

**Universidad Internacional de La Rioja**  
**Máster en el ejercicio de la abogacía**

---

# La naturaleza jurídica del arbitraje

---

**unir**  
UNIVERSIDAD  
INTERNACIONAL  
DE LA RIOJA

Trabajo fin de máster presentado  
por: Maria Irene Perruccio  
Titulación: Máster en ejercicio  
profesional de la abogacía  
Área jurídica: Resolución  
extrajudicial de conflictos  
Director: Profesor Francisco Javier  
Hernández

Venecia

17 de Diciembre de 2016

Firmado por: Maria Irene Perruccio

## 1. ÍNDICE

1. Índice.....	2
2. Listado de abreviaturas y siglas .....	4
3. Resumen .....	6
4. Introducción.....	7
4.1 Definición e introducción al concepto de “arbitraje” .....	7
(a) La definición.....	7
(b) El acceso al arbitraje.....	7
(c) La arbitrabilidad de la controversia.....	8
(d) La autonomía de las partes .....	9
(e) El papel de los tribunales nacionales .....	11
(f) El laudo .....	11
(g) Las ventajas.....	12
4.2 Aproximación histórica.....	13
5. Desarrollo.....	14
5.1 El debate.....	14
(a) La teoría contractualista.....	15
(b) La teoría jurisdiccional.....	16
(c) La teoría mixta o híbrida .....	17
(d) La teoría autónoma o supranacional.....	18
5.2 Efectos y consecuencias prácticas.....	19
(a) Efectos y consecuencias en la naturaleza de la misión del árbitro y su estatus.....	19
(b) Efectos y consecuencias en la relación entre el arbitraje y los tribunales nacionales.....	21
(c) Efectos y consecuencias en el valor del laudo arbitral .....	22
(d) Efectos y consecuencias en la división de los costes del arbitraje .....	24
(e) Efectos y consecuencias en la confidencialidad del procedimiento arbitral.....	24
5.3 Diferencias entre laudo arbitral y acuerdo de mediación.....	25
5.4 Arbitraje comercial y arbitraje de inversiones .....	25
5.5 En España .....	26
5.6 En derecho comparado .....	28
(a) En Italia .....	28
(b) En Francia .....	32
(c) En los Estados Unidos.....	33
(d) En el Reino Unido.....	34
(e) En Suiza.....	35
(f) En Bélgica.....	35
(g) En América Latina.....	36
(i) Brasil .....	36
(ii) Argentina.....	36

---

(iii) Colombia .....	36
(h) En arbitraje internacional .....	37
6. <b>Tendencias contemporáneas: la judicialización del arbitraje</b> .....	37
7. <b>Conclusiones</b> .....	39
8. <b>Lugar y fecha</b> .....	41
9. <b>Bibliografía</b> .....	42
9.1 Doctrina .....	42
9.2 Jurisprudencia.....	48
10. <b>Anexos</b> .....	51
10.1 Convención de Nueva York, Artículo V .....	51
10.2 Ley Modelo UNCITRAL/CNUDMI, Capítulo viii. Reconocimiento y ejecución de los laudos - Artículos 35 y 36.....	52
10.3 Convenio Europeo de Derechos Humanos – Artículo 6 .....	54

## 2. LISTADO DE ABREVIATURAS Y SIGLAS

- Art.: Artículo
- AAA: American Arbitration Association (Asociación Americana de Arbitraje)
- ASA: Swiss Arbitration Association (Asociación Suiza de Arbitraje)
- BIT: Bilateral Investment Treaty (Tratado Bilateral de Inversiones)
- CAS: Court of Arbitration for Sport (Tribunal de Arbitraje Deportivo)
- CCJA: Common Court of Justice and Arbitration (Tribunal Común de Justicia y Arbitraje)
- CEDH: Convenio Europeo de Derechos Humanos
- CIETAC: China International Economic and Trade Arbitration Commission (Comisión Internacional Económica y del Comercio de China)
- CRCICA: Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration (Centro Regional por el Arbitraje Comercial Internacional de El Cairo)
- DAB: Dispute Adjudication Board (Junta de Resolución de Conflictos)
- DIAC: Dubai International Arbitration Center (Centro de Arbitraje Internacional de Dubái)
- ECT: Energy Charter Treaty (Tratado sobre la Carta de la Energía)
- EE.UU.: Estados Unidos de América
- FIDIC: International Federation of Consulting Engineers (Federación Internacional de Ingenieros Consultores)
- GAR: Global Arbitration Review (Revista Global de Arbitraje)
- HKIAC: Hong Kong International Arbitration Center (Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong)
- ICC: International Chamber of Commerce (Cámara de Comercio Internacional)
- ICDR: International Center for Dispute Settlement (Centro Internacional para la Resolución de Disputas)
- ICSID: International Center for Settlement of Investment Disputes (o “CIRDI”: Centro Internacional para Resolución de Disputas sobre Inversiones)
- LCIA: London Court of International Arbitration (Tribunal de Arbitraje Internacional de Londres)
- LEC: Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
- NAFTA: North America Free Trade Agreement (Acuerdo del Libre Mercado de América del Norte)
- OHADA: Organization por l’Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (Organización para la Armonización del Derecho Mercantil en África)

- PCA: Permanent Court of Arbitration (Tribunal Permanente de Arbitraje)
- SCAI: Swiss Chambers' Arbitration Institution (Institución Arbitral de las Cámaras Suizas)
- SCC: Stockholm Chamber of Commerce (Cámara de Comercio de Estocolmo)
- SIAC: Singapur International Arbitration Center (Centro de Arbitraje Internacional de Singapur)
- UNCITRAL: United Nations Commission on International Trade Law (o "CNUDMI": Comisión de las Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional)
- WIPO: World Intellectual Property Organization (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual)

### **3. RESUMEN**

En este trabajo se plantea el problema de la naturaleza jurídica “contractual” o “jurisdiccional” del arbitraje.

El trabajo tiene en cuenta que existen diferentes doctrinas.

Por un lado, hay autores que sostienen que el arbitraje tiene naturaleza contractual, en el sentido que es una institución privada con carácter contractual. Estos autores se focalizan más sobre la fuente del arbitraje, es decir, la cláusula arbitral (que va incluida en un contrato) o el compromiso arbitral (que este mismo tiene naturaleza de acuerdo entre las partes).

Otros autores afirman que el arbitraje tiene naturaleza de institución jurisdiccional. Por lo tanto, es una institución próxima a la jurisdicción del Estado. Esta parte de la doctrina se apoya esencialmente en el procedimiento arbitral que, aunque privado, sigue los mecanismos de la jurisdicción.

El trabajo sigue analizando los diferentes efectos y consecuencias de estas dos doctrinas, demostrando que no es una cuestión teórica, sino altamente práctica.

## 4. INTRODUCCIÓN

### 4.1 Definición e introducción al concepto de “arbitraje”

#### (a) La definición

Para empezar un buen análisis del tema es necesario establecer la base: la definición de “arbitraje”.

La Corte de Arbitraje de Madrid define el arbitraje de esta manera: “En todas las economías desarrolladas, el arbitraje es el procedimiento más adecuado para resolver de forma rápida y confidencial los conflictos que puedan surgir entre los agentes económicos, tanto en el ámbito nacional como en el internacional. Las cámaras de comercio de todo el mundo tienen una labor protagonista en la creación y desarrollo de sistemas de arbitraje.”<sup>1</sup>

El WIPO define el arbitraje como “un procedimiento por el cual se somete una controversia, por acuerdo de las partes, a un árbitro o a un tribunal de varios árbitros que dicta una decisión sobre la controversia que es obligatoria para las partes. Al escoger el arbitraje, las partes optan por un procedimiento privado de solución de controversias en lugar de acudir ante los tribunales.”<sup>2</sup>

El Profesor GARY BORN, en su tratado “*International Commercial Arbitration*”, define el arbitraje como “un proceso con el que las partes, consensualmente, entregan la disputa a un adjudicador no gubernamental, elegido por las partes, para que dicte una decisión vinculante que resuelva la disputa, de acuerdo con procedimientos neutros, de adjudicación, que den a las partes la oportunidad de ser escuchadas.”<sup>3</sup>

De hecho, el arbitraje representa una alternativa “privada” a los tribunales nacionales.

#### (b) El acceso al arbitraje

Las partes litigiosas pueden acceder al arbitraje por dos vías: (i) “*ex antes*”, es decir a través de una cláusula arbitral, que las partes incluyen en el contrato objeto de la disputa en el momento de la firma del contrato; (ii) “*ex post*”, o sea a través de un compromiso arbitral, un acuerdo entre las partes sobre la común intención de

---

<sup>1</sup> Sitio web: <http://www.arbitramadrid.com/web/corte/descripcion>

<sup>2</sup> Sitio web: <http://www.wipo.int/amc/es/arbitration/what-is-arb.html>

<sup>3</sup> BORN, G. 2014. Chapter 2: Legal Framework for International Arbitration Agreements. En: GARY B. BORN (ed.) *International Commercial Arbitration*. 2a ed. © Kluwer Law International, p. 247, en inglés: “a process by which parties consensually submit a dispute to a non-governmental decision-maker, selected by or for the parties, to render a binding decision resolving a dispute in accordance with neutral, adjudicatory procedures affording the parties an opportunity to be heard.”

resolver el litigio en arbitraje, en el momento que el litigio aparece (y de toda manera después de la firma del contrato objeto de la controversia).<sup>4</sup>

Por lo tanto, el carácter contractual en este aspecto de acceso al arbitraje es bastante evidente.

Hay además una tercera vía, que es típica del arbitraje de inversiones, en la que el demandante es un ciudadano privado o una sociedad (en posición de inversor), que hace una reclamación a un Estado diferente a su Estado de origen –por ejemplo, un inversor español que tiene una fábrica en Argentina, y Argentina expropia y nacionaliza la fábrica.

En esta situación no es necesario que en el contrato entre el inversor y el Estado de inversión haya una cláusula arbitral, o que las partes se pongan de acuerdo acerca de un compromiso arbitral. Para que el inversor pueda acceder al arbitraje es suficiente que en el BIT entre el Estado de origen del inversor y el Estado de inversión haya una cláusula arbitral (típicamente ICSID o UNCITRAL).<sup>5</sup> Con esta cláusula, en el ejemplo de antes, el ciudadano puede iniciar un arbitraje directamente contra el Estado de Argentina para reclamar una compensación por la pérdida de su fábrica.

El aspecto contractual mencionado antes es menos evidente en arbitraje de inversiones.

#### (c) La arbitrabilidad de la controversia

Otro aspecto que es fundamental para este análisis es qué tipo de litigio puede ser objeto de arbitraje.

Para encontrar una respuesta es necesario recordar lo mencionado antes, es decir, que el arbitraje representa una alternativa privada a la jurisdicción pública del estado.

Los árbitros no tienen –y no pueden tener– todas las características que son enumeradas en el artículo 6 del CEDH; en particular, a pesar de que sean “independiente[s] e imparcial[es]”, está claro que los árbitros no pueden ser “establecidos por la ley”. Solamente el juez del tribunal estatal está “establecido por la ley”, y por otro lado los árbitros son elegidos por las partes. Por eso, hay una diferencia substancial entre el poder jurisdiccional del juez –que es general y viene directamente del Estado– y el poder del árbitro –que viene de las partes del litigio particular.

---

<sup>4</sup> BORN, G. 2014. Part I: International Arbitration Agreements. En: GARY B. BORN (ed.) *International Commercial Arbitration*. 2a ed. © Kluwer Law International, pp. 225 – 228.

<sup>5</sup> BISHOP, R. D; CRAWFORD, J. 2014. Chapter 1: Foreign Investment Disputes. En: BISHOP, R. D; CRAWFORD, J. et al. (eds) *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary*. 2a ed. © Kluwer Law International, pp. 1 – 20.



El resultado último de esta circunstancia (que el poder del árbitro viene de las partes) es que el árbitro no puede resolver todas las controversias, sino solamente las controversias que afectan a los derechos disponibles.<sup>6</sup>

Controversias que incluyen cuestiones de orden público, como por ejemplo corrupción u otras cuestiones criminales, están típicamente fuera del alcance de “arbitrabilidad” y resultan competencia de los tribunales estatales.<sup>7</sup>

Entonces, el aspecto privado del arbitraje tiene consecuencias prácticas sobre el procedimiento.

#### (d) La autonomía de las partes

Es importante recordar que la autonomía de las partes (o “*party autonomy*”) es generalmente considerado el fundamento principal del arbitraje.<sup>8</sup>

De hecho, en la cláusula arbitral o en el compromiso arbitral, las partes pueden elegir diferentes aspectos del procedimiento.

Primero, pueden elegir el reglamento aplicable: los más frecuentes para el arbitraje comercial, en área occidental, son los reglamentos de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (ICC),<sup>9</sup> del Tribunal de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA),<sup>10</sup> de la Institución Arbitral de las Cámaras Suizas (SCAI),<sup>11</sup> y el reglamento del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Estocolmo (SCC);<sup>12</sup> en los EE.UU. la institución la más importante es el Centro Internacional por la Resolución de las Disputas (ICDR),<sup>13</sup> que creo en su marco al Asociación Americana para el Arbitraje (AAA)<sup>14</sup>; para el área oriental, los reglamentos del

<sup>6</sup> MISTELIS, L. A. 2009. Part I: Fundamental Observations and Applicable Law, Chapter 1 - Arbitrability – International and Comparative Perspectives. En: LOUKAS A. MISTELIS, STAVROS L. BREKOULAKIS (eds.) *Arbitrability: International and Comparative Perspectives, International Arbitration Law Library*, Volumen 19, © Kluwer Law International, pp. 1 – 18.

<sup>7</sup> Véase la decisión más famosa en Tribunal ICSID. Caso World Duty Free Company Ltd contra Republic of Kenya. Caso No. ARB/00/7. Sentencia de 4 octubre 2006; y el caso Tribunal ICSID. Caso Metal-Tech Ltd contra la República de Uzbekistán. Caso No. ARB/10/3. Sentencia del 2 octubre 2013.

<sup>8</sup> BERMANN, G. 2012. The “Gateway” Problem. *The Yale Journal of International Law*, Volumen 37:1, pp. 1-50.

<sup>9</sup> Sitio oficial: <http://www.iccwbo.org/about-icc/organization/dispute-resolution-services/icc-international-court-of-arbitration/>

<sup>10</sup> Sitio oficial: <http://www.lcia.org/>

<sup>11</sup> Sitio oficial: <https://www.swissarbitration.org/>

<sup>12</sup> Sitio oficial: <http://www.sccinstitute.com/>

<sup>13</sup> Sitio oficial: [https://www.icdr.org/icdr/faces/home;jsessionid=QCuSWS\\_vBuGTBGq\\_s0dQr9EcnnCuB864Y7npqOKjk6dv6g2gOFrk!-1754214441?\\_afLoop=2225558869452322&\\_afWindowMode=0&\\_afWindowId=null#%40%3F\\_afWindowId%3Dnull%26\\_afLoop%3D2225558869452322%26\\_afWindowMode%3D0%26\\_adf.ctrl-state%3Dbqm0desg1\\_4](https://www.icdr.org/icdr/faces/home;jsessionid=QCuSWS_vBuGTBGq_s0dQr9EcnnCuB864Y7npqOKjk6dv6g2gOFrk!-1754214441?_afLoop=2225558869452322&_afWindowMode=0&_afWindowId=null#%40%3F_afWindowId%3Dnull%26_afLoop%3D2225558869452322%26_afWindowMode%3D0%26_adf.ctrl-state%3Dbqm0desg1_4)

<sup>14</sup> Sitio oficial: [https://www.adr.org/aaa/faces/home;jsessionid=L2uSWn8Lwic2Mlh7oZAZRfmOO7erS-GHsTt9IFbISbsnWuuT94kP!1034935591?\\_afLoop=2226095303220911&\\_afWindowMode=0&\\_afWindowId=bqm0desg1\\_1#%40%3F\\_afWindowId%3Dbqm0desg1\\_1%26\\_afLoop%3D2226095303220911%26\\_afWindowMode%3D0%26\\_adf.ctrl-state%3Dekfcf8gr2\\_4](https://www.adr.org/aaa/faces/home;jsessionid=L2uSWn8Lwic2Mlh7oZAZRfmOO7erS-GHsTt9IFbISbsnWuuT94kP!1034935591?_afLoop=2226095303220911&_afWindowMode=0&_afWindowId=bqm0desg1_1#%40%3F_afWindowId%3Dbqm0desg1_1%26_afLoop%3D2226095303220911%26_afWindowMode%3D0%26_adf.ctrl-state%3Dekfcf8gr2_4)

Centro de Arbitraje Internacional de Singapur (SIAC),<sup>15</sup> del Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong (HKIAC),<sup>16</sup> y de la Comisión Internacional Económica y del Comercio de China (CIETAC);<sup>17</sup> para el área medio-oriental hay el Centro de Arbitraje Internacional de Dubái (DIAC),<sup>18</sup> y el Centro Regional por el Arbitraje Comercial Internacional de El Cairo (CRCICA)<sup>19</sup>; para el área africana, la institución más importante es el Tribunal Común de Justicia y Arbitraje (CCJA) de la Organización por la Armonización del Derecho Mercantil en África (OHADA).<sup>20</sup> Una mención aparte la merece el Tribunal de Arbitraje Deportivo (CAS), con sede en Lausana, Suiza.<sup>21</sup>

Para el arbitraje de inversiones, se utiliza esencialmente el reglamento ICSID o UNCITRAL, o también el reglamento de la SCC si se trata de un arbitraje de energía, que se empieza con el Tratado sobre la Carta de la Energía (ECT).

Segundo, las partes pueden elegir la ley aplicable al contrato, y en general, si el arbitraje es internacional, se trata de una ley neutra (en el sentido de que no es ni la ley del demandante ni la ley del demandado), con la ventaja, además, de permitir elegir árbitros que son expertos en este derecho.

Tercero, las partes pueden elegir el idioma del arbitraje; lo más frecuente, en arbitraje internacional, es que se elija el inglés, pero el español y el francés son también idiomas oficiales del arbitraje de inversiones en el reglamento ICSID.<sup>22</sup>

Cuarto, las partes pueden elegir la sede del arbitraje, algo que es de máxima importancia porque, si las reglas institucionales elegidas por las partes no incluyen detalles sobre un aspecto específico del procedimiento, los árbitros deben aplicar la *lex arbitri*, o sea la ley de arbitraje nacional del país en que se encuentra la sede del arbitraje (por ejemplo, en un arbitraje ICC con sede en Madrid, si el reglamento ICC no incluye provisiones específicas sobre la práctica de las pruebas, los árbitros pueden aplicar la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje).

Adicionalmente, las partes pueden elegir el lugar de las audiencias, que puede ser diferente al de la sede del arbitraje. Este aspecto no tiene impactos jurídicos sobre el procedimiento, pero permite más flexibilidad, mayor la comodidad para de las partes y una reducción de los costes (en el reciente ejemplo, si ambas partes se encuentran en Londres, a pesar de que la sede esté Madrid, las audiencias pueden tener lugar en Londres).

---

<sup>15</sup> Sitio oficial: <http://www.siac.org.sg/>

<sup>16</sup> Sitio oficial: <http://www.hkiac.org/>

<sup>17</sup> Sitio oficial: <http://www.cietac.org/?l=en>

<sup>18</sup> Sitio oficial: <http://www.diac.ae/idias/>

<sup>19</sup> Sitio oficial: <http://www.crcica.org.eg/>

<sup>20</sup> Sitio oficial: <http://www.ohada.org/index.php/fr/> y también [http://www.aict-ctia.org/courts\\_subreg/ohada/ohada\\_home.html](http://www.aict-ctia.org/courts_subreg/ohada/ohada_home.html)

<sup>21</sup> Sitio oficial: <http://www.tas-cas.org/en/index.html>

<sup>22</sup> Como se puede ver en la Reglamentación n. 34 del ICSID, publicada en el sitio web oficial: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/partC-chap08.htm>

Quinto, y más importante, las partes pueden elegir sus propios jueces: los árbitros. Esta es una decisión muy estratégica por diferentes razones. En primer lugar, porque las partes pueden elegir un árbitro que tiene experiencia en el ámbito específico de la controversia (por ejemplo, los contratos de venta de energía son muy diferentes de los contratos de fusión y adquisición).

Adicionalmente, por la tradición y educación jurídica del árbitro: por ejemplo, si el caso del cliente tiene más posibilidades de ganar con una aplicación literal del contrato, es mejor nominar a un árbitro anglosajón. Al contrario, si la ley aplicable es más favorable al contrato en sí mismo, es más lógico nominar a un árbitro de tradición de *civil law*.

Además, lógicamente, y esto es importante para el presente análisis, un árbitro anglosajón tendrá muy probablemente una visión sobre la naturaleza del arbitraje diferente de la de un árbitro francés o español.<sup>23</sup>

#### (e) El papel de los tribunales nacionales

Para simplificar, se puede pensar en el arbitraje como un medio de resolución de las controversias apoyado por el Estado, mientras que la litigación es un medio organizado por el Estado.

Una de las principales diferencias entre los árbitros y los tribunales estatales es que el árbitro no tiene poder ejecutivo. Por lo tanto, si una de las partes no cumple con un orden procedimental del tribunal arbitral, la otra parte, que tiene interés en que la orden se ejecute, puede remitirse a los tribunales nacionales (de la sede del arbitraje o del país donde se encuentra el objeto del orden procedimental) para que ellas ejecuten forzosamente el orden de los árbitros.

En este sentido se puede decir que los tribunales actúan de manera supletoria a los tribunales arbitrales.

Además, los tribunales nacionales apoyan el arbitraje en otras etapas del procedimiento: principalmente al inicio, con las *anti-suit injunctions*, y ayudando a las partes a formar el tribunal (remplazando las partes reluctantes), y después de la conclusión, a nivel de ejecución del laudo.

Así pues, el arbitraje no está completamente desligado de las jurisdicciones nacionales; hay una cierta conexión que puede cambiar según que se considere el arbitraje de naturaleza jurisdiccional o contractual –como explicado más abajo.<sup>24</sup>

#### (f) El laudo

La conclusión del arbitraje es, como en un procedimiento estatal, una decisión del tribunal que, en este ámbito particular, se llama laudo.

---

<sup>23</sup> Véase la sección 5.6, sobre la perspectiva comparatista.

<sup>24</sup> Véase la sección 5.2(b) sobre la relación entre arbitraje y los tribunales nacionales.

La parte que pierde o no se encuentra satisfecha con la decisión del tribunal puede hacer recurso para anular el laudo antes de los tribunales del país donde estaba la sede del arbitraje.

Una lista de posibles argumentos para pedir la anulación del laudo se encuentra en el artículo 34 de la Ley Modelo UNCITRAL.

De otro lado, si la parte adversa no cumple espontáneamente con la decisión de los árbitros, la parte que gana y que tiene interés en ejecutar el laudo puede pedir a los tribunales del lugar donde se encuentran los bienes a ejecutar que proceda a la ejecución.

Si el laudo es el resultado de un arbitraje internacional, y tanto el país de la ejecución como el país de la sede del arbitraje son signatarios de la Convención de Nueva York, la parte interesada en la ejecución puede utilizar esta Convención para ejecutar el laudo.<sup>25</sup>

Gracias a la Convención de Nueva York, los tribunales del país de ejecución no pueden revisar el laudo en el fondo (de hecho, no es una forma de apelación del laudo), y deben limitarse a un control de forma. De hecho, los motivos exclusivos para rechazar el reconocimiento y la ejecución del laudo son establecidos en el Artículo V, y se refieren a la forma del acuerdo arbitral o al procedimiento.<sup>26</sup>

#### (g) Las ventajas

Un análisis del fenómeno del arbitraje no sería completo sin una corta ilustración de las ventajas y las desventajas de este procedimiento.

¿Porque las partes de una controversia deberían elegir el arbitraje como medio de resolución de sus litigio?

Tradicionalmente, entre las ventajas se consideran:

- la facilidad de ejecutar los laudos en todo el mundo gracias a la Convención de Nueva York;
- la posibilidad de crear un procedimiento neutral, gracias a la elección del tribunal, del reglamento del procedimiento, de la sede, del idioma, etc.;
- la flexibilidad del procedimiento, que las partes pueden organizar con gran libertad y discrecionalidad;
- la confidencialidad del procedimiento y del laudo final;
- la posibilidad de elegir a sus propios jueces, con competencias específicas en el ámbito del litigio.

---

<sup>25</sup> Artículo I.3 de la Convención de Nueva York, que establece el principio de la reciprocidad.

<sup>26</sup> Véase la sección 5.2(c) sobre el valor del laudo arbitral; para un estudio completo sobre el laudo arbitral y la Convención de Nueva York, véase la obra GAILLARD, E; DI PIETRO, D. 2008. *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice*. London: Cameron May.

Entre las desventajas se puede encontrar:

- la falta de poder ejecutivo de los árbitros;
- la falta de apelación sobre el fondo del laudo;
- los costes del procedimiento (los honorarios de los árbitros, y las tarifas de la institución, si se trata de arbitraje institucional);
- si una parte es recalcitrante, no es fácil progresar en el procedimiento (sobre todo en lo que a la constitución del tribunal se refiere);
- la dificultad de un procedimiento arbitral cuando hay demasiadas partes o demasiados contratos en el litigio.<sup>27</sup>

En conclusión, es fundamental recordar que el arbitraje es:

- un procedimiento elegido por las partes,
- en razón de sus ventajas,
- para resolver sus disputas privadas, que vierten sobre derechos disponibles,
- y el laudo se puede ejecutar fácilmente de manera internacional gracias a la Convención de Nueva York.

## 4.2 Aproximación histórica

El arbitraje tiene muy remotos antecedentes: aparece en las ciudades-estado griegas, desapareció con el Imperio Romano, y resurgió entre los estados cristianos de la Edad Media.<sup>28</sup>

La doctrina afirma que el enfoque canónico y de la ley canónica (creada por la Cristiandad y las Universidades italianas) sobre el arbitraje, durante de la Edad Media causó un cambio en la concepción del arbitraje. Se pasó de una concepción informal, y por lo tanto más consensual, a un mecanismo mucho más complejo, institucionalizado y formal –más jurisdiccional, por supuesto.<sup>29</sup>

El arbitraje moderno nace a finales del siglo XVIII con el tratado “Jay’s Treaty” entre los recién fundados Estados Unidos y la Gran Bretaña; en este caso el tratado trataba de arbitraje internacional, entre estados soberanos.<sup>30</sup>

El fenómeno del arbitraje llegó a su apogeo con las Conferencias de La Haya de 1899 y 1907.

La primera conferencia de 1899 aprobó un convenio para el arreglo pacífico de los conflictos internacionales y creó un Tribunal Permanente de Arbitraje (Permanent

---

<sup>27</sup> MEYER BROWN, 2014. *The pros and cons of arbitration*, LexisNexis.

<sup>28</sup> BORN, G. 2014. Chapter 1: Overview of International Commercial Arbitration. En: GARY B. BORN (ed.) *International Commercial Arbitration*. 2ª ed. © Kluwer Law International, pp. 7-11.

<sup>29</sup> BORN, G. 2014. Chapter 1: Overview of International Commercial Arbitration. En: GARY B. BORN (ed.) *International Commercial Arbitration*. 2ª ed. © Kluwer Law International, p. 34.

<sup>30</sup> BORN, G. 2014. Chapter 1: Overview of International Commercial Arbitration. En: GARY B. BORN (ed.) *International Commercial Arbitration*. 2ª ed. © Kluwer Law International, p. 12.

Court of Arbitration o “PCA”). Aunque este no había sido concebido como un Tribunal en el pleno sentido de la palabra, contaba todavía con una plantilla de unos 120 jueces, dispuestos a hacer de árbitro cuando fueran requeridos.

Antes de celebrarse la segunda Conferencia de La Haya (de 1907) fueron interpuestos cuatro casos ante este Tribunal, que fue muy solicitado para resolver numerosos casos de menor cuantía en el periodo anterior a la Iª Guerra Mundial.<sup>31</sup>

Después del primer Conflicto Mundial, en 1919, un grupo de emprendedores (industriales, comerciantes y financieros) fundaron la Cámara de Comercio Internacional (“CCI”) de París. Los fundadores se llamaron “los comerciantes de paz”, porque si dieron cuenta que la resolución pacífica de las disputas era fundamental para restaurar la situación económica y financiera que existía antes de la guerra. Pocos años después, en 1923, el ministro de Economía de Francia (Étienne Clémentel) fundó, en el marco de la CCI, la Corte Internacional de Arbitraje.<sup>32</sup>

## 5. DESARROLLO

### 5.1 El debate

Existen diferentes teorías doctrinales acerca de la naturaleza jurídica del arbitraje, al punto de que no existe aún en el mundo un consenso respecto al área del derecho a la cual pertenece.

Para unos autores se trata de un contrato, para otros es una institución de naturaleza jurisdiccional o incluso una institución contractual en sus orígenes y jurisdiccional en sus efectos. Para otros, es una figura autónoma que hace parte de los mecanismos alternativos de solución de conflictos.<sup>33</sup>

El debate es importante sobre todo porque intenta ofrecer respuestas a dos órdenes de cuestiones, más relevantes cuando se habla de arbitraje internacional: (i) si es un sistema jurisdiccional, ¿a qué derecho está sujeto? ¿A un derecho nacional, al derecho internacional, o a ambos? (ii) si es un producto contractual, ¿está solamente y exclusivamente sujeto a la voluntad de las partes (por el principio de autonomía de las partes) o debe respetar algunas normas jurídicas estatales?<sup>34</sup>

---

<sup>31</sup> Véase el sitio web oficial del Tribunal Internacional de Justicia:

<http://www.un.org/es/iccj/hague.shtml>

<sup>32</sup> Véase el sitio web oficial de la Cámara de Comercio Internacional, que presenta la historia completa de la institución: <http://www.iccwbo.org/about-icc/history/the-merchants-of-peace/> ; para otra perspectiva, más general, véase CREMADES SANZ-PASTOR, J. A. 2013. Entronque histórico del arbitraje con el derecho de contratos. En: C.A. SOTO COAGUILA, D.R. MARSANO DE MUR (eds) Arbitraje Internacional: pasado, presente y futuro, Libro homenaje a Bernardo Cremades e Yves Derains. Instituto Peruano de Arbitraje. p. 643 ss.

<sup>33</sup> SALCEDO FLÓREZ, A. 2010. En torno a la naturaleza jurídica del arbitraje. *Revista de Análisis Internacional*, Número 2, p. 148.

<sup>34</sup> LEW, J. D. M.; MISTELIS, L. A. et al. 2003. Chapter 5 Juridical: Nature of Arbitration. En: LEW, J. D. M.; MISTELIS, L. A. (eds.) *Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, p. 71.



La doctrina internacional identificó cuatro teorías entorno a la naturaleza jurídica del arbitraje: (a) la teoría jurídica, (b) la teoría contractualista, (c) la teoría mixta (o híbrida) y (d) la teoría autónoma (supranacional).<sup>35</sup>

(a) La teoría contractualista

El arbitraje tiene naturaleza contractual; la tesis se fundamenta en la cláusula arbitral o el compromiso arbitral como expresión de la autonomía de las partes.<sup>36</sup> De hecho, las partes pueden negociar, elegir y fijar muchos aspectos procedurales (sede, lengua, número de árbitros, etc.).

Esta teoría considera que el arbitraje es una institución del derecho privado, regido por la voluntad de las partes –y extraño a la voluntad del Estado. El pacto y el laudo arbitral son partes de un negocio jurídico complejo, que por sus características excluye la intervención del Estado (por medio de los órganos jurisdiccionales). De hecho, segundo esta teoría, los árbitros tienen una gran libertad y flexibilidad para determinar el procedimiento que conduce al laudo.<sup>37</sup>

Jorge Hernán Gil cita a Alfredo Rocco: el arbitraje no es otra cosa que una transacción anticipada y los árbitros se limitan a cumplir su función en la forma determinada por las partes, dentro de un ámbito previamente delimitado en el pacto arbitral.<sup>38</sup>

Los defensores de esta doctrina rechazan la primacía y el control del Estado (a través de los tribunales nacionales) sobre el procedimiento arbitral. Aun cuando el laudo solo se cumple voluntariamente, estos autores sostienen que el laudo es ejecutado por los tribunales estatales como si fuera un contrato –y no una sentencia.<sup>39</sup>

---

<sup>35</sup> SALCEDO FLÓREZ, A. 2010. En torno a la naturaleza jurídica del arbitraje. *Revista de Análisis Internacional*, Número 2, p. 149; LEW, J. D. M.; MISTELIS, L. A. et al. 2003. Chapter 5 Juridical: Nature of Arbitration. En: LEW, J. D. M.; MISTELIS, L. A. (eds.) *Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, p. 72; HONG-LIN, Y. 2008. A theoretical overview of the foundations of international commercial Arbitration. *Contemporary Asian Arbitration Journal*, Volumen 1(2), p. 257.

<sup>36</sup> MACLEAN, R. 2012. A critical examination of the jurisdictional and contractual theories on the juridical nature of Arbitration. *International Commercial Dispute Resolution*, Volumen 1; HONG-LIN, Y. 2008. A theoretical overview of the foundations of international commercial Arbitration. *Contemporary Asian Arbitration Journal*, Volumen 1(2), p. 255.

<sup>37</sup> SALCEDO FLÓREZ, A. 2010. En torno a la naturaleza jurídica del arbitraje. *Revista de Análisis Internacional*, Número 2, p. 149.

<sup>38</sup> SALCEDO FLÓREZ, A. 2010. En torno a la naturaleza jurídica del arbitraje. *Revista de Análisis Internacional*, Número 2, p. 149.

<sup>39</sup> LEW, J. D. M.; MISTELIS, L. A. y al. 2003. Chapter 5 Juridical: Nature of Arbitration. En: LEW, J. D. M.; MISTELIS, L. A. (eds.) *Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, pp. 77-78; véase también KLEIN, F. 1955. *Considérations sur l'arbitrage en droit international privé*. Bale. para. 115. Dos expedientes del Tribunal de Casación Italiano afirmaron que el laudo tiene una naturaleza contractual y que el procedimiento arbitral subyacente puede no tener naturaleza jurisdiccional; esta conclusión llevó al hecho que un laudo en arbitraje interno italiano puede no tener efecto de *res judicata*. Véanse las siguientes decisiones: Italia. Tribunal de Casación. Caso Comune di Cinisello Balsamo v AEM, Rivista di diritto processuale. Sentencia de 3 agosto

Los tribunales franceses son conocidos en todo el mundo por sus tendencias y decisiones “*arbitration friendly*”. Entonces, no sorprende que la sentencia que afirmó el carácter contractual del arbitraje venga de un tribunal francés. En el caso “*Roses*”, el Tribunal de Casación de París estableció que: “los laudos arbitrales que se apoyan sobre una cláusula arbitral constituyen un *unicum* con esta cláusula y comparten su carácter contractual.”<sup>40</sup>

(b) La teoría jurisdiccional

Esta teoría se llama también “Teoría Procesalista”, y considera que el arbitraje es una concesión del Estado a los particulares para resolver sus conflictos, mediante un tipo especial de jueces denominados “árbitros”.

Los autores de esta teoría también consideran que el reglamento de las disputas es una función de orden público, lo que en consecuencia le permite, como Estado: (i) de un lado, ejercer el control sobre los procesos arbitrales y reconocer efectos tanto al pacto arbitral como al laudo que se dicte con fundamento en este, y (ii) de otro lado de reglamentar las funciones, poderes y facultades de los árbitros.

La teoría jurisdiccional se basa en el poder de supervisión y control del Estado, para resolver los arbitrajes (aunque sean internacionales) que se desarrollan en su territorio;<sup>41</sup> el arbitraje está primariamente regulado por la *lex arbitri* y por las leyes del país de ejecución –más que por la voluntad específica de las partes.<sup>42</sup>

Los autores de esta teoría afirman que, dado que no hay duda sobre el hecho que el arbitraje es un proceso, debe reconocérsele entonces su naturaleza jurisdiccional. De hecho, no importa que los árbitros deriven su competencia de la voluntad de las partes (cláusula o compromiso arbitral); estos sujetos deben desempeñarse como verdaderos jueces, con autonomía e independencia frente a las mismas partes que los designaron.<sup>43</sup>

---

2000. Rivista di Diritto processuale, 2001, p. 254. Rivista dell'Arbitrato, 2000, p. 699, y Italia. Tribunal de Casación. Caso Aeroporto di Roma v Ministero dei Trasporti. Sentencia n. 15023, de 27 noviembre 2001. Rivista di Diritto Processuale, 2002, p. 238. Rivista dell'Arbitrato, 2002, p. 287. Para un debate sobre estos dos expedientes, se vea RICCI, E. 2002. La crise de l'arbitrage jurisdictionnel en Italie. *Revue de l'Arbitrage*. Volumen de 2002, p. 857 ss.

<sup>40</sup> SAMUEL, A.; CURRAT, M.-F. 1989. *Jurisdictional problems in international commercial arbitration: a study of Belgian, Dutch, English, French, Swedish, Swiss, U.S., and West German law*. Zürich p. 36.

<sup>41</sup> HONG-LIN, Y. 2008. A theoretical overview of the foundations of international commercial Arbitration. *Contemporary Asian Arbitration Journal*, Volumen 1(2), p. 257.

<sup>42</sup> HONG-LIN, Y. 2008. A theoretical overview of the foundations of international commercial Arbitration. *Contemporary Asian Arbitration Journal*, Volumen 1(2), p. 258; Francis A. Mann, *Lex Facit Arbitrum*, 2(3) *Arbitration International*, p. 245 (1983); - MANN, F. A. 1967. *State Contracts and International Arbitration*. *British Yearbook of International Law*, Volumen 1, pp. 10-26.

<sup>43</sup> SALCEDO FLÓREZ, A. 2010. En torno a la naturaleza jurídica del arbitraje. *Revista de Análisis Internacional*, Número 2, p. 148; HONG-LIN, Y. 2008. A theoretical overview of the foundations of international commercial Arbitration. *Contemporary Asian Arbitration Journal*, Volumen 1(2), p. 258.



Además, esta teoría implica que los árbitros ejercen una función pública y, por lo tanto, tiene un papel casi-judicial.<sup>44</sup>

Por fin, la teoría jurisdiccional se focaliza sobre la soberanía del Estado donde se desarrolla el arbitraje, que puede “aprobar o rechazar las actividades en su territorio”: por supuesto el árbitro debe respetar la voluntad de las partes, pero solamente en el marco de lo que está permitido por parte de la ley nacional.<sup>45</sup>

(c) La teoría mixta o híbrida

Los autores de esta teoría afirman que el arbitraje tiene una doble naturaleza, dependiendo del momento en que se mira.<sup>46</sup> El arbitraje, de hecho, es una institución contractual en sus orígenes, y jurisdiccional en sus efectos.

Además, de un punto de vista práctico, el consentimiento de las partes (y, entonces, la naturaleza contractual del arbitraje) es claramente necesario al comienzo del arbitraje –para empezar el procedimiento, para elegir la lengua, la sede, los árbitros del tribunal, etc. Pero, una vez que el procedimiento ha sido instaurado, las partes pierden el control sobre el mismo, y los árbitros retoman la dirección del arbitraje, como si fueran jueces; es aquí que podemos reconocer el aspecto más “jurisdiccional”.<sup>47</sup>

Esta teoría mixta fue elaborada por el Profesor Sauser-Hall, en su informe del 1952 al Instituto de Derecho Internacional.<sup>48</sup> El Profesor Sauser-Hall concluye su informe afirmando que los elementos contractuales y los jurisdiccionales están “indisolublemente ligados” entre ellos.<sup>49</sup>

La posición, muy cauta y equilibrada, del Profesor Sauser-Hall es que el arbitraje no representa una verdadera delegación de poder estatal, sino que el laudo puede recibir valor jurisdiccional (pero solamente) en el lugar y tiempo de su ejecución. Esta teoría es conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que, en la sentencia “*Nordsee v Reederei*”, afirma que el poder jurisdiccional estatal pertenece solamente a los tribunales nacionales.<sup>50</sup>

---

<sup>44</sup> LEW, J. D. M.; MISTELIS, L. A. et al. 2003. Chapter 5 Juridical: Nature of Arbitration. En: LEW, J. D. M.; MISTELIS, L. A. (eds.) *Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, p. 75.

<sup>45</sup> MANN, F. A. 1983. *Lex Facit Arbitrum*. *Arbitration International*, Volumen 2(3), p. 245 ss.

<sup>46</sup> HONG-LIN, Y. 2008. A theoretical overview of the foundations of international commercial Arbitration. *Contemporary Asian Arbitration Journal*, Volumen 1(2), p. 257.

<sup>47</sup> LEW, J. D. M.; MISTELIS, L. A. et al. 2003. Chapter 5 Juridical: Nature of Arbitration. En: LEW, J. D. M.; MISTELIS, L. A. (eds.) *Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, p. 79.

<sup>48</sup> SAUSER-HALL, PROFESOR G. Informe del 1952 al Instituto de Derecho Internacional, p. 44-I Ann IDI 469 (1952); desarrollado también en p. 47-II Ann IDI 394 (1957).

<sup>49</sup> SAUSER-HALL, PROFESOR G. Informe del 1952 al Instituto de Derecho Internacional, p. 47-II Ann IDI (1957) 399.

<sup>50</sup> Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Caso Nordsee contra Reederai Mond. Sentencia 23 marzo 1982. Recopilación de la Jurisprudencia (ECR) 1982, p. 1095; véase Grecia. Efeteion Atene. Caso n. 6839/1986. 27 Helleniki Dikaioissyni (Hell Dni). 1489 (1986), y Grecia, Areios Pagos, Caso n. 1509/1982. 31 Nomiko Vima (NoB). 1355 (1983). También véase Alemania. Tribunal Federal de

De hecho, la teoría mixta es la que tiene más seguimiento en arbitraje internacional en estos días.<sup>51</sup>

(d) La teoría autónoma o supranacional

La teoría autónoma es la más reciente y considera que el arbitraje es un fenómeno económico cuya naturaleza no se puede enmarcar exclusivamente en las tres teorías existentes al respecto, como escrito anteriormente. De hecho, el arbitraje no debe ser limitado por la *lex arbitri*, sino es fruto de la libre determinación de las partes.<sup>52</sup>

Unos autores consideran que ni la teoría jurisdiccional ni la teoría contractualista pueden explicar de manera completa el problema en su complejidad, y mucho menos una teoría mixta (construida a partir de las dos mencionadas), porque esta teoría carecería de identidad ontológica. Entonces, el arbitraje hay que observarlo como una realidad práctica del comercio.<sup>53</sup>

Ciertamente, hay autores que no están de acuerdo con la teoría autónoma, como Talero Rueda, que identifica la principal objeción a esta teoría en la “evidente evasión de una explicación con respecto a la naturaleza jurídica del arbitraje”. Y en adición a lo anterior, parece que esta teoría no plantea una verdadera explicación sobre la naturaleza jurídica del arbitraje; lo que hace es llevar al extremo la teoría contractualista en el sentido de que la autonomía de las partes en materia arbitral es ilimitada.

La teoría autónoma (o “*sui iuris*”) es la más moderna de las cuatro teorías que analizamos en este trabajo. Fue desarrollada en 1965 por la profesora Rubellin-Devichi.<sup>54</sup> La profesora defiende el punto de vista que el arbitraje debe ser definido por su uso y objetivos –entonces, no es una institución ni contractual, ni jurisdiccional, ni tampoco “mixta”.

La teoría autónoma parece ser una actualización de la teoría mixta, y cabe sobre todo para los arbitrajes “transnacionales y deslocalizados”, para los cuales el valor de la sede del arbitraje y de la ley aplicable es muy limitado (casi inexistente).<sup>55</sup>

---

Justicia (Bundesgerichtshof), Sentencia de 15 mayo 1986. Recopilación de la Jurisprudencia (BGHZ), 1986, pp. 98, y 70.

<sup>51</sup> LEW, J. D. M.; MISTELIS, L. A. et al. 2003. Chapter 5 Juridical: Nature of Arbitration. En: LEW, J. D. M.; MISTELIS, L. A. (eds.) *Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, p. 80.

<sup>52</sup> HONG-LIN, Y. 2008. A theoretical overview of the foundations of international commercial Arbitration. *Contemporary Asian Arbitration Journal*, Volumen 1(2), p. 257.

<sup>53</sup> Véase por ejemplo una intervención publicada en el Blog “Métodos de Solución de Conflictos”: <http://solucionconflictos2015.blogspot.co.uk/2015/08/el-arbitraje.html>

<sup>54</sup> RUBELLIN-DEVICHI, J. 1965. L'arbitrage. Nature juridique. Droit interne et droit international, Paris: L.J.D.G; véase también SAMUEL, A.; CURRAT, M.-F. 1989. Jurisdictional problems in international commercial arbitration: a study of Belgian, Dutch, English, French, Swedish, Swiss, U.S., and West German law. Zürich, pp. 67- 73 y 17-18.

<sup>55</sup> LEW, J. D. M.; MISTELIS, L. A. et al. 2003. Chapter 5 Juridical: Nature of Arbitration. En: LEW, J. D. M.; MISTELIS, L. A. (eds.) *Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, pp. 81-82.

Cabe recordar que esta teoría, que contempla al arbitraje como algo completamente desvinculado de todos los órdenes jurídicos, casi suspendido en un espacio transnacional, exclusivamente suyo, bien se conjuga con la línea de jurisprudencia *Chromalloy*<sup>56</sup> (decisión seguida de *Putrabali*, etc.).<sup>57</sup>

Esta jurisprudencia prevé la posibilidad de ejecutar un laudo anulado en la sede del arbitraje en un foro diferente, exactamente por el motivo de que el laudo no pertenece a ningún orden jurídico, sino que es un producto independiente del procedimiento arbitral internacional.

Unos autores afirman que esta teoría es el fruto de los esfuerzos de las Convenciones de Ginebra (de 1923 y de 1927),<sup>58</sup> de la Convención de Nueva York<sup>59</sup> y del UNICTRAL/CNUDMI (con su Ley Modelo y su Reglamento de Arbitraje),<sup>60</sup> con el objetivo de crear un arbitraje “libro y liberalizado”, un sistema autónomo que no depende de ningún orden jurídico y que puede existir autónomamente. Los mismos autores piensan que esta es la teoría que dominará en los años venideros.<sup>61</sup>

## 5.2 Efectos y consecuencias prácticas

Las cuatro diferentes teorías sobre la naturaleza jurídica del arbitraje tienen consecuencias muy prácticas en muchos aspectos del procedimiento. Aquí vamos a analizar los más evidentes y debatidos.<sup>62</sup>

### (a) Efectos y consecuencias en la naturaleza de la misión del árbitro y su estatus

La determinación de la naturaleza jurídica del arbitraje tiene un gran sentido sobre la misión del árbitro: lógicamente, si el arbitraje es un contrato, el árbitro está sujeto solamente a la voluntad de las partes; si el arbitraje es un procedimiento jurisdiccional, el árbitro tiene que respetar reglas y obligaciones legales, además de lo pactado entre las partes.

---

<sup>56</sup> Estados Unidos. US District Court, District of Columbia. Caso Chromalloy Aeroservices contra Arab republic of Egypt. Sentencia del 31 julio 1996, n°94-2339, International Arbitration Report, August 1996, p. 11.

<sup>57</sup> Para un estudio de esta jurisprudencia véase GAILLARD, E. 2009. The Enforcement of Awards Set Aside in the Country of Origin. *ICSID Review, Foreign Investment Law Journal*, Volumen 14, pp. 16-45.

<sup>58</sup> Disponibles en <http://www.newyorkconvention.org/travaux+preparatoires/history+1923+-+1958>

<sup>59</sup> Sitio oficial: <http://www.newyorkconvention.org/>

<sup>60</sup> Sitio oficial para la Ley Modelo:

[http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/arbitration/1985Model\\_arbitration.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html) y por el reglamento: <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-2010-e.pdf>

<sup>61</sup> LEW, J. D. M.; MISTELIS, L. A. y al. 2003. Chapter 5 Juridical: Nature of Arbitration. En: LEW, J. D. M.; MISTELIS, L. A. (eds.) *Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, p. 82.

<sup>62</sup> HONG-LIN, Y. 2008. A theoretical overview of the foundations of international commercial Arbitration. *Contemporary Asian Arbitration Journal*, Volumen 1(2), pp. 257-258.

Le teoría jurisdiccional, naturalmente, prevé que el poder del árbitro sea un poder simplemente delegado del poder originario estatal.<sup>63</sup>

Además, como lo afirmó el Tribunal de Apelación de Inglaterra, si consideramos el arbitraje un procedimiento jurisdiccional, el árbitro tendrá necesariamente que respetar los estándares de imparcialidad y neutralidad de un juez de un tribunal nacional.<sup>64</sup>

Adicionalmente, si el arbitraje es jurisdiccional, los árbitros tienen más poderes para propulsar el procedimiento, e incluso el poder de continuar el arbitraje si una parte está en rebeldía.<sup>65</sup>

Algunos autores exageran un poco, cuando afirman que el arbitraje supone un contrato implícito entre las partes y el árbitro, y –sobre todo– que el árbitro es un mero “representante” de las partes.<sup>66</sup> Esta última observación parece ser peligrosa ya que es contraria al fundamento y garantía última del arbitraje como institución jurídica: es decir, la imparcialidad y neutralidad de los árbitros (que se sustituyen a los jueces, pero tiene que continuar guardando los mismos estándares).

Además, si consideramos que los dos árbitros nominados por las partes son “representantes” de estas partes, el único miembro del tribunal que permanece independiente e imparcial es el presidente –con lo que, la colegialidad, que es una de las características fundamentales del arbitraje, desaparece automáticamente.

Un último aspecto que se debe considerar, y que viene directamente de la práctica arbitral, es establecer hasta qué punto el árbitro está vinculado por el contrato o por la ley elegida por las partes. No es raro que ocurra que las cláusulas de un contrato sean contrarias a las disposiciones de la ley elegida (por ejemplo, la ley italiana prevé, en caso de salida de un manager de una sociedad comercial, un pacto de no competencia con la misma por un mínimo de cinco años. Puede ocurrir todavía que las partes, en el contrato, reduzcan este periodo o que simplemente excluyan el pacto de no competencia).

Es fácil contestar si el contrato trata de excluir disposiciones de orden público de la ley aplicable al contrato –esto simplemente no es posible y la cláusula contractual es ignorada por los árbitros. Pero, si el contrato es contrario a una disposición de

---

<sup>63</sup> HONG-LIN, Y. 2008. A theoretical overview of the foundations of international commercial Arbitration. *Contemporary Asian Arbitration Journal*, Volumen 1(2), p. 261.

<sup>64</sup> LEW, J. D. M.; MISTELIS, L. A. y al. 2003. Chapter 5 Juridical: Nature of Arbitration. En: LEW, J. D. M.; MISTELIS, L. A. (eds.) *Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, p. 76; Estados Unidos. Tribunal de Apelación de District of Columbia. Caso AT & T Corporation y otros contra Saudi Cable Co. Sentencia de 2000. Recopilación de la Jurisprudencia, Lloyd's Rep, p. 127; en la misma dirección, véase LIEBSCHER, C. 1999. Fair Trial and Challenge of Awards in International Arbitration. *Croatian Arbitration Yearbook*. Volumen 6, pp. 85-90..

<sup>65</sup> LEW, J. D. M.; MISTELIS, L. A. y al. 2003. Chapter 5 Juridical: Nature of Arbitration. En: LEW, J. D. M.; MISTELIS, L. A. (eds.) *Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, p. 77.

<sup>66</sup> LEW, J. D. M.; MISTELIS, L. A. y al. 2003. Chapter 5 Juridical: Nature of Arbitration. En: LEW, J. D. M.; MISTELIS, L. A. (eds.) *Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, p. 79.

ley que puede ser modulada o excluida por las partes: ¿el árbitro tiene que aplicar el contrato o la ley?

Tradicionalmente, los autores de la teoría contractualista piensan que el árbitro, como representante de las partes, tiene que realizar la voluntad de las mismas, y entonces primariamente aplicar el contrato tal como está escrito. Al contrario, los autores de la teoría jurisdiccional sostienen que el árbitro, como prácticamente un juez, tiene que aplicar primariamente la ley elegida por las partes.

(b) Efectos y consecuencias en la relación entre el arbitraje y los tribunales nacionales

La naturaleza contractual o jurisdiccional del arbitraje tiene evidentemente un gran impacto en las relaciones con los tribunales nacionales. De hecho, el arbitraje y los tribunales representan dos fuentes de decisiones por las partes, potencialmente en conflicto entre ellas.

Por un lado, la naturaleza del arbitraje tiene un impacto en el concepto de “arbitrabilidad”, o sea, en todas las materias (en general relativas a los derechos disponibles), que pueden ser objeto de un arbitraje.

En la práctica, ¿qué ocurre si las partes se ponen de acuerdo en un arbitraje en materia criminal (generalmente considerada como no arbitrable)?

Parte de la doctrina parece afirmar que si el arbitraje tiene naturaleza contractual, este tipo de acuerdo es válido. Al contrario, si consideramos el arbitraje jurisdiccional, los árbitros deberían rechazar el expediente porque carecen de jurisdicción, dado que la materia está reservada a la competencia de los tribunales nacionales.<sup>67</sup>

Adicionalmente, el control sobre la arbitrabilidad del objeto de la disputa se repite también en el momento en que los tribunales nacionales deben, al final del arbitraje, ejecutar el laudo: este doble control, al inicio y al final del procedimiento, es considerado como una ulterior prueba de la naturaleza más jurisdiccional que contractual del arbitraje.<sup>68</sup>

---

<sup>67</sup> LEW, J. D. M.; MISTELIS, L. A. y al. 2003. Chapter 5 Juridical: Nature of Arbitration. En: LEW, J. D. M.; MISTELIS, L. A. (eds.) *Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, pp. 83-86; Australia. Tribunal Federal. Caso Hi-Fert Pty Ltd y Cargill Fertilizer Inc contra Kiukiang Maritime Carriers y Western Bulk Carriers (Australia) Ltd. XXIII Yearbook on Commercial Arbitration, 1998, p. 606; y también Estados Unidos. Tribunal de Apelación de Second District. Caso Kulukundis Shipping Co contra Amtorg Trading Corp. Sentencia de 1942. Recopilación de la Jurisprudencia, 126 F 2d 978; HONG-LIN, Y. 2008. A theoretical overview of the foundations of international commercial Arbitration. *Contemporary Asian Arbitration Journal*, Volumen 1(2), p. 260.

<sup>68</sup> HONG-LIN, Y. 2008. A theoretical overview of the foundations of international commercial Arbitration. *Contemporary Asian Arbitration Journal*, Volumen 1(2), p. 260; véase el expediente más importante y conocido en campo de arbitrabilidad al momento de la ejecución del laudo: Estados Unidos. Tribunal Supremo. Caso Mitsubishi Motors Corp. contra Soler Chrysler-Plymouth Inc. Sentencia del 2 julio 1985. Recopilación de la jurisprudencia, 1985, sección 473 U.S. 614.



Por otro lado, la naturaleza del arbitraje tiene un gran impacto en los límites de interacción entre el tribunal arbitral y los tribunales estatales, en función del “*juge d’appui*”.<sup>69</sup>

Los tribunales estatales, típicamente, ayudan a las partes y los tribunales arbitrales en unas instancias: para constituir en tribunal cuando las partes no pueden llegar a un acuerdo acerca de los candidatos, para dictar o ejecutar medidas provisionales y urgentes de los árbitros (por ejemplo, para proteger una prueba útil para el arbitraje), en caso de necesidad de “*anti-suit injunction*” (para rechazar la competencia y enviar a las partes ante los árbitros), etc. Estas instancias pueden ciertamente cambiar según el derecho del “*juge d’appui*” (por ejemplo, a los árbitros de un tribunal con sede en Italia se les prohíbe de dictar medidas urgentes y provisionales).<sup>70</sup>

Lo que es común e interesante observar es que, cuanto más consideramos en arbitraje un sistema contractual, más los árbitros se sienten libres del poder y control de los tribunales (reduciendo al mínimo el espacio del “*juge d’appui*”); cuanto más consideramos el arbitraje como un fenómeno jurisdiccional, más este entrará en conflicto con las jurisdicciones estatales, o recurrirá al apoyo del “*juge d’appui*”.

Según algunos autores, el control que los tribunales nacionales ejercen sobre la ejecución del laudo arbitral gracias a las disposiciones de la Convención de Nueva York es una confirmación de la naturaleza por fin jurisdiccional del arbitraje.<sup>71</sup>

### (c) Efectos y consecuencias en el valor del laudo arbitral

La doctrina antigua<sup>72</sup> ya reconoció la importancia práctica de las distintas teorías sobre la naturaleza jurídica del arbitraje, respecto a la naturaleza y la fuerza del laudo –que por fin es el resultado último de este tipo de procedimiento.

---

<sup>69</sup> El « *juge d’appui* » es un concepto típico del derecho del arbitraje francés, pero que ha sido exportado a todo el mundo, y hoy es muy utilizado en el marco del arbitraje internacional; simplemente, se trata de los tribunales estatales en su papel de apoyo a los tribunales arbitrales al comienzo, durante, y al final del procedimiento arbitral. Para un análisis del fenómeno, véase el comentario publicado por LEROSIEREL, A. 2013. *Le rôle du juge d’appui au regard du nouveau droit français de l’arbitrage interne et international*, publicado en el sitio web del bufete Squire Patton Boggs. (disponible en: [http://larevue.squirepattonboggs.com/Le-role-du-juge-d-appui-au-regard-du-nouveau-droit-francais-de-l-arbitrage-interne-et-international\\_a1664.html](http://larevue.squirepattonboggs.com/Le-role-du-juge-d-appui-au-regard-du-nouveau-droit-francais-de-l-arbitrage-interne-et-international_a1664.html)), y además PLUYETTE, G. 2014. *Le Juge d’appui: l’expérience française*. Ed. Pedone, y CHAOUACHI, L. 2011. *Le juge d’appui français et l’arbitrage international*, thèse auprès de l’Université de Montpellier (disponible en el sitio web de la universidad: <https://cdcmontpellier.files.wordpress.com/2015/01/chaouachi-lara.pdf>). Por una colección de decisiones francesas, véase FENG, P. 2012. *Les décisions du Comité d’arbitrage* (disponible en el sitio web de la Asociación Francesa de Arbitraje: [http://www.afa-arbitrage.com/afa/uploads/Document\\_de\\_travail\\_Groupe\\_de\\_reflexion\\_AFA\\_Les\\_decisions\\_du\\_Comite\\_d-arbitrage.pdf](http://www.afa-arbitrage.com/afa/uploads/Document_de_travail_Groupe_de_reflexion_AFA_Les_decisions_du_Comite_d-arbitrage.pdf)).

<sup>70</sup> Artículo 818 del Código Procedural Civil italiano: “Los árbitros no pueden ordenar embargos, ni siquiera ninguna otra medida cautelar, excepto si es diversamente establecido por la ley.”

<sup>71</sup> HONG-LIN, Y. 2008. A theoretical overview of the foundations of international commercial Arbitration. *Contemporary Asian Arbitration Journal*, Volumen 1(2), p. 259.

Estos autores antiguos explicaron que: (i) para la teoría jurisdiccional, el laudo tiene la misma fuerza y el mismo valor de una sentencia de un tribunal estatal; (ii) para la teoría contractual, el laudo tiene un valor meramente contractual, nada que ver con una sentencia; (iii) para la teoría mixta, el laudo tiene en efecto fuerza de sentencia, pero permanece bajo el control de los tribunales nacionales porque, para ser ejecutado, necesita el exequatur del tribunal.<sup>73</sup>

Si prestamos atención a la situación concreta, es posible ver que la primera teoría tiene un escaso apoyo, pero la segunda y la tercera tienen ambas mucho valor, dependiendo de la situación concreta.

Es decir que cuando, después de recibir un laudo, las partes lo cumplen espontáneamente y lo ejecutan voluntariamente, se puede reconocer una cierta naturaleza contractual en el laudo: de hecho, el laudo existe solamente para las dos partes, y las partes lo ejecutan como si fuera un contrato.

De otra manera, si las partes no cumplen voluntariamente con las decisiones de los árbitros, entonces sí que la naturaleza jurisdiccional del arbitraje surge. Todavía, no es una naturaleza jurisdiccional plena porque el laudo siempre necesita el exequatur. Pero cabe considerar que, gracias a la Convención de Nueva York de 1985 los laudos internacionales son ejecutados en los países signatarios como sentencias de tribunales estatales.<sup>74</sup>

La sentencia más importante para la teoría jurisdiccional es la decisión “*Del Drago*”, que subraya la naturaleza “*non self-executing*” del laudo; el Tribunal de Apelación de París decidió que el arbitraje tiene una naturaleza jurídica porque el laudo, para ser ejecutado, necesita pasar por los tribunales nacionales. Es precisamente a raíz de esta decisión que empezó el gran debate sobre la naturaleza jurídica del arbitraje.<sup>75</sup>

Más recientemente, el Tribunal Constitucional de Croacia estableció claramente que el laudo arbitral es un “acto de jurisdicción delegada”, que tiene el mismo valor

---

<sup>72</sup> BERNARD, A. 1937. *L'arbitrage volontaire en droit privé*. L.G.D.J., para. 469 (traducción en LEW, J. D. M.; MISTELIS, L. A. y al. 2003. *Applicable Law*. En: LEW, J. D. M.; MISTELIS, L. A. (eds.) *Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, para. 64).

<sup>73</sup> LEW, J. D. M.; MISTELIS, L. A. y al. 2003. Chapter 5 Juridical: Nature of Arbitration. En: LEW, J. D. M.; MISTELIS, L. A. (eds.) *Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, pp. 73-74; citando BERNARD, A. 1937. *L'arbitrage volontaire en droit privé*. L.G.D.J., para. 469.

<sup>74</sup> Convención de Nueva York de 1985 sobre el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales internacionales, disponible en diferentes idiomas en:

<http://www.newyorkconvention.org/new+york+convention+texts>

<sup>75</sup> LEW, J. D. M.; MISTELIS, L. A. y al. 2003. Chapter 5 Juridical: Nature of Arbitration. En: LEW, J. D. M.; MISTELIS, L. A. (eds.) *Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, pp. 75-76, citando Francia. Tribunal de Apelación de París. Caso *Del Drago*. Sentencia del 10 diciembre 1901. *Clunet*, 1902, p. 314. Véase también el debate en RUBELLIN-DEVICHI, J. 1965. *L'arbitrage. Nature juridique. Droit interne et droit international*, París: L.J.D.G., pp. 10-11; y SCHLOSSER, G. 1997. *Internationale Schiedsgerichtsbarkeit*. Taschenbuch, para. 41.

que una sentencia de un tribunal.<sup>76</sup> De hecho, el laudo de un arbitraje internacional se considera siempre “*final and binding*” (definitivo y vinculante).<sup>77</sup>

La ley española y el Tribunal Constitucional de Madrid parecen confirmar la naturaleza jurisdiccional del laudo y del procedimiento arbitral.<sup>78</sup>

(d) Efectos y consecuencias en la división de los costes del arbitraje

Como ya ha sido demostrado anteriormente, la determinación de la naturaleza jurídica del arbitraje (sea jurisdiccional o no jurisdiccional) tiene un impacto muy concreto en el procedimiento. Por ejemplo, ¿qué decisión tiene que tomar el tribunal arbitral acerca de los costes del arbitraje cuando no hay acuerdo entre las partes? ¿Es la parte que pierde la que tiene que correr con todos los costes?

Un tribunal arbitral internacional<sup>79</sup> con sede en Hamburgo (Alemania), entre un demandante de Hong Kong y un demandado alemán, decidió que el arbitraje tiene una naturaleza “meno jurisdiccional”, y entonces, si las partes no lo previeron, los árbitros no pueden imputar todos los costes del procedimiento a la parte que perdió el arbitraje.<sup>80</sup>

(e) Efectos y consecuencias en la confidencialidad del procedimiento arbitral

Probablemente la consecuencia más evidente que deriva de la naturaleza jurisdiccional o contractual del arbitraje es el grado de transparencia o confidencialidad del mismo.

Unas de las características (y ventajas) del arbitraje, sobre todo de tipo comercial, es la confidencialidad del procedimiento. Las partes lo eligen generalmente para ocultar la existencia del litigio, sus argumentos, y algunos datos (como por ejemplo

---

<sup>76</sup> Croacia. Tribunal Constitucional. Caso n. 410/95. Croacia. Tribunal Constitucional. Caso n. 488/96. TRIVA, M. 2000. Arbitration and Public Policy: Constitutional Complaint as Means for Setting Aside Arbitral Awards, *Croatian Arbitration Yearbook*, Volumen 7, pp. 115-126.

<sup>77</sup> LEW, J. D. M.; MISTELIS, L. A. et al. 2003. Chapter 5 Juridical: Nature of Arbitration. En: LEW, J. D. M.; MISTELIS, L. A. (eds.) *Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, p. 77.

<sup>78</sup> NAVAS GLEMBOTZKY, J.R. 2014. El enforcement del acuerdo de mediación civil y mercantil en el ámbito internacional: Análisis internacional: Análisis, Estudio Comparado y Recomendaciones. *Spain Arbitration Review | Revista del Club Español del Arbitraje*. © Club Español del Arbitraje; Wolters Kluwer España, Volume 2014, No. 20, pp. 79 – 107, nota. 2; referencia al art. 517.2.2.º LEC y art. 45 Ley de Arbitraje, que confieren al laudo plenos efectos de título ejecutable; España. Tribunal Constitucional. Sentencia n. 62 del 22 de marzo de 1991, esta sentencia asentó la naturaleza del arbitraje, que es un equivalente jurisdiccional de la jurisdicción civil, con todos los efectos de la cosa juzgada.

<sup>79</sup> Alemania. Cámara de Comercio de Hamburgo. Caso Hong Kong contra Alemania. Sentencia parcial de 21 marzo 1996, y Sentencia final del 21 junio 1996. XXII Year Book on Commercial Arbitration 1997, p. 35. También publicado en alemán (idioma original) en 6 Rechtsprechung Kaufmännischer Schiedsgerichte, E 5b no 84 (sentencia parcial) and B 5 no 21 (sentencia final).

<sup>80</sup> LEW, J. D. M.; MISTELIS, L. A. y al. 2003. Chapter 5 Juridical: Nature of Arbitration. En: LEW, J. D. M.; MISTELIS, L. A. (eds.) *Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, p. 73.



el precio de venta del gas en un contrato de abastecimiento de gas natural) secretos y protegerlos de los otros actores y competidores del mismo mercado.<sup>81</sup>

Todavía, más recientemente, el arbitraje comercial ha asistido a un cambio global, dictado en una gran parte por una mayor atención a la importancia de la transparencia de los procedimientos.<sup>82</sup>

Entonces, sin necesariamente expresar un juicio sobre la positividad o la negatividad de este aspecto, está todavía claro que cuanto más el arbitraje se considera contractual, mayor es la voluntad de las partes para que se respete la confidencialidad; al contrario, si se interpreta el arbitraje como un procedimiento de naturaleza jurisdiccional, es natural pedir una mayor transparencia del procedimiento.

### 5.3 Diferencias entre laudo arbitral y acuerdo de mediación

La diferencia entre el laudo arbitral y el acuerdo de mediación es cuestión es más sencilla.

Si por un lado los efectos del laudo arbitral con frecuencia dependen del debate acerca de la naturaleza del arbitraje, por otro lado los efectos del acuerdo de mediación (como resultado y producto último del procedimiento de mediación) son definidos de manera bastante clara: se trata de un acuerdo que tiene naturaleza jurídica contractual.

De hecho, “tras la firma del acuerdo de mediación, [si] una de las partes decide no cumplir, pues bien, ante el incumplimiento por una de las partes del acuerdo de mediación, la parte cumplidora podrá acudir a los remedios civiles contractuales previstos en la legislación donde el acuerdo hubiera tenido lugar”.<sup>83</sup>

Está claro que los acuerdos de mediación no pueden gozar de la protección de la Convención de Nueva York.

### 5.4 Arbitraje comercial y arbitraje de inversiones

El debate sobre la naturaleza jurídica del arbitraje comercial es bastante vivaz. Por el contrario, en arbitraje de inversiones (ICSID/CIRDI, UNCITRAL/CNUDMI, NAFTA, ECT, etc.) la situación doctrinal es más clara: se considera de naturaleza institucional y contractual, porque el arbitraje de inversiones tiene casi siempre origen en un tratado internacional bilateral.

---

<sup>81</sup> COLLINS, M. QC; 2015. Privacy and Confidentiality in Arbitration Proceedings. *Arbitration International*, Oxford Press, Volumen 11.

<sup>82</sup> RUSCALLA, G. 2015. Transparency in International Arbitration: Any (Concrete) Need to Codify the Standard?, *Groningen Journal of International Law*, Vol. 3, No. 1.

<sup>83</sup> NAVAS GLEMBOTZKY, J.R. 2014. El enforcement del acuerdo de mediación civil y mercantil en el ámbito internacional: Análisis internacional: Análisis, Estudio Comparado y Recomendaciones. *Spain Arbitration Review / Revista del Club Español del Arbitraje*. © Club Español del Arbitraje; Wolters Kluwer España, Volumen 2014, No. 20, p. 81.

La naturaleza institucional y contractual se puede recoger también en el arbitraje en frente de la PCA (*Permanent Court of Arbitration*) o del Tribunal por las Reclamaciones entre Irán y EE.UU. (*Iran-United States Claims Tribunal*).

Los autores de la doctrina contractualística sostienen que aunque el arbitraje de inversiones tiene naturaleza contractual, es verdad que no existe un contrato con una cláusula arbitral en el sentido tradicional. Pero, cuando el estado en cuestión firmó el tratado internacional que incluye la cláusula arbitral, se considera que dio su consentimiento como si fuera un contrato con los futuros inversores. En consecuencia, el Estado expresa una clara voluntad de emanciparse de toda jurisdicción estatal.<sup>84</sup>

### 5.5 En España

En derecho español los precedentes legales se encuentran en el Código Civil y la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil que se refiere a los “juicios de árbitros y de amigables componedores”; posteriormente se habían promulgado las antiguas leyes de arbitraje: la Ley de Arbitraje de Derecho Privado de 1953 y la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988.

En la actualidad, en España, la materia se encuentra regulada por la Ley n. 60/2003, de 23 de diciembre, Ley de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado (reformada por la Ley n. 11/2011, del 20 de mayo de 2011).

La Ley de Arbitraje Ley n. 60/2003 incluye cuatro grupos de artículos principales:

- i. Artículos 34-39, Título VI (Del pronunciamiento del laudo y de la terminación de las actuaciones);<sup>85</sup>
- ii. Artículos 40-43, Título VII (De la anulación y de la revisión del laudo);
- iii. Artículos 44-45, Título VIII (De la ejecución forzosa del laudo);
- iv. Artículo 46, Título IX (Del exequátur de laudos extranjeros).

Con la nueva normativa se pretende favorecer la difusión del arbitraje como sistema para la resolución de conflictos, estableciendo un proceso uniforme y moderno que contempla particularidades de las tradiciones jurídicas europeas continentales y anglosajonas.

---

<sup>84</sup> LEW, J. D. M.; MISTELIS, L. A. et al. 2003. Chapter 5 Juridical: Nature of Arbitration. En: LEW, J. D. M.; MISTELIS, L. A. (eds.) *Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, p. 79.

<sup>85</sup> Cabe recordar que el artículo 36 prevé el “laudo por acuerdo de las partes”, con lo cual los árbitros resuelven la disputa ratificando el acuerdo de las partes; es un fenómeno llamado también “laudo transaccional”, que tiene la misma eficacia de un laudo pronunciado por los árbitros. Este tipo específico de laudo no parece dejar espacio a dudas sobre su naturaleza más contractual que jurisdiccional. Véase OLIVENCIA RUIZ, M. 2009. El laudo: naturaleza, clases y contenido, publicado en *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, Volumen de 2009, p. 662.

La regulación española, como en muchos otros países (Alemania, por ejemplo) se inspira en la Ley Modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional del 21 de junio de 1985 (Ley Modelo UNCITRAL/CNUDMI).

España parece seguir la teoría jurisdiccional, por lo menos respecto a la naturaleza y valor del laudo arbitral. En este sentido, en cuanto a la ejecución del laudo, el artículo 517.2.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y el artículo 45 Ley Arbitral confieren al laudo plenos efectos de título ejecutable.

En cuanto a los efectos de cosa juzgada, la Sentencia del Tribunal Constitucional 62/1991 asentó la naturaleza del arbitraje, que es “(...) un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, esto es, la obtención de una decisión al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada (...)”.<sup>86</sup>

De hecho, los autores de la reforma de 2011, especialmente con la reformulación del artículo 43 de la Ley Arbitral (“Cosa juzgada y revisión de laudos”),<sup>87</sup> parecen haber elegido la teoría jurisdiccional.<sup>88</sup>

Los autores españoles justifican la teoría jurisdiccional con el deber de imparcialidad de los árbitros (como si fueran jueces), los efectos ejecutivos del laudo, y sus efectos idénticos (como de *res judicata*) a los de una sentencia de los tribunales estatales.<sup>89</sup>

El Tribunal Constitucional define claramente el arbitraje como un fenómeno jurisdiccional. Por ejemplo, la sentencia n. 62 del 22 de marzo de 1991 afirma que el arbitraje es un “equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, esto es, la obtención de una decisión al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada.”<sup>90</sup>

---

<sup>86</sup> NAVAS GLEMBOTZKY, J.R. 2014. El enforcement del acuerdo de mediación civil y mercantil en el ámbito internacional: Análisis internacional: Análisis, Estudio Comparado y Recomendaciones. *Spain Arbitration Review / Revista del Club Español del Arbitraje*. © Club Español del Arbitraje; Wolters Kluwer España, Volume 2014, No. 20, nota. 2.

<sup>87</sup> “El laudo produce efectos de cosa juzgada y frente a él solo cabrá ejercitar la acción de anulación y, en su caso, solicitar la revisión conforme a lo establecido en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil para las sentencias firmes.”

<sup>88</sup> BONATO, G. 2012. *La natura e gli effetti del lodo arbitrale: studio di diritto italiano e comparato*. Jovene, p. 144, citando DEL PILAR PERALES VISCASILLAS, M. 2011. La Reforma de la Ley de Arbitraje (Ley 11/2011, de 20 de mayo), en Arbitraje. *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, Volumen de 2011, p. 698; véase también FERNÁNDEZ-ARMESTO, J. 2005. El Arbitraje Internacional En La Nueva Ley De Arbitraje Española, *Revista de Derecho del MERCOSUR*, Número. 258 pp. 1502-1506.

<sup>89</sup> Véase, por ejemplo, FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M. A. 2011. Artículo 43. En: GONZÁLES SORIA (ed.) *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*, Aranzadi, p. 457.

<sup>90</sup> España. Tribunal Constitucional. Sentencia n.º 62 de 22 marzo 1991; en el mismo sentido, véanse España. Tribunal Constitucional. Sentencia n. 288, de 4 octubre 1993, y España. Tribunal Constitucional. Sentencia n. 174 de 23 noviembre 1995.

Hay todavía, en el panorama español, pocas voces que sostienen la naturaleza principalmente privada y contractual del arbitraje,<sup>91</sup> y otros que prefieren la posición autónoma.<sup>92</sup>

## 5.6 En derecho comparado

Dada la naturaleza internacional del arbitraje moderno, el derecho comparado es fundamental para comprender de manera completa el fenómeno y, sobre todo, el debate y las diferentes razones de las cuatro teorías en torno a su naturaleza.<sup>93</sup>

### (a) En Italia

En principio, bajo del código procesal civil italiano de 1940, la doctrina mayoritaria sostenía la teoría “jurisdiccional pura” (porque los árbitros eran personas privadas, pero encargadas de ejercer una función pública, con el fin de producir una decisión, la cual tenía naturaleza de verdadera sentencia). El decreto de homologación (o exequátur) tenía solamente naturaleza administrativa, pero no tenía ningún impacto en el carácter jurisdiccional del procedimiento.<sup>94</sup>

Solamente una limitada parte de la doctrina sostenía la teoría contractual.<sup>95</sup>

La posición de la jurisprudencia estaba todavía más orientada en el sentido contractual; o sea, el procedimiento arbitral es un procedimiento de tipo privado y contractual, pero con el exequátur concedido al laudo arbitral, todo el procedimiento toma carácter jurisdiccional.<sup>96</sup>

Esta posición “temperada” fue confirmada especialmente a raíz de una famosa decisión del Tribunal de Casación italiano de 1956.<sup>97</sup>

El Tribunal Constitucional también tuvo un papel decisivo en la determinación de la naturaleza del arbitraje: con una decisión del 1963 declaró que el árbitro no es

<sup>91</sup> Entre estos autores, véase por ejemplo GUASP, J; ARAGONESES, p. 2005. *Derecho procesal civil, Volumen II*. Madrid, p. 58: “ni los árbitros son jueces, ni el procedimiento arbitral es un proceso, ni el laudo arbitral es una sentencia”.

<sup>92</sup> BARONA VILAR, S. 2010. El arbitraje. En: MONTERO AROCA, GÓMEZ COLOMER, MÓNTON REDONDO, BARONA VILAR (eds.) *Derecho jurisdiccional, Volumen II*, Valencia, p. 888: “el arbitraje es el arbitraje, y esta es su naturaleza jurídica”.

<sup>93</sup> Por una perspectiva comparada global, una obra imprescindible es el manual de los profesores POUURET, J.F; BESSON, S. 2007. *Comparative Law of International Arbitration*. Sweet & Maxwell.

<sup>94</sup> BONATO, G. 2012. *La natura e gli effetti del lodo arbitrale: studio di diritto italiano e comparato*. Jovene, pp. 15-16.

<sup>95</sup> BONATO, G. 2012. *La natura e gli effetti del lodo arbitrale: studio di diritto italiano e comparato*. Jovene, p. 16, citando a FAZZALARI, F. 1968. I processi arbitrali nell'ordinamento italiano. *Rivista di Diritto Processuale*, Volumen de 1968, pp. 460-466 p. 460 y p. 466.

<sup>96</sup> BONATO, G. 2012. *La natura e gli effetti del lodo arbitrale: studio di diritto italiano e comparato*. Jovene, p. 19.

<sup>97</sup> Véase Italia. Tribunal de Casación, Secciones Unidas. Sentencia n. 1505 del 9 mayo 1956. Foro Italiano, 1956, I, c. 847 ss.; con un comentario de ANDRIOLI, V. 1956. Procedura arbitrale e regolamento di giurisdizione. *Giustizia Civile*, Volumen I, p. 818 ss.; con un comentario de GIACCARDI MARMO, L. 1956. Recenti orientamenti della dottrina e della giurisprudenza sulla natura giuridica dell'arbitrato rituale. *Foro Italiano*, Volumen I, c. 686 ss.; con comentario de GARBAGNATI, L. 1956. In tema di regolamento preventivo di giurisdizione nel corso del procedimento arbitrale. *Foro Italiano*, Volumen I, c. 747 ss.

titular de ninguna función jurisdiccional. De hecho, el exequátur, que de todas maneras debe ser concedido por la jurisdicción ordinaria, da al laudo eficacia de sentencia, no naturaleza de sentencia. Entonces, el árbitro no tiene un poder similar al poder del juez,<sup>98</sup> y el arbitraje no tiene naturaleza jurisdiccional.

La reforma del Código Procesal Civil italiano causó una cierta confusión. La reforma introdujo el artículo 823 del código procesal, que establece “El laudo tiene efecto vinculante entre las partes, desde la fecha de su última firma.”<sup>99</sup> Es evidente que la mayoría de los autores, tras esta formulación tan clara, se pusieron del lado de la teoría contractual.<sup>100</sup>

La segunda reforma de 1994 tuvo un gran impacto en el arbitraje italiano, y su objetivo era de hacer que el arbitraje fuera lo más independiente posible del procedimiento estatal. Un ejemplo de esta voluntad fue la introducción del artículo 808 en el código, que establece hasta a hoy la autonomía de la cláusula arbitral en el contrato.<sup>101</sup> El gran valor de esta reforma fue de clarificar que el exequátur concede al laudo únicamente y simplemente el valor ejecutivo; al contrario, antes, se pensaba que la homologación era fuente de valor de sentencia por el laudo arbitral.<sup>102</sup>

Como resultado, apoyándose en la naturaleza jurisdiccional del laudo (en el sentido de que el laudo ya tenía los mismos efectos que una sentencia judicial), la doctrina concluyó afirmando que el arbitraje tenía naturaleza jurisdiccional.<sup>103</sup>

Esta doctrina se apoyaba, además, en el nuevo sistema de impugnación del laudo, por ejemplo (y especialmente) el artículo 827 del código procesal que establece la posibilidad de impugnar el laudo inmediatamente después su pronunciación, independientemente de su depósito por el exequátur.<sup>104</sup>

---

<sup>98</sup> BONATO, G. 2012. *La natura e gli effetti del lodo arbitrale: studio di diritto italiano e comparato*. Jovene, p. 19, citando Italia. Tribunal Constitucional. Sentencia n. 2 del 12 febrero 1963, con comentario de MONTELEONE, G. 2006. Comentario sobre la sentencia n. 2 del Tribunal Constitucional Italiano, de 12 febrero 1963. *Arbitrato e giurisdizione nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, n. 2, p. 19 ss.

<sup>99</sup> Artículo 823, Código Procesal Civil Italiano.

<sup>100</sup> BONATO, G. 2012. *La natura e gli effetti del lodo arbitrale: studio di diritto italiano e comparato*. Jovene, pp. 22-24.

<sup>101</sup> BONATO, G. 2012. *La natura e gli effetti del lodo arbitrale: studio di diritto italiano e comparato*. Jovene, p. 29: Artículo 808 Código procesal Italiano, segundo párrafo: “La validez de la cláusula compromisoria debe ser valuada de manera autónoma respecto al contrato a que se refiere; además, el poder de celebrar el contrato incluye el poder de llegar a un acuerdo sobre la cláusula compromisoria.”

<sup>102</sup> BONATO, G. 2012. *La natura e gli effetti del lodo arbitrale: studio di diritto italiano e comparato*. Jovene, p. 29, citando a RICCI, E. 1994. L'efficacia vincolante del lodo arbitrale dopo la legge n. 25 del 1994. *Rivista Trimestrale di Diritto Processuale Civile*, Volumen de 1994, p. 809.

<sup>103</sup> BONATO, G. 2012. *La natura e gli effetti del lodo arbitrale: studio di diritto italiano e comparato*. Jovene, p. 29, citando RICCI, E. 1994. L'efficacia vincolante del lodo arbitrale dopo la legge n. 25 del 1994. *Rivista Trimestrale di Diritto Processuale Civile*, Volumen de 1994, p. 825 ss.

<sup>104</sup> Artículo 827, segundo párrafo: “Los medios de impugnación pueden ser utilizados independientemente del depósito del laudo.”



En realidad, si el laudo fuese solamente un contrato entre las partes, sería difícil imaginar cómo se puede impugnar por vía procesal, con medios jurisdiccionales, antes de que reciba el exequátur.<sup>105</sup>

Otro argumento a favor de la naturaleza jurisdiccional del laudo –y, por lo tanto, del arbitraje– era que una interpretación diferente habría impedido la aplicación del sistema de reconocimiento y ejecución internacional de la Convención de Nueva York.<sup>106</sup> De hecho, es verdad que la Convención habla de “*arbitral awards*” y “*sentences arbitrales*”, es decir, conceptos que tienen los mismos efectos que las sentencias judiciales –más que los contratos entre partes privadas.

Algunos autores intentaron sostener una teoría mixta, afirmando que aunque el laudo tiene naturaleza jurisdiccional, el procedimiento arbitral es un fenómeno privado de origen contractual.<sup>107</sup> Por fin, la doctrina mayoritaria tuvo la dirección jurisdiccional.<sup>108</sup>

Es curioso notar que la jurisprudencia italiana, especialmente en las decisiones más recientes, tomó una dirección diferente.

Después de la segunda reforma del Código Procesal Civil italiano de 1994, la jurisprudencia de los tribunales italianos era bastante constante afirmando la naturaleza jurisdiccional del arbitraje.

Además, sorprendentemente, con la famosa sentencia n. 527 del 3 de agosto de 2000 de las “*Sezioni Unite*” (“Secciones Unidas”) del Tribunal de Casación, la jurisprudencia volvió a la interpretación contractual-privada del arbitraje y del laudo arbitral.<sup>109</sup>

Hay algunas citas de la sentencia que cabe recordar literalmente en esta ocasión:

- i. el arbitraje fue cualificado de “justicia cognitiva privada”, cuya conclusión es una “reglamentación contractual de los intereses en litigio”;
- ii. los árbitros fueron descritos como “radicalmente carecientes de poder jurisdiccional de imperio” y como “constituyente la negación” de la jurisdicción estatal;

---

<sup>105</sup> BONATO, G. 2012. *La natura e gli effetti del lodo arbitrale: studio di diritto italiano e comparato*. Jovene, p. 36, citando Salvatore Boccagna, *L'impugnazione per nullità del lodo*, Napoli, 2005, p. 84.

<sup>106</sup> BONATO, G. 2012. *La natura e gli effetti del lodo arbitrale: studio di diritto italiano e comparato*. Jovene, p. 37, citando -RICCI, E. 2001. La natura dell'arbitrato e del relativo lodo: parlano le Sezioni Unite. *Rivista di Diritto Processuale*, Volumen de 2001, p. 272.

<sup>107</sup> Por ejemplo, Claudio Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Volumen II, Giappichelli, 2010, p. 118.

<sup>108</sup> BONATO, G. 2012. *La natura e gli effetti del lodo arbitrale: studio di diritto italiano e comparato*. Jovene, p. 39, citando LUISO, F. 2000. *Diritto processuale civile*, Volumen IV, Giuffrè, p. 302, y CAVALLINI, C. 1997. Alcune riflessioni in tema di efficacia del lodo. *Rivista dell'Arbitrato*, Volumen de 1997, p. 711.

<sup>109</sup> Italia. Tribunal de Casación. Caso Comune di Cinisello Balsamo v AEM, *Rivista di diritto processuale*. Sentencia de 3 agosto 2000. *Rivista di Diritto processuale*, 2001, p. 254. *Rivista dell'Arbitrato*, 2000, p. 699.

- iii. el juicio arbitral fue considerado “ontológicamente alternativo a la jurisdicción estatal” y “antitético al [sistema] jurisdiccional”;
- iv. el laudo fue definido como “un acto de autonomía privada, con efectos que derivan de un juicio de un sujeto cuyo poder tiene su fuente en la investidura de las partes”.<sup>110</sup>

Esta misma dirección contractual-privada fue confirmada por medio de una segunda sentencia del Tribunal de Casación solamente un año más tarde: la sentencia del Tribunal de Casación, n. 15023, del 27 de noviembre de 2001, *Aeroporto di Roma contra Ministero dei Trasporti*.<sup>111</sup>

El Tribunal Constitucional, al contrario, decidió tomar una dirección más en el sentido jurisdiccional, y con la sentencia n. 376 del 2001<sup>112</sup> afirmó que “el arbitraje representa un procedimiento previsto y regulado por el código procesal civil por aplicación objetiva del derecho al caso concreto, con el fin de resolver el litigio, con las garantías típicas de la jurisdicción ordinaria” y que “el juicio arbitral no presenta diferencias con el juicio en frente de los órganos estatales de la jurisdicción”.<sup>113</sup> Esta interpretación influirá en la tercera reforma del código procesal civil italiano.

Con el decreto legislativo n. 40 del 2 de febrero de 2006, el legislador italiano pretendía resolver este antiguo debate sobre la naturaleza jurídica del arbitraje. De hecho, introdujo el artículo 824-bis sobre el eficacia del laudo que prevé claramente que “Sin perjuicio del artículo 825, desde la fecha de su última firma, el laudo tiene los efectos de la sentencia pronunciada por la autoridad judicial”.<sup>114</sup> Parece por lo tanto claro que la reforma de 2006 declaró la naturaleza jurisdiccional del arbitraje.

<sup>110</sup> Italia. Tribunal de Casación. Caso Comune di Cinisello Balsamo contra AEM, *Rivista di diritto processuale*. Sentencia de 3 agosto 2000. *Rivista di Diritto processuale*, 2001, p. 254. *Rivista dell'Arbitrato*, 2000, p. 699.

<sup>111</sup> Italia. Tribunal de Casación. Caso Aeroporto di Roma contra Ministero dei Trasporti. Sentencia n. 15023, del 27 noviembre 2001. *Rivista di Diritto Processuale*, 2002, p. 238. *Rivista dell'Arbitrato*, 2002, p. 287, con el comentario de RICCI, E. 2002. La Cassazione insiste sulla natura “negoziale” del lodo arbitrale. Nuovi spunti critici. *Rivista di Diritto Processuale*, Volumen de 2002, p. 239 ss.; o véase también *Rivista dell'Arbitrato*, 2002, p. 287 ss., con el comentario de MENCHINI, S. 2002. La natura e la disciplina dell'eccezione con la quale è fatta valere l'efficacia di un (precedente) lodo non impugnabile. *Rivista dell'Arbitrato*, Volumen de 2002, p. 288 ss.

<sup>112</sup> Italia. Tribunal Constitucional. Sentencia n. 276 de 2001. *Giustizia Civile*, 2001, I, p. 2883 ss. *Rivista dell'Arbitrato*, 2001, p. 657 ss. *Foro Italiano*, 2002, I, c. 1649 ss. *Giurisprudenza Costituzionale*, 2001, p. 3757 ss. La sentencia n. 276 fue publicada en: *Giustizia Civile*, 2001, I, p. 2883 ss., con el comentario de VACCARELLA, R. 2001. Il coraggio della concretezza in una storica decisione della Corte costituzionale. *Rivista dell'Arbitrato*, Volumen de 2001, p. 657 ss, con el comentario de BRIGUGLIO, A. 2002. Merito e metodo nella pronuncia della Consulta che ammette gli arbitri rituali alla rimessione della pronuncia pregiudiziale costituzionale. *Giurisprudenza Italiana*, Volumen I, c. 688 ss., con comentario de CANALE, G. 2002. Anche gli arbitri rituali possono sollevare la questione di legittimità costituzionale di una norma. *Foro Italiano*, Volumen I, c. 1649 ss.; con comentario de ROMBOLI, R. 2001. Comentario sobre la sentencia n. 276 de 2001 del Tribunal Constitucional Italiano. *Giurisprudenza Costituzionale*, Volumen de 2001, p. 3757 ss.

<sup>113</sup> Véase también el comentario BONATO, G. 2012. *La natura e gli effetti del lodo arbitrale: studio di diritto italiano e comparato*. Jovene, pp. 49-52.

<sup>114</sup> Artículo 824-bis del Código Procesal Civil italiano.

## (b) En Francia

La posición antigua de la doctrina francesa, defendida por el profesor Armand Lainé, estaba más en favor de la naturaleza jurisdiccional del arbitraje, focalizada en la idea de que el laudo tenía efectos idénticos a las sentencias de los jueces, y que el exequátur representaba una mera formalidad administrativa.<sup>115</sup> Esto era probablemente debido al hecho de que aún no habían surgido todas las cuestiones de orden internacional por la ejecución internacional de los laudos.

El profesor Lainé afirmó que “el arbitraje es por supuesto la obra de una jurisdicción contenciosa; los árbitros son por supuesto jueces; los laudos arbitrales son por supuesto sentencias.”<sup>116</sup>

Esta tendencia era apoyada también por la jurisprudencia del Tribunal de Casación francesa.<sup>117</sup>

Había todavía algunas posiciones más favorables a la teoría contractual, que suponen que laudo y pacto compromisorio son “*un seul et même corps*”<sup>118</sup> al punto que se piensa que el siglo XIX en Francia fue dominado por una tendencia “temperada”.<sup>119</sup>

En los años 60 del siglo XX el profesor Rubellin-Devichi desarrolló la teoría mixta o híbrida, diciendo que ambas teorías (contratualista y jurisdiccional) “se superponen, se penetran, para dar al arbitraje una naturaleza mixta o híbrida, que viene ya sea del contrato, ya sea del juicio”.<sup>120</sup>

La posición moderna de Francia en torno de la naturaleza jurídica del arbitraje está bastante clara: es de tendencia contractual.

Como fue mencionado anteriormente,<sup>121</sup> Francia tiene la reputación de ser un país “*arbitration friendly*”, y de ejecutar un mayor número de laudos arbitrales.

Además, con la sentencia Gosset del 1963 el Tribunal de Casación francés estableció el famoso principio de autonomía de la cláusula arbitral del contrato en que está escrita.<sup>122</sup>

<sup>115</sup> LAINÉ, A. 1899. De l'exécution en France des Sentences Arbitrales Étrangères. *Journal de Droit International*. Volumen 26, p. 645.

<sup>116</sup> LAINÉ, A. 1899. De l'exécution en France des Sentences Arbitrales Étrangères. *Journal de Droit International*. Volumen 26, pp., p. 654: en original francés: « l'arbitrage est bien l'œuvre d'une juridiction contentieuse; les arbitres sont bien des juges; les sentences arbitrales sont bien des jugements ».

<sup>117</sup> Francia. Casación Civil. Sentencia del 6 marzo 1865. *Recueil Dalloz*, 1865, 1, p. 249; y Francia. Casación Civil. Sentencia del 22 diciembre 1959. *Recueil Dalloz*, 1960, p. 685 ss.

<sup>118</sup> MERLIN, P.-A. 1829. *Questions de droit*, Volumen IX. Bruxelles, p. 145 (en español: “un solo y único cuerpo”).

<sup>119</sup> BONATO, G. 2012. *La natura e gli effetti del lodo arbitrale: studio di diritto italiano e comparato*. Jovene, p. 78, citando, para la teoría contractual, a GASPARD FOELIX, J.-J. 1856. *Traité de droit international privé ou du conflit des lois de différentes nations en matière de droit privé*, Volumen II. Paris: L.J.D.G., p. 144.

<sup>120</sup> RUBELLIN-DEVICHI, J. 1965. *L'arbitrage. Nature juridique. Droit interne et droit international*, Paris: L.J.D.G., p. 14.

<sup>121</sup> Véase la sección 5.1.a.



De hecho, en el debate originado por el expediente *Chromalloy*<sup>123</sup> (y todas las sentencias que siguieron, como *Putrabali*<sup>124</sup>), los tribunales franceses se posicionaron claramente a favor de la ejecución de laudos extranjeros anulados en la sede del arbitraje.

Esta posición es apoyada por un enfoque claramente contractual del arbitraje; de hecho, es más fácil apoyar la ejecución de un contrato que no hacerlo en una sentencia anulada.<sup>125</sup> Estos autores sostienen también que el efecto de *res judicata* del laudo no demuestra su naturaleza jurisdiccional, porque el mismo efecto (segundo el artículo 2051 del Código Civil francés) pertenece también al acto de transacción.<sup>126</sup>

La posición más utilizada hoy en el ambiente de los profesionistas del arbitraje internacional es, todavía, la que prevé un arbitraje “contractual por su origen, y jurisdiccional por su objeto”.<sup>127</sup>

### (c) En los Estados Unidos

Como Francia, los EE.UU. se situaron en el lado “pro arbitraje” durante el debate *Chromalloy*,<sup>128</sup> y ejecutaron laudos arbitrales –incluso anulados en la sede del arbitraje– apoyándose en la naturaleza contractual del arbitraje.<sup>129</sup>

---

<sup>122</sup> Francia. Casación Civil. Caso Gosset. Sentencia del 7 mayo 1963. La Semaine Juridique, 1963, II, n. 13405. Recueil Dalloz, 1963, p. 545; véase también Francia. Casación Civil, Caso Communauté urbaine de Casablanca contra Degrémont. Sentencia del 15 junio 1994. Revue de l'Arbitrage, 1995, p. 88.

<sup>123</sup> Estados Unidos. US District Court, District of Columbia. Caso Chromalloy Aeroservices contra Arab republic of Egypt. Sentencia del 31 julio 1996, n°94-2339, International Arbitration Report, August 1996, p. 11.

<sup>124</sup> Francia. Casación Civil. Caso PT Putrabali Adyamulia contra Rena Holding. Sentencia del 29 junio 2007. Revue de l'arbitrage, 2007, p. 507, con comentario de Emmanuel Gaillard; Journal de droit international, 2007, p. 1236, con comentario de Thomas Clay; Revue critique de droit international privé, 2008, p. 108, con comentario de Sylvain Bollée.

<sup>125</sup> HONG-LIN, Y. 2008. A theoretical overview of the foundations of international commercial Arbitration. *Contemporary Asian Arbitration Journal*, Volumen 1(2), p. 257; LEW, J. D. M.; MISTELIS, L. A. et al. 2003. Chapter 5 Juridical: Nature of Arbitration. En: LEW, J. D. M.; MISTELIS, L. A. (eds.) *Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, p. 80: “De acuerdo con la teoría mixta, tenemos un sistema de justicia privado, creado por contrato. Es también comúnmente aceptado que este sistema híbrido existe *de facto*. Este puede ser observado en la cohabitación del enfoque jurisdiccional de la Convención de Nueva York con el enfoque contractual de la ley francesa.” (Original: “According to the mixed theory we have a private justice system created by contract. It is also common that such a hybrid system exists *de facto*. This can be seen in cohabitation of the jurisdictional approach of the New York Convention with the contractual approach of French law.”); BONATO, G. 2012. *La natura e gli effetti del lodo arbitrale: studio di diritto italiano e comparato*. Jovene, pp. 109-114.

<sup>126</sup> BELLET, P; MEZGER, E. 1981. L'arbitrage international dans le nouveau code de procédure civile. *Revue critique de droit international privé*, Volumen de 1981, p. 611 y p. 648.

<sup>127</sup> BONATO, G. 2012. *La natura e gli effetti del lodo arbitrale: studio di diritto italiano e comparato*. Jovene, p. 108, citando SERAGLINI, C. 2011. L'arbitrage commercial international. En: BÉGUIN Y MENJUCQ (eds.) *Droit du commerce international*, Paris: CLUNET, p. 950; para una perspectiva externa, véase también CREMADES SANZ-PASTOR, J.A. 2001. Cuatro lustros de ley francesa de arbitraje comercial internacional, *Anuario de Justicia Alternativa, Derecho arbitral*, Volumen de 2001, p. 1.

La jurisprudencia de los tribunales de EE.UU. confirma esta tendencia.<sup>130</sup>

La doctrina, desde tiempos inmemorables, apoya la teoría contratualista basada en el consentimiento de las partes.<sup>131</sup>

(d) En el Reino Unido

Tradicionalmente, el Reino Unido tiene una posición diferente de Francia y EE.UU.. Los tribunales ingleses apoyan más la naturaleza jurisdiccional del arbitraje, y siguen la posición de Lord Mustill.<sup>132</sup>

Todavía, más recientemente, algunos autores afirmaron que, respecto al arbitraje internacional en el Reino Unido, la naturaleza de la misión del árbitro es privada.<sup>133</sup> Además, es innegable que la relación jurídica entre el árbitro y las partes se funda en un cualquier tipo de contrato.<sup>134</sup> Los mismos autores subrayan la naturaleza consensual y “*party-led*” del arbitraje, lo que permite una gran flexibilidad, y a las partes controlar el procedimiento.<sup>135</sup>

<sup>128</sup> Estados Unidos. US District Court, District of Columbia. Caso Chromalloy Aeroservices contra Arab republic of Egypt. Sentencia del 31 julio 1996, n°94-2339, International Arbitration Report, August 1996, p. 11.

<sup>129</sup> HONG-LIN, Y. 2008. A theoretical overview of the foundations of international commercial Arbitration. *Contemporary Asian Arbitration Journal*, Volumen 1(2), p. 257.

<sup>130</sup> Estados Unidos. Tribunal de Apelación de Connecticut. Caso Anderson contra Beland. Sentencia de 2011. Recopilación de la Jurisprudencia 672 F.3d, p. 113: “Given the contractual nature of arbitration, it can be argued that the preclusive effect of either a judicial judgment or an arbitration award on a subsequent arbitration should depend on what the parties agreed to. And then the court will decide as a matter of interpretation of the parties’ agreement to arbitrate whether the arbitrators can ignore a prior judicial judgment.” (“Dada la naturaleza contractual del arbitraje...”)

<sup>131</sup> DAY, G. R. 2016. Private Solutions to Global Crises. *St. John's Law Review*, Volumen 89, No. 4, Article 2, p. 1097: “Arbitration in the United States...as background...is ostensibly grounded in consent.” (“El arbitraje en los Estados Unidos...como trasfondo...está ostensiblemente fundado en el consentimiento.”)

<sup>132</sup> HONG-LIN, Y. 2008. A theoretical overview of the foundations of international commercial Arbitration. *Contemporary Asian Arbitration Journal*, Volumen 1(2), p. 257; Inglaterra. English High Court. Caso Court Channel Tunnel Group Ltd. contra Balfour Beatty Construction Ltd. Sentencia de 1993. *Adjudication Law Review*, 01/21.

<sup>133</sup> HODGES P; GREENAWAY, J. 2013. Chapter 15: Duties of Arbitrators. En: JULIAN D. M. LEW, HARRIS BOR, y al. (eds) *Arbitration in England, with chapters on Scotland and Ireland*, © Kluwer Law International, p. 305, citando el Informe de la Corte de Arbitraje Internacional de la ICC, Report of Working Group on Criminal Law and Arbitration (Doc 420/492), y MOURRE, A. 2011. Sed Quis Custodiet Ipsos Custodes? On Jurisdiction Upon Arbitrators, Is Arbitration Only as Good as the Arbitrator?. En: Y. DERAÏN, L. LEVY (eds.) *International Chamber of Commerce*, pp. 110–114.

<sup>134</sup> HODGES P; GREENAWAY, J. 2013. Chapter 15: Duties of Arbitrators. En: JULIAN D. M. LEW, HARRIS BOR, y al. (eds) *Arbitration in England, with chapters on Scotland and Ireland*, © Kluwer Law International, p. 307, citando Inglaterra. Tribunal de Apelación de Inglaterra y Gales, Sección Civil. Caso Jivraj contra Hashwani. Sentencia del 2010. Recopilación de la Jurisprudencia, 2010, p. 712.

<sup>135</sup> HODGES P; GREENAWAY, J. 2013. Chapter 15: Duties of Arbitrators. En: JULIAN D. M. LEW, HARRIS BOR, y al. (eds) *Arbitration in England, with chapters on Scotland and Ireland*, © Kluwer Law International, p. 314, y PENDELL G; HUARD-BOURGOIS, J. 2013. Chapter 17: Rights and Duties of the Parties and Counsel. En: JULIAN D. M. LEW, HARRIS BOR, et al. (eds) *Arbitration in England, with chapters on Scotland and Ireland*, © Kluwer Law International, p. 352; - GILBERT, J. 2013. Chapter 22: Multi-Party and Multi-Contract Arbitration. En: JULIAN D. M. LEW, HARRIS

Los jueces del Tribunal de Apelación de Londres, pronunciándose sobre un laudo muy famoso en arbitraje internacional, afirmaron que el arbitraje es “consensual”.<sup>136</sup>

(e) En Suiza

En Suiza la posición de la doctrina es bastante constante en el sentido que apoya la teoría contractual.<sup>137</sup>

El Tribunal Supremo suizo apoya esta tendencia, reconociendo la naturaleza “consensual y privada del arbitraje”.<sup>138</sup>

De hecho, como Francia, Suiza es conocida en todo el mundo por ser un muy buen lugar de arbitraje internacional –y la elección de la teoría contractual parece fomentar esta buena reputación.

(f) En Bélgica

La doctrina belga tradicionalmente considera que el laudo arbitral tiene todas las características de la sentencia del tribunal estatal, menos –por supuesto– la eficacia ejecutiva.<sup>139</sup>

Todavía, la posición más frecuente hoy es la teoría mixta o intermedia que define el arbitraje como “una institución original, extraña tan al contrato como a la jurisdicción” que tiene como resultado una “decisión privada”; el arbitraje es una “institución autónoma, con un régimen original que trata de conciliar la eficiencia necesaria con las garantías que las partes tiene el derecho de exigir”.<sup>140</sup>

---

BOR, et al. (eds) *Arbitration in England, with chapters on Scotland and Ireland*, Kluwer Law International, p. 456.

<sup>136</sup> Inglaterra. Tribunal Supremo. Caso *Dallah Real Estate & Tourism Holding Co. contra Ministry of Religious Affairs of the Government of Pakistan*. Sentencia de 2010. Recopilación de la Jurisprudencia, Sección 1 AC 763, p. 810. (“Arbitration of the kind with which this appeal is concerned is consensual– the manifestation of parties’ choice to submit present or future issues between them to arbitration.”); Inglaterra. Tribunal de Apelación. Caso *Baytur SA contra Finagro Holding SA*. Sentencia de 1991. Recopilación de la Jurisprudencia, Sección 4 All ER 129, p. 134 (“the nature of arbitration as a consensual matter of settling disputes”).

<sup>137</sup> MÜLLER-CHEN, M; PAIR, L. M. 2013. Chapter 3, Part II: Commentary on the Swiss Rules, Article 1 [Scope of application]. En: MANUEL ARROYO (ed.) *Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide*, © Kluwer Law International, p. 342: “and the contractual nature of arbitration need to be taken into account” (“y la naturaleza contractual del arbitraje debe ser tenida en consideración.”); en el mismo sentido, véanse también p. 702 y p. 709.

<sup>138</sup> ARROYO, M. 2013. Chapter 2, Part II: Commentary on Chapter 12 PILS, Article 190 [Finality, challenge: principle] En: MANUEL ARROYO (ed.) *Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide*, © Kluwer Law International, p. 238.

<sup>139</sup> BONATO, G. 2012. *La natura e gli effetti del lodo arbitrale: studio di diritto italiano e comparato*. Jovene, p. 132, citando DE BOURNONVILLE, P. 1996. La sentence arbitrale. *Revue de droit international et de droit comparé*, Volumen de 1996, p. 58.

<sup>140</sup> BONATO, G. 2012. *La natura e gli effetti del lodo arbitrale: studio di diritto italiano e comparato*. Jovene, p. 133, citando KEUTGEN, G; DAL, G.-A. 2006. *L'arbitrage en droit belge et international*, Bruxelles: Bruyant, p. 45.

La doctrina belga se sitúa, entonces, en la misma dirección de los otros sistemas jurídicos modernos.

(g) En América Latina

(i) Brasil

Las fuentes del derecho del arbitraje en Brasil son la Lei Federal n. 307 del 23 de septiembre de 1996, la Lei de Arbitragem, y del decreto legislativo n. 52 del 25 de abril de 2002 (con lo que Brasil ratificó la Convención de Nueva York).

La doctrina brasileña, hoy, es seguramente favorable a la teoría jurisdiccional. Esto se justifica por la declarada identidad de efectos entre el laudo arbitral y la sentencia del tribunal estatal, sobre todo a la luz de la reforma de 1996 que resultó en la vigente Lei de Arbitragem.<sup>141</sup>

(ii) Argentina

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina entró en vigencia en agosto de este año,<sup>142</sup> entonces es interesante ver qué dirección tomaron los autores de la nueva ley.

La doctrina prevalente afirma que el Nuevo Código Civil se sitúa del lado de la teoría contractual, un poco en contra-tendencia con lo que se pasa hoy en el mundo del arbitraje internacional.<sup>143</sup>

(iii) Colombia

En Colombia, la doctrina parece adoptar la teoría jurisdiccional, pero algunas sentencias de la Corte Constitucional indican una preferencia por una posición más moderada –entonces por la concepción mixta del arbitraje.<sup>144</sup>

La primera reacción de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, al reconocer la naturaleza jurisdiccional del arbitraje, fue –curiosamente–declararlo inconstitucional,

---

<sup>141</sup> BONATO, G. 2012. *La natura e gli effetti del lodo arbitrale: studio di diritto italiano e comparato*. Jovene, pp. 159-163, citando CARREIRA ALVIM, J. E. 2007. *Direito arbitral*. Rio de Janeiro., especialmente p. 25 y p. 66; por una perspectiva más amplia, véase BACKSMANN, A; CARRETEIRO, C. et al. 2013. *International Arbitration in Brazil: An Introductory Practitioner's Guide*. Kluwer Arbitration, Wolter Kluwer.

<sup>142</sup> Ley n° 26.994 del 1 de octubre de 2014, que aprueba el CCCN, cuya elaboración fuera impulsada por el Decreto n° 191/2011 del 23 de febrero del 2011.

<sup>143</sup> GARRO, A. M. 2016. El arbitraje en la Argentina bajo el Nuevo Código Civil y Comercial de la nación: una introducción a las reformas. *Revista Brasileira de Arbitragem*. © Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB; Kluwer Law International, Volume XIII, No. 50, pp. 115-116, citando también el debate en PARODI, G. 2015. *Código Civil y Comercial Comentado. Volumen IV*. Rivera & Medina, pp. 851-852 (destacando que “las modernas tendencias basadas en una prolífica cultura arbitral sostienen en forma prácticamente unánime que la naturaleza del arbitraje es mixta, contractual y jurisdiccional...”).

<sup>144</sup> SALCEDO FLÓREZ, A. 2010. En torno a la naturaleza jurídica del arbitraje. *Revista de Análisis Internacional*, Número 2, p. 149.

como verdadero “juicio” alternativo a la jurisdicción ordinaria estatal y, por lo tanto, no permitido por la Constitución.<sup>145</sup>

La Corte Constitucional amortizó este enfoque tan rígido, afirmando que “El arbitramento representa un mecanismo para impartir justicia, a través del cual igualmente se hace efectiva la función pública del Estado en ese sentido, y claramente consagrado por el ordenamiento jurídico”.<sup>146</sup>

Por fin, la concepción mixta que encontramos en Colombia, deriva de la suma de la naturaleza jurisdiccional del arbitraje como procedimiento, y del requisito para su validez, que es la voluntad de las partes –el carácter contractual del mismo.<sup>147</sup>

(h) En arbitraje internacional

Dado que el arbitraje es ante todo un fenómeno internacional, es interesante también considerar la perspectiva a-nacional.

La doctrina internacional parece concordar acerca de la naturaleza “decisoria” del arbitraje internacional (que permite distinguirlo de la conciliación, mediación, y otros métodos de resolución de las controversias) y su carácter innegablemente procedimental, judicial o por lo menos casi-judicial.<sup>148</sup>

Todavía, en el momento de la ejecución del laudo, el arbitraje (que reposa en una cláusula que representa el encuentro de las voluntades de las partes) retoma su dimensión consensual.<sup>149</sup>

## 6. TENDENCIAS CONTEMPORÁNEAS: LA JUDICIALIZACIÓN DEL ARBITRAJE

Desde 1994 algunos autores se dieron cuenta del cambio de dirección del arbitraje, hacia una “judicialización” del fenómeno.

Este fenómeno se considera generalmente en el sentido negativo, como la pérdida de todas las características del arbitraje que se consideraban tradicionalmente como “ventajas”, y es un sentimiento compartido por diferentes autores en muchas áreas geográficas del planeta.<sup>150</sup> ¿Por qué las partes deberían renunciar a un

<sup>145</sup> Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 29 mayo 1969.

<sup>146</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia número C-242 de 1997.

<sup>147</sup> SALCEDO FLÓREZ, A. 2010. En torno a la naturaleza jurídica del arbitraje. *Revista de Análisis Internacional*, Número 2, p. 151.

<sup>148</sup> BORN, G. 2014. Chapter 2: Legal Framework for International Arbitration Agreements. En: GARY B. BORN, *International Commercial Arbitration*. 2ª ed. © Kluwer Law International, p. 290, y nota n. 117.

<sup>149</sup> BORN, G. 2014. Chapter 26: Recognition and Enforcement of International Arbitral Awards. En: GARY B. BORN, *International Commercial Arbitration*. 2ª ed. © Kluwer Law International, p. 3448.

<sup>150</sup> Por un estudio del 1994, véanse: LILLICH, R. B.; BROWER, C. N. 1994. *International Arbitration in the 21<sup>st</sup> Century: Toward "Judicialization" and Conformity?*. Brill Nijhoff; REY VALLEJO, P. 2013. El arbitraje y los ordenamientos jurídicos en Latinoamérica: un estudio sobre formalización y judicialización. *Vniversitas*. Volumen 126, pp. 199-237; KUPFER SCHNEIDER, A. 2006. Not Quite a



procedimiento ante los tribunales estatales y elegir un tribunal arbitral (junto con todas las consecuencias respecto a los costes adicionales)? Pues, sobre todo, por la confidencialidad y la celeridad del procedimiento.

Hoy, la situación es substancialmente diferente.

De hecho, como ya explicado antes,<sup>151</sup> los procedimientos (sobre todo para el arbitraje de inversiones, o con una parte estatal) son más transparentes, y el espacio de la confidencialidad se encuentra radicalmente reducido.

Adicionalmente, los arbitrajes son menos rápidos: basta con pensar en el arbitraje de construcciones, de tipo FIDIC.<sup>152</sup> La crítica más frecuente es que el procedimiento ante el DAB, que precede el arbitraje, representa en realidad una duplicación del litigio, con una consecuente duplicación de tiempos y costes.<sup>153</sup>

De todas maneras, no podemos olvidar los esfuerzos para acelerar los procedimientos, sobre todo por parte de las instituciones arbitrales. Es particularmente notable la reciente publicación, por parte de la ICC, de las nuevas reglas para el arbitraje rápido ("*fast-track*").<sup>154</sup>

En consecuencia, es normal que hoy, hablar de la naturaleza "jurisdiccional" del arbitraje dé miedo a los profesionales de este campo: esto es debido a la asimilación automática de arbitraje y jurisdicción, que lleva a pensar a todas las desventajas de los procedimientos ante los tribunales estatales que los padres fundadores del arbitraje moderno querían eliminar de manera definitiva.

---

World without Trials: Why International Dispute Resolution Is Increasingly Judicialized Symposium, *Journal of Dispute Resolution*. Volumen de 2006, pp. 119-131; GOTTI, M. 2015. The Judicialization of Arbitration Discourse in the Italian Context (Capítulo 8). En: *Discourse and Practice in International Commercial Arbitration*. Ashgate, pp. 5-24; PHILLIPS, G.F. 2003. Is creeping legalism infecting arbitration?. *Dispute Resolution Journal*, Volumen 58.1 (Feb-Apr 2003), pp. 37-42; THE RIGHT HON. THE LORD THOMAS OF CWMGIEDD, LORD CHIEF JUSTICE OF ENGLAND AND WALES. 2016. Developing commercial law through the courts: rebalancing the relationship between the courts and arbitration, En: The Bailii Lecture, 9 de marzo de 2016.

<sup>151</sup> Véase la sección 5.2.e.

<sup>152</sup> Sitio web oficial: <http://fidic.org/>

<sup>153</sup> GENTON, P. M. 1999. The DRB/DAB: An attractive procedure if one takes certain precautions, artículo presentado en ocasión de la reunión anual del ASA (Swiss Arbitration Association) en Ginebra, el 3 de setiembre de 1999; GOODRICH, M. Dispute Adjudication Boards: Are they the future of dispute resolution?, *White & Case LLP Publications & Events*, 2 de setiembre de 2016. (disponible en: <http://www.whitecase.com/publications/article/dispute-adjudication-boards-are-they-future-dispute-resolution>)

<sup>154</sup> Véase el comentario oficial, publicado en la revista GAR el 4 de noviembre de 2016: "ICC introduces expedited procedure", disponible en: <http://globalarbitrationreview.com/article/1071413/icc-introduces-expedited-procedure>

## 7. CONCLUSIONES

Para empezar, es necesario reconocer que la cuestión de la naturaleza jurídica del arbitraje nada tiene que ver con el mérito o la falta de mérito del concepto de arbitraje.<sup>155</sup>

Por un lado, es cierto que el arbitraje no puede tener sentido sin cláusula o acuerdo válido. Así pues la teoría contractualista tiene fundamentos muy sólidos y aceptados por la doctrina y la jurisprudencia.

Por otro lado, también está claro que el arbitraje consiste en un procedimiento que conduce a una decisión jurisdiccional tan vinculante, o más en razón de su restringida impugnabilidad, como lo es una sentencia judicial. Por eso, no se puede negar su naturaleza (por lo menos parcialmente) jurisdiccional.<sup>156</sup>

Y aunque a ciertos autores les pueda dar miedo la referencia al fenómeno contemporáneo de la judicialización del arbitraje, es inevitable reconocer en el arbitraje unos rasgos del poder jurisdiccional. El arbitraje, de hecho, nació como alternativa, como posible sustituto del tribunal estatal; las dos vías no son completamente distintas y paralelas; por supuesto el arbitraje heredó algo de la jurisdicción estatal.

La razón por la cual es necesario determinar la naturaleza jurídica del arbitraje es simplemente práctica: con arreglo a la teoría que elegimos (contractualista, jurisdiccional, mixta o autónoma), esta tiene un impacto concreto en la resolución de problemas de tipo procesal que pueden plantearse (y se plantean con frecuencia) a lo largo del procedimiento.

El ejemplo paradigmático de esta situación, como fue mencionado anteriormente, es cuando por ejemplo el árbitro se encuentra frente a un contrato que dispone términos diferentes de la ley aplicable. Si se utiliza la teoría jurisdiccional, el árbitro, como un juez, tiene que decidir con arreglo a la ley aplicable. Si se toma la perspectiva contractualista, el acuerdo entre las partes es soberano y el árbitro tiene que inclinarse a la voluntad de las partes –es decir, aplicar el contrato (siempre respetando el límite, por supuesto, del orden público).

La otra situación por antonomasia es el laudo anulado por los tribunales de la sede del arbitraje. Si elegimos la perspectiva jurisdiccional, el laudo ha sido anulado y ha terminado su existencia jurídica. Si tomamos la teoría autónoma, el laudo puede con todo ser ejecutado en otro país donde se encuentran los bienes de la parte que ha perdido.

---

<sup>155</sup> GARRO, A. M. 2016. El arbitraje en la Argentina bajo el Nuevo Código Civil y Comercial de la nación: una introducción a las reformas. *Revista Brasileira de Arbitragem*. © Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB; Kluwer Law International, Volume XIII, No. 50, pp. 112 – 130.

<sup>156</sup> GARRO, A. M. 2016. El arbitraje en la Argentina bajo el Nuevo Código Civil y Comercial de la nación: una introducción a las reformas. *Revista Brasileira de Arbitragem*. © Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB; Kluwer Law International, Volume XIII, No. 50, pp. 112 – 130.

No es que una teoría sea mejor o peor que las otras. La verdadera cuestión es que, como es normal, los abogados toman una u otra teoría dependiendo de la posición del cliente que quieren defender.

De todas formas, además, la doctrina internacional sostiene que indudablemente se hicieron muchos esfuerzos para reunir, por lo menos, las dos principales escuelas de pensamiento. De hecho, sin perjuicio de sus puntos de vistas diametralmente opuestos, la teoría jurisdiccional y la teoría contractual pueden ser reconciliadas de manera concreta.

Como hemos demostrado antes, el arbitraje necesita y al mismo tiempo depende de elementos tanto de la teoría jurisdiccional (como el valor y la fuerza del laudo) como de la teoría contractual (por la necesidad del acuerdo de las partes para empezar un arbitraje y renunciar al juez del artículo 6 de la CEDH).

El arbitraje incluye elementos tanto de derecho privado (como para la elección de los aspectos del procedimiento, sede, idioma, etc.) como de derecho público (otra vez, el valor y la fuerza del laudo).

Y el arbitraje tiene tanto rasgos procedimentales como contractuales.

No es sorprendente que una teoría de compromiso, que apoya la naturaleza mixta o híbrida del arbitraje, haya sido recientemente desarrollada y apoyada por la mayoría de la doctrina internacional.<sup>157</sup>

Como dijeron los antiguos –*in medio stat virtus*.<sup>158</sup> Porque una teoría mixta representa de manera más fiel la naturaleza concreta del arbitraje.

Es verdad que, como se afirmó antes, la teoría que más representa la dirección moderna y actual del arbitraje internacional es la teoría autónoma. Eso es debido a que es la teoría que más protege y asegura la ejecución del producto último del arbitraje: el laudo.

No obstante, no podemos olvidar los aspectos de naturaleza claramente contractuales (sobre todo al comienzo) y jurisdiccionales (a lo largo del procedimiento y en el momento del laudo) que forman parte del fenómeno del arbitraje –tanto nacional como internacional– y que tienen un enorme impacto en muchos aspectos prácticos, teniendo consecuencias reales y concretas en la conducta y el resultado del procedimiento arbitral.

---

<sup>157</sup> LEW, J. D. M.; MISTELIS, L. A. y al. 2003. Chapter 5 Juridical: Nature of Arbitration. En: LEW, J. D. M.; MISTELIS, L. A. (eds.) *Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, p. 79 (en el texto inglés original: “Attempts were made to bridge the two schools of thought. In spite of their apparent diametrically opposing views, the jurisdictional and contractual theories can be reconciled. Arbitration requires and depends upon elements from both the jurisdictional and the contractual viewpoints; it contains elements of both private and public law; it has procedural and contractual features. It is not surprising that a compromise theory claiming arbitration to have a mixed or hybrid character should have been developed”).

<sup>158</sup> En español: “La virtud está en el punto medio.”



De todas formas, es muy difícil prever *a priori* qué dirección puede tomar un tribunal arbitral cuando debe tomar una decisión sobre la naturaleza jurídica del arbitraje. La razón de esta incertidud es doble.

Por un lado, depende de la ley y de la jurisprudencia del país sede del arbitraje. El árbitro tiene que tomar en consideración estos factores cuando emite su laudo, porque si la parte que pierde quiere anular el laudo, tiene que proponer recurso en anulación antes los tribunales y los jueces de la sede del arbitraje.

Por otro lado, depende de la tradición, formación y educación jurídica del árbitro. Como hemos expuesto anteriormente, los árbitros anglosajones son más favorables a la teoría contractualista, y por eso reaccionarán de manera diferente de los árbitros de Europa continental (de tradición de *civil law*), que están más orientados hacia el sentido de la teoría jurisdiccional.

Tal como se expuso en la sección de derecho comparado,<sup>159</sup> cada país tiene su propia historia jurídica, sus tendencias jurisprudenciales y de doctrina, y su preferencia por una teoría o una otra.

Es verdad que el arbitraje internacional parece más favorable a la teoría autónoma, pero ¿qué es a fin de cuentas un arbitraje internacional?

No existe un arbitraje meramente internacional, en el sentido en que los árbitros, como seres humanos, prefieren una u otra teoría jurídica, según su educación. Y el arbitraje internacional también tiene una sede física y jurídica, cuya ley nacional y jurisprudencia orienta y guía la elección de los árbitros en un sentido u otro.

Es por eso que, cuando nos encontramos frente a un problema procesal, cuya solución depende de la calificación de la naturaleza jurídica del arbitraje (lo que ocurre muy frecuentemente en la práctica), tenemos que tomar en cuenta: (i) si el arbitraje es comercial o de inversiones, (ii) la ley y jurisprudencia de los tribunales de la sede del arbitraje, y (iii) la cultura jurídica de los árbitros.

Si, por ejemplo, nos encontramos en un arbitraje nacional español, con sede en Madrid, y un tribunal compuesto de tres árbitros españoles, es probable que, si la cuestión se plantea, la solución del problema tome probablemente la dirección jurisdiccional.

Tal como se explicó en el apartado dedicado a España,<sup>160</sup> tanto la ley nacional como la jurisprudencia sostienen la teoría jurisdiccional.

## 8. LUGAR Y FECHA

Venecia, 17 de diciembre de 2016.

---

<sup>159</sup> Véase la sección 5.6.

<sup>160</sup> Véase la sección 5.5.

## 9. BIBLIOGRAFÍA

### 9.1 Doctrina

- ANDRIOLI, V. 1956. Procedura arbitrale e regolamento di giurisdizione. *Giustizia Civile*, Volumen I, p. 818 ss. (comentario sobre Cassazione Civile, Sezioni Unite. Sentencia n. 1505, de 9 mayo 1956).
- ARROYO, M. 2013. Chapter 2, Part II: Commentary on Chapter 12 PILS, Article 190 [Finality, challenge: principle] En: MANUEL ARROYO (ed.) *Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide*, © Kluwer Law International, pp. 204 – 264
- BACKSMANN, A; CARRETEIRO, C. et al. 2013. *International Arbitration in Brazil: An Introductory Practitioner's Guide*. Kluwer Arbitration, Wolter Kluwer.
- BARONA VILAR, S. 2010. El arbitraje. En: MONTERO AROCA, GÓMEZ COLOMER, MÓNTON REDONDO, BARONA VILAR (eds.) *Derecho jurisdiccional, Volumen II*, Valencia, p. 888 ss.
- BELLET, P; MEZGER, E. 1981. L'arbitrage international dans le nouveau code de procédure civile. *Revue critique de droit international privé*, Volumen de 1981, p. 611 ss.
- BERMANN, G. 2012. The “Gateway” Problem. *The Yale Journal Of International Law*, Volumen 37:1, pp. 1-50.
- BERNARD, A. 1937. *L'arbitrage volontaire en droit privé*. L.G.D.J.
- BISHOP, R. D; CRAWFORD, J. 2014. Chapter 1: Foreign Investment Disputes. En: BISHOP, R. D; CRAWFORD, J. et al. (eds) *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary*. 2ª ed. © Kluwer Law International, pp. 1 – 20.
- BOCCAGNA, S. 2005. *L'impugnazione per nullità del lodo*. Napoli.
- BONATO, G. 2012. *La natura e gli effetti del lodo arbitrale: studio di diritto italiano e comparato*. Jovene.
- BORN, G. 2014. *International Commercial Arbitration*, ed. Kluwer Law International.
- BORN, G. 2014. Chapter 1: Overview of International Commercial Arbitration. En: GARY B. BORN (ed.) *International Commercial Arbitration*. 2ª ed. © Kluwer Law International, pp. 1-228.
- BORN, G. 2014. Chapter 2: Legal Framework for International Arbitration Agreements. En: GARY B. BORN (ed.) *International Commercial Arbitration*. 2ª ed. © Kluwer Law International, pp. 229-348.
- BORN, G. 2014. Chapter 26: Recognition and Enforcement of International Arbitral Awards. En: GARY B. BORN, *International Commercial Arbitration*. 2ª ed. © Kluwer Law International, pp. 3394 – 3731.
- BRIGUGLIO, A. 2002. Merito e metodo nella pronuncia della Consulta che ammette gli arbitri rituali alla rimessione della pronuncia pregiudiziale

- costituzionale. *Giurisprudenza Italiana*, Volumen I, c. 688 ss. (comentario sobre Italia. Tribunal Constitucional, Sentencia n. 276 de 2001).
- CANALE, G. 2002. Anche gli arbitri rituali possono sollevare la questione di legittimità costituzionale di una norma. *Foro Italiano*, Volumen I, c. 1649 ss. (comentario sobre Italia. Tribunal Constitucional, Sentencia n. 276 de 2001)
  - CARREIRA ALVIM, J. E. 2007. *Direito arbitral*. Rio de Janeiro.
  - CAVALLINI, C. 1997. Alcune riflessioni in tema di efficacia del lodo. *Rivista dell'Arbitrato*, Volumen de 1997, p. 711 ss.
  - CHAOUACHI, L. 2011. *Le juge d'appui français et l'arbitrage international*, thèse auprès de l'Université de Montpellier (disponible en el sitio web de la universidad).
  - COLLINS, M. QC; 2015. Privacy and Confidentiality in Arbitration Proceedings. *Arbitration International*, Oxford Press, Volumen 11.
  - CONSOLO, C. 2010. *Spiegazioni di diritto processuale civile, Volumen II*. Giappichelli.
  - CREMADES SANZ-PASTOR, J. A. 2013. Entronque histórico del arbitraje con el derecho de contratos. En: C.A. SOTO COAGUILA, D.R. MARSANO DE MUR (eds) *Arbitraje Internacional: pasado, presente y futuro, Libro homenaje a Bernardo Cremades e Yves Derains*. Instituto Peruano de Arbitraje. p. 643 ss.
  - CREMADES SANZ-PASTOR, J. A., Cuatro lustros de ley francesa de arbitraje comercial internacional, 1 Anuario de Justicia Alternativa, Derecho arbitral (2001).
  - CREMADES SANZ-PASTOR, J. A. 1995. El procedimiento arbitral. El Arbitraje Comercial Internacional. *ICC Bulletin Special Supplement*, p. 59.
  - CREMADES SANZ-PASTOR, J.A. 2001. Cuatro lustros de ley francesa de arbitraje comercial internacional, *Anuario de Justicia Alternativa, Derecho arbitral*, Volumen de 2001, p. 1 ss.
  - DAY, G. R. 2016. Private Solutions to Global Crises. *St. John's Law Review*, Volumen 89, No. 4, Article 2, p. 1097 ss.
  - DE BOURNONVILLE, P. 1996. La sentence arbitrale. *Revue de droit international et de droit comparé*, Volumen de 1996, p. 58 ss.
  - DEL PILAR PERALES VISCASILLAS, M. 2011. La Reforma de la Ley de Arbitraje (Ley 11/2011, de 20 de mayo), en Arbitraje. *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, Volumen de 2011, p. 698 ss.
  - ESPOSITO, M. 2002. Si aprono le "porte del cielo": dall'arbitrato al ricorso straordinario al Presidente della Repubblica. *Corriere Giuridico*, Volumen de 2002, p. 1009 ss. (comentario sobre Italia. Tribunal Constitucional, Sentencia n. 276 de 2001).
  - FAZZALARI, F. 1968. I processi arbitrali nell'ordinamento italiano. *Rivista di Diritto Processuale*, Volumen de 1968, pp. 460-466.

- 
- FENG, P. 2012. Les décisions du Comité d'arbitrage (disponible en el sitio web de la Asociación Francesa de Arbitraje).
  - FERNÁNDEZ-ARMESTO, J. 2005. El Arbitraje Internacional En La Nueva Ley de Arbitraje Española, *Revista de Derecho del MERCOSUR*, Número. 258.
  - FERNÁNDEZ-ARMESTO, J. 2006. Arbitration In Madrid, *Ibero American Business Forum Report*.
  - FERNÁNDEZ ARROYO, D.P. 2013. *Cuestiones claves del arbitraje internacional*. CEDEP/UR ed.
  - FERNÁNDEZ ARROYO, D.P. 2012. *Contratos y arbitraje en la era global (Contrats et arbitrages dans l'ère globale)*. CEDEP ed.
  - FERNÁNDEZ ARROYO, D.P., Chronique de jurisprudence argentine. *Journal de Droit International*, 2012, 139(1), p. 231.
  - FERNÁNDEZ ARROYO, D.P. Arbitraje comercial internacional. En: CALVO CARAVACA, A.L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (eds.) *Curso de contratación internacional*. 2006, 2a ed., p. 43 ss.
  - FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M. A. 2011. Artículo 43. En: GONZÁLES SORIA (ed.) *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*, Aranzadi, p. 457 ss.
  - FOUCHARD, E; GAILLARD, E; GOLDMAN, B. 1999. *International Commercial Arbitration*, Savage and Gaillard (ed.), Kluwer Law International.
  - GAILLARD, E. 2009. The Enforcement of Awards Set Aside in the Country of Origin. *ICSID Review, Foreign Investment Law Journal*, Volumen 14, pp. 16-45.
  - GARBAGNATI, L. 1956. In tema di regolamento preventivo di giurisdizione nel corso del procedimento arbitrale. *Foro Italiano*, Volumen I, c. 747 ss. (comentario sobre Cassazione Civile, Sezioni Unite. Sentencia n. 1505, del 9 mayo 1956).
  - GARRO, A. M. 2016. El arbitraje en la Argentina bajo el Nuevo Código Civil y Comercial de la nación: una introducción a las reformas. *Revista Brasileira de Arbitragem*. © Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB; Kluwer Law International, Volume XIII, No. 50, pp. 112 – 130.
  - GASPARD FOELIX, J.-J. 1856. *Traité de droit international privé ou du conflit des lois de différentes nations en matière de droit privé*, Volumen II. Paris: L.J.D.G.
  - GENTON, P. M. 1999. The DRB/DAB: An attractive procedure if one takes certain precautions, artículo presentado con ocasión de la reunión anual del ASA (Swiss Arbitration Association) en Ginebra, el 3 de setiembre de 1999.
  - GIACCARDI MARMO, L. 1956. Recenti orientamenti della dottrina e della giurisprudenza sulla natura giuridica dell'arbitrato rituale. *Foro Italiano*, Volumen I, c. 686 ss. (comentario sobre Cassazione Civile, Sezioni Unite. Sentencia n. 1505, del 9 mayo 1956).

- 
- GILBERT, J. 2013. Chapter 22: Multi-Party and Multi-Contract Arbitration. En: JULIAN D. M. LEW, HARRIS BOR, et al. (eds) *Arbitration in England, with chapters on Scotland and Ireland*, Kluwer Law International, pp. 455 – 482.
  - GOODRICH, M. Dispute Adjudication Boards: Are they the future of dispute resolution?, *White & Case LLP Publications & Events*, 2 de setiembre de 2016.
  - GOTTI, M. 2015. The Judicialization of Arbitration Discourse in the Italian Context (Capítulo 8). En: *Discourse and Practice in International Commercial Arbitration*. Ashgate, pp. 5-24.
  - GUASP, J; ARAGONESES, p. 2005. *Derecho procesal civil, Volumen II*. Madrid.
  - HODGES P; GREENAWAY, J. 2013. Chapter 15: Duties of Arbitrators. En: JULIAN D. M. LEW, HARRIS BOR, et al. (eds) *Arbitration in England, with chapters on Scotland and Ireland*, © Kluwer Law International, pp. 293 – 318.
  - HONG-LIN, Y. 2008. A theoretical overview of the foundations of international commercial Arbitration. *Contemporary Asian Arbitration Journal*, Volumen 1(2), p. 253 ss.
  - Informe de la Corte de Arbitraje Internacional de la ICC, Report of Working Group on Criminal Law and Arbitration (Doc 420/492).
  - KEUTGEN, G; DAL, G.-A. 2006. *L'arbitrage en droit belge et international*, Bruxelles: Bruyant.
  - KLEIN, F. 1955. *Considérations sur l'arbitrage en droit international privé*. Bale.
  - KUPFER SCHNEIDER, A. 2006. Not Quite a World without Trials: Why International Dispute Resolution Is Increasingly Judicialized Symposium, *Journal of Dispute Resolution*. Volumen de 2006, pp. 119-131.
  - LAINÉ, A. 1899. De l'exécution en France des Sentences Arbitrales Étrangères. *Journal de Droit Internationale*. Volumen 26, pp. 641-650.
  - LEROSIEREL, A. 2013. Le rôle du juge d'appui au regard du nouveau droit français de l'arbitrage interne et international, publicado en el sitio web del bufete Squire Patton Boggs.
  - LEW, J. D. M.; MISTELIS, L. A. et al. 2003. Chapter 5 Juridical: Nature of Arbitration. En: LEW, J. D. M.; MISTELIS, L. A. (eds.) *Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International. pp. 71 – 97.
  - LIEBSCHER, C. 1999. Fair Trial and Challenge of Awards in International Arbitration. *Croatian Arbitration Yearbook*. Volumen 6, pp. 85-90.
  - LILLICH, R. B.; BROWER, C. N. 1994. *International Arbitration in the 21st Century: Toward "Judicialization" and Conformity?*. Brill Nijhoff.
  - LUISO, F. 2000. *Diritto processuale civile, Volumen IV*, Giuffré.
  - MACLEAN, R. 2012. A critical examination of the jurisdictional and contractual theories on the juridical nature of Arbitration. *International Commercial Dispute Resolution*, Volumen 1.



- 
- MANN, F. A. 1983. Lex Facit Arbitrum. *Arbitration International*, Volumen 2(3), p. 245 ss.
  - MANN, F. A. 1967. State Contracts and International Arbitration. *British Yearbook of International Law*, Volumen 1, pp. 10-26.
  - MENCHINI, S. 2002. La natura e la disciplina dell'eccezione con la quale è fatta valere l'efficacia di un (precedente) lodo non impugnabile. *Rivista dell'Arbitrato*, Volumen de 2002, p. 288 ss. (comentario sobre Italia. Tribunal de Casación, Sentencia n. 15023, 27 de noviembre de 2001).
  - MERLIN, P.-A. 1829. *Questions de droit*, Volumen IX. Bruxelles.
  - MISTELIS, L. A. 2009. Part I: Fundamental Observations and Applicable Law, Chapter 1 - Arbitrability – International and Comparative Perspectives. En: LOUKAS A. MISTELIS, STAVROS L. BREKOULAKIS (eds.) *Arbitrability: International and Comparative Perspectives*, *International Arbitration Law Library*, Volumen 19, © Kluwer Law International, pp. 1 – 18.
  - MONTELEONE, G. 2006. Comentario sobre la sentencia n. 2 del Tribunal Constitucional Italiano, del 12 febrero 1963. *Arbitrato e giurisdizione nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, n. 2, p. 19 ss.
  - MOURRE, A. 2011. Sed Quis Custodiet Ipsos Custodes? On Jurisdiction Upon Arbitrators, Is Arbitration Only as Good as the Arbitrator?. En: Y. DERAÏN, L. LEVY (eds.) *International Chamber of Commerce*, pp. 110–114.
  - MÜLLER-CHEN, M; PAIR, L. M. 2013. Chapter 3, Part II: Commentary on the Swiss Rules, Article 1 [Scope of application]. En: MANUEL ARROYO (ed.) *Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide*, © Kluwer Law International, pp. 338 – 343.
  - NAVAS GLEMBOTZKY, J.R. 2014. El enforcement del acuerdo de mediación civil y mercantil en el ámbito internacional: Análisis internacional: Análisis, Estudio Comparado y Recomendaciones. *Spain Arbitration Review | Revista del Club Español del Arbitraje*. © Club Español del Arbitraje; Wolters Kluwer España, Volumen 2014, No. 20, pp. 79-107.
  - OLIVENCIA RUIZ, M. 2009. El laudo: naturaleza, clases y contenido, publicado en Arbitraje. *Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, Volumen de 2009, p. 662 ss.
  - PARODI, G. 2015. *Código Civil y Comercial Comentado. Volumen IV*. Rivera & Medina.
  - PENDELL G; HUARD-BOURGOIS, J. 2013. Chapter 17: Rights and Duties of the Parties and Counsel. En: JULIAN D. M. LEW, HARRIS BOR, et al. (eds) *Arbitration in England, with chapters on Scotland and Ireland*, © Kluwer Law International, pp. 339 – 360.
  - PHILLIPS, G.F. 2003. Is creeping legalism infecting arbitration?. *Dispute Resolution Journal*, Volumen 58.1 (febrero-abril de 2003), pp. 37-42.
  - PLUYETTE, G. 2014. *Le Juge d'appui: l'expérience française*. Ed. Pedone.
  - POUDRET, J.F; BESSON, S. 2007. *Comparative Law of International Arbitration*. Sweet & Maxwell.



- 
- REY VALLEJO, P. 2013. El arbitraje y los ordenamientos jurídicos en Latinoamérica: un estudio sobre formalización y judicialización. *Vniversitas*. Volumen 126, pp. 199-237.
  - RICCI, E. 2002. La crise de l'arbitrage jurisdictionnel en Italie. *Revue de l'Arbitrage*. Volumen de 2002, p. 857 ss.
  - RICCI, E. 2001. La natura dell'arbitrato e del relativo lodo: parlano le Sezioni Unite. *Rivista di Diritto Processuale*, Volumen de 2001, p. 272.
  - RICCI, E. 1994. L'efficacia vincolante del lodo arbitrale dopo la legge n. 25 del 1994. *Rivista Trimestrale di Diritto Processuale Civile*, Volumen de 1994, p. 825 ss.
  - RICCI, E. 2002. La Cassazione insiste sulla natura "negoziale" del lodo arbitrale. Nuovi spunti critici. *Rivista di Diritto Processuale*, Volumen de 2002, p. 239 ss (comentario sobre Italia. Tribunal de Casación, Sentencia n. 15023, 27 de noviembre de 2001).
  - ROMBOLI, R. 2001. Comentario sobre la sentencia n. 276 de 2001 del Tribunal Constitucional Italiano. *Giurisprudenza Costituzionale*, Volumen de 2001, p. 3757 ss.
  - RUBELLIN-DEVICHI, J. 1965. *L'arbitrage. Nature juridique. Droit interne et droit international*, Paris : L.J.D.G.
  - RUSCALLA, G. 2015. Transparency in International Arbitration: Any (Concrete) Need to Codify the Standard?. *Groningen Journal of International Law*, Vol. 3, No. 1.
  - SALCEDO FLÓREZ, A. 2010. En torno a la naturaleza jurídica del arbitraje. *Revista de Análisis Internacional*, Número 2, pp. 75-89.
  - SAMUEL, A.; CURRAT, M.-F. 1989. *Jurisdictional problems in international commercial arbitration: a study of Belgian, Dutch, English, French, Swedish, Swiss, U.S., and West German law*. Zürich.
  - SAUSER-HALL, PROFESOR G. Informe del 1952 al Instituto de Derecho Internacional.
  - SCHLOSSER, G. 1997. *Internationale Schiedsgerichtsbarkeit*. Taschenbuch.
  - SERAGLINI, C. 2011. L'arbitrage commercial international. En: BÉGUIN Y MENJUCQ (eds.) *Droit du commerce international*, Paris: CLUNET, p. 950 ss.
  - THE RIGHT HON. THE LORD THOMAS OF CWMGIEDD, LORD CHIEF JUSTICE OF ENGLAND AND WALES. 2016. Developing commercial law through the courts: rebalancing the relationship between the courts and arbitration, En: The Bailii Lecture, 9 de marzo de 2016.
  - TRIVA, M. 2000. Arbitration and Public Policy: Constitutional Complaint as Means for Setting Aside Arbitral Awards, *Croatian Arbitration Yearbook*, Volumen 7, pp. 115-126.
  - VACCARELLA, R. 2001. Il coraggio della concretezza in una storica decisione della Corte costituzionale. *Rivista dell'Arbitrato*, Volumen de 2001,

p. 657 ss (comentario sobre Tribunal Constitucional Italiano, Sentencia n. 276 del 2001).

- GAILLARD, E; DI PIETRO, D. 2008. *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice*. London: Cameron May.
- MEYER BROWN, 2014. *The pros and cons of arbitration*, LexisNexis.

## 9.2 Jurisprudencia

- Alemania. Tribunal Federal de Justicia (Bundesgerichtshof), Sentencia del 15 de mayo de 1986. Recopilación de la Jurisprudencia (BGHZ), 1986, pp. 98, y 70.
- Alemania. Cámara de Comercio de Hamburgo. Caso Hong Kong contra Alemania. Sentencia parcial del 21 de marzo de 1996, y Sentencia final del 21 de junio de 1996. XXII Year Book on Commercial Arbitration 1997, p. 35. También publicado en Aleman (idioma original) en 6 Rechtsprechung Kaufmännischer Schiedsgerichte, E 5b no 84 (sentencia parcial) and B 5 no 21 (sentencia final).
- Australia. Tribunal Federal. Caso Hi-Fert Pty Ltd y Cargill Fertilizer Inc contra Kiukiang Maritime Carriers y Western Bulk Carriers (Australia) Ltd. XXIII Yearbook on Commercial Arbitration, 1998, p. 606.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 29 de mayo de 1969.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia número C-242 de 1997.
- Croacia. Tribunal Constitucional. Caso n. 410/95.
- Croacia. Tribunal Constitucional. Caso n. 488/96.
- España. Tribunal Constitucional. Sentencia n.º 62 del año 1991.
- España. Tribunal Constitucional. Sentencia n.º 62 del 22 de marzo de 1991.
- España. Tribunal Constitucional. Sentencia n. 288, del 4 de octubre de 1993.
- España. Tribunal Constitucional. Sentencia n. 174 del 23 de noviembre de 1995.
- Estados Unidos. Tribunal de Apelación de Second District. Caso Kulukundis Shipping Co contra Amtorg Trading Corp. Sentencia de 1942. Recopilación de la Jurisprudencia, 126 F 2d 978.
- Estados Unidos. Tribunal de Apelación de Connecticut. Caso Anderson contra Beland. Sentencia de 2011. Recopilación de la Jurisprudencia 672 F.3d, p. 113.
- Estados Unidos. Tribunal de Apelación de District of Columbia. Caso AT & T Corporation y otros contra Saudi Cable Co. Sentencia de 2000. Recopilación de la Jurisprudencia, Lloyd's Rep, p. 127 Estados Unidos. US District Court, District of Columbia. Caso Chromalloy Aeroservices contra Arab Republic of Egypt. Sentencia del 31 de julio de 1996, n°94-2339, International Arbitration Report, August 1996, p. 11.

- 
- Estados Unidos. Tribunal Supremo. Caso Mitsubishi Motors Corp. contra Soler Chrysler-Plymouth Inc. Sentencia del 2 de julio de 1985. Recopilación de la Jurisprudencia, 1985, sección 473 U.S. 614.
  - Francia. Casación Civil. Caso PT Putrabali Adyamulia contra Rena Holding. Sentencia del 29 de junio de 2007. *Revue de l'arbitrage*, 2007, p. 507, con comentario de Emmanuel Gaillard; *Journal de droit international*, 2007, p. 1236, con comentario de Thomas Clay; *Revue critique de droit international privé*, 2008, p. 108, con comentario de Sylvain Bollée.
  - Francia. Tribunal de Apelación de París. Caso Del Drago. Sentencia del 10 de diciembre de 1901. *Clunet*, 1902, p. 314.
  - Francia. Casación Civil. Sentencia del 6 de marzo de 1865. *Recueil Dalloz*, 1865, 1, p. 249.
  - Francia. Casación Civil. Sentencia del 22 de diciembre de 1959. *Recueil Dalloz*, 1960, p. 685 ss.
  - Francia. Casación Civil. Caso Gosset. Sentencia del 7 de mayo de 1963. *La Semaine Juridique*, 1963, II, n. 13405. *Recueil Dalloz*, 1963, p. 545.
  - Francia. Casación Civil, Caso Communauté urbaine de Casablanca contra Degrémont. Sentencia del 15 de junio de 1994. *Revue de l'Arbitrage*, 1995, p. 88.
  - Grecia. Efeteion Atene. Caso n. 6839/1986. 27 *Helleniki Dikaioissyni* (Hell Dni). 1489 (1986).
  - Grecia, Areios Pagos, Caso n. 1509/1982. 31 *Nomiko Vima* (NoB). 1355 (1983).
  - Inglaterra. English High Court. Caso Court Channel Tunnel Group Ltd. contra Balfour Beatty Construction Ltd. Sentencia de 1993. *Adjudication Law Review*, 01/21.
  - Inglaterra. Tribunal de Apelación de Inglaterra y Gales, Sección Civil. Caso Jivraj contra Hashwani. Sentencia de 2010. Recopilación de la Jurisprudencia, 2010, p. 712.
  - Inglaterra. Tribunal Supremo. Caso Dallah Real Estate & Tourism Holding Co. contra Ministry of Religious Affairs of the Government of Pakistan. Sentencia de 2010. Recopilación de la Jurisprudencia, Sección 1 AC 763, p. 810.
  - Inglaterra. Tribunal de Apelación. Caso Baytur SA contra Finagro Holding SA. Sentencia de 1991. Recopilación de la Jurisprudencia, Sección 4 All ER 129, p. 134.
  - Italia. Tribunal de Casación. Caso Comune di Cinisello Balsamo v AEM, *Rivista di diritto processuale*. Sentencia del 3 de agosto de 2000. *Rivista di Diritto processuale*, 2001, p. 254. *Rivista dell'Arbitrato*, 2000, p. 699.
  - Italia. Tribunal de Casación. Caso Aeroporto di Roma v Ministero dei Trasporti. Sentencia n. 15023, de 27 de noviembre de 2001. *Rivista di Diritto Processuale*, 2002, p. 238. *Rivista dell'Arbitrato*, 2002, p. 287.
  - Italia. Tribunal Constitucional. Sentencia n. 2 del 12 de febrero de 1963.

- 
- Italia. Tribunal de Casación, Secciones Unidas. Sentencia n. 1505 del 9 de mayo de 1956. Foro Italiano, 1956, I, c. 847 ss.
  - Italia. Tribunal Constitucional. Sentencia n. 276 de 2001. Giustizia Civile, 2001, I, p. 2883 ss. Rivista dell'Arbitrato, 2001, p. 657 ss. Foro Italiano, 2002, I, c. 1649 ss. Giurisprudenza Costituzionale, 2001, p. 3757 ss.
  - Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Caso Nordsee contra Reederai Mond. Sentencia del 23 de marzo de 1982. Recopilación de la Jurisprudencia (ECR) 1982, p. 1095.
  - Tribunal ICSID. Caso World Duty Free Company Ltd contra Republic of Kenya. Caso No. ARB/00/7. Sentencia del 4 de octubre de 2006.
  - Tribunal ICSID. Caso Metal-Tech Ltd contra Republic of Uzbekistan. Caso No. ARB/10/3. Sentencia del 2 de octubre de 2013.

## **10. ANEXOS**

### **10.1 Convención de Nueva York, Artículo V**

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

## **10.2 Ley Modelo UNCITRAL/CNUDMI, Capítulo viii. Reconocimiento y ejecución de los laudos - Artículos 35 y 36**

### **Artículo 35. Reconocimiento y ejecución**

1. Un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se haya dictado, será reconocido como vinculante y, tras la presentación de una petición por escrito al tribunal competente, será ejecutado en conformidad con las disposiciones de este artículo y del artículo 36.
2. La parte que invoque un laudo o pida su ejecución deberá presentar el laudo original o copia del mismo. Si el laudo no estuviera redactado en un idioma oficial de ese Estado, el tribunal podrá solicitar a la parte que presente una traducción del laudo a ese idioma.  
(El párrafo 2 del artículo 35 fue enmendado por la Comisión en su 39º período de sesiones, celebrado en 2006)

### **Artículo 36. Motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución**

1. Solo se podrá denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se haya dictado:
  - a. a instancia de la parte contra la cual se invoca, cuando esta parte pruebe ante el tribunal competente del país en que se pide el reconocimiento o la ejecución:
    - 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 del país en que se haya dictado el laudo;
    - ii. que la parte contra la cual se invoca el laudo 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, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras; o
    - iv. que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que no se han ajustado a la ley del país donde se efectuó el arbitraje; o
    - v. que el laudo no es aún obligatorio para las partes o ha sido anulado o suspendido por un tribunal del país en que, o conforme a cuyo derecho, ha sido dictado ese laudo;
  - b. cuando 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 reconocimiento o la ejecución del laudo serían contrarios al orden público de este Estado.
- 2. Si se ha pedido a un tribunal de los previstos en el inciso v) del apartado a) del párrafo 1) del presente artículo la nulidad o la suspensión del laudo, el tribunal al que se pide el reconocimiento o la ejecución podrá, si lo considera procedente, aplazar su decisión y, a instancia de la parte que pida el reconocimiento o la ejecución del laudo, podrá también ordenar a la otra parte que dé garantías apropiadas.

### 10.3 Convenio Europeo de Derechos Humanos – Artículo 6

#### Artículo 6. Derecho a un proceso equitativo

1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que sea considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.
2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.
3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos:
  - a. a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y de manera detallada, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él;
  - b. a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa;
  - c. a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si carece de medios para pagarlo, a poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia así lo exijan;
  - d. a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren en su contra y a obtener la citación e interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra;
  - e. a ser asistido gratuitamente de un intérprete si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia.