, basada en preguntas

fácticas y de evaluación, que permite conocer mejor a un árbitro antes de designarlo como parte de un tribunal¹⁷.

La información obtenida a través del AIQ es complementada con información pública disponible sobre los árbitros y laudos recopilados por la organización. Este complejo trabajo de procesamiento de datos permite tener como resultado reportes detallados sobre el árbitro y su posición frente a distintos temas de relevancia: estándares para la producción de documentos, conducción eficiente del proceso y las audiencias, duración del arbitraje, valoración de la evidencia, condenas de costos, entre otros.

Como es evidente, elaborar estos reportes requiere que cierta información sobre el desarrollo de los arbitrajes sea conocida por personas externas a ellos. El equipo de *Arbitrator Intelligence* procesa la información para convertirla en conocimiento útil para los usuarios. Este es precisamente un caso en que la confidencialidad ha cedido terreno a favor de la demanda de mayor transparencia de los usuarios del sistema arbitral. Lo anterior, con el claro objetivo de favorecer una característica que, como hemos visto, es también muy valorada por los usuarios, como es su capacidad de designar a los árbitros.

Como todo mercado, el mercado de árbitros no está libre de fallas. La asimetría

¹⁶ Catherine Rogers, “Arbitrator Intelligence: The Basics,” *Kluwer Arbitration Blog*, 27 de febrero 2018, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com.peacepalace.idm.oclc.org/2018/02/27/ai-3/>

¹⁷ “How does Arbitrator Intelligence work?,” *Arbitrator Intelligence*, <https://arbitratorintelligence.com/faqs/> (consultado el 1 de noviembre de 2020)

informativa respecto del perfil de los árbitros es precisamente la falla de mercado que *Arbitrator Intelligence* busca corregir. Si bien las partes tienen siempre la capacidad de influir directa o indirectamente en la decisión de quiénes conformarán el tribunal que resuelva su controversia, también tienen poca información para decidir. Esto se debe, en parte, a la confidencialidad del proceso arbitral¹⁸:

La confidencialidad del arbitraje afecta la función del árbitro en tanto él mismo está obligado a respetarla y puede incurrir en responsabilidad en caso incumpla ese deber. Lo contrario también es cierto: Si el deber de confidencialidad obliga al árbitro a no revelar la información de las partes, estas también están obligadas a guardar confidencialidad respecto de la información del árbitro, lo que prevendrá

que se revele al mercado información sobre la calidad del árbitro. La consecuencia es que el desempeño del árbitro y la calidad no deberá y no podrá ser difundida por las partes. Esto incluye el contenido del laudo, las órdenes procesales, cualquier tipo de comentario sobre la conducta del árbitro, y los términos del contrato del árbitro. Nuevamente, la obligación de confidencialidad entre las partes –y del árbitro bajo su contrato– refuerza este problema, pues indirectamente restringe la información vinculada al desempeño del árbitro.

Esto lleva, además, a que los usuarios tengan que escoger recurriendo a fuentes de información que no siempre reflejan adecuadamente la calidad del árbitro ni proveen todo lo necesario para saber si un árbitro es el idóneo para un caso concreto¹⁹. Esto se ve reflejado en

¹⁸ Bruno Guandalini, *Economic Analysis of the Arbitrator's Function* (La Haya: Kluwer Law International, 2020), 174, traducción libre ([T]he confidentiality of arbitration affects the arbitrator's function as long as the arbitrator is also herself obliged to respect it and may be held liable in case of breach of this duty. The opposite is also true: If the duty of confidentiality forces the arbitrator to not disclose the parties' information, the parties are also obliged to respect the confidentiality regarding the information about the arbitrator, which will prevent disclosure of information about the quality of the arbitrator to the market. The consequence is that the arbitrator's performance and quality shall not and may not be published by the parties. This includes the content of the award, procedural orders, any notes on the arbitrator's behavior, and the terms of the arbitrator's contract. Again, the confidentiality obligation between the parties –and the arbitrator according to the arbitrator's contract– reinforces this problem because it indirectly preserves the information regarding the arbitrator's performance.)

¹⁹ Guandalini, *Economic Analysis...*, 175 (“En realidad, “en el mercado de servicios arbitrales, los consumidores pueden no tener información suficiente para evaluar certeramente la calidad ex ante”. Los árbitros tendrán que dar señales de su calidad, lo cual también puede constituir una fuente de asimetría informativa. De hecho, en un mercado donde hay asimetría informativa, los vendedores de un servicio de alta calidad tendrán un incentivo para presentar al consumidor la calidad de su producto. Esto puede tomar la forma de reputación, estandarización, publicidad informativa, o el ofrecimiento de garantías en caso de defectos. La señal puede ser ofrecida a través de terceros: recomendaciones por amigos o reportes de consumidores, o certificados de calidad expedidos por una asociación profesional.”), traducción libre (“Actually, “in the market for arbitrator services, customers may not have sufficient information to reliably evaluate quality ex ante.” Arbitrators will have to signal their quality, which may also constitute a source of information asymmetry. Indeed, in a market where there is information asymmetry, sellers of high-quality [service] will have an incentive to signal to the customer the quality of their product. This may take the form of reputation,

la encuesta de Queen Mary University y White & Case del 2018, en la que los encuestados respondieron sobre las fuentes a las que recurren para informarse sobre un árbitro y la mayoría respondió que recurren a recomendaciones (“*word of mouth*”), como se ve en el cuadro “E”.

A esta data se suma el hecho de que, al consultar si la información disponible sobre los árbitros es suficiente, los abogados *in-house* fueron el grupo que menos la consideró suficiente (57%). Esto contrasta con el porcentaje obtenido cuando se considera el total de encuestados (77%) o el obtenido entre árbitros (80%). Esto es un indicador de que la información sobre los árbitros no llega fácilmente a las partes y sus abogados *in-house*, sino que muchas veces debe pasar primero por la experiencia y contactos de terceros²⁰.

Arbitrator Intelligence ha dado un gran paso para encontrar la solución. Lo que está logrando el proyecto es canalizar datos que solían estar dispersos entre los usuarios y convertirlos en conocimiento útil para que los usuarios decidan con mejor información cuando se trata de la composición del Tribunal Arbitral. Si bien la elaboración de sus reportes requiere que los usuarios revelen una parte importante de su experiencia con

distintos árbitros, se trata de un inmenso avance en términos de mayor transparencia a un costo menor en términos de afectación a la confidencialidad. Todo ello a favor de lograr optimizar la designación de tribunales arbitrales. Debe destacarse, además, que los responsables de la iniciativa adoptan medidas para que la identidad de las partes de los arbitrajes reportados y de quien llena la AIQ no sea revelada²¹. Se trata claramente de una iniciativa inteligente que logra ese balance adecuado dictado por las demandas de los usuarios, entre mayor transparencia y confidencialidad.

B. *El Faro de Transparencia*

Una segunda iniciativa muy valiosa a favor de mayor transparencia en el mercado arbitral es el Faro de Transparencia del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima. Se trata de una plataforma digital desde la cual es posible conocer los tribunales de los arbitrajes administrados por la institución y las sanciones impuestas a los árbitros, así como acceder a laudos anulados junto con la sentencia respectiva, laudos que involucran a entidades del Estado

standardization, informative advertising, or offering warranties in the event of defects. The signal may be offered through third parties: recommendations by friends or by consumer reports, or certification of quality by a professional association.”)

²⁰ Hodis y Brekoulakis, *2018 International Arbitration Survey...*, 21

²¹ “Is the AIQ confidential?,” Arbitrator Intelligence, <https://arbitratorintelligence.com/faqs/> (consultado el 1 de noviembre de 2020)

peruano y reseñas de laudos comerciales sujetos a confidencialidad²².

De la información publicitada por la CCL mediante el Faro de Transparencia, sin duda la más interesante e innovadora es la de los tribunales arbitrales. Si bien la CCI implementó una iniciativa similar en el año 2016, su plataforma solo muestra el nombre de los árbitros, su nacionalidad, la forma en que fueron designados y su rol (presidente, co-árbitro, árbitro de emergencia)²³. El Faro de Transparencia, como se ve a continuación, fue mucho más allá.

En primer lugar, el Faro de Transparencia presenta un resumen de los casos en los que ha participado el árbitro. Indica cuántos se encuentran en trámite, cuántos han sido laudados, cuántos han concluido sin laudo y cuántos fueron llevados a anulación. Esto permite que el usuario sepa si el árbitro tiene disponibilidad de tiempo para dar la debida atención a su caso o si sus decisiones cumplen con los estándares necesarios para no ser llevadas regularmente a un proceso de anulación.

En segundo lugar, también permite que el usuario vea el número de recusaciones presentadas contra el árbitro, tanto fundadas, como infundadas. A esto se suma la información sobre designaciones compartidas y frecuentes. El Faro de

Transparencia muestra los nombres de otros árbitros que hayan compartido tribunal con el árbitro objeto de la búsqueda en más de tres oportunidades en los últimos tres años.

A esto se suma que la plataforma permite conocer qué abogados y qué firmas asesoran a las partes que han designado al árbitro. En base a eso, también muestra quiénes son los que lo han designado más de tres veces en los últimos tres años. Toda esta información permite que los usuarios sepan si el árbitro que van a designar corre el riesgo de ser recusado o si el árbitro designado por la contraparte ha revelado toda la información pertinente al momento de aceptar integrar el tribunal.

Por último, el Faro de Transparencia permite que los usuarios conozcan la fecha de presentación de la solicitud de arbitraje y la fecha del laudo en todos los casos en que ha participado el árbitro. Además, muestra el tiempo promedio en que este tarda en emitir un laudo final. En base a esta data, el usuario puede tomar una decisión informada sobre el árbitro que designará y si será eficiente en la conducción del arbitraje. [ver cuadro “F”]

Esta plataforma de la CCL representa un inmenso avance a favor de la mayor transparencia en el mercado arbitral porque, al igual que *Arbitrator Intelli-*

²² “Faro de Transparencia – Tipo de consultas,” Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, <https://www.arbitrajeccl.com.pe/tipo-de-consultas> (consultado el 15 de noviembre de 2020)

²³ “ICC Arbitral Tribunals,” International Chamber of Commerce, <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/icc-arbitral-tribunals/> (consultado el 15 de noviembre de 2020)

gence, provee indicadores objetivos sobre la calidad de los árbitros. Con el Faro de Transparencia, es posible saber si un árbitro acepta recurrentemente designaciones, o si ha sido objeto de recusaciones fundadas, o si realmente tendrá tiempo para analizar el caso con detalle como corresponde.

Sin embargo, la importancia del Faro de Transparencia trasciende y va más allá del objetivo de difundir información útil sobre la calidad de los árbitros. El Faro de Transparencia es una herramienta que también contribuye a combatir uno de los problemas más graves que ha afectado la institución arbitral en nuestros países latinoamericanos. Nos referimos a la corrupción camuflada que muchas veces ocurre a través de las designaciones repetitivas de árbitros. Decimos que se trata, en ocasiones, de corrupción camuflada, pues si un árbitro es designado repetidas veces por la misma empresa, o recomendado para su designación por el mismo estudio de abogados, al punto que, por el número de designaciones repetidas, el árbitro pierde toda posibilidad de ser independiente, el honorario que se le paga a ese árbitro por su trabajo deja de ser tal, y es un pago que en estricto esconde un acto de corrupción para obtener una decisión favorable.

En ese sentido, al difundir cuáles son las firmas y los abogados que han designado

a un árbitro en el pasado, así como los árbitros con los que más se ha compartido tribunal, las partes cuentan con una herramienta importante para identificar conflictos de interés de forma temprana.

Esta mayor transparencia, sin embargo, no afecta la confidencialidad de las actuaciones arbitrales. Tampoco se afectan los secretos comerciales o la propiedad intelectual de las partes. El resultado final es que la información que se brinda favorece a transparencia, y con ello colabora en la tarea fundamental de brindar a las partes información necesaria para escoger mejor a los árbitros. Todo lo anterior, a su vez, reduce el riesgo de que las partes y sus abogados caigan en el juego de las designaciones repetitivas y de eventuales actos de corrupción.

C. *Difusión de laudos*

Por último, otra iniciativa que vale la pena resaltar es la publicación de laudos. Esta es una medida exigida, por ejemplo, por la ley de arbitraje peruana cuando intervienen entidades públicas²⁴. También es aplicada en cierto grado por la CCI, que publica boletines con extractos de laudos previo consentimiento de las partes involucradas y después de haber

²⁴ Decreto Legislativo No. 1071..., artículo 51, numeral 3 ("En todos los arbitrajes regidos por este Decreto Legislativo en los que interviene el Estado peruano como parte, las actuaciones arbitrales estarán sujetas a confidencialidad y el laudo será público, una vez terminadas las actuaciones.")

seguido un proceso para garantizar su anonimato²⁵.

La publicación de laudos es una medida positiva porque, al menos en principio, genera predictibilidad en el arbitraje (y, en general, en la aplicación de la ley). Además, permite que los usuarios identifiquen a los mejores árbitros del mercado, juzgando a partir de sus decisiones previas.

El laudo es el producto final del tribunal arbitral. Es el resultado que las partes esperan y es lo que más valoran. Por eso, el que el público pueda conocer las decisiones de los árbitros permite comparar y juzgar la calidad de su trabajo. El estar expuesto al escrutinio de terceros es un incentivo para que los árbitros se empeñen en hacer el mejor trabajo posible.

Esta reacción frente al riesgo de ser objeto de críticas ha sido observada por distintos autores. Por ejemplo, la profesora Catherine Rogers²⁶:

La nueva generación de árbitros no tiene la “nobleza profesional” o estatura para invocar “grandes principios del derecho” o nociones vagas sobre equidad con el mismo sentimiento innato de legitimidad en que se apoyaba la generación anterior.

En cambio, ellos han adoptado una aproximación más tecnocrática a la toma de decisiones en el arbitraje. Este enfoque tecnocrático es atractivo a las partes modernas, quienes están redactando contratos crecientemente complejos y detallados que quieren que se cumplan con precisión legal. Como resultado de estas tendencias, los viejos y opacos resultados “orientados al equilibrio” han sido largamente desplazados por laudos meticulosamente razonados que están basados expresamente en la ley elegida por las partes. Esta marcha hacia una toma de decisiones más formal y transparente puede ser medida en los más largos y detallados laudos que produce.

Además, con la publicación de los laudos se permite el desarrollo de una jurisprudencia arbitral. La posibilidad de acceder a laudos previos permite que las empresas y sus abogados identifiquen cuáles son las prácticas y estándares que vienen siendo aplicados y respaldados por los tribunales arbitrales de determinada jurisdicción. Como señalan Poorooye y Feehily, a propósito del difi-

²⁵ Kumar y Singh, “Transparency...”, 479-480

²⁶ Catherine Rogers, “Transparency in International Commercial Arbitration,” *University of Kansas Law Review* 54 (2006): 1317. Traducción libre (“The new generation of arbitrators does not have the professional nobility or stature to invoke “grand principles of law” or vague notions of equity with the same innate sense of legitimacy on which the earlier generation relied. Instead, they have adopted a more technocratic approach to arbitral decision making. This technocratic approach appeals to modern parties, who are drafting increasingly complex and detailed contracts that they want enforced with legal precision. As a result of these overlapping trends, the opaque compromise-oriented outcomes of the past have been largely displaced with more meticulously reasoned awards that are expressly based on the law selected by the parties. This march toward more formalized and transparent decision making can be measured in the longer and more detailed awards it produces.”)

cil acceso a laudos emitidos en arbitrajes internacionales²⁷:

La confidencialidad absoluta en el arbitraje comercial internacional obstaculiza el desarrollo de la jurisprudencia arbitral. Las decisiones arbitrales que pasan desapercibidas frecuentemente poseen contenido jurídico valioso y permitir que esas reflexiones doctrinales tan importantes queden archivadas es un desperdicio del esfuerzo intelectual puesto por los árbitros al escribir sus laudos. Dejar esos laudos razonados fuera del alcance de potenciales partes las priva de valiosas fuentes intelectuales, sino que también quita un razonamiento importante a la jurisprudencia arbitral.

La importancia de la jurisprudencia arbitral es evidenciada con claridad en el caso de los arbitrajes de inversiones. Es gracias a la publicidad de los laudos que se han podido aterrizar y dotar de contenido a conceptos abstractos e indeterminados previstos en los tratados bilaterales de inversiones, como el “trato justo y equitativo” que los Estados se comprometen a otorgar a los inversio-

nistas extranjeros. La aplicación de la ley en la práctica, incluso cuando los precedentes no sean vinculantes, es un factor importante para guiar la resolución de casos futuros²⁸.

V. Propuestas para seguir mejorando

Si bien las medidas que hemos descrito en la sección anterior son positivas, creemos que aún hay mucho camino por recorrer y aspectos en los que se puede mejorar. En esta última sección presentaremos algunas medidas para seguir mejorando lo que se ha avanzado en los últimos años.

A. *Difundir y mejorar el Faro de Transparencia*

Consideramos que es necesario difundir iniciativas como el Faro de Transparencia de la CCL hacia otras instituciones arbitrales. Se trata de una iniciativa innovadora que puede ayudar tanto a que los usuarios del arbitraje tengan información más completa sobre la calidad del árbitro como para identificar aquellos

²⁷ Poorooye y Feehily, “Confidentiality and Transparency...”, 303. Traducción libre (“Absolute confidentiality in international commercial arbitration hinders the development of arbitral jurisprudence. Arbitral decisions that go unreported frequently possess valuable juridical content and permitting such important doctrinal reflections to be archived is a waste of intellectual effort put in by arbitrators in writing their awards. Keeping such reasoned awards out of the reach of potential disputants not only deprives them of valuable intellectual resources but also omits important reasoning from arbitral jurisprudence.”)

²⁸ Paul Comrie-Thomson, “A Statement of Arbitral Jurisprudence: The Case for a National Law Obligation to Publish International Commercial Arbitral Awards,” *Journal of International Arbitration* 34, no. 2 (2017): 282. (“El potencial precedente de los laudos arbitrales constituye un bien público. Incluso cuando los laudos no están sujetos a un sistema formal de *stare decisis*, las decisiones de los tribunales arbitrales pueden proveer una sustancial e importante contribución a la jurisprudencia comercial, guiando a futuros tribunales y cortes nacionales cuando controversias similares llegan a ellos.”). Traducción libre (“The precedent potential of arbitral awards constitutes a public good. Even though awards are not subject to a formal system of *stare decisis*, the decisions of arbitral tribunals may provide a substantial and important contribution to commercial jurisprudence, guiding future tribunals and national courts when similar disputes come before them.”)

árbitros con posibles conflictos de interés.

Sin perjuicio de ello, creemos que la plataforma ofrecida por la CCL podría ampliar la información que se muestra a los usuarios. Específicamente, consideramos que no basta con identificar cuáles son los abogados y firmas que representan a las partes que designan a determinado árbitro. También debería difundirse los nombres de las partes que los designan. Después de todo, lo importante es evitar que un árbitro se vuelva un defensor más de una de las partes por el hecho de haber sido designado por ella repetidas veces.

Revelar la identidad de las partes que han designado al árbitro en sus casos, evidentemente, implica revelar la existencia del arbitraje. Sin embargo, no es usual que la existencia misma de la controversia se considere cubierta por la confidencialidad. Después de todo, ya existen obligaciones legales que implican revelar la existencia de la controversia a terceros y, además, eso ya ocurre cuando las partes acuden a las cortes estatales para pedir la anulación de un laudo o su ejecución²⁹:

La medida en que el deber de confidencialidad cubre la existencia del

procedimiento arbitral rara vez ha sido cuestionada en las cortes nacionales. Como la mayoría de leyes nacionales requieren que las controversias legales, entre otros eventos importantes que afectan la actividad corporativa, sean reportados a los terceros interesados (como los bancos, compañías de seguros, contadores y muchas veces accionistas y miembros del grupo empresarial), mantener una confidencialidad absoluta sobre la mera existencia de un arbitraje es difícil de justificar, sino extraño. Muchas veces, son las propias partes quienes inician procesos ante las cortes para cuestionar la composición del tribunal arbitral o su jurisdicción, para anular el laudo y, finalmente, en la fase de ejecución.

Transparentar quién designa a los árbitros es fundamental para combatir el problema de las designaciones repetitivas. Permite que salgan a la luz los conflictos de interés e incentiva a que los árbitros tengan ese factor en cuenta antes de aceptar designaciones que puedan poner en duda su integridad.

B. Innovar en las plataformas de publicación de laudos

En lo que respecta la publicación de laudos, creemos que se debe innovar y potenciar las plataformas utilizadas para su difusión. Es importante que los laudos

²⁹ Smeureanu, *Confidentiality...*, 29, traducción libre (“The extent to which the duty of confidentiality covers the existence of arbitral proceedings has rarely been questioned in national courts. Whereas most national laws require that legal disputes, among other important events affecting corporate activity, be reported to interested third parties (such as banks, insurance companies, accountants and oftentimes shareholders and members of corporate groups), maintaining an absolute state of confidentiality over the mere fact of arbitration having commenced seems difficult if not bizarre to justify. Many times, the parties themselves initiate court actions to challenge the composition of arbitral tribunals or their jurisdictions, to promote actions for setting aside and ultimately in the enforcement phase.”)

dos no solo sean accesibles en principio, sino que se deben generar plataformas amigables, que permitan que los usuarios procesen la información con mayor facilidad de la que se enfrenta hoy en día. A modo de ejemplo, nos referiremos al caso de los laudos difundidos por el Organismo Supervisor de Contrataciones con el Estado (OSCE) de Perú.

Como hemos señalado, la ley de arbitraje peruana establece que los laudos de arbitrajes en los que participan entidades del Estado peruano son públicos. En cumplimiento de ese mandato legal, el OSCE ha habilitado el Banco de Laudos que mostramos en la figura “G”.

Aunque formalmente cumple con el mandato legal, pues permite acceder a los laudos que involucran entidades del Estado peruano, en realidad impone al usuario distintas barreras que le quitan cualquier posibilidad de hacer una búsqueda integral de jurisprudencia arbitral. Como se ve en la figura “G”, para acceder a un laudo el sistema exige que el usuario identifique el caso que busca con mínimo cinco criterios: la identidad de la entidad y el contratista involucrados, la fecha de emisión del laudo, la identidad de los árbitros, el monto de la controversia, entre otros.

Como es evidente, el usuario que solo desea ubicar cómo ha resuelto un árbitro sobre un tema determinado probablemente no tenga esos datos a la mano. Es

un sistema que solo facilita el acceso “formalmente”, pero que en la práctica impide una verdadera transparencia que sirva para evaluar el perfil de los árbitros o para identificar hacia donde se dirige el desarrollo de la jurisprudencia arbitral.

Transparencia no es compilar los laudos digitalizados en una sola dirección web. Esta es una lección que tanto el OSCE como cualquier institución vinculada al arbitraje debe tener en cuenta. Si se hace eso, el hecho de que los laudos sean públicos no generará ningún beneficio a los usuarios del arbitraje. Para la transparencia sea real y beneficiosa, se deben emplear plataformas que faciliten el acceso a la jurisprudencia en lugar de restringirlo.

Un buen modelo de cómo puede funcionar esto, una vez más, está en el campo de los arbitrajes de inversiones. Las instituciones arbitrales deberían apuntar a emular bases de datos especializadas como Investor State Law Guide, que permite al usuario buscar laudos no solo por el nombre de las partes o el código del expediente. También le permite hacer búsquedas por temas, normas aplicables, referencias cruzadas, etc.³⁰

Este proyecto, naturalmente, tendrá que contar con las salvaguardas necesarias para cautelar el legítimo interés por mantener confidencial la información que pueda afectar el secreto comercial, la propiedad intelectual y la reputación

³⁰ “Product,” Investor State Law Guide, <https://www.investorstatelawguide.com/product> (consultado el 28 de noviembre de 2020)

de los involucrados en cada controversia. Es parte del equilibrio que debemos buscar. Por eso, antes de difundir los laudos en una plataforma de este tipo, la institución responsable deberá velar por anonimizar y ocultar la información que las partes pacten como sensible.

VI. Conclusiones

El arbitraje se encuentra en constante evolución. Por eso, sus características no son inmóviles. Son más bien dinámicas. Se adaptan según las necesidades que el arbitraje debe satisfacer en un momento dado. Y así como en ciertos momentos ha funcionado sin confidencialidad, con la finalidad de hacer efectivos los mecanismos extra-legales que facilitaron su supervivencia en jurisdicciones hostiles, hoy tenemos que relativizar la confidencialidad para enfrentar nuevos problemas y ofrecer un mejor servicio al usuario.

La confidencialidad es importante. Pero no es lo más importante. La confidencialidad no puede ser absoluta, menos al costo de afectar transparencia, y con ello afectar el derecho fundamental de las partes a conformar un Tribunal Arbitral independiente y adecuado para la tarea. Más claro: la confidencialidad no puede ir contra el Estado de Derecho. Y la transparencia, así como la necesidad de conformar un Tribunal independiente, es parte fundamental de ese Estado de Derecho que el arbitraje debe asegurar. El camino hacia una mayor transparencia es un camino que ya se ha emprendido y está dando frutos. Proyec-

tos exitosos como Arbitrator Intelligence, el Faro de Transparencia de la CCL, así como en las iniciativas para hacer públicos los laudos arbitrales, así lo confirman. Se viene reduciendo de forma efectiva la asimetría informativa que enfrentan los usuarios al designar árbitros, se enfrenta mejor la corrupción camuflada de designaciones repetitivas, y se comienza a construir una jurisprudencia arbitral.

Sin perjuicio de ello, hay medidas que aún se pueden tomar para optimizar las contribuciones de estos proyectos. En primer lugar, otras instituciones deberían tomar la iniciativa y seguir el camino ya trazado por la CCL con el Faro de Transparencia. Esto debe ir acompañado con la voluntad de revelar aún más información de la que se muestra en la plataforma de la CCL, como es la identidad de las partes que designan a los árbitros. Si bien esto implica revelar la existencia de las controversias, no tiene por qué afectar negativamente los secretos comerciales o la buena reputación de las partes.

Por último, si bien los esfuerzos por publicar laudos son interesantes, es necesario que se trabaje en plataformas que aseguren no solo que el acceso a ellos esté permitido, sino que sea práctico para el usuario. No basta con que el público pueda tener acceso a una “nube” de laudos digitalizados. Es necesario hacer un trabajo de sistematización que permita que el acceso se traduzca en

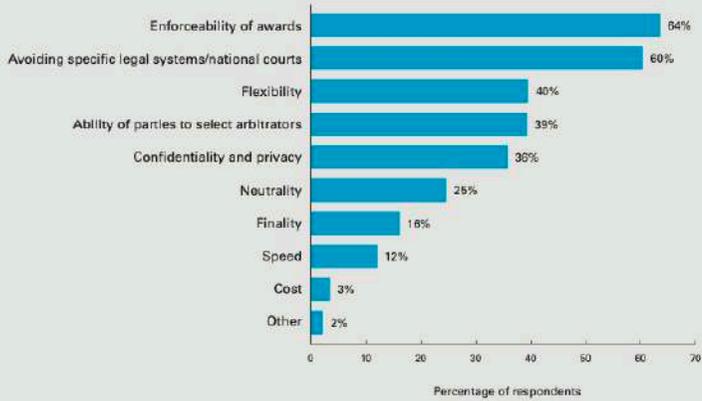
conocimiento que las personas puedan usar.

El arbitraje ha emprendido el camino hacia la transparencia para responder a nuevas necesidades de los usuarios. Para que ese proceso sea exitoso, debemos estar atentos a cómo evolucionan estas y pensar en cómo podemos servirlos mejor.

Cuadros y Figuras

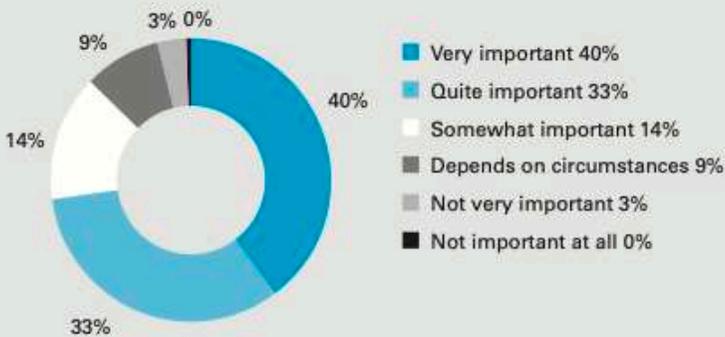
A

Chart 3: What are the three most valuable characteristics of international arbitration?

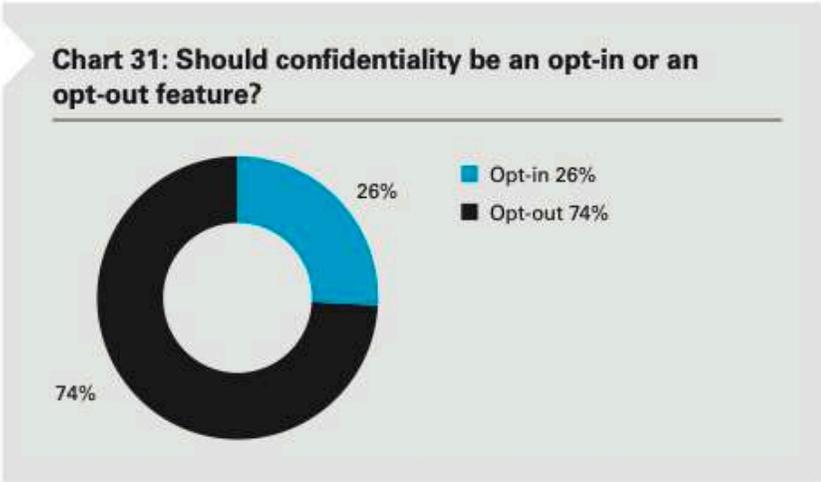


B

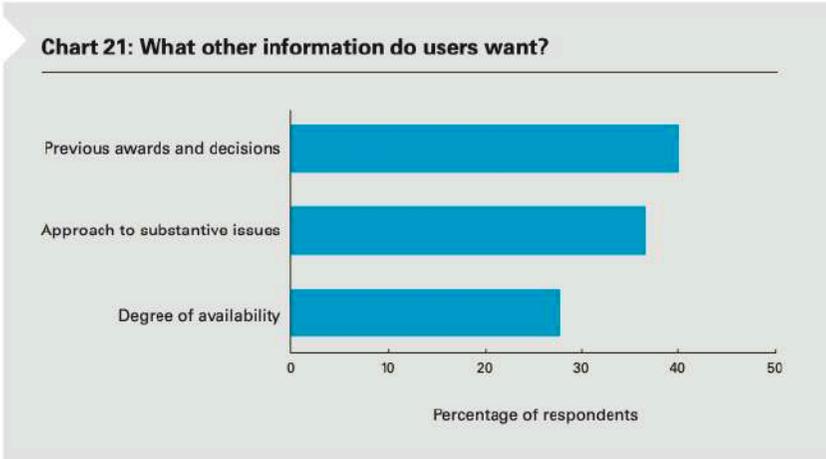
Chart 30: How important is confidentiality in international commercial arbitration?



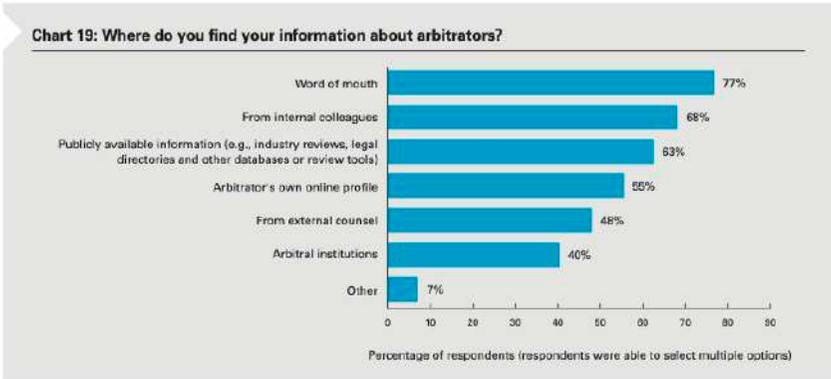
C



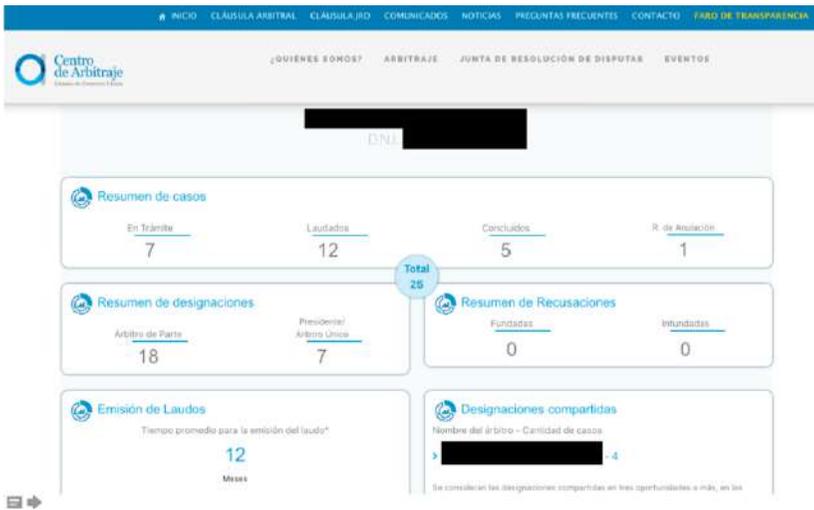
D



E



F



G

Banco de Laudos

Para realizar la búsqueda es necesario ingresar por lo menos cinco campos

Laudos

Ingresar al menos 5 parámetros de búsqueda, entre ellos los campos obligatorios (*).

DEMANDANTE(*): <input type="text" value="Ereñad"/>	ENTIDAD: <input type="text"/>	CONTRATISTA: <input type="text"/>
TIPO DE ARBITRAJE(*): <input type="text" value="Institucional"/>	INSTITUCIÓN ARBITRAL O SECRETARIO ARBITRAL AD HOC: <input type="text"/>	PROCESO DE SELECCIÓN: <input type="text"/>
NOMBRE ÁRBITRO ÚNICO / PRESIDENTE DE TRIBUNAL ARBITRAL: <input type="text"/>	NOMBRE ÁRBITRO DESIGNADO POR LA ENTIDAD: <input type="text"/>	NOMBRE ÁRBITRO DESIGNADO POR EL CONTRATISTA: <input type="text"/>
FECHA DE EMISIÓN DE LAUDO (INICIO DE BÚSQUEDA): <input type="text"/>	FECHA DE EMISIÓN DE LAUDO (FIN DE BÚSQUEDA): <input type="text"/>	MATERIAS CONTROVERTIDAS: <input type="text"/>
PLAZO DEL PROCESO (EN MESES) (INICIO DE BÚSQUEDA): <input type="text"/>	PLAZO DEL PROCESO (EN MESES) (FIN DE BÚSQUEDA): <input type="text"/>	

S. S.
 CONDENA CUANTIFICABLE EN CONTRA DE LA ENTIDAD (INICIO DE BÚSQUEDA):

CONDENA CUANTIFICABLE EN CONTRA DE LA ENTIDAD (FIN DE BÚSQUEDA):

S. S.
 CONDENA CUANTIFICABLE EN CONTRA DEL CONTRATISTA (INICIO DE BÚSQUEDA):

CONDENA CUANTIFICABLE EN CONTRA DEL CONTRATISTA (FIN DE BÚSQUEDA):

Una mirada a todos los Mecanismos de Solución de Disputas en el nuevo Tratado México-Estados Unidos-Canadá (T-MEC): de Inversiones, Comerciales, Laborales y Medioambientales

Marlon M. Meza-Salas*

Resumen: En el presente artículo abordamos los distintos mecanismos regulados bajo el T-MEC que entró en vigencia el pasado 1 de julio de 2020, para solucionar toda clase de diferencias que puedan surgir en el marco del nuevo tratado comercial. No nos hemos limitado a referirnos a las disputas sobre inversiones, a las que suele prestárseles mayor atención porque son las que se plantean entre algún inversionista y el Estado receptor de la inversión, en los casos en que ello se permite bajo el nuevo tratado. También abordamos aquí los mecanismos para solucionar las diferencias que puedan surgir en el plano comercial entre los propios Estados Partes, o por asuntos laborales y medioambientales. Muchos de esos mecanismos ya se contemplaban en el tratado predecesor del T-MEC: el TLCAN, y se han incorporado al T-MEC con algunas variantes. En estas notas reseñamos las principales características de todos los mecanismos de solución de disputas bajo el nuevo T-MEC, y las principales innovaciones respecto al TLCAN.

Abstract: In this paper we address the different mechanisms regulated under the USCAM that entered into force on July 1, 2020, to solve all types of differences that may arise within the framework of the new trade agreement. We have not limited ourselves to referring to investment disputes, which tend to receive greater attention because they are those that arise between an investor and the host State of the investment, in cases where this is allowed pursuant to the new treaty. We also address here the mechanisms to resolve differences that may arise in the commercial sphere between

* Abogado (Universidad Católica del Táchira, 1991) y *Foreign Legal Consultant* (Texas Bar). Curso de Especialización para Expertos Latinoamericanos sobre la dimensión social de los tratados de libre comercio (OIT, Università di Bologna y Universidad de Castilla-La Mancha, 2003). Especialización en Derecho del Trabajo (Universidad Central de Venezuela, 2007). *Certificate Program in International Commercial Arbitration* (American University-Washington College of Law, 2016). Ex profesor de Derecho Laboral y Procesal (Universidad Católica Andrés Bello y Universidad Católica del Táchira, 2004-2014). Desde 2015 trabajó en el área de Litigios y Asuntos Regulatorios de una importante firma legal global en sus oficinas de Houston, Texas, USA, concentrando su práctica en arbitrajes internacionales. Actualmente mantiene una práctica independiente como árbitro, experto y consultor en litigios y arbitrajes internacionales. Los comentarios son bienvenidos (marlonmezas@gmail.com).

the States Parties themselves, or due to labor and environmental issues. Many of these mechanisms already existed in the USCAM's predecessor treaty: the NAFTA, and they have been incorporated into the USCAM with some variations. In these notes we review the main characteristics of all dispute settlement mechanisms under the new USCAM, and the main innovations with respect to NAFTA.

Palabras Claves: T-MEC; TLCAN; Resolución de Disputas; Disputas sobre Inversiones; Disputas Comerciales; Disputas Laborales; Disputas Ambientales.

Keywords: USCAM; NAFTA; Dispute Resolution; Investment Disputes; Commercial Disputes; Labor Disputes; Environmental Disputes.

Sumario: I. Introducción, II. Disputas en Materia de Inversiones en el T-MEC, A. Supervivencia temporal del TLCAN para arbitrar disputas sobre inversiones, B. Arbitraje inversionista-Estado según nacionalidad del inversionista y país receptor de la inversión, III. Remedios Comerciales y Resolución de Disputas Comerciales entre los Estados Partes, A. Remedios Comerciales, B. Solución de Controversias Comerciales, IV. Disputas en Materia Laboral, V. Disputas en Materia Ambiental, VI. Conclusiones y Perspectivas

I. Introducción

La globalización trajo consigo una enorme liberalización y eliminación de barreras al comercio. En las últimas décadas hemos sido testigos de un imparable proceso de firma de tratados comerciales en todo el mundo. La gama y variedad de acuerdos ha sido amplia, pero una característica común ha sido la construcción de bloques comerciales entre países, que por lo general se suelen clasificar como acuerdos de integración regional, o tratados de libre comercio (TLC), tanto bilaterales como multilaterales¹. La Unión Europea ha constituido sin duda el ejemplo más acabado dentro de los esquemas de integración, siendo calificada como el proceso de integración más profundo en

el mundo, por contraposición a otros procesos de integración considerados de mediana intensidad como el MERCOSUR o la Comunidad Andina de Naciones, y aún otros de menor intensidad llamados de bajo perfil, dentro de los cuales se solía incluir al hoy extinto Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN, o NAFTA por sus siglas en inglés: *North American Free Trade Agreement*), aunque para algunos no calificaba como un acuerdo de integración regional sino como un simple TLC².

Pero la consolidación normativa de la globalización económica no se alcanzó hasta que se suprimieron las trabas en el comercio internacional, especialmente

¹ Vid Marlon M. Meza-Salas, "Aspectos Laborales en los Tratados de Libre Comercio y Acuerdos de Integración Regional: Entre Normas Internacionales del Trabajo y Cláusulas Sociales en el Derecho Estatal, Inter-Estatal y Transnacional. Del NAFTA al TPP", *U. Miami Int'l & Comp. L. Rev.* 661, No.24 (2017): 666. En años recientes han aparecido también acuerdos comerciales más amplios, usualmente llamados "de nueva generación", que incluyen no sólo la reducción o eliminación de barreras arancelarias para el comercio de bienes, sino que también minimizan barreras no arancelarias y regulatorias en materias como comercio de servicios, inversiones, propiedad intelectual y otras, e incluyen materias como protección del medio ambiente, derechos laborales o derechos humanos. Ha sido el caso de ciertos acuerdos bilaterales recientes (comerciales o de inversiones), y acuerdos mega-regionales como el Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (CPATPP, por sus siglas en inglés), o el Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA, por sus siglas en inglés) entre la Unión Europea y Canadá (Vid Marlon M. Meza-Salas, "Derechos Laborales, Comercio e Inversiones: de los acuerdos tradicionales a los acuerdos de nueva generación", *Puentes* 12, Vol.19, No.2 (Abril 2018): 15).

² Vid Marlon M. Meza-Salas, "Aspectos Laborales en los Tratados de Libre Comercio..." pp.669-670

mediante el GATT³ y otros tratados de la Organización Mundial de Comercio (OMC), cuyo objeto ha sido, precisamente, la liberalización del tráfico comercial internacional a través de la progresiva reducción de aranceles u otros obstáculos a la libre competencia en el mercado mundial⁴. Para ello, uno de los principios fundamentales en el sistema del GATT es el de trato de la nación más favorecida, que significa que las ventajas comerciales deben concederse en igual medida a los demás Estados⁵, aunque las zonas de libre comercio constituyen una excepción a ese principio por los beneficios y ventajas que reportan a la economía mundial como áreas de intercambio comercial⁶.

Dentro del anterior contexto se celebró el TLCAN, que entró en vigencia en 1 de enero de 1994 y tuvo como base un TLC previamente celebrado entre Canadá y los Estados Unidos. Al incorporar a México, el TLCAN suponía un área de libre comercio mucho más extensa, como contrapeso frente a la Unión Europea y Japón –y más recientemente China–, más allá de la política comercial de los Estados Unidos que posteriormente siguió celebrando otros TLC, tanto bilaterales –con Jordania

(2001), Chile (2004), Singapur (2004), Australia (2005), Marruecos (2006), Bahrein (2006), Omán (2009), Perú (2009), Colombia (2009), y Corea del Sur (2012)– como multilaterales – como el CAFTA–DR celebrado en 2009 con los países de Centroamérica y la República Dominicana–⁷.

Tras el triunfo de Donald Trump en las elecciones presidenciales estadounidenses de 2016, los tres países del TLCAN acordaron iniciar negociaciones encaminadas a sustituir este mecanismo de integración por uno nuevo, que respondiera de mejor manera a las nuevas realidades del siglo XXI. Luego de intensas negociaciones durante los años 2017 y 2018, se suscribió un nuevo Tratado México-Estados Unidos-Canadá (T-MEC, como se le conoce en español, o USCAM por sus siglas en inglés), que vino a sustituir al TLCAN y entró en vigencia el 1 de julio de 2020, tras ser ratificado por las legislaturas de los tres países.

El T-MEC se presenta a sí mismo como un medio para fortalecer de nuevo la amistad entre las Partes y fortalecer aún más sus ya cercanas relaciones

³ “Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio”, por sus siglas en inglés “General Agreement on Tariffs and Trade” 15 de abril 1994, *Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex IA, 1867 U.N.T.S. 187, 33 I.L.M. 1153*.

⁴ Vid Matthias Herdegen, *Derecho Económico Internacional*, traducción de Katia Fach Gómez y otros (Bogotá: Editorial Universidad del Rosario/Fundación Konrad Adenauer, 2012), 184

⁵ *Idem*, 185

⁶ *Idem*, 186

⁷ Vid Marlon M. Meza-Salas, “Aspectos Laborales en los Tratados de Libre Comercio...” pp.764-765

económicas⁸, y regula diversos mecanismos de solución de diferencias, en su mayoría originalmente contemplados en el TLCAN, aunque incorporados al T-MEC con algunas variantes. En el presente trabajo presentamos un breve resumen de esos mecanismos, sus principales características e innovaciones respecto al TLCAN, incluyendo no solo las disputas sobre inversiones entre inversionistas y los Estados Partes —a las que suele prestárseles mayor atención—, sino también los mecanismos de solución de las disputas comerciales, laborales y ambientales.

II. Disputas en Materia de Inversiones en el T-MEC

El TLCAN contenía un Capítulo, el número 11, que constituía en sí mismo un Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI). En forma similar, el Capítulo 14 del T-MEC también se ocupa de las inversiones, pero con marcadas diferencias y particularidades respecto a las disposiciones del TLCAN. La ruptura entre tales Capítulos es tal, y las nuevas restricciones son de tal magnitud, que algunos comentaristas

hasta prepararon un curioso “obituario” del capítulo de inversiones del TLCAN⁹. Otros han sostenido —no sin razón— que el texto del T-MEC hace “marginal” el uso del arbitraje, y que con el T-MEC el paradigma de protección de las inversiones mediante tratados está siendo “horadado”¹⁰.

A. Supervivencia temporal del TLCAN para arbitrar disputas sobre inversiones

El Capítulo 14 del T-MEC establece las clases y niveles de protección con que pueden contar los inversionistas provenientes de una de las Partes, en el territorio de otra Parte. Entre las protecciones típicas a las inversiones contenidas en la casi totalidad de los APPRI que existen en el mundo, tanto bilaterales como multilaterales, o en capítulos sobre protección de inversiones existentes en muchos TLC, se encuentra el arbitraje inversionista-Estado al que puede acudir el inversionista, en caso que su inversión sea expropiada o perturbada por alguna

⁸ Vid Preámbulo del T-MEC

⁹ Barton Legum & Sean Stephenson, “The USMCA/CUSMA/T-MEC’s Entry into Force: An Obituary for NAFTA’s Investment Chapter”, *Kluwer Arbitration Blog*, June 23, 2020, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/06/23/the-usmca-cusma-t-meecs-entry-into-force-an-obituary-for-naftas-investment-chapter/>.

¹⁰ Alejandro García y Enrique Garza. “La protección a las inversiones bajo el Nuevo TLCAN”, *CIAR Global – La Revista de Arbitraje de la Comunidad Iberoamericana*, 24 de enero de 2019, <http://ciarglobal.com/la-proteccion-a-las-inversiones-bajo-el-nuevo-tlcan-alejandro-garcia-y-enrique-garza/>.

medida gubernamental del Estado anfitrión de la inversión¹¹.

El TLCAN consagró el arbitraje inversionista-Estado en forma bastante amplia, lo que permitió la presentación de un significativo número de demandas de inversionistas estadounidenses contra México, riesgo del cual parecía estar consciente el país Azteca desde las negociaciones de dicho tratado, pues los costos del riesgo de ser demandado era menor al beneficio que representaba la posible atracción de capitales foráneos¹². De hecho:

En los 11 arbitrajes inversionista-Estado concluidos que se han llevado en contra de México bajo los auspicios del Capítulo XI del TLCAN, se ha demandado el pago de US\$ 1,434 millones de dólares aproximadamente por supuestas violaciones del Capítulo XI. No obstante, México sólo ha sido condenado a pagar \$US204.9 millones en los laudos. En otras palabras, de cada dólar que demanda un inversionista norteamericano, ha sido condenado a pagar 14 centavos. Más importante, dichos \$US204.9 millones sólo

representan un 0.04% de los US\$500,000 millones, aproximadamente, que se comercian entre México y Estados Unidos anualmente¹³.

En cambio, el nuevo T-MEC introduce serias limitaciones para el uso del arbitraje inversionista-Estado y, aunque el mecanismo del TLCAN seguirá disponible durante un período de tres años desde la terminación de dicho tratado y entrada en vigencia del T-MEC, transcurrido ese plazo el panorama cambiará radicalmente.

El lapso de tres años durante el cual el mecanismo del TLCAN seguirá disponible, puede parecer corto en comparación con las llamadas cláusulas de supervivencia que contemplan la casi totalidad de los APPRI, que suelen establecer un período de entre 10 y 15 años durante los cuales es posible que un inversionista plantee un arbitraje inversionista-Estado después de la denuncia y terminación de un tratado. Sin embargo, no era ese el caso del TLCAN, que no previó cláusula alguna

¹¹ Se denomina arbitraje de inversión el “*mecanismo para la solución de controversias entre un inversionista extranjero y el Estado en el cual ha hecho su inversión (Estado receptor), relacionadas con la inversión realizada. Este mecanismo tiene su origen en tratados internacionales, bilaterales o multilaterales del cual son parte, tanto el Estado receptor, como el Estado de nacionalidad del inversionista*”. (Diógenes Bermúdez, *Cit.por* Marlon M. Meza-Salas, “Alcance de las facultades de los Tribunales Arbitrales o de las Comisiones *ad hoc* al decidir las solicitudes de anulación y otros mecanismos de revisión de los laudos CIADI”, *Arbitraje: Revista de arbitraje comercial y de inversiones* 73, Vol. 11, No. 1 (2018): 75). El arbitraje de inversión suele tener su origen en esos tratados sobre promoción y protección de inversiones, pero también en el capítulo sobre inversiones de algún TLC, en una ley del Estado receptor, o en un contrato suscrito entre éste y algún inversionista.

¹² *Vid* Juan Pablo Hugues Arthur y Jimena Moreno González, “El recuento de los daños: compensación, intereses y costas del arbitraje inversionista-Estado del TLCAN. La experiencia mexicana”, *Arbitraje: Revista de arbitraje comercial y de inversiones* 213, Vol. 9, No. 1 (2013): 214-215

¹³ *Idem*, 229-230

de supervivencia. En consecuencia, si se toma en consideración ese importante detalle, la extensión de tres años que las Partes del T-MEC le otorgaron a las disposiciones sobre inversiones del TLCAN, es una concesión que al menos elimina la incertidumbre que existía en el sentido de que los inversionistas podían haberse encontrado sin ningún tipo de protección al día siguiente de la terminación del TLCAN. Antes de la firma del nuevo T-MEC, la realidad era que sin una cláusula de supervivencia, *“un Estado parte del TLCAN podía denunciar el acuerdo con un preaviso de seis meses, y podía privar a los inversionistas extranjeros de la protección del derecho internacional y del arbitraje internacional”*¹⁴.

B. Arbitraje inversionista-Estado según nacionalidad del inversionista y país receptor de la inversión

Una vez vencido el lapso de tres años de supervivencia temporal del TLCAN, el arbitraje inversionista-Estado solo estará disponible en casos limitados, a saber:

(a) Estados Unidos-Canadá

El T-MEC elimina el arbitraje inversionista-Estado entre los Estados

Unidos y Canadá, por lo que los inversionistas canadienses en los Estados Unidos y los inversionistas estadounidenses en Canadá, pierden el derecho de llevar a arbitraje cualquier vulneración de sus inversiones bajo el T-MEC, lo que significa que para cualquier reclamación tendrán que recurrir a los tribunales nacionales del Estado anfitrión de la inversión.

(b) México-Canadá

Tampoco existe una disposición para que los inversionistas mexicanos en Canadá y los inversionistas canadienses en México arbitren reclamos. Sin embargo, es previsible que en ambos casos los inversionistas puedan utilizar los mecanismos establecidos en el Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (CPATPP por sus siglas en inglés)¹⁵, que tanto México como Canadá integran junto con otros países de la cuenca del Pacífico, que sí prevé el arbitraje inversionista-Estado.

(c) Estados Unidos-México

El T-MEC permite el arbitraje inversionista-Estado entre los Estados Unidos y México. Sin embargo, en este caso se establecen ciertas limitaciones y regulaciones particulares, a saber:

¹⁴ Julián Cárdenas, “Trump, Tillerson, NAFTA, Mexico And Oil Companies”, *Forbes*, January 17, 2017, <https://www.forbes.com/sites/uhenergy/2017/01/10/trump-tillerson-nafta-mexico-and-oil-companies/#49d463933a17>.

¹⁵ *Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership*, celebrado por Australia, Brunéi Darussalam, Canadá, Chile, Japón, Malasia, México, Nueva Zelanda, Perú, Singapur y Vietnam. El CPATPP es sucesor del proyectado Acuerdo Estratégico Transpacífico de Asociación Económica o TPP por sus siglas en inglés, pero sin los Estados Unidos que sí había participado en las negociaciones.

1. Necesidad de agotar previamente los recursos locales

Los inversionistas deben presentar sus reclamos primero ante los tribunales judiciales o autoridades administrativas competentes de la demandada, y luego esperar o bien que haya sido emitida una decisión final de un tribunal de última instancia, o bien que hayan transcurrido 30 meses desde el inicio de la reclamación, antes de poder iniciar el arbitraje.

2. Límite de tiempo para presentar reclamos

El límite de tiempo para presentar reclamos es de cuatro años a partir del momento en que se conoció la violación o la pérdida o daño sufrido, tiempo que incluye los 30 meses que deben pasar ante los tribunales nacionales. Lo anterior significa que vencido dicho lapso, el inversionista solo contará con una ventana de 18 meses más para presentar un reclamo arbitral. El límite de tiempo para presentar reclamos se reduce a tres años cuando se trate de inversionistas con un contrato gubernamental relacionado con un “sector cubierto” (por ejemplo, petróleo y gas, o generación de energía, telecomunicaciones y otros).

3. Estándares de protección previstos y “sectores cubiertos”

En cuanto a los estándares de protección, los reclamos podrán basarse en que la demandada ha violado los principios de trato nacional y trato de la nación más favorecida, y en caso de expropiaciones directas. Pero además, en el caso de reclamos relativos al trato nacional y trato de la nación más favorecida, los reclamos no pueden referirse al tratamiento del inversionista durante el establecimiento o adquisición de una inversión.

Cuando se trate de inversionistas con un contrato gubernamental relacionado con un “sector cubierto”, no existen las limitaciones mencionadas en el párrafo anterior, por lo que las reclamaciones pueden basarse también en violaciones a un nivel mínimo de trato acorde con el derecho internacional consuetudinario (trato justo y equitativo, y protección y seguridad plenas), o en expropiaciones indirectas, o por obstruir el derecho de los inversionistas a transferir dividendos o utilidades y otros conceptos.

4. Alternativas de arbitraje disponibles

Entre los mecanismos de arbitraje conforme a los cuales un demandante podrá presentar su reclamación, el Capítulo 14 del T-MEC prevé la posibilidad de un arbitraje bajo el Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)¹⁶, bajo las Reglas

¹⁶ El CIADI o ICSID por sus siglas en inglés (*International Centre for Settlement of Investment Disputes*), se creó en 1965 por medio del Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, mejor conocido como el Convenio de Washington o Convenio CIADI.

del Mecanismo complementario del CIADI¹⁷, bajo el Reglamento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)¹⁸, o bajo cualquier institución arbitral o reglas de arbitraje que las Partes acuerden.

5. Normas sobre selección de los árbitros

El Capítulo 14 contiene algunas normas especiales sobre la selección de los árbitros, y establece una obligación particular a cargo de éstos, como es la de cumplir con las Directrices de la Asociación Internacional de Abogados (la IBA, por sus siglas en inglés: *International Bar Association*), sobre Conflictos de Intereses en Arbitrajes Internacionales¹⁹. Los árbitros tampoco

pueden actuar, durante la duración del procedimiento, como abogado, perito, o testigo de parte en ningún arbitraje pendiente conforme a dicho Capítulo. Los árbitros también pueden ser recusados, en cuyo caso las impugnaciones se registrarán por los procedimientos previstos en el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

6. Normas sobre la conducción del procedimiento arbitral

El Capítulo 14 también contiene normas especiales sobre la conducción del procedimiento, entre las cuales cabe mencionar la mención expresa a la intervención de *amicus curiae*²⁰, y que si las partes dejan de intervenir en el procedimiento por más de 150 días, el

¹⁷ En 1978 el Consejo Administrativo del CIADI adoptó el Reglamento del Mecanismo Complementario, autorizando al Secretario del CIADI a administrar cierta categoría de procedimientos que estuvieran fuera del ámbito de aplicación del Convenio CIADI y por ende fuera del ámbito de jurisdicción de dicho centro, lo que incluye la posibilidad de conocer de procedimientos de arbitraje que surjan de diferencias donde una de las partes no sea un Estado contratante del Convenio CIADI, o un nacional de un Estado contratante del mismo.

¹⁸ Mejor conocida como UNCITRAL por sus siglas en inglés: *United Nations Commission on International Trade Law*.

¹⁹ Las primeras Directrices de la IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitrajes Internacionales fueron aprobadas en 2004. Luego de un proceso de revisión iniciado en 2012 por el Comité de Arbitraje de la IBA, el 23 de octubre de 2014 fueron aprobadas unas Directrices revisadas que incorporan mayores deberes de revelación por parte de los árbitros sobre posibles conflictos de interés. Estas Directrices han sido objeto de amplia aceptación en la comunidad arbitral internacional, siendo habitualmente utilizadas o tomadas en cuenta por los árbitros a la hora de decidir sobre sus propios nombramientos y posibles revelaciones; por las partes y sus abogados a la hora de evaluar la imparcialidad e independencia de los árbitros; y por instituciones arbitrales y tribunales estatales a la hora de considerar recusaciones de árbitros.

²⁰ Expresión latina que significa “amigo del tribunal” (*friend of the Court*), de uso común en sistemas de *common law* donde una persona o entidad que no es parte en un litigio pero que tiene un alto interés en la materia en disputa, puede dirigir al tribunal o es requerido por éste para presentar escritos o proveer información. La actuación de esa clase de terceros interesados se admitió, en el ámbito internacional, primeramente en Cortes Internacionales de Derechos Humanos y en la OMC, y posteriormente también en arbitrajes de inversiones (*Vid* Marlon M. Meza-Salas, “Derecho Laboral y Arbitraje Internacional – Comercial y de Inversiones– u otros mecanismos internacionales de solución de disputas: intersección, nexos y relaciones”, *Spain Arbitration Review - Revista del Club Español del Arbitraje* 89, Nro.36 (2019): 96)

procedimiento se tendrá por terminado si las partes no toman ninguna medida dentro de los 30 días siguientes a la fecha de recepción de una notificación que debe enviar el Tribunal Arbitral advirtiéndole sobre esa circunstancia.

7. Disposiciones sobre transparencia

El Capítulo 14 también introduce ciertas normas sobre transparencia, incluyendo la obligación de poner a disposición del público información sobre el procedimiento arbitral, como los alegatos, comunicaciones y escritos presentados al Tribunal Arbitral, las minutas y transcripciones de las audiencias, y las órdenes, laudos y decisiones del Tribunal. Así mismo, las audiencias serán abiertas al público. Quedan exceptuadas las actuaciones que contengan información protegida, la cual no será divulgada.

8. Disposiciones sobre los laudos

Finalmente, el Capítulo 14 contiene normas particulares relativas a los laudos, entre las cuales cabe destacar que no está permitido que un Tribunal Arbitral ordene el pago de daños punitivos²¹.

III. Remedios Comerciales y Resolución de Disputas Comerciales entre los Estados Partes

Como todo acuerdo dirigido a promover y regular una zona de libre comercio, el T-MEC prevé mecanismos para garantizar que los Estados Partes cumplan con sus obligaciones destinadas a promover realmente la cooperación económica a través del comercio y la inversión, y evitar que alguna de las Partes tome medidas incompatibles con esas obligaciones, o que menoscaben los beneficios que alguna de las Partes espera razonablemente recibir conforme a las disposiciones del T-MEC.

Esos mecanismos están establecidos en los Capítulos 10 y 31 del Acuerdo, aunque en ambos casos, siempre se deja la puerta abierta a la negociación y a las soluciones consensuadas entre las Partes, antes, durante y después de la activación de cualesquiera mecanismos.

A. Remedios Comerciales

El Capítulo 10 del T-MEC aclara que los derechos y obligaciones de los Estados Partes conforme al Acuerdo del GATT y otras normas aprobadas en el ámbito de la OMC como el Acuerdo de

²¹ La figura de los daños punitivos, *punitive damages* o *exemplary damages*, ha sido de gran uso en los Estados Unidos y admitida en contados países como Argentina (*Vid* Elena d'Alessandro, "Reconocimiento y exequátur en Italia de sentencias extranjeras que condenan al pago de daños punitivos", *Revista de Derecho Privado* 313, No.34 (enero-junio 2018): 315-316). Se trata de condenas a pagar una indemnización con el fin no solo de castigar al responsable de un daño particularmente atroz o de gran trascendencia, sino también de disuadir al infractor y a otros de reincidir en la misma conducta: "*Punitive damages are awarded only for particularly egregious behavior and are designated to punish the tortfeasor and deter a repetition of that conduct*" (*Vid* William Burnham, *Introduction to the Law and Legal System of the United States* (St. Paul, Minn, West Publishing, 1995), 426)

Salvaguardias, continúan vigentes, y establece las limitaciones acordadas para que las Partes puedan adoptar ciertas medidas comerciales sobre ciertas mercancías (*v.g.*, exclusiones o restricciones). También regula los procedimientos a aplicar para evitar la evasión de derechos antidumping, compensatorios y de salvaguardia, y promueve la cooperación entre las Partes para combatir la evasión de tales derechos.

(a) Panel Binacional

El Capítulo 10 ratifica la vigencia de las disposiciones jurídicas internas de cada Estado Parte en materia de derechos antidumping y compensatorios, y cada Parte se reserva el derecho de aplicar sus propias disposiciones sobre mercancías importadas desde el territorio de las otras Partes. Sin embargo, las Partes se comprometen a reemplazar la revisión judicial interna de cualesquiera resoluciones definitivas en materia de derechos antidumping y compensatorios emitida por alguna autoridad investigadora, por una revisión llevada a cabo por un Panel Binacional. Para ello, las Partes se comprometen a reformar sus leyes y reglamentos para asegurar que los procedimientos internos de revisión judicial de una resolución definitiva no puedan iniciarse antes de que concluya el plazo para solicitar la integración de un Panel.

El panel puede ser solicitado por cualquiera de las Partes implicadas, por iniciativa propia o a solicitud de cualquier persona que conforme al ordenamiento jurídico de la Parte importadora esté legitimada para iniciar procedimientos internos de revisión judicial de la misma resolución definitiva.

Para tramitar las solicitudes e integración de los Paneles, el Capítulo 10 exige a las Partes adoptar y mantener reglas procesales básicas equivalentes a una apelación judicial, que entre otras cosas establezcan el contenido y trámite de las solicitudes para integrar los Paneles, la obligación de la autoridad investigadora competente para remitir al Panel el expediente administrativo, y que garanticen la emisión de un fallo definitivo en cierto plazo contado desde la fecha en que se presente la solicitud. Sin embargo, cada Panel establecerá sus propias reglas de procedimiento, salvo que las Partes hayan acordado otra cosa antes del establecimiento del Panel. En todo caso, el procedimiento debe garantizar siempre el derecho a al menos una audiencia ante el panel, y la oportunidad para que las Partes puedan presentar comunicaciones escritas y réplicas.

El fallo del Panel podrá confirmar la resolución definitiva o devolverla a la instancia anterior para que adopte medidas no incompatibles con su decisión. El fallo del Panel será

obligatorio y no es posible impugnarlo ante los tribunales nacionales de ninguna de las Partes.

(b) Procedimiento de Impugnación Extraordinaria

No obstante que el fallo del Panel es obligatorio y no sujeto a impugnación, si el Panel o alguno de sus miembros incurren en ciertas faltas (*v.g.* parcialidad, conflicto de intereses, violación grave de normas fundamentales de procedimiento, entre otras), las Partes pueden acudir a un procedimiento de impugnación extraordinaria.

La impugnación extraordinaria estará a cargo de un Comité compuesto por tres miembros, seleccionados de una lista integrada por quince jueces o exjueces federales de los Estados Unidos o de nivel equivalente en Canadá y México. En su fallo (que es también obligatorio para las Partes), los Comités pueden (i) rechazar la impugnación y confirmar el fallo original del Panel, (ii) anular el fallo original del Panel o devolverlo al panel original para que adopte una medida que no sea incompatible con la resolución del Comité. Si se anula el fallo original, se instalará un nuevo Panel.

(c) Consultas

Cuando el derecho interno de una Parte no haya permitido la revisión de una resolución definitiva por un Panel o tribunal con jurisdicción para ello, o en el primero de los casos ha impedido la integración de un Panel solicitado por la

Parte reclamante, o ha impedido que el Panel dicte un fallo definitivo, o que dictado éste pueda ser ejecutado, la Parte reclamante puede solicitar Consultas por escrito con la otra Parte.

(d) Comité Especial y Suspensión de Beneficios

Si a través de las Consultas las Partes no alcanzan una solución, la Parte reclamante puede solicitar la instalación de un Comité Especial.

Si el Comité Especial emite un dictamen positivo sobre las causales alegadas, las Partes deben iniciar consultas y procurar llegar a una solución mutuamente satisfactoria. Si las Partes no alcanzan una solución o la Parte demandada no demuestra haber corregido el problema, la Parte reclamante puede proceder a suspender la aplicación de beneficios establecidos por el T-MEC, o el funcionamiento de las disposiciones del Capítulo 10 que regulan la revisión de resoluciones definitivas sobre derechos antidumping y compensatorios. Estas medidas pueden ser revisadas por el propio Comité Especial a solicitud de la Parte demandada, por ejemplo, para determinar si las medidas tomadas por la Parte reclamante son excesivas, o si la Parte demandada corrigió el problema. Finalmente, el Comité Especial debe presentar un informe que contenga su determinación, y en caso de que concluya que el problema ha sido corregido, puede ordenar dar por terminada cualquier suspensión.

(e) Integración de los Paneles Binacionales

Para la integración tanto de los Paneles como de los Comités, las Partes deben elaborar una lista de al menos 75 candidatos (25 seleccionados por cada Parte), para que actúen como Panelistas, que en lo posible sean o hayan sido jueces, quienes deben ser nacionales de Canadá, Estados Unidos o México, y que estén familiarizados con el derecho comercial internacional. Se prevé que cada Panel esté integrado en su mayoría por juristas, que gocen además de buena reputación. Los Panelistas pueden ser recusados y también estarán sujetos a un Código de Conducta establecido por las Partes, pudiendo ser removidos en caso de contravención a dicho Código. Los Panelistas gozarán de inmunidad frente a cualquier demanda o proceso relacionados con el desempeño de sus funciones.

(f) El Secretariado y sus Funciones

Cada una de las Partes debe mantener un Secretariado para facilitar la implementación de los mecanismos antes descritos, especialmente la labor de los paneles o comités que sean convocados, a los cuales los Secretarios del Secretariado prestarán apoyo administrativo y se encargarán del manejo y conservación de los expedientes correspondientes a cada asunto.

B. Solución de Controversias Comerciales

El Capítulo 31 establece que las controversias que surjan entre los Estados Partes para la interpretación o aplicación del T-MEC, o por incumplimiento de obligaciones derivadas del mismo, o cuando alguna de las Partes tome medidas incompatibles con esas obligaciones o que menoscaben los beneficios que alguna de las Partes esperaba recibir bajo el T-MEC, deben ser solucionadas conforme a las disposiciones de dicho Capítulo.

(a) Elección de Foro

Una Parte reclamante puede, en lugar de utilizar los mecanismos para solución de controversias regulados en el Capítulo 31, acudir a los mecanismos establecidos en otros acuerdos comerciales internacionales en que las Partes contendientes sean partes (*v.g.* la OMC), en cuyo caso la elección que haga la Parte reclamante será definitiva, y el foro seleccionado excluirá a cualquier otro.

(b) Consultas

El sistema de solución de controversias regulado por el Capítulo 31, le otorga prioridad y preeminencia a las soluciones consensuadas entre las Partes, comenzando con la posibilidad de solicitar Consultas de una Parte a otra, las cuales (salvo que las Partes acuerden otra cosa), deben celebrarse a más tardar 15 días después de la fecha de

entrega de la solicitud para asuntos concernientes a mercancías percederas, o 30 días después de la fecha de entrega de la solicitud para todos los demás asuntos.

(c) Buenos Oficios, Conciliación y Mediación

Las Partes pueden decidir en cualquier momento iniciar voluntariamente algún método alternativo de solución de controversias, como los buenos oficios, la conciliación o la mediación.

(d) Establecimiento de un Panel

Si las Partes no logran resolver el asunto en un plazo de 75 días siguientes al inicio de las consultas, o de 30 días si se trata de mercancías percederas, una Parte consultante podrá solicitar el establecimiento de un Panel²². El Capítulo 31 establece unos términos de referencia²³ para regular el funcionamiento del Panel, a menos que las Partes contendientes decidan algo diferente. Los términos de referencia autorizan al Panel a examinar el asunto a la luz de las disposiciones del T-MEC, y a hacer constataciones o emitir determinaciones y recomendaciones; un Panel puede, por ejemplo, verificar si se han incumplido obligaciones del T-

MEC, o si una medida tomada por una Parte es incompatible con esas obligaciones o anula o menoscaba algún derecho o beneficio.

Una vez evaluado el asunto que se le haya sometido, el Panel debe presentar informes con expresión de sus razones, sin poder aumentar o reducir los derechos y obligaciones de las Partes bajo el T-MEC, el cual debe ser interpretado de conformidad con las reglas consuetudinarias de interpretación del derecho internacional público (Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, hecha en Viena el 23 de mayo de 1969).

Los informes del Panel serán un informe preliminar y otro final. El primero estará sujeto a observaciones de las Partes contendientes, con base en las cuales el panel puede (i) solicitar opiniones de una Parte, (ii) reconsiderar su informe, o (iii) realizar un nuevo examen del asunto. Posteriormente el Panel debe emitir el informe final con las constataciones que haya encontrado, y las Partes contendientes deben procurar

²² El texto original del Capítulo 31 del T-MEC del año 2018 preveía que los Paneles estarían compuestos de cinco miembros, pero el Protocolo Modificatorio que las Partes suscribieron el 10 de diciembre de 2019 agregó: “a menos que las Partes contendientes acuerden un panel compuesto por tres miembros”.

²³ Algunas reglas de arbitraje como las de la CCI, requieren que el tribunal y las partes en todo procedimiento arbitral firmen unos llamados “términos de referencia” (*terms of reference*), donde se suele establecer la “misión” del tribunal arbitral (por lo que se le llama también “acta de misión”), la naturaleza de todos los reclamos y defensas de las partes, y cualesquiera particularidades sobre las normas aplicables al procedimiento (*Vid* Margaret L. Moses, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration* (New York, Cambridge University Press, 2012), 165)

llegar a un acuerdo sobre la solución de la controversia²⁴.

Las Reglas de Procedimiento aplicables a los Paneles serán establecidas por la Comisión de Libre Comercio, las cuales deben garantizar, entre otras cosas, el derecho de las Partes a al menos una audiencia ante el Panel en la cual cada Parte podrá presentar sus opiniones oralmente, y que cada Parte tenga una oportunidad para presentar una comunicación inicial y una réplica por escrito. El Protocolo Modificatorio del T-MEC que las Partes suscribieron el 10 de diciembre de 2019, agregó que las Reglas de Procedimiento también deben incluir ciertas reglas relativas a la evidencia que las Partes pueden presentar o el Panel podría solicitar.

El Panel también debe tomar en consideración las solicitudes y opiniones referentes a la disputa presentadas por entidades no gubernamentales ubicadas en el territorio de una Parte contendiente, y que puedan ayudar a evaluar los argumentos de las Partes. Esto es lo que se conoce como *amicus curiae*, a los que

ya nos referimos antes al tratar sobre las disputas de inversiones.

(e) Suspensión de beneficios

En caso que las Partes no puedan alcanzar un acuerdo para solucionar la controversia dentro de determinado plazo después de emitido el informe final del Panel, la Parte reclamante podrá suspender la aplicación de beneficios a la Parte demandada de efecto equivalente, hasta que las Partes contendientes acuerden una solución a la controversia. Pero si la Parte demandada considera que las medidas aplicadas por la otra Parte son excesivas, o la disconformidad, anulación o menoscabo de derechos determinada por el Panel ya no existe, puede solicitar que el panel vuelva a reunirse para considerar el asunto.

(f) Integración de los Paneles

Para la integración de los paneles las Partes deben establecer una lista de hasta 30 panelistas que estará vigente por tres años o hasta que sea reemplazada por otra lista, pudiendo sus miembros ser reelegidos. Conforme al

²⁴ Bajo las disposiciones del TLCAN, hasta el año 2004 se habían resuelto tres casos mediante la emisión de sendos informes finales, a saber: (1) Caso CDA-95-2008-01 “Aranceles aplicados por Canadá a determinados productos agrícolas originarios de los Estados Unidos”, donde el informe final dictado el 2 de diciembre de 1996 resolvió que la aplicación de dichos aranceles estaba conforme a las disposiciones del TLCAN; (2) Caso USA-97-2008-01 “Salvaguarda impuesta por los Estados Unidos de América a escobas de mijo mexicanas”, donde el informe final fue dictado el 30 de enero de 1998 a favor de México; y (3) Caso USA-98-2008-01 “Servicios de transporte transfronterizo de carga de y hacia los Estados fronterizos”, donde el informe final fue dictado el 6 de febrero de 2001 a favor de México (*Ver* Oscar Cruz Barney, “Solución de Controversias y Remedios Comerciales en el T-MEC”, en *Opiniones técnicas sobre temas de relevancia nacional, Serie 32: Emergencia Sanitaria por COVID-19 – Medios alternos de solución de conflictos (MASC)*, coord. Nuria González y Fernando Navarro (México: UNAM, 2020): 30-31)

Capítulo 30 del T-MEC, entre las funciones de la Comisión de Libre Comercio está la de revisar y mantener actualizada dicha lista.

Los Panelistas deben tener conocimientos especializados o experiencia en derecho internacional, comercio internacional, otros asuntos cubiertos por el T-MEC, o en la solución de controversias derivadas de tratados comerciales internacionales. En controversias referentes a ciertas áreas especializadas de derecho, las Partes deben seleccionar panelistas que aseguren que un panel tenga el conocimiento especializado necesario (*v.g.*, en materia ambiental, derecho laboral u otras áreas especializadas).

El Capítulo 31 también contiene reglas específicas sobre la forma en que las Partes elegirán al Presidente y demás integrantes del Panel, dependiendo de si se trata de una disputa con dos Partes contendientes, o con más de dos Partes contendientes, comenzando siempre por la designación del presidente, y luego las Partes designarán a los demás panelistas. Siempre se procura que el designado no sea ciudadano de la Parte o Partes que hacen la designación. El Protocolo Modificatorio suscrito por las Partes el 10 de diciembre de 2019 introdujo ciertas reglas particulares en caso que alguna de las Partes no haga la selección que le corresponda hacer, o no

se presente o se niegue a participar en el procedimiento para hacer dicha selección.

Los Panelistas pueden ser recusados, y si incurren en violaciones del Código de Conducta establecido por la Comisión de Libre Comercio, pueden ser destituidos y reemplazados por otros.

(g) Solución de disputas comerciales privadas

Finalmente, el Capítulo 31 establece que las Partes deben fomentar, facilitar y promover el uso del arbitraje, la mediación y otros medios y procedimientos, para la prevención y solución de las disputas comerciales internacionales que surjan entre particulares en la zona de libre comercio.

IV. Disputas en materia laboral

Aunque el TLCAN no incluyó un Capítulo que regulara la materia laboral, los Estados Partes suscribieron paralelamente al tratado comercial un Acuerdo de Cooperación Laboral, el ACLAN²⁵, que incorporó explícitamente y por primera vez aspectos socio-laborales en un TLC o acuerdo de integración regional, mucho antes que se hiciera en los ámbitos de la Comunidad Andina de Naciones o el

²⁵ “Acuerdo de Cooperación Laboral de América del Norte” (o NAALC por sus siglas en inglés “North American Agreement on Labor Cooperation”, 1ero de enero de 1994, http://www.sice.oas.org/trade-nafta_s/laboral1.asp

MERCOSUR, que son procesos más antiguos²⁶.

En forma similar al ACLAN, el Capítulo 23 del T-MEC cubre los aspectos laborales bajo el nuevo tratado y su propósito es, como bien se anuncia en el propio preámbulo del tratado, promover la protección y observancia de los derechos laborales, el mejoramiento de las condiciones de trabajo y el fortalecimiento de la cooperación entre las Partes en asuntos laborales.

Así, en lo relativo al respeto de los derechos laborales, el Capítulo 23 hace énfasis en la aplicación de las leyes nacionales laborales de cada Estado Parte, los cuales reconocen que es inapropiado fomentar el comercio o la inversión mediante el debilitamiento o reducción de las protecciones otorgadas en sus leyes laborales. Las Partes se comprometen también a adoptar y mantener en sus leyes y prácticas, los derechos establecidos en la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de 1998 sobre los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo (libertad de asociación y negociación colectiva, prohibición de trabajo forzoso, abolición del trabajo infantil, y no discriminación en el empleo u ocupación), y aún otros derechos no previstos en dicha Declaración, sobre condiciones de trabajo aceptables (salarios mínimos,

horas de trabajo, y seguridad y salud en el trabajo).

El Capítulo 23 también destaca la necesidad de garantizar el acceso a procedimientos laborales justos, equitativos y transparentes, y tribunales –administrativos, cuasi judiciales o judiciales– imparciales e independientes, que aseguren el debido proceso y el derecho a la defensa.

Así mismo, el Capítulo 23 promueve la cooperación entre las Partes y hace énfasis en la necesidad de permitir la participación de la sociedad civil, previendo que los Estados Partes reciban y consideren los puntos de vista de cualesquiera personas interesadas en los asuntos que se estén tramitando, incluyendo los puntos de vista de los representantes de organizaciones laborales y empresariales.

Se prevén diversos mecanismos e instancias institucionales para abordar los asuntos que surjan en relación con el Capítulo 23, a saber:

(a) Comunicaciones públicas

Cualquier persona de uno de los Estados Partes puede dirigir Comunicaciones escritas a otra de las Partes sobre asuntos relacionados con el Capítulo 23, a través de unos Puntos de Contacto designados por cada Parte y consistentes en una oficina o funcionario dentro de los Ministerios del Trabajo o entidades

²⁶ *Viz* Marlon M. Meza-Salas, “Aspectos Laborales en los Tratados de Libre Comercio...”, 758

equivalentes, a través de los cuales las Partes están obligadas a considerar y dar respuesta oportuna a las comunicaciones que reciba.

(b) Diálogo cooperativo laboral

Una Parte puede solicitar a través del Punto de Contacto de otra Parte, un Diálogo sobre cualquier asunto que surja conforme al Capítulo 23 y que pueda afectar el comercio o la inversión entre las Partes.

Si las Partes resuelven el asunto mediante el diálogo, deben documentar el resultado, incluyendo los pasos y plazos específicos que hayan decidido, y planes de acción, que pueden incluir (i) la realización de inspecciones e investigaciones para verificar cumplimientos, (ii) una verificación independiente por individuos o entidades como la OIT, o (iii) incentivos apropiados para fomentar o asistir a las Partes dialogantes a identificar y abordar asuntos laborales.

(c) Consejo Laboral

Se crea un Consejo Laboral integrado por representantes gubernamentales de alto nivel de los Ministerios de Comercio y Trabajo de cada Parte, que puede considerar cualquier asunto dentro del ámbito de aplicación del Capítulo 23 y realizar cualesquiera otras funciones que las Partes decidan. Para ello, el Consejo Laboral se reunirá dentro del primer año de vigencia del T-MEC, y luego cada dos años, a menos que las Partes decidan algo diferente.

(d) Consultas Laborales

Una Parte (solicitante) puede requerir Consultas Laborales a otra Parte (solicitada), respecto a cualquier asunto que surja conforme al Capítulo 23. Una tercera Parte también podrá participar en las consultas laborales aunque no sea solicitante o solicitada. El Capítulo propugna que las Partes hagan sus mejores esfuerzos a través de las Consultas para alcanzar soluciones consensuadas y mutuamente satisfactorias, mediante actividades de cooperación o la asesoría de expertos independientes que las asistan.

(e) Consultas Laborales Ministeriales

Si las Partes consultantes no logran resolver el asunto mediante las Consultas Laborales, una Parte puede solicitar a través de los Puntos de Contacto, que los Ministros relevantes de las Partes se reúnan para considerar el asunto. Para resolver el asunto, los Ministros —o las personas que éstos designen— pueden consultar a expertos independientes, o recurrir a procedimientos como buenos oficios, conciliación, o mediación.

(f) Establecimiento de un Panel

Si las Partes no logran resolver el asunto mediante las Consultas dentro de

determinado plazo²⁷, la Parte solicitante puede solicitar el establecimiento de un Panel en la misma forma prevista por el Capítulo 31 para las controversias comerciales. Ninguna de las Partes puede acudir a la solución de controversias conforme al Capítulo 31, sin agotar previamente las Consultas previstas en el Capítulo 23.

Existe una diferencia notable entre el T-MEC y el ACLAN, ya que este último solo permitía someter un asunto laboral a un Panel excepcionalmente, cuando se tratara de violaciones sobre derechos laborales relativos al trabajo infantil, salarios mínimos, y salud y seguridad en el trabajo²⁸. En cambio, bajo el T-MEC no existe esa limitación, por lo que las infracciones a ser consideradas por un Panel pueden abarcar una gama más amplia de derechos, incluyendo los demás derechos a que se refiere la Declaración de la OIT de 1998 sobre Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo (libertad de asociación y

negociación colectiva, prohibición de trabajo forzoso, no discriminación en el empleo), y aún otros derechos laborales sobre condiciones de trabajo no incluidos en dicha Declaración (*v.g.*, horas de trabajo).

En los supuestos excepcionales en que se permitía bajo el ACLAN, un Panel podía ordenar sanciones, concretamente contribuciones pecuniarias de hasta 20 millones de dólares, que irían a un fondo común destinado a financiar planes de acción para solucionar los problemas o mejorar el cumplimiento de la normativa laboral²⁹. Si las contribuciones monetarias no eran pagadas, podían aplicarse sanciones comerciales mediante la suspensión de beneficios derivados del TLCAN hasta por el monto de dichas contribuciones³⁰. En cambio, bajo el T-MEC un Panel solo puede hacer constataciones o emitir determinaciones y recomendaciones, pero no puede imponer sanciones; sin embargo, una vez que un Panel emite un

²⁷ El plazo previsto originalmente en el texto del Capítulo 23 del T-MEC del año 2018 era de 30 días, pero fue ampliado a 75 días por el Protocolo Modificatorio que las Partes suscribieron el 10 de diciembre de 2019.

²⁸ Dentro de los mecanismos y procedimientos específicos para el procesamiento de quejas bajo el ACLAN se establecieron tres niveles de protección: (i) un primer nivel consistente en Consultas Ministeriales; (ii) un segundo nivel de protección si el asunto no se resolvía a través de las consultas, en el que se sometía el asunto a la evaluación de una Comisión de Expertos; y (iii) un tercer nivel de protección solo si el asunto versaba sobre violaciones sobre derechos relativos al trabajo infantil, salarios mínimos, y salud y seguridad en el trabajo, donde el asunto podía ser sometido a Arbitraje y un Panel podía ordenar eventuales sanciones. Sin embargo, aunque hasta el año 2013 se llegaron a contabilizar más de 40 denuncias o reclamos por asuntos laborales interpuestas en el marco del ACLAN, principalmente de trabajadores, sindicatos y movimientos sociales estadounidenses contra el gobierno mexicano, solo se generaron Consultas Ministeriales y no hubo casos que avanzaran al segundo nivel para su evaluación por un Comité de Expertos, y menos aún al tercer nivel para su examen ante Paneles Arbitrales (*Vid* Marlon M. Meza-Salas, "Aspectos Laborales en los Tratados de Libre Comercio...", pp.760-763).

²⁹ *Idem*, p.762

³⁰ *Idem*

informe final, una Parte reclamante podría suspender la aplicación de beneficios –de efecto equivalente– bajo el T-MEC, a la Parte demandada, hasta que las Partes contendientes acuerden una solución de la disputa.

(g) El Mecanismo Laboral de Respuesta Rápida en Instalaciones Específicas

Una de las principales innovaciones del T-MEC en materia laboral se agregó mediante el Protocolo Modificadorio que las Partes suscribieron el 10 de diciembre de 2019, y consiste en dos Anexos identificados como 31-A y 31-B. El primero regula el Mecanismo Laboral de Respuesta Rápida en Instalaciones Específicas México-Estados Unidos, y el segundo el Mecanismo Laboral de Respuesta Rápida en Instalaciones Específicas México-Canadá. Su propósito es garantizar la reparación de una denegación de derechos para trabajadores en una instalación cubierta.

Conforme a los referidos Anexos 31-A y 31-B, por denegación de derechos se entiende la negativa del derecho de libre asociación y negociación colectiva a los trabajadores de una instalación cubierta, conforme a las leyes necesarias para cumplir con las obligaciones de la otra Parte inherentes al T-MEC, y por instalación cubierta se entiende una instalación en el territorio de una Parte

que: (i) produce una mercancía o suministra un servicio comercializado entre las Partes; o (ii) produce una mercancía o suministra un servicio que compite en el territorio de una Parte con una mercancía o un servicio de otra Parte, y es una instalación en un Sector Prioritario, es decir, que se trata de un sector que produce mercancías manufacturadas³¹, suministra servicios, o involucra minería.

Si una Parte reclamante considera que está ocurriendo una denegación de derechos en una instalación cubierta, primero solicitará que la Parte demandada realice su propia revisión para determinar si existe dicha situación. Si la Parte demandada determina que hay una denegación de derechos, intentará repararla dentro de los 45 días siguientes a la solicitud. La Parte reclamante proporcionará información suficiente para apoyar la revisión que realice la Parte demandada. Esta última tendrá un plazo de diez días para notificar a la otra Parte si tiene la intención de efectuar la revisión solicitada. Si la Parte demandada se rehúsa a realizar la revisión o no notifica en el mencionado plazo de 10 días que tiene la intención de hacerlo, la Parte reclamante podrá solicitar la integración de un Panel Laboral de Respuesta Rápida para realizar la verificación y

³¹ Para mayor certeza, los Anexos 31-A y 31-B aclaran que las mercancías manufacturadas incluyen, pero no se limitan, a productos y componentes aeroespaciales, autos y autopartes, productos cosméticos, mercancías de panadería elaboradas industrialmente, acero y aluminio, vidrio, cerámico, plástico, forjas, y cemento.

determinación respectiva, y poder imponer medidas de reparación³².

Para ello, las Partes establecerán y mantendrán listas de Panelistas Laborales, que serán nombrados para integrar las listas por un mínimo de cuatro años, y deberán tener conocimientos y experiencia en derecho y práctica laboral, y en la aplicación de normas y derechos reconocidos por la OIT.

V. Disputas en Materia Ambiental

Aunque el TLCAN tampoco incluyó un Capítulo que regulara la materia ambiental, los Estados Partes suscribieron paralelamente al tratado comercial un Acuerdo de Cooperación Ambiental, el ACAAN³³. El Capítulo 24 del T-MEC cubre los aspectos ambientales bajo el nuevo tratado y, adicionalmente, en forma similar al ACAAN, los gobiernos de los tres países celebraron en forma simultánea al T-MEC un nuevo “Acuerdo en Materia de Cooperación Ambiental” (AMCA).

El principal propósito del Capítulo 24 del T-MEC y del AMCA, es la protección del medio ambiente y la prevención de peligros contra la vida o la salud humana. Para ello, las Partes reconocen que es

inapropiado fomentar el comercio o la inversión mediante el debilitamiento o reducción de la protección otorgada en sus leyes ambientales, y proponen utilizar la cooperación ambiental como un medio para promover políticas comerciales y ambientales que se apoyen mutuamente.

El Capítulo 24 del T-MEC hace énfasis en el uso de mecanismos consultivos así como en la información y participación públicas, estableciendo que cada Parte dispondrá la recepción y consideración de preguntas y comentarios escritos de personas, referentes a la implementación de dicho Capítulo. El Capítulo 24 también exige que las Partes se aseguren que cualquier persona interesada pueda solicitar que las autoridades competentes de una Parte investiguen presuntas violaciones a sus leyes ambientales, y garantizar el acceso a procedimientos administrativos, cuasi judiciales o judiciales, que sean justos, equitativos y transparentes, que cumplan con el debido proceso, y que permitan la aplicación de las leyes ambientales y sanciones apropiadas por violaciones a dichas leyes.

Además de contener regulaciones específicas en ciertas materias

³² Las medidas de reparación que puede imponer la Parte reclamante dependerán de la gravedad de la denegación de derechos, según sea apropiado, y pueden consistir en (i) la suspensión del tratamiento arancelario preferencial para las mercancías manufacturadas en la instalación cubierta, (ii) la imposición de sanciones sobre las mercancías manufacturadas en la Instalación Cubierta, o (iii) los servicios suministrados por la Instalación Cubierta.

³³ “Acuerdo de Cooperación Ambiental de América del Norte” (o NAAEC por sus siglas en inglés: “North American Agreement on Environmental Cooperation”), 1ero de enero de 1994, http://www.sice.oas.org/trade/nafta_s/ambien1.asp

ambientales³⁴, tanto el AMCA como el Capítulo 24 del T-MEC prevén diversos mecanismos e instancias institucionales para abordar los asuntos que surjan en materia ambiental, a saber:

(a) Comité de Medio Ambiente y Puntos de Contacto

El Capítulo 24 del T-MEC crea un Comité de Medio Ambiente compuesto por representantes gubernamentales de alto nivel de las autoridades nacionales relevantes de comercio y medio ambiente del nivel central de gobierno de cada Parte, responsables de la implementación de dicho Capítulo. Entre las funciones de ese Comité está la de considerar y procurar resolver las Consultas de Representantes de Alto Nivel que se regulan en el mismo Capítulo.

Para facilitar las comunicaciones entre las Partes para la implementación del Capítulo 24, cada Parte debe designar un Punto de Contacto, dentro de los 90 días siguientes a la entrada en vigencia del T-MEC.

(b) Comisión para la Cooperación Ambiental

El AMCA se centra en la necesidad de cooperación entre las Partes del T-MEC, y para ello reitera que las Partes continuarán participando en la

Comisión para la Cooperación Ambiental (CCA) establecida originalmente bajo el ACAAN, integrada por (i) un Consejo, (ii) un Secretariado, y (iii) un Comité Consultivo Público Conjunto.

(c) Peticiones sobre la aplicación de la Legislación Ambiental

El Capítulo 24 del T-MEC prevé que cualquier persona podrá presentar peticiones relativas a omisiones de alguna de las Partes en la aplicación efectiva de sus leyes ambientales. Tales peticiones se presentarán ante el Secretariado de la CCA, que examinará cada petición y determinará si amerita solicitar una respuesta de la Parte involucrada. Una vez notificada, la Parte puede proporcionar información referente a: (i) la aplicación de su legislación ambiental y cualesquiera medidas tomadas en relación con el asunto en cuestión; (ii) si el asunto ha sido previamente materia de un procedimiento judicial o administrativo; y (iii) si hay recursos internos relacionados con el asunto al alcance de la persona que presenta la petición, y si se ha acudido a ellos. Si el asunto en cuestión es materia de un procedimiento judicial o administrativo pendiente de resolución, el Secretariado no continuará con el trámite.

³⁴ Por ejemplo, el Capítulo 24 del T-MEC regula aspectos relativos a la pesca, a recursos forestales, la calidad del aire, la protección de la capa de ozono, la protección del medio marino (contra la contaminación por buques, o por basura marina), y el ACA se refiere a la necesidad de cooperación para reducir la contaminación, o para la conservación y protección de la biodiversidad y los hábitats, el uso sustentable de los recursos naturales, el crecimiento verde, entre otros.

(d) Expedientes de Hechos

Conforme al Capítulo 24 del T-MEC, si el Secretariado de la CCA considera que en vista de la respuesta de la Parte la petición amerita que se elabore un expediente de hechos, así lo informará al Comité de Medio Ambiente y al Consejo de la CCA proporcionando sus razones. Si al menos dos miembros del Consejo le ordenan hacerlo, el Secretariado elaborará un proyecto de expediente de hechos, incorporando los comentarios de las Partes y cualquier otra información pertinente, en un expediente final de hechos.

El Comité de Medio Ambiente considerará el expediente final de hechos, y podrá presentar recomendaciones al Consejo de la CCA sobre si el asunto planteado podría beneficiarse de actividades de cooperación entre las Partes.

(e) Consultas Medioambientales

Una Parte (consultante) puede solicitar consultas con cualquier otra Parte (consultada), respecto de cualquier asunto que surja conforme al Capítulo 24 del T-MEC. La consulta también debe ser entregada a la tercera Parte que no sea consultante o consultada, la cual podrá participar si considera que tiene interés sustancial en el asunto. Las Partes deben hacer sus mejores esfuerzos a través de las consultas para alcanzar soluciones consensuadas y mutuamente satisfactorias, mediante

actividades de cooperación o el asesoramiento y asistencia de cualquier persona u organismo que consideren apropiado.

(f) Consultas de Representantes de Alto Nivel

Si las Partes consultantes no logran resolver el asunto mediante las Consultas Medioambientales, el Capítulo 24 del T-MEC prevé que una Parte puede solicitar a través de los Puntos de Contacto, que los representantes del Comité de Medio Ambiente de las Partes consultantes se reúnan para considerar y tratar de resolver el asunto. Los representantes ante el Comité de una tercera Parte pueden participar en las Consultas si consideran tener un interés sustancial en el asunto.

(g) Consultas Ministeriales

Si las Partes consultantes no logran resolver el asunto mediante las Consultas de Representantes de Alto Nivel, el Capítulo 24 del T-MEC también prevé que una Parte puede referir el asunto a los Ministros relevantes de las Partes consultantes, quienes buscarán resolver el asunto.

(h) Solución de las controversias mediante un Panel Arbitral

Si las Partes consultantes no logran resolver el asunto mediante las Consultas dentro de determinado

plazo³⁵, la Parte solicitante puede solicitar el establecimiento de un Panel en la misma forma prevista por el Capítulo 31 para las controversias comerciales. En esta materia se prevé que un Panel puede buscar asesoramiento o asistencia técnica para abordar el asunto, y proporcionará a las Partes la oportunidad de comentar sobre dicho asesoramiento o asistencia técnica recibida.

VI. Conclusiones y Perspectivas

Muchos ponían en duda que los tres Estados miembros del TLCAN pudieran ponerse de acuerdo para modificar dicho tratado y celebrar un acuerdo que lo sustituyera. Sin embargo, a pesar de las dificultades y largas negociaciones entre las Partes para poder alcanzar el Acuerdo, y la resistencia de una u otra Parte en ciertas materias, el T-MEC es una realidad y ya se encuentra en vigencia desde el 1 de julio de 2020.

Como acuerdo comercial, el T-MEC ha sido objeto de halagos y críticas, pues aunque se le reconoce que contiene mejoras, se le acusa también de empeorar otros aspectos. De cualquier forma, el T-MEC contiene sus propios mecanismos para solucionar las diferencias que surjan entre los Estados Partes, ya sea mediante la aplicación de ciertos remedios comerciales o mediante los mecanismos de solución de

disputas allí previstos, que en última instancia contemplan el establecimiento de un Panel Arbitral. Sin embargo, más allá del hecho de que se deja siempre la puerta abierta a la negociación y a las soluciones consensuadas entre las Partes, lo cierto es que incluso en el supuesto que actúe un Panel Arbitral, son las propias Partes las únicas que pueden solucionar sus controversias mediante un entendimiento entre ellas, antes, durante y después de la activación de cualesquiera mecanismos. Lo mismo es predicable respecto de las disputas laborales y medioambientales.

En el ámbito de las inversiones, se ha especulado que el T-MEC pudiera frenarlas, porque restringe y reduce la cantidad de inversionistas que podrían demandar a los países anfitriones en un arbitraje inversionista-Estado para proteger sus inversiones. Es un hecho que los inversionistas extranjeros a menudo temen recurrir a los tribunales locales del país receptor de la inversión. En comparación, un arbitraje, que es ampliamente reconocido como el principal mecanismo para la protección de las inversiones extranjeras, suele representar una parte importante de los esfuerzos de los Estados para atraer capitales foráneos. No parece ser ese el caso del T-MEC, donde el acceso al arbitraje inversionista-Estado solo será posible para inversionistas mexicanos en

³⁵ El plazo previsto originalmente en el texto del Capítulo 24 del T-MEC del año 2018 era de 30 días, pero fue ampliado a 75 días por el Protocolo Modificatorio que las Partes suscribieron el 10 de diciembre de 2019.

Estados Unidos, o para inversionistas estadounidenses en México, aunque con bastantes restricciones.

El panorama anterior debe alentar a las compañías e inversionistas que operan en la zona de libre comercio de América del Norte a contar con evaluación y asesoría legal adecuadas para proteger sus inversiones, en un entorno donde las opciones para la resolución de disputas se verán significativamente limitadas para los inversionistas bajo el T-MEC.

Corrupción: un problema más allá de la arbitrabilidad

Fernando Sanquírigo Pittevil*

Resumen: El autor expone las razones que existen para determinar que existe arbitrabilidad y por tanto los tribunales arbitrales tienen jurisdicción cuando existen alegatos de corrupción relacionados con los asuntos sometidos a su consideración. Además, analiza cuáles son algunos de los efectos que se derivan de declarar la existencia de corrupción a un contrato en específico, para luego analizar cuál es el estándar de prueba que deben requerir los tribunales arbitrales cuando revisan estos alegatos.

Abstract: The author presents the existent reason to determine the arbitrability and therefore the jurisdiction of arbitral tribunals when facing allegation of corruption related to the issues presented to them. Further, the author analyses some of the effects of finding corruption in a specific contract, to finally review which should be the standard of proof required by arbitral tribunals when addressing corruption allegations.

Palabras Claves: Arbitraje, arbitrabilidad, corrupción, jurisdicción, estándar de prueba.

Keywords: Arbitration, arbitrability, corruption, jurisdiction, standard of proof.

* Abogado Universidad Monteávila, Especialista en Derecho Corporativo Universidad Metropolitana, Candidato a PhD Universidad Católica Andrés Bello. Socio en Legía Abogados. Profesor de Pregrado en las Universidades Monteávila, Católica Andrés Bello y Central de Venezuela. Director del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias de la Universidad Monteávila. Subdirector de la Revista de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Monteávila: *Derecho y Sociedad*. Director del Programa de Estudios Avanzados en Arbitraje de la Universidad Monteávila. Miembro de la Junta Directiva de la Asociación Venezolana de Arbitraje 2019-2021

Sumario: I. Introducción, II. Corrupción más allá de la arbitrabilidad, A. Efectos arbitrales, B. Efectos materiales, C. El estándar de prueba, III. Conclusión

I. Introducción

Constantemente se revisa el concepto de arbitrabilidad para poder establecer cuáles son los asuntos que son susceptibles de ser resueltos mediante arbitraje¹ y, al contrario, para ver cuáles serán aquellos asuntos que únicamente podrán resolver los tribunales de una determinada jurisdicción. Así, estos asuntos que pueden o no ser resueltos por arbitraje estarán determinados, inicialmente, por la *lex arbitri* aplicable a cada uno de los arbitrajes; lo que implica que, será potestativo del Estado al que está sometido el arbitraje, determinar cuáles serán esos asuntos arbitrables.

Anteriormente dijimos ‘inicialmente’ debido a que la arbitrabilidad podría ser revisada nuevamente en sede judicial – luego de la posible solicitud de nulidad– si el tribunal del lugar de ejecución del laudo encuentra que el asunto que fue arbitrado (el objeto sobre el cual recae el arbitraje) no es susceptible de ser re-

suelto por arbitraje en dicho país²; lo que implicaría, no la nulidad del laudo, sino la denegatoria de ejecución de este.

Respecto de lo anterior, y tomando en cuenta que el arbitraje, según la Ley Modelo UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional, recae sobre materias comerciales³, entendidas estas como aquellas “...que abarque[n] las cuestiones que se plantean en todas las relaciones de índole comercial, contractuales o no”⁴, podría llegarse a la conclusión de que los asuntos sobre los cuales recae la corrupción carecen de arbitrabilidad. Incluso, podría además alegarse que, siendo los asuntos relativos a la corrupción tienen una vinculación al orden público, estos quedarían fuera de ámbito de lo arbitrable.

Sin embargo, tal y como veremos, si bien los tribunales arbitrales no pueden decidir sobre los efectos penales que derivan de la corrupción, ello no implica que, de la revisión de las relaciones comerciales

¹ Utilizamos la expresión “asunto que pueda ser resuelto por arbitraje” dada la redacción del Artículo II(1) de la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras (la “Convención de Nueva York”) que establece “Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.”

² Artículo V.2(a) de la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras

³ Artículo 1 de la Ley Modelo UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional, aprobada en 1985 y enmendada en 2006 por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (“Ley Modelo UNCITRAL”)

⁴ Ley Modelo UNCITRAL, p. 1 https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/07-87001_ebook.pdf

sometidas a su consideración, no puedan y deban decidir sobre los efectos que la corrupción produce sobre el negocio y/o relación jurídica sometida a su conocimiento; puesto que, no cabe la menor duda, de que no debe permitirse que ninguna parte obtenga beneficio de ningún tipo, derivado de dicha práctica.

II. Corrupción más allá de la arbitrabilidad

La ‘corrupción’ es un término difícil de definir y ha generado diversas nociones⁵, entre ellas “la conducta que se aparta de la conducta formal de los deberes públicos para el beneficio privado económico o social (personal, familiar cercano, grupo privado); o que viole las normas en contra el ejercicio de ciertos tipos de influencia privada⁶”.

Si bien esta definición no aporta muchas luces sobre lo que puede o no puede entenderse como ‘corrupción’, también queda claro que muchos de los textos normativos internacionales (p. ejemplo la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción o el Convenio Penal sobre la Corrupción) evitan dar una noción exacta del significado de corrupción, optando por establecer un catálogo de delitos que generan corrupción: soborno de funcionarios públicos, malversación o peculado, apropiación

indebida, tráfico de influencias, abuso de funciones, enriquecimiento ilícito, entre otros.

Sobre la base de lo anterior, pueden darse casos –y de hecho se han dado–, durante el curso de un procedimiento arbitral, en donde alguna de las partes alega la existencia de un hecho de corrupción que impacta la relación jurídica debatida, lo cual presenta problemas relativos a la arbitrabilidad; y por tanto, a la jurisdicción del tribunal arbitral (los cuales llamaremos efectos arbitrales); y/o problemas relativos a los efectos jurídicos sobre el negocio jurídico debatido (los cuales llamaremos efectos materiales).

Si bien alguna de las partes puede alegar la existencia de corrupción, también pueden darse escenarios en donde, ante la ausencia de alegatos de esta índole, el centro de arbitraje o el tribunal arbitral, detecten o lleguen a tener conocimiento o evidencia de corrupción relacionada a la relación o negocio jurídico debatido en el arbitraje, que de igual forma presentarán al tribunal arbitral con problemas arbitrales y problemas materiales que deberá resolver.

A. Efectos arbitrales

Es claro que la misión de los árbitros consiste en decidir la controversia plan-

⁵ William Fox, “Adjudicating Bribery and Corruption Issues in International Commercial Arbitration”, *Journal of Energy & Natural Resources Law* 27, no 3 (2009): 489

⁶ Traducción del autor: “behavior which deviates from the formal duties of a public role because of private-regarding (personal, close, private clique) pecuniary or status gain; or violates rules against the exercise of certain types of private-regarding influence.” de Josep S Nye, “Corruption and Political Development: A Cost-Benefit Analysis” *American Political Science Review* 61, no. 2 (1967): 417

teada por las partes –de forma tal que sea ejecutable⁷– siempre que dicha controversia esté comprendida dentro de los límites del acuerdo arbitral, de la arbitrabilidad y que no sea violatoria del orden público; de lo contrario, el laudo que dicte el tribunal arbitral encontraría el problema de ser anulado o inejecutable.

Bajo esta premisa, la Convención de New York establece, en su artículo V, que el reconocimiento de un laudo arbitral podrá ser denegado si (i) el laudo resuelve un asunto no comprendido en la cláusula arbitral⁸; (ii) la materia sometida a arbitraje en la cláusula no es arbitrable⁹; o (iii) el laudo contraría el orden público del país en donde se trata de ejecutar¹⁰.

De acuerdo con lo anterior, y aceptando que una de las obligaciones de los árbitros es procurar dictar un laudo que sea ejecutable, no es de extrañar que ante la necesidad de decidir sobre la existencia y alcances de hechos de corrupción el tribunal arbitral se haga, al menos, tres preguntas fundamentales, a saber

i. ¿permite el ordenamiento jurídico al que está sometido el arbitraje (*lex arbitri*) la arbitrabilidad de corrupción?

ii. ¿la corrupción como hecho presente en el caso planteado, es un asunto comprendido en la cláusula arbitral? o dicho de otra forma ¿la jurisdicción del tribunal arbitral se extiende a decidir sobre hechos de corrupción? y

iii. ¿Que el tribunal arbitral decida sobre hechos de corrupción violará el orden público del país donde se ejecutará el laudo arbitral?

Respecto de la arbitrabilidad de la disputa, solo el caso ICC 1110 de 1963 decidido por G. Lagergren rechazó tener jurisdicción ante el alegato de soborno –una forma de manifestación de corrupción–, alegando que “las partes que se juntan para llevar a cabo acciones de esta naturaleza [corrupción], deben darse cuenta que han renunciado a solicitar la asistencia de la maquinaria judicial (sea de cortes nacionales o arbitraje) para resolver sus disputas”¹¹.

Es importante señalar que el laudo en cuestión no hizo una revisión a profundidad de la jurisdicción de la que disponía o no el tribunal arbitral para decidir la controversia basado en la arbitrabilidad; sino que simplemente, ante la prueba irrefutable de hechos de corrupción, el árbitro bajo el argumento “decencia y la moralidad publica”,

⁷ Artículo 42 del Reglamento de Arbitraje de la ICC; 12 del Reglamento de Arbitraje CEDCA, entre otros

⁸ Artículo V.1(c) de la Convención de Nueva York

⁹ Artículo V.2(a) de la Convención de Nueva York

¹⁰ Artículo V.2(b) de la Convención de Nueva York

¹¹ Traducción del autor: “Parties who ally themselves in an enterprise of the present nature must realize that they have forfeited any right to ask for assistance of the machinery of justice (national courts or arbitral tribunals) in settling their disputes.” Ver laudo citado en https://www.trans-lex.org/201110/_/icc-award-no-1110-of-1963-by-gunnar-lagergren-yca-1996-at-47-ct-seq/

desechó conocer sobre el caso, lo que ha llevado a algunos autores a sostener que el verdadero argumento sostenido por G. Lagergren en el presente caso refiere, más bien, a la inadmisibilidad de la acción, bajo el principio de la imposibilidad de alegar la propia torpeza¹².

Esta tesis de inadmitir la acción ante la presencia de hechos de corrupción parece haber sido respaldada en algunos otros casos, en donde tribunales arbitrales han sostenido, entre otras cosas que debido a las acciones corruptas de las partes “el caso del agente debe ser desechado debido a que no existe ningún reclamo defendible bajo la ley...”¹³.

Tal y como señalamos al inicio de este trabajo, la existencia de un hecho jurídico calificado como corrupción y los efectos comerciales que pueda tener este hecho dentro de la relación o negocio jurídico determinado es el problema que tendrá que resolver el tribunal arbitral, pero siempre dentro de un asunto que va más allá de la simple calificación de la corrupción. Así, la línea que establecer la arbitrabilidad de la disputa no está determinada por el hecho calificado como corrupción, sino lo que establecerá la arbitrabilidad de la disputa será el negocio o relación jurídica debatida.

De esta forma, la relación o negocio jurídico debatido, que será el que determine la arbitrabilidad, puede ser de diversa índole: un contrato de suministro, un contrato de representación, contrato de transporte o compraventa mercaderías internacionales, etc.; mientras que el hecho jurídico corrupción, será evaluado respecto de los efectos jurídicos que inciden sobre el negocio o relación jurídica debatida: existencia, validez, eximente de responsabilidad, etc.

Lo que debe quedar claro, es la diferencia que existe entre el asunto que se discute dentro del arbitraje, (por ejemplo, existencia de un contrato de construcción); y los efectos que se derivan de un hecho específico sobre el asunto debatido en el arbitraje (por ejemplo, si existen vicios en los elementos de existencia del contrato en virtud de la presencia de corrupción).

Bajo el ejemplo anterior, queda claro que existe arbitrabilidad sobre el asunto debatido –existencia de un contrato de construcción por efectos de la corrupción– lo que diferiría si lo que las partes estuvieran solicitando al tribunal arbitral fuese la declaratoria de la existencia de corrupción y la determinación de las responsabilidades penales y administrativas que derivan de ese hecho, lo que clara-

¹² Philippe Fouchard et al., *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration* (La Haya: Kluwer International Law, 1999), 353-354

¹³ Richard H. Kreindler y Francesca Gesualdi, “The Civil Law consequences of Corruption under the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: An analysis in light of International Arbitration Practice” en *The impact of Corruption on International Commercial Contracts*, ed Michael Joachim Bonnel y Olaf Meyer (Nueva York: Springer International Publishing, 2015), 401

mente está reservado al ejercicio de la jurisdicción criminal y/o administrativa de cada Estado.

Una vez asumida la arbitrabilidad del asunto, debe el tribunal arbitral revisar la naturaleza de lo que puede discutirse respecto de la corrupción en el arbitraje concreto, lo que estará determinado por la extensión de la cláusula arbitral. Esto es, si dentro de los límites de lo pactado por las partes, un tribunal arbitral puede o no tomar jurisdicción en razón de la materia. Así, como cualquier hecho que sea jurídicamente relevante y que tenga efectos sobre un negocio o relación jurídica específica, la corrupción puede tener efectos materiales, lo que no hace que el tribunal se esté excediendo en su jurisdicción al calificar los hechos específicos como corrupción.

Más relevancia cobra lo anterior, si aceptamos que las cláusulas arbitrales son usualmente redactadas en términos generales, de forma tal, que comprendan *todas y cada una de las disputas o conflictos* relacionados con la relación o negocio jurídico concreto¹⁴. Así, encontrarse que un hecho, calificado como corrupción, tiene un impacto en el negocio o relación jurídica particular el cual debe ser valorado por los árbitros, tal y como podría suceder con cualquier otro hecho relevante (ya sea de fuerza mayor, imprevisión, etc); por lo que no pare-

ciera que el hecho calificado jurídicamente como corrupción afecta el alcance de la cláusula y por tanto la jurisdicción del tribunal arbitral.

La importancia que se da al orden público del lugar de ejecución del laudo revela diversas consecuencias, ya que, en muchas ocasiones, los tribunales arbitrales no tienen porqué tener conocimiento del lugar en donde será ejecutado el laudo. Sin embargo, esto no los releva de su responsabilidad de dictar un laudo que sea susceptible de ser ejecutado, y esto implica al menos, que se cumpla con los estándares del orden público internacional.

Así, por ejemplo, la Suprema Corte de Pakistán no permite que se ejecuten laudos en donde el tribunal arbitral haya resuelto sobre la existencia de hechos de corrupción. En el caso *Hubco c. Wapad* la Corte Pakistaní decidió que, puesto que el orden público de ese país requiere que los casos donde se discuten asuntos de corrupción sean resueltos por sus tribunales, los tribunales arbitrales carecen de jurisdicción para conocer de dichos casos¹⁵, vinculando el orden público con temas de arbitrabilidad. Esto nos hace pensar sobre cuáles son los efectos de puede tener el orden público del lugar de ejecución sobre la arbitrabilidad de las controversias.

¹⁴ Gary B. Born, *International Arbitration: Law and Practice* 2^{da} ed (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2016), 36

¹⁵ Zheng Sophia Tang, *Jurisdiction and Arbitration Agreements in International Commercial Law* (New York: Routledge, 2014), 98

Similar al caso Pakistán en donde por razones de orden público se prohíbe al tribunal conocer sobre los aspectos relacionados con la corrupción, en Estados Unidos se prohíbe a cualquier autoridad no gubernamental (entre estas los tribunales arbitrales) llevar a cabo procedimientos civiles relacionados con su legislación de corrupción internacional (Foreign Corrupt Practices Act o FCPA como se conoce). Sin embargo, hay quienes sostienen, al contrario, que ello no implica que no puedan discutirse los efectos derivados de la corrupción en los términos establecidos en la FCPA a los asuntos debatidos en el arbitraje¹⁶.

Aparte de los casos anteriores, hay que tener en cuenta que el orden público internacional otorga argumentos importantes para arbitrar asuntos que tengan relación con corrupción, en el entendido de que deben determinarse los efectos materiales que se derivan de la corrupción sobre el asunto debatido; o en otras palabras, el orden público internacional obliga a los árbitros a decidir afirmativamente sobre la arbitrabilidad del asunto y consecuencialmente decidir materialmente el caso¹⁷.

B. Efectos materiales

Los efectos materiales que puede tener un contrato que tiene vicios de corrup-

ción pueden ser de diversa índole, y dependerán –entre otras cosas– de los remedios contractuales que otorgue el ordenamiento jurídico aplicable al caso concreto, el ordenamiento jurídico aplicable en el lugar de ejecución del laudo –por aplicabilidad del orden público de ese país–, la buena fe de las partes del contrato, el objeto del contrato considerado en sí mismo, etc.

Respecto del objeto del contrato considerado en sí mismo, podemos encontrar acuerdos que fueron obtenidos por prácticas de corrupción y contratos que documentan en sí mismos la corrupción (por ejemplo, contratos que simulan ser pago de comisiones, cuando en verdad constituyen el pago de un soborno¹⁸); en donde los contratos obtenidos por medios corruptos pueden, en algunos casos, acarrear que se restituyan las prestaciones ejecutadas de buena fe por las partes, en virtud de la anulación sobrevinida del contrato, sin que el tribunal arbitral otorgue ningún daño compensatorio o reparatorio¹⁹; mientras que los contratos que documentan la corrupción y cuyo cumplimiento se busca en sede arbitral, deberán ser declarados nulos y sin efecto alguno, sin lugar a ningún tipo de remedio jurisdiccional²⁰.

Es importante llamar la atención al hecho de la nulidad o anulación del

¹⁶ William Fox, “Adjudicating Bribery and Corruption Issues in International Commercial Arbitration”, *Journal of Energy & Natural Resources Law* 27, no 3 (2009): 488

¹⁷ Ver casos ICC 3913 de 1981 y ICC 3916 de 1982

¹⁸ Casos ICC 3913 de 1981, ICC 6248 de 1994

¹⁹ Caso ICC 11307 del 2008

²⁰ Casos ICC 3913 de 1981, ICC 6248 de 1994

contrato respecto de la cláusula arbitral y al principio de separabilidad. Existe consenso en las diversas legislaciones, y así ha sido recogido en la Ley Modelo UNCITRAL²¹, de que la nulidad del contrato contenido de las obligaciones y derechos de las partes respecto del negocio jurídico material que llevan a cabo no acarrea la nulidad del acuerdo arbitral²².

A pesar de lo anterior, pueden darse situaciones donde el mismo acuerdo de arbitraje, independientemente de si se encuentra contenido en el contrato material o en un contrato independiente, puede ser declarado nulo, generando un el efecto de nulidad del acuerdo arbitral, debido a que la existencia misma del acuerdo arbitral se configuró en virtud de hechos de corrupción²³. Ello implicaría de pleno derecho la falta de jurisdicción del tribunal arbitral, debiendo las partes buscar en los tribunales ordinarios competentes la solución a la controversia planteada.

C. *El estándar de prueba*

Si bien se acepta en términos generales la arbitrabilidad de la corrupción, y que el tribunal arbitral deberá determinar los

efectos arbitrales y materiales que puedan surgir en caso de verificarse hechos de corrupción, el mayor problema con que se encuentran los tribunales arbitrales está referido al estándar de prueba que deben llevar a cabo las partes²⁴, y a las facultades probatorias que tendría el tribunal arbitral, en caso de sospechar que la relación o negocio jurídico se encuentra afectado de corrupción.

El estándar de prueba requerido por los tribunales arbitrales varía en cada caso, sobre todo, cuando estos toman en consideración que probar hechos de corrupción es sumamente difícil, y en muchos casos pruebas directas sobre la corrupción de casos concretos no suelen estar disponibles para las partes y mucho menos para el tribunal arbitral²⁵, sobre todo cuando, en la mayoría de los casos, al menos una de las partes, suele negar la existencia de hechos de corrupción.

Según algunos reportes²⁶, en la mayoría de los casos en donde ha habido alegatos de corrupción, los tribunales arbitrales han solicitado que el estándar de prueba que deben llevar a cabo las partes para soportar este tipo de alegaciones debe ser el más alto. Así, conclusiones de los

²¹ Artículo 16.1 de la Ley Modelo UNCITRAL

²² Caso ICC 7047 de 1994

²³ Caso ICC 6474 de 1992

²⁴ Tomando en consideración que es un principio general del derecho que las partes deberán probar sus alegaciones (Ver preámbulo de las Reglas IBA sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional)

²⁵ Emmanuel Gaillard, "The emergence of transnational responses to corruption in international arbitration" *Arbitration International* 35 vol 1 (2019): 3

²⁶ Antonio Crivellaro, "Arbitration case law on Bribery: Issues of Arbitrability, Contract Validity, Merits and Evidence" en *Arbitration: Money Laundering, Corruption and Fraud. Dossiers of the ICC Institute of World Business Law* vol 1, ed Kristine Karsten y Andrew Berkeley (Paris: Kluwer Law International; International Chambers of Commerce, 2003), 116

tribunales arbitrales como las pruebas aportadas “no son suficientes para establecer con certeza”²⁷, o que el tribunal arbitral requiere “pruebas claras”²⁸, o que se requieren pruebas “suficientemente convincentes”²⁹ son expresiones comunes dentro de la jurisprudencia arbitral.

Esto se ve claramente, por las premisas anteriores, y se llegó incluso a exponer en el caso CIADI EDF (Services) c. Rumania³⁰, en donde el tribunal, en un momento de sinceridad y clara contradicción estableció lo siguiente:

“Sin embargo, en cualquier caso, los hechos de corrupción deben ser probados, y es notoriamente difícil probar la corrupción, ya que típicamente, existe poca o ninguna evidencia física. [Sin embargo] La seriedad de las acusaciones de corrupción en el presente caso, considerando que involucran funcionarios del más alto nivel del gobierno de Rumania, requiere que exista una clara y convincente prueba...”³¹

Solo para aclarar, el tribunal arbitral declara en el mismo párrafo que obtener pruebas de corrupción en términos generales es algo que puede llegar a ser imposible, sin embargo, requiere que se

pruebe fehacientemente el hecho de corrupción en el caso concreto.

A pesar de lo anterior, y sin dejar de tomar en cuenta las graves consecuencias que pueden derivarse de declarar hechos de corrupción en un arbitraje, la comunidad arbitral no está conforme en aceptar que se solicite a la parte que alega la corrupción un alto estándar de prueba; lo que ha llevado a diversas propuestas respecto del estándar de prueba que debe ser requerido a las partes.

Una de las propuestas, utilizadas también por algunos tribunales, consiste en el método de *red flags* o de presunciones basadas en indicios que se dan durante el curso del arbitraje. Así, en el caso ICC 3916 de 1982 el tribunal arbitral consideró que había corrupción (tráfico de influencias) en la obtención de un contrato gubernamental, basándose en lo rápido que ocurrió la adjudicación del contrato, y en que una de las partes se negó a explicar en qué consistían las actividades a las que se dedicaba dentro de su grupo de compañías.

En otro caso³², el tribunal arbitral también utilizó el método de presunciones basadas en indicios, en el cual el demandante recibiría una comisión de 33,33%

²⁷ Caso ICC 5622 de 1982

²⁸ Caso ICC 6286 de 1991

²⁹ Caso ICC 6497 de 1994

³⁰ Caso CIADI Arb/05/13 de 2009

³¹ Traducción del autor: “In any case, however, corruption must be proven and is notoriously difficult to prove since, typically, there is little or no physical evidence. The seriousness of the accusation of corruption in the present case, considering that it involves officials at the highest level of the Romanian Government at the time, demands clear and convincing evidence”

³² Caso ICC 6497 de 1995

por la adjudicación de un contrato, en el cual no se determinaban cuáles eran las obligaciones de la demandada, pero en donde se alegaba haber cumplido al 100% de las mismas, sin que durante el curso del arbitraje pudiera demostrarse cuáles habían sido el 100% de las obligaciones ejecutadas.

Así, han sido varios tribunales arbitrales los que han utilizado la metodología de *red flags* para determinar la existencia de corrupción³³, entre las cuales podemos encontrar (i) la corta duración del contrato; (ii) la imposibilidad de probar las obligaciones ejecutadas; (iii) los altos márgenes de comisiones; (iv) la falta de experiencia de las empresas involucradas para el tipo de contratos; (v) la negativa de probar ciertos requerimientos del tribunal arbitral. Lo anterior, si bien implica un método que consideramos puede, en algunos casos, llevar a conclusiones acertadas, no se basa en un método que pueda garantizar completa confiabilidad y garantizar la justicia que las partes buscan.

Si bien han habido casos en donde los tribunales arbitrales han bajado el estándar de prueba, aceptando pruebas tangenciales que llevaron al tribunal a aceptar la existencia de corrupción³⁴, no creemos que tampoco la forma de probar estas alegaciones sea tal que genere se-

guridad jurídica y confianza en el sistema arbitral.

En todo caso, creemos que la solución del estándar de prueba debe ser el mismo que se requiere para los alegatos generales de las partes, sin necesidad de que el tribunal requiera que se prueben dichos alegatos más allá de cualquier duda. Así, la doctrina³⁵ ha propuesto el siguiente esquema probatorio a llevarse a cabo ante las aseveraciones de corrupción:

- i. No debe bajarse el estándar de prueba, pero tampoco debe subirse;
- ii. Las pruebas que sostengan la existencia de corrupción deberán ser refutadas con el mismo nivel probatorio; y
- iii. Si el tribunal debe realizar inferencias o presunciones para llegar a la conclusión de que existen hechos de corrupción, el tribunal deberá utilizar el mismo estándar de razonamiento que utilizaría para cualquier otra presunción.

Por último, debemos dirigir nuestra atención a los casos en donde el tribunal infiera o tenga razones suficientes para concluir que se encuentra ante hechos de corrupción, sin que ninguna de las partes haga los alegatos correspondientes.

³³ Casos ICC 8891 de 1998; ICC 13515 de 2006; ICC 13914 de 2008

³⁴ Caso ICC 6248 de 1990

³⁵ Constantine Partasides "Proving Corruption in International Arbitration: A Balanced Standard for the Real World," *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 25, no 1 (spring: 2010) 57 y ss

Lo anterior puede parecer incómodo a todos los involucrados en el arbitraje (partes, representantes, otros árbitros, secretarios, incluso al centro de arbitraje si lo hubiere), pero ante la sospecha, y dado que el tribunal arbitral pudiera declarar la validez de un negocio o relación jurídica que pudiere ser inexistente, estaría prestando su asistencia para lograr el lavado de dinero derivado de corrupción, y pudiera quedar sujeto a investigaciones criminales, en caso de que las autoridades penales de un país investiguen dicha transacción.

En todo caso, es un estándar de prueba en el arbitraje –tanto en las Reglas IBA como en las Reglas de Praga– que el tribunal puede ejercer sus facultades probatorias; por lo que ante la sospecha de hechos de corrupción que involucren el negocio o relación jurídica material debatida en el arbitraje, el tribunal arbitral deberá hacer del conocimiento de las partes sus sospechas, requerir las pruebas necesarias que considere pertinentes, y dar a las partes la oportunidad necesaria para hacer los alegatos correspondientes a que haya lugar.

En todos los casos, corresponderá al tribunal arbitral determinar la existencia o no de hechos de corrupción, y dar las soluciones materiales a que haya lugar, según la calificación del derecho material aplicable al caso concreto.

III. Conclusión

La existencia de hechos de corrupción en el arbitraje es, sin dunda, un tema

complicado y que genera cierta incomodidad a todas las partes involucradas. Algunos de los beneficios que ofrece el arbitraje como confidencialidad, independencia de sistemas judiciales, entre otros, permite a algunas partes someter a conocimiento de los tribunales arbitrales negocios o relaciones jurídicas que podrían estar manchadas de corrupción, intentando legitimar los capitales provenientes de dichas actividades criminales.

En todo caso, queda claro de la exposición anterior, que la arbitrabilidad no se ve cuestionada ante las alegaciones o sospechas por parte del tribunal arbitral de hechos de corrupción que rodean el negocio o relación jurídica material debatida. Al contrario, el tribunal arbitral cuenta, en general, con la posibilidad de decidir sobre el hecho de corrupción, siempre manteniéndose dentro de los límites de su jurisdicción en razón de la materia, esto es, dentro de los efectos materiales que puedan derivarse del hecho alegado de corrupción.

Una vez afirmada su jurisdicción, el tribunal arbitral deberá valorar todos los elementos probatorios que sean necesarios, sin requerir un estándar más elevado de prueba al que usualmente se daría a otra prueba, por más grave que sea el alegato, sobre todo, dada la dificultad que puede derivarse de alegatos tan comprometedores.

Será entonces, cuestión de cada caso determinar la existencia y los efectos que tiene la corrupción dentro del arbitraje, siempre con miras a mantener la trans-

parencia y los más altos estándares que sigan permitiendo relaciones comerciales que lleven la ética y la buena fe a feliz término.

El Control Constitucional del Laudo a través del Amparo. Análisis desde la perspectiva del Ordenamiento Jurídico Salvadoreño

Mardoqueo Josafat Tóchez Molina*

Resumen: El laudo arbitral es la expresión máxima de la voluntad de las partes de terminar sus asuntos afuera de las decisiones judiciales, sin embargo, los países tienen esa potestad, - por su poder de *imperium*, - de regular el funcionamiento del arbitraje dentro de sus fronteras, de tal forma que algunos han establecido la posibilidad de que las decisiones dictadas en el laudo arbitral puedan ser revisadas a través del amparo cuando se reclame la violación a un derecho constitucional. ¿Es posible que el amparo sea el medio idóneo para controlar el laudo arbitral? Esta es una humilde propuesta realizada bajo el estudio del ordenamiento jurídico de un país que decidió reconocer al arbitraje como derecho fundamental pero que al mismo tiempo permite que sea el arbitraje objeto de control constitucional.

Abstract: The arbitration award is the maximum expression of the will of the parties to end their conflicts outside of judicial courts, however, countries have that power, - by their *imperium* power, - to regulate how the arbitration works inside their borders in such a way that some of them have established the possibility that the decisions made in the arbitration award may be reviewed through the amparo when the violation of a constitutional right is claimed. Is it possible that the amparo is the ideal form to control the arbitration award? This is a humble proposal made under the study of the legal system of a country that decided to recognize arbitration as a fundamental right but at the same time allows arbitration to be subject to constitutional control.

Palabras Claves: Arbitraje, derecho constitucional, control constitucional del laudo, derecho fundamental a arbitrar, arbitraje en El Salvador, garantías al derecho fundamental a arbitrar.

* Doctor en derecho privado con énfasis en arbitraje de la Universidad Dr. José Matías Delgado, máster en derecho de los negocios de la Universidad de Barcelona, máster en asesoría jurídica de la Universidad de Deusto, con postgrado en negocios internacionales de la Universidad Tecnológica, licenciado en ciencias jurídicas de la Universidad Centroamericana, (UCA), abogado y notario salvadoreño, con diversos estudios en arbitraje internacional, ha sido conferencista en distintos eventos de arbitraje internacional, en países como México, Panamá, Honduras, entre otros, ha sido árbitro de equidad y derecho y ha asesorado a distintas empresas e instituciones gubernamentales de El Salvador sobre arbitraje, negociaciones y métodos alternos de solución de conflictos, así también ha participado como abogado litigante en arbitrajes domésticos, litigios comerciales, constitucionales y de derecho administrativo de diversa índole. Actualmente se desempeña como Ministro Consejero de la Embajada de El Salvador en Estados Unidos, con sede en Washington DC.

Keywords: Arbitration, constitutional law, constitutional control of the award, fundamental right to arbitrate, arbitration in El Salvador, warrants to the fundamental right to arbitrate.

Sumario: I. Introducción, II. El reconocimiento constitucional del arbitraje como Derecho Fundamental en El Salvador, III. El Derecho Fundamental a arbitrar y una propuesta sobre su garantía, IV. El amparo como garantía constitucional en El Salvador y su relación con el arbitraje, V. Conclusiones

I. Introducción

Cuando se pretende establecer la relación entre el arbitraje y el derecho constitucional surge la duda en los Estados si es posible controlar las decisiones arbitrales definitivas (denominadas laudos arbitrales) a través del amparo. Aunque la respuesta no es igual, - pues cada país es soberano de desarrollar la institución del arbitraje como mejor le parezca, - vamos a tratar de establecer en estas líneas una posición sobre esta interrelación entre el arbitraje y la Constitución basado en el ordenamiento jurídico salvadoreño.

Para empezar, debemos mencionar que los Estados, - como entes soberanos, - deciden como van funcionando las instituciones en cada uno de sus ordenamientos jurídicos, y para el caso concreto de nuestro país El Salvador, podemos decir que el arbitraje no ha sido la excepción. Sin embargo, la regulación en El Salvador no ha sido del todo bonancible con este método alternativo de solución de conflictos.

Hemos visto como cada uno de los países de la región centroamericana han ido

teniendo algunos avances en cuanto a la regulación y aplicación de principios necesarios en sus legislaciones; y con ello le van brindado confianza a los operadores jurídicos que practican el derecho arbitral internacional, pues el contar con leyes modernas de arbitraje que adoptan la esencia de lo que es y debe ser el arbitraje, permiten que el funcionamiento de la institución en la región sea más o menos similar.

Esto no significa necesariamente que el desarrollo en todos los países sea igual, pues el avance del reconocimiento y del funcionamiento de este método alternativo de solución de conflictos dependen de factores internos de cada país¹, pues el éxito está en la coordinación e integración del arbitraje dentro de cada uno de los ordenamientos jurídicos.

Cabe destacar que hoy en día la práctica arbitral encuentra bastante uniformidad, pues se cuenta con un instrumento que ha alcanzado muy buena aceptación a nivel mundial en los últimos tiempos, nos referimos a Ley Modelo UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional (en adelante identificada como: LMUNCI-

¹ Entre los factores que consideramos más influyentes son: una ley moderna y adecuada para la práctica del derecho arbitral, así como el reconocimiento y estudio por parte del órgano Jurisdiccional del funcionamiento de la institución y la aplicación en sus sentencias de los principios básicos en los que descansa este método alternativo.

TRAL)². Esta norma de derecho no vinculante ha permitido que los países que pretenden adecuar su normativa interna a la práctica de arbitraje internacional la puedan adoptar de manera íntegra o parcialmente. Lo que da la tranquilidad a los países soberanos de regular el arbitraje como mejor se acople a sus ordenamientos jurídicos³.

Eso es lo que le da la riqueza al estudio de la institución, pues a pesar de que su regulación es casi similar, no todas las naciones son amigables con el arbitraje y de ahí que cuando se practica el arbitraje internacional, una de las tareas importantes del operador jurídico es determinar que foro puede ser conveniente o no a los intereses de su cliente.

Hoy por hoy, debemos reconocer que, el hecho de contar con una norma constitucional que le reconozca como derecho fundamental no necesariamente es una garantía de que la institución se desarrollará a plenitud, aunque si debemos ser enfáticos en señalar que los Estados que así la han regulado, - como un derecho fundamental, - tienen el deber de ir perfeccionando el terreno hasta hacerlo

fértil, para que la semilla que se siembra de la institución alcance pronto su plenitud.

Previo a ingresar a nuestro planteamiento, debemos advertir al lector que nuestra propuesta se basa en el ordenamiento jurídico salvadoreño y que debemos recalcar que en nuestro caso, al arbitraje se le regula de una manera peculiar con respecto a otros países, pues nuestro constituyente le dio una importancia a la institución del arbitraje de considerarle como un derecho fundamental, lo cual facilita la exposición de este ensayo con respecto a otros países, y que, permite que hagamos nuestra propuesta sobre el nivel de control que debe existir sobre el laudo arbitral a través del amparo.

Debemos decir que El Salvador, no es el único país que le adopta como tal, es decir, como un derecho fundamental sustantivo, pues hay otros países en la región que también así lo han hecho⁴, e incluso, ya existe alguna jurisprudencia en la región que ha determinado que el

² LMUNCITRAL, (UNCITRAL, 2006).

³ En el caso particular de El Salvador, la normativa vigente no ha sido acorde en su totalidad con la LMUNCITRAL, prueba de ello es la falta de regulación clara de la posibilidad de que los árbitros dicten las medidas cautelares Art. 32 Ley de Mediación Conciliación y Arbitraje (El Salvador, Asamblea Legislativa, 2002). (en adelante identificada como LMCA), la decisión que a falta de acuerdo entre las partes de cómo debe dictarse el laudo arbitral en el arbitraje se deba resolver en equidad, Art. 59 inciso 2º LMCA la determinación del arbitraje como recurso y no como acción, Art. 67 y Ss. LMCA, entre otras. Gary B. Born, *International commercial arbitration. Commentary and material*, 2ª Ed., (La Haya: Kluwer law international, 2001), p. 30

⁴ Como unos ejemplos podemos mencionar el Art. 101 de la Constitución de Honduras, que tiene una redacción muy similar a nuestra Constitución. *Vid.* Art. 101 Constitución de Honduras, (Honduras, Asamblea Legislativa, 1982), o el Art. 43 Constitución de Costa Rica, (Costa Rica, Asamblea Legislativa, 1949) que señala que todas las personas tienen el derecho de terminar sus asuntos a través de la institución, entre otras.

arbitraje tiene el carácter de derecho fundamental⁵.

También hay que decir, que la decisión de los constituyentes de otros países fue distinta a la nuestra, ya que decidieron considerar al arbitraje como un derecho fundamental procesal⁶. Esto significa que su regulación se determina como un permiso especial para que el arbitraje coexista como parte de las funciones jurisdiccionales que le corresponden de manera monopólica a cualquier Estado. Con el hecho de reconocerle, se le da un permiso especial para que se desarrolle más no se reconoce como el derecho inherente a las personas, como lo hace la nuestra.

Otros países de la región optaron por consagrar a todos los medios alternos de solución de conflictos como derechos fundamentales, esta regulación más amplia permite que métodos como la mediación, la conciliación, la negociación, el arbitraje, los disputes boards, entre otros, puedan tener carácter de derecho fundamental⁷.

Es decir, la tendencia, - al menos latinoamericana, - ha sido en irle dando un espacio dentro de sus ordenamientos ju-

rídicos como una parte vital de su estructura, estableciéndoles como medios que permiten a los particulares acceder a la tutela judicial efectiva sin necesidad de llegar a un proceso judicial.

Esto indica que las tendencias constitucionalistas de nuestros países tienden a reconocerle dentro de un lugar privilegiado en su norma suprema, lo que debería de significar además que, al tener ese lugar privilegiado, independientemente de la fuente de inspiración por la cual se adopta la decisión de cada Estado de reconocerle como un derecho fundamental debería traer aparejada la integración dentro del ordenamiento jurídico como lo que es, un derecho fundamental y por tanto sujeto a su protección a través de ciertas garantías para que el mismo goce de eficacia.

II. El reconocimiento constitucional del arbitraje como Derecho Fundamental en el Salvador

Históricamente, el constituyente salvadoreño casi de manera constante ha desarrollado al arbitraje como un dere-

⁵ Sala de lo Constitucional, proceso de amparo referencia: 17-006813-0007-CO, (Costa Rica, Corte Suprema de Justicia, 2017)

⁶ Art. Artículo 139° N° 1 Inc. 2° Constitución de Perú, (Perú, Asamblea Constituyente, 1993) establece: *"Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral."* Art. 116 Constitución de Colombia (Colombia, Asamblea Legislativa, 1991).

⁷ Vid. Arts. 253 y 258 de la Constitución de Venezuela (Venezuela, Asamblea Legislativa, 1999). El primero le constituye a los medios alternos de solución de conflictos como parte del sistema judicial y el segundo le establece como una obligación de promover dichos métodos a través de la ley. Art. 17 Reforma de la Constitución de México (México, Asamblea Legislativa, 2017).

cho fundamental en la Constitución⁸. No es sorpresa el destacar esta premisa, pues nuestra fuerte influencia constitucional como parte de la colonia española nos heredaron principios -valores que nos regularon desde 1812 cuando éramos parte de la colonia y en dicho momento histórico nos regía la Constitución de Cádiz, en donde se realizó una regulación específica del arbitraje como un derecho sustantivo de los españoles a terminar sus asuntos a través de la institución⁹.

A partir de dicho momento, el constituyente salvadoreño adoptó como nuestro ese reconocimiento sustantivo del derecho fundamental a arbitrar, y en la última Constitución vigente no fue la excepción, así, en el Art. 23 de la Constitución (en adelante Cn) se estableció de manera clara, justo después de regular el derecho a la libre contratación, el derecho que tienen las partes de someter sus asuntos de libre disposición a ser resuelta a través del arbitraje¹⁰.

Esto puede llevar a la falsa expectativa de considerar que el arbitraje se ha construido en un andamiaje fuerte y sostenible dentro del ordenamiento jurídico salvadoreño, si tomamos en cuenta que su génesis se establece desde una bendición constitucional¹¹, lo que permitiría hacer imaginar al lector que el arbitraje en nuestro país se desarrolla a plenitud, pero que, en la práctica, encuentra su principal obstáculo en la misma norma secundaria que le desarrolla.

Así, por ejemplo, podemos mencionar que en las tres normas procedimentales que regularon el arbitraje desde 1857 hasta el año 2002 se estatuyeron procedimientos arbitrales plagados de excesivo control judicial, y que no permitían que los árbitros ni las partes fueran los protagonistas de la resolución de los conflictos, pues la decisión siempre quedaba en manos de los jueces, quienes podían de una u otra manera te-

⁸ Decimos de manera constante porque casi en todas nuestras constituciones a excepción de la constitución de 1883 y 1944 se ha regulado el derecho a arbitrar dentro de nuestra Constitución. Para mayor profundidad sobre el tema: Vid. Mardoqueo Josafat Tóchez Molina, *El derecho fundamental a arbitrar y el principio de mínima intervención judicial como garantía de su eficacia. Un análisis desde la perspectiva del ordenamiento jurídico salvadoreño* (San Salvador, 2020), p. 101, http://www.academia.edu/43619224/TESIS_DOCTORAL_MARDOQUEO_TOCHEZ (consultada el 16 de febrero de 2020).

⁹ Vid. Art. 180 Constitución de Cádiz, (España, Monarquía española, 1812): No se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por ambas partes.

¹⁰ Art. 23 Constitución de El Salvador, (El Salvador, Asamblea Legislativa, 1983). "...Ninguna persona que tenga la libre administración de sus bienes puede ser privada del derecho de terminar sus asuntos civiles o comerciales por transacción o arbitramento."

¹¹ José Roberto Tercero Zamora, "El Salvador," en: AA.VV., Adriana Zapata de Arbeláez, y otros, (Dir.), *El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica*, (Bogotá DC: Universidad Externado de Colombia, 2010), p. 412.

ner una incidencia dentro del desarrollo del procedimiento arbitral¹².

Es hasta la nueva ley de mediación, conciliación y arbitraje, que se genera una normativa más amigable con el arbitraje, pero que, al no haber adoptado de manera integral la LMUNCITRAL, siempre deja algunos problemas a la institución, siendo el último de estos problemas la regulación de el recurso de apelación del laudo arbitral dictado en derecho¹³.

No obstante de los problemas legislativos señalados, hablar de arbitraje en El Salvador es hablar de un derecho sustantivo y autónomo, pues de la lectura del Art. 23 de la Cn se entiende que es un derecho propio de las personas, que no puede ser obstaculizado por nadie cuando se esté en presencia de actos de libre disposición de las partes y sea la vo-

luntad de estas decidir resolver sus conflictos a través de la institución, esto es así, porque históricamente el arbitraje ha sido visto como un derecho derivado de la libre voluntad de las partes, y sobre esta posición hay una interpretación conteste de la doctrina autorizada¹⁴.

Sin embargo, sea este considerado como un derecho derivado, o como lo interpretó nuestro ordenamiento jurídico: como un derecho autónomo, su íntima relación con el derecho constitucional conlleva a una protección especial del Estado para con la institución, aún y cuando sea producto de relaciones internacionales entre las partes, por ese derecho natural denominado libertad de contratación¹⁵.

¹² Todas nuestros códigos de procedimientos creados desde 1857 regulaban el arbitraje con una excesiva intervención judicial, en el caso de código de procedimientos judiciales civiles, criminales y de fórmulas de fecha 20 de noviembre de 1857 regulaba el arbitraje en los artículos 47 al 71, dicho documento fue publicado en la gaceta del Salvador, el 21 de noviembre de 1857. (Esta normativa se creó por orden del ejecutivo, en el cual se le dio la facultad a 3 jurisperitos de desarrollar y revisar la norma previo a darle el rango de ley) Como parte de la historia, esta normativa se puede encontrar en: <https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=mdp.35112105366209&view=1up&seq=73>. Por cuestiones prácticas no hemos mencionado los otros códigos de procedimientos que se crearon y que regularon el arbitraje, pero fueron los códigos de procedimientos de los años 1863 y 1882 en dichas normativas se regularon exactamente igual los procedimientos arbitrales. A partir de la creación de la nueva ley en el año 2002 se adoptaron dentro de la nueva ley parcialmente la LMUNCITRAL. *Vid.* LMCA.

¹³ Art. 66 – A LMCA.

¹⁴ Rafael Verdera Server, Carlos Esplugues Mota “Del convenio arbitral y sus efectos. Art. 9,” en: AA.VV., Silvia, Barona Vilar. (Coord.). *Comentarios a la ley de arbitraje.* (Ley 60/2003, de 23 de diciembre), (Madrid: Civitas, 2004) p. 316, Nigel Blackaby, Constantine Partasides, Alan Redfern, Martin Hunter, *Redfern and Hunter on international arbitration*, (6ª edición (student version), (New York: Oxford University Press, 2015), p. 71, entre otros.

¹⁵ El derecho salvadoreño se hace descansar en tres derechos fundamentales a saber: igualdad, libertad y propiedad, de ahí que el derecho de libre contratación sea un derecho derivado de estos tres derechos, pues sólo hay una forma de relación patrimonial entre hombres libres e iguales y esa forma es el derecho de libre contratación a través del acuerdo de las voluntades. *Vid.* Sala de lo Constitucional, sentencia de inconstitucionalidad referencia: 26 – 2008, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2008).

III. El Derecho Fundamental a arbitrar y una propuesta sobre su garantía

Para muchos será un tema de discusión el hecho de que propongamos al derecho a arbitrar como un derecho fundamental. Es una discusión que suele ser más frecuente entre las personas que en sus ordenamientos jurídicos no cuentan con una mención explícita en sus constituciones como si lo decidió hacer el legislador salvadoreño.

Donde sí puede haber acuerdo indiscutible en la doctrina y en los operadores jurídicos es que el derecho a arbitrar necesita del apoyo de derechos básicos para su existencia como lo son: la libertad de contratación y de la autonomía de la voluntad de las partes. Desde luego que este enfoque constitucional nos lleva a ver que en todas las jurisdicciones alguna relación se tiene entre el arbitraje y los derechos fundamentales, aunque no se encuentre nominado expresamente en sus ordenamientos jurídicos dentro de la norma primaria.

Por otro lado, existe una opinión favorable de un sector de la doctrina autorizada que le ha propuesto para que sea considerado inclusive como un derecho humano¹⁶. Es decir, se le considera

como un derecho subjetivo e inherente a la persona humana que consiste en que la persona es libre de poder decidir si quiere o no que el Estado participe en la forma en que va a resolver sus conflictos.

Pero volviendo a nuestro país, cuando nuestro constituyente lo adoptó como un principio – valor dentro de nuestra norma suprema, además le otorgó al derecho fundamental a arbitrar la posibilidad de verse en el más alto pedestal de nuestro ordenamiento jurídico, pues con dicha decisión legislativa se le dio carácter de norma suprema, por tanto, desde dicha concepción, tiene la bondad de contar con todos los mecanismos de defensa para su restablecimiento cuando sea violentado de alguna forma por el sistema¹⁷.

Estas garantías que se enmarcan en el ordenamiento jurídico son las encargadas de proteger a los derechos fundamentales, de tal manera que, si no existieran las garantías, el derecho fundamental no sería más que letra vacía, pues no se podría

¹⁶ Francisco González de Cossío, “Procesos constitucionales y procesos arbitrales: ¿agua y aceite?”, en: *Jurídica. Anuario del departamento de derecho de la Universidad Iberoamericana*, n° 43 (2013): 147, <http://www.revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/juridica/article/view/35058/31982>.

James Graham, “Arbitraje y derechos humanos”, en: *Perfiles de las Ciencias Sociales*, año 3, n° 6 (2016): 2, <http://www.3-ct.com/wp-content/uploads/2017/04/Arbitraje-y-derechos-humanos.pdf>. Entre otros.

¹⁷ Una aproximación sobre el tipo de defensa de las normas fundamentales se puede encontrar en: Felipe Ignacio Paredes Paredes, *La garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico chileno*, Barcelona, 2012, p.48, en: <http://hdl.handle.net/10803/85415>

hacer efectivo el derecho fundamental por ningún medio¹⁸.

Como tal, el Estado debe propugnar a través de la Constitución o inclusive a través de norma secundaria cuales son las garantías¹⁹ con las que cuenta el justiciable para poder hacerle frente a las violaciones que pudieran suscitarse en los derechos fundamentales – para el caso concreto el derecho fundamental a arbitrar-.

En ese sentido, nuestra posición es que, - con respecto al derecho fundamental a arbitrar y la intervención judicial para su control, - ya con la creación de la normativa vigente de arbitraje que se adoptó a través de algunos lineamientos de la LMUNCITRAL en el Art. 28 literal a de la LMCA, existe un principio básico que debe elevarse al grado de garantía, como lo es el principio de mínima intervención judicial²⁰. Que prácticamente establece que toda intervención judicial, antes, durante y después del arbitraje sólo es posible si la ley así lo permite.

Por tanto, de adoptarse como propia esta garantía del derecho fundamental a arbi-

trar, el compromiso del Estado debe de consistir en proteger de intervenciones inapropiadas de los administradores de justicia, en el sentido de que la única forma en cómo puede un tribunal avocar su participación en un procedimiento arbitral es que expresamente se lo señale la ley.

Esta debería de ser la primera barrera que encuentra el Juez Constitucional a la posibilidad de revisar el laudo arbitral a través del amparo, pues si se aplicara este principio como garantía del derecho fundamental a arbitrar, el sólo hecho de que no esté regulado como posibilidad de controlar el laudo a través del amparo en la norma, sería la forma de garantizar la eficacia del derecho de las partes a terminar sus asuntos a través de la institución.

Sin embargo, comprendemos la necesidad de discusión que debe realizarse respecto al hecho que como máximo ente de interpretación de la Constitución, la Sala de lo Constitucional ha determinado a través de la jurispruden-

¹⁸ Felipe Ignacio Paredes Paredes, *op cit.* pp. 32 – 33. Es decir, cuando un Estado decide darle el reconocimiento a un derecho fundamental en su Constitución conlleva además la obligación de todos los poderes públicos a respetar el derecho fundamental, y a partir de ahí el compromiso sin excepción de los poderes es de brindar las herramientas de protección a dicho valor fundamental.

¹⁹ La jurisprudencia Constitucional salvadoreña ya ha reconocido que las garantías de protección de derechos fundamentales puede realizarse a través de la Constitución, pero además se generan a través de norma secundaria. Así lo ha reconocido la Sala de lo Constitucional en su jurisprudencia: "...desde esta perspectiva, puede afirmarse que un derecho constitucional puede ser regulado directamente por la misma Constitución o por las normas infraconstitucionales provenientes de aquellos entes públicos que se encuentran constitucionalmente facultados para ello." Sala de lo Constitucional, proceso de inconstitucionalidad 2 – 92, (Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 1999).

²⁰ Vid. Art. 5 LMUNCITRAL. Este principio básico de mínima intervención judicial ha sido además retomado por el legislador salvadoreño en el Art. 28 Lit. a de la LMCA.

cia²¹ la imposibilidad de que existan zonas exentas de control constitucional y que el arbitraje no podría ser una excepción a la regla.

En realidad, este control constitucional si se da dentro del arbitraje, sólo que el órgano competente que lo realiza de acuerdo con el engranaje en que funciona el sistema jurídico no le corresponde a la Sala de lo Constitucional, sino que conforme a la ley de mediación, conciliación y arbitraje a quien le corresponde realizar este estudio es a las Cámaras de la República que conocen del recurso de nulidad²².

Este planteamiento que hacemos fue adoptado ya desde hace varios años por el Tribunal Constitucional de Perú, que inclusive hizo un cambio a los precedentes judiciales que venía manejando, estableciendo que: “El recurso de anulación previsto en el Decreto Legislativo N° 1071, que norma el arbitraje y, por razones de temporalidad, los recursos de apelación y anulación para aquellos procesos sujetos a la Ley General de Arbitraje (Ley N° 26572) constituyen vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias para la protección de derechos constitucionales, que determinan la improcedencia del amparo de

conformidad con el artículo 5º, inciso 2), del Código Procesal Constitucional, salvo las excepciones establecidas en la presente sentencia.”²³

Nuestra posición respecto a la razón de por qué es un órgano inferior el que debe controlar el cumplimiento de la misión del árbitro de resolver los conflictos, se encuentra en el derecho fundamental a arbitrar y que, como parte de la firma de ese acuerdo de libre voluntad trae aparejada la renuncia a otros derechos, sustrayendo como primer principio el conocimiento del fondo de los asuntos sometidos al arbitraje del plano judicial.

En efecto, este derecho no es absoluto, sino que tiene que pasar por ese filtro, - si las partes así lo deciden- de control del cumplimiento de las obligaciones que todo buen árbitro debería de conocer cuando acepta la misión de solventar los conflictos de los particulares, y es la obligación mínima de respetar dos derechos procedimentales que se encuentra aparejados al derecho a arbitrar, cuales son: el derecho de las partes a presentar su caso en igualdad de condiciones, (igualdad procesal) y el respeto incondicional a que las partes puedan defender sus posiciones y se les permitan utilizar

²¹ Sala de lo Constitucional, Resolución de admisión del proceso de inconstitucionalidad referencia 65-2019, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2019).

²² Vid. Art. 67 y 68 LMCA.

²³ Vid. Tribunal Constitucional de Perú, recurso de agravio constitucional Sentencia definitiva en el proceso de recurso de agravio constitucional referencia: 00142 -2011 - PA/TC, Lima, (Perú, Pleno del Tribunal Constitucional, 2011) Dichas excepciones establecidas en la sentencia son: cuando no se le haya dado intervención a un tercero interesado dentro del procedimiento arbitral y cuando el tribunal arbitral no tome en consideración algún precedente constitucional vinculante.

todos los medios de defensa y participación en el procedimiento arbitral. (derecho de defensa)²⁴.

Esto significa que el arbitraje no debe verse como un proceso per sé, sino como un procedimiento constitucionalmente configurado, en donde se deben resguardar los derechos mencionados – igualdad procesal y defensa- pero que, desde el momento en que las partes deciden que su solución no será por la vía ordinaria, aceptan también que se deben sacrificar otros tantos derechos propios de un proceso, como por ejemplo: el derecho a juez natural, resoluciones fundamentadas en derecho²⁵ (cuando estamos en presencia de un procedimiento arbitral en equidad), entre otros.

Entonces, la protección y garantía constitucional del cumplimiento de estos dos derechos constitucionales que son los que se deben proteger dentro del procedimiento arbitral – conforme a nuestro ordenamiento jurídico, - debe de ser ob-

servado por los jueces que conocen del recurso de nulidad.

Claro está que, para poder salvaguardar este derecho constitucional, las causales que se deben establecer dentro del recurso de nulidad deben de cumplir con ese fin de proteger los dos derechos – igualdad procesal y defensa- pero además, deben de proteger el hecho de que el arbitraje siempre se debe realizar respetando el derecho interno de dónde se lleva a cabo el procedimiento arbitral y donde se hará efectivo el laudo arbitral y eso claramente implica que los árbitros deben de resolver los conflictos respetando el hecho de que hay ciertas materias que no son reconocidas por los ordenamientos internos como materia arbitrable.

De ahí que, para cumplir con el objetivo constitucional, los jueces que controlan la función del árbitro deben de contar con las herramientas necesarias para poder garantizar los derechos mencionados y salvaguardar²⁶, – en

²⁴ Constitucionalmente estos artículos se encuentran regulados en el Art. 2 y 11 de la Cn. (El Salvador, Asamblea Legislativa, 1983), además también creemos necesario manifestar que el derecho de audiencia se encuentra también aparejado al derecho fundamental a arbitrar, pero entendemos que el mismo se subsumen en el de defensa, pues si no se da participación y no se le hace saber sobre la existencia del proceso, ni se permite participar abiertamente a una parte se vulnera el derecho de defensa y audiencia).

²⁵ El hecho de que los laudos en equidad no estén fundamentados en derecho no significa que los mismos no estén debidamente motivados y a pesar de que nuestra Sala de lo Constitucional ha sido permisiva respecto a este tema, nosotros consideramos que dicha postura adoptada de que los laudos en equidad no deben ser motivados es un error. Sobre la postura de la Sala de lo Constitucional de que no se deben motivar los laudos de equidad en El Salvador: Vid. Sala de lo Constitucional, auto definitivo en el proceso de amparo referencia: 461 – 2007, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2007).

²⁶ Esto significa que de las causales que se deben adoptar íntegramente son las que contempla la LMUNCITRAL en su Art. 34 LMUNCITRAL, algo que no se ha logrado en El Salvador, pero que nosotros propugnamos porque se realice una lege ferenda sustituyendo el Art. 68 de la LMCA íntegramente por el Art. 34 LMUNCITRAL que regula las causales del arbitraje. Sobre nuestra propuesta integral. Vid. Mardoqueo Josafat Tóchez Molina, *op. cit.* pp. 233 – 238.

nombre del Estado, – el cumplimiento de que las materias arbitrables no afecten el orden público interno y de ahí podemos hablar que si se cumplen con estos derechos y con cuidar que los laudos arbitrables recaigan sobre materia arbitrable, el arbitraje cumple con su función de emitir justicia y por tanto, su resguardo como derecho fundamental debe mantenerse incólume de cualquier intervención ilegal judicial.

Esto inclusive, nos lleva a hacer un apunte, y es que, cuando el juez realiza el control judicial, - cuando proceda, - debe tener también siempre en mente, que su intervención de control debe recaer sobre el procedimiento, más nunca sobre la decisión sustantiva y de fondo propuesta por los árbitros, quienes deberían de ser quienes tengan la última palabra sobre la solución del conflicto, pues esa es la orden que directamente dan las partes a los árbitros cuando deciden someterse al arbitraje, es decir, la idea con la cual se suscribe por las partes un acuerdo arbitral es que quieren siempre mantenerse lejos de la solución de sus conflictos en las sedes judiciales.

IV. El amparo como garantía constitucional en el salvador y su relación con el arbitraje

El amparo tiene como finalidad el proteger a los justiciables de las violaciones a las categorías constitucionales que contempla la Carta Magna²⁷. Su fundamento se encuentra en el Art. 247 de la Constitución salvadoreña que literalmente dice: Toda persona puede pedir amparo ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia por violación de los derechos que otorga la presente Constitución.

Se trata entonces de un mecanismo de protección de derechos de las personas que se proyecta para proteger los derechos para un caso en concreto²⁸. El proceso de amparo es una garantía constitucional porque se ha configurado para la protección de los derechos fundamentales, de tal forma que, cuando una persona se siente agraviada por una autoridad en sus derechos constitucionales, se permite que esta busque el restablecimiento de sus derechos a través de un proceso, que es extraordinario y especial, de tal forma que su configuración sólo debe ser posible si se han agotado todas las medidas ordinarias que el ordenamiento jurídico prevé para su protección²⁹.

²⁷ Sala de lo Constitucional, auto definitivo en el proceso de amparo referencia: 238 – 2003, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2003).

²⁸ Manuel Arturo Montecinos Giralt, *El amparo en El Salvador*, (San Salvador: Corte Suprema de Justicia de El Salvador, 2005), p. 53.

²⁹ Sala de lo Constitucional, auto definitivo en el proceso de amparo referencia: 727-2004, (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2005).

Pero su función no es exclusivamente bajo la dimensión subjetiva³⁰, sino que además se establece que con el reconocimiento que se hace de la Sala de lo Constitucional como máximo interprete de la Constitución se proyecta además una dimensión objetiva, en cuanto a que la jurisprudencia que se va generando por la Sala para casos concretos sirve además como parámetro de interpretación de la constitución para otros casos similares y del alcance constitucional de cada uno de los derechos que se protegen³¹.

El amparo, - a la luz de lo establecido en el Art. 12 inciso 2º de la Ley de Procedimientos Constitucionales, - procede contra actos de autoridad³². De ahí que, si se tomara el concepto de autoridad de manera estricta, podría llevar a determinarse que sólo procede contra aquellas personas que detentan un poder que

proviene de sus funciones públicas como parte integrante del Estado³³.

Sin embargo, esta postura ha sido superada por nuestra Sala de lo Constitucional a través de su jurisprudencia, señalando que el término autoridad no sólo relaciona al poder que emana del Estado, sino que además el poder se da en relaciones de particulares, cuando algunos particulares producen actos limitativos de derechos constitucionales realizando actos de autoridad material³⁴.

De ahí que, la teoría que permite actos contra particulares parecería ser la puerta abierta para que el proceso de amparo proceda contra laudos arbitrales. Esto se prevé de la forma en como se procedió a admitir algunos amparos fundamentados en esta posibilidad de reconocer a los árbitros como autoridad y que, por ese criterio sus decisiones si

³⁰ Entendida la dimensión subjetiva como la protección individual para el caso concreto que se busca el restablecimiento del orden constitucional para el justiciable. Para que esto suceda el agravio que se reclama dentro del proceso debe de configurarse no en cualquier tipo de agravio, sino que el agravio que se exige debe de consistir a un agravio de un derecho de carácter constitucional. Sala de lo Constitucional, auto definitivo en el proceso de amparo referencia: 16 – 2004, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2004).

³¹ Manuel Arturo Montecinos Giralt, *op. cit.*, pp. 56 – 57. Sala de lo Constitucional, proceso de amparo referencia: 22-A-94 y AC. 27-M-94, (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 1996).

³² Art. 12 Inc. 2º Ley de procedimientos constitucionales (El Salvador: Asamblea Legislativa, 1960) que literalmente dice: “La acción de amparo procede contra toda clase de acciones u omisiones de cualquier autoridad, funcionario del Estado o de sus órganos descentralizados y de las sentencias definitivas pronunciadas por la Sala de lo Contencioso Administrativo que violenten u obstaculice su ejercicio...”

³³ Sala de lo Constitucional, auto definitivo en el proceso de amparo referencia: 239 – 1997 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 1997) así era concebido hace muchos años en El Salvador el concepto autoridad: Para lo efectos del proceso de amparo, el concepto de autoridad comprende aquellas personas o instituciones que forman parte de alguno de los órganos del Estado o que realicen actos de autoridad por delegación de los mismos; es decir, que hagan uso de la facultad de imperio del Estado o que realicen actos unilaterales y coercitivos que se impongan a los gobernados, produciendo la creación, modificación o extinción de situaciones jurídicas que afecten sus derechos individuales.

³⁴ Sala de lo Constitucional, auto definitivo en el proceso de amparo referencia: 771 – 2008 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2008).

eran susceptibles de dicho control cuando alguna de las partes alegara violación en sus derechos constitucionales³⁵.

Sobre el particular creemos necesario recalcar en este punto que es imposible que el amparo pueda controlar el funcionamiento del arbitraje en El Salvador, y que el arbitraje debería de encontrarse fuera del radar de la Sala de lo Constitucional. Esto es así, porque el arbitraje como derecho fundamental, no puede ser atacado por una garantía constitucional que se encuentra ahí para hacerle eficaz, pues el arbitraje no puede ser objeto y parámetro de control constitucional³⁶.

Esta posición no significa que el arbitraje esté lejos del escrutinio o control judicial, pues para ello se han establecido ya los recursos que proceden respecto al arbitraje, - de tal forma que para contar con una integración óptima del arbitraje y el control del laudo bajo los parámetros propuestos debe cambiarse el sistema de recursos y adoptarse los propuestos por la LMUNCITRAL respecto a la integración literal de las causales de nulidad del laudo arbitral.

Además, siguiendo la línea de lo expresado, debemos también adoptar como país el hecho que el amparo si procede en dos situaciones claras, pero que en ninguna de ellas se refiere a las actuaciones de los árbitros, sino que cuando exista un problema con la actividad judicial; y estas causales deberían de ser: a. Cuando un juez se abrogue competencia sin estar previamente autorizado por la ley para hacerlo, por violentar la garantía al principio de mínima intervención judicial y b. Cuando la Cámara que conozca del recurso de nulidad falle en su obligación de la protección constitucional del laudo arbitral.

Pero en este último caso la incidencia contra el laudo no es oportuna, sino que sería el Estado el encargado de indemnizar al justiciable, por haber fallado en el control constitucional realizado a través del órgano competente conforme a lo establece el artículo 245 de la Constitución, es decir siendo los jueces que conocieron del recurso de nulidad los responsables de la indemnización directa y subsidiariamente el Estado de El

³⁵ Sala de lo Constitucional, en el proceso de amparo referencia: 144 – 98 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 1999). En este proceso se admitió la demanda en contra de un laudo arbitral dictado en equidad, aunque al final se sobreseyó, esto no obsta a que exista ese peligro de que se sienta la Sala en la curiosa necesidad de avocarse una competencia que no le corresponde.

³⁶ El derecho constitucional como norma suprema es un principio – valor que debe ser protegido por todas las autoridades sin distinción, de ahí que retomamos las palabras del voto disidente de la doctora Victoria Marina de Avilés respecto a que por la naturaleza misma del proceso de amparo no es atendible que el amparo proceda en contra de un derecho fundamental porque sería un absurdo que coincidiera el objeto y el parámetro de control. Sala de lo Constitucional, proceso de inconstitucionalidad 63 – 2007 Ac. (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2007).

Salvador³⁷, sin que esta decisión de la Sala de lo Constitucional pueda afectar en ninguna medida la decisión final del laudo arbitral.

V. Conclusiones

La determinación de nuestros países de conceptualizar al arbitraje en las constituciones no es necesariamente sinónimo de que el arbitraje se desarrolle plenamente, pero si debería de ser un compromiso del Estado el brindarle las protecciones necesarias para conseguir el crecimiento de la institución como lo que decidieron reconocerle: como un derecho fundamental.

Históricamente El Salvador le ha brindado un valor al arbitraje como derecho fundamental, sin embargo, el principal obstáculo para su crecimiento se desarrolla en las normativas secundarias que le regulan, donde se establecieron excesivas participaciones judiciales y que en la actual ley no se adoptó de manera íntegra la LMUNCITRAL, con lo que se han generado confusiones y desconfianza innecesaria en el funcionamiento de la institución en los operadores jurídicos.

El considerar al arbitraje como un derecho constitucional conlleva en que el Estado debe de dotarle de ciertas garantías, entre la más importante para este estudio a nuestro juicio es el reconocimiento del principio de mínima inter-

vención judicial como una forma eficaz de impedir el excesivo intervencionismo ilegal de los jueces previo, durante y después del procedimiento arbitral.

El arbitraje debe ser visto como un procedimiento y no como un proceso, pues las partes al aceptar someterse a la institución renuncia también a otros derechos constitucionales propios del proceso y que no son parte del procedimiento arbitral, en ese sentido se debe entender cumplida la función del árbitro respetando derechos de igualdad procesal y derecho de defensa de las partes y cumpliendo con la obligación de dictar un laudo ejecutable. El cumplimiento de estos parámetros son controlables a través de los tribunales competentes para conocer sobre la nulidad del laudo arbitral por las causales específicamente establecidas en la ley, pero deben mantenerse afuera del radar de la Sala de lo Constitucional por ser suficiente e idóneo el control mediante el recurso de anulación.

El control constitucional del laudo a través del amparo constitucional no es el mecanismo idóneo de control del laudo, pues siendo el arbitraje un derecho fundamental este no puede ser a la vez objeto y parámetro de control constitucional, por tanto, el amparo es un medio eficaz para protegerle, no para atacarle.

³⁷ Para mayor abundancia sobre nuestro planteamiento: *Vid.* Mardoqueo Josafat Tóchez Molina, op. cit. pp. 238 - 246.

Normas Editoriales de Principia

Normas Editoriales para la presentación de artículos académicos para Principia

Revista del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias de la Universidad Monteávila

I. Sobre los artículos

1. Las colaboraciones que sean enviadas deben ser inéditas y cumplir con le Código de Ética de Principia.
2. Los originales deben ser remitidos, dentro del plazo de convocatoria, a la dirección de correo electrónico cierc@uma.edu.ve
3. El manuscrito debe venir acompañado de un breve resumen en español e inglés de unas 10 líneas que sinteticen el contenido del artículo. En dicho resumen también deberá incluirse las palabras claves en español e inglés.
4. Deberá incluirse un resumen corto del currículum del autor en una nota al pie de página.
5. Deberá contar con: Resumen; Introducción; Desarrollo; Conclusiones.
6. Estará prohibido en el texto resaltar en **negritas**, *cursiva*, y/o subrayado. Solo estará permitido, cuando una cita textual de otro texto así lo contenga.
7. Tipo y tamaño de letra:
 - i. Tipo de letra: Times New Roman tanto en el cuerpo del texto (título, párrafo, tablas y cuadros) como en las notas a pie de página.
 - ii. Tamaño de la letra: 11 puntos en el cuerpo del texto (títulos, párrafos, tablas y cuadros) y 9 puntos en las notas a pie de página.
8. El interlineado debe ser de 1,5 en el cuerpo del texto (títulos, párrafos, tablas y cuadros) y sencillo en los títulos de más de dos líneas, las citas largas –afuera del párrafo– y en las notas a pie de página.
9. Alineación del texto:
 - i. Los títulos de los capítulos deben estar centrados.
 - ii. Los subtítulos deben estar alineados a la izquierda.
 - iii. Los párrafos y las notas a pie de página o al final del texto deben ir justificados (alineados tanto a la izquierda como a la derecha). Excepto la primera línea de los párrafos que llevará una sangría de 5 espacios (1,25 cm).

10. Programas del texto: Los artículos deben entregarse en formato Microsoft Word para PC (versiones 2003, 2007, 2010 o 2013 o posterior). El archivo de texto debe tener la extensión .doc o .docx (no se acepta .rtf ni .pdf para el archivo de texto).

II. Sobre las citas, pies de página y referencias

1. Citas:
 - i. Tipo de cita: Estilo CHICAGO en una nota al pie de página. Se debe de mantener a lo largo de todo el texto.
 - ii. El Estilo CHICAGO puede ser encontrado en:
https://www.chicagomanualofstyle.org/tools_citationguide/citation-guide-1.html
 - iii. Las citas textuales de menos de 40 palabras deben tener el mismo formato que el texto (no hay diferencia), y deben estar “entrecomilladas”
 - iv. Las citas de más de 40 palabras deben ir en párrafo aparte con sangría continua de 5 espacios y con interlineado sencillo. Este tipo de cita no utiliza comillas.
2. Notas a pie de página deben estar en letra Times New Roman 9.

III. Arbitraje doble ciego

1. Los trabajos presentados para publicación en Principia serán sometidos a Arbitraje doble Ciego, basándose en los criterios aquí establecidos y en el Código de Ética de la revista.



El Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias (CIERC) de la Universidad Monteávila, nace de la iniciativa de reconocidos profesores y profesionales venezolanos y extranjeros vinculados a la Universidad Monteávila, la Universidad Católica Andrés Bello y el Instituto de Estudios Superiores de Administración (IESA), con el fin de fomentar la utilización de los Medios Alternativos de Resolución de Controversias como vía efectiva para reducir la conflictividad que caracteriza nuestras relaciones comerciales, familiares y personales e incluso, contribuir activamente a solucionar la crisis de justicia e institucionalidad que enmarca nuestro sistema judicial.

El CIERC presenta así diversas herramientas de investigación y formación académica y profesional, orientadas, ante todo, al desarrollo de una metodología efectiva de gerencia y control de riesgos y conflictos, y a fomentar y promover los medios alternativos al litigio judicial para la resolución de controversias, no sólo invitando a las partes a utilizarlos, sino particularmente promoviendo y participando activamente en la formación de árbitros, mediadores y negociadores.

Como parte de las herramientas de investigación y formación académica que promueve el CIERC, nace la necesidad de realizar una publicación que conjugue diferentes artículos de opinión, académicos y de información acerca del desarrollo de los diferentes mecanismos alternativos de resolución, para seguir fomentando el estudio y el desarrollo intelectual en esta área.