

EL ARBITRAJE COMO SERVICIO Y EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Por José Antonio Moreno Rodríguez (*)

I. Introducción.

En los arbitrajes, terceras personas, que no son jueces o magistrados estatales, resuelven y ponen fin a las disputas que son voluntariamente sometidas a su consideración.

Como se insiste recientemente, el arbitraje no constituye un *medio alternativo* de solución de conflictos, sino un *medio* de solución de conflictos, como lo es también el recurso ante tribunales estatales. Tampoco es el único mecanismo fuera del Estado: también tienen sus mecanismos de solución de disputas las minorías religiosas cristianas viviendo en Estados paganos y musulmanes, por citar un ejemplo, o las Bolsas de Comercio, o distintos clubes de diversa índole, o asociaciones de comercio, entre otros.

Debe, pues —en palabras de Opettit—, identificarse el arbitraje con la solución de una dificultad jurídica, con lo que se descarta actuaciones de ter-

(*) LL.M, Harvard. Miembro del Consejo de Gobierno de UNIDROIT. Miembro de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. Miembro del Grupo de Trabajo de los Principios de la Conferencia de La Haya sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales. Presidente de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP). Presidente del Instituto Paraguayo de Derecho Bancario y Societario (IPDBS). Profesor de Grado y de Postgrado en Paraguay y Profesor de Postgrado de la Universidad de Heidelberg en Chile, de la Universidad del Externado de Colombia y de la Universidad de París 2, Pantheón-Assas.

ceros de tipo puramente técnico o para-jurídico (1). El árbitro, al igual que un juez, tiene la facultad de poner fin a una contienda, como instrumento civilizado de pacificación del que se vale el derecho.

En la órbita de los negocios internacionales, el arbitraje puede considerarse como *el* medio de solución de controversias que no consigan ser resueltas amistosamente. Esta contribución avanza razones del por qué esto es así, e introduce ideas del por qué el Derecho internacional privado juega un importante rol en estas lides, pese a que muchos “arbitralistas” pretenden denostarlo o minimizarlo, por considerar que las soluciones de aquella disciplina no son las más aptas para la atmósfera “cosmopolita” en la que se desarrollan —o deberían desenvolverse— los arbitrajes internacionales.

II. Derribando mitos sobre un tema milenario.

Las nuevas generaciones *sufren* —y lo digo con todas las letras— el influjo del nocivo legado del siglo XIX y el estatismo “legis-centrista” allí consolidado. Esto arrinconó por varias décadas al arbitraje, hoy ya mayormente emancipado, aunque no corren igual suerte el derecho aplicable y la concepción según la cual la elaboración de normas jurídicas se agota en el Estado, o en fuentes alternativas que excepcionalmente surjan por permisión del propio Estado y a las que se llegan a través de mecanismos formales o mecánicos solo manejados por doctos en derecho.

Sin embargo, en nuestra tradición jurídica que proviene de los romanos, ni el derecho era estatal según se lo concibe en tiempos recientes, ni los juzgadores eran “expertos” en derecho. De hecho, en Roma, la autoridad pública (el cónsul-pretor) delegaba las funciones de juzgamiento en un particular, llamado *arbiter* o *iudex* (2). Los juzgadores eran considerados como hombres dotados de buen sentido, que no necesitaban tener un conocimiento acabado

(1) B. OPPETIT, *Teoría del Arbitraje*, Traducido por: Eduardo Silva Romero, Fabricio Mantilla Espinoza y José Joaquín Caicedo Demoulin, Bogotá, Legis Editores, 2006, pp. 278-279, pp. 26-27.

(2) V. ARANGIO-RUIZ, *Historia del Derecho Romano*, Traducción de la Segunda Edición Italiana, Editorial Reus, Madrid, 1994, pp. 87-88. En Roma, el “*arbiter*” era llamado a resolver una disputa de naturaleza jurídica en tanto

del derecho, ya que actuaban siempre en estrecho contacto con los juristas, a los que requerían sus opiniones (3).

Parecida delegación de funciones ocurría en la Edad Media, en que los comerciantes frecuentemente sometían sus contiendas a consideración de sus propios pares —otros comerciantes— o a terceros de su confianza o a personas honorables, no jueces, que arbitraban en ellas. Los mercaderes, organizados en ferias y corporaciones, tenían sus estatutos, y los reyes o señores feudales les permitían organizar su propia justicia. Numerosos tribunales fueron creados, frecuentemente considerados como arbitrales por cierta libertad conferida a las partes para elegir a sus juzgadores y porque se esperaba que estos aplicaran otras reglas que no fueran meramente la costumbre local (4).

La ulterior consolidación de los Estados-Naciones y el avance de las ideas de soberanía estatal de los últimos siglos, entre otros factores, contribuyeron a que el arbitraje quedara arrinconado. Es cierto que en Francia, por ejemplo, en 1790 la Asamblea Constituyente había calificado al arbitraje como “el método más razonable para terminar disputas entre ciudadanos”. Sin embargo, en el emblemático caso de 1843, *Comp. l'Alliance v. Prunier*, se recha-

que el árbitro tenía como función perfeccionar un acuerdo contractual, R. DAVID (nota 1), p. 23.

(3) Incluso luego de manera institucionalizada, cuando el emperador confirió a determinados expertos el *ius respondendi ex auctoritate principis*, derecho que llegó a conferirse a nombres famosos en la historia del derecho, como Ulpiano, Modestino, Paulo y varios otros. F. SCHULZ, *Derecho Romano Clásico*, Traducción de la Edición Inglesa de 1951, Editorial Bosch, Barcelona, 1960, p. 13.

(4) Aunque propiamente —dice David— esto debe considerarse como una nueva forma de administración de justicia del poder público antes que, propiamente, arbitraje. Algo parecido puede afirmarse del arbitraje en el derecho romano. En la época solo se reconocían determinados “tipos” de acuerdos, se podía recurrir al arbitraje a través de la *stipulatio*, estableciéndose una pena (cláusula penal) en caso de que la otra parte fallara en cumplir lo resuelto. También podía pactarse el arbitraje en un contrato consensual, aunque lo decidido por el árbitro allí podía ser revisado por el juez si era manifiestamente injusto o contrario a la buena fe (ver R. DAVID (nota 1), pp. 84-8v).

zó que tuvieran validez las cláusulas arbitrales, salvo autorización específica en las leyes. Dijo entonces la Corte Francesa que si las cláusulas arbitrales fueran válidas, podrían bien ser adoptadas en forma generalizada y los individuos se verían privados de garantías básicas dadas por los tribunales estatales. Esto se mantuvo hasta la reforma legislativa de 1925 al Código de Comercio, la cual permitió remitir a arbitrajes diversas disputas en materia judicial(5).

Este mismo temor existió también en el *common law*. En Inglaterra contribuyó además a la hostilidad hacia el arbitraje que los emolumentos de los jueces dependieran por mucho tiempo casi exclusiva o principalmente de tarifas (*fees*) puntuales de los casos en que intervenían y no salarios fijos (6). En los Estados Unidos, el giro a favor del arbitraje se da a partir del *Arbitration Act* de 1925 (7), y se consolida jurisprudencialmente luego de 1932, en que la Corte Suprema sentenció que a la luz de la clara intención del Congreso, constituía obligación de aquella revertir la vieja hostilidad judicial contra el arbitraje (8).

Así también, Estados de gran incidencia en el volumen del comercio mundial reformaron sus legislaciones en tiempos recientes, y ello se registró con particular fuerza en Latinoamérica a partir de la última década del siglo XX.

Hoy día, pues, el arbitraje se encuentra consolidado en numerosas regiones, y se asienta en la figura del árbitro y en la gran discreción de la que este goza para juzgar el caso, retomándose así –podría decirse– el hilo de una historia milenaria. Sugestivamente, el libro *Dealing in Virtue*, de Dezalay y Garth, de lectura obligada para quien tenga vinculación con el quehacer arbi-

(5) T. VÁRADY / J. J. BARCELÓ III / A. T. VON MEHREN, *International Commercial Arbitration, a Transnational Perspective*, Fourth Edition, Thomson Reuters, 2009, pp. 58-60.

(6) T. VÁRADY / J. J. BARCELÓ III / A. T. VON MEHREN (nota 19), p. 65.

(7) Cuya modificación más reciente es del año 2002.

(8) A la luz de la clara intención del Congreso es nuestra obligación remover la vieja hostilidad judicial hacia el arbitraje (*Marine Transit Corporation v. Dreyfus* (1932). Ver R. M. MOSK (nota 5), p. 328.

tral, inmediatamente luego del capítulo introductorio, pasa a describir la figura del árbitro —e incluso da nombres de los más renombrados de nuestro tiempo— como uno de los factores claves para el prestigio que ha alcanzado el arbitraje en nuestros días. Normalmente, el árbitro posee ciertas virtudes ligadas a su capacidad de juzgamiento en este tipo de contiendas que lleva a un reconocimiento, institucionalizado o no, al que puede calificarse como un “capital simbólico” adquirido a través de su carrera académica, en la magistratura o en la actividad profesional (9).

Apunta el arbitraje a romper con la llamada “tecnocratización” (que es neologismo popularizado no hace mucho tiempo (10)), en que los jueces se vuelven tecnócratas a cargo de la solución de controversias dentro de un Estado, aplicando rígidos criterios de la ortodoxia del razonamiento jurídico. De ello se quiere escapar, particularmente en las contiendas internacionales, cuando muchas veces los árbitros son elegidos por su conocimiento del negocio o simplemente sentido común (11), atendiendo a que, como lo expresa Mustill, el arbitraje comercial tiene un solo objetivo: servir al comerciante (12). Esto influye fuertemente en el derecho aplicable a los arbitrajes internacionales(13),

(9) Ver Y. DEZALAY / B. G. GARTH, *Dealing in Virtue, International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order*, The University of Chicago Press, Chicago, London, 1996, pp. 8 y 18.

(10) Tal es el hecho de convertir una disciplina a la autoridad de los tecnócratas y su *savoir faire* técnico. Sería una mutación de la democracia y hacia un sistema político en el que el poder es ejercido en realidad por tecnócratas y no por el pueblo o sus representantes (B. OPPETIT (nota 2), p. 49 nota al pie).

(11) C.J. MENKEL-MEADOW / L. PORTER LOVE / A. KUPFER SCHNEIDER / J.R. STERNLIGHT, *Dispute Resolution, Beyond de Adversarial Model*, Aspen Publishers, Nueva York, 2005, p. 449.

(12) LORD JUSTICE MUSTILL, “The New Lex Mercatoria: The First Twenty-Five Years” en *Liber Amicorum for Lord Wilberforce*, eds Bos and Brownlie, p. 149.

(13) Brinda así el arbitraje respuesta a cuestiones no resueltas en el sistema judicial (T. VÁRADY / J.J. BARCELÓ III / A.T. VON MEHREN (nota 19), p. 1).

en el que se apunta a escapar del corsé rígido que normalmente atrapa a los jueces estatales.

Explica David que un gran número de disputas en materia comercial surgen en conexión con hechos que solo un experto puede juzgar como, por ejemplo, la calidad de los bienes entregados o la evaluación del trabajo hecho o de los servicios que han sido proveídos. Un tribunal, si es requerido a expresarse sobre dichas cuestiones, no puede sino basarse en la evidencia producida por peritos o expertos. Es, pues, tentador contactar directamente al experto y hacerlo un juzgador final en la disputa, como ocurre en los arbitrajes. De hecho, la gran mayoría de los arbitrajes en cuestiones comerciales están concernidos con esta hipótesis; son arbitrajes de calidad. Aparte de estas cuestiones técnicas, puede ser mejor para los litigantes elegir una persona que esté mejor informada de los usos comerciales que un juez, además de mejor preparada para entender la psicología de personas envueltas en el comercio, y también en mejor posición de arribar, al interpretar un contrato, a una decisión que pueda a su vez contribuir a la formación de un nuevo uso comercial (14).

(14) R. DAVID (nota 1), p. 12. Los árbitros pasan a ser así aquellos “buenos jueces” que Savigny consideraba más importantes que las leyes generales. Así lo expresaba en una carta dirigida a Ludwig von Gerlach de 1834: “Me alegra particularmente encontrar también aquí mi convicción favorita de que todo éxito depende de situar a los jueces en un estado en el que el juez realice su oficio con pensamiento vivo y no de modo mecánico... ¡Si lo conseguimos, lo habremos ganado todo”. Citado por Coing (H. COING, *Derecho Privado Europeo*, T. II, Editorial Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1996, p. 67. El hombre sabio —o prudente en la terminología aristotélica— ha tenido siempre un lugar preponderante a través de los tiempos: ya el rey Salomón actuaba como juzgador con tal característica, y tiempos después, en la antigua Grecia, Sócrates resaltaba las virtudes del juzgador: escuchar cortésmente, responder sabiamente; considerar sobriamente y decidir imparcialmente. C.J. MENKEL-MEADOW / L. PORTER LOVE / A. KUPFER SCHNEIDER / J.R. STERNLIGHT (nota 25), p. 448, pp. 452-546. Ya hacia fines del siglo XIX, Lord Mansfield decía en Inglaterra: elige la solución justa y decide conforme a ella. Pero nunca des tus razones, puesto que el juzgamiento probablemente estará correcto, pero las razones ciertamente estarán equivocadas. Y más recientemente aún, como es bien sabido, el gran juez de la Corte norteamericana-

III. El arbitraje y las transacciones transfronterizas.

El cambio de escenario internacional de las últimas décadas lleva a que el arbitraje comercial vaya adquiriendo cada vez mayor preponderancia y difusión, sobre todo a través de contiendas muy conocidas como, por ejemplo, las relativas a la nacionalización del petróleo en países árabes de los años 1970 y 1980 (15). Hoy día se lo utiliza masivamente en transacciones internacionales importantes, como compraventa internacional de mercaderías, *joint ventures* o contratos de construcción (16).

Ahora bien, en el ámbito transfronterizo los contratantes se encuentran comúnmente ante la opción de someter sus eventuales conflictos a un tribunal “nacional” o a un arbitraje “internacional”. En el primer caso se presenta el riesgo de tener que litigar en otro país ante juzgadores que probablemente manejarán criterios “nacionales”, desconociendo la problemática del quehacer mercantil transfronterizo. Por lo demás, la parte foránea deberá recurrir a los servicios de abogados de esa jurisdicción, muchas veces desconocidos o al menos no de su confianza, y el proceso puede resultar conducido en un lenguaje que quizás no sea el del contrato, con las consecuentes complicaciones de que los documentos básicos de la contienda deberán ser traducidos, lo

na Oliver Wendell Holmes afirmaba que primero decidía el caso y luego se ocupaba de encontrar las razones o fundamentos jurídicos para sustentar lo fallado (N. BLACKABY / C. PARTASIDES, et al., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford University Press, 2009 pp. 1 - 83, p. 390).

(15) Ver Y. DEZALAY / B.G. GARTH (nota 23), p. 75.

(16) Con el objetivo de investigar la incidencia del arbitraje como medio de solución de conflictos en el mundo corporativo actual, Price Waterhouse Coopers y la Universidad Queen Mary de Londres llevaron a cabo una encuesta en 2013, la cual arroja los siguientes resultados: Un 52% de las empresas encuestadas eligieron al arbitraje como el medio de solución de conflictos de preferencia. Esta cifra es aún mayor en los sectores de construcción y energía, donde un 68% y un 56% prefieren al arbitraje sobre los demás medios de solución de conflictos. Ver: <http://www.pwc.com/gx/en/arbitration-dispute-resolution/assets/pwc-international-arbitration-study.pdf> (último acceso: 21 de mayo de 2013).

que implica costos y retrasos, más la posibilidad generada por malos entendimientos (17).

En contrapartida, el arbitraje provee un método eficiente para resolver disputas internacionales sin muchas de estas complicaciones, normalmente en sitios y ante árbitros neutrales y competentes en cuestiones técnicas del comercio exterior, por lo general —además— con habilidades en el manejo de distintos idiomas (18). También suele ser “neutral” el derecho aplicable en los arbitrajes, con una tendencia a sustraerse de localismos y arcaicas fórmulas de derecho internacional privado conflictualistas, apuntándose, en vez, a soluciones universales o transnacionales (19).

Resulta innegable que aun hoy un arbitraje internacional tiene peculiaridades que lo distinguen claramente de litigios ante jueces nacionales. Se ve reflejado —en general— en los casos arbitrales el deseo de quienes se someten a este medio de resolución de disputas de evitar una solución “legalista”, por así decirlo, a sus conflictos mercantiles. Los comerciantes frecuentemente sienten que los tribunales ordinarios no entienden las realidades del intercambio comercial. Y los árbitros, cuya misión originaria deriva del acuerdo de las partes, deberían —y generalmente lo hacen— dar prelación a las reglas que ellas mismas han establecido para sus vinculaciones, es decir, los términos del contrato y los usos, costumbres y prácticas que normalmente les sirven de marco.

(17) N. BLACKABY / C. PARTASIDES (nota 28), p. 27.

(18) De allí que normalmente los arbitrajes importantes se desarrollan fuera de los países de las partes en contienda, y en lugares como hoteles o salas de conferencias. Suiza adquirió gran fama en este sentido como sede neutral.

(19) La tendencia de aplicar un derecho transnacional en arbitrajes internacionales es particularmente fuerte en áreas en que los derechos nacionales se están desarrollando en diferentes ritmos, como en lo relativo a frustración de contratos, las consecuencias de la invalidación total y parcial y el problema de las tasas de intereses aplicables (H. SMIT, “Proper Choice of Law and the Lex Mercatoria Arbitralis”, en T. E. CARBONNEAU (ed.), *Lex Mercatoria and Arbitration, A Discussion of the New Law Merchant*, Revised Edition, Juris Publishing, Kluwer International Law, 1998, p. 109).

Antes de la Segunda Guerra Mundial prevalecía la tendencia de considerar al arbitraje internacional como un simple proceso de resolución de disputas, al igual que el judicial, que era tolerado por los Estados que lo admitían como una alternativa a sus tribunales locales. De allí derivaba la *teoría jurisdiccional del arbitraje*, conforme a la cual tanto los jueces como los árbitros se encontraban investidos de un poder derivado de la autoridad soberana local y, como natural consecuencia, debían hacer prevalecer su derecho nacional y su sistema conflictualista de derecho internacional privado (20).

Luego vino cobrando cada vez mayor fuerza la *teoría de la autonomía* o del carácter "*sui géneris*" (21) o "*mixto*" del arbitraje. Como bien señala David, la tendencia es reconocer el carácter mixto del arbitraje, gobernado por reglas de alguna complejidad. Es una institución tanto dentro del derecho de contratos como de procedimiento de leyes estatales conectadas con la ad-

(20) A.T. VON MEHREN, "International Commercial Arbitration and Conflict of Laws", *The American Review: Essays in Honor of Hans Smit*, The American Review of Arbitration, Parker Institute of Foreign and Comparative Law, Columbia University, 1992, Vol. 3, N°s 1-4, p. 59. Expresa Silva Romero que en el plano teórico se encuentran dos concepciones de la justicia: una universalista y la otra nominalista que otorga un rol importante a la sede del arbitraje y al impacto de normas locales sobre el arbitraje y su resultado, E. SILVA ROMERO, "Introducción", en F. MANTILLA-SERRANO, Coordinador, *Arbitraje Internacional, Tensiones actuales*, Legis, Comité Colombiano de Arbitraje, Bogotá, 2007, pp. XIV-XIV.

(21) Dice Gaillard que la naturaleza jurisdiccional o contractual del arbitraje fue objeto de una vasta discusión desarrollada en la primera mitad del siglo XX. En aquella época los autores que favorecían el desarrollo del arbitraje enfatizaban su carácter contractual, mientras que los partidarios de la concepción jurisdiccional acentuaban la competencia que suponía el arbitraje para los tribunales estatales. Asimismo, el hecho de subrayar el carácter contractual del arbitraje permitía eximir los laudos "extranjeros" del régimen de reconocimiento, en aquella época bastante restrictivo, aplicable a las sentencias judiciales "extranjeras". Cuando finalmente se logró un cierto consenso en torno a una actitud más liberal respecto del arbitraje, el debate se agotó en la constatación carente de sentido, del carácter "mixto" o "*sui generis*" de la institución (E. GAILLARD, *Teoría jurídica del arbitraje internacional*, Primera

ministración de justicia. Mucho tiempo ha sido gastado en discusiones estériles sobre la naturaleza del arbitraje. Debemos abandonar intentos de arreglos sistemáticos en conceptos preestablecidos (22).

Está visto que no se considera al árbitro como un delegado del juez estatal que deba ceñirse a criterios autóctonos de aplicación del derecho. El árbitro es designado por las partes y sus decisiones pueden llegar a tener eficacia, sin intervención estatal alguna, incluso más allá de las fronteras en las que son dictadas. Pues bien, el carácter ambulatorio del arbitraje hace que las partes eviten los Estados hostiles a este medio de resolución de disputas, y lo conduzcan en lugares en que aquellas pueden controlar importantes aspectos de su contienda, tanto procesales (23) como del derecho de fondo que les

Edición, Ed. CEDEP y La Ley Paraguaya, Asunción, Paraguay, 2010, p. 19). Expresa también Gaillard que al conferir a los árbitros el poder de juzgar las controversias del comercio internacional cuando las partes así lo desean, y reconocer el producto del proceso arbitral que es el laudo, sin controlar el fondo, la comunidad de Estados ha conferido al arbitraje internacional una verdadera autonomía. El estatus de "juez internacional" que algunas de las jurisdicciones más progresistas en la materia reconocen a los árbitros constituye la mejor ilustración del hecho de que el árbitro puede ser considerado hoy en día como el órgano de un ordenamiento jurídico propio (E. GAILLARD (nota 35), pp. 69 y ss.).

(22) R. DAVID (nota 1), p. 78. Otras distinciones son más pertinentes, entre *ad hoc* e institucional, entre arbitraje de cuestiones técnicas y de otra naturaleza, los que buscan condena en daños y otro tipo de remedio, y arbitraje doméstico e internacional. Estas distinciones ya vienen siendo reconocidas ampliamente por los tribunales y diversas leyes, R. DAVID (nota 1), p. 82.

(23) Salvo que se violen disposiciones procesales consideradas de orden público en sentido estricto ("*mandatory*"), como por ejemplo ocurrió en un arbitraje llevado a cabo en Suiza, en un caso que envolvía a una compañía francesa y la República de Yugoslavia. Se denegó la ejecución del fallo porque solo habían sido designados dos jueces, en tanto que la legislación suiza requiere que los tribunales arbitrales estén integrados en número impar, lo cual fue considerado como de orden público (ver P. READ, "Delocalization of International Commercial Arbitration: Its Relevance in the New Millenium", en *The American Review of International Arbitration*, 1999 (10 Am. Rev. Int'l

rige(24). En lo que concierne al fondo, los afectados pueden escribir sus propias reglas, requerir la aplicación de normas y principios no estatales, principios generales del derecho o principios de derecho internacional (25). Se liberan así de reglas locales inadecuadas para el comercio internacional y al someter sus disputas a árbitros –juzgadores– que normalmente provienen de diferentes países, pueden conseguir que ellas sean resueltas con criterios transnacionales (26), si cabe la expresión.

En los hechos, se hizo difícil que los Estados renuentes prevalecieran en su posición: el arbitraje simplemente no se conduce en jurisdicciones que no se acomodan a su carácter autónomo y ambulatorio, en tanto que los que sí lo hacen, reciben sus beneficios al estimularse sus economías con pequeño –o aun inexistente– costo para sus sistemas judiciales, que se ven liberados de la complejidad de litigios sobre delicadas cuestiones tanto de tinte “conflictualista” de derecho internacional privado como, en su caso, de derecho material o de fondo aplicable (27).

No resulta de extrañar que se presente en el arbitraje lo que Opettit denomina como el fenómeno de la “aculturación jurídica”: los árbitros se ven obligados a realizar un esfuerzo de integración que recuerda la simbiosis de los derechos “sabios” en la Edad Media, como lo eran el canónico y el romano, descartándose en aquel entonces el derecho feudal y la costumbre local(28), en exclusión análoga a la de hoy día con respecto a los localismos. Ello, diría un novato, implicaría dar una carta blanca (*carte blanche*) con la

Arb. 177), pp. 182-183). Del orden público nos ocupamos en el último capítulo.

(24) Es célebre la frase de Lord Denning en el caso *The Atlantic Star* (1972) de que Inglaterra es un buen lugar para hacer shopping, tanto por la calidad como por la rapidez (“*England... is a good place to shop in, both for quality of goods and the speed of service*” (3 All England Reports 705, 709).

(25) A.T. VON MEHREN (nota 34), p. 62.

(26) F. K. JUENGER, “Contract Choice of Law in the Americas”, en *American Journal of Comparative Law*, Winter, 1997 (45 Am. J. Comp. L. 195), p. 202.

(27) A.T. VON MEHREN (nota 34), p. 61.

(28) B. OPPETIT (nota 2), pp. 278-279, nota al pie.

que el juzgador tendría una fácil tarea por delante (*easy ride*), al no tener que entrar en mayores profundizaciones, lo cual —expresa Blessing— está absolutamente equivocado. Ocurre en estos casos exactamente lo contrario: el juzgador debe extremar esfuerzos en cotejar las distintas posibilidades existentes ante la problemática del caso que se le presente, y optar por alternativas que fundadamente puedan resultar aceptables conforme a parámetros manejados internacionalmente (29), extremando esfuerzos en su argumentación. A dicho efecto, como bien lo afirma Lord Goff de Chieveley: “Es mejor tener un festival de fuentes en contraste, con ebullición de ideas, que un simple paquete higiénico, envuelto en polietileno” (30). Volveremos sobre todo esto en ulteriores capítulos.

Debe considerarse también que normalmente el arbitraje ofrece limitadas posibilidades de impugnación (31), pues típicamente resulta más difícil revocar una decisión arbitral que una judicial y los laudos arbitrales circulan mejor que juzgamientos de tribunales ordinarios (32). Debido a que es más difícil su impugnación, los laudos tienden a cumplirse espontáneamente. Los arbitrajes de la Cámara de Comercio Internacional, por ejemplo, se cumplen voluntariamente en más de un 90% (33). Dicho organismo, que es el referente principal del arbitraje a nivel mundial, fundado en 1919, recibió desde el año 1923 más de 19.000 casos involucrando a más de 180 países (34).

(29) M. BLESSING, “Choice of Substantive Law in International Arbitration”, *Journal of International Commercial Arbitration*, Vol. 14 N° 2, (Kluwer CD), June, 1997, p. 7.

(30) Citado por J.M. SMITS, “The Europeanisation of National Legal Systems”, en M. VAN HOECKE (ed.), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Oxford / Portland, Hart Publishing, 2004, p. 239

(31) Ver, por ejemplo, E. GAILLARD / J. SAVAGE (eds.), *Fourchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, 1999, p. 885; C.J. MENKEL-MEADOW / L. PORTER LOVE / A. KUPFER SCHNEIDER / J.R. STERNLIGHT (nota 25), p. 448, etcétera.

(32) Y. DEZALAY / B.G. GARTH (nota 23), p. 6.

(33) Ver en C.J. MENKEL-MEADOW / L. PORTER LOVE / A. KUPFER SCHNEIDER / J.R. STERNLIGHT (nota 25), p. 451.

(34) Ver en <http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/Introduction-to-ICC-Arbitration/Statistics> (último acceso: 21 de mayo de 2013).

IV. ¿Arbitraje vs. derecho internacional privado?

Resulta frecuente encontrar aseveraciones de árbitros como el francés Clay, quien expresa que los autores partidarios de otorgar un papel más importante a la sede son aquellos que provienen de la escuela del derecho internacional privado, y aquellos autores partidarios de reducir el papel de la sede llegaron al arbitraje sin pasar por esa escuela. Dice además Clay que esta observación es por otra parte lógica, puesto que el derecho internacional privado es el derecho del conflicto (conflicto de leyes o conflicto de jurisdicción), mientras que el arbitraje es la negación de este tipo de conflictos, es el derecho de reglas materiales que sobrepasan estos conflictos, es el derecho transnacional por excelencia (35).

Esto es engañoso, pues el derecho internacional privado es también —o debería serlo— “derecho transnacional por excelencia”, y de hecho muchas de sus técnicas son frecuentemente utilizadas en el arbitraje. Hago a continuación un breve resumen del estado en que se encuentra la disciplina en nuestros días para que pueda aprehenderse mejor cuanto afirmo.

El derecho internacional privado, que ha tenido un importante desarrollo en los dos últimos siglos (36) —con la consolidación de los Estados-naciones soberanos para legisferar y juzgar—, se ocupa, como es sabido, de los problemas suscitados cuando se presentan cuestiones “internacionales” (37) en las vinculaciones jurídicas privadas. Ello genera, entre otras, la problemática

(35) T. CLAY, “La importancia de la sede del arbitraje en el arbitraje internacional: ¿es todavía relevante?”, pp. 193-194, en F. MANTILLA-SERRANO, Coordinador, *Arbitraje Internacional, Tensiones actuales*, Legis, Comité Colombiano de Arbitraje, Bogotá, 2007.

(36) De hecho, se erige como rama independiente solo desde el siglo XIX; antes formaba parte de otros estudios de derecho privado (G. KEGEL, *International Encyclopedia of Comparative Law*, Chapter 3, Fundamental Approaches, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) / Tübingen /and Martinus Nijhoff Publishers / Dordrecht / Boston / Lancaster, 1986, p. 5).

(37) “Elemento foráneo” dicen Dicey y Morris, queriendo significar simplemente un contacto con otro sistema a más del propio (A. VENN DICEY / J. HUMPHREY / C. MORRIS, on *The Conflict of Laws*, Eleventh Edition under the

de qué régimen jurídico resulta aplicable en estos casos, o qué juzgador entenderá ante una eventual contienda o hará ejecutar lo decidido en otro país por jueces o árbitros, temas de los que el derecho internacional privado se ocupa muy particularmente.

En el enfoque tradicional del derecho internacional privado, al cual aludiremos como “conflictual”, “conflictualista” o “conflictualismo” (o sistema de *choice of laws* en la terminología anglosajona), prevalece la técnica de recurrir a las “normas de conflicto”, “de colisión” o “reglas indirectas” que, si bien no se aplican directamente al caso, indican qué régimen jurídico estatal lo hará, que puede ser el propio o uno extranjero (38). Modernamente, suele afirmarse que no es que distintos sistemas entren en conflicto con respecto a determinadas relaciones jurídicas, sino que estas se configuran, muchas veces, con elementos “pertenecientes” a más de uno de aquellos (39). Y que el derecho internacional privado no se ocupa de la vinculación internacional en sí, sino de su continuidad jurídica a través de las fronteras, cuando los actos de coerción deben realizarse a través de ellas (40). Por ello, se ha dicho que, en vez de conflicto de leyes, en el derecho internacional privado moderno se debería hablar más bien de “duda sobre el derecho aplicable” (41), “coordina-

general editorship of Lawrence Collins, Vol. 1, Steven & Sons Limited, 1987, p. 3). También aluden a “elemento foráneo” G. C. CHESHIRE / P. NORTH, *Cheshire and North's Private International Law*, Twelfth Edition, Butterworth, London, Dublin, Edinburgh, 1992, p. 3).

(38) Este método se puede denominar “localizador”, “nacionalizador” o “indirecto”, como así también “método de elección” (o de “*choice of law*” en la terminología anglosajona). A. BOGGIANO, *Curso de Derecho Internacional Privado*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 31.

(39) D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, *Derecho internacional privado (Una mirada actual sobre sus elementos esenciales)*, Editorial Advocatus, Córdoba, 1998, p. 24.

(40) Ver C. FRESNEDO DE AGUIRRE, *Curso de Derecho Internacional Privado*, T. I, Parte General, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2001, p. 22; también p. 26.

(41) J.M. ESPINAR VICENTE, *Ensayos sobre Teoría General del Derecho Internacional Privado*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1997, p. 61.

ción de ordenamientos en presencia” o “problema del derecho aplicable a las relaciones privadas internacionales” (42).

Las referidas normas de conflicto se contraponen a las normas “materiales” o “sustantivas”, relativas al derecho de fondo que se aplica a una situación jurídica dada, cuando esta solución así se encuentra prevista, en vez de recurrirse a normas “indirectas” o “de conflicto”.

Este enfoque substantivo, referido también como “material”, “privatista” (43) o “universalista” (44), aplica el que ha sido calificado como “método uniforme” (45). La diferencia radica en que el método conflictual busca la *localización* de la vinculación jurídica internacional en un derecho nacional determinado, en tanto que el método uniforme aboga por soluciones basadas en normas únicas, transnacionales o supranacionales.

(42) J.M. ESPINAR VICENTE (nota 60), p. 100. Araújo dice que estamos ante un “derecho del derecho” (*sobredireito*), emergente de reglas propias de los distintos sistemas para reglamentar situaciones internacionales (N.) DE ARAUJO, *Contratos internacionais*, 2ª Ed., Librería e Editora Renovar Ltda., Río de Janeiro, 2000, p. 21).

(43) Así la califica Lorenzo Idiarte en la nomenclatura uruguaya, siguiendo a Quintín Alfonsín (G. A. LORENZO IDIARTE, “¿Cuándo un Contrato es Internacional? Análisis Desde una Perspectiva Regional”, en *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina*, Liber Amicorum Jürgen Samtleben, Coordinadores: Jan Kleinheisterkamp y Gonzalo A. Lorenzo Idiarte, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2002.

(44) Así lo hace Carbonneau, para quien la escuela universalista propone que el derecho internacional privado se transformó de un sistema conflictual a un conjunto de reglas materiales que gobiernan transacciones internacionales (T.E. CARBONNEAU, *Lex Mercatoria and Arbitration, A Discussion of the New Law Merchant*, Revised Edition, Juris Publishing, Kluwer International Law, 1998, p. 30).

(45) L. PEREZNIETO CASTRO, “Los Principios de UNIDROIT y la Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos”, en *Contratación Internacional, Comentarios a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del UNIDROIT*, Universidad Nacional Autónoma de México, Universidad Panamericana, México, 1998, p. 210.

El conflictualismo genera múltiples interrogantes aún no adecuadamente resueltas, fundamentalmente en lo que respecta a la *jurisdicción*, es decir, qué foro tendrá competencia para juzgar o llevar adelante la ejecución del caso, y el del *derecho aplicable*. La existencia de normas de conflicto disímiles en los distintos regímenes locales lleva muchas veces al llamado “*forum shopping*”, es decir, a que las partes o, mejor, una o cada una de ellas, pretendan trasladar la controversia a la jurisdicción cuyas normas jurídicas sean más favorables a sus intereses (46). Ello puede incidir también en el derecho aplicable al fondo, pues aún hoy en muchas situaciones de derecho internacional privado se mantiene vigente el dicho de “quien elige juez elige ley”. De allí que juristas –como por ejemplo el bretón Briggs– afirmen que el tema del derecho aplicable cede ante el problema de la cuestión relativa a dónde se lleva a cabo el juicio, que es crucial para el resultado del litigio (47). Esto –que se puede afirmar con fuerza del derecho inglés– varía de sistema a sistema, pero se presenta como uno de los problemas centrales no resueltos adecuadamente en esta disciplina, sobre todo considerando que existe un “*homing trend*” o tendencia a aplicar el propio sistema por parte de juzgadores (48).

(46) Un estudio europeo traduce la expresión “*forum shopping*” como la “búsqueda del órgano jurisdiccional más ventajoso”, y expresa: “Este término designa la actitud de la persona implicada en un litigio internacional, que acude al tribunal de este o aquel país no porque se trate del tribunal que se encuentra en mejores condiciones para conocer del litigio, sino solamente porque este tribunal, en aplicación de sus normas de conflicto de leyes, aplicaría la ley que conduciría al resultado más ventajoso para esta persona” (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2002:0654:FIN:ES:PDF>). También el Glosario en Materia Civil y Mercantil de la Red Judicial Europea define el término en líneas similares: http://ec.europa.eu/civiljustice/glossary/glossary_es.htm#ForumShop (último acceso: 21 de mayo de 2013).

(47) A. BRIGGS, *The Conflict of Laws*, Clarendon Law Series, Oxford University Press, Oxford, 2002, p. 2. Y que la principal característica del conflicto de leyes es que a veces llevará al juez a aplicar a la disputa leyes foráneas (BRIGGS (nota 66), p. 3).

(48) F. K. JUENGER, “General Course on Private International Law (1983), *Recueil Des Cours*”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1985, IV, Tome 193 de la collection, Martinus Nijhoff Publishers, 1986, p. 200.

Decía David en su “Rapport General” de 1977 ante el Instituto UNIDROIT: “La manera en la cual el comercio internacional se regula actualmente, luego de la nacionalización del derecho a partir de las codificaciones del siglo XIX, es lo más insatisfactoriamente posible; lastima la razón y es una vergüenza para los juristas” (49). Y Carro Martínez se mostraba desesperanzado ante el panorama legislativo mundial que calificó de “verdaderamente desalentador”, por la multiplicidad de las legislaciones actualmente vigentes (50). De hecho, y como se insistirá más adelante, el mecanismo conflictual confiere –en palabras de Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo– una tremenda inseguridad jurídica, al conferir unos márgenes de flexibilidad “tal vez sin parangón en otras ramas del derecho” (51). Ello ante la disparidad de soluciones conflictualistas encontradas en el mundo y las ambigüedades existentes entre ellas.

El panorama viene cambiando crecientemente en las últimas décadas, y mucho han contribuido para ello los desarrollos producidos en torno al arbitraje internacional y el ambiente cosmopolita en que el mismo –al menos en principio– debería desarrollarse. Insistiré sobre el punto una y otra vez, pero por de pronto debe quedar en claro que también el derecho internacional privado ha experimentado una importantísima evolución en las últimas décadas y sus técnicas de “derecho uniforme” también van en la misma dirección hacia el universalismo.

De modo que es exacto decir que el arbitraje se contrapone a un derecho internacional privado cerradamente conflictualista, pero no así a otros perfiles que viene adquiriendo la disciplina, sobre todo con su evolución de los últimos tiempos, encaminada a un retorno hacia el espíritu cosmopolita imperante en otros tiempos como del *ius gentium* romano o del *ius commune* o la *lex mercatoria* del Medioevo y la Edad Moderna, de los que nos ocupamos nuevamente en otros capítulos de este libro.

(49) Citado por B. GOLDMAN, en T. E. CARBONNEAU (nota 63), p. xxii.

(50) Citado por J. CASTÁN TOBEÑAS / J. M. CASTÁN VÁZQUEZ / R. M. LÓPEZ CABANA, *Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 136.

(51) C. FERNÁNDEZ ROZAS / S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, Segunda Edición, Editorial Civitas Ediciones, S.L., Madrid, 2001, p. 190.

Por lo demás, como se desmenuza en un trabajo reciente –bien exhaustivo– de Silberman y Ferrari, existen muchas cuestiones dentro del arbitraje que deben ser resueltas recurriéndose a técnicas conflictualistas del derecho internacional privado; como por ejemplo, el tema de la capacidad de obrar, que puede estar sujeto a normas de orden público distintas a las de los países de las partes, a cuyo respecto habría que realizar un análisis conflictual (52).

V. Conclusión.

El arbitraje presta un invaluable servicio al comercio internacional. El cosmopolitismo en el que comúnmente se desarrolla, y todas sus ventajas consecuentes, hacen que vaya consolidándose cada día más como un medio muy extendido y efectivo de solución de contiendas transfronterizas entre mercaderes.

Por su parte, el derecho internacional privado tiene también como alto objetivo servir a la actividad económica transfronteriza, brindándole el marco jurídico para que esta pueda desarrollarse. La tremenda evolución reciente que viene experimentando esta disciplina definitivamente contribuirá de manera positiva a que el arbitraje, con el que indudablemente va unida de la mano, pueda ir contando cada vez más con herramientas efectivas de apoyo y consolidación.

En definitiva, tanto el arbitraje como el derecho internacional privado tienen un fin en común: el de servir al comerciante. Es de esperar, pues, que los desarrollos en los próximos tiempos de ambas disciplinas contribuyan a un acercamiento entre ellas para que, en simbiosis, brinden este servicio de manera efectiva.



(52) L. SILBERMAN / F. FERRARI (nota 53), p. 22. En la región, un trabajo reciente ha sido el de D. OPERTTI BADÁN, “Arbitraje Comercial Internacional. Reflexiones. Un Tema Vigente: El Derecho Aplicable y El Método de Conflicto de Leyes”, *Estudios de Derecho Internacional. Libro Homenaje al Profesor Hugo Llanos Mansilla*, T. II, Editores Hugo Ignacio Llanos Mardones / Eduardo Picand Albónico, Santiago, Abeledo Perrot Legal Publishing Chile / Thomson Reuters, 2012, pp. 1139-1162.