

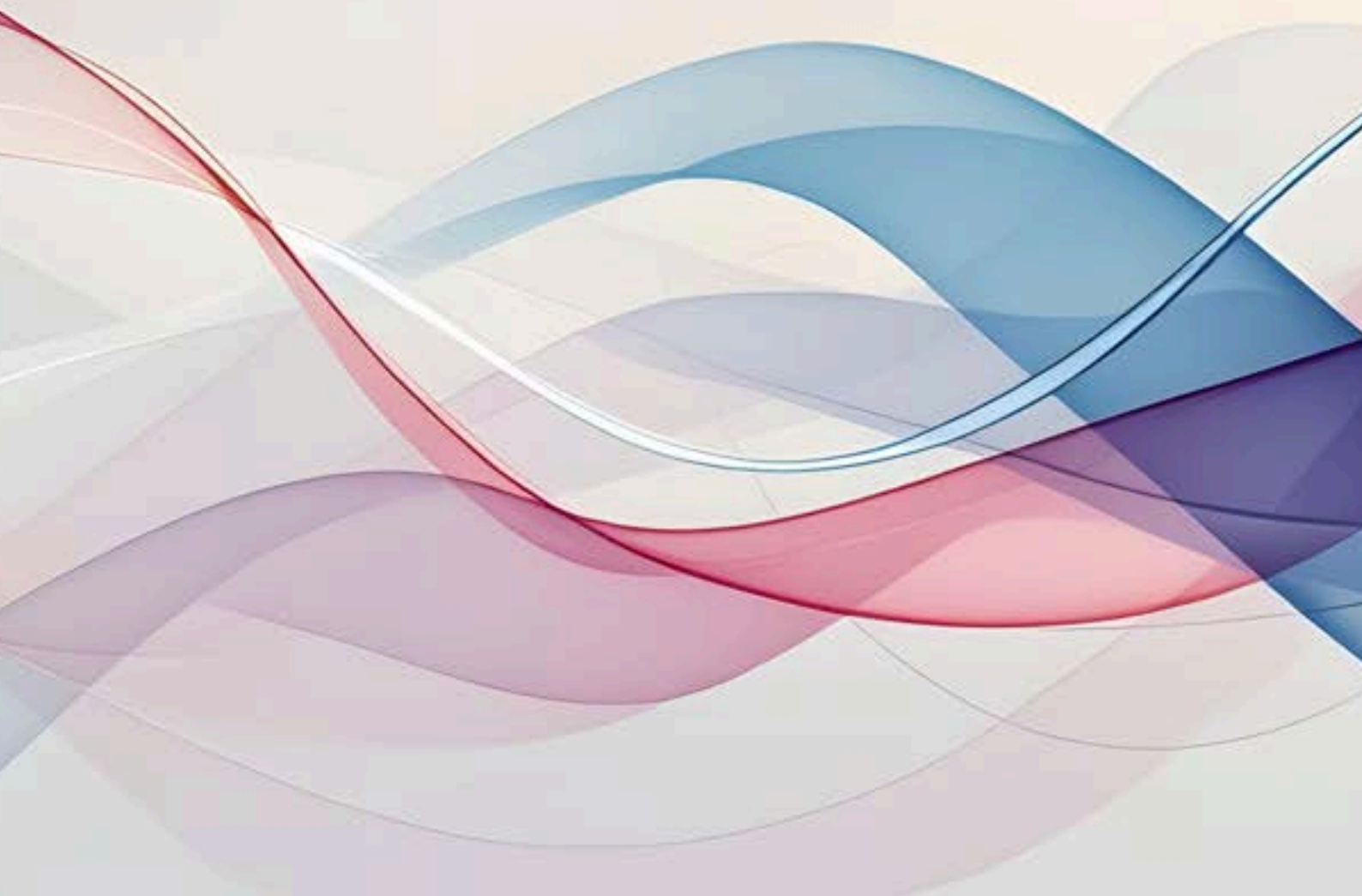


PROCURADURÍA
GENERAL DE LA
REPÚBLICA
PARAGUAY

Primera Edición

revista digital

ARBITRAJE DE LA ALAP



Índice

	PRESENTACIÓN DE LA PRIMERA EDICIÓN.....	4
	GRUPO DE ARBITRAJE DE INVERSIONES Y COMERCIAL INTERNACIONAL.....	5
01	El arbitraje como mecanismo complementario en la determinación de reparaciones por la Corte Interamericana de Derechos Humanos <i>Amparo Esparza Paula.....</i>	6
02	La constitucionalidad del arbitraje de inversiones: el artículo 248 de la Constitución bajo la lupa <i>Pedro Antonio Lacasa González.....</i>	16
03	Estándares probatorios y carga de la prueba en el arbitraje de inversiones: riesgos de error y legitimidad de la actividad decisoria <i>Lucas Villagrán Gajardo.....</i>	32
04	Una aproximación sobre la arbitrabilidad de las negociaciones precontractuales <i>Gabriel Antonio Morales Sánchez.....</i>	45
05	Polinización cruzada en el Arbitraje Internacional <i>Beatriz Figueiredo Campos da Nóbrega.....</i>	51
06	El Arbitraje Internacional en las Operaciones Internacionales de los Bancos Centrales <i>Victoria Alejandra Vera Guzmán.....</i>	54
07	O papel do Grupo de Trabalho III da UNCITRAL para mitigar os riscos decorrentes do sistema Investidor-Estado no contexto da mudança climática <i>Thiago Lindolpho Chaves.....</i>	63
08	Decisiones sustentadas en las determinaciones de Metalclad sobre la obligación de tener un marco jurídico transparente: los frutos del árbol envenenado <i>Alejandro Rebollo Ornelas.....</i>	74

Índice

09	Offside arbitral y el rol de la anti-suit injunction <i>Sandro Espinoza Quiñones</i> <i>Lucía Timaná Quispe</i>	91
10	Las medidas cautelares autónomas previas a la constitución del tribunal arbitral en el marco del derecho procesal paraguayo <i>Adan Ignacio Maidana Arce</i>	112
11	El papel de las partes durante la negociación de la cláusula arbitral para un arbitraje eficiente en términos de costos y de tiempo <i>Arnau Puig Tiemblo</i> <i>Samuel Vallin Bologna</i>	123
12	El arbitraje de emergencia: un breve repaso de algunas consideraciones prácticas y perspectivas para entidades públicas <i>Javier Echeverri</i> <i>Susana Chalela González</i>	147
13	Constitución del tribunal arbitral y revocación de sus miembros: consideraciones prácticas y líneas de reflexión en disputas que involucren entidades públicas <i>Esperanza Barrón Baratech</i>	156
14	La Modernización del Arbitraje en Paraguay: Análisis y Aplicación Práctica de la Nueva Ley de Arbitraje <i>Abg. Jorge Bogarín Azuaga</i>	163
15	PROYECTO DE REGLAMENTACIÓN DEL ARTÍCULO 21 DE LA LEY N° 6837/2021 “QUE ESTABLECE LAS FUNCIONES Y ESTRUCTURA ORGÁNICA DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA”. <i>Silvia Juana Santander Florentín</i>	173

PRESENTACIÓN DE LA PRIMERA EDICIÓN

Con mucho orgullo y satisfacción, presentamos la Primera Edición de la Revista Jurídica de Arbitraje de la Asociación Latinoamericana de Procuradurías y Abogacías de Estado (ALAP).

La Revista Jurídica de Arbitraje nace como iniciativa del Grupo de Trabajo de Arbitraje de la ALAP, con el propósito de realizar un aporte académico a la comunidad jurídica arbitral internacional, promoviendo el análisis y el intercambio de ideas con relación a cuestiones relevantes de la práctica arbitral contemporánea.

La ALAP constituye un espacio de constante intercambio académico y profesional entre abogados y abogadas del sector público de toda Latinoamérica. En virtud a dicha misión, ponemos a disposición de la comunidad jurídica esta primera edición, la cual constituye un espacio de debate doctrinario y práctico sobre el arbitraje, especialmente en lo que respecta a la defensa jurídica del Estado en la región.

Es de suma importancia que, como miembros de la comunidad jurídica arbitral, contribuyamos desde nuestro lugar con el debate jurídico, aportando desde nuestra experiencia, perspectivas y soluciones frente a los desafíos que surgen en la práctica diaria. Esta revista busca promover el diálogo entre la práctica estatal, la doctrina académica y la comunidad arbitral internacional.

Este primer número aborda un abanico de temas actuales en el ámbito del arbitraje internacional, incluyendo cuestiones vinculadas con derechos humanos, medidas cautelares, derecho constitucional, arbitraje de emergencia, redacción de cláusulas arbitrales, operaciones internacionales de bancos centrales, así como otros aspectos relevantes de la práctica arbitral actual.

Como coordinador del Grupo de Trabajo de Arbitraje, extiendo mi más sincero agradecimiento a todos los autores y autoras que participaron de esta primera edición, quienes colaboraron con artículos que cubren un amplio espectro de temas actuales y problemáticas existentes en la práctica diaria.

Confío que esta será la primera edición de muchas ediciones más para seguir contribuyendo a la comunidad jurídica desde la ALAP y, sobre todo, a la defensa jurídica del Estado en la región.

Jorge Bogarín Azuaga

Coordinador del Grupo de Trabajo de Arbitraje
Asociación Latinoamericana de Procuradurías y Abogacías de Estado

Asociación Latinoamericana de Procuradurías y Abogacías de Estado (ALAP)

Grupo de Arbitraje de Inversiones y Comercial Internacional

REPÚBLICA DE ARGENTINA

Mariana Mabel Lozza, asesora externa de la Procuración del Tesoro

María Alejandra Etchegorry, subdirectora Nacional de Asuntos y Controversias Internacionales

ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

Carlos Andrés Antezana, director General de Defensa Arbitral de la Procuraduría General del Estado

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

Thiago Lindolpho Chaves, miembro del equipo de controversias internacionales en Brasil del departamento de asuntos internacionales de la Advocacia-Geral da União, Brasil.

Nilo Sergio Gaíao Santos, coordinador del equipo de arbitrajes de la Advocacia-Geral da União, Brasil

REPÚBLICA DE COLOMBIA

Andrés Sarmiento, coordinador del Grupo de Arbitraje de Inversión y Procedimientos ante jueces internacionales y extranjeros.

REPÚBLICA DE COSTA RICA

María del Rosario León Yannarella, procuradora de la Dirección de derecho público, grupo de trabajo contratación, concesión y arbitraje, Procuraduría General de la República, Costa Rica

Jorge Oviedo, procurador director del Derecho Público, Procuraduría General de la República, Costa Rica.

REPÚBLICA DE EL SALVADOR

Susan Eneida Calderón, asesora legal del fiscal general de la República de El Salvador

REINO DE ESPAÑA

Lourdes Martínez de Victoria Gómez, abogada del Estado Adjunta en el Departamento de Arbitrajes Internacionales de la Abogacía General del Estado

Andrea Gavela, subdirectora General de Unión Europea y Asuntos Internacionales

REPÚBLICA DE GUATEMALA

Julio Eduardo Santiz Cámez, jefe de la Unidad de Asuntos Internacionales, Procuraduría General de la Nación.

Andrés Puente Pérez, coordinador del Área de Controversias Internacionales, Unidad de Asuntos Internacionales, Procuraduría General de la Nación, Guatemala

REPÚBLICA DE HONDURAS

Nelson Molina, director de derechos humanos y litigios y arbitrajes internacionales, Procuraduría General de la República, Honduras.

Marcio Ariel Canaca Curry, director del Despacho del Procurador General, Honduras

REPÚBLICA DE PARAGUAY – LÍDER DEL GRUPO

Jorge Bogarín Azuaga, procurador delegado, Procuraduría General de la República, Paraguay.

Clara L. García Vera, procuradora delegada, Procuraduría General de la República, Paraguay

Rebeca Salemma Miranda, procuradora delegada, Procuraduría General de la República, Paraguay

REPÚBLICA DE PERÚ

David Ortiz Gaspar, procurador público del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, Perú.

REPÚBLICA DE ECUADOR

Lily Díaz-Granados, subdirectora de Asuntos Internacionales de la Procuraduría General del Estado

Marco Terán, abogado de Asuntos Internacionales de la Procuraduría General del Estado.

El arbitraje como mecanismo complementario en la determinación de reparaciones por la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Amparo Esparza Paula
amparo_esparza@outlook.es

Resumen- En el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, la reparación integral a las víctimas de violaciones a sus derechos constituye un pilar esencial. Los tribunales internacionales, en su búsqueda por impartir justicia, han explorado diversos mecanismos para asegurar que las reparaciones sean efectivas y adecuadas a las particularidades de cada caso. Uno de estos mecanismos, es el arbitraje, especialmente en la determinación de reparaciones de carácter pecuniario.

Abstract- In the field of international human rights law, comprehensive reparation for victims of human rights violations constitutes an essential pillar. International tribunals, in their pursuit of dispensing justice, have explored various mechanisms to ensure that reparations are effective and adequate to the particularities of each case. One of the mechanism is arbitration, especially in the determination of pecuniary reparations.

Palabras Claves- Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sistemas de Protección de Derechos Humanos, Vulneración, Reparación Integral, Arbitraje.

INTRODUCCIÓN

El presente artículo examinará la interrelación existente entre el arbitraje y el derecho internacional de los derechos humanos, para ello, analizará el uso del arbitraje por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), como un mecanismo complementario en la determinación de reparaciones de violaciones a derechos humanos.

En tal sentido, se examinará al arbitraje como herramienta que refuerza el principio de reparación integral en casos donde la complejidad técnica o el desacuerdo entre las partes justifica delegar el cálculo de daños a un tribunal arbitral. El artículo se apoyará en doctrina especializada, análisis de sentencias emblemáticas y una reflexión sobre su potencial como herramienta complementaria.

1. REPARACIÓN INTEGRAL

El derecho a una reparación es un principio fundamental del derecho internacional de los derechos humanos, [1] que señala que “cualquier incumplimiento de un compromiso entraña la obligación de efectuar una reparación”[2].

En tal virtud, este concepto se deriva del principio de responsabilidad internacional del Estado, por acciones u omisiones que violan derechos consagrados en instrumentos internacionales:

(...) los Estados concederán reparación a las víctimas por las acciones u omisiones que puedan atribuirse al Estado y constituyan violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos (...)[3]

[1] Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OHCHR), “Reparations (Transitional Justice),” OHCHR, accedido el 21 de agosto de 2025, <https://www.ohchr.org/es/transitional-justice/reparations>.

[2] Corte Permanente de Justicia Internacional, The Factory at Chorzów (Reparaciones y Costas), sentencia del 13 de septiembre de 1928, Serie A, núm. 17.

[3] Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución A/RES/60/147, “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones.” Adoptada el 16 de diciembre 2005.

La Corte IDH, ha desarrollado el concepto de reparación integral (restitutio in integrum), entendido este como:

(...) el conjunto de medidas tendientes, por un lado, a restituir el derecho vulnerado y mejorar la situación de las personas afectadas y, por otro lado, a promover reformas estructurales y/o políticas que eviten la repetición de transgresiones y que permitan el restablecimiento de la confianza en la sociedad y las instituciones.[4]

En tal sentido, la reparación busca, en la medida de lo posible, borrar los efectos de la violación y devolver a la víctima a la situación en la que se encontraría si el hecho ilícito no hubiera ocurrido, [5] por lo que “va más allá del ámbito económico y se enfoca en la mayor parte de dimensiones afectadas tanto en el plano personal y familiar de la víctima, como social con relación a la comunidad”[6]. Cuando esto no es factible, se busca compensar los daños sufridos.

Según se desprende del artículo 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), la Corte IDH, cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos por la CADH, dispondrá que “se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización de la parte lesionada”. [7]

La reparación debe ser adecuada, efectiva, pronta, y proporcional a la gravedad de las violaciones y al daño sufrido[8]. Asimismo, las reparaciones tienen que implementarse sin discriminación alguna, [9] abarcando cinco modalidades principales: restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición[10].

- **Restitución:** Implica “devolver a la víctima a su situación original antes de que se produjera la violación, por ejemplo, la restitución de la libertad, el restablecimiento del empleo, la devolución de los bienes, el regreso al lugar de residencia.” [11]
- **Indemnización:** Debe concederse, “de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso, por todos los perjuicios económicamente evaluables que sean consecuencia de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos (...)” [12] Para el cálculo de la indemnización se debe tomar en cuenta tanto el daño material como el inmaterial. Para el cálculo del daño material, se “consideran los perjuicios derivados del denominado daño emergente que constituye el valor de los daños sufridos de manera inminente y el lucro cesante en tanto pérdida de ingresos a causa de la vulneración, (...)” [13]

Por otro lado, la reparación por daño inmaterial se enfoca en “los efectos lesivos de los hechos que no tienen carácter económico o patrimonial. Este tipo de reparaciones se orientan a atender los daños morales” [14].

[4] Ximena Ron Erráez, “La Reparación Integral en la Corte Interamericana de Derechos Humanos,” *Juees* 2, no. 1 (2022): 36.

[5] Ximena Ron Erráez, “La Reparación Integral en la Corte Interamericana de Derechos Humanos,” *Juees* 2, no. 1 (2022): 36.

[6] *Ibidem*.

[7] Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 63.1.

[8] Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución A/RES/60/147, “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones.” Adoptada el 16 de diciembre 2005.

[9] Glenda Anabel Granda Torres y Carmen del Cisne Herrera Abraham, “Reparación integral: principios aplicables y modalidades de reparación,” *Ius Humani. Revista de Derecho* 9, no. 1 (2020): 251-268.

[10] Ximena Ron Erráez, “La Reparación Integral en la Corte Interamericana de Derechos Humanos,” *Juees* 2, no. 1 (2022): 37.

[11] Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OHCHR), “Reparations (Transitional Justice).” OHCHR. Accedido el 27 de julio de 2025. <https://www.ohchr.org/es/transitional-justice/reparations>.

[12] Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución A/RES/60/147, “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones.” Adoptada el 16 de diciembre 2005.

[13] Ximena Ron Erráez, “La Reparación Integral en la Corte Interamericana de Derechos Humanos,” *Juees* 2, no. 1 (2022): 38.

[14] *Ibid.*, 39

- **Rehabilitación:** Comprende la atención médica, psicológica, social y jurídica necesaria para la recuperación de la víctima. Consiste “en el conjunto de estrategias, planes, programas y acciones de carácter jurídico, médico, psicológico y social, dirigidos al restablecimiento de las condiciones físicas y psicosociales de la persona afectada”. [15]
- **Investigación y sanción:** Esta medida se encuentra directamente relacionada con el derecho a conocer la verdad de lo sucedido. Es decir, “con el derecho a que se esclarezca y revele la veracidad de los acontecimientos pasados, los actos u omisiones que dieron origen a la vulneración de derechos y la identificación de las personas implicadas en dicha vulneración para que les sea impuesta la correspondiente sanción” [16].
- **Satisfacción:** Son medidas de reparación no pecuniaria, destinadas a restablecer la dignidad y dignificar la memoria de las víctimas y sus familiares. Son medidas que entregan reparación a la víctima de forma simbólica o representativa, teniendo un impacto en la comunidad y en el entorno social. [17] Incluye medidas simbólicas como determinación y reconocimiento de responsabilidad, disculpas públicas, publicidad, conmemoración y búsqueda de personas desaparecidas. [18]
- **Garantías de no repetición:** Buscan evitar que las violaciones vuelvan a ocurrir, a través de reformas legislativas, políticas públicas y capacitación a funcionarios estatales [19].

En este contexto, la reparación no se concibe sólo como una restitución formal o simbólica, sino como una obligación concreta del Estado, cuya implementación efectiva requiere mecanismos jurídicos y administrativos eficientes.

Los sistemas internacionales de protección de derechos humanos, como el Interamericano, Universal y Europeo, han desarrollado una doctrina y práctica reparadora compleja, orientada no solo a restablecer la situación previa a la violación, sino también a reconocer el daño, prevenir su repetición y transformar las condiciones estructurales que la permitieron.

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), la Corte IDH ha establecido un enfoque expansivo de la reparación, que incluye compensación, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición. Sentencias emblemáticas como Velásquez Rodríguez vs. Honduras o Atala Riffo vs. Chile evidencian una visión integral que supera el plano estrictamente económico. Así, la Corte IDH en la sentencia emitida dentro del caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras señaló que la reparación integral “incluye el restablecimiento de la situación anterior y la reparación de las consecuencias que la infracción produjo y el pago de una indemnización como compensación por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales incluyendo el daño moral.” [20]

En esta misma línea, la Corte IDH ha enfatizado que las reparaciones deben tener una vocación tanto restitutoria como preventiva, buscando no solo reparar el daño causado, sino también contribuir a que hechos similares no se repitan. Esta perspectiva integral ha llevado al Tribunal a ordenar medidas complejas que van más allá de la simple compensación económica. [21]

[15] Ibid., 44

[16] Ibid., 49

[17] Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), Acosta Calderón vs. Ecuador, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de junio de 2005, párr. 163.

[18] Glenda Anabel Granda Torres y Carmen del Cisne Herrera Abraham, “Reparación integral: principios aplicables y modalidades de reparación,” *Ius Humani. Revista de Derecho* 9, no. 1 (2020): 251-68.

[19] Ximena Ron Erráez, “La Reparación Integral en la Corte Interamericana de Derechos Humanos,” *Jueces* 2, no. 1 (2022): 51.

[20] Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Sentencia de Reparaciones y Costas, 21 de julio de 1989, párr. 26.

[21] Rodrigo Santiago Juárez y Carlos Zamora Valadez, “La reparación del daño a violaciones de derechos humanos: análisis de las medidas de reparación recomendadas por la Comisión de Derechos Humanos del estado de Coahuila,” *Cuestiones Constitucionales* 45 (julio-diciembre 2021):

<https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2021.45.16665>.

En el marco del Sistema Universal, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en su Observación General No. 31, ha establecido que los Estados tienen la obligación de proporcionar reparación efectiva a las víctimas de violaciones a derechos humanos. Esta reparación debe incluir: restitución, rehabilitación, medidas de satisfacción (como disculpas públicas, memoriales y garantías de no repetición) e indemnización.[22]

Este sistema se caracteriza por su flexibilidad en cuanto a los mecanismos de implementación, reconociendo que los Estados pueden utilizar diversos procedimientos para cumplir con sus obligaciones reparatorias, siempre que estos sean efectivos y accesibles a las víctimas.[23]

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) opera bajo el artículo 41 del Convenio Europeo, que establece el concepto de "satisfacción equitativa". La satisfacción equitativa se aplica cuando el derecho interno del Estado no permite reparar completamente las consecuencias de la violación[1]. El TEDH ha desarrollado una práctica consistente en otorgar compensaciones tanto por daño material como por daño moral, aplicando criterios de equidad cuando el cálculo preciso no es posible.

Una característica distintiva del sistema europeo es su enfoque pragmático hacia las reparaciones, priorizando la efectividad de las medidas, en tal sentido, el Tribunal ha reconocido que, en muchos casos, el pronunciamiento de la violación constituye per se una forma suficiente de reparación:

Furthermore, the Court will only award such satisfaction as is considered to be "just" (équitable in the French text) in the circumstances. Consequently, regard will be had to the particular features of each case. The Court may decide that for some heads of alleged prejudice the finding of violation in itself constitutes adequate just satisfaction, without there being any call to afford financial compensation. [24]

Se evidencia entonces que los tres sistemas muestran convergencias importantes en cuanto a los principios fundamentales de reparación integral, pero divergen en sus enfoques metodológicos. Mientras el SIFH tiende hacia reparaciones más amplias y transformadoras, el sistema europeo es más restrictivo y el universal más flexible en cuanto a los mecanismos de implementación.

En todos estos sistemas, el común denominador es la búsqueda de una reparación que no solo compense económicamente a las víctimas, sino que contribuya a su restitución moral y simbólica, a la vez que fomente cambios estructurales.

En este contexto, el arbitraje aparece como un mecanismo instrumental que facilita la ejecución de estas medidas cuando existen controversias sobre aspectos técnicos o económicos en el marco de las reparaciones.

2. ARBITRAJE EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

El uso del arbitraje por parte de la Corte IDH no se encuentra expresamente consagrado en la CADH, pero se fundamenta en una interpretación dinámica del artículo 63.1, que otorga a la Corte IDH la facultad de disponer medidas reparatorias cuando determine que ha habido una violación de derechos consagrados en dicho instrumento. La Corte IDH, ha sido pionera en reconocer el uso del arbitraje como un mecanismo complementario en la determinación de reparaciones pecuniarias.

[22] Organización de las Naciones Unidas, Observación General No. 31: Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto, Comité de Derechos Humanos, 80° período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 225 (2004), párr. 16.

[23] Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, Resolución No. 60/147, Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones. Adoptada el 16 de diciembre de 2005, principio 9.

[24] Convenio Europeo de Derechos Humanos, art. 41, Roma, 4 de noviembre de 1950.

[25] European Court of Human Rights, Practice Direction: Just Satisfaction Claims under Article 41 of the Convention, última actualización en noviembre de 2018, <https://publiclawproject.org.uk/content/uploads/data/resources/168/Practice-Direction-satisfaction-claims.pdf>.

Autores como Pasqualucci, en "Victim Reparation in the Inter-American Human Rights System: A Critical Assessment of Current Practice and Procedure", describe cómo la Corte IDH ha optado por delegar algunos aspectos técnicos o financieros de las reparaciones a terceros neutrales, cuando el cálculo directo puede desbordar sus capacidades operativas.

The Court may also employ experts or make use of its own staff in determining appropriate reparations proprio mutuo. In the El Amparo Case, the Court employed an actuarial counselor to calculate the amount of damages. In Aloeboetoe, the Deputy Secretary of the Court went to Suriname to make an in situ verification of the loss of earring figures.[26]

Por su parte, Thomas Antkowiak en su obra " Remedial Approaches to Human Rights Violations: The InterAmerican Court of Human Rights and Beyond", propone la aplicación del método participativo, entendido este como aquellas reformas procedimentales para ajustar las reparaciones a la situación de las víctimas y sus necesidades.

The participative approach discussed would introduce procedural reforms to calibrate remedies more precisely to the victim's situation and necessities[27].

La complejidad de muchos casos que involucran múltiples víctimas, contextos históricos diferenciados y daños materiales y morales cuantiosos, ha llevado a que la Corte IDH adopte fórmulas complementarias, entre ellas, el arbitraje se ha consolidado como una herramienta útil cuando se requiere precisar el monto de ciertas indemnizaciones, particularmente en situaciones donde los Estados y las víctimas no logran acuerdo sobre la cuantificación de daños materiales o patrimoniales.

Así, el arbitraje ha sido abordado ante la Corte IDH en los siguientes casos:

Garrido y Baigorria vs. Argentina: En este caso, la Corte IDH, mediante sentencia de 1 de febrero de 1996, entre otros puntos señaló:

3. Concede a las partes un plazo de seis meses a partir de la fecha de la presente sentencia para **llegar a un acuerdo** sobre reparaciones e indemnizaciones.

4. Se reserva la facultad de revisar y aprobar dicho acuerdo y, en el caso de no llegar a él, de continuar el procedimiento sobre reparaciones e indemnizaciones. [28]

La provincia de Mendoza y los representantes de las víctimas, mediante acta de 31 de mayo de 1996, llegaron a un acuerdo sobre reparaciones. En la citada acta se propuso la constitución de un tribunal arbitral para determinar el monto indemnizatorio para pagar a los familiares de las víctimas.[29]

El laudo arbitral fue emitido el 25 de junio de 1996, pero fue impugnado por los representantes de las víctimas por considerarlo arbitrario.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), si bien dejó en manos de la Corte IDH la decisión final, manifestó que el laudo arbitral dictado el 25 de junio de 1996 "no fue manifiestamente arbitrario" y sostuvo que el mismo debía considerarse válido y ejecutable:

[26]Jo M. Pasqualucci, "Victim Reparations in the Inter-American Human Rights System: A Critical Assessment of Current Practice and Procedure," Michigan Journal of International Law 18, no. 1 (1996): 29.

[27] Thomas M. Antkowiak, "Remedial Approaches to Human Rights Violations: The Inter-American Court of Human Rights and Beyond," Columbia Journal of Transnational Law 46, no. 2 (2008): 355.

[28]Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), Garrido y Baigorria vs. Argentina, Sentencia de Reparaciones y Costas, 27 de agosto de 1998, párr. 17.

[29] Ibidem. párr.18.

La posición de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en esta causa es que, a su modo de ver, el laudo de dicho Tribunal Arbitral no fue manifiestamente arbitrario.[30]

La Corte Interamericana, por su parte, afirmó que el procedimiento arbitral no constituía un acuerdo válido de reparaciones por dos motivos jurídicos fundamentales:

a. Falta de legitimación de la provincia de Mendoza

La Corte señaló que el acuerdo fue firmado por la provincia de Mendoza, cuando la parte demanda ante la Corte Interamericana era la República Argentina.[31]

b. El laudo fue impugnado y no aceptado unánimemente

La Corte observó que el propio acuerdo contemplaba la posibilidad de impugnar el laudo por arbitrariedad, lo cual efectivamente sucedió:

(...) la decisión sería vinculante para las partes, salvo que alguna de ellas la considerara arbitraria, lo cual sucedió el 2 de julio de 1996.[32]

En consecuencia, al no existir un acuerdo válido conforme al artículo 63.1 de la Convención Americana, la Corte abrió formalmente la etapa de reparaciones:

Dada la falta de acuerdo entre las partes (...) la Corte decidió abrir la etapa sobre reparaciones e indemnizaciones (...)[33]

Sin perjuicio de que lo decidido mediante laudo arbitral no fuera implementado por la Corte IDH, llevándola a decidir por sí misma sobre reparaciones en el citado caso, constituye un antecedente importante de la aplicación del arbitraje como herramienta complementaria para la determinación de reparaciones.

Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador: Este es el caso más emblemático en la materia. Los señores Chaparro y Lapo fueron víctimas de una detención ilegal y la incautación de una fábrica y un vehículo. En la fase de reparaciones, surgió una disputa significativa y falta de claridad con relación al cálculo de los perjuicios económicos derivados de la aprehensión y depósito de bienes.

Dadas las dificultades para determinar con precisión el daño derivado de la incautación de la fábrica, la Corte IDH señaló:

(...) dada la complejidad que supone la determinación de valores mercantiles de una empresa, los cuales pueden incluir, inter alia, el patrimonio, situación financiera, inversiones de capital, bienes y sus valores, movilizables y circulantes, flujos operacionales, expectativas de mercado y demás, esta Corte considera que deberá ser un tribunal de arbitraje el que determine el porcentaje de pérdidas que sufrió el señor Chaparro como consecuencia de la aprehensión y depósito de la fábrica Plumavit por parte del Estado.
[34]

[30] Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), Garrido y Baigorria vs. Argentina, Sentencia de Reparaciones y Costas, 27 de agosto de 1998, párr.32.

[31] *Ibidem*, párr.34.

[32] *Ibid.*, párr. 24.

[33] *Ibid.*, párr. 25.

[34] Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 21 de noviembre de 2007, párr. 232.

La Corte IDH estableció la conformación del tribunal arbitral, con un árbitro designado por cada parte y un tercero nombrado de común acuerdo.[35] En el presente caso, el tribunal arbitral en efecto se conformó y emitió un laudo arbitral determinando el monto a pagar por concepto de daño material, vinculado a la aprehensión y depósito de la fábrica Plumavit. El monto señalado en el laudo arbitral fue efectivamente cancelado por parte del Estado ecuatoriano e informado a la Corte IDH en el marco de la supervisión de cumplimiento de sentencias.

Esta decisión refuerza la práctica del Tribunal de utilizar este mecanismo como una herramienta para facilitar el cálculo de indemnizaciones en casos complejos.

El análisis de las sentencias de la Corte Interamericana revela entonces una evolución en la utilización del arbitraje como mecanismo auxiliar en el cálculo de reparaciones en dos fases:

1- Fase inicial:

En esta etapa, el arbitraje aparece de forma incipiente como un recurso excepcional. El caso Garrido y Baigorria vs. Argentina representa el primer antecedente, donde se plantea el arbitraje como método para determinar los montos indemnizatorios, sugerido por las partes. Sin embargo, dado a los cuestionamientos realizados por la Corte IDH con respecto a la falta de legitimación de la provincia de Mendoza y la falta de aceptación unánime del laudo arbitral, la Corte IDH optó por adoptar una decisión en materia de reparaciones.

2- Fase de consolidación:

En Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, el arbitraje se presenta ya como una alternativa clara para el cálculo de reparaciones, propuesto por la Corte IDH, dado que en el citado caso resultaba complejo que la Corte IDH realice dichas determinaciones sin un apoyo técnico especializado.

Aunque el arbitraje no ha sido tradicionalmente parte del núcleo duro del sistema de protección internacional de derechos humanos, su utilización como mecanismo complementario, particularmente en la determinación de montos de reparación pecuniaria, resulta una alternativa a ser valorada tanto por las partes como por los tribunales internacionales. En tal virtud, ante casos complejos, con multiplicidad de víctimas y daños diferenciados, el arbitraje ofrece una solución adaptativa y técnicamente precisa, siempre que se salvaguarden los derechos procesales de las partes involucradas.

En tal sentido, la utilización del arbitraje como un mecanismo complementario para la determinación de reparaciones pecuniarias en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos representa una evolución pragmática y beneficiosa. Lejos de menoscabar la autoridad de los tribunales de derechos humanos, esta herramienta puede fortalecer la eficacia y credibilidad de sus decisiones, asegurando que las víctimas reciban una reparación justa y adecuada de manera más ágil y transparente, al tiempo que se facilita el cumplimiento por parte de los Estados.

De los casos expuestos, se observa la implementación del arbitraje en materia de reparaciones, bajo dos modalidades:

Arbitraje posterior a sentencia: El tribunal emite su decisión principal determinando la responsabilidad estatal y su obligación de reparar a las víctimas, pero delega en un arbitraje posterior la determinación de montos específicos.

[35] Ibidem.

Arbitraje condicional: El tribunal establece parámetros generales de reparación pero autoriza a las partes a llegar a un acuerdo en cuanto a los montos indemnizatorios, dejando al criterio de las partes, la metodología a ocupar, entre ellas, el arbitraje.

3- VENTAJAS Y DESAFÍOS DEL ARBITRAJE COMO HERRAMIENTA COMPLEMENTARIA

El arbitraje para determinar el monto de las reparaciones pecuniarias surge como una solución pragmática tanto para las víctimas como para los Estados y los propios tribunales internacionales de derechos humanos.

Tras la experiencia del caso Chaparro y Lapo vs. Ecuador, se puede evidenciar el potencial del arbitraje como mecanismo complementario en materia de reparaciones, por las siguientes razones:

1. **Especialización técnica:** La valoración de daños, especialmente en contextos de violaciones masivas, desapariciones forzadas, daños patrimoniales o lucro cesante, puede requerir peritajes económicos complejos. El arbitraje permite recurrir a expertos con conocimientos específicos en áreas que pueden exceder la gestión habitual de los tribunales de derechos humanos.
2. **Eficiencia procesal:** Delegar la determinación del quantum indemnizatorio en un tribunal arbitral permite que el tribunal de derechos humanos se concentre en su función primordial: determinar la existencia de violaciones a los derechos humanos y establecer las bases de la responsabilidad internacional del Estado. Esto puede agilizar los procedimientos y evitar dilaciones en materia de reparaciones.
3. **Equilibrio procesal:** El arbitraje asegura que tanto las víctimas como los Estados tengan igual oportunidad de presentar sus argumentos técnicos ante expertos independientes, lo que refuerza la percepción de imparcialidad del proceso.
4. **Participación de las partes:** El arbitraje promueve un espacio donde la víctima y el Estado pueden discutir la reparación de forma más directa, bajo reglas de procedimiento claras y mutuamente acordadas.
5. **Transparencia metodológica:** El proceso arbitral permite una revisión detallada y contradictoria de las metodologías de cálculo propuestas por las partes, generando una mayor confianza en la objetividad del resultado final.
6. **Legitimidad de la decisión:** Una decisión sobre el monto de la indemnización emanada de un tribunal arbitral, compuesto por expertos y siguiendo un procedimiento acordado por las partes o establecido de manera clara y equitativa, puede gozar de una mayor legitimidad y aceptación por parte del Estado condenado, lo que podría facilitar y agilizar el cumplimiento de la sentencia.
7. **Descongestión del tribunal:** Al derivar la compleja tarea de cuantificación de daños, los tribunales de derechos humanos pueden optimizar sus recursos y reducir su carga de trabajo, permitiéndoles atender un mayor número de casos y emitir sus decisiones de fondo de manera más expedita.

De igual modo, se observa que si bien la Corte IDH ha tenido avances en materia de reparación, vinculado a la utilización del arbitraje como mecanismo complementario, este potencial permanece en gran medida subutilizado.

La utilización del arbitraje en materia de reparaciones, por parte de tribunales internacionales de protección a derechos humanos, también plantea retos:

Primero, es necesario asegurar que el procedimiento arbitral respete el debido proceso y los principios de equidad. Las víctimas, deben contar con asesoría legal adecuada para participar en condiciones de igualdad.

Segundo, es fundamental que el marco del arbitraje esté bien delimitado: deben establecerse plazos, instancias y mecanismos de supervisión para garantizar que las decisiones arbitrales no sean utilizadas para dilatar o minimizar las reparaciones.

Finalmente, el arbitraje no puede ser una vía para que los Estados reduzcan sus obligaciones reparatorias. Debe quedar claro que la función del mecanismo es facilitar la implementación de la sentencia, no renegociar sus contenidos sustantivos.

4- CONCLUSIONES

El arbitraje se consolida como un mecanismo complementario eficaz en la ejecución de reparaciones ordenadas por la Corte IDH. Su aplicación resulta especialmente valiosa cuando se requiere un análisis técnico o financiero que excede las capacidades jurisdiccionales del Tribunal, permitiendo una implementación más precisa de las medidas reparatorias.

Esta práctica se alinea a los principios de eficacia, especialización y acceso a la justicia, sin menoscabar la autoridad jurisdiccional ni el carácter vinculante de las sentencias. El arbitraje, lejos de ser una alternativa sustitutiva, actúa como un instrumento auxiliar que refuerza la ejecución de las decisiones, garantizando su cumplimiento efectivo.

La experiencia del Sistema Interamericano, aunque aún incipiente, revela tanto el potencial como los desafíos de esta herramienta. Casos como Garrido y Baigorria vs. Argentina y Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador han sentado precedentes que delimitan las condiciones esenciales para su uso legítimo: el consentimiento de las partes, la supervisión judicial, plazos definidos y el respeto a los estándares de derechos humanos.

En un contexto internacional donde las víctimas demandan una reparación integral, el arbitraje ofrece una vía técnica y participativa para materializar los principios del derecho internacional de los derechos humanos en materia de reparaciones.

BIBLIOGRAFÍA

- Antkowiak, Thomas M. "Remedial Approaches to Human Rights Violations: The Inter-American Court of Human Rights and Beyond." *Columbia Journal of Transnational Law* 46, no. 2 (2008): 355–419.
- Pasqualucci, Jo M. "Victim Reparations in the Inter-American Human Rights System: A Critical Assessment of Current Practice and Procedure." *Michigan Journal of International Law* 18, no. 1 (1996): 1–50.
- Ron Erráez, Ximena. "La Reparación Integral en la Corte Interamericana de Derechos Humanos." *Juees* 2, no. 1 (2022): 36–51.
- Granda Torres, Glenda Anabel, y Carmen del Cisne Herrera Abraham. "Reparación integral: principios aplicables y modalidades de reparación." *Ius Humani. Revista de Derecho* 9, no. 1 (2020): 251–268.
- Juárez, Rodrigo Santiago, y Carlos Zamora Valadez. "La reparación del daño a violaciones de derechos humanos: análisis de las medidas de reparación recomendadas por la Comisión de Derechos Humanos del estado de Coahuila." *Cuestiones Constitucionales* 45 (julio-diciembre 2021):123-147. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2021.45.16665>.
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OHCHR). "Reparations (Transitional Justice)." Accedido en julio 2025, <https://www.ohchr.org/es/transitional-justice/reparations>.
- Organización de las Naciones Unidas. Observación General No. 31: La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto. Comentarios generales adoptados por el Comité de Derechos Humanos, 80º período de sesiones. U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, párr. 16 (2004).
- Asamblea General de las Naciones Unidas. Resolución A/RES/60/147. Principios fundamentales y directrices sobre el derecho a un recurso y reparación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y del derecho humanitario. Adoptada el 16 de diciembre de 2005.

- European Court of Human Rights. Practice Direction: Just Satisfaction Claims under Article 41 of the Convention. Última actualización noviembre de 2018. <https://publiclawproject.org.uk/content/uploads/data/resources/168/Practice-Direction-satisfaction-claims.pdf>.
- Convenio Europeo de Derechos Humanos. Roma, 4 de noviembre de 1950. Art. 41. https://www.echr.coe.int/documents/convention_eng.pdf.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos. Pacto de San José. San José, Costa Rica, 22 de noviembre de 1969. Art. 63.1. <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html>.

JURISPRUDENCIA:

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas del 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170.
- ———. Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Sentencia de Reparaciones y Costas, 21 de julio de 1989. Serie C No. 7.
- ———. Garrido y Baigorria vs. Argentina. Sentencia de Reparaciones y Costas, 27 de agosto de 1998. Serie C No. 39.
- ———. Acosta Calderón vs. Ecuador. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de junio de 2005. Serie C No.129.

La constitucionalidad del arbitraje de inversiones: el artículo 248 de la Constitución bajo la lupa

Pedro Antonio Lacasa González
pedrolacasagonzalez@gmail.com

Resumen- El arbitraje está reconocido en la Constitución de 1992. Pero ¿qué tipo de arbitraje está expresamente permitido por la Constitución?

El artículo 248 de la Constitución es claro. La frase “en el ámbito del derecho privado” comprende todas las relaciones jurídicas, contractuales o no, siempre y cuando esas mismas disputas que fueron dirimidas ante un foro arbitral, sean “en el ámbito de derecho privado”.

No obstante, el arbitraje de inversiones está fundado esencialmente en un compromiso estatal del Paraguay plasmado en un Tratado Internacional y tiene más elementos de derecho público que de derecho privado, colisionando con el artículo 137.

Introducción al problema

Toda clase de objeción al sistema de arbitraje de inversiones basados en tratados internacionales deberían también ser analizados bajo la óptica de profesionales constitucionalistas y con expertise en derecho público y no reservar dicho análisis únicamente a los abogados dedicados al arbitraje internacional ni derecho internacional privado.

Lo que ocurre es que si los profesionales dedicados al arbitraje internacional o al derecho internacional privado analizan la legitimidad del arbitraje de inversiones basado en tratados internacionales, obviamente sustentarían el statu quo del sistema litigioso internacional y argumentarían que no hay nada ilegítimo o antijurídico en el arbitraje de inversiones basado en tratados internacionales.

(Afirmar lo contrario sería arremeter directamente contra los intereses y la filosofía de los profesionales privados dedicados al arbitraje internacional o derecho internacional privado).

El análisis de la constitucionalidad o legitimidad del arbitraje de inversiones basado en tratados internacionales de parte únicamente de profesionales dedicados al arbitraje internacional implica necesariamente un sesgo cognitivo.

Este análisis, en verdad, debiera ser llevado a cabo por profesionales constitucionalistas o a fortiori por profesionales con notoria expertise en derecho público, a fin de evitar el sesgo de atención selectiva^[1] que tienen todas las personas (incluidos los profesionales del derecho de arbitraje internacional o del derecho internacional privado).

La constitucionalidad de un acto del Estado debe primeramente observarse de los ojos del derecho público, y luego recién, desde los ojos del derecho internacional privado, en lo que al cumplimiento del Principio de Legalidad de las normas de dicho Estado concierne.

[1] El sesgo de atención selectiva, en inglés Attentional Bias, es un sesgo cognitivo que significa la tendencia a centrar la atención preferentemente en información específica. Ver M. Annemiek Bergman et al., “Systematic Review of Cognitive Biases in Autism Spectrum Disorders: A Neuropsychological Framework towards an Understanding of the High Prevalence of Co-Occurring Depression,” Research in Autism Spectrum Disorders 69 (January 2020): 101455, <https://doi.org/10.1016/j.rasd.2019.101455>.

Es perfectamente entendible, y lo más posible, que la constitucionalidad de un acto del Estado sea mejor analizado por los propios profesionales legales avezados en derecho público o derecho constitucional. Hacerlos a un lado en una cuestión sobre “constitucionalidad” no tiene mucho sentido, aún se trate sobre la jurisdicción de un tribunal arbitral no nacional.

Es diferente el respeto de lo acordado y el *pacta sunt servanda* en el plano nacional que en el plano internacional, pues en el plano internacional la santidad del contrato se erige como el pilar fundamental del comercio y relaciones transaccionales transfronterizas. Sin duda, en el plano internacional, es más importante dar fuerza vinculante a lo acordado en lugar de las normas jurídicas que habiliten a esa persona a acordar algo en primer lugar.

En otras palabras, el *pacta sunt servanda* de los tratados bilaterales o multilaterales de inversión priman sobre el principio de legalidad del derecho administrativo. No es intención de esta investigación explicar los motivos del porqué el *pacta sunt servanda* es preferido en el plano internacional por sobre el principio de legalidad[2]. Solamente nos limitaremos a exponer objetivamente que esto es así, y que eso es innegable.

Prueba tajante de ello es el art. 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969, que dice:

El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

Pero no se debe permitir que el “internacionalismo” confunda al derecho público. El principio *pacta sunt servanda* está expresamente consagrado en el art. 26 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969; sin embargo, dicho Convenio de Viena de 1969 ignora olímpicamente al principio de legalidad del derecho público, el cual aboga por la licitud y legalidad de los acuerdos y actos celebrados por las personas de derecho público y sin el cual no existiría un *pacta sunt servanda*, más aún si estas disposiciones de derecho público en relación al principio de legalidad emanan de la propia Constitución.

Si un Estado no respeta las normas que previamente acordó en un TBI, es una violación al derecho internacional y gatilla la responsabilidad internacional de dicho Estado que ha cometido la violación normativa.

Sin embargo, la violación del derecho internacional que importa a la responsabilidad internacional de un Estado no tiene que ver con el principio de legalidad de su derecho doméstico. Tiene solamente que ver con el cumplimiento del derecho internacional, pese a (o sin importar) lo que diga su derecho doméstico.

En el arbitraje comercial internacional se ha adoptado esta postura tanto en la jurisprudencia (ver el famoso fallo Galakis de la Cour de Cassation francesa de 1966[3]) como por la más autorizada doctrina internacional[4].

Hay muchas disposiciones en los textos sobre arbitraje comercial internacional del derecho comparado que se asemejan a la solución de la sentencia Galakis. Un ejemplo de ello que cita la doctrina francesa es el art.177 de la Ley de Derecho Internacional Privado de Suiza (en adelante LDIP)[5] cuyo texto oficial en francés dice:

[2] Si se desea profundizar en este choque de principios jurídicos, se recomienda la lectura de la Sección 2 “Autorité des normes conventionnelles: le principe “*pacta sunt servanda*” del Capítulo 3 “Droit international des traités” de Jean Combacau and Serge Sur, *Droit international public*, 13th ed. (París: Lextenso, 2019).

[3] Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 2 mai 1966, Publié au bulletin, accessed July 11, 2025.

[4] Benoit Le Bars, *Arbitrage Commercial International. Les grands arrêts du droit français*. (París: Lexis Nexis, 2016), 178.

[5] *Ibid.*, 186.

Si une partie à la convention d'arbitrage est un État, une entreprise dominée ou une organisation contrôlée par lui, cette partie ne peut invoquer son propre droit pour contester l'arbitrabilité d'un litige ou sa capacité d'être partie à un arbitrage

*[Si una de las partes del convenio arbitral es un Estado o una empresa u organización controlada por dicho Estado, esa parte no podrá invocar su propio derecho para impugnar la arbitrabilidad de un litigio o su capacidad de someterse a un arbitraje][6]
[7] Traducción al español de parte del autor.*

Parecida disposición la encontramos en el art. 2 "Objeto de arbitraje" de la ley paraguaya 1879/2002, mucho más detallista y completa el art. 177 LDIP de Suiza (aunque la presente investigación exponga las inconsistencias de la LDIP de Suiza ante el arbitraje de inversiones o Treaty-based investment arbitration[7]). Por estas y otras razones de extensión y para no quedar "fuera de foco", la presente investigación se dirige únicamente al análisis de derecho público, de derecho constitucional y de derecho internacional del arbitraje de inversiones basado en un TBI y se excluye el estudio o licitud de las leyes domésticas de inversión o contratos de inversión.

Un poco de (verdadero) derecho comparado

Continuando, cabe resaltar lo que expresa la norma paraguaya (ley 1879/2002 "De arbitraje y mediación, art. 2):

*El Estado, las entidades descentralizadas, las autárquicas y las empresas públicas, así como las municipalidades, podrán someter al arbitraje sus diferencias con los particulares, sean nacionales o extranjeros, **siempre que surjan de actos jurídicos o contratos regidos por el derecho privado (las negritas pertenecen al autor)***

Se pueden hacer las siguientes observaciones:

1. A diferencia de la LDIP de Suiza, la ley paraguaya permite al Estado o a una entidad descentralizada, autárquica, empresa pública o municipalidad, de invocar su derecho interno para impugnar la arbitrabilidad (objetiva o subjetiva) de la materia sometida a arbitraje o de las personas físicas o jurídicas supuestamente vinculadas a dicho arbitraje.
2. El art. 177 de la LDIP suiza parecería de una redacción demasiado amplia y abstracta, como parafraseando al art. 25 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969.
3. Sin embargo, es digno de resaltar que la ley suiza se titula Ley de Derecho Internacional **Privado**. A diferencia del Convenio de Viena sobre el derecho de los tratados (los tratados son acuerdos internacionales celebrados por Estados, **es decir, por personas jurídicas de derecho público en el ámbito del derecho internacional público**), la LDIP de Suiza está más dirigida a los asuntos de derecho internacional privado, no al derecho internacional público.
4. De hecho, el art. 1 de la LDIP de Suiza excluye a la aplicación de las disposiciones de LDIP a los tratados internacionales. Reza el art. 1 LDIP in fine:

Les traités internationaux sont réservés

[Se reserva (de su aplicación) a los tratados internacionales [8]

5. Así las cosas, se deduce que la LIPD aplica a las cuestiones de derecho internacional privado, no a las cuestiones de derecho internacional público. De hecho, esto último está vedado en el art. 1 de la mismísima LDIP Suiza.

[6] Traducción al español de parte del autor.

[7] También conocido como investor-State dispute resolution o ISDS, ver "Investment Treaty Arbitration | International Arbitration | Signature Litigation," November 26, 2021, <https://www.signaturelitigation.com/investment-treaty-arbitration/>.

[8] Traducción libre del autor.

6. En consecuencia, la supuesta redacción “demasiado amplia y abstracta” del art. 177 de LDIP de Suiza en realidad no es ni amplia ni abstracta, pues no aplica a los tratados internacionales (como los TBI) ni tampoco a cuestiones de derecho público ni de derecho internacional público.

7. En efecto, el art. 176 de la LDIP suiza dice:

Les dispositions du présent chapitre s'appliquent à tout arbitrage si le siège du tribunal arbitral se trouve en Suisse et si au moins l'une des parties à la convention d'arbitrage n'avait, au moment de la conclusion de celle-ci, ni son domicile, ni sa résidence habituelle, ni son siège en Suisse

[Las disposiciones del presente capítulo se aplican a todo arbitraje que tenga su sede en Suiza si al menos una de las partes al momento de la celebración del convenio arbitral no tenía ni su domicilio ni su residencia habitual ni su sede en Suiza [9]]

8. La redacción es clara: la LDIP se aplica únicamente si (i) la sede del arbitraje se encuentra en Suiza y si (ii) al menos una de las partes no posee ni su domicilio ni residencia habitual ni sede en Suiza.

9. A contrario sensu, si la sede del arbitraje se encuentra afuera de Suiza, la LDIP ya no se aplica, debido a que no se cumple con el primer requisito exigido por la norma suiza para su intervención: que la sede se encuentre en Suiza.

10. El principal convenio internacional para la resolución de disputas entre inversores y Estados es sin duda el Convenio de Washington de 1965 que creó el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante CIADI).

11. El art. 2 del Convenio de Washington de 1965 dispone que “la sede del Centro será la oficina principal del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento”, el cual evidentemente no se encuentra en territorio suizo no siendo aplicable las disposiciones de la LDIP.

12. La sede del CIADI tampoco se encuentra en territorio paraguayo, por lo que ipso facto se deduce la inaplicabilidad de las disposiciones de la ley 1879/2002 “De arbitraje y mediación” por 2 motivos:

a. En primer lugar, se recuerda que el art. 1 “Ámbito de aplicación” de la ley 1879/2002 dispone que:

La presente ley se aplicará al arbitraje privado, nacional e internacional (las negritas son del autor)

- *No solamente es discutible este punto ante el arbitraje de inversiones basados en un TBI, pues las materias sometidas a arbitraje (es decir las materias discutidas) versan no sobre las obligaciones contractuales de un Estado en su carácter de contratante en virtud a un contrato (o sea obligaciones del derecho privado), sino que pueden versar también sobre materias concernientes al poder regulatorio del Estado, a las medidas del Estado en materias de medio ambiente, salud pública y derechos humanos [10], lo que se identifica como la primera barrera a la sumisión a arbitraje del arbitraje de inversiones basado en un TBI (o arbitrabilidad objetiva).*
- *La segunda (y más importante) barrera al recurso del arbitraje internacional en el arbitraje de inversiones basado en un TBI es la naturaleza de la jurisdicción del futuro tribunal arbitral. En la suposición de que se proceda el arbitraje previsto en un TBI, el tribunal arbitral a constituirse **no encuentra la razón de su jurisdicción para conocer la disputa en un contrato u otro instrumento civil o comercial de derecho privado, en cambio, encuentra su jurisdicción en una oferta pública de arbitraje [11], contenida en un TBI, instrumento de derecho internacional público.** En otras palabras,*

[9] Traducción libre del autor.

[10] La arbitrabilidad de estas materias es duramente cuestionada en la actualidad.

[11] Otros autores la denominan “oferta unilateral de arbitraje por el Estado” (ver Álvaro Galindo, “El consentimiento en el Arbitraje Internacional en Materia de Inversiones,” *Iuris Dictio* 7, no. 11 (agosto 2016)). Sin embargo, la denominación “oferta pública de arbitraje” como la denomina la doctrina francesa resulta más precisa (ver Mathias Audit, Sylvain Bollé, and Pierre Callé, *Droit du commerce international et des investissements étrangers* (París: Lextenso, 2014), 721).

- la jurisdicción del tribunal arbitral en el caso de un arbitraje comercial internacional es una cuestión de derecho privado pues encuentra su fundamento en una cláusula contractual u otro acto jurídico envuelto en el derecho privado; por el contrario, en el caso de un arbitraje de inversiones basado en un TBI, la jurisdicción de un tribunal arbitral encuentra su fundamento en una disposición del TBI, lo cual concierne al derecho público y no al derecho privado. En conclusión, *en este caso la jurisdicción es una cuestión de derecho público.*

Como bien lo expresa Pérez Pacheco[12] citando a Fernández Masía[13]:

En la práctica, el arbitraje en materia de inversiones extranjeras no encuentra su fundamento en las tradicionales cláusulas arbitrales incorporadas en un contrato. El mayor número de casos se fundamenta en disposiciones sobre resolución de controversias contenidas en un tratado de inversión, en los cuales los Estados receptores han otorgado su “consentimiento de manera anticipada”, para someter las controversias que pudieren suscitarse en materia de inversión al arbitraje

b. En segundo lugar, y en el hipotético caso de que las materias sometidas a arbitraje sean de derecho privado y arbitrables y (ii) que la jurisdicción del tribunal arbitral constituido o a constituirse sea una cuestión de derecho privado y no de derecho público (e.g. si se concluyó una cláusula compromisoria inserta en un contrato o si se celebró un convenio de arbitraje con posterioridad al nacimiento de una desavenencia entre las partes de un contrato), es decir si se tratase de un arbitraje comercial internacional, aún en ese caso, no todas las disposiciones de la ley paraguaya se aplican. Reza el 2do. párrafo del art. 1 de la ley 1879/2002:

*Las disposiciones de la presente ley **se aplicarán únicamente** si el lugar del arbitraje se encuentra en el territorio nacional. Lo dispuesto en los Artículos 11, 20 y 44 al 48 se aplicará aún cuando el lugar del arbitraje se encuentre fuera del territorio nacional (las negritas pertenecen al autor)*

- O sea que si el lugar del arbitraje (la sede arbitral) se encuentra afuera del territorio paraguayo, solamente el art. 11 (Acuerdo de arbitraje y demanda en cuanto al fondo ante un juez); el art. 20 (facultad del tribunal arbitral de ordenar medidas cautelares provisionales), y los arts. 44, 45, 46, 47 y 48 (todo el Capítulo VIII “Reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales”).
- Todo el resto de la ley 1879/2002 es inaplicable si la sede arbitral está afuera de territorio paraguayo.
- Nótese que el art. 1 de la ley de arbitraje y mediación dice sin equivocaciones “... si el lugar del arbitraje se encuentra en el territorio nacional”; es decir, la norma no dice “...si las partes han acordado que la sede del arbitraje sea en Paraguay” ni otra frase del estilo “... si el convenio arbitral ha designado a Paraguay o a una ciudad de Paraguay como sede o lugar del arbitraje”.
- Se entiende la flexibilidad de interpretación legal que exige el comercio internacional, pero en una cuestiones delicadas como (i) la aplicabilidad *ratione materiae* de una ley y (ii) la jurisdicción de los árbitros internacionales, considerando (iii) la sustracción de la jurisdicción exclusiva del Poder Judicial instaurada en el art. 248 de la Constitución, amerita apegarse al principio general del derecho *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* (ahí donde la ley no diferencia, tampoco debemos diferenciar nosotros).
- La Organización de las Naciones Unidas (ONU) ha reconocido expresamente en una sentencia del Tribunal Contencioso-administrativo de la ONU que:

[12] Yaritza Pérez Pacheco, “Oferta Estatal de Consentimiento En El Procedimiento Arbitral CIADI,” Revista Ciencias Sociales y Educación 2, no. 3 (2013): 44.

[13] Enrique Fernández Masía, Arbitraje En Inversiones Extranjeras: El Procedimiento Arbitral En El CIADI (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003), 22.

Según el principio general de interpretación legal, ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus, i.e., ahí donde la ley no diferencia, tampoco debemos diferenciar nosotros, el intérprete de la ley no puede distinguir en donde el texto legal no distingue, ni crear y/o agregar excepciones a una regla establecida con aplicación general, la cual está limitada en su área de aplicación[14]

- El ejemplo expresado en la jurisprudencia de la ONU arriba mencionada es exactamente el mismo caso que el art. 1 de la ley 1879/2002: (i) es una regla con aplicación general, (ii) que se ve limitada en su área de aplicación (y este límite es que el lugar del arbitraje se encuentre efectivamente en territorio paraguayo y no es suficiente que el lugar del arbitraje se encuentre virtualmente o fictivamente en territorio paraguayo, se requiere de una realidad material pues (iii) el principio general del derecho ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus entra a solucionar las dudas interpretativas sobre esta norma legal, máxime cuando se trata de la aplicación de una ley o del poder jurisdiccional concedido a personas privadas en sustracción a lo ordenado por el art. 248 de la Constitución.

La constitucionalidad de someter a arbitraje cuestiones de derecho público en virtud a disposiciones de un TBI.

Esta colisión de los sistemas de resolución de disputas es lo que sucede con el Paraguay y su constitución de 1992.

Según ella, la norma jurídica de mayor jerarquía es la propia constitución, que consta de 291 artículos sin contar a las disposiciones transitorias. Es decir, esos 291 artículos son la cúspide de la pirámide de Kelsen paraguaya, el rango más alto dentro de todo el ordenamiento jurídico de Paraguay.

En otras palabras, esos 291 artículos de la constitución priman sobre cualquier otra disposición de otra norma legal de inferior jerarquía a ella (entre las cuales, se encuentran sin lugar a duda, los tratados internacionales). La tensión entre los países exportadores de capital (y por ende originarios de los inversionistas) y los países importadores de capital (host state en jerga anglosajona de arbitraje internacional) respecto al arbitraje de inversiones ha ido in crescendo, cuestionando la legitimidad misma del sistema de disputas entre Estados e inversionistas[15], principalmente en las ramas de los derechos humanos[16] y en el derecho ambiental[17].

Las interrogantes fundamentales que plantea este artículo son bastante simples y peligrosamente directas y upfront[18]. Las respuestas a estas preguntas también deberán ser simples, claras y directas.

La simplicidad de una respuesta revela la verdadera realidad, i.e., la verdad que conlleva dicha respuesta. Muchos confunden simplicidad con simplismo y con superficialidad. Pero no son lo mismo.

La simplicidad (lo simple), como enseña Angélica Sátiro:

[14] Alessandra Judge Greceanu, *Benser v. Secretary-General of the United Nations*, No. UNDT/NY/2014/060 (United Nations Dispute Tribunal March 8, 2016). Texto disponible únicamente en inglés. Traducción libre del autor.

[15] Susan D Franck, "The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions," *Fordham Law Review* 73, no. 4 (2005).

[16] Ver Ursula Kriebaum, "Human Rights and International Investment Arbitration," in *The Oxford Handbook of International Arbitration* (Oxford University Press, 2020), 150–85.

[17] Ver Crina Baltag, Riddhi Joshi, and Kabir Duggal, "Recent Trends in Investment Arbitration on the Right to Regulate, Environment, Health and Corporate Social Responsibility: Too Much or Too Little?," *ICSID Review* 38, no. 2 (2023): 381–421.

[18] Oxford Learner's Dictionary define a upfront como el hecho de "no intentar esconder lo que uno piensa o hace sobre algo", por lo que es sinónimo de "honesto" y de "franco". "Upfront Adjective - Definition, Pictures, Pronunciation and Usage Notes | Oxford Advanced Learner's Dictionary at OxfordLearnersDictionaries.Com," accessed July 5, 2025, <https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/us/definition/english/upfront?q=upfront>.

Representa la vida en su forma originaria, y dado que la vida es compleja, ser simple significa profundizar en esa complejidad. La simplicidad es lo contrario del narcisismo y la pretensión[19].

Tal vez sea cierto que existe mucha pretensión en el mundo del arbitraje internacional (el que, por cierto, está liderado por empresas multinacionales con fines de lucro cuyo único propósito es la percepción de sumas dinerarias traducidas en derechos a través de un sistema puramente privado de resolución de disputas). Pero el adjetivo de pretensioso no es una crítica negativa al sistema, ni mucho menos.

La cualidad pretensiosa del arbitraje internacional (y particularmente del arbitraje de inversiones) es lo que ha llevado a la evolución del derecho internacional en cuanto a la adjudicación pacífica de disputas. La cualidad pretensiosa del arbitraje se construyó sobre jurisprudencia constante en la cual personas privadas (los árbitros) pretendieron conocer in totum al derecho, incluyendo al derecho público, derecho constitucional, derecho ambiental y por supuesto derechos humanos, por citar “derechos” que no forman parte del ámbito del “derecho privado”.

Es dicha ambición pretensiosa la que ha permitido la evolución radical del sistema de arbitraje internacional desde la época posterior a la segunda guerra mundial.

Sin embargo, es esa misma ambición pretensiosa la que ha llevado a que el arbitraje internacional (en particular, del arbitraje de inversiones) sea duramente cuestionado en cuanto a su legitimidad.

Prueba de ellos son las minutas del Grupo de Trabajo III de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)[20], el cual estudia la viabilidad del establecimiento de un Tribunal multilateral permanente de inversiones[21] y numerosa doctrina que desafía las bases mismas del arbitraje de inversiones, sin olvidar los datos objetivos como la denuncia del convenio CIADI de parte de algunos Estados latinoamericanos.

La presente investigación es más puntual que las críticas doctrinales o denuncias objetivas de la comunidad internacional que pululan respecto del arbitraje de inversiones: este paper se enfoca en analizar la legitimidad del arbitraje de inversiones de los tratados bilaterales de inversión, según la Constitución paraguaya. Nada más y nada menos.

Primera pregunta

La primera pregunta planteada en la forma más simple y directa posible: ¿es constitucional el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral que no sea de derecho privado, a la luz del art. 248 de la Constitución paraguaya?

Para responder a esta pregunta de manera simple y directa, se transcribe a continuación el art. 248 de la Constitución paraguaya (las negritas pertenecen al autor):

ARTICULO 248 - DE LA INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL

*Queda garantizada la independencia del Poder Judicial. **Sólo éste puede conocer y decidir en actos de carácter contencioso.***

[20] El Grupo III se enfoca en la reforma del sistema de solución de controversias

[21] “Tribunal Multilateral Permanente de Inversiones | Comisión de Las Naciones Unidas Para El Derecho Mercantil Internacional,” accessed July 11, 2025, <https://uncitral.un.org/es/standing>.

En ningún caso los miembros de los otros poderes, ni otros funcionarios, podrán arrogarse atribuciones judiciales que no estén expresamente establecidas en esta Constitución, ni revivir procesos fenecidos, ni paralizar los existentes, ni intervenir de cualquier modo en los juicios. Actos de esta naturaleza conllevan nulidad insanable. Todo ello sin perjuicio de las decisiones arbitrales en el ámbito del derecho privado, con las modalidades que la ley determine para asegurar el derecho de defensa y las soluciones equitativas.

Los que atentasen contra la independencia del Poder Judicial y la de sus magistrados, quedarán inhabilitados para ejercer toda función pública por cinco años consecutivos, además de las penas que fije la ley (las negritas pertenecen al autor)

La respuesta simple y directa a la pregunta es un no; no es constitucional el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral que no sea de derecho privado, a la luz del art. 248 de la Constitución paraguaya.

Pero el citado art. 248 dice tantas cosas sobre este punto, que vale la pena analizarlo en detalle (se considera que nunca antes en la jurisprudencia judicial o administrativa del Paraguay se procedió con este análisis, lo cual lo vuelve justo y necesario).

- 1.El art. 248 va dirigido erga omnes. Protege al Poder Judicial, declarando su independencia y afirmando que sólo el Poder Judicial puede conocer y decidir en actos de carácter contencioso, es decir, en contiendas legales sobre el derecho o mejor derecho de una persona.
- 2.Esta exclusividad del Poder Judicial tiene solamente una excepción: el arbitraje en el ámbito del derecho privado. En sentido contrario, el arbitraje en el ámbito del derecho público no queda dentro de la excepción constitucional del art. 248.
- 3.El art. 248 establece sanciones a los que no cumplen con lo ordenado, sin supeditarse a los derechos provenientes de textos jurídicos de orden de prelación inferior, ya sean tratados internacionales o leyes ordinarias. Por supuesto, una gran excepción de esto es la protección de los derechos humanos, explícitamente contemplados en la Constitución. Obviamente, hay enorme diferencia entre derechos humanos y derechos económicos de personas privadas y esto debe ser tenido en cuenta (este punto será profundizado en el punto 11 y siguientes).
- 4.El último párrafo expresa como sanción que “los que atentasen contra la independencia del Poder Judicial y la de sus magistrados, quedarán inhabilitados para ejercer toda función pública por cinco años consecutivos, además de las penas que fije la ley”.
- 5.Esta consecuencia es una sanción constitucional, que en virtud al art. 137 de la misma Constitución, es superior a cualquier disposición de tratados internacionales aprobados y ratificados por el Estado paraguayo.
- 6.En otras palabras, la sanciones del art. 248 de la Constitución son de aplicación imperativa, independientes a lo que disponga cualquier tratado internacional aprobado o ratificado por el Estado paraguayo.
- 7.En consecuencia, cualquier persona (incluidos funcionarios públicos con mandato legal o constitucional de defender al Estado paraguayo en cuestiones extrajudiciales[22]), al recibir una demanda arbitral contra el Paraguay que no pertenece al derecho privado, deberá oponer las excepciones procesales correspondientes considerando el art. 248 de la Constitución, so pena de ser pasible de las sanciones constitucionales que impone el art. 248 de la Constitución paraguaya o bien recurrir a los mecanismos legales que le sean disponibles para proceder como ordena la Constitución.
- 8.El no hacerlo(no oponer las excepciones procesales pertinentes o recurrir a otros mecanismos legales) y contestar la demanda arbitral directamente, podría significar aceptar o admitir expresa o tácitamente la jurisdicción de un tribunal arbitral en una cuestión que no es 100% del ámbito del derecho privado, vulnerando la exclusividad del Poder Judicial que dicho art. 248 protege.

[22] Como la Abogacía del Tesoro del Ministerio de Economía y Finanzas cuya legitimación se encuentra en el art. 1 de la ley 109/1991 (notar que la ley fundacional del Ministerio de Economía y Finanzas, ley 7158/2023, en su art. 5 expresamente dispone que “además, tendrá las siguientes funciones, sin perjuicio de lo dispuesto en otras disposiciones legales...”) o como el Procurador General de la República, cuya legitimación se encuentra prevista en el art. 246 de la Constitución paraguaya.

9. Al art. 248 de la Constitución no le importa si la demanda al Estado paraguayo con base en el ámbito del derecho público es una “justa reclamación y procedente vía” o si no lo es.

10. Solamente impone sanciones a toda persona que vulnera esa exclusividad del Poder Judicial, sin necesidad de efectuar un balance entre derechos provenientes de tratados internacionales o de leyes ordinarias y derechos y garantías provenientes de la Constitución.

11. Aún en el caso de que dicho balance sea efectuado, la ponderación de derechos entre el derecho a la autoregulación, el derecho a cumplir con el Principio de Legalidad y el derecho económico de un inversor extranjero no cuenta con una estatura jurídica homogénea, pues, el art. 248 de la Constitución, por el simple hecho de formar parte explícita del texto de la Constitución, tiene primacía sobre los derechos contenidos en tratados internacionales, en virtud al propio art. 137 de la Constitución.

12. Una importante excepción a este balance es la protección de los derechos humanos, la cual no puede estar a la merced de lo que disponga la constitución de un país. La jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es un claro ejemplo. Sin embargo, la Corte Interamericana no es un órgano arbitral ni emite decisiones arbitrales; ella misma se reconoce como una institución judicial[23]. Por ende, las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al no pertenecer a la esfera del arbitraje lato sensu, no guardan relación alguna con las preguntas del presente artículo.

13. Otra excepción importante (pero no prevista de forma expresa) es el procedimiento arbitral previsto en la legislación del MERCOSUR para la resolución de disputas entre los Estados Miembro. No obstante, el Paraguay decidió formar parte integrante del MERCOSUR y construir una Entidad con personalidad jurídica propia de derecho internacional [24], lo cual daría el carácter de supranacionalidad [25] a todo el sistema de resolución de disputas del MERCOSUR, incluido su sistema arbitral.

14. Lo anterior no ocurre en los tratados bilaterales de inversión (TBI) entre Paraguay y otros Estados soberanos. En ellos, el Paraguay no forma una persona jurídica supranacional con otro Estado.

15. Por ende, el sistema de resolución de disputas de dicho TBI no cuenta con la supranacionalidad reconocida por la Constitución paraguaya y en consecuencia, viola la exclusividad del Poder Judicial impuesta en el art. 248 de la misma Constitución.

16. El razonamiento jurídico respecto de la supranacionalidad (i.e. que su consagración expresa por la Constitución torna a la persona jurídica nueva de derecho público con personería legal de derecho internacional y con un sistema de resolución de disputas que no forma ni debe formar parte de la jurisdicción constitucionalmente otorgada a los Poderes Judiciales de dichos Estados) ocurre también en otra comunidad regional de Estados que forman un mercado común, como lo es la Unión Europea.

17. A este respecto, enseña Santiago Muñoz Machado (en referencia al orden jurídico español y a la Unión Europea) que[26]:

Es la propia Constitución, en su condición de norma de normas, la que permite la apertura del derecho interno para que puedan tener aplicación sobre el mismo territorio otros sistemas normativos externos. El resorte jurídico determinante está en el artículo 93 de la Constitución.

El precepto autoriza la celebración de tratados que trasladen a instancias supranacionales competencias derivadas de la Constitución (las negritas pertenecen al autor)

[23] “Corte Interamericana de Derechos Humanos - ¿Qué Es La Corte IDH?,” Corte Interamericana de Derechos Humanos - ¿Qué es la Corte IDH?, accessed July 5, 2025, <http://www.corteidh.or.cr>.

[24] Ver art. 34 del Protocolo de Ouro Preto de 1994.

[25] El art. 145 de la Constitución paraguaya reconoce expresamente la supranacionalidad en los siguientes términos: “la República del Paraguay, en condiciones de igualdad con otros Estados, admite un orden jurídico supranacional que garantice la vigencia de los derechos humanos, de la paz, de la justicia, de la cooperación y del desarrollo, en lo político, económico, social y cultural. Dichas decisiones sólo podrán adoptarse por mayoría absoluta de cada Cámara del Congreso”.

[26] Santiago Muñoz Machado, “La Constitución como norma,” in Tratado de derecho administrativo y derecho público general (Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2015), 13.

Un poco de lógica constitucional: de la supremacía de la Constitución y las garantías constitucionales como medios de defensa de derechos de la Constitución

La teoría pura del derecho de Hans Kelsen y el principio de la supremacía de la constitución que fue la piedra angular de todo el sistema constitucional que se desarrolló en los Estados-Naciones, expresa que existe una norma fundamental (Grundnorm a decir de Kelsen) que es la norma de más alto rango y que legitima el orden jurídico por completo [27].

El célebre razonamiento del juez Marshall en el caso Marbury v. Madison (1803) sentó las bases del principio de supremacía de la Constitución:

No existe término medio. O la Constitución es una ley suprema, inmodificable por medios ordinarios o se sitúa en el nivel de las leyes ordinarias y, al igual que esas leyes, puede ser alterada cuando la legislatura desee hacerlo.

Si la primera opción de esta disyuntiva es cierta, entonces un acto legislativo contrario a la Constitución, no constituye derecho. Si es cierta la segunda opción, entonces las Constituciones escritas son proyectos absurdos, por parte del pueblo, para limitar un poder que, por su propia naturaleza, es ilimitable.

Ciertamente, todos los que han construido Constituciones escritas, las han contemplado como formando la ley suprema y fundamental de la Nación[28]

Este principio no solamente está arraigado en la tradición constitucionalista de todos los Estados latinoamericanos sino también está expresamente consagrado en el art. 137 de la Constitución paraguaya que se titula, literalmente, “De la supremacía de la Constitución”:

La ley suprema de la República es la Constitución.

Esta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado.

Quienquiera que intente cambiar dicho orden, al margen de los procedimientos previstos en esta Constitución, incurrirá en los delitos que se tipificarán y penarán en la ley.

Esta Constitución no perderá su vigencia si dejara de observarse por actos de fuerza o fuera derogada por cualquier otro medio distinto del que ella dispone.

Carecen de validez todas las disposiciones o actos de autoridad opuestos a lo establecido en esta Constitución

[27] Shambhavi Mishra, “Purity of Law by Kelsen and Its Practical Ramifications,” International Journal of Legal Science and Innovation 4, no. 1 (2022): 475-79.

[28] Rosario García Mahamut, “La Constitución Como Norma Suprema,” in Ponencias de Derecho Constitucional (Asunción: Corte Suprema de Justicia, Paraguay, 2001), 23,24.

Lo irónico, es que con base en el sistema monista de la Constitución paraguaya tal como lo enseña Perotti [29], en un sistema de TBIs vinculantes al Paraguay, los derechos previstos en dichos TBIs tendrían que ser “aprobados por ley del Congreso” en virtud al art. 141 de la Constitución.

Y en consecuencia, los mecanismos de defensa como la inconstitucionalidad o el amparo, podrían dirigirse contra tales derechos emanados de los TBIs en caso de conflictos con disposiciones constitucionales.

El art. 131 de la Constitución establece las garantías constitucionales de (i) la inconstitucionalidad, (ii) el hábeas corpus, (iii) el hábeas data y (iv) el amparo “para hacer efectivos los derechos consagrados en esta Constitución”.

Así las cosas, se desprenden 2 conclusiones:

1- Las garantías constitucionales solamente sirven para “hacer efectivos los derechos consagrados” de la propia Constitución.

a- Es decir, son medios de defensa ante pretendidas, inminentes o efectivas vulneraciones a los derechos consagrados en la Constitución.

2- Es una cuestión de lógica jurídica, nada más: si existen las garantías constitucionales en la Constitución paraguaya (que son en verdad, medios legales de defensa) es porque existe la posibilidad de que los derechos y el orden reconocido y establecido en la Constitución sea vulnerado y violado.

a. En otras palabras, si no había riesgo alguno de que los derechos u orden constitucionales sean vulnerados o si no había forma de que éstos sean ignorados, las garantías constitucionales no tendrían razón de existir.

b. Pero existen. Están expresamente reconocidas en el Capítulo XII de la Constitución paraguaya.

c. Y existen porque precisamente existe la posibilidad de vulneración, violación o incluso amenaza de violación de los derechos y orden establecidos en la propia Constitución.

Segunda pregunta

La segunda interrogante que deriva del artículo 248 de la Constitución es la siguiente: dado que la Constitución establece la competencia exclusiva del Poder Judicial en todos los asuntos de carácter contencioso salvo las decisiones arbitrales en el ámbito del derecho privado... ¿debe interpretarse que el arbitraje de inversiones [30] se encuadra en el ámbito de derecho público o de derecho privado?

Para ser claros y sin ánimos de resultar repetitivos: el art. 248 de la Constitución otorga competencia exclusiva al Poder Judicial en todos los asuntos de carácter contencioso con excepción de las decisiones arbitrales en el ámbito de derecho privado.

Esto significa que en caso de que haya decisiones arbitrales en el ámbito de derecho público dichas decisiones no se encuentran cubiertas en la excepción del propio art. 248, pues dicha excepción cubre únicamente a las decisiones arbitrales en el ámbito de derecho privado, y nada más.

Los otros ámbitos (derecho público, o incluso derechos humanos que por su carácter no son cuestiones arbitrales o cuya arbitrabilidad objetiva es discutida [31]) permanecen incluidos en la competencia exclusiva del Poder Judicial en virtud del art. 248.

[29] Alejandro Daniel Perotti, “HABILITACIÓN CONSTITUCIONAL PARA LA INTEGRACIÓN COMUNITARIA” (Universidad Austral, 2003), 309–21.

[30] Cuyo origen no es un contrato comercial ni tampoco la autonomía de la voluntad de los firmantes de ese contrato comercial, sino un tratado bilateral de inversión -TBI- celebrado entre el Estado Paraguayo y otro Estado soberano como Portugal, España o Francia, en su carácter de persona jurídica de derecho público con el objetivo de atraer inversiones

[31] Alejandro Daniel Perotti, “HABILITACIÓN CONSTITUCIONAL PARA LA INTEGRACIÓN COMUNITARIA” (Universidad Austral, 2003).

La respuesta simple y directa a la segunda pregunta es: no, las decisiones arbitrales de un arbitraje de inversiones no pertenecen al derecho privado; por el contrario, el arbitraje de inversiones posee elementos sustanciales de derecho público.

Pero se ruega que el lector no caiga en la siguiente confusión: el hecho de que la competencia de un tribunal arbitral para emitir decisiones en el marco de derecho público no está permitido por la Constitución paraguaya, pero esto no tiene nada que ver con la responsabilidad (o no) del Estado paraguayo por sus actos.

1. El presente análisis se lleva a cabo a la luz de disposiciones de la Constitución paraguaya. Lo que el presente artículo analiza en detalle es la constitucionalidad de las decisiones arbitrales de un arbitraje de inversiones. El presente artículo no analiza la responsabilidad internacional del Estado paraguayo ante tal o cual inversor; esa es una tarea jurisdiccional que no compete a la presente investigación. Lo que sí le importa a la presente investigación, es a quién debe corresponder esa tarea jurisdiccional según la Constitución.
2. Los funcionarios públicos están obligados a cumplir con los dictados de la Constitución y no hacerlo conlleva sanciones constitucionales que son aplicables en territorio paraguayo. Sin embargo, los tribunales arbitrales constituidos en virtud de un TBI no tienen la capacidad legal de ordenar instrucciones o sancionar a agentes públicos del gobierno paraguayo.
3. Para hacerlo breve: lo que distingue más nítidamente al “ámbito del derecho privado” y al “ámbito del derecho público” son los Principios Generales del Derecho que rigen en la conclusión de contratos en cada uno de estos ámbitos[32].
4. Por un lado, en el derecho privado rige el Principio de Permiso (también conocido como el Principio de Licitud) de los actos jurídicos del derecho privado por el cual “todo lo que no esté expresamente prohibido, está permitido”[33].
5. Por otro lado, y totalmente a la inversa, en el derecho público (y en particular al derecho administrativo en lo que respecta a los actos de la Administración) rige el Principio de Legalidad por el cual “todo lo que no esté expresamente prohibido, está prohibido”.
6. Al respecto Villagra Maffiolo expresa que:

El agente estatal se encuentra en posición radicalmente diferente a la de las personas del derecho privado para las que rige la regla “está permitido todo lo que no está prohibido”. En cambio, la autoridad no puede limitarse a examinar si el acto no le está prohibido, sino que debe asegurarse de que el mismo esté positivamente autorizado [34]

7. Así las cosas, se observa como el art. 248 de la Constitución expresamente prohíbe toda jurisdicción de tribunales arbitrales que no sea en el ámbito de derecho privado.
8. Y se observa, asimismo, como los agentes y funcionarios públicos, en virtud del principio de legalidad (consagrado en los arts. 137[35] y 257 de la Constitución[36]) tienen la obligación de cumplir con el mandato constitucional inserto en el art. 248, so pena de mal desempeño de sus funciones, además de las sanciones constitucionales correspondientes y otras penas que fije la ley [37].
9. El arbitraje de inversiones basado en tratados bilaterales de inversión no es “del ámbito del derecho privado” por dos motivos principales (e innegables):

[32] Pedro Lacasa, Arbitraje internacional y los contratos de distribución comercial en general (Buenos Aires: IJ Editores, 2022), 165.

[33] Victoria Iturralde Sesma, “Consideración crítica del principio de permiso según el cual ‘lo no prohibido está permitido,’” Anuario de filosofía del derecho, no. 15 (1998): 187–214.

[34] Salvador Villagra Maffiolo, Principios de Derecho Administrativo, 4ta edición (Asunción: Servilibro, 2011).

[35] Se ha sostenido que el art. 137 introdujo el principio de legalidad y el principio de la Supremía Constitucional que rigen al Paraguay en tanto que Estado de derecho y que establece las distintas funciones del poder y la jerarquía de las leyes. Ver “X. Santo Domingo (República Dominicana), 2014,” accessed July 13, 2025, <https://www.cijc.org/es/conferencias/2014-SantoDomingo/Paginas/default.aspx>.

[36] El art. 257 arranca diciendo “Los órganos del Estado se subordinan a los dictados de la ley...”.

[37] Frase exacta de como termina el último párrafo del art. 248 de la Constitución paraguaya.

a. Primero, la jurisdicción de los árbitros: es preciso encontrar el origen de esta jurisdicción. ¿La misma fue el resultado de la conclusión de un contrato en el cual un Estado[38] actuó en su calidad de persona jurídica dentro del ámbito privado o dicha jurisdicción se estableció en la celebración de un instrumento internacional (tratado bilateral de inversión) entre dos Estados soberanos diferentes que actuaron conforme a su legislación de derecho público?

b. Segundo, el fondo de las disputas que son llevadas ante los árbitros en virtud de un TBI: las materias discutidas no son meras cuestiones de derecho privado o cuestiones que atañen a un Estado[39] en su actuar de derecho privado, sino que atañen a la responsabilidad internacional de un Estado frente a las obligaciones insertas en un TBI, es decir, los debates litigiosos no se limitan a actos únicamente de derecho privado. Lo que es peor: atañen a los actos que ha adoptado u omitido un Estado en su carácter de persona jurídica de derecho público (como lo son la capacidad regulatoria del Estado, el pacta sunt servanda versus el principio de legalidad, etc.).

10. Así las cosas, se deduce que el Estado paraguayo tiene el derecho constitucional[40] de ser juzgado y por tribunales arbitrales únicamente en cuestiones que atañen al derecho privado.

11. En sentido contrario, está prohibido por la Constitución que el Estado paraguayo sea juzgado por tribunales arbitrales en cuestiones que atañen materias más allá del derecho privado, con excepción de la supranacionalidad reconocida expresamente en la propia Constitución.

12. Esta prohibición de juzgamiento por tribunales arbitrales en cuestiones que no sean exclusivamente del ámbito del derecho privado, incluyen a fortiori y necesariamente, a la ejecución forzosa de todo laudo arbitral que haya sido pronunciado sobre materias que exceden al derecho privado.

13. La violación o desobediencia al mandato inserto en el art. 248 conlleva la sanción constitucional de inhabilitación para el ejercicio de toda función pública por 5 años consecutivos además de las otras penas contempladas en la legislación doméstica.

14. Como bien se ilustra en autorizada doctrina paraguaya de derecho público:

La Constitución no es exclusivamente un conjunto sistemático de normas que establece la organización de los poderes del Estado y su funcionamiento, sino fundamentalmente es una ley que también reconoce derechos y consagra garantías.

... Sin embargo, la sola proclamación de los derechos carece de eficacia sin un arbitrio legal que asegure el cumplimiento de esos derechos declarados, por lo que fueron creándose ciertos medios de defensa...

15. Coincidentemente, los medios defensa para la protección de los derechos constitucionales pertenecen todos a la esfera jurisdiccional del Poder Judicial, sustrayéndose expresamente del Poder Ejecutivo, quien en un primer momento es quien negocia y concluye los TBI con un Estado extranjero.

16. También se hayan sustraídos del Poder Legislativo, con el fin de que las coyunturas momentáneas, bajo el argumento de representatividad, logren modificar o suprimir normas insertas en la Constitución mediante la sanción de leyes ordinarias (los tratados internacionales son aprobados por el Congreso vía el mecanismo de sanción de leyes ordinarias).

17. Existen además de los dos puntos principales citados en el apartado 9 supra, numerosos motivos expuestos por la doctrina internacional que cuestionan la legitimidad del arbitraje de inversiones fundados en tratados bilaterales de inversión los cuales fundamentan que este tipo de arbitraje internacional posee (a veces únicamente) suficientes elementos de derecho público como para pertenecer a la esfera del derecho privado[41]. En realidad, muchos sostienen, es un arbitraje internacional que se desarrolla en la esfera del derecho público.

[38] En este ejemplo, el Estado paraguayo.

[39] En este ejemplo, el Estado paraguayo.

[40] Derecho consagrado en el art. 248 de la Constitución, en sentido contrario de las disposiciones de los TBI celebrados por el Estado paraguayo con otros Estados extranjeros, que de por sí son inferiores jerárquicamente a la Constitución en virtud al art. 137.

[41] Ver la detallada exposición de Gus Van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law* (Oxford: Oxford University Press, 2007).

Conclusiones

La primera conclusión de esta investigación es que el art. 248 de la Constitución establece una jurisdicción exclusiva del Poder Judicial, al mismo tiempo que establece una excepción para el arbitraje siempre que sea en el ámbito del derecho privado (independientemente que existan 2 interpretaciones distintas sobre este punto, i.e. (i) las decisiones arbitrales nada más, deben circunscribirse al derecho privado[42] o que (ii) la jurisdicción misma del árbitro debe circunscribirse al derecho privado[43], la conclusión es la misma: a última ratio, decisiones arbitrales del arbitraje de inversiones basado en un TBI pertenecen al derecho público) lo cierto y concreto es que las decisiones arbitrales del arbitraje de inversiones basado en un TBI pertenecen al derecho público.

La segunda conclusión tiene que ver con el mecanismo de resolución de disputas del arbitraje de inversiones basado en un TBI vinculante al Paraguay: la pregunta ¿debe interpretarse que el arbitraje de inversiones[44] se encuadra en el ámbito de derecho público o de derecho privado? Está mal planteada.

La pregunta debería ser ¿por qué motivos se considera que el arbitraje de inversiones pertenece al derecho público? Y su respuesta, está detallada en la presente investigación.

La tercera conclusión alude a las garantías constitucionales. Independientemente del debate derecho público vs. derecho privado, dichas garantías proceden contra toda amenaza inminente o vulneración del orden constitucional establecido.

La cuarta conclusión hace referencia a las sanciones: la no obediencia del mandato constitucional de parte de algún funcionario público u otra persona conlleva las consecuencias previstas en la Constitución y las leyes.

[42]Esta interpretación no analiza la naturaleza ni origen del poder de los árbitros, sino que solamente analiza la naturaleza de los reclamos del fondo sometidos a arbitraje.

[43]Esta segunda interpretación analiza la naturaleza del arbitraje en cuestión, es decir, el origen contractual (derecho privado) o legal (derecho público) del poder de los árbitros.

[44] Cuyo origen no es un contrato comercial ni tampoco la autonomía de la voluntad de los firmantes de ese contrato comercial, sino un tratado bilateral de inversión -TBI- celebrado entre el Estado Paraguayo y otro Estado soberano como Portugal, España o Francia, en su carácter de persona jurídica de derecho público con el objetivo de atraer inversiones

Bibliografía

- Audit, Mathias, Sylvain Bollé, and Pierre Callé. *Droit du commerce international et des investissements étrangers*. París: Lextenso, 2014.
- Baltag, Crina, Riddhi Joshi, and Kabir Duggal. "Recent Trends in Investment Arbitration on the Right to Regulate, Environment, Health and Corporate Social Responsibility: Too Much or Too Little?" *ICSID Review* 38, no. 2 (2023): 381–421.
- Bergman, M. Annemiek, Aart H. Schene, Constance Th.W.M. Vissers, Janna N. Vrijsen, Cornelis C. Kan, and Iris Van Oostrom. "Systematic Review of Cognitive Biases in Autism Spectrum Disorders: A Neuropsychological Framework towards an Understanding of the High Prevalence of Co-Occurring Depression." *Research in Autism Spectrum Disorders* 69 (January 2020): 101455. <https://doi.org/10.1016/j.rasd.2019.101455>.
- Combacau, Jean, and Serge Sur. *Droit international public*. 13th ed. París: Lextenso, 2019.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos - ¿Qué es la Corte IDH? "Corte Interamericana de Derechos Humanos - ¿Qué Es La Corte IDH?" Accessed July 5, 2025. <http://www.corteidh.or.cr>.
- Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 2 mai 1966, Publié au bulletin. Accessed July 11, 2025.
- Fernández Masía, Enrique. *Arbitraje En Inversiones Extranjeras: El Procedimiento Arbitral En El CIADI*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003.
- Franck, Susan D. "The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions." *Fordham Law Review* 73, no. 4 (2005).
- Galindo, Álvaro. "El consentimiento en el Arbitraje Internacional en Materia de Inversiones." *Iuris Dictio* 7, no. 11 (agosto 2016).
- García Mahamut, Rosario. "La Constitución Como Norma Suprema." In *Ponencias de Derecho Constitucional*. Asunción: Corte Suprema de Justicia, Paraguay, 2001.
- "Investment Treaty Arbitration | International Arbitration | Signature Litigation," November 26, 2021. <https://www.signaturelitigation.com/investment-treaty-arbitration/>.
- Iturralde Sesma, Victoria. "Consideración crítica del principio de permisión según el cual 'lo no prohibido está permitido.'" *Anuario de filosofía del derecho*, no. 15 (1998): 187–214.
- Judge Greceanu, Alessandra. *Benser v. Secretary-General of the United Nations*, No. UNDT/NY/2014/060 (United Nations Dispute Tribunal March 8, 2016).
- Kriebaum, Ursula. "Human Rights and International Investment Arbitration." In *The Oxford Handbook of International Arbitration*, 150–85. Oxford University Press, 2020.
- Lacasa, Pedro. *Arbitraje internacional y los contratos de distribución comercial en general*. Buenos Aires: IJ Editores, 2022.
- Le Bars, Benoit. *Arbitrage Commercial International. Les grands arrêts du droit français*. París: Lexis Nexis, 2016.
- Mishra, Shambhavi. "Purity of Law by Kelsen and Its Practical Ramifications." *International Journal of Legal Science and Innovation* 4, no. 1 (2022): 475–79.
- Muñoz Machado, Santiago. "La Constitución como norma." In *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2015.
- Pérez Pacheco, Yaritza. "Oferta Estatal de Consentimiento En El Procedimiento Arbitral CIADI." *Revista Ciencias Sociales y Educación* 2, no. 3 (2013).
- Perotti, Alejandro Daniel. "HABILITACIÓN CONSTITUCIONAL PARA LA INTEGRACIÓN COMUNITARIA." *Universidad Austral*, 2003.
- "Revista Crearmundos - Creatividad - Ética - Educación - Filosofía - Cuestiones de Género - Artículos Teóricos - Crónicas - Arte - Reportajes." Accessed July 5, 2025. <https://www.crearmundos.net/primeros/revista-crearmundos-2005/satiro-angelica.htm#>.
- Ríos Carrillo, Piero. "¿Existe un lugar para el arbitraje dentro del sistema de reparaciones practicado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos?" *Derecho PUCP*, no. 84 (2020): 69–97. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.202001.003>.
- "Tribunal Multilateral Permanente de Inversiones | Comisión de Las Naciones Unidas Para El Derecho Mercantil Internacional." Accessed July 11, 2025. <https://uncitral.un.org/es/standing>.

- “Upfront Adjective - Definition, Pictures, Pronunciation and Usage Notes | Oxford Advanced Learner’s Dictionary at OxfordLearnersDictionaries.Com.” Accessed July 5, 2025. <https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/us/definition/english/upfront?q=upfront>.
- Van Harten, Gus. Investment Treaty Arbitration and Public Law. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- Villagra Maffiodo, Salvador. Principios de Derecho Administrativo. 4ta edición. Asunción: Servilibro, 2011.
- “X. Santo Domingo (República Dominicana), 2014.” Accessed July 13, 2025. <https://www.cijc.org/es/conferencias/2014-SantoDomingo/Paginas/default.aspx>.

Estándares probatorios y carga de la prueba en el arbitraje de inversiones: riesgos de error y legitimidad de la actividad decisoria

Lucas Villagrán Gajardo[1]
lucas.villagran@derecho.uchile.cl

Resumen- Este artículo analiza la carga de la prueba y el estándar probatorio en el contexto de los arbitrajes internacionales de inversión. Esto es vinculado con la necesidad especial de legitimación que tienen las decisiones de los árbitros en este contexto. Como es defendido, estos conceptos son trascendentales para una adecuada fundamentación de los laudos y resulta un imperativo global de legitimidad para este mecanismo de resolución de conflictos.

Palabras Clave: Arbitraje de inversiones – Carga de la prueba – Estándar probatorio – Actividad decisoria – Tratados de Inversión

Abstract: This article analyzes the burden of proof and the standard of proof in the context of international investment arbitration. This is linked to the special need for standing that arbitrators' decisions have in this context. As argued, these concepts are transcendental for the proper substantiation of awards and are a global imperative of legitimacy for this dispute resolution mechanism.

Keywords: Investment Arbitration – Burden of Proof – Standard of Proof – Decision Making – Investment Treaties

Introducción al problema

El arbitraje internacional de inversiones es una modalidad particular de arbitraje que opone a inversionistas extranjeros por una parte, y a Estados receptores por otro, y cuyo objeto es resolver disputas sobre eventuales vulneraciones a una inversión por el Estado y sus agencias. Así, las controversias que se ven envueltas en este tipo de mecanismo tienen una fisonomía particular, que entremezcla intereses privados, pero cuyo objeto es de naturaleza pública. Es decir, si bien el recurso al arbitraje se encuentra a disposición de inversionistas extranjeros por la vulneración de sus derechos (usualmente contenidos en Tratados Internacionales o contratos), el objeto de este tipo de controversias involucra dimensiones de interés público en el Estado receptor: el cuidado al medio ambiente, el cumplimiento del régimen tributario, la provisión de bienes públicos, entre otros. Esto ha llevado a que la aproximación común al arbitraje de inversión sea la de caracterizarlo como un mecanismo de naturaleza “híbrida” [2], caracterización acuñada originalmente por el profesor Zachary Douglas [3].

Esta naturaleza mixta hace que la regulación del arbitraje de inversiones como mecanismo de adjudicación, tanto en lo jurisdiccional, en lo procedimental y en lo sustantivo, tenga fuentes diversas, en especial en el caso en que los arbitrajes tienen su fundamento en Tratados Bilaterales de Inversión[4] (TBI). Dado que se trata de tribunales internacionales con un rol público, el Derecho Internacional Público constituye a grandes rasgos el ordenamiento principalmente aplicable para resolver las controversias [5]. Sin embargo, la dimensión privada de estas disputas otorga relevancia, por un lado, a las disposiciones contenidas en el instrumento particular

[1] Chileno, Correo: lucas.villagran@derecho.uchile.cl

[2] Catherine Titi, “Investment Treaty Arbitration Caught in The Public-Private Law Divide”, *Michigan Journal of International Law* 45 (2024), 469.

[3] Zachary Douglas, “The hybrid foundations of investment treaty arbitration”, en *The British Yearbook of International Law*, eds. James Crawford y Vaughan Lowe (Oxford: Oxford University Press, 2003), 152.

[4] Véase Christoph Schreuer, “Jurisdiction and Applicable Law in Investment Treaty Arbitration”, *McGill Journal of Dispute Resolution* 1 (2014), 1-25; Chester Brown, “Procedure in Investment Treaty Arbitration and the Relevance of Comparative Public Law”, en *International Investment Law and Comparative Public Law – an Introduction*, ed. Stephan W. Schill (Oxford: Oxford University Press, 2010), 659-688.

[5] Eric de Brabandere, *Investment Treaty Arbitration as Public International Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2014), 122.

aplicable (las cuales podrían contrariar las reglas consuetudinarias del Derecho Internacional), y, por otro lado, a las normas internas de derecho doméstico del Estado involucrado en la controversia. Así, existe una pluralidad fuentes regulatorias que tienen mayor o menor relevancia dependiendo del aspecto que se trate.

En este contexto, el estudio del proceso en este tipo de disputas resulta particularmente singular. La conducción adecuada del procedimiento por parte del tribunal resulta fundamental tanto en términos prácticos (para llegar a una solución pronta, eficiente y adecuada) como teóricos (para dar legitimidad a la decisión final), cobrando en este punto relevancia el rol del árbitro y el reglamento arbitral designado por las partes [6]. Sin embargo, a pesar de su relevancia, pareciera ser que los tribunales arbitrales se tienden a desenvolver intuitivamente más que dogmáticamente en cuanto a lo que el procedimiento refiere. Esto ha producido críticas al sistema en cuanto a la vaguedad y diversidad de interpretaciones de los tribunales arbitrales de los principios del derecho internacional de inversiones, lo cual inexorablemente incrementa la sensación de incertidumbre e impredecibilidad [7].

Dicho lo anterior, un elemento esencial dentro de cualquier procedimiento judicial es la prueba; es decir, aquella actividad procesal tendiente a dar certeza al juzgador respecto de los datos aportados por las partes, que en unos casos derivará del convencimiento razonado del mismo juez, y en otros casos de las normas legales que fijarán los hechos [8]. La prueba es, evidentemente, trascendental dentro del juicio, dado que permite al juzgado ponderar y tomar una decisión racional con sustento en la evidencia conocible. La pregunta que surge aquí, entonces, es ¿Cómo interactúa el concepto de prueba y su importancia, con la dispersión regulatoria en las distintas dimensiones del arbitraje de inversiones?

En este trabajo se pretenderá dar respuesta a aquella pregunta, abordando dos conceptos particulares del derecho probatorio en el contexto de los arbitrajes de inversión: la carga de la prueba y el estándar probatorio. Fundamentalmente, la pregunta esencial que se busca responder es ¿existe una racionalidad común detrás de como los tribunales asignan la carga de la prueba y exigen un determinado estándar de prueba? La respuesta a esta pregunta, deseablemente, permitirá observar consecuentemente las limitaciones que tienen estos conceptos al momento de ser aplicados por los árbitros, lo cual permitirá divisar eventuales riesgos de error en que podrían incurrir en caso de no tener un entendimiento cabal de estos conceptos.

A lo anterior, debe añadirse que la conclusión del punto anterior también tendrá relevancia en cuanto a lo que legitimidad de este mecanismo de resolución de conflictos refiere. En caso de determinarse que no existe racionalidad común, la conclusión será la existencia de arbitrariedad, siendo así imposible argumentar que exista Estado de Derecho ni certeza jurídica en el derecho internacional de inversiones. Si ello resultara ser así, no sería razonable confiar en el arbitraje de inversiones como mecanismo de resolución de conflictos.

La prueba en el Arbitraje Internacional de Inversiones

Las cuestiones probatorias en el arbitraje inversor-Estado resultan de particular interés, en términos que la presencia de un Estado soberano en la disputa implica necesariamente la aplicación del Derecho Internacional Público [9]. Esto conlleva a que, necesariamente, las normas que primero deben observarse al momento de analizar la prueba sean las fuentes propias del Derecho Internacional establecidas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) y los principios establecidos por la CIJ en su jurisprudencia [10].

[6]Stephan Schill, "Crafting The International Economic Order: The Public Function of Investment Treaty Arbitration and Its Significance for the Rol of the Arbitrator", *Leiden Journal of International Law*, 23 (2010), 401 y siguientes.

[7]Schill, *Crafting The International Economic Order*, 403.

[8] Juan Montero Aroca, *La prueba en el proceso civil* (Navarra: Editorial Civitas, 1996), 31.

[9]Kabir Duggal, *Principles of Evidence in Public International Law as Applied by Investor-State* (Leiden: Brill Publishers, 2019), 2.

[10] Duggal, *Principles of Evidence in Public International Law*, 2.

En este sentido, los tratados internacionales no suelen contener disposiciones sobre cuestiones procedimentales específicas relacionadas con la evidencia [11], por lo que ellos no suelen constituir fuente en esta materia. Por otro lado, la costumbre como fuente principal del Derecho Internacional (derivada del artículo 38 letra b) del estatuto CIJ) ha sido asociada tradicionalmente a la imposición de obligaciones sustantivas a los Estados [12]. Ello ha llevado a que, al momento de buscar resolver problemas procesales relacionados a la prueba, rara vez se haga referencia a la costumbre [13].

En cuanto a los principios generales de Derecho (artículo 38 letra c)), lo que ha sido notado es que en materia probatoria ellos difícilmente pueden ser observados como estrictos mínimos comunes de todas las naciones. En cambio, debiera observarse el sentido común que fluye del contenido de las reglas domésticas [14]. En términos prácticos, ello ha implicado que los tribunales internacionales sean muchas veces conscientes de que no están aplicando un principio general de derecho relativo a cuestiones procedimentales, sino que están aplicando una institución que emana del sentido común compartido por las reglas probatorias de los derechos domésticos [15].

Lo anterior resulta relevante por dos razones. Primero, los ordenamientos jurídicos domésticos intrínsecamente ligados a una disputa de inversiones tendrán un rol trascendental al momento de orientar a un tribunal para identificar aquel “sentido común” y adoptar una decisión relacionada con materias probatorias. Es decir, serán las instituciones probatorias de aquel o aquellos ordenamientos jurídicos relacionados con la controversia las que servirán como prisma para identificar aquel sentido común en cuanto a lo que derecho probatorio refiere [16].

Segundo, al tener que identificar el sentido común detrás de las reglas domésticas, ello inevitablemente conllevará al estudio comparado de las instituciones relacionadas con el derecho probatorio, de forma de poder identificar cual es la racionalidad común que trasciende a las instituciones nacionales particulares de cada jurisdicción. Esto último resulta especialmente importante en el arbitraje de inversiones, en el cual el estudio del derecho comparado y su metodología suelen ser ocupados por los árbitros como herramienta interpretativa [17].

Establecido lo anterior, conviene entrar brevemente en los conceptos de carga de la prueba y estándar probatorio, para luego observar su aplicación por los tribunales arbitrales.

Los conceptos de carga de la prueba y estándar probatorio

La noción de carga de la prueba determina qué parte es responsable de probar una determinada afirmación hecha al interior de un proceso judicial [18]. El concepto involucra esencialmente dos reglas: una regla de juicio, que indica al adjudicador como decidir en casos de insuficiencia probatoria, evitando el *non liquet* y mostrando que parte debe soportar las consecuencias de la falta de prueba; y una regla de conducta, que impone a una de las partes la consecuencia negativa de una sentencia desfavorable cuando aquella no es exitosa en levantar la carga [19]. De esta forma, el concepto de carga de la prueba implica tanto una regla de decisión como de distribución de riesgos en el proceso.

[11] Audley Sheppard, “The Approach of Investment Treaty Tribunals to Evidentiary Privileges”, ICSID Reviews, 31 (2016), 671.

[12] Brown, Procedure in Investment Treaty Arbitration, 664.

[13] Chittharanjan Amerasinghe, Evidence in International Litigation (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2005), 26.

[14] Amerasinghe, Evidence in International Litigation, 28.

[15] Amerasinghe, Evidence in International Litigation, 28.

[16] Esto implicará que, por ejemplo, si el Estado involucrado en la controversia de inversiones pertenece a la tradición del Civil Law, la óptica con la que abordará el tribunal el tema probatorio será probablemente distinta a si el Estado involucrado es perteneciente a la tradición del Common Law.

[17] Valentina Vadi, “Critical Comparisons: The Role of Comparative Law in Investment Treaty Arbitration”, Denver Journal of International Law and Policy, 39 (2010), 99.

[18] Desyillas Andreas, “Burden of Proof”, Jus Mundi, <https://jusmundi.com/en/document/publication/en-burden-of-proof> (consultada el 27 de mayo de 2024).

[19] Diego Palomo, “Las Cargas Probatorias Dinámicas: ¿Es indispensable darse toda esta vuelta?”, Ius et Praxis, 19 (2013), 452-453.

A su vez, esta institución se vincula con el principio fundamental de un juicio justo e imparcial, encapsulado en la máxima *onus probandi actori incumbit* [20]. Este principio refleja el entendimiento de la carga de la prueba bajo el cual incumbe a la parte que hace una aserción probarla, y el cual es comúnmente reconocido y aplicado por los tribunales internacionales [21]. La dinámica que provee la carga de la prueba se asimila a la de un paletazo de tenis de mesa [22]: al actor incumbe probar los hechos que fundan su pretensión, la carga se traslada, a la contraparte le corresponde equiparar aquella carga, la carga de la prueba vuelve, y así sucesivamente.

Por otro lado, el estándar probatorio indica el nivel de persuasión esperado por la prueba para dar por acreditado un caso [23] y para que una alegación particular sea tenida como verdadera [24]. Así, existe un vínculo intrínseco con la carga de la prueba: el estándar de prueba concierne al nivel de convicción que un adjudicador debe alcanzar para dar por satisfecha la carga de la prueba y que debe establecer una parte para acreditar los hechos que fundan sus pretensiones [25]. Si la parte que soporta la carga de la prueba no puede satisfacer el estándar de prueba, la alegación debe ser desestimada por falta de prueba [26]. Sin embargo, a diferencia de la carga de la prueba, el estándar probatorio es relativo y depende del asunto particular que se pretende probar ante el tribunal [27]. Por ello han sido reconocidos distintos estándares probatorios, cuya aplicación depende de la naturaleza de la controversia y sus posibles implicancias jurídicas.

Dicho lo anterior, la pregunta que surge en el marco de los arbitrajes de inversión es ¿existe certeza sobre estos conceptos por parte de los tribunales arbitrales? Y consecuentemente, ¿Cuáles son los riesgos de error en que podrían incurrir los árbitros en caso de no tener un entendimiento cabal de estos conceptos?

La carga probatoria en el arbitraje de inversiones

En la práctica del Derecho Internacional Público, el principio asentado es que la carga de la prueba reza sobre aquel que afirma una determinada proposición [28]. Dado que los tribunales arbitrales en materia de protección de inversiones se encuentran insertos en el Derecho Internacional Público, es necesario saber si estas afirmaciones son seguidas en este contexto.

En este sentido, históricamente han existido pocas normas sobre carga probatoria en los reglamentos arbitrales relevantes [29]. El reglamento del CIADI no tenía disposición alguna en este sentido, y el año 2022 fue incorporada la siguiente disposición en su artículo 36 (2):(2) *Cada parte tendrá la carga de la prueba de los hechos en los que fundamenta su reclamación o defensa*. Por otro lado, el Reglamento de Arbitraje UNCITRAL contiene una disposición similar a la del reglamento CIADI en su artículo 27.1: *Cada parte deberá asumir la carga de la prueba de los hechos en que se base para fundar sus acciones o defensas*.

[20] Aristidis Tsatsos, "Burden of Proof in Investment Treaty Arbitration: Shifting", *Humboldt Forum Recht*, 6 (2009), 91-92.

[21] Tsatsos, *Burden of Evidence in Public International Law*, 92.

[22] Duggal, *Principles of Evidence in Public International Law*, 110.

[23] Metincan Kaban, "Application of The Burden and Standard of Proof in Corruption Allegations Under ICSID Arbitration", *Istanbul University Press*, 42 (2022), 3.

[24] *The Rompetrol Group NV v. Romania*, ICSID Case No. ARB/06/3, Laudo, 6 de mayo de 2013, ¶1178.

[25] Vasudev Subhiksh, "Standard of proof", *Jus Mundi* <https://jusmundi.com/en/document/publication/en-standard-of-proof> (consultada el 27 de mayo de 2024).

[26] Mladen Stojilkovic y Daniele Favalli, "Burden and Standard of Proof in Investment Arbitration", en *Investment Treaty Arbitration Review*, ed. Barton Legum (London: The Law Reviews, 2020), 133.

[27] Stojilkovic y Favalli, *Burden and Standard of Proof*, 133.

[28] Amerasinghe, *Evidence in International Litigation*, 64. Bin Cheng fue el primero que remarcó esto, en su clásico tratado sobre los principios generales del Derecho aplicados por los tribunales internacionales. Bin Cheng, *General Principles of Law as applied by International Courts and Tribunals* (Cambridge: Cambridge University Press, 1953), 302.

[29] Duggal, *Principles of Evidence in Public International Law*, 1; Desyllas Andreas, *Burden of Proof*; Vasudev Subhiksh, *Standard of Proof*.

Por otro lado, el reglamento de la ICC (Cámara de Comercio Internacional) del año 2021 guarda silencio en cuanto a materias probatorias. El artículo 31 del Reglamento de la Cámara de Comercio de Estocolmo del año 2023, que ha sido una de las más relevantes administrando estos procedimientos, simplemente se limita a dejar a la discreción de los tribunales arbitrales la admisibilidad y el peso de la evidencia presentada. Las Reglas de la IBA en materia probatoria del año 2020 no contienen norma alguna sobre carga probatoria, estándar de prueba, presunciones o inferencias. Lo mismo sucede con Estatutos de Cortes Internacionales que podrían tomarse como referencia: Corte Internacional de Justicia, la antigua Corte Permanente y la OMC. Siendo un tópico trascendental y existiendo relativamente poca guía en la normativa relevante, es claro el eventual riesgo de error en que podría incurrirse. El profesor Schreuer indica en el marco de los arbitrajes CIADI las consecuencias que podrían derivarse: “*La práctica y valoración de la prueba es un aspecto crucial de un procedimiento judicial justo e imparcial. La inobservancia de las normas pertinentes, contenidas en el Reglamento de Arbitraje, pero también en los principios generales del Derecho, puede exponer un laudo a la anulación por haberse apartado gravemente de una norma fundamental de procedimiento, de conformidad con el Art. 52(1)(d) del Convenio [30]*” (traducción libre).

Establecido lo anterior, conviene observar los pronunciamientos jurisprudenciales que existen en esta materia. Uno de los primeros precedentes relevantes que existe en este sentido es *Tradex v. Albania*, en el cual el tribunal afirmó que la regla *onus probandi actoris incumbit* era un “principio del proceso internacional” [31]. En *Rumania v. Rompetrol*, el tribunal también determinó que podría “tranquilamente descansar, en lo que a carga de la prueba refiere, en el ampliamente aceptado principio internacional de que una parte en la litigación soporta la carga de probar los hechos en que se sostiene su pretensión o defensa”[32](traducción libre). La práctica parece mostrar una aplicación uniforme de este principio, incluso cuando no ha sido explicitado [33].

Relacionado con ello, han existido tribunales que también han hecho aplicación de este principio en supuestos de insuficiencia probatoria definitiva y como una regla de decisión, siguiendo la terminología antes expuesta. En *Plasma Consortium Ltd. v. Republic of Bulgaria* el tribunal determinó que, debido a la evidencia contradictoria aportada por las partes, el tribunal no podía formarse una visión clara de los hechos, no pudiendo decidir en favor de la parte demandante [34].

Por otro lado, la doctrina se ha preguntado por las hipótesis en que podría invertirse la carga de la prueba[1]. En este punto, el principio más aceptado es el indicado anteriormente: cuando la parte sobre la que reza la carga inicialmente ha producido suficiente prueba, la carga de producir evidencia se invierte [36-37].

[30] Christoph Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary* (Cambridge: Cambridge University Press, 2009), 642.

[31] *Tradex Hellas S.A. v. Albania*, ICSID Case No. ARB/94/2, Laudo, 29 de Abril de 1999, ¶173-75.

[32] *The Rompetrol Group NV v. Romania*, ICSID Case No. ARB/06/3, Laudo, 6 de Mayo de 2013, ¶179: “The wording of these provisions confirms what can be considered as a general principle of international procedure”.

[33] Véase *Generation Ukraine, Inc. v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/00/9, Laudo, 16 de Septiembre de 2003, ¶19.4: “The Claimant thus embarks on its quest to discharge its burden of proof well and truly on the back foot and must make up significant ground before the factual reality of its investment can be accepted by this Tribunal. In these circumstances, one would expect that the Claimant would have done everything in its power to furnish the Tribunal with other forms of evidence to corroborate its statements on the nature and quantum of its expenditure in Ukraine. It transpired that the Claimant both comprehensively and conclusively failed to meet this expectation, and thus by the close of these proceedings was actually further from discharging its evidential burden than at the starting point”. *SolEs Badajoz GmbH v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/15/38, Laudo, 31 de Julio de 2019, ¶1335: “Each Party bears the burden of proving that the facts that it alleges”. *Glencore International A.G. and C.I. Prodeco S.A. v. Republic of Colombia*, ICSID Case No. ARB/16/6, Laudo, 16 de Marzo de 2016, ¶668: “In international law, the general principle is *actori incumbit probatio*: the party who alleges a certain fact has the burden of proving it”.

[34] *Plasma Consortium Ltd. v. Republic of Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24, Laudo, 27 de Agosto de 2008, ¶1249: “Given this conflicting evidence, the Arbitral Tribunal is unable to form any firm view as to what really transpired. The burden of proof being on Claimant, the Tribunal cannot, therefore, rule in its favor concerning these allegations, including with respect to its claim under Article 12 of the ECT”.

[35] Stojilkovic y Favalli, *Burden and Standard of Proof*, 130 y siguientes; Tsatsos, *Burden of Evidence in Public International Law*; Duggal, *Principles of Evidence in Public International Law*, 107 y siguientes.

[36] Cabe destacar, tal como indican algunos autores, que lo que se invierte en teoría es la carga de aportar evidencia, no la carga de la prueba en sí. Stojilkovic y Favalli, *Burden and Standard of Proof*, 131.

[37] *Churchill Mining and Planet Mining PTY Ltd. v. Republic of Indonesia*, ICSID Case No. ARB/12/40 and 12/14, Decisión de Anulación, 18 de Marzo 2019, ¶1215.

Ahora bien, como ha sido destacado por algunas autoras, la aplicación de este principio ha sido guiada por la intuición más que una dogmática clara de los árbitros [38]. Esto llama la atención, debido a que la regla que ha sido tratada hasta ahora en este trabajo supone que el actor ha afirmado un hecho positivo, el cual, por distintas circunstancias, se encuentra en mejor posición de acreditar que su contraparte. La pregunta obvia que surge, entonces, es que sucede si ese supuesto falla.

Lo anterior, primero, podría suceder en el caso en que la parte demandante alegue que la vulneración a la inversión se haya dado mediante un hecho negativo, como que el Estado anfitrión no renegoció los términos de un contrato en caso de excesiva onerosidad sobreviniente, siendo que se encontraba obligado a hacerlo [39]. Dentro del civil law, es usualmente indicada la dificultad probatoria que conllevan los hechos negativos [40]. En el contexto del common law, si bien han existido voces doctrinales críticas a la idea de la dificultad de probar lo negativo [41] (argumentando que esta dificultad sería más bien aparente), la jurisprudencia parece mantener esta idea en términos generales [42]. La consecuencia que usualmente ha sido asociada a esta dificultad es la inversión de la carga de la prueba, por lo que la pregunta por si aquella solución debiera ser aplicada en el contexto de los arbitrajes de inversión es al menos razonable.

En esta línea, en *Gavrilovic v. Croacia* una de las acusaciones indicadas por el inversionista fue el trato desmejorado que le que habría dado el Estado anfitrión en comparación a los inversionistas nacionales, vulnerando la cláusula de Trato Nacional contenida en el TBI entre Austria y Croacia. Esta vulneración se habría dado por el trato desigual en comparación a un inversionista croata que se encontraba en una situación similar al inversionista, lo cual demostraría la vulneración por parte del Estado. En aquel caso, el tribunal se apoyó en la distinción entre carga de la prueba legal y la carga de la evidencia, expresando que el demandante solo debía probar prima facie la igualdad de condiciones entre los inversionista, trasladándose posteriormente la carga de la prueba al Estado de probar que la desigualdad de trato no fue arbitraria.

A juicio del autor de este trabajo [43], una situación como esta podría eventualmente derivar en la inversión de la carga de la prueba por parte de un tribunal. El problema del hecho negativo, en especial cuando es de carácter indeterminado, es que este no podrá ser probado ni directa ni indirectamente [44]. En un supuesto como este, podría encontrarse justificada la excepción al asentado principio del *onus probandi*, siempre que la acusación del inversionista aparentemente manifestada en un hecho negativo no esconda una afirmación de un hecho positivo por parte del Estado anfitrión. Esta, de hecho, podría haber sido la postura adoptada por el tribunal de *Gavrilovic* en el caso.

En segundo lugar, existe un claro supuesto en que el demandante no se encuentra en fácil posición de aportar prueba para acreditar los fundamentos de su demanda; cuando se encuentra en desventaja en cuanto al acceso de los instrumentos probatorios. Uno de los casos más claros en esto es *Al-Bahoul v. Tajikstan*, en el cual el tribunal se negó a relajar la carga de la prueba incluso cuando los documentos claves del caso se encontraban en territorio del Estado demandado, el cual había negado acceso al inversionista.

[38] Anna Riddell, "Evidence, Fact-Finding and Experts", en *The Oxford Handbook of International Adjudication*, eds. Cesare PR. Romano, Karen J. Alter y Yuval Shany (Oxford: Oxford University Press, 2014), 859.

[39] Por ejemplo, en el caso actualmente en curso *ADP International SA and Vinci Airports SAS v. Republica de Chile*, una de las vulneraciones acusadas es la negativa del Ministerio de Obras Públicas chileno de extender el tiempo pactado en el contrato para remediar los daños producidos por la pandemia del COVID-19.

[40] Michelle Taruffo, *La prueba de los hechos* (Milán: Editorial Trotta, 2002), 139-140.

[41] Kevin Saunders, "The Mythic Difficulty in Proving a Negative", *Setton Hall Law Review*, 5 (1985); David Hamer, "The Presumption of Innocence and Reverse Burdens: A Balancing Act", *The Cambridge Law Journal*, 66 (2007), 159 y siguientes.

[42] Véase Hamer, *The Presumption of Innocence and Reverse Burdens*, 160.

[43] *Georg Gavrilovic and Gavrilovic d.o.o. v. Republic of Croatia*, ICSID Case No. ARB/12/39, Laudo, 26 de Julio de 2018, ¶1193.

[44] Taruffo, *La prueba de los hechos*, 140.

En ello, fue determinado por parte del tribunal que “*El Demandante ha manifestado al Tribunal que se hicieron grandes esfuerzos para obtener más pruebas documentales en apoyo de su caso, pero no tuvieron éxito, ya que dichas pruebas se encuentran en Tayikistán, donde el Demandante y sus representantes ya no tienen acceso a ellas. Si bien el Tribunal puede entender que actualmente el Demandante puede no tener acceso, o tenerlo muy limitado, a documentos en Tayikistán, esto no permite al Tribunal hacer suposiciones de largo alcance en detrimento de la Demandada*” [45] (traducción libre).

Con los supuestos anteriores, el autor de este trabajo solo pretende puntualizar aquellos casos en que la aplicación del principio de la carga probatoria clásicamente asumido en el contexto de los arbitrajes de inversión podría fallar. Lo anterior, con el fin de preguntarse por las excepciones a este principio (cuestión que también ha motivado discusión en las tradiciones jurídicas más relevantes), lo cual aportaría en la disminución de riesgos de error al momento de decidir casos como estos y a una mayor legitimidad de la actividad decisoria por parte de los árbitros.

Estándares probatorios aplicables en el arbitraje de inversiones

La doctrina tiende a coincidir en que el estándar probatorio es un tópico mucho más complejo, vago y menos resuelto que el anterior en el ámbito de los arbitrajes de inversión, en términos que depende de las particularidades de un caso y del hecho singular que se pretende acreditar [46]. Algunos autores han teorizado que esta complejidad académica se produce a una creciente divergencia entre la aproximación en la tradición anglosajona y en la continental del estándar probatorio [47].

En este punto, existen dos puntos centrales que es conveniente abordar. Primeramente, algunos autores indican que el estándar probatorio suele ser tratado por algunas jurisdicciones como un tema de derecho sustantivo, encontrándose regulado formalmente en sus códigos civiles (o normas similares)[48]. Esta distinción cobra relevancia tratándose de arbitrajes de inversión conducidos fuera del CIADI [49], en los cuales la sede ocupa un rol esencial en la determinación de la *lex arbitri*, como aquellos administrados por la SCC, la ICC, la PCA o aquellos administrados bajo el reglamento UNCITRAL.

En segundo lugar, se encuentra la idea asentada en la doctrina la idea de que la aproximación al estándar probatorio en el common law es principalmente probabilística, mientras que en el *civil law* es subjetiva [50]. De hecho, algunas autoras han indicado que “*pareciera ser que, en la práctica, los cuerpos jurisdiccionales internacionales siguen al civil law al no enunciar un estándar particular, y por lo tanto, pueden ajustar el estándar requerido para cada hecho con facilidad*” [51]. Ahora bien, en la práctica esta distinción es solo aparente [52]. Existe una multitud de jurisdicciones pertenecientes a la tradición jurídica continental en la cual se han construido modelos probabilísticos en relación al estándar probatorio [53].

[45] Mohammad Ammar Al-Bahloul v Republic of Tajikistan, SCC Case No V (064/2008), Laudo Parcial sobre Jurisdicción y Responsabilidad, 2 de Septiembre de 2009, ¶1115.

[46] Duggal, Principles of Evidence in Public International Law, 127; Florian Haugeneder y Christoph Liebscher, “Corruption and Investment Arbitration: Substantive Standards and Proof”, Austrian Arbitration Yearbook, (2009), 6-7; Riddell, Evidence, Fact-Finding and Experts, 860.

[47] Riddell, Evidence, Fact-Finding and Experts, 860; Kaban, Application of The Burden and Standard of Proof, 3.

[48] Duggal, Principles of Evidence in Public International Law, 130-131.

[49] Es un lugar común el indicar que los arbitrajes de inversión administrados por el CIADI se sitúan en un plano supra nacional, lo cual incide en que la sede no jugará un rol relevante. De Bravendere, Investment Treaty Arbitration as Public International Law, 113

[50] Duggal, Principles of Evidence in Public International Law, 145-146; Riddell, Evidence, Fact-Finding and Experts, 860; Kaban, Application of the Burden and Standard of Proof, 3.

[51] Riddell, Evidence, Fact-Finding and Experts, 862.

[52] Este debate puede ser reconducido al artículo Kevin Clermont y Emily Sherwin y la respuesta de Michele Taruffo, en el cual debaten sobre la aproximación continental al estándar probatorio. Kevin Clermont y Emily Sherwin, “A Comparative View of Standards of Proof”, Cornell Faculty Law Publications, 2002, 244; Michele Taruffo, “Rethinking the Standards of Proof”, The American Journal of Comparative Law, 51 (2003).

[53] Taruffo, Rethinking the standards of proof, 662.

Esto resulta relevante porque convierte la explicitación del estándar probatorio en un requisito de fundamentación del laudo y de legitimidad general, que no distingue mayormente entre tradiciones jurídicas y que constituye un imperativo a nivel comparado. La necesidad de explicitación del estándar probatorio resulta relevante para un control adecuado de la decisión de los árbitros, además de servir para dotar de racionalidad la decisión y excluir las dudas sobre su arbitrariedad [54].

Establecido lo anterior, en los hechos los tribunales arbitrales han aplicado tres estándares probatorios distintos dependiendo de la situación: el estándar prima facie, el estándar de preponderancia de la evidencia y el estándar de prueba clara y convincente.

Primeramente, el estándar prima facie ha sido aquel que han aplicado generalmente los tribunales en la fase jurisdiccional [55], específicamente en cuanto a la evaluación primaria de las pretensiones invocadas. Cuando los tribunales han debido lidiar con cuestiones referidas a la conducta del Estado y la vulneración material del TBI invocado (por oposición a cuestiones de interpretación jurídica), han aplicado este estándar. La lógica detrás de ello es que existirá una revisión posterior de las alegaciones, sirviendo este estándar simplemente como un filtro, lo cual ha llevado a algunos a pensar que la regla prima facie no constituye un estándar probatorio diferenciado, sino en realidad una regla de filtro [56].

Sin perjuicio de lo anterior, han existido tribunales que han sido explícitos en mencionar este estándar. Por ejemplo, en *Achmea BV v. República de Eslovaquia*, el tribunal lidiando con la aplicabilidad del tratado relevante a la disputa estableció que “el test prima facie ha sido aplicado por numerosas cortes y tribunales internacionales” [57]. En la misma línea, en *Telenor v. Hungría*, el tribunal determinó en fase jurisdiccional que debía probarse prima facie que el TBI invocado era aplicable a la disputa [58]. A su vez, en *KT Asia Investment Group BV v. República de Kazajstán* el tribunal estableció que el demandante debía demostrar prima facie que la causa de la acción tenía protección bajo el tratado; es decir, que los hechos alegados podían constituir la vulneración del tratado [59].

En segundo lugar, el estándar más ocupado en arbitrajes de inversión es el de balance de probabilidades o preponderancia de la evidencia. Esto implica, básicamente, que existan más probabilidades de que la pretensión sea verdadera que falsa. Este estándar representa la regla general en el arbitraje de inversiones [60], y ha resultado aplicable tanto a cuestiones sustantivas como a jurisdiccionales, específicamente en cuestiones como la nacionalidad o la propiedad sobre la inversión [61].

Por último, ha sido comúnmente reconocida la existencia de un estándar elevado para casos cuasicriminales (*wrongfull doings*). Este estándar es usualmente ocupado para casos de corrupción, fraude y conspiración, además de cuestiones como abuso de proceso y mala fe [62]. Si bien este estándar puede asimilarse a aquello conocido como estándar de “prueba clara y convincente”, han existido árbitros que han sido renuentes a

[54] A juicio del autor, esto aportaría en la necesidad de legitimación que requiere el arbitraje de inversiones en la actualidad.

[55] Cabe recordar que es usual en las disputas de inversiones que se produzca la bifurcación entre asuntos jurisdiccionales y sustantivos; es decir, que la discusión sobre la jurisdicción de un tribunal arbitral se produzca en forma previa y separada a los asuntos que atienden al fondo de la controversia. La aplicación del estándar prima facie sigue la metodología planteada originalmente por la Corte Internacional de Justicia en el caso *Oil Platforms*, en la cual debió determinar la vinculación y legalidad de las actuaciones de Estados Unidos en relación al tratado con Irán, en el caso de 1999.

[56] Gary Born, “On Burden and Standard of Proof”, en *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*, eds. Meg Kinnear, Geraldine R. Fischer, Jara Minguez Almeida, Luisa Torres y Mairée Uran (The Netherlands: Kluwer Law International, 2015), 50.

[57] *Achmea BV v. Slovak Republic*, PCA Case No. 2013-12, Laudo sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 20 de Mayo de 2014, ¶1206.

[58] *Telenor Mobile Communications A.S. v. Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/04/15, Laudo, 15 de Septiembre de 2006.

[59] *KT Asia Investment Group BV v. Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/09/8, Laudo, 17 de Octubre de 2013, ¶191.

[60] *Reinhard Hans Unglaube v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/09/20, Laudo, 11 de Noviembre de 2009, ¶133; *Ioannis Kardassopoulos and Ron Fuchs v. The Republic of Georgia*, ICSID Case No. ARB/05/18 and ICSID Case No. ARB/07/15, Laudo, ¶1229; *Tokios Tokelés v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/02/18, Laudo, 26 de Julio de 2007, p. 124.

[61] Born, *On Burden and Standard of Proof*, 50.

[62] Born, *On Burden and Standard of Proof*, 50-51.

Esto resulta relevante porque convierte la explicitación del estándar probatorio en un requisito de fundamentación del laudo y de legitimidad general, que no distingue mayormente entre tradiciones jurídicas y que constituye un imperativo a nivel comparado. La necesidad de explicitación del estándar probatorio resulta relevante para un control adecuado de la decisión de los árbitros, además de servir para dotar de racionalidad la decisión y excluir las dudas sobre su arbitrariedad [54].

Establecido lo anterior, en los hechos los tribunales arbitrales han aplicado tres estándares probatorios distintos dependiendo de la situación: el estándar prima facie, el estándar de preponderancia de la evidencia y el estándar de prueba clara y convincente.

Primeramente, el estándar prima facie ha sido aquel que han aplicado generalmente los tribunales en la fase jurisdiccional [55], específicamente en cuanto a la evaluación primaria de las pretensiones invocadas. Cuando los tribunales han debido lidiar con cuestiones referidas a la conducta del Estado y la vulneración material del TBI invocado (por oposición a cuestiones de interpretación jurídica), han aplicado este estándar. La lógica detrás de ello es que existirá una revisión posterior de las alegaciones, sirviendo este estándar simplemente como un filtro, lo cual ha llevado a algunos a pensar que la regla prima facie no constituye un estándar probatorio diferenciado, sino en realidad una regla de filtro [56].

Sin perjuicio de lo anterior, han existido tribunales que han sido explícitos en mencionar este estándar. Por ejemplo, en *Achmea BV v. República de Eslovaquia*, el tribunal lidiando con la aplicabilidad del tratado relevante a la disputa estableció que “el test prima facie ha sido aplicado por numerosas cortes y tribunales internacionales” [57]. En la misma línea, en *Telenor v. Hungría*, el tribunal determinó en fase jurisdiccional que debía probarse prima facie que el TBI invocado era aplicable a la disputa [58]. A su vez, en *KT Asia Investment Group BV v. República de Kazajstán* el tribunal estableció que el demandante debía demostrar prima facie que la causa de la acción tenía protección bajo el tratado; es decir, que los hechos alegados podían constituir la vulneración del tratado [59].

En segundo lugar, el estándar más ocupado en arbitrajes de inversión es el de balance de probabilidades o preponderancia de la evidencia. Esto implica, básicamente, que existan más probabilidades de que la pretensión sea verdadera que falsa. Este estándar representa la regla general en el arbitraje de inversiones [60], y ha resultado aplicable tanto a cuestiones sustantivas como a jurisdiccionales, específicamente en cuestiones como la nacionalidad o la propiedad sobre la inversión [61].

Por último, ha sido comúnmente reconocida la existencia de un estándar elevado para casos cuasicriminales (*wrongfull doings*). Este estándar es usualmente ocupado para casos de corrupción, fraude y conspiración, además de cuestiones como abuso de proceso y mala fe [62]. Si bien este estándar puede asimilarse a aquello conocido como estándar de “prueba clara y convincente”, han existido árbitros que han sido renuentes a

[54] A juicio del autor, esto aportaría en la necesidad de legitimación que requiere el arbitraje de inversiones en la actualidad.

[55] Cabe recordar que es usual en las disputas de inversiones que se produzca la bifurcación entre asuntos jurisdiccionales y sustantivos; es decir, que la discusión sobre la jurisdicción de un tribunal arbitral se produzca en forma previa y separada a los asuntos que atienden al fondo de la controversia. La aplicación del estándar prima facie sigue la metodología planteada originalmente por la Corte Internacional de Justicia en el caso *Oil Platforms*, en la cual debió determinar la vinculación y legalidad de las actuaciones de Estados Unidos en relación al tratado con Irán, en el caso de 1999.

[56] Gary Born, “On Burden and Standard of Proof”, en *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*, eds. Meg Kinnear, Geraldine R. Fischer, Jara Minguez Almeida, Luisa Torres y Mairée Uran (The Netherlands: Kluwer Law International, 2015), 50.

[57] *Achmea BV v. Slovak Republic*, PCA Case No. 2013-12, Laudo sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 20 de Mayo de 2014, ¶1206.

[58] *Telenor Mobile Communications A.S. v. Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/04/15, Laudo, 15 de Septiembre de 2006.

[59] *KT Asia Investment Group BV v. Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/09/8, Laudo, 17 de Octubre de 2013, ¶191.

[60] *Reinhard Hans Unglaube v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/09/20, Laudo, 11 de Noviembre de 2009, ¶133; *Ioannis Kardassopoulos and Ron Fuchs v. The Republic of Georgia*, ICSID Case No. ARB/05/18 and ICSID Case No. ARB/07/15, Laudo, ¶1229; *Tokios Tokelés v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/02/18, Laudo, 26 de Julio de 2007, p. 124.

[61] Born, *On Burden and Standard of Proof*, 50.

[62] Born, *On Burden and Standard of Proof*, 50-51.

a ocupar esta terminología pues aparentemente llevaría a problemas conceptuales [63].

La justificación de la aplicación de este estándar ha sido encontrada en la severidad de los temas y las consecuencias para los individuos involucrados [64]. Esto parece ser un consenso general entre distintas tradiciones jurídicas, lo cual parece ser reconocido además por la jurisprudencia en materia de inversiones. Por ejemplo, en *Siag v. Egipto* fue constatado que “es común en la mayoría de los sistemas legales que las alegaciones serias como el fraude sean evaluadas a partir de un estándar de prueba elevado”[65]. En la misma línea, en *Liman v. Kazajstán* el tribunal resaltó la gravedad de las alegaciones, constatando “el tribunal enfatiza que la corrupción es una alegación seria, especialmente en el contexto judicial. El tribunal nota que ambas partes han acordado que el estándar de prueba al respecto sea uno elevado”[66]. La aplicación de este estándar ha sido también ocupada para casos de denegación de justicia[67].

Dicho todo lo anterior, el desarrollo de la carga de la prueba y el estándar probatorio en la jurisprudencia de los arbitrajes de inversión parece seguir, con ciertas particularidades, un desarrollo alineado con la jurisprudencia internacional. A su vez, en el marco del arbitraje comercial internacional existe también el reconocimiento de la carga de probar las aseveraciones vertidas en el proceso y la presencia de distintos estándares. Ahora bien, a juicio del autor de este trabajo, existen razones de peso para abogar por la explicitación y la fundamentación adecuada de estos conceptos en los laudos dictados en materia de inversiones. La razón de ello es principalmente política: los arbitrajes de inversión no son arbitrajes comerciales ni arbitrajes privados, sino que son juicios de responsabilidad internacional.

La relevancia de la fundamentación en materias probatorias para el arbitraje de inversiones

Al momento de analizar la institución del arbitraje internacional de inversiones y la posición que ocupan los árbitros en estos tribunales, es conveniente recordar que aquello que se pretende juzgar en estos procedimientos es el cumplimiento de un Estado de sus obligaciones internacionales. Ello implica que las aristas y dimensiones que involucra un proceso de este tipo suele tener incidencias en la opinión pública y en la población del Estado anfitrión. Todo esto produce finalmente que estos procedimientos tengan un alto componente político, a pesar de que las pretensiones en juego sean esencialmente pecuniarias [68].

Esta sensible posición distingue a los arbitrajes de inversión de los arbitrajes comerciales, pero ciertamente también los distingue de los juicios de Derecho Internacional Público puros, los cuales se encuentran en una posición general de mayor exposición y mayor escrutinio público por su naturaleza. El impacto directo que tienen los juicios internacionales de inversión sobre las finanzas públicas y la capacidad de regular de los Estados los convierte en un fenómeno mucho más cercano a la población que los procedimientos llevados ante la Corte Internacional de Justicia. Así, esta naturaleza híbrida ha conllevado a que existan voces escépticas hacia el arbitraje de inversiones como un mecanismo adecuado para resolver disputas de inversiones, siendo acusado a ratos por su falta de transparencia e injerencia en la soberanía nacional.

Dada esta posición, en las cuales jueces privados deciden cuestiones de incidencia pública, resulta trascendental que los árbitros en materia de inversión se identifiquen con el rol público que ejercen al momento de juzgar casos como estos. No se trata solo de casos cuantitativamente relevantes, sino que

[63] Sophie Nappert, “Public Interest in a Private Procedure—What Burden of Proof Allegations of Corruption in International Arbitration. *Transnational Dispute Management*”, *Transnational Dispute Management* <https://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=1979> (consultada el 15 de julio de 2024).

[64] *Lao Holdings N. v. Lao People’s Democratic Republic (I)*, ICSID Case No. ARB(AF)/12/6, Laudo, 6 de Agosto de 2019, ¶1109.

[65] *Waguih Elie George Siag & Clorinda Vecchi v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/05/15, Laudo, 1 de Junio de 2009, ¶1326.

[66] *Liman Caspian Oil BV and NCL Dutch Investment BV v. Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/07/14, Extracto del laudo, 22 de Junio de 2010, ¶ 422-423.

[67] Born, *On Burden and Standard of Proof*, 52.

[68] Con esta afirmación no se quiere indicar que el sistema internacional de resolución de disputas en materia de inversiones posea sesgos de ningún tipo. Lo que se pretende mostrar es que los arbitrajes de inversión generan (o pueden generar) un grado de discusión pública mayor al de un arbitraje comercial internacional.

también cualitativamente relevantes, en tanto permiten zanjar pacíficamente disputas que involucran directa o indirectamente a más de un Estado soberano. Dada esta identificación, surge la necesidad plena de comprensión y fundamentación de las cuestiones probatorias (como aquellas que han sido tratadas en este artículo) en los laudos arbitrales. Ello no resulta solo de un deber surgido del rol que juegan los jueces árbitros en estos casos, sino que además es instrumental para la legitimación de la actividad decisoria ejercida y del sistema en general.

Lo anterior releva las materias del estándar probatorio y de la carga probatoria a una trascendencia superior, más aún tratándose de conceptos especialmente relevantes dentro de un procedimiento judicial. La adecuada asignación de la carga de la prueba y la fundada elección del estándar probatorio son elementos claves para legitimidad de un laudo arbitral, y pueden servir como elementos de legitimación pública de las decisiones que son tomadas en materia de protección de inversiones extranjeras. Así, una adecuada decisión y fundamentación en estas materias es una necesidad no solo jurídica, sino que en últimos términos política. Es por ello que estos elementos deben encontrarse adecuadamente fundamentados en las decisiones emanadas en la materia. Y, ciertamente, ello implica una comprensión adecuada de estos conceptos por los árbitros, que les permitan visualizar sus riesgos de error y dar correcta aplicación a las reglas probatorias.

Conclusión

Los temas probatorios han ido adquiriendo paulatinamente mayor relevancia en materia de arbitrajes de inversión. Si bien ha existido un desarrollo progresivo de estos tópicos tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, lo expresado en este artículo pretende incorporar un argumento principalmente instrumental a la discusión. Es necesario que los tribunales arbitrales traten estas materias no solo por razones de certeza jurídica (las cuales son primarias y elementales), sino que también por la necesaria pulcritud de este mecanismo y su legitimidad internacional.

En cuanto a los riesgos de error observados, es preciso indicar que existen supuestos en que la aplicación tradicional del principio *onus probandi actori incumbit* resulta, al menos, cuestionable. El ejemplo más claro es el de hechos negativos, los cuales históricamente han suscitado discusión en la doctrina procesal, y por consecuencia, generan dudas al momento de ser aplicados por tribunales arbitrales de inversión. Por otra parte, en cuanto a los estándares probatorios, existe un acercamiento cada vez más claro entre tradiciones jurídicas en la materia, lo cual implica que estos se han vuelto un imperativo global y una regla de aplicación transversal.

Lo anterior es relevante por el papel que juegan las reglas probatorias en un procedimiento judicial. Al ser un elemento trascendental para llegar a una decisión racional y verosímil, el manejo de estas reglas también sirve como elemento legitimador de la actividad decisoria y de la decisión misma. Esto es clave tratándose de arbitrajes de inversión, los cuales se encuentran en posición de escrutinio público, y cuya imagen actual está debilitada. Se espera que lo expuesto en estas páginas aporte en el debate sobre las formas de legitimación de este mecanismo de solución de conflictos, y sirva de sustento para decisiones mejor fundamentadas en el futuro.

Doctrina:

- Andreas, Desyllas. Ver Burden of Proof, Jus Mundi, <https://jusmundi.com/en/document/publication/en-burden-of-proof> (consultada el 27 de mayo de 2024).
- Brown, Chester. 2010. Procedure in Investment Treaty Arbitration and the Relevance of Comparative Public Law. En *International Investment Law and Comparative Public Law – an Introduction*, ed. Stephan W. Schill, 659-688, Oxford: Oxford University Press.
- Chen, Bin. 1953. *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*. United Kingdom: Cambridge University Press.
- Clermont, Kevin y Emily Scherwin. 2002. *A Comparative View of Standard of Proof*, Cornell Faculty Law Publications.
- De Brabandere, Eric. 2014. *Investment Treaty Arbitration as Public International Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Douglas, Zachary. 2003. The hybrid foundations of investment treaty arbitration. En *The British Yearbook of International Law*, eds. James Crawford y Vaughan Lowe, 151-289, Oxford: Oxford University Press.
- Duggal, Kabir. 2019. *Principles of Evidence in Public International Law as Applied by Investor-State*. Leiden: Brill Publishers.
- Hammer, David. 2007. The presumption of Innocence and Reverse Burdens: A Balancing Act, *The Cambridge Law Journal*, 66.
- Haugeneder, Florian y Christoph Liebscher. 2009. Corruption and Investment Arbitration: Substantive Standards and Proof, *Austrian Arbitration Yearbook*.
- Kaban, Metincan. 2022. *Application of The Burden and Standard of Proof in Corruption Allegations Under ICSID Arbitration*, Istanbul University Press.
- Kinnear, Meg, Fischer, Geraldine, Minguez, Jara, Torres, Luisa y Mairée Uran. 2015. *Building International Investment Law*. The Netherlands: Kluwer Law International.
- Legum, Barton. 2020. En *Investment Treaty Arbitration Review*. United Kingdom: The Law Reviews.
- Nappert, Sophie. Ver Public Interest in a Private Procedure —What Burden of Proof Allegations of Corruption in International Arbitration. *Trasnational Dispute Management*, *Trasnational Dispute Management* <https://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=1979> (consultada el 15 de julio de 2024).
- Palomo, Diego. 2013. Las Cargas Probatorias Dinámicas: ¿Es indispensable darse toda esta vuelta?, *Ius et Praxis*, 19.
- Romano, Cesare PR, Alter, Karen J., Shany, Yuval. 2014. *The Oxford Handbook of International Adjudication*. United Kingdom, Oxford University Press.
- Saunders, Kevin. 1985. The Mythic Difficulty in Proving a Negative, *Setton Hall Law Review*, 5.
- Schill, Stephan. 2010. Crafting The International Economic Order: The Public Function of Investment Treaty Arbitration and Its Significance for the Rol of the Arbitrator, *Leiden Journal of International Law*, 23.
- Schreuer, Christoph. 2009. *The ICSID Convention: A Commentary*. United Kingdom: Cambridge University Press.
- Schreuer, Cristoph. 2014. Jurisdiction and Applicable Law in Investment Treaty Arbitration. *McGill Journal of Dispute Resolution*, 1: 1-25.
- Sheppard, Audley. 2016. The Approach of Investment Treaty Tribunals to Evidentiary Privileges, *ICSID Reviews*, 31.
- Subhiksh, Vasudev. Ver Standard of Proof, Jus Mundi, <https://jusmundi.com/en/document/publication/en-standard-of-proof> (consultada el 27 de mayo de 2024).
- Taruffo, Michele. 2003. Rethinking the Standards of Proof, *The American Journal of Comparative Law*, 51.
- Taruffo, Michelle. 2002. *La prueba de los hechos*. Milan: Editorial Trotta.
- Titi, Catharine. 2024. Investment Treaty Arbitration Caught in The Public-Private Law Divide. *Michigan Journal of International Law* 45: 441-486.
- satsos, Aristidis. 2009. Burden of Proof in Investment Treaty Arbitration: Shifting, *Humboldt Forum Recht*, 6.
- Vadi, Valentina. 2010. Critical Comparisons: The Role of Comparative Law in Investment Treaty Arbitration, *Denver Journal of International Law and Policy*, 39.

Jurisprudencia:

- Achmea BV v. Slovak Republic, PCA Case No. 2013-12, Laudo sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 20 de Mayo de 2014.
- Churchill Mining and Planet Mining PTY Ltd. v. Republic of Indonesia, ICSID Case No. ARB/12/40 and 12/14, Decisión de Anulación, 18 de Marzo 2019.
- Generation Ukraine, Inc. v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/00/9, Laudo, 16 de Septiembre de 2003.
- Georg Gavrilovic and Gavrilovic d.o.o. v. Republic of Croatia, ICSID Case No. ARB/12/39, Laudo, 26 de Julio de 2018.
- Glencore International A.G. and C.I. Prodeco S.A. v. Republic of Colombia, ICSID Case No. ARB/16/6, Laudo, 16 de Marzo de 2016.
- Ioannis Kardassopoulos and Ron Fuchs v. The Republic of Georgia, ICSID Case No. ARB/05/18 and ICSID Case No. ARB/07/15, Laudo.
- KT Asia Investment Group BV v. Republic of Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/09/8, Laudo, 17 de Octubre de 2013.
- Lao Holdings N. v. Lao People's Democratic Republic (I), ICSID Case No. ARB(AF)/12/6, Laudo, 6 de Agosto de 2019.
- Liman Caspian Oil BV and NCL Dutch Investment BV v. Republic of Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/07/14, Extracto del laudo, 22 de Junio de 2010.
- Mohammad Ammar Al-Bahloul v Republic of Tajikistan, SCC Case No V (064/2008), Laudo Parcial sobre Jurisdicción y Responsabilidad, 2 de Septiembre de 2009.
- Plasma Consortium Ltd. v. Republic of Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24, Laudo, 27 de Agosto de 2008.
- Reinhard Hans Unglaube v. Republic of Costa Rica, ICSID Case No. ARB/09/20, Laudo, 11 de Noviembre de 2009.
- SolEs Badajoz GmbH v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/15/38, Laudo, 31 de Julio de 2019.
- Telenor Mobile Communications A.S. v. Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/04/15, Laudo, 15 de Septiembre de 2006.
- The Rompetrol Group NV v. Romania, ICSID Case No. ARB/06/3, Laudo, 6 de mayo de 2013.
- The Rompetrol Group NV v. Romania, ICSID Case No. ARB/06/3, Laudo, 6 de Mayo de 2013.
- Tokios Tokelés v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/02/18, Laudo, 26 de Julio de 2007.
- Tradex Hellas S.A. v. Albania, ICSID Case No. ARB/94/2, Laudo, 29 de Abril de 1999.
- Waguih Elie George Siag & Clorinda Vecchi v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/05/15, Laudo, 1 de Junio de 2009.

Una aproximación sobre la arbitrabilidad de las negociaciones precontractuales

Gabriel Antonio Morales Sánchez
gabrielmoralesabg@gmail.com

Resumen- Innumerables consideraciones se han realizado sobre las negociaciones precontractuales, catalogándolas incluso como circunstancias que dan origen a un contrato ulterior, sin embargo, nos planteamos en estas notas reflexionar la manera en la que deberíamos referirnos a estas negociaciones previas, pues como veremos más adelante sus elementos definitorios son suficientes para que se consideren un verdadero contrato, pasible de arbitrabilidad dentro de los límites permitidos por esta institución.

Palabras Clave: Negociación, consentimiento, arbitrabilidad.

Abstract: Innumerable considerations have been made about pre-contractual negotiations, even cataloging them as circumstances that give rise to a subsequent contract, however, we propose in these notes to rethink the way in which we should refer to these prior negotiations, because as we will see below its defining elements are sufficient to be considered a true contract, subject to arbitrability within the limits allowed by this institution.

Keywords: Negotiation, consent, arbitrability.

Sumario

Introducción. 1. La noción básica de negociación precontractual y supuestos de responsabilidad generalmente aceptados. 2. La negociación precontractual como un contrato innominado. 3. La arbitrabilidad de la tratativa y su presunción en el contrato enlazado.

Introducción

Ha sido muy bien definida una negociación precontractual o tratativa previa a la celebración de un contrato, sosteniendo para ello que se trata básicamente de ejecuciones prestacionales tendientes a formar un contrato ulterior, de acuerdo a lo que las partes determinen.

Incluso, se han establecido con la mayor nitidez elementos típicos de estas negociaciones, materializados también en la posibilidad de que, en ocasión a la potencial exigibilidad de estos, se pueda incurrir y correlativamente reclamar una indemnización en favor de una de las partes involucradas en las negociaciones.

Como veremos más adelante, es la voluntad de las partes la que claramente va a encauzar este intercambio prestacional previo a la celebración de un contrato. No obstante, observamos como una buena posibilidad que, estas negociaciones o tratativas previas puedan ser objeto de un nombre y tratamiento específico y no una institución que sea tan novedosa que pudiera llegar a ser algo desconocida para algunos.

Lo anterior, nos lleva a plantear la siguiente interrogante ¿Si las negociaciones precontractuales son verdaderos intercambios prestacionales en ocasión al encuentro de voluntades de las partes, tendientes a generar un resultado perseguido y predeterminado por ellas, por qué no observarlas como un verdadero contrato, quizá uno innominado?

Evidentemente, lo anterior conduce a interesantes consideraciones de cara al arbitraje, pues observamos un elemento imprescindible y común entre ambas instituciones jurídicas, ergo, el consentimiento, sin él, no hay negociación y mucho menos arbitraje, tal y como ha sido acuñado por la doctrina y la jurisprudencia.

1- La noción básica de negociación precontractual y supuestos de responsabilidad generalmente aceptados

Comenzamos con el primero de los puntos de estas consideraciones, ello es la noción básica de la negociación precontractual, sobre lo cual instauraremos nuestra propuesta -adelantamos- de que las negociaciones precontractuales o tratativas previas, sean catalogadas de forma conteste como un contrato innominado.

Nos atrevemos a definir a las negociaciones precontractuales como aquél encuentro inequívoco de voluntades intencionalmente enderezadas a la materialización de prestaciones con el objeto de definir términos fáctico-jurídicos, recabar información y en general procurar el escenario ideal para la celebración de un negocio jurídico entre las partes, pero con ejecuciones prestacionales distintas.

Resulta oportuno ahora referirnos a lo acertadamente expuesto por el Ministro de la Corte Suprema de Justicia del Paraguay, Alberto Martínez Simón en su artículo académico titulado “La responsabilidad precontractual y postcontractual”, a saber:

“Este régimen de responsabilidad precontractual se aplica, como su nombre lo sugiere, a la eventual obligación indemnizatoria que podría nacer en la etapa de formación del contrato, antes que el mismo quede formalizado y **con dicho régimen se busca fijar los parámetros que deberán cumplirse para que, en el acto de negociación previa a la formulación del contrato,** el comportamiento de las partes de dicha negociación – que todavía no es parte del contrato porque éste aún no se concluyó- reúna los requisitos necesarios para ser considerado como contrario a la buena fe, -principio cardinal en la responsabilidad precontractual que será desarrollado más adelante- y que, consecuentemente, se proteja a la otra parte que obró con dicha buena fe, pudiendo ésta obtener un resarcimiento adecuado”[1]. (Resaltado nuestro)

En este mismo sentido, el profesor Francisco Segura aporta sobre las negociaciones precontractuales lo siguiente:

“La misma regla del art. 689, se extiende en lo que respecta a las negociaciones previas anteriores a la formulación de una oferta. Se suponen dentro de estas, todo lo que está antes de la presentación final de una propuesta, (por lo mismo ha dicho Saleilles que la oferta es un verdadero ultimátum de contrato), es decir, **las conversaciones, acercamientos, prospectos, intercambio de información, documentos preliminares, etc”** [2]. (Resaltado nuestro)

Ya vemos asomados verdaderos supuestos de ejecución de prestaciones durante las denominadas tratativas previas. El precitado autor da un primer paso hacia los supuestos de potencial indemnización en las negociaciones precontractuales, las cuales a modo enunciativo y bajo una pura aplicación de criterio personal, señalamos las relevantes:

- a. Ruptura injustificada: Un cese posiblemente abrupto de las ejecuciones prestacionales requeridas por alguna de las partes interesadas en las tratativas y un consecuente retiro de la negociación, tácita o implícita.
- b. Omisión de revelar supuestos de nulidad contractuales: Un supuesto modelo de la mala fe, visto en una omisión de una de las partes en revelar un supuesto que, por ejemplo, de conformidad con el ordenamiento jurídico de su país, es un supuesto de nulidad del contrato que pretenden celebrar.

[1] Alberto Martínez Simón, “Responsabilidad civil precontractual y postcontractual”, Revista Jurídica Científica de la Universidad Autónoma de Asunción (diciembre 2018): 23-35.

[2] Francisco Segura Riveiro, Manual de Derecho de los Contratos: Segunda edición - 2021, (Paraguay: Editorial Intercontinental, 2021) Pág. 75.

c. Irregularidades en el ejercicio de los poderes de representación: Supuesto que puede resultar amplísimo, dependiendo de la magnitud de la irregularidad, normalmente materializado en un exceso de facultad o una tergiversación de las facultades otorgadas.

d. Abuso de derecho: A pesar de ser un tema meritorio de análisis más profundo y dedicado, lo entendemos como sobrepasar los límites materiales del derecho adquirido causando perjuicio a un tercero.

e. Uso distinto y posterior de la información revelada: Supuesto también modelo de la mala fe, visto como el uso malicioso de la información que de buena fe fuera otorgada en el marco de las tratativas, lo que no implica necesariamente su revelación indebida, sino, por ejemplo, elaborar una estrategia de competencia desleal contra esa parte en conocimiento de información sensible.

Luego de ver los supuestos de una potencial responsabilidad precontractual, no podemos perder de vista nuestra propuesta de catalogar a las tratativas previas como un verdadero contrato innominado.

2- La negociación precontractual como un contrato innominado

Para dilucidar si realmente las negociaciones precontractuales pueden catalogarse como un contrato innominado, es oportuno repasar las nociones básicas y generales del contrato, para así ponderar si estos elementos se encuentran de forma concurrente en la institución bajo estudio.

Nuevamente hacemos referencia al profesor Segura, quien acierta con una definición sencilla pero bastante ilustrativa de lo que debemos entender como contrato:

“En la doctrina clásica la expresión “convención” se reserva para referirse a todo tipo de acuerdos de voluntades cualquiera sea el efecto (crear, modificar o extinguir obligaciones)”[3].

Hemos observado como en las denominadas tratativas o negociaciones precontractuales, a pesar de un aparente esfuerzo por separarlas del contrato que ellas originan tal y como si no se tratara de un contrato, lo que se advierte principalmente es la concurrencia de los elementos típicos del contrato.

Tenemos así un encuentro inequívoco de voluntades enderezadas intencionalmente para generar determinados efectos tanto en interés común de las partes como de manera individual en cada una de ellas. Siendo esto así, tenemos: consentimiento, objeto y causa.

No hay mayores problemas a la hora de identificar claramente el consentimiento en las denominadas tratativas, pues se verifica en el punto de encuentro entre las voluntades intervinientes para el inicio de dichas negociaciones.

Respecto al objeto, pensamos que podría individualizarse como el contrato ulterior que en teoría encontrará su origen en las negociaciones en comentario.

Finalmente, la causa, es el intercambio que se genera en las tratativas para construir todas las condiciones requeridas por las partes para celebrar el contrato ulterior.

Entonces, al tener delimitada la claridad de la existencia de los elementos básicos de un contrato, aunado a que en la legislación no se encuentra tipificada expresamente esta figura jurídica, proponemos que en lo sucesivo hablemos del contrato innominado de tratativa.

Al considerar a esta figura como un contrato innominado de tratativa, facilitará con creces su estudio, el establecimiento de sus efectos, consecuencias, pero más importante aún, los supuestos cuya verificación originan una indemnización por daños, aunque lo que nos impide avanzar hasta la determinación de los deberes de protección en el marco de esta relación verdaderamente contractual.

[3] Francisco Segura Riveiro, Manual de Derecho de los Contratos: Segunda edición - 2021, (Paraguay: Editorial Intercontinental, 2021) Pág. 27.

3. La arbitrabilidad de la tratativa y su presunción en el contrato enlazado

En último lugar, llegamos al punto neurálgico de este breve estudio, intentar dilucidar la arbitrabilidad del que hemos llamado de forma atrevida “contrato innominado de tratativa” con una especial mención al contrato ulterior, entendido como un contrato enlazado o conexo.

Para lograr nuestro cometido, estimamos necesario en primer término referirnos a la más autorizada doctrina nacional, por ello, traemos a colación lo que el profesor José Antonio Moreno Rodríguez propone al referirse a la figura de la arbitrabilidad, consideraciones que servirán de punto de partida a nuestra propuesta en su versión final:

“Es objeto de los contratos en general crear derechos u obligaciones que se traducen en prestaciones a cargo de las partes que pueden consistir en una conducta exigible al obligado de dar, hacer o no hacer (...) El Artículo 2 de la Ley de Arbitraje de Paraguay versa sobre disputas susceptibles de ser resueltas por medio de arbitraje, lo cual se conoce como arbitrabilidad (...) Tal arbitrabilidad se puede ver desde dos perspectivas: objetiva, según si la materia pueda ser arbitrable; y subjetiva, según si determinadas sujetos puedan someterse a arbitraje”[4].

De la doctrina referida, notamos como elemento cardinal el atributo contractual de generar derechos y obligaciones que pueden revestir exigibilidad entre las partes contratantes, cuya inobservancia desemboca en una controversia de necesaria resolución.

Adminiculado con lo anterior, vemos como al denominado contrato de tratativa le puede ser aplicable la arbitrabilidad propuesta, pues como apuntamos más arriba, estamos ante ejecuciones prestacionales que generan un tráfico de derechos y obligaciones entre las partes integrantes de esta relación jurídica, con la inherente virtud de ellas, la exigibilidad.

Esta virtud contractual, es el supuesto sobre el cual se van a originar las controversias que deben ser resueltas por la propia sanidad de las relaciones jurídicas, lo contrario sería admitir relaciones jurídicas patológicas que hacen que el costo del derecho se incremente muy en vano.

Entonces, si bien admite la arbitrabilidad el sometimiento de las controversias derivadas de una relación jurídica determinada -quizá desde una óptica abstracta- creemos que reviste mayor precisión y acierto referirnos a la arbitrabilidad del contrato de tratativa de forma individualizada, que a pesar de no estar dicha figura recogida en algún cuerpo normativo como contrato nominado, vemos por ejemplo, como universalmente en cualquier ordenamiento jurídico las ejecuciones prestacionales son uniformes en su esencia.

La uniformidad invocada, se ve cristalizada en lo que también más arriba habíamos apuntado, al tratar de definir a las tratativas como un contrato innominado, ello es, el encuentro de voluntades para procurarse las partes el escenario ideal de una contratación ulterior, las cuales siempre versan sobre intercambio de información o incluso concretar situaciones jurídico-fácticas requeridas para la celebración del contrato.

Así las cosas, valorando que la exigibilidad en el acá nombrado contrato de tratativa, responde a la verificación de ejecuciones prestacionales predeterminadas por las partes, en franco acomodo de procurar un escenario ideal de contratación ulterior, existe entonces una innegable arbitrabilidad de las controversias generadas en este tipo de relación jurídica.

Adicionalmente, así como sostenemos la arbitrabilidad en el contrato de tratativa, también indicamos que le podrían ser aplicables los criterios subjetivo y objetivo para definir si la materia es verdaderamente arbitrable y si ambas partes pueden sin ningún impedimento, someterse a arbitraje.

[4] José Antonio Moreno Rodríguez, Arbitraje Comercial y de Inversiones (Paraguay: Editorial Intercontinental, 2023) Pág.102

En consonancia con lo hasta acá expresado, si en el contrato de tratativa, se verifica una controversia por cualquiera de los supuestos apuntados en la primera sección de esta propuesta, las partes pueden previo acuerdo requerido, obtener una resolución en el marco de un proceso arbitral o bien acordar de forma sobrevenida someter la controversia a la jurisdicción alternativa.

No queremos dejar de apuntar que, no debería existir en principio -bajo un criterio estrictamente personal- diferencia entre el tratamiento de la arbitrabilidad del contrato de tratativa y cualquier otro contrato al que se le haya atribuido arbitrabilidad.

En este punto, resulta interesante referirnos muy puntualmente a la figura de los contratos enlazados o contratos conexos, para así realizar ciertas consideraciones acerca de si, admitiendo la arbitrabilidad del contrato de tratativa, ello podría operar igualmente para el contrato ulterior que se va a celebrar.

Podemos utilizar como definición práctica de la conexidad como fenómeno contractual, la siguiente:

“Para nosotros se está ante el fenómeno de la conexión contractual cuando varios sujetos celebran dos o más contratos distintos que presentan una estrecha vinculación funcional entre sí por razón de su propia naturaleza o de la finalidad global que los informa, vinculación que es o puede ser jurídicamente relevante” [5]

De la definición anterior, interesa para este estudio la conexión funcional que existe eventualmente entre dos contratos, pues en ello se atiende a la verdadera naturaleza de estos y de incluso cómo se instaura una relación de dependencia, llegando a ser calificada como una conexión genética.

Así las cosas, las partes pueden perfectamente acordar el sometimiento de las controversias derivadas del contrato de tratativa al arbitraje, en aplicación –repetimos- de los criterios objetivos y subjetivos de la arbitrabilidad, lo cual, atendiendo especialmente a que estamos ante una conexión contractual de naturaleza genética, pudiera surgir una presunción de arbitrabilidad a favor del contrato ulterior.

Ahora bien, no observamos mayores inconvenientes en el criterio subjetivo de la arbitrabilidad en ambos contratos, sin embargo, advertimos una necesidad de detenernos brevemente en el criterio objetivo, pues cabe la interrogante ¿bajo qué parámetros se puede establecer una identidad de materias entre el contrato de tratativa y el contrato ulterior?

Para responder esto, consideramos que principalmente debemos efectuar un análisis previo sobre la materia que se observa en el contrato de tratativa y así determinar si estamos ante la misma materia que veremos reproducida en el contrato ulterior.

Así las cosas, debemos atender a las prestaciones que deben ejecutarse durante la vigencia del contrato de tratativa, ello es, el intercambio de información, documentos y la construcción del escenario jurídico ideal para celebrar este contrato ulterior, por lo que, la materia del contrato de tratativa al versar sobre este asunto, podría guardar identidad con la materia del contrato que va a celebrarse posteriormente.

De hecho, también pensamos que al intercambiarse información sobre el contrato ulterior y de la materia sobre la cual versa, así como de sus partes, siendo esto objeto de la tratativa, puede determinarse con anterioridad si el contrato será arbitrable por la materia y si los contratantes pueden acudir al arbitraje.

Finalmente, sostenemos que existe efectivamente una identidad de materias entre el contrato de tratativa y aquél que se origina por él. Por ejemplo, si el contrato de tratativa versa sobre el intercambio de información y demás ejecuciones prestacionales tendientes a celebrar un contrato de servicio, no puede aducirse que la tratativa tiene una materia distinta a aquel contrato con el que guarda una conexidad de índole genética.

[5] Ana López Frías, “Los contratos conexos: estudio de los supuestos más característicos y ensayo de una construcción doctrinal” (tesis doctoral, Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, 1992), 391

Entonces, además de la clara arbitrabilidad que observamos en estas reflexiones, vemos también una presunción que opera a favor del contrato que va a celebrarse luego de la tratativa, lo que también habilita a las partes a someter sus controversias a arbitraje a través de los mecanismos dispuestos para ello.

Por tanto, a la hora de determinar la arbitrabilidad, resulta mucho más preciso y acertado concebir a las tratativas conforme es admitido por la doctrina clásica, según la cual, es un contrato cuyo objeto es la celebración de un acuerdo posterior, lo que no escapa de la aplicación de los criterios objetivo y subjetivo para que las partes acudan a la jurisdicción arbitral.

Polinización cruzada en el Arbitraje Internacional

Beatriz Figueiredo Campos da Nóbrega[1]
beatriz.nobrega@agu.gov.br

“International arbitration constitutes a legal order of its own, which draws from multiple sources — national, international, and transnational — to develop solutions that transcend the boundaries of a single legal system. (Jan Paulsson)”[2]

Introducción: El Arbitraje Internacional como espacio de intersección de órdenes y sistemas jurídicos

El arbitraje internacional es, por excelencia, el espacio de intersección de órdenes y sistemas jurídicos. Transciende fronteras, permitiendo la polinización —o influencia recíproca— entre normas y principios nacionales, al mismo tiempo que agrega elementos de internacionalidad a la controversia.

Es el lugar donde los principios del common law y del civil law se armonizan. Donde discovery y cross-examination conviven con la designación de peritos por el tribunal. Donde la frustration of purpose se ajusta al control de legalidad contractual. Donde la autonomía de las partes dialoga con el iuris novit curia. Donde el estoppel se armoniza con la protección de las legitimate expectations y con la buena fe objetiva.

Este arreglo enriquece la técnica arbitral. Reduce el etnocentrismo jurídico. Permite la construcción de un orden jurídico flexible y adaptable a la relación económica transfronteriza. Prácticas y principios de diferentes tradiciones y nacionalidades se encuentran, se influyen y crean un derecho propiamente transnacional.

La polinización cruzada en la casuística internacional

La casuística arbitral ilustra bien esta hibridación jurídica.

En el Caso ICC N. 7375/1996, las partes no habían elegido el derecho aplicable y el tribunal, recurriendo a un enfoque subjetivo, aplicó la teoría de la “elección negativa”, entendiendo que la ausencia de elección debía interpretarse como una cláusula implícita del contrato, una elección por la no sumisión al derecho nacional de cualquiera de las partes. Así decidió:

The Arbitral Tribunal by majority decided to apply ‘those general principles and rules of law applicable to international contractual obligations which qualify as rules of law and which have earned a wide acceptance and international consensus in the international business community, including notions which are said to form part of a lex mercatoria, also taking into account any relevant trade usages as well as the UNIDROIT Principles, as far as they can be considered to reflect generally accepted principles and rules’.

Con ello, la disputa arbitral fue resuelta mediante la aplicación de principios generales del derecho, usos comerciales y Principios UNIDROIT, decidiéndose con una miscelánea de reglas supranacionales.

[1] Abogada de la Nación de Brasil (AGU). Coordinadora del Núcleo de Controversias en Derecho Internacional Económico de AGU. Ex-Jueza de Derecho de Brasil.

[2] PAULSSON, Jan. *The Idea of Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 49

En el Caso ICSID ARB/03/15, o El Paso v. Argentina, también resultó clara la intersección entre el common law y el civil law. La controversia involucraba alegaciones de violación del Tratado Bilateral de Inversiones Argentina–EE.UU. (1991), por el cual se atribuía al Estado argentino violaciones a los derechos del inversor derivadas de medidas adoptadas durante la crisis de 2001–2002, especialmente a la luz de las nociones de expropiación indirecta y de trato justo y equitativo (Fair and Equitable Treatment o FET). Basándose en precedentes —una característica típica del derecho anglosajón bajo la lógica persuasiva de la jurisprudencia—, el laudo se apoyó en decisiones arbitrales previas, como Asian Agricultural Products Ltd v. Sri Lanka; Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Costa Rica; Wena Hotels Limited v. Arab Republic of Egypt; CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic; Azurix Corporation v. Argentine Republic. Al mismo tiempo, el Tribunal, al ponderar criterios de indemnización a la parte perdedora, tuvo en cuenta elementos de tradición civilista como la proporcionalidad y la razonabilidad, la teoría del estado de necesidad y nociones de control de legalidad contractual y administrativa.

El Caso ICC 10422/2003 constituye otro ejemplo del cruce de órdenes jurídicas. Se trató de un litigio contractual cuyo derecho aplicable era el derecho francés, de tradición civilista. El Tribunal, al decidir sobre la violación de obligaciones contractuales, estipuló indemnización con base en una institución clásica del common law, sin previsión expresa en el Código Civil francés de la época: el duty to mitigate the damages. Además, fundamentó su decisión en fuentes de derecho transnacional, en particular los Principios UNIDROIT y los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, que consagran expresamente la regla de mitigación de daños.

Conclusión: El Arbitraje como campo de estudio apropiado para la Asociación Latinoamericana de Abogacías y Procuradurías de Estado (ALAP)

Este carácter híbrido y transnacional del arbitraje convierte al instituto no sólo en un objeto de estudio jurídico sofisticado, sino también en un tema de especial relevancia para la actuación estatal. Para las Procuradurías de Estado en América Latina comprender los mecanismos arbitrales resulta esencial, ya que el poder público se encuentra cada vez más en el polo pasivo de disputas relacionadas con inversiones extranjeras, contratos de infraestructura y políticas públicas.

El arbitraje, en este contexto, no debe ser visto únicamente como un espacio privado de resolución de litigios, sino como una arena en la que el interés público entra en tensión con la autonomía privada. Es en ese escenario donde se ponen a prueba los límites de la soberanía regulatoria y se verifica el impacto de la jurisdicción privada sobre políticas públicas de interés colectivo.

Así, el estudio profundo del arbitraje por parte de una Asociación de Procuradurías de Estado contribuye no sólo a la capacitación técnica de sus miembros, sino también al fortalecimiento institucional de la defensa del Estado en foros internacionales. Asimismo, fomenta la cohesión y la cooperación regional, dado que muchos de los desafíos que enfrentan los países latinoamericanos en arbitrajes internacionales son comunes: disputas en sectores estratégicos como energía, telecomunicaciones, minería, infraestructura, medio ambiente y salud pública.

La ALAP, y sus miembros, tienen mucho que ganar con estudios en el tema: al compartir experiencias, desarrollar estrategias conjuntas y promover un diálogo crítico sobre los efectos del arbitraje sobre el Estado y sus funciones, la Asociación puede consolidarse como un espacio privilegiado para la construcción de una voz latinoamericana cohesionada. Más que reaccionar de forma aislada a los litigios, los Estados pueden, en conjunto, repensar el diseño institucional del arbitraje internacional e influir en las reformas globales del sistema.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE (ICC). The Ministry of Defence and Support for Armed Forces of the Islamic Republic of Iran v. Westinghouse Electric Corporation, ICC Case No. 7375, Final Award, 5 June 1996.
- ICC INTERNATIONAL COURT OF ARBITRATION. Case No. 7375/1996, Final Award (5 June 1996). In: Clunet, 1996, p. 1026. También disponible em: UNILEX Database.
- LANDO, Ole; BEALE, Hugh (eds.). Principles of European Contract Law, Parts I and II. The Hague: Kluwer Law International, 2000.
- PAULSSON, Jan. The Idea of Arbitration. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 49
- UNIDROIT – INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW. UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016. Rome: UNIDROIT, 2016. Disponible em: <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016/>.

El Arbitraje Internacional en las Operaciones Internacionales de los Bancos Centrales

Victoria Alejandra Vera Guzmán
Técnico en Banca Central en Banco Central de Bolivia
victoriaveraguzman@gmail.com

Resumen

El presente trabajo analiza la pertinencia del arbitraje comercial internacional como mecanismo de resolución de controversias en los contratos que viabilizan las operaciones financieras y monetarias de los bancos centrales. Estas operaciones —tales como deeds of charge, pledges, forwards, bullion deposit confirmations y repos— constituyen instrumentos esenciales para la administración de reservas internacionales, la gestión de liquidez y la estabilidad cambiaria, especialmente en economías emergentes. A través de un enfoque jurídico y económico, se examinan las ventajas del arbitraje frente a la litigación en cortes nacionales, destacando su confidencialidad, celeridad, neutralidad y flexibilidad técnica. Asimismo, se diferencia este tipo de arbitraje del arbitraje de inversiones, precisando que las controversias derivadas de contratos financieros de bancos centrales no se enmarcan en la lógica de los tratados bilaterales de inversión, sino en relaciones estrictamente contractuales. Finalmente, se plantea la necesidad de armonizar los regímenes jurídicos aplicables a estos contratos y se propone la inclusión de cláusulas arbitrales como herramienta idónea para garantizar seguridad jurídica, previsibilidad y estabilidad institucional en el ámbito financiero internacional.

Abstract

This paper examines the suitability of international commercial arbitration as a dispute resolution mechanism in contracts underlying central bank financial and monetary operations. These transactions —including deeds of charge, pledges, forwards, bullion deposit confirmations, and repos— are key instruments for managing international reserves, liquidity, and exchange rate stability, particularly in emerging economies. Through a legal and economic approach, the paper highlights arbitration's advantages over national litigation, such as confidentiality, speed, neutrality, and technical flexibility. It further distinguishes these contractual disputes from investment arbitration, emphasizing that central bank operations do not fall under the framework of bilateral investment treaties but rather within private contractual relations. The analysis concludes by underscoring the need for legal harmonization in such transactions and proposes the inclusion of arbitration clauses as the most effective means to ensure legal certainty, predictability, and institutional stability in international financial relations.

Palabras clave:

Arbitraje comercial internacional, bancos centrales, operaciones internacionales, jurisdicción, seguridad jurídica.

Introducción

Los bancos centrales, en su calidad de entidades autónomas y autárquicas, desempeñan un rol esencial en la estabilidad macroeconómica de los Estados. Dentro de las funciones que les son conferidas por la Constitución y las leyes orgánicas, destacan la formulación y ejecución de la política monetaria, la preservación del valor interno y externo de la moneda, y la administración de las reservas internacionales, compuestas por activos externos como divisas, derechos especiales de giro (DEGs) y metales preciosos, que constituyen un instrumento clave para garantizar la liquidez del sistema financiero y sostener la confianza en la moneda nacional.

En el caso de los Estados con economías emergentes en América Latina, la gestión de las reservas internacionales cobra particular relevancia. Ante la necesidad de fortalecer la posición de liquidez en el sistema y de estabilizar la moneda nacional, los bancos centrales suelen recurrir a operaciones financieras internacionales, tales como bancos comerciales globales u organismos internacionales.

Dichas operaciones, que pueden adoptar la forma de deeds of charge, pledges, forwards, bullion deposit confirmations o acuerdos de repo, implican necesariamente la suscripción de contratos internacionales complejos, sujetos a estándares técnicos y financieros específicos.

En ese contexto, las características propias del arbitraje comercial internacional, como su confidencialidad, flexibilidad procedimental, elección de la lex arbitri, entre otras, convierten a este método alternativo de solución de controversias en una herramienta idónea para la resolución de eventuales controversias derivadas de los contratos que viabilicen estas operaciones.

En mérito a las particularidades de los contratos suscritos por los bancos centrales y a las ventajas sustantivas y procesales que ofrece el arbitraje, este trabajo propone la inclusión de cláusulas arbitrales en dichos contratos.

Descripción de las principales operaciones

El manejo y la comprensión de los contratos que respaldan las operaciones de los bancos centrales son esenciales para evaluar aspectos fundamentales como la jurisdicción aplicable, el idioma del acuerdo y el régimen jurídico que lo regula. Partiendo de esta perspectiva, el análisis que sigue se centra en describir de manera concisa la naturaleza y las particularidades de estas operaciones y de los instrumentos jurídicos asociados.

1. Deed of Charge

El deed of charge constituye un mecanismo contractual por el cual los activos del banco central se utilizan como garantía frente a una obligación. En el ámbito financiero internacional, este tipo de acuerdo es habitual en operaciones con instituciones privadas, asegurando la cobertura de riesgos crediticios y operativos. Estudios recientes en *Journal of Corporate Law Studies* han demostrado que este instrumento contribuye a reforzar la seguridad jurídica entre las partes, puesto que estandariza la manera en que se ejecutan las garantías (Gullifer 2019, 41–43)[1].

2. Pledge Agreements

El pledge es un contrato por el cual se constituye un derecho real de garantía sobre determinados activos, generalmente metales preciosos o valores financieros. En operaciones de bancos centrales, este mecanismo refuerza la confianza entre contrapartes privadas e institucionales. Craig Pirrong sostiene que este tipo de garantías contractuales permiten reducir riesgos de contraparte y fortalecer la liquidez en los mercados internacionales (Pirrong 2011, 250–252)[2].

3. Forwards

Los contratos forward son acuerdos derivados en los que dos partes pactan la compraventa futura de un activo a un precio preestablecido. Para bancos centrales, estos contratos son relevantes en la gestión de riesgos cambiarios y de reservas. Como señalan Gârleanu y Pedersen, los forwards permiten un manejo más eficiente de la exposición a la volatilidad de divisas y commodities, favoreciendo la estabilidad macroeconómica (Gârleanu & Pedersen 2011, 573–575)[3].

[1] Gullifer, Louise. "What Should We Do about Financial Collateral?" *Journal of Corporate Law Studies* 19, no.1 (2019): 39–60.

[2] Pirrong, Craig. "The Economics of Central Clearing: Theory and Practice." ISDA Discussion Paper Series, May 2011.

[3] Gârleanu, Nicolae, and Lasse Heje Pedersen. "Margin-Based Asset Pricing and Deviations from the Law of One Price." *Review of Financial Studies* 24, no. 6 (2011): 1980–2022.

4. Bullion Deposit Confirmations

Los depósitos de oro, tanto allocated como unallocated, son una práctica común entre bancos centrales para la diversificación de reservas internacionales. Estos depósitos suelen mantenerse en Londres, Nueva York o Suiza, bajo jurisdicciones de alta especialización financiera. Rama Cont y Thomas Kokholm destacan que esta localización responde a la seguridad jurídica y a la liquidez de estos mercados (Cont & Kokholm 2013, 5–10)[4].

5. Operaciones de Reportos (Repos)

Los repos constituyen acuerdos por los que una institución vende un activo con el compromiso de recomprarlo en una fecha futura. Para los bancos centrales, representan una herramienta fundamental en la gestión de liquidez y política monetaria. Duffie ha argumentado que los repos han sido centrales para el desarrollo del sistema financiero moderno, pero también han mostrado riesgos que hacen necesario un marco contractual sólido y mecanismos eficientes de resolución de conflictos (Duffie 2012, 11–13) [5].

El arbitraje comercial internacional como mecanismo de resolución

Los contratos colateralizados que utilizan los bancos centrales, como deeds of charge, pledges, forwards, depósitos de oro y repos, si bien no son recurrentes en la práctica general del comercio internacional, todo contrato que involucra riesgos financieros y contrapartes de distintos ordenamientos que requiere prever un mecanismo claro y eficiente de resolución de controversias. Si bien los bancos centrales son órganos estatales, la naturaleza de estas operaciones los aleja de la lógica soberana tradicional.

En efecto, acudir a cortes nacionales para dirimir disputas podría comprometer la confianza de las contrapartes, pues siempre existe el riesgo de parcialidad o de dilaciones procesales.

Para garantizar seguridad jurídica y previsibilidad, resulta idóneo acudir a foros neutrales, que no dependan de un sistema judicial nacional específico, y aquí es donde el arbitraje internacional se convierte en la herramienta preferida (Born 2024, 60–62) [6]. La inclusión de cláusulas arbitrales en los contratos internacionales de bancos centrales responde a la necesidad de resolver disputas en un foro neutral y altamente especializado.

A diferencia de los tribunales nacionales, los tribunales arbitrales permiten confidencialidad, rapidez y adaptabilidad a la complejidad técnica de los contratos financieros internacionales. Como afirma Rogers, el arbitraje comercial internacional constituye un elemento esencial en la gobernanza de la globalización financiera, asegurando credibilidad y estabilidad institucional (Rogers 2014, 117–119) [7].

Si bien se ha destacado la importancia de incluir cláusulas arbitrales en los contratos internacionales relacionados con el oro y otros instrumentos financieros, corresponde ahora resaltar por qué el arbitraje es, en sí mismo, un mecanismo idóneo para la resolución de estas controversias. No se trata únicamente de una elección formal o de una práctica habitual en los mercados, sino de una herramienta que aporta beneficios concretos y decisivos frente a los procesos judiciales ordinarios. Aspectos como la confidencialidad, la rapidez, la neutralidad política, la posibilidad de designar árbitros especializados, la flexibilidad probatoria y la elección del idioma configuran un marco que no solo protege a las partes, sino que también garantiza estabilidad y eficacia en un contexto tan sensible como el de las operaciones financieras internacionales.

[4] Cont, Rama, and Thomas Kokholm. Central Clearing of OTC Derivatives: Bilateral vs Multilateral Netting. arXiv, April 18, 2013. doi:10.48550/arXiv.1304.5065.

[5] Duffie, Darrell. Dark Markets: Asset Pricing and Information Transmission in Over-the-Counter Markets. Princeton: Princeton University Press, 2012.

[6] Born, Gary B. "Procedural Autonomy under the New York Convention." NYU Journal of International Law and Politics 56, no. 1 (2024): 51–106.

[7] Rogers, Catherine. Arbitration and Global Governance: Contending Theories and Evidence. Oxford: Oxford University Press, 2014.

Confidencialidad

La confidencialidad es uno de los elementos más destacados del arbitraje comercial internacional. A diferencia de los procesos judiciales nacionales, donde la publicidad de las actuaciones es la regla, en el arbitraje las partes pueden acordar que la totalidad del procedimiento, así como el laudo final, permanezcan reservados. Esto resulta esencial cuando las controversias involucran información sensible relacionada con reservas de oro, indicadores monetarios o estrategias de política financiera. La filtración de este tipo de datos podría impactar negativamente en la variable macroeconómica de las expectativas en los mercados, generar especulación indebida o incluso afectar la credibilidad de los bancos centrales en sus jurisdicciones (Born 2014, 2780–2783)[8].

Desde la teoría económica, la variable de expectativas hace referencia a cómo los agentes económicos —hogares, empresas, bancos, inversionistas— forman anticipaciones sobre la evolución futura de variables clave como la inflación, las tasas de interés o el crecimiento (Muth 1961, 316–321)[9]. En el marco de la política monetaria, estas expectativas son determinantes porque pueden convertirse en profecías autocumplidas, si los mercados esperan que la inflación aumente, ajustarán precios y salarios en consecuencia, generando efectivamente presiones inflacionarias (Woodford 2003, 15–22)[10].

En este sentido, la confidencialidad en la resolución de disputas que involucran a bancos centrales es fundamental, ya que evita que se difundan conflictos contractuales que podrían ser interpretados por los agentes económicos como señales de inestabilidad o de debilidad institucional. La sola noticia de que un banco central enfrenta una controversia legal pública podría alterar las expectativas sobre su solvencia, su acceso a reservas internacionales o su capacidad de sostener la estabilidad cambiaria. En consecuencia, el arbitraje, al mantener bajo reserva este tipo de disputas, contribuye a preservar la credibilidad del banco central, elemento esencial para la efectividad de cualquier política económica (Blinder 2000, 1421–1425)[11].

De este modo, la confidencialidad no es solo un aspecto procesal, sino una herramienta indirecta de gestión macroeconómica, ya que protege la estabilidad de las expectativas, uno de los activos más valiosos de cualquier banco central en la conducción de la política monetaria.

Otro aspecto clave es que la confidencialidad protege a los bancos centrales frente a presiones políticas o mediáticas. En la práctica, la exposición de información en juicios nacionales puede ser instrumentalizada en debates legislativos o incluso en tensiones partidarias, debilitando la independencia de las autoridades monetarias. Por ello, la reserva que garantiza el arbitraje contribuye directamente a mantener la autonomía y la estabilidad institucional de estas entidades, evitando interpretaciones distorsionadas que puedan surgir en la arena pública (Redfern & Hunter 2009, 157–159)[12].

Finalmente, la confidencialidad no solo favorece a los Estados, sino también a sus contrapartes privadas, como bancos internacionales, que valoran la posibilidad de proteger sus estrategias financieras, estructuras de riesgo o condiciones de liquidez ya sea frente a sus acreedores o en bolsa de valores.

Así, el arbitraje genera un espacio de confianza mutua, fortaleciendo la seguridad jurídica y el relacionamiento a largo plazo entre los actores del sistema financiero internacional (Gordon 2024, 3–4)[13].

[8] Born, Gary B. *International Commercial Arbitration*. 2nd ed. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2014.

[9] Muth, John F. "Rational Expectations and the Theory of Price Movements." *Econometrica* 29, no. 3 (1961): 315–335.

[10] Woodford, Michael. *Interest and Prices: Foundations of a Theory of Monetary Policy*. Princeton: Princeton University Press, 2003.

[11] Blinder, Alan S. "Central-Bank Credibility: Why Do We Care? How Do We Build It?" *American Economic Review* 90, no. 5 (2000): 1421–1431.

[12] Redfern, Alan, and Martin Hunter. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. 5th ed. Oxford: Oxford University Press, 2009.

[13] Gordon, Jack A. "The Role of Arbitration in Resolving Business Disputes: A Comparative Analysis." Blog post, August 21, 2024.

Celeridad procesal

Una de las ventajas más citadas del arbitraje internacional frente a los procesos judiciales ordinarios es su celeridad. En disputas relacionadas con contratos financieros internacionales, los tiempos son determinantes, una resolución que tarde años en llegar puede significar la pérdida de liquidez, el deterioro de la credibilidad institucional o incluso el agravamiento de una crisis económica. El arbitraje, en cambio, permite diseñar calendarios procesales ajustados a las necesidades de las partes y establecer plazos razonables para la presentación de pruebas y alegatos (Lew, Mistelis & Kröll 2003, 25–27)[14]. Esta flexibilidad es fundamental cuando se trata de bancos centrales que enfrentan tensiones cambiarias o volatilidad en los precios del oro.

Además, la celeridad del arbitraje contribuye a preservar la estabilidad financiera internacional. Los mercados reaccionan a la incertidumbre, y una disputa prolongada entre un banco central y su contraparte privada podría generar especulación o salidas de capital. En este sentido, la posibilidad de resolver el conflicto en meses —y no en años, como suele ocurrir en cortes nacionales— se traduce en un factor que reduce el riesgo sistémico (Gaillard & Savage 1999, 44–46)[15]. No es casual que, en la práctica, las instituciones financieras internacionales valoren cláusulas arbitrales precisamente por su capacidad de limitar la exposición temporal de una controversia.

La flexibilidad en la elección de árbitros y la interdisciplinariedad

Otro aspecto central que hace del arbitraje un mecanismo sumamente atractivo es la designación de los árbitros, que no necesariamente deben ser abogados. En contextos como los de los contratos internacionales vinculados a la explotación de recursos naturales, por ejemplo, el oro, a menudo se requiere una mirada interdisciplinaria.

En estos escenarios se discuten variables económicas complejas: precios internacionales, indicadores macroeconómicos, tasas de interés, valoraciones de riesgo (haircuts en reestructuración de deuda), márgenes de ganancia (mark-up) y movimientos en los mercados de valores. Un abogado con formación puramente jurídica difícilmente podrá analizar a profundidad la interacción de estos elementos sin el apoyo de expertos en economía. Por el contrario, el arbitraje permite que las partes designen economistas especializados en commodities, finanzas internacionales o política económica, cuya experticia garantiza un análisis técnico más completo y contextualizado.

En este sentido, la práctica arbitral se convierte en un espacio donde convergen saberes jurídicos y económicos, creando decisiones que son no solo legalmente sólidas, sino también económicamente racionales. Esto es particularmente relevante en contratos de inversión o compraventa internacional de oro, donde el incumplimiento de una de las partes puede tener repercusiones directas en el flujo de divisas de un país y, por ende, en su estabilidad macroeconómica.

La presencia de expertos con conocimientos financieros y económicos educa los riesgos de resoluciones alejadas de la realidad práctica y de los efectos colaterales en la política económica nacional (BORN, G. 2014, 201)[16].

El idioma y la admisibilidad de la prueba

El arbitraje también sobresale por su capacidad de adaptarse al idioma y a las pruebas presentadas. A diferencia de muchos sistemas judiciales, que exigen la traducción jurada de documentos, la apostilla y la presentación conforme a rígidos códigos procesales, los tribunales arbitrales tienen mayor flexibilidad para

[4] Lew, Julian D. M., Loukas Mistelis, and Stefan Kröll. *Comparative International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 2003.

[15] Gaillard, Emmanuel, and John Savage, eds. *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 1999.

[16] BORN, G. *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2014, p. 201

aceptar pruebas en distintos idiomas o en formatos más adecuados a la práctica comercial. Esta ventaja se refleja directamente en una reducción de costos y tiempos, pero también en una mayor fidelidad al contexto económico real en el que las operaciones fueron concebidas.

Para ilustrar, en contratos internacionales de compraventa de oro o en operaciones de cobertura con derivados financieros, los documentos relevantes suelen estar redactados en inglés, el idioma predominante en el comercio internacional. Someter estas pruebas a cortes nacionales implicaría no solo costos adicionales, sino también el riesgo de perder información técnica en el proceso de traducción. El arbitraje, al aceptar documentos en el idioma en el que fueron producidos y al adaptarse a la práctica del mercado, garantiza que la decisión esté basada en evidencia completa y precisa (Redfern, A.; Hunter, 2009, 105)[17].

Contraste con cortes nacionales o extranjeras

Asimismo, el arbitraje evita la politización que puede surgir en cortes extranjeras, donde las disputas a menudo se ven filtradas por la rivalidad entre estados, partidos o intereses nacionales. Para un banco central, cuya función primordial es mantener la estabilidad macroeconómica y la confianza en la política monetaria, someterse a juicios en cortes de Nueva York o Londres podría exponerlo a tensiones políticas internacionales y afectar negativamente la percepción de independencia institucional (Redfern & Hunter 2009, 157–159)[18]. Por el contrario, el arbitraje garantiza un foro confidencial, imparcial y especializado que preserva tanto la eficacia del proceso como la reputación de la institución.

En definitiva, mientras que las cortes nacionales y extranjeras están atravesadas por tiempos largos, rigidez procedimental y riesgos de politización, el arbitraje se erige como el mecanismo más idóneo, eficiente y confiable para los contratos internacionales de los bancos centrales, especialmente en situaciones de crisis que requieren agilidad, neutralidad y seguridad jurídica

Diferencias entre el arbitraje de inversiones y el arbitraje en operaciones del banco central

Si bien los bancos centrales son entidades estatales, el arbitraje derivado de contratos que suscribe dentro de las operaciones relacionadas con el oro, no debe confundirse con el arbitraje de inversiones. En este contexto, no se trata de inversiones extranjeras, expropiaciones o violaciones a tratados bilaterales de inversión, sino de disputas contractuales con contrapartes financieras internacionales. Schreuer explica que la distinción entre state contracts y investment disputes es esencial para evitar interpretaciones erróneas sobre la aplicabilidad del derecho internacional de las inversiones en estos casos (Schreuer 2009, 16–19) [19]:

La distinción entre state contracts y investment disputes radica principalmente en la naturaleza de la relación jurídica. Los state contracts son acuerdos celebrados entre un Estado y otra parte (frecuentemente privada o institucional), regidos por el derecho contractual y susceptibles de disputas comerciales o financieras. En cambio, los investment disputes surgen de controversias relacionadas con inversiones extranjeras protegidas por tratados internacionales, donde el inversor invoca violaciones a estándares como trato justo o expropiación. En síntesis, mientras los primeros se rigen por el derecho contractual o mercantil, los segundos pertenecen al ámbito del derecho internacional de las inversiones.

El arbitraje de inversiones, típicamente regido por Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) o Tratados de Libre Comercio (TLC), surge como un mecanismo de protección para los inversionistas extranjeros frente a medidas estatales que pueden afectar sus inversiones. En este contexto, los estándares de trato justo y equitativo, nación más favorecida y la prohibición de expropiaciones sin compensación adecuada son elementos fundamentales (SCHREUER, 2009, p. 145)[20]. Sin embargo, las operaciones financieras internacionales en las

[17] REDFERN, A.; HUNTER, M. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Sweet & Maxwell, 2009, p. 105

[18] REDFERN, A.; HUNTER, M. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Sweet & Maxwell, 2009, p. 157-159

[19] Schreuer, Christoph. *The ICSID Convention: A Commentary*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

[20] Schreuer, C. *The ICSID Convention: A Commentary*. Cambridge University Press. 2009, p. 145.

que participan bancos centrales, por ejemplo, créditos colateralizados en oro, swaps de divisas o líneas de liquidez, no encajan en esa lógica. No se trata de una “inversión” protegida bajo el sentido del derecho internacional de inversiones, sino de instrumentos financieros complejos que nacen de contratos entre iguales, más cercanos al derecho mercantil internacional que al de inversiones (BORN, 2014, p. 102)[21].

A diferencia de las inversiones amparadas por un TBI, en estas operaciones financieras no se invoca el trato nacional, la cláusula de la nación más favorecida ni se garantiza automáticamente un estándar de trato justo y equitativo. Por el contrario, las condiciones suelen ser impuestas por los grandes bancos internacionales y aceptadas por los bancos centrales de países emergentes en contextos de crisis de balanza de pagos o de liquidez. Ello genera un régimen mucho más contractual y privado, donde el margen de negociación del Estado es limitado y los términos responden más a las prácticas de los mercados financieros internacionales que a los compromisos multilaterales.

Otra diferencia clave es la ausencia de una dimensión expropiatoria. En el arbitraje de inversiones, gran parte de Los puntos controvertidos derivan de actos soberanos que afectan la propiedad privada de la inversión, directa o indirectamente. En cambio, en los contratos financieros entre bancos centrales y entidades privadas no se discute la privación de activos como inversión extranjera, sino el cumplimiento de obligaciones contractuales: garantías colaterales, plazos de pago, tasas de interés, mark-up o haircuts aplicados. Se trata de un plano estrictamente comercial y financiero, donde el incumplimiento no da lugar a cuestionar el ejercicio de potestades soberanas, sino a resolver un conflicto obligacional (JIMÉNEZ-BLANCO, 2017, p. 211)[22].

Necesidad de armonización jurídica en los contratos financieros internacionales entre bancos centrales

Las operaciones financieras internacionales en las que intervienen bancos centrales suelen implicar la interacción entre dos o más tradiciones jurídicas diferentes. Por un lado, los Estados de tradición civilista, como la mayoría de los países latinoamericanos o europeos continentales, estructuran sus contratos bajo principios codificados, con fuerte énfasis en la ley escrita, la causa del contrato y la buena fe objetiva. Por otro lado, las contrapartes financieras, bancos comerciales, custodios o intermediarios, suelen provenir de jurisdicciones common law, donde el contrato es predominantemente interpretado según la intención de las partes y la jurisprudencia (Merryman 1985, 9-12)[23]. Esta divergencia entre sistemas jurídicos genera un reto para la interpretación y aplicación uniforme de cláusulas contractuales, en especial aquellas relativas a garantías reales, compensaciones, registros, entre otros (Jiménez-Blanco 2017, 205)[24].

La necesidad de uniformidad y armonización en este tipo de transacciones surge de la propia naturaleza del mercado financiero internacional, donde los instrumentos y contratos —como los deeds of charge, pledges, forwards o bullion deposit confirmations— responden a estándares anglosajones adoptados por las grandes instituciones financieras (Prol Pérez 2020, 148)[25]. Así, aunque los bancos centrales de tradición civilista se vinculan mediante contratos sujetos a leyes extranjeras —como la lex arbitri londinense o neoyorquina—, ello no implica necesariamente una pérdida de control jurídico, sino la búsqueda de previsibilidad y coherencia normativa con las prácticas de los mercados donde efectivamente se ejecutan las operaciones. En este sentido, la armonización jurídica no es una renuncia, sino una estrategia de integración técnica y financiera (Roy Pérez 2019, 61)[26].

[21] Born, G. (2014). *International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International.

[22] Jiménez-Blanco, A. (2017). *Derecho de las inversiones extranjeras*. Thomson Reuters Aranzadi.

[23] MERRYMAN, J. *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*. Stanford University Press. 1985, p. 9-12.

[24] JIMÉNEZ-BLANCO, A. *Derecho de las inversiones extranjeras*. Thomson Reuters Aranzadi. 2017, p. 205.

[25] PROL PÉREZ, J. *Arbitraje comercial internacional: una visión desde el derecho español y europeo*. Civitas. 2020, p. 148.

[26] ROY PÉREZ, J. "El arbitraje en operaciones financieras internacionales: notas críticas." *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 27. 2019, p. 61.

Sin embargo, las diferencias en las categorías jurídicas pueden generar tensiones interpretativas. Conceptos como consideration, trust, security interest, enforcement o set-off carecen de equivalentes exactos en los sistemas civilistas, lo que obliga a adoptar un enfoque flexible y funcional en la redacción contractual (Born 2014, 214)[27].

En consecuencia, el arbitraje internacional surge nuevamente como el foro idóneo para resolver controversias que surjan de este mosaico normativo, ya que permite la aplicación de principios de derecho transnacional y soft law (como los UNIDROIT Principles) que ofrecen una base interpretativa neutral entre sistemas jurídicos distintos. Este recurso al arbitraje, además de garantizar imparcialidad y especialización técnica, facilita la uniformidad del derecho aplicable y evita los sesgos inherentes de los tribunales nacionales, sean civilistas o de common law (Schreuer 2009, 158)[28].

Conclusiones

El análisis demuestra que el arbitraje internacional ofrece ventajas significativas frente a la litigación en cortes nacionales, sean estas las de Londres, Nueva York o la jurisdicción del propio banco central latinoamericano del cual surge el supuesto. La neutralidad, especialización y eficiencia que ofrece el arbitraje no solo protegen los intereses institucionales, sino que también fortalecen la seguridad jurídica para ambas partes en este tipo de contratos. Este marco es indispensable para preservar la confianza y certidumbre en la gestión de los bancos centrales.

En la práctica, los bancos centrales suelen acudir a estas operaciones financieras en escenarios de estrés o de crisis económica. Bajo esas circunstancias, el margen de negociación se reduce y los términos contractuales suelen ser impuestos por las contrapartes financieras internacionales, por ejemplo, un banco global como Bank of America que exige la aplicación de la ley de Nueva York y la competencia de los tribunales neoyorquinos. Este escenario coloca a los bancos centrales en una posición de vulnerabilidad frente a jurisdicciones extranjeras. De ahí que la propuesta de este trabajo es clara: la cláusula de resolución de controversias en estos contratos debe ser la arbitral, pues solo el arbitraje ofrece la neutralidad, especialización y eficiencia necesarias para equilibrar las relaciones contractuales y proteger tanto los intereses institucionales como la confianza del mercado[29].

[27] BORN, G. International Commercial Arbitration. Kluwer Law International. 2014, p. 214.

[28] SCHREUER, C. The ICSID Convention: A Commentary. Cambridge University Press. 2009, p. 158.

[29] Rogers, Catherine. Arbitration and Global Governance: Contending Theories and Evidence. Oxford: Oxford University Press, 2014.

Bibliografía

- Gullifer, Louise. "What Should We Do about Financial Collateral?" *Journal of Corporate Law Studies* 19, no. 1 (2019): 39–60.
- Pirrong, Craig. "The Economics of Central Clearing: Theory and Practice." ISDA Discussion Paper Series, May 2011.
- Gârleanu, Nicolae, and Lasse Heje Pedersen. "Margin-Based Asset Pricing and Deviations from the Law of One Price." *Review of Financial Studies* 24, no. 6 (2011): 1980–2022.
- Cont, Rama, and Thomas Kokholm. *Central Clearing of OTC Derivatives: Bilateral vs Multilateral Netting*. arXiv, April 18, 2013. doi:10.48550/arXiv.1304.5065.
- Duffie, Darrell. *Dark Markets: Asset Pricing and Information Transmission in Over-the-Counter Markets*. Princeton: Princeton University Press, 2012.
- Born, Gary B. "Procedural Autonomy under the New York Convention." *NYU Journal of International Law and Politics* 56, no. 1 (2024): 51–106.
- Rogers, Catherine. *Arbitration and Global Governance: Contending Theories and Evidence*. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- Born, Gary B. *International Commercial Arbitration*. 2nd ed. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2014.
- Muth, John F. "Rational Expectations and the Theory of Price Movements." *Econometrica* 29, no. 3 (1961): 315–335.
- Woodford, Michael. *Interest and Prices: Foundations of a Theory of Monetary Policy*. Princeton: Princeton University Press, 2003.
- Blinder, Alan S. "Central-Bank Credibility: Why Do We Care? How Do We Build It?" *American Economic Review* 90, no. 5 (2000): 1421–1431.
- Redfern, Alan, and Martin Hunter. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. 5th ed. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- Gordon, Jack A. "The Role of Arbitration in Resolving Business Disputes: A Comparative Analysis." Blog post, August 21, 2024.
- Lew, Julian D. M., Loukas Mistelis, and Stefan Kröll. *Comparative International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 2003.
- Gaillard, Emmanuel, and John Savage, eds. *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 1999.
- BORN, G. *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2014, p. 201
- REDFERN, A.; HUNTER, M. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Sweet & Maxwell, 2009, p. 105
- REDFERN, A.; HUNTER, M. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Sweet & Maxwell, 2009, p. 157-159
- Schreuer, Christoph. *The ICSID Convention: A Commentary*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.
- Schreuer, C. *The ICSID Convention: A Commentary*. Cambridge University Press. 2009, p. 145.
- Born, G. (2014). *International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International.
- Jiménez-Blanco, A. (2017). *Derecho de las inversiones extranjeras*. Thomson Reuters Aranzadi.
- MERRYMAN, J. *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*. Stanford University Press. 1985, p. 9–12.
- JIMÉNEZ-BLANCO, A. *Derecho de las inversiones extranjeras*. Thomson Reuters Aranzadi. 2017, p. 205.
- PROL PÉREZ, J. *Arbitraje comercial internacional: una visión desde el derecho español y europeo*. Civitas. 2020, p. 148.
- ROY PÉREZ, J. "El arbitraje en operaciones financieras internacionales: notas críticas." *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 27. 2019, p. 61.
- BORN, G. *International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International. 2014, p. 214.
- SCHREUER, C. *The ICSID Convention: A Commentary*. Cambridge University Press. 2009, p. 158.
- Rogers, Catherine. *Arbitration and Global Governance: Contending Theories and Evidence*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

O papel do Grupo de Trabalho III da UNCITRAL para mitigar os riscos decorrentes do sistema Investidor-Estado no contexto da mudança climática

Thiago Lindolpho Chaves
thiago.chaves@agu.gov.br

Resumo

O presente artigo busca definir os principais contornos jurídicos do conflito entre o direito internacional ambiental e o direito internacional de investimentos no contexto da agenda da mudança climática, explorando possíveis soluções de reforma do sistema Investidor-Estado que estão sendo debatidas no Grupo de Trabalho III da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL). Identifica-se, nesse cenário, a importância da proposta de redação da cláusula 19 “direito de regular” do documento “questões procedimentais e transversais” como importante mecanismo para garantir segurança jurídica aos Estados durante o processo de descarbonização de suas economias, notadamente na parte que institui *carve-out* para as medidas ambientais.

Palavras Chaves: Mudança Climática, Disputas Investidor-Estado, Direito de Regular, UNCITRAL, *Carve-outs*.

1. Introdução

Os desafios impostos pela mudança do clima resultaram no desenvolvimento de normas internacionais ambiciosas no âmbito das Nações Unidas com a definição de metas e objetivos concretos a todos os Estados-Membros na tentativa de conter, de forma definitiva, o aquecimento do planeta e, conseqüentemente, evitar potenciais desastres climáticos.

As metas impostas pelo direito ambiental internacional demandam que os Estados adotem medidas regulatórias contundentes para garantir a transição energética para matrizes limpas, eliminando-se as fontes de energia derivadas de combustíveis fósseis. Entretanto, ao mesmo tempo, cláusulas tradicionais de tratados de investimento obrigam que os Estados protejam investimentos estrangeiros em seus territórios ainda que sejam danosos ao meio ambiente.

Esse conflito de atribuições tem gerado grandes dificuldades aos Estados, considerando que as medidas regulatórias para combater a mudança climática acabam por impactar o investimento estrangeiro em combustíveis fósseis, dando origem a uma demanda arbitral iniciada pelo investidor que sentiu prejudicado contra o Estado, requerendo-se compensação em valores extremamente elevados.

Nesse contexto, o presente artigo propõe-se a examinar como as discussões ocorridas no Grupo de Trabalho III da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL), que têm por objetivo reformar a arbitragem Investidor-Estado (ISDS), podem colaborar para que os Estados possam realizar a transição energética adequada sem o risco de serem acionados ou condenados em demandas arbitrais.

Para isso, na primeira seção do artigo, será abordado o marco internacional de combate à mudança climática, enumerando-se os principais instrumentos internacionais que tratam da matéria. Em sequência, a segunda seção focará nos obstáculos impostos pela arbitragem de investimentos para a consecução das políticas regulatórias relativas ao combate à mudança climática. E, por fim, na terceira seção, serão discutidas as propostas do Grupo de Trabalho III da UNCITRAL que têm o potencial de colaborar para a mitigação dos

riscos jurídicos atribuídos ao ISDS no que concerne à adoção das medidas regulatórias visando à descarbonização da matriz energética.

2. Marco normativo internacional de combate à mudança climática

Durante a Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro entre 3 e 4 junho 1992, a Rio 92, representantes de 179 países consolidaram uma agenda global para minimizar os problemas ambientais mundiais, fortalecendo o conceito de desenvolvimento sustentável, consistente no crescimento econômico e social aliado à preservação ambiental e ao equilíbrio climático [1].

À luz desse cenário, foi celebrada, em 9 de maio de 1992, a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima em Nova York (acrônimo em inglês UNFCCC), com o objetivo de estabilizar as concentrações de gases causadores de efeito estufa na atmosfera em um nível que impedisse uma interferência humana perigosa no sistema climático, a ser alcançado em um prazo suficiente que permitisse aos ecossistemas adaptarem-se naturalmente à mudança do clima, assegurando que a produção de alimentos não fosse ameaçada e permitindo ao desenvolvimento econômico prosseguir de maneira sustentável [2].

A UNFCCC consta com 198 Partes, compreendendo 197 Estados e a União Europeia, considerada um dos tratados internacionais com maior número de ratificações[3], tendo entrado em vigor em 21 de março de 1994[4].

Destaca-se que a UNFCCC foi o primeiro instrumento internacional a tratar do princípio da responsabilidade comum, porém diferenciada, segundo o qual sopesam-se as responsabilidades dos Estados para preservação do meio-ambiente de acordo com o processo de industrialização, atribuindo-se aos países desenvolvidos as iniciativas no combate à mudança do clima e a seus efeitos negativos, visto que estes eram os maiores responsáveis pelos níveis de poluição acumulados desde o passado[5].

A Convenção, contudo, ainda é muito vaga, pois, conquanto indique providências a serem adotadas pelos Estados para combater o aquecimento do planeta, não impõe metas quantitativas concretas, razão pela qual iniciaram-se reuniões periódicas anuais dos representantes das Partes - denominadas Conferências das Partes (COP) – para discutir a operabilidade do referido tratado sob um ângulo mais técnico e específico[6]. Nesse sentido, a Convenção serviu de base para dois marcos normativos subsequentes sobre a mudança do clima, o Protocolo de Kyoto e o Acordo de Paris.

[1] "Convenção Quadro Das Nações Unidas Sobre Clima," disponível em <https://antigo.mma.gov.br/clima/convencao-das-nacoes-unidas.html>. Acesso em 11/10/2025

[2] Ibidem.

[3] "United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC) and Climate, Peace and Security," Disponível em <https://www.un.org/climateaction/mechanism/en/united-nations-framework-convention-climate-change-unfccc-and-climate-peace-and-security>. Acesso em 10/10/2025.

[4] "Process and Meetings. United Nations Framework Convention on Climate Change". Disponível em <https://unfccc.int/process-and-meetings/united-nations-framework-convention-on-climate-change#ref1>. Acesso em 10/10/2025.

[5] Nicole de Paula Domingos, * O Protocolo de Kyoto: a União Européia na liderança do regime de mudanças climáticas * in Beatriz Fiorentino Conalço, Elle Akemy Kuroce, e Mariana Fachiano Nakano, *O princípio da responsabilidade comum, porém diferenciada nos tratados de mudança climática* (São Paulo: Unesp - Universidade Estadual Paulista, 2018), 6.

[6] Domingos, Nicole de Paula, 7.

O Protocolo de Quioto, celebrado em 11 de dezembro de 1997, e com entrada em vigor em 16 de fevereiro de 1995, impôs, à luz do princípio da responsabilidade comum, porém diferenciada, metas concretas aos países desenvolvidos para redução de gases de efeito estufa a média de 5% nas emissões em comparação aos níveis de 1990, devendo ser implementadas no período 2008 a 2012, denominado o primeiro período de compromisso[7]. Esse protocolo foi emendado pela “Emenda de Doha”, adotada em 8 de dezembro de 2012, com entrada em vigor em 31 de outubro de 2020, que estabeleceu novas metas para o segundo período de compromisso[8].

Ocorre que, nesse interregno, na 21ª Conferência das Partes (COP21) ocorrida em 12 de dezembro de 2015, foi celebrado o Acordo de Paris, tendo sido adotado pelos 195 Estados Contratantes da UNFCCC, entrando em vigor em 4 de novembro de 2016. O Acordo substituiu o Protocolo de Quioto estabelecendo obrigações vinculantes a todos os Estados para manter o aumento da temperatura média mundial “bem abaixo” dos 2 °C em relação aos níveis pré-industriais e em envidar esforços para limitar o aumento a 1,5 °C, cabendo às Partes apresentarem planos de ação nacionais abrangentes para reduzir as suas emissões de gases de efeito estufa por meio da formulação de sua Contribuição Nacionalmente Determinada (acrônimo em inglês: NDC) [9].

Com efeito, a meta de limitar o aumento a 1,5 °C é relevante, pois, de acordo com o Painel Intergovernamental sobre Mudança do Clima - organização intergovernamental dos países da ONU para análise científica sobre a mudança do clima - caso o planeta aqueça a uma temperatura superior a esse patamar, há riscos de maiores impactos climáticos, incluindo severas secas, ondas de calor e chuvas[10]. Nesse sentido, estabeleceu-se que o limite de 1,5 °C deveria atingir o pico em 2025, decrescendo, subsequentemente, 43% até 2030[11].

Ressalte-se que as NDCs são apresentadas a cada cinco anos ao secretariado da UNFCCC devendo as contribuições sucessivas refletir um avanço em relação à meta apresentada anteriormente, o que demanda ambição por parte dos Estados na programação de redução de suas emissões. Ademais, as Partes podem, a qualquer momento, ajustar sua contribuição nacionalmente determinada existente, ampliando suas metas sem a necessidade de esperar o prazo quinquenal.

3. Obstáculos impostos pela arbitragem de investimentos para cumprimento dos objetivos de combate à mudança climática

Como se viu no tópico anterior, há obrigação internacional vinculante aos Estados signatários do Acordo de Paris para cumprirem ambiciosas metas de redução de emissão de gases causadores de efeito estufa em prazos quinquenais em caráter urgência. Nesse sentido, uma das principais medidas para consecução desses objetivos em um prazo tão exíguo consiste na eliminação da dependência energética em relação aos combustíveis fósseis, uma vez que representam 75% das emissões globais de dióxido de carbono para atmosfera[12].

Ocorre que a eliminação dessa matriz energética perpassa necessariamente por um conflito com os amplos direitos de proteção conferidos por tratado internacionais a investidores estrangeiros, garantidos por cláusulas arbitrais Investidor-Estado (ISDS). Nesse sistema de resolução de disputas, o investidor estrangeiro, caso entenda que uma medida do Estado anfitrião tenha violado o tratado internacional, causando prejuízos a seus investimentos, poderá acionar o Estado em um tribunal arbitral internacional para requerer compensação.

[11]“UNFCCC. The Kyoto Protocol. United Nations Framework Convention on Climate Change”. Disponível em <https://unfccc.int/process-and-meetings/the-kyoto-protocol>. Acesso em 15/10/2025.

[12]“UNFCCC. The Kyoto Protocol. United Nations Framework Convention on Climate Change”. Disponível em <https://unfccc.int/process-and-meetings/the-kyoto-protocol#:~:text=In%20Doha%2C%20Qatar%2C%20on%208,for%20the%20second%20commitment%20period>. Acessado em 15/10/2025.

Vale destacar que o sistema de disputas ISDS tem sido alvo de imensas críticas na comunidade internacional, dentre as quais destaca-se: (i) concessão aos investidores estrangeiros direitos maiores do que aqueles dos investidores domésticos, criando condições de concorrência desiguais; (ii) exposição dos Estados anfitriões a riscos jurídicos e financeiros, sem trazer benefícios adicionais, podendo levar a uma “paralisa regulatória” (“regulatory chill”), (iii) ausência de legitimidade suficiente por ser modelado na arbitragem comercial privada, carecendo de transparência e levantando preocupações quanto à independência e imparcialidade dos árbitros; (iv) inconsistência entre as decisões adotadas por diferentes tribunais sobre questões idênticas ou semelhantes. (v) impossibilidade de correção de decisões errôneas; (vi) criação de incentivos para o “planejamento de nacionalidade” por parte de investidores de terceiros países (ou do próprio Estado anfitrião) a fim de obter acesso ao ISDS; (vii) sistema muito caro para os usuários; (viii) pouco valor adicional na presença de sistemas jurídicos domésticos bem estabelecidos e funcionais[13].

Assim, no contexto de políticas públicas voltadas a combater a mudança climática, eventual aprovação de uma norma regulatória ambiental direcionada a eliminar progressivamente a dependência de um Estado em relação aos combustíveis fósseis pode levar a dois principais problemas.

O primeiro reside nos elevados custos para o Estado, já que haverá o risco de pagar indenizações significativas — às vezes na casa de bilhões de dólares — cobrindo os lucros cessantes do investidor, e, mesmo sagrando-se vencedor, terá que arcar com custos importantes associados à defesa e às despesas legais, considerando que o custo médio da defesa de um Estado em um processo ISDS é de, aproximadamente, 5 milhões de dólares[14].

Com efeito, estima-se que o valor de investimentos em combustíveis fósseis protegidos por tratados internacionais de investimentos seria bastante elevado: em dezenas, ou mais provável, centenas de bilhões de dólares[15]. Por exemplo, em 2021, somente o valor dos investimentos em combustíveis fósseis amparados pelo Tratado da Carta de Energia era de 344,6 bilhões de euros[16].

O segundo importante efeito consiste na paralisa regulatória (regulatory chill), que consiste no potencial inibidor do mecanismo ISDS em dissuadir os Estados anfitriões de implementar regulamentos para satisfação do interesse público ante o risco de enfrentarem um custoso litígio arbitral[17].

Ora, é evidente o risco de paralisação regulatória das políticas públicas voltadas à mudança climática, uma vez que o sistema de disputas ISDS é utilizado em demasia pela indústria de combustíveis fósseis, com, pelo menos, 192 demandas arbitrais já propostas destinadas a proteger seus investimentos[18].

[13] Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento * Improving Investment Dispute Settlement: UNCTAD policy tools* (Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento, 2017)

p. 9. Disponível em https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcb2017d8_en.pdf. Acesso em 11/10/2025.

[14] Josef Ostransky; Florencia Sarmiento, e Suzy Nikiema. * Why Is Investment Treaty and Investor–State Dispute Settlement Reform Needed? Questions & answers March 2025 * (Instituto Internacional para o Desenvolvimento Sustentável, 2005), p. 10. Disponível em

[https://www.iisd.org/publications/report/investment-treaty-and-isds-reform-questions-answers?](https://www.iisd.org/publications/report/investment-treaty-and-isds-reform-questions-answers?gad_source=1&gad_campaignid=22208053183&gbraid=0AAAAADQ3eTDoQAB0sIj8Eit6B_GMNxQ2&gclid=Cj0KCOjwjL3HBhCgARIsAPUg7a6wTPD)

[FRWF3UBZNaCyzW3cxLkpDfR7xQj68fC_IV07XnmuLKnQY2RsaArFjEALw_wcB](https://www.iisd.org/publications/report/investment-treaty-and-isds-reform-questions-answers?gad_source=1&gad_campaignid=22208053183&gbraid=0AAAAADQ3eTDoQAB0sIj8Eit6B_GMNxQ2&gclid=Cj0KCOjwjL3HBhCgARIsAPUg7a6wTPD). Acesso em 10/10/2025.

[15] Joshua Paine, Elizabeth Sheargold. * A Climate Change Carve-Out for Investment Treaties * Journal of International Economic Law, Volume 26, Issue 2, June 2023, p. 289. Disponível em <https://doi.org/10.1093/jiel/jgad011>. Acesso em 11/10/2025.

[16] Oliver Moldenhauer and Nico Schmidt, * ECT Data Analysis: Results and Methods * (Investigate Europe, 2021). Disponível em <https://www.investigateeurope.eu/en/2021/ect-data>. Acesso em 10/10/2025.

[17] Ostransky JOSE; Sarmiento Florencia, e Nikiema Suzy, p. 10.

[18] Joshua Paine, Elizabeth Sheargold, p. 288.

Vale destacar que o sistema de disputas ISDS tem sido alvo de imensas críticas na comunidade internacional, dentre as quais destaca-se: (i) concessão aos investidores estrangeiros direitos maiores do que aqueles dos investidores domésticos, criando condições de concorrência desiguais; (ii) exposição dos Estados anfitriões a riscos jurídicos e financeiros, sem trazer benefícios adicionais, podendo levar a uma “paralisa regulatória” (“regulatory chill”), (iii) ausência de legitimidade suficiente por ser modelado na arbitragem comercial privada, carecendo de transparência e levantando preocupações quanto à independência e imparcialidade dos árbitros; (iv) inconsistência entre as decisões adotadas por diferentes tribunais sobre questões idênticas ou semelhantes. (v) impossibilidade de correção de decisões errôneas; (vi) criação de incentivos para o “planejamento de nacionalidade” por parte de investidores de terceiros países (ou do próprio Estado anfitrião) a fim de obter acesso ao ISDS; (vii) sistema muito caro para os usuários; (viii) pouco valor adicional na presença de sistemas jurídicos domésticos bem estabelecidos e funcionais[13].

Assim, no contexto de políticas públicas voltadas a combater a mudança climática, eventual aprovação de uma norma regulatória ambiental direcionada a eliminar progressivamente a dependência de um Estado em relação aos combustíveis fósseis pode levar a dois principais problemas.

O primeiro reside nos elevados custos para o Estado, já que haverá o risco de pagar indenizações significativas — às vezes na casa de bilhões de dólares — cobrindo os lucros cessantes do investidor, e, mesmo sagrando-se vencedor, terá que arcar com custos importantes associados à defesa e às despesas legais, considerando que o custo médio da defesa de um Estado em um processo ISDS é de, aproximadamente, 5 milhões de dólares[14].

Com efeito, estima-se que o valor de investimentos em combustíveis fósseis protegidos por tratados internacionais de investimentos seria bastante elevado: em dezenas, ou mais provável, centenas de bilhões de dólares[15]. Por exemplo, em 2021, somente o valor dos investimentos em combustíveis fósseis amparados pelo Tratado da Carta de Energia era de 344,6 bilhões de euros[16].

O segundo importante efeito consiste na paralisa regulatória (regulatory chill), que consiste no potencial inibidor do mecanismo ISDS em dissuadir os Estados anfitriões de implementar regulamentos para satisfação do interesse público ante o risco de enfrentarem um custoso litígio arbitral[17].

Ora, é evidente o risco de paralisação regulatória das políticas públicas voltadas à mudança climática, uma vez que o sistema de disputas ISDS é utilizado em demasia pela indústria de combustíveis fósseis, com, pelo menos, 192 demandas arbitrais já propostas destinadas a proteger seus investimentos[18].

[13] Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento * Improving Investment Dispute Settlement: UNCTAD policy tools* (Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento, 2017)

p. 9. Disponível em https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcb2017d8_en.pdf. Acesso em 11/10/2025.

[14] Josef Ostransky; Florencia Sarmiento, e Suzy Nikiema. * Why Is Investment Treaty and Investor–State Dispute Settlement Reform Needed? Questions & answers March 2025 * (Instituto Internacional para o Desenvolvimento Sustentável, 2005), p. 10. Disponível em

https://www.iisd.org/publications/report/investment-treaty-and-isds-reform-questions-answers?gad_source=1&gad_campaignid=22208053183&gbraid=0AAAAADQ3eTDoQAB0sIj8Eit6B_GMNxQ2&gclid=Cj0KCOjwjl3HBhCgARIsAPUg7a6wTPD_FRWF3UBZNaCyzW3cxLkpDfR7xQj68fC_IV07XnmuLKnQY2RsaArFjEALw_wcB. Acesso em 10/10/2025.

[15] Joshua Paine, Elizabeth Sheargold. * A Climate Change Carve-Out for Investment Treaties * Journal of International Economic Law, Volume 26, Issue 2, June 2023, p. 289. Disponível em <https://doi.org/10.1093/jiel/jgad011>. Acesso em 11/10/2025.

[16] Oliver Moldenhauer and Nico Schmidt, * ECT Data Analysis: Results and Methods * (Investigate Europe, 2021). Disponível em <https://www.investigateeurope.eu/en/2021/ect-data>. Acesso em 10/10/2025.

[17] Ostransky JOSE; Sarmiento Florencia, e Nikiema Suzy, p. 10.

[18] Joshua Paine, Elizabeth Sheargold, p. 288.

À luz desse cenário, o Grupo de Trabalho III do Painel Intergovernamental sobre Mudança do Clima – IPCC ressaltou que o sistema ISDS é um dos riscos para os esforços de mitigação da mudança climática diante da necessidade da eliminação da dependência energética dos combustíveis fósseis[19].

Vale destacar que as preocupações da comunidade internacional com os riscos do ISDS para obstaculizar a transição energética tem se confirmado na prática, haja vista as inúmeras demandas arbitrais registradas visando ao pagamento de indenização em face de medidas estatais que determinaram o encerramento de investimentos em combustíveis fósseis.

Por exemplo, em 2022, o Estado Italiano foi condenado a compensar um investidor de combustíveis fósseis no mar Adriático no valor de 190 milhões de euros devido à medida regulatória que banira a produção de óleo e gás offshore no país. A Holanda, por sua vez, foi processada por dois investidores de carvão em razão de regulamento editado em 2019 que determinara o fim da utilização dessa fonte energética, tendo as demandas sido posteriormente descontinuadas[20]. Outro exemplo ocorreu na América do Norte, onde os Estados Unidos da América enfrentaram processo arbitral em razão da revogação de licença de construção de gasoduto ante preocupações ambientais, tendo o processo sido extinto por ausência de jurisdição[21].

Inúmeros outros casos podem ser citados, todos relacionados a medidas proferidas no contexto de políticas públicas voltadas ao combate da mudança climática, tais como Azienda Elettrica Ticinese v. Alemanha, Towra v. Eslovênia, Ascent Resources v. Eslovênia, Clara Petroleum Ltd v. Romênia, Lansdowne Oil & Gas v. Irlanda, Klesch v. Dinamarca, Alemanha e União Europeia, ExxonMobil v. Holanda, GreenX Metals v. Polônia[22].

4. Opções discutidas na UNCITRAL para mitigar os riscos decorrentes do sistema Investidor-Estado à luz da mudança climática

A UNCITRAL, em sua quinquagésima sessão, ocorrida em 14 de julho de 2017, conferiu ao Grupo de Trabalho III um amplo mandato para reformar o ISDS, cabendo identificar se a reforma seria desejável e, em caso positivo, providenciar soluções para modificação do sistema[23].

Ao longo de suas deliberações, o Grupo teria firmado entendimento de que as opções de reforma deveriam estar focadas em questões procedimentais[24], não obstante a posição de diversas delegações no sentido de que normas substantivas também deveriam ser objeto de modificação[25].

[19] Joshua Paine, Elizabeth Sheargold, p. 285.

[20] RWE AG v. RWE Eemshaven Holding II BV v Reino dos Países Baixos, Caso ICSID No ARB/21/4, Ordem de descontinuação dos procedimentos e decisão em custas. Uniper SE, Uniper Benelux Holding BV e Uniper Benelux NV v. Reino dos Países Baixos, Caso ICSD No ARB/21/22. Ordem de descontinuação dos procedimentos e decisão em custas.

[21] TC Energy Corporation v TransCanada Pipelines Limited v Estados Unidos da América, Caso ICSID No ARB/21/63, Laudo (12 Julho 2024).

[22] Clémentine Baldon e Rosane Creveia. *Overview of Recent Fossil Fuel Arbitration Cases Under the Energy Charter Treaty* (Instituto Internacional para o Desenvolvimento Sustentável, 2025). Disponível em <https://www.iisd.org/itn/2025/01/27/overview-recent-fossil-fuel-arbitration-cases-under-energy-charter-treaty-clementine-baldon-rosanne-craveia/>. Acesso em 12/10/2025

[23] Investment Treaty News. *UNCITRAL receives mandate to work on ISDS reform; Transparency Convention to enter into force on October 18, 2017*. (Instituto Internacional para o Desenvolvimento Sustentável, 2017). Disponível em <https://www.iisd.org/itn/2017/09/26/uncitral-receives-mandate-to-work-on-isds-reform-transparency-convention-to-enter-into-force-on-october-18-2017/>. Acesso em 14/10/2025.

[24] Relatório do Grupo de trabalho de sua trigésima quinta sessão (Nova York, 23–27 April 2018), p. 18.

[25] Submissão conjunta feita pelo Centro de Columbia sobre Desenvolvimento Sustentável, Centro do Sul e Instituto Internacional para Meio Ambiente e Desenvolvimento. Disponível em https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/r2r_memo_for_wgiii_47th_session.pdf. Acesso em 14/10/2025.

Nesse sentido, o Secretariado preparou um documento específico direcionado a abordar diversas questões procedimentais e transversais consideradas mais críticas no sistema ISDS (cálculo de danos, direito de regular, terceiro-financiador, demanda de acionistas, etc)[26], proposta que tem sido apontada por algumas delegações como uma das mais substanciais e relevantes para a consecução da reforma.

Nesse sentido, verifica-se que os riscos do ISDS para as políticas de mudança climática, como o “regulatory chill” estão contemplados justamente nesse documento, sobretudo na cláusula 19 que tratado do direito de regular do Estado, verbis:

Disposição preliminar 19: Direito de regulamentar

Nada no Acordo deve ser interpretado como uma limitação ao direito das Partes Contratantes de regulamentar e de adotar, manter e aplicar quaisquer medidas que considerem apropriadas para garantir que os investimentos sejam realizados de maneira sensível à proteção da saúde pública, da segurança pública, dos direitos humanos, dos interesses essenciais de segurança ou do meio ambiente, bem como à promoção e proteção da diversidade cultural, ou [...].

Ao avaliar a alegada violação, por uma Parte Contratante, de sua obrigação nos termos do Acordo, o Tribunal deverá conceder um alto grau de deferência que o direito internacional confere às Partes Contratantes no que diz respeito [ao desenvolvimento de políticas internas, bem como à implementação de compromissos internacionais (incluindo o cumprimento do Acordo de Paris ou de qualquer princípio ou compromisso contido nos artigos 3 e 4 da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima)], ao direito de regulamentar e ao direito de adotar, manter e aplicar medidas sensíveis à proteção da saúde pública, da segurança pública, dos direitos humanos, dos interesses essenciais de segurança ou do meio ambiente, bem como à promoção e proteção da diversidade cultural, ou [...].

Nenhuma reclamação poderá ser apresentada se a medida alegadamente constitutiva de violação do Acordo tiver sido adotada pelo Estado Contratante com o objetivo de proteger a saúde pública, a segurança pública, os direitos humanos, os interesses essenciais de segurança ou o meio ambiente, ou de promover e proteger a diversidade cultural, ou [...]. (grifos nossos).

Essa cláusula foi submetida à discussão do Grupo de Trabalho na segunda parte da quinquagésima primeira sessão, ocorrida nos dias 7 a 11 de abril de 2025 em Nova Iorque. Como esperado, houve divergência entre as delegações sobre o fato de o dispositivo estar inserido ou não no escopo do mandato do Grupo de Trabalho, uma vez que trataria de norma substantiva e não procedimental [27]. Ademais, enquanto algumas delegações demonstraram preocupações em relação aos três parágrafos, outras defenderam a manutenção de todos, por serem complementares[28]. Também foram feitas sugestões de reformulação de linguagem em relação aos dispositivos[29]. Não obstante a divergência, determinou-se que o Secretariado providenciase linguagem em relação aos parágrafos 2º e 3º a ser submetida para análise nas próximas sessões [30].

[26] UNCITRAL, *Questões procedimentais e transversais* (A/CN.9/WG.III/WP.244), disponível em https://uncitral.un.org/en/working_groups/3/investor-state. Acesso em 14/10/2025.

[27] Relatório da quinquagésima primeira sessão, segunda parte (Nova York, 7 a 11 de abril de 2025), p. 17, disponível em <https://docs.un.org/en/A/CN.9/1196/Add.1>. Acesso em 12/10/2025.

[28] Ibidem.

[29] Ibidem.

[30] Ibidem.

Como se pode verificar da linguagem do dispositivo preliminar 19, ambos os parágrafos que serão explorados pelo Secretariado podem trazer vantagens aos Estados que pretendam regular seu respectivo setor energético a fim de eliminar a dependência em relação aos combustíveis fósseis.

Com efeito, a opção contida no parágrafo 2º determina que os tribunais arbitrais, ao analisar eventual conflito entre o direito de regular do Estado para a proteção ambiental e o direito do investidor à proteção, deverá conceder um alto grau de deferência que o direito internacional confere aos Estados no que diz respeito ao desenvolvimento de políticas internas, à implementação de compromissos internacionais e ao próprio direito a regular para proteção de interesses da coletividade.

Nesse sentido, entende-se que, no momento da ponderação dos direitos em conflito, o tribunal arbitral deverá dar mais peso ao interesse público que fundamenta medida adotada pelo Estado em detrimento de uma análise meramente privada de proteção do investimento. Caso isso ocorra, os Estados terão mais espaço regulatório para garantir que suas economias transitem para matrizes energéticas limpas de modo a efetivamente cumprir com as metas do Acordo de Paris.

Noutro giro, a opção contida no parágrafo 2º, conquanto tenha aptidão para mitigar efeitos inibidores ao direito de regular, é menos ambiciosa que a opção contida no parágrafo 3º que institui um carve-out para as medidas regulatórias, não podendo ser questionada, portanto, perante o sistema de resolução de controvérsias ISDS caso se verifique que a política pública implementada tenha por objetivo satisfazer um dos interesses coletivos ali listados (saúde, meio ambiente, etc).

Essa proposta, evidentemente, garante aos Estados a segurança jurídica necessária para transição climática, já que suas medidas regulatórias não poderão ser questionadas perante um tribunal arbitral, viabilizando, por exemplo, a implementação de políticas públicas que determinem o término dos investimentos em combustíveis fósseis.

Cumpra-se destacar que a inserção de carve-outs em tratados de investimento não constitui nenhuma novidade, já tendo sido usados para medidas tributárias[31], de controle de tabaco[32], proteção da saúde pública[33] ou mesmo para medidas regulatórias mais gerais destinadas a satisfazer políticas públicas domésticas ou o cumprimento de obrigações internacionais[34]. Nesse sentido, a criação de um carve-out para medidas estatais de combate ao câmbio climático tem sido vista como um importante e efetivo mecanismo para prevenir a paralisação regulatória no contexto da mudança climática[35].

Importante mencionar que, no Grupo de Trabalho III da UNCITRAL, algumas delegações consideraram que a linguagem do parágrafo 3º poderia ter um alcance demasiadamente ampliado[36], o que não justifica sua exclusão, pois é perfeitamente possível que se busque um carve-out mais restrito para angariar apoio político à proposta[37].

[31] Tratado Bilateral de Investimento Cingapura–EAU, art 2 (3).

[32] Acordo Abrangente e Progressivo para a Parceria Transpacífica, art. 29 (5).

[33] Indonésia–Australia CEPA art 14.21(1)(b)), Peru–Austrália FTA capítulo 8, Seção B fn. 17.

[34] Protocolo de Investimento da Área de Livre Comércio Continental Africana, art. 24.

[35] Gus Van Harten, * An ISDS Carve-Out to Support Action on Climate Change * (Série de Trabalhos de Pesquisa em Estudos Jurídicos de Osgoode, 2015). Disponível em <https://ssrn.com/abstract=2663504> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2663504>; Joshua Paine, Elizabeth Sheargold, * A Climate Change Carve-Out for Investment Treaties *. (Jornal de Direito Internacional Econômico, 2023), 285–304.

[36] Relatório da quinquagésima primeira sessão, segunda parte (Nova York, 7 a 11 de abril de 2025), p. 17, disponível em <https://docs.un.org/en/A/CN.9/1196/Add.1>.

[37] Joshua Paine, Elizabeth Sheargold. "Shoehorning Substance into a Procedural Mandate? The Right to Regulate and UNCITRAL Working Group III", (EJIL:Talk!, 2023). disponível em <https://www.ejiltalk.org/shoehorning-substance-into-a-procedural-mandate-the-right-to-regulate-and-uncitral-working-group-iii/>. Acesso em 15 de outubro de 2025.

No mais, é importante reiterar a preocupação de que a aplicação desse carve-out não seja determinado por tribunais arbitrais[38], eis que são normalmente compostos por árbitros especializados em direito internacional dos investimentos e não costumam ter a expertise necessária para avaliar se a medida adotada pelo Estado, de fato, tem por objetivo combater a mudança climática. Dessa forma, a previsão de um mecanismo para regulação desse carve-out no tratado se mostra relevante, sendo pertinente a sugestão de que, havendo um litígio Investidor-Estado envolvendo uma medida ambiental, a questão seja remetida, antes, a um painel bilateral das autoridades domésticas dos Estados-Partes, com expertise no tema, para definir se a medida estatal estaria ou não contemplada no carve-out, decisão que vincularia, então, o tribunal arbitral[39].

4. Conclusão

A urgência da pauta climática demanda uma resposta mais ágil da comunidade internacional plasmada no Acordo de Paris que estabeleceu a obrigação a todos os Estados de definirem suas metas individuais e periódicas para reduzir gases causadores de efeito estufa a fim de que se cumpra com o objetivo de manter o aumento da temperatura média mundial “bem abaixo” dos 2 °C em relação aos níveis pré-industriais.

As metas ambiciosas do Acordo de Paris têm exigido dos Estados uma postura mais contundente e emergencial, o que levou a adoção de medidas determinando a eliminação dos investimentos em combustíveis fósseis em seus territórios, conflitando com normas protetivas de investimentos estrangeiros com cláusulas arbitrais ISDS. Nesse sentido, Estados que optaram por banir os investimentos combustíveis fósseis têm sido demandados em tribunais arbitrais por investidores estrangeiros que exigem alta compensação financeira pelos prejuízos em decorrência das medidas regulatórias.

Essa situação evidencia um dos principais problemas do ISDS, consistente nos riscos de paralisação regulatória (regulatory chill), haja vista que os Estados podem deixar de adotar medidas regulatórias para o combate à mudança climática por temerem futuras disputas arbitrais reconhecidamente custosas e que, possivelmente, podem resultar em elevada condenação.

Nesse sentido, se mostra relevante os trabalhos conduzidos no Grupo de Trabalho III da UNCITRAL para reformar o sistema ISDS, notadamente a proposta de cláusula de direito a regular que, se incluída em um instrumento multilateral, poderá propiciar aos Estados mais segurança jurídica para promoverem a descabornização de suas economias, notadamente se for mantida a redação do parágrafo 3º do dispositivo que exclui do escopo do mecanismo de solução de controvérsias as medidas regulatórias do Estado para proteção do meio ambiente.

Não havendo consenso em tornos das matérias sujeitas ao carve-out, é plenamente possível que o escopo do parágrafo 3º seja reduzido para que englobe as matérias que os Estados julguem mais pertinentes no contexto da transição climática, sem prejuízo da manutenção da redação contida no parágrafo 2º da proposta, que trata do teste da “alta deferência” às políticas domésticas, havendo, nesse caso, uma complementação entre as medidas contidas nos dois parágrafos.

[38] Joshua Paine e Elizabeth Sheargold, *A Climate Change Carve-Out for Investment Treaties*, p. 298.

[39] *Ibidem*, p. 302.

5. Bibliografia

- BALDON Clémentine e CREVEJA Rosane. *Overview of Recent Fossil Fuel Arbitration Cases Under the Energy Charter Treaty* (Instituto Internacional para o Desenvolvimento Sustentável, 2025).
- Acordo de Paris e NDC. Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações. Disponível em https://www.gov.br/mcti/pt-br/acompanhe-o-mcti/sirene/publicacoes/acordo-de-paris-e-ndc/arquivos/pdf/acordo_paris.pdf.
- Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento, * Improving Investment Dispute Settlement: UNCTAD policy tools* (Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento, 2017).
- Convenção Quadro Das Nações Unidas Sobre Clima. Disponível em <https://antigo.mma.gov.br/clima/convencao-das-nacoes-unidas.html>.
- DOMINGOS, Nicole de Paula. * O Protocolo de Kyoto: a União Européia na liderança do regime de mudanças climáticas * in CONALGO, Beatriz Fiorentino, KUROCE Elle Akemy, e NAKANO Mariana Fachiano, *O princípio da responsabilidade comum, porém diferenciada nos tratados de mudança climática* (São Paulo: Unesp - Universidade Estadual Paulista, 2018).
- Investment Treaty News. * UNCITRAL receives mandate to work on ISDS reform; Transparency Convention to enter into force on October 18, 2017 *. (Instituto Internacional para o Desenvolvimento Sustentável, 2017).
- MOLDENHAUER Oliver and SCHMIDT Nico. * ECT Data Analysis: Results and Methods * (Investigate Europe, 2021).
- OTRANSKY, Josef, SARMIENTO, Florencia e NIKIEMA, Suzy. * Why Is Investment Treaty and Investor–State Dispute Settlement Reform Needed? Questions & answers March 2025 * (Instituto Internacional para o Desenvolvimento Sustentável, 2025).
- PAINE, Joshua e SHEARGOLD Elizabeth. *A Climate Change Carve-Out for Investment Treaties * (Jornal de Direito Internacional Econômico, Volume 26, 2023, p. 285–304.).
- PAINE, Joshua e SHEARGOLD, Elizabeth. Shoehorning Substance into a Procedural Mandate? The Right to Regulate and UNCITRAL Working Group III. (EJIL: Talk!, 2023)
- STEEN, M. * Greenhouse Gas Emissions from Fossil Fuel Fired Power Generation Systems * (EUR 19754 EN. 2001. JRC21207).
- Submissão conjunta feita pelo Centro de Columbia sobre Desenvolvimento Sustentável, Centro do Sul e Instituto Internacional para Meio Ambiente e Desenvolvimento.
- UNCITRAL. Documento sobre Questões procedimentais e transversais.
- UNCITRAL. Relatório da quinquagésima primeira sessão, segunda parte (Nova York, 7 a 11 de abril de 2025)
- UNCITRAL. Relatório do Grupo de trabalho de sua trigésima quinta sessão (Nova York, 23–27 April 2018).
- UNFCCC. Climate Security Mechanism. Disponível em <https://www.un.org/climatesecuritymechanism/en/united-nations-framework-convention-climate-change-unfccc-and-climate-peace-and-security>.
- UNFCCC. Process and Meetings. Disponível em <https://unfccc.int/process-and-meetings/united-nations-framework-convention-on-climate-change#ref1>.
- UNFCCC. The Kyoto Protocol. United Nations Framework Convention on Climate Change. Disponível em <https://unfccc.int/process-and-meetings/the-kyoto-protocol>.
- UNFCCC. The Paris Agreement. United Nations Framework Convention on Climate Change. Disponível em <https://unfccc.int/process-and-meetings/the-paris-agreement>.
- Van Harten, Gus. * An ISDS Carve-Out to Support Action on Climate Change * York: Série de Trabalhos de Pesquisa em Estudos Jurídicos de Osgoode, 2015.

Precedentes

- RWE AG v. RWE Eemshaven Holding II BV v Reino dos Países Baixos, Caso ICSID No ARB/21/4, Ordem de descontinuação dos procedimentos e decisão em custas.
- TC Energy Corporation v TransCanada Pipelines Limited v United States of America, ICSID Case No ARB/21/63, Laudo (12 Julho 2024).

- Uniper SE, Uniper Benelux Holding BV e Uniper Benelux NV v. Reino dos Países Baixos, Caso ICSD No ARB/21/22. Ordem de descontinuação dos procedimentos e decisão em custas.

Acordos Internacionais

- Acordo Abrangente e Progressivo para a Parceria Transpacífica
- Indonésia–Australiá CEPA
- Peru–Australiá FTA
- Protocolo de Investimento da Área de Livre Comércio Continental Africana, art. 24.
- Tratado Bilateral de Investimento Cingapura–EAU

Decisiones sustentadas en las determinaciones de Metalclad sobre la obligación de tener un marco jurídico transparente: los frutos del árbol envenenado

Alejandro Rebollo Ornelas.

Director de Consultoría Jurídica de Comercio Internacional, Secretaría de Economía, México.[1]

alejandro.rebollo@economia.gob.mx

Resumen

La fundamentación utilizando decisiones arbitrales previas es una práctica que, a pesar de no ser obligatoria, es común en el arbitraje de inversión, creando así un sistema de precedentes de facto. Si bien se reconoce que este uso de precedentes refuerza la coherencia del sistema, también puede perpetuar errores pasados. Un ejemplo de ello es Metalclad c. México, en donde el tribunal arbitral determinó que México violó una obligación inexistente en el TLCAN: contar con un marco jurídico transparente para el inversionista. Esta porción del laudo fue anulada por la Suprema Corte de Columbia Británica, al considerar que el tribunal arbitral sobrepasó sus facultades y creó una obligación no acordada por las Partes del TLCAN.

A pesar de esta anulación, el razonamiento de Metalclad sigue siendo citado para fundamentar nuevas decisiones, lo que representa un problema grave: la perpetuación de un razonamiento jurídico errado. Esta situación es similar a la doctrina de los “frutos del árbol envenenado”, en donde una prueba obtenida de manera ilícita contamina tanto la admisibilidad de ésta, como la de aquellas que deriven de ella.

En este sentido, la fundamentación en laudos anulados, o decisiones que se basan en ellos, compromete la legitimidad del sistema en general, pues se tiene como fundamento un acto errado. De esta forma, la responsabilidad de evitar esta práctica recae tanto en los tribunales arbitrales como en los abogados de parte que comparecen ante estos, quienes deben ejercer un juicio crítico frente a los precedentes, y no adoptarlos mecánicamente.

Abstract

The use of prior arbitral decisions as a basis for reasoning is a practice that, although not mandatory, is common in investment arbitration, thereby creating a de facto system of precedents. While it is acknowledged that this use of precedents enhances the system's coherence, it may also perpetuate past errors. One such example is Metalclad v. Mexico, where the arbitral tribunal found that Mexico breaches a non-existent obligation under NAFTA: the requirement to maintain a transparent legal framework for the investor. This portion of the award was set aside by the Supreme Court of British Columbia, which held that the tribunal had exceeded its powers and created an obligation not agreed upon by the NAFTA Parties.

Despite this annulment, the reasoning in Metalclad continues to be cited to support new decisions, which poses a serious problem: the perpetuation of flawed legal reasoning. This situation is similar to the doctrine of the “fruits of the poisonous tree,” under which evidence obtained unlawfully taints not only its own admissibility but also that of any evidence derived from it.

In this regard, reliance on annulled awards, or on decisions that are themselves based on them, undermines

[1] Las opiniones expresadas en el presente trabajo son emitidas exclusivamente en carácter personal del autor, por lo que no necesariamente representan la postura de la Secretaría de Economía o del Estado mexicano.

the legitimacy of the system as a whole, as it rests on a flawed act. Thus, the responsibility to avoid this practice lies both with arbitral tribunals and with counsel appearing before them, who must exercise critical judgment toward precedents rather than adopting them mechanically.

Palabras clave. Precedentes, Decisiones, Anulación, Transparencia, Metalclad.

I. Introducción

El gran número de laudos emitidos en arbitrajes en materia de inversión al día de hoy ha creado un vasto acervo de decisiones públicas sumamente relevante para la resolución de controversias presentes y futuras. Idealmente esta serie de decisiones debería servir para, no solo consolidar el derecho internacional de las inversiones, sino mejorarlo, entre otras cosas, dotándole de legitimidad a un sistema de resolución de controversias inversionista-Estado que es cada vez más criticado.

No obstante lo anterior, la práctica demuestra a veces lo contrario: decisiones incorrectas que incluso han sido anuladas, siguen siendo utilizadas por abogados de parte para sustentar sus posturas, e incluso por tribunales arbitrales para basar en ellas sus decisiones finales.

Esto demuestra que, el sistema de arbitraje de inversión en algunos temas, como aquel relativo a la obligación del Estado de contar con un marco jurídico transparente, se ha edificado sobre razonamientos viciados. Lejos de avanzar hacia una consistencia auténtica, la reiteración de errores amenaza la integridad del régimen y la confianza en la solidez de sus decisiones.

Así, el presente análisis aborda precisamente esta problemática tomando como ejemplo Metalclad c. México: un laudo parcialmente anulado que, pese a su nulidad, sigue siendo invocado como fundamento en controversias posteriores. A partir de este ejemplo, se examinan los límites de la consistencia, la responsabilidad de los tribunales y de los abogados en la selección de sus fundamentos, y la necesidad de construir una coherencia legítima con relación a las decisiones en la práctica arbitral internacional.

Este artículo se divide en cinco partes principales. Primeramente, la **Sección II** introduce el concepto de “precedente” en el arbitraje de inversión, además, explica su finalidad y uso. Una vez establecido lo anterior, la **Sección III** analiza el valor y consecuencias jurídicas de laudos anulados. Por su parte, la **Sección IV** examina el caso Metalclad c. México, con particular énfasis en las determinaciones relativas a la supuesta obligación del Estado de mantener un marco jurídico transparente, las cuales fueron posteriormente anuladas por la Suprema Corte de la Columbia Británica. En esta línea, la **Sección V** examina el fenómeno de las decisiones que continúan basándose en la porción anulada de Metalclad, lo que denomino “los frutos del árbol envenenado”. Finalmente, la **Sección VI** presenta las conclusiones generales, subrayando la necesidad de generar una jurisprudencia legítima sustentada en decisiones válidas y razonamientos correctos, en lugar de contar con uniformidad cimentada en errores.

II. Precedentes en el arbitraje de inversión

A. Concepto y finalidad

Un precedente, en el contexto del common law, es una decisión judicial emitida con anterioridad, la cual, debido a las cuestiones jurídicas resueltas en ella, debe ser utilizada posteriormente por tribunales de igual o menor jerarquía para dirimir una controversia futura con elementos similares. Relacionado con el concepto anterior, debe destacarse el *stare decisis et non quieta movere* (permanecer en lo ya decidido y no alterar lo establecido), o simplemente *stare decisis*, la doctrina jurídica conforme a la cual los adjudicadores deben respetar y seguir los precedentes.[2]

[2] Ruggero John Aldisert, “Precedent: What It Is and What It Isn’t; When Do We Kiss It and When Do We Kill It?”, *Pepperdine Law Review* 17, no. 3 (1990): 607.

Este uso de decisiones previas persigue principalmente los siguientes objetivos fundamentales:[3]

- Seguridad y previsibilidad: Permite anticipar cómo se resolverán las controversias futuras a partir de los criterios ya establecidos, de manera que reduce la incertidumbre.
- Consistencia y estabilidad: Se garantiza que exista un grado de continuidad y cohesión sustentado en un marco legal uniforme.
- Desarrollo: Permite el desarrollo de la materia por los razonamientos vertidos en las decisiones, los cuales deberían ser acordes a la realidad.
- Igualdad: Se espera que en la administración de justicia se le dé el mismo trato a los litigantes en situaciones semejantes, salvo en casos que ameriten una diferenciación.
- Protección de la confianza: Es esencial garantizar que las decisiones protejan a quienes han organizado sus actividades en función de una norma jurídica, conforme a lo establecido; lo cual les da legitimidad a las decisiones y al sistema en general.

En este orden de ideas, si bien es cierto que el objetivo principal de los adjudicadores al momento de resolver una controversia es precisamente decidir el asunto que se les plantea[4] y no necesariamente decidir una cuestión legal para formar la base de decisiones futuras, es claro que las decisiones basadas en precedentes siguen un razonamiento legítimo.

B. Práctica relacionada con las decisiones arbitrales

En el derecho internacional, no existe una doctrina de *stare decisis*,[5] pues las decisiones anteriores de tribunales no son obligatorias para controversias futuras, éstas únicamente son vinculantes para las partes de la controversia.[6] Específicamente, en el derecho internacional de las inversiones, las decisiones arbitrales tampoco son obligatorias para la resolución de controversias futuras, por lo que no existen precedentes en el concepto anglosajón del término.[7]

Por ejemplo, Acuerdos Internacionales de Inversión (AII) como el Tratado entre los Estados Unidos Mexicanos, los Estados Unidos de América y Canadá (T-MEC) dejan en claro que las decisiones de tribunales arbitrales

[3] Gilbert Guillaume, "The Use of Precedent by International Judges and Arbitrators", *Journal of International Dispute Settlement* 2, no. 1 (2011): 23. Tai-Heng Cheng, "Precedent and Control in Investment Treaty Arbitration", *Fordham International Law Journal* 30, no. 4 (2006): 1044-1046. Ruggero John Aldisert, "Precedent: What It Is and What It Isn't; When Do We Kiss It and When Do We Kill It?", *Pepperdine Law Review* 17, no. 3 (1990): 627. Patrick M. Norton, "The Role of Precedent in the Development of International Investment Law", *ICSID Review* 33, no. 1 (2018): 289. Eric De Brabandere, "The Use of Precedent and External Case Law by the International Court of Justice and the International Tribunal for the Law of the Sea", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 15 (2016): 35. Gabrielle Kaufmann-Kohler, "Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse?", *Arbitration International* 23, no. 3 (2007): 375-376. Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2010, ¶ 66. Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta, Judgment, I. C.J. Reports 1998, ¶ 45. Venoklim Holding B.V. v. República Bolivariana de Venezuela, Caso CIADI No. ARB(AF)/17/4, Laudo, 17 de octubre de 2024, ¶ 174. BSG Resources Limited, BSG Resources (Guinea) Limited and BSG Resources (Guinea) SÀRL v. Republic of Guinea, ICSID Case No. ARB/14/22, Award, 18 May 2022, ¶ 264.

[4] Makane Moïse Mbengue, "Precedent", *Concepts for International Law* (2019):708. Jan Paulsson, "The Role of Precedent in Investment Treaty Arbitration", *Arbitration Under International Investment Agreements* (2018): ¶ 4.21. Ver, por ejemplo, Methanex Corporation v. United States of America, UNCITRAL, Decision of the Tribunal on Petitions from Third Persons to Intervene as "amici curiae", 15 January 2001, ¶ 51.

[5] Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2008, ¶ 53. Gilbert Guillaume, "The Use of Precedent by International Judges and Arbitrators", *Journal of International Dispute Settlement* 2, no. 1 (2011): 12, 14. Eric De Brabandere, "The Use of Precedent and External Case Law by the International Court of Justice and the International Tribunal for the Law of the Sea", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 15 (2016): 27. Jak Sukyas v. Romania, PCA Case No. 2020-53, Partial Award on Jurisdiction, 6 November 2024, ¶ 246.

[6] Ver, por ejemplo, artículo 59 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. ("La decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido.")

[7] Ver, por ejemplo, AES Corporation v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/17, Decision on Jurisdiction, 26 April 2005, ¶ 23 d). Wintershall Aktiengesellschaft c. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/04/14, Laudo, 8 de diciembre de 2008, ¶ 187.

emitidas en virtud de dichos instrumentos jurídicos solo son obligatorias para las partes de la controversia.[8] En este sentido, es dable señalar que si los laudos no son obligatorios para tribunales establecidos bajo el mismo tratado, menos lo serán aquellos que surjan de un AIJ distinto.

No obstante lo anterior, en arbitraje de inversión las disputas futuras muy seguramente serán resueltas tomando en consideración las determinaciones de tribunales que hayan resuelto un tema similar, dado que, aunque formalmente no existe un sistema de precedentes, materialmente sí lo hay. Esto, porque, las fuentes jurídicas más citadas en decisiones arbitrales son precisamente decisiones previas,[9] incluso se ha señalado que el uso excesivo de citas es un problema entre abogados y árbitros.[10]

Es por ello que se ha señalado que, en el arbitraje de inversión, más que un sistema de precedentes con jurisprudencia vinculante (únicamente lo es para las partes en la controversia), se debe hablar de una jurisprudencia constante, es decir, una serie (y no únicamente un caso) de decisiones arbitrales constantes o uniformes que futuros tribunales arbitrales, sin estar obligado a ello, deberían seguir, salvo que haya razones que justifiquen no hacerlo. De hecho este planteamiento general ha sido adoptado por diferentes tribunales arbitrales.[11]

Esto implica que los tribunales arbitrales tienen mayor flexibilidad para apartarse de decisiones anteriores, lo que puede afectar los objetivos fundamentales antes mencionados, si no se hace de manera adecuada, por las razones relevantes.

De esta forma, diversos tribunales internacionales han reconocido que decisiones arbitrales anteriores pueden ser de utilidad, esclarecedores o persuasivos.[12] No obstante, corresponde a cada tribunal arbitral ejercer su discreción al determinar el valor que le atribuirá a dichas decisiones.[13] Así, es claro que los precedentes no son vinculantes, sino que son una guía orientadora de la forma en la que se han resuelto cuestiones similares antes. De ahí que normalmente se identifiquen a las decisiones arbitrales como legal authorities en su carácter persuasivo, esto es, documentos legales que, si bien no son per se obligatorios a considerar por un adjudicador al momento de resolver una controversia, su contenido es de tal relevancia que puede tomarse en consideración.[14]

A pesar de su carácter persuasivo, como se mencionó, hay circunstancias que justifican que un tribunal arbitral no se adhiera a resoluciones previas. Es decir, el punto relevante aquí es determinar si se observan razones para no tomar en consideración una decisión previa.[15]

[8] Párrafo 7 del Artículo 14.D.13 (Laudos) del T-MEC: "El laudo emitido por un tribunal no tiene fuerza obligatoria salvo para las partes contendientes y respecto del caso concreto." Esta redacción sigue la misma formulación presente en el párrafo 1 del Artículo 1136 (Definitividad y ejecución del laudo) del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN): "El laudo dictado por un tribunal será obligatorio sólo para las partes contendientes y únicamente respecto del caso concreto." Además, está en línea con lo dispuesto en el párrafo 1 del Artículo 53 (Reconocimiento y ejecución del laudo) del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (Convenio CIADI): "El laudo será obligatorio para las partes [...]".

[9] Stephan W. Schill, "Sources of International Investment Law: Multilateralization, Arbitral Precedent, Comparativism, Soft Law", *The Oxford Handbook of the Sources of International Law*, (2017): 1104.

[10] Andrea Bjorklund, "Investment Treaty Arbitral Decisions as Jurisprudence Constante", *UC Davis Legal Studies Research Paper* 158 (2008): 278.

[11] Ver, por ejemplo, *Discovery Global LLC v. Slovak Republic*, ICSID Case No. ARB/21/51, Award, 17 January 2025, ¶ 301. *Chemtura Corporation (formerly Crompton Corporation) v. Government of Canada*, PCA Case No. 2008-01, Award, 2 August 2010, ¶ 109. *Saipem S.p.A. v. The People's Republic of Bangladesh*, ICSID Case No. ARB/05/07, Award, 30 June 2009, ¶ 90.

[12] Patrick M. Norton, "The Role of Precedent in the Development of International Investment Law", *ICSID Review* 33, no. 1 (2018): 287-288.

[13] Wolfgang Alschner, "Correctness of Investment Awards: Why Wrong Decisions Don't Die", *The Law & Practice of International Courts and Tribunals* 18, (2019): 347.

[14] Chad W. Flanders, "Toward a Theory of Persuasive Authority", *Oklahoma Law Review* 62, no. 1 (2009): 62, 65-67. Frederick Shauer, "Authority and Authorities", *Virginia Law Review* 94, no. 8 (2008): 1934 y 1944.

[15] *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria*, Preliminary Objections, Judgment, I. C. J. Reports 1998, p. 275, ¶ 28.

En este orden de ideas, vale la pena mencionar que existen múltiples causas, o razones imperativas, utilizando los términos de algunos tribunales internacionales,[16] para desestimar la aplicación de laudos anteriores en el razonamiento de un tribunal, por ejemplo:

- Las cuestiones de hecho o de derecho son sustancialmente diferentes en el laudo predecesor;[17]
- La decisión anterior se dictó tomando en consideración un expediente específico con argumentos y pruebas diferentes;[18]
- El tribunal que dictó la determinación previa no expresó claramente las razones de algunas de sus determinaciones;[19]
- El tribunal no analizó todos los elementos relevantes para la controversia;[20]
- La decisión se basó en un principio jurídico erróneo;[21]
- La decisión se emitió per incuriam, es decir, ignorando un precedente vinculante o una norma legal aplicable.[22]

En resumen, aunque de facto existe un sistema de precedentes generalizado,[23] utilizado tanto por los representantes de parte, como por los árbitros, este no es obligatorio, además de que, dependiendo cada caso, podrían existir razones para no seguir dichas decisiones.

C. Particularidades del arbitraje de inversión

Si bien las razones para no basarse en una decisión previa no son exclusivas del arbitraje de inversión, este tipo de procedimientos presenta diversas particularidades. Desde mi perspectiva, estas pueden ser divididas en objetivas y subjetivas, atendiendo al origen de las mismas.

• **Objetivas:**

- Diferentes All derivados de la proliferación de tratados,[24] lo que implica que no se trata de un sistema centralizado de decisiones.[25]
 - Contenido. Como resulta obvio, cada All es el resultado de una negociación específica en un momento determinado, con Partes diferentes.[26] Es por ello que, naturalmente, la formulación de las obligaciones y el derecho aplicable difiere de tratado a tratado.[27] Habiendo incluso, en los All de primera generación principalmente, obligaciones redactadas de manera ambigua.

[16] Estados Unidos — Medidas antidumping definitivas sobre el acero inoxidable procedente de México, Informe del Órgano de Apelación, WT/DS344/AB/R, (30 de abril de 2008) adoptado el 20 de mayo de 2008, ¶ 160. (“Garantizar la “seguridad y previsibilidad” en el sistema de solución de diferencias, de conformidad con lo previsto en el párrafo 2 del artículo 3 del ESD, significa que, a menos que existan razones imperativas, los órganos jurisdiccionales deben resolver la misma cuestión jurídica de la misma manera en los asuntos posteriores”) [Énfasis añadido]. Prosecutor v. Zlatko Aleksovski (Appeal Judgement), Case No. IT-95-14/1-A, Judgement, 24 March 2000. (“The Appeals Chamber, therefore, concludes that a proper construction of the Statute, taking due account of its text and purpose, yields the conclusion that in the interests of certainty and predictability, the Appeals Chamber should follow its previous decisions, but should be free to depart from them for cogent reasons in the interests of justice.”) [Énfasis añadido]

[17] Daniel W. Kappes and Kappes, Cassiday & Associates v. Republic of Guatemala, ICSID Case No. ARB/18/43, Decision on Respondent’s Preliminary Objections, 13 March 2020, ¶ 125.

[18] Electrabel S.A. v. Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/07/19, Award, 25 November 2015, ¶ 224.

[19] AWG Group Ltd. v. The Argentine Republic, UNCITRAL, Decision on Liability, 30 July 2010, ¶ 177.

[20] Daimler Financial Services AG v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/05/1, Opinion of Professor Bello Janeiro, 16 August 2012, p. 8.

[21] Prosecutor v. Zlatko Aleksovski, Case No. IT-95-14/1-A, Judgement, 24 March 2000, ¶ 108.

[22] Jan Paulsson, “The Role of Precedent in Investment Treaty Arbitration”, *Arbitration Under International Investment Agreements* (2018): ¶ 4.67. Prosecutor v. Zlatko Aleksovski, Case No. IT-95-14/1-A, Judgement, 24 March 2000, ¶ 108.

[23] Christoph Schreuer y Matthew Weiniger, “A Doctrine of Precedent?”, *The Oxford Handbook of International Investment Law* (2008): 1196.

[24] Ver, por ejemplo, SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines, ICSID Case No. ARB/02/6, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 29 January 2009, ¶ 97.

[25] Gabrielle Kaufmann-Kohler, “Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse?”, *Arbitration International* 23, no. 3 (2007): 377.

[26] Beijing Everyway Traffic and Lighting Company Limited v. Ghana, PCA 2021-15, Final Award on Jurisdiction (Save as to Costs), 30 January 2023, ¶ 150.

[27] Sobre este aspecto, véase el análisis del tribunal en Standard Chartered Bank. Standard Chartered Bank v. The United Republic of Tanzania, ICSID Case No. ARB/10/12, Award, 2 November 2012, ¶¶ 245-256. Andrea K. Bjorklund, “Investment Treaty Arbitral Decisions as Jurisprudence Constante”, *UC Davis Legal Studies Research Paper* 158 (2008): 270.

- Medidas objeto de controversia y hechos relevantes. Es obvio que, los diferentes arbitrajes de inversión se centran en un conjunto de hechos específicos y medidas distintas según la propia controversia que se ha sometido a un tribunal.[28]
- Momentos en que se suscribe un AI, se presentan las posturas de las partes en un arbitraje y en los que se decide la controversia. Como se ha mencionado, la certeza es un valor esencial en la administración de justicia, sin embargo, esto no significa que el derecho deba ser estático, pues, como se sabe, por su propia naturaleza es dinámico. Por tal razón, es probable que la interpretación de ciertas obligaciones o conceptos haya cambiado o cambie por el paso del tiempo y el desarrollo del derecho lo cual se verá reflejado en las posiciones de las partes y la eventual decisión de un tribunal arbitral.

- **Subjetivas:**

- Diferentes árbitros. Habiendo más de mil cien arbitrajes registrados al día de hoy tan solo en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI),[29] es evidente que habrá una multiplicidad de árbitros. Cada uno de ellos con un bagaje cultural, formación académica, especialización, experiencia profesional, idioma, cultura, perspectivas, posturas y enfoques distintos.
- Diferentes representantes de parte. El punto anterior también es aplicable a los representantes de parte, además de que, también entra en juego el trabajo de investigación realizado por los abogados y su manera de presentar sus argumentos al tribunal, lo cual tiene un impacto en el expediente del arbitraje.[30]

En resumen, ningún caso se formula exactamente igual a otro, incluso teniendo similitudes en los factores abordados,[31] lo cual, invariablemente tendrá un efecto sobre las diferentes decisiones en el arbitraje de inversión.

En este orden de ideas, todos estos factores juegan un rol importante en la emisión de decisiones, por ello es importante que se tomen en cuenta antes de basarse en ellos para arribar a una conclusión.

III. El valor legal de laudos anulados

En virtud de lo anterior, es importante conocer el valor legal de los laudos anulados y porciones de laudos que han sido anulados. Esto obedece a que la anulación de un laudo no constituye un mero acto procesal o descontento con el contenido de la decisión en cuestión, sino que incide directamente en su existencia y efectos jurídicos.

Existen dos grandes grupos de laudos para efectos de la nulidad, dependiendo del tipo de arbitraje en cuestión. Por un lado, aquellos emitidos en virtud del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convenio CIADI). Por el otro, laudos que no fueron emitidos con apego al Convenio del CIADI, comúnmente identificados como laudos emitidos bajo las reglas CNUDMI (aunque podrían incluir laudos derivados de un arbitraje bajo el Mecanismo Complementario del CIADI, o mediante cualesquiera otras reglas de arbitraje).

[28] Con la excepción de arbitrajes iniciados por medidas con efectos generales adoptadas por Estados, o la iniciación de arbitrajes paralelos, los cuales, en el panorama general de arbitrajes son mínimos. Daimler Financial Services AG v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/05/1, Award, 22 August 2012, ¶ 52.

[29] CIADI, "Casos", Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/es/cases/search-cases>. Última consulta 20 de octubre de 2025. Evidentemente estos datos no toman en consideración arbitrajes ad hoc, ni aquellos de la Corte Permanente de Arbitraje, o, en general cualquier institución arbitral que haya administrado un arbitraje de inversión.

[30] Jan Paulsson, "The Role of Precedent in Investment Treaty Arbitration", *Arbitration Under International Investment Agreements* (2018): ¶¶ 4.09, 4.19, 4.21.

[31] Jan Paulsson, "The Role of Precedent in Investment Treaty Arbitration", *Arbitration Under International Investment Agreements* (2018): ¶ 4.19.

Independientemente del tipo de arbitraje, el resultado es indistinto. Ya sea que el laudo sea anulado en la sede del arbitraje o sea anulado en virtud de una comisión ad hoc entonces este deja de existir jurídicamente. [32] Si esta anulación ha sido parcial, entonces las porciones no anuladas no sufren ninguna alteración, por lo que no son invalidadas y siguen la misma suerte de un laudo ordinario.[33]

En este sentido, dado que un laudo anulado no existen, no puede considerarse como fuente de derecho internacional.[34] Además, la anulación afecta cualquier uso subsecuente del laudo o porción anulada, porque una decisión de anular no se limita a cuestionar un laudo previo, sino que lo deja sin efectos en su totalidad[35].

En palabras del profesor van den Berg:

[I]n investment arbitration, an arbitral award, annulled by a national court in the UNCITRAL Rules context or by an ad hoc committee in the ICSID context, does not constitute legal authority, nor can it give guidance on the content of the applicable law in another manner. Investment arbitration requires legal certainty and predictability. Reference to annulled awards does not serve that purpose.[36]

En este sentido es claro que, por una parte, un laudo anulado no constituye per se un fundamento jurídico o *legal authority*, por otra parte, los laudos anulados legalmente no existen.

En ese sentido, incluso retomando el hecho de que las decisiones previas son relevantes por su valor orientador, y no tanto por una cuestión obligatoria, es cuestionable dotarle valor orientador a un laudo anulado, máxime si el segmento nulificado es la parte sobre la cual se busca basar una determinación posterior.

Esto, por supuesto no siempre es sencillo ya que, en el momento en el que se cita una decisión pudo haber estado vigente el laudo, y posterior a la fundamentación en este precedente se dejó sin efectos. De esta forma haría sentido haberse basado en dicha decisión pues aún no se modificaba aún el estado del laudo; no así la referencia a decisiones anuladas al momento de basarse en ellas. Claramente es legítimo citar un laudo no anulado, pero una vez que ha sido anulado, también lo es corregir.

De esta manera, si bien es claro el alcance que podrían tener las referencias directas a laudos o porciones de laudos anuladas, aún existe un gran problema a abordar: la fundamentación indirecta en estos laudos. Es decir, cuando lo que se cita no es necesariamente el laudo anulado, sino una decisión que cita a un laudo anulado.

[32] Gary B. Born, "International Commercial Arbitration" Tercera Edición (2021): 3687. Albert Jan van den Berg, "Should the Setting Aside of the Arbitral Award be Abolished?", *ICSID Review* 29, no. 2 (2014): 266. David D. Caron, "Reputation and Reality in the ICSID Annulment Process: Understanding the Distinction Between Annulment and Appeal", *ICSID Review*, 7, no. 1 (1992): 23-24. Tulip Real Estate and Development Netherlands B.V. v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/11/28, Decision on Annulment, 30 December 2015, ¶¶ 42-44.

[33] Máté Csernus, "Is There Life After Death?: The Persuasive Value of Annulled Investment Awards", *Journal of International Dispute Settlement* 13 (2022): 397.

[34] Máté Csernus, "Is There Life After Death?: The Persuasive Value of Annulled Investment Awards", *Journal of International Dispute Settlement* 13 (2022): 398.

[35] Wolfgang Alschner, "Correctness of Investment Awards: Why Wrong Decisions Don't Die", *The Law & Practice of International Courts and Tribunals* 18 (2019): 350.

[36] Albert Jan van den Berg, "Does an Annulled Award Constitute Legal Authority in Investment Arbitration?", *ICSID Review* 38, no. 3 (2023): 712.

IV. La determinación de un marco jurídico transparente como parte del Nivel Mínimo de trato parte de un laudo anulado

A inicios de 1997 Metalclad Corporation, una empresa estadounidense, presentó en contra de México una solicitud de arbitraje bajo el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) a la luz del Mecanismo Complementario del CIADI. En dicha solicitud de arbitraje, Metalclad indicó que el Estado mexicano, a través de las acciones del gobierno estatal de San Luis Potosí y del gobierno municipal de Guadalcázar, afectó la operación de un confinamiento de residuos peligrosos propiedad de una subsidiaria mexicana de Metalclad. En este sentido, Metalclad argumentó que México violó varias de las obligaciones que asumió en virtud del TLCAN, incluyendo la obligación de otorgar un trato justo y equitativo conforme al derecho internacional consuetudinario contenida en el Artículo 1105 de este tratado.[37]

Tras haber sustanciado el procedimiento arbitral y analizado los argumentos de las partes, el tribunal emitió su laudo el 30 de agosto del 2000, en donde, *inter alia*, determinó que México violó el Artículo 1105 del TLCAN.

De particular relevancia resulta que el tribunal determinó que el Estado mexicano habría violado la obligación contenida en la disposición anteriormente mencionada porque “no cumplió con asegurar un marco transparente y previsible para la planeación del negocio e inversión de Metalclad.”[38]

El tribunal llegó a esta determinación después de considerar que uno de los objetivos del TLCAN, según lo dispuesto en su Artículo 102 (Objetivos), hacía referencia a la transparencia, por lo que el tribunal interpretó que esto implicaba que todos los requisitos legales necesarios para iniciar, desarrollar u operar de manera adecuada inversiones existentes o futuras bajo el tratado deben ser fácilmente accesibles y comprensibles para los inversionistas de la otra Parte del tratado; y al tomar en consideración, en el derecho aplicable el párrafo 1 del Artículo 1802 (Publicación), el cual refiere a las obligaciones de las Partes del TLCAN de publicar a la brevedad leyes, reglamentos, procedimientos y resoluciones administrativas de aplicación general.[39]

Tras la emisión de este laudo, el gobierno mexicano buscó su nulidad en la sede del arbitraje precisamente porque el tribunal al determinar la violación al Artículo 1105 vinculó esta obligación a los objetivos de transparencia en el TLCAN, cuestión que los representantes de México catalogaron como la creación de obligaciones de transparencia no acordadas por las Partes del TLCAN.[40]

Luego de analizar los argumentos de ambas partes, la Suprema Corte de Columbia Británica notó que el tribunal de Metalclad al arribar a la conclusión de que la transparencia formaba parte del derecho consuetudinario, y por ende, estaba abarcado por el Artículo 1105 del TLCAN no citó ningún fundamento jurídico ni prueba alguna al respecto.[41]

Además, determinó que el tribunal no solo interpretó el Artículo 1105, sino que determinó erróneamente el derecho aplicable al incluir obligaciones de transparencia y luego basó su decisión en el concepto de transparencia,[42] que estaba basada en una incorrecta interpretación del Artículo 102, y 1802 como parte de las supuestas obligaciones de las Partes del TLCAN en el Capítulo XI (Inversión).[43]

[37] Metalclad Corporation c. Estados Unidos Mexicanos, Caso CIADI No. ARB(AF)/97/1, Solicitud de Arbitraje, 2 de enero de 1997, ¶ 4.

[38] Metalclad Corporation c. Estados Unidos Mexicanos, Caso CIADI No. ARB(AF)/97/1, Laudo, 30 de agosto de 2000, ¶ 99.

[40] Metalclad Corporation c. Estados Unidos Mexicanos, Caso CIADI No. ARB(AF)/97/1, Laudo, 30 de agosto de 2000, ¶¶ 71 y 76. Ver párrafo 1 del Artículo 1802 del TLCAN: “Cada una de las Partes se asegurará de que sus leyes, reglamentos, procedimientos y resoluciones administrativas de aplicación general que se refieran a cualquier asunto comprendido en este Tratado se publiquen a la brevedad o se pongan a disposición para conocimiento de las personas o Partes interesadas.” Ver también inciso (c), párrafo 1, Artículo 102 del TLCAN: “1. Los objetivos del presente Tratado, desarrollados de manera más específica a través de sus principios y reglas, incluidos los de trato nacional, trato de nación más favorecida y transparencia, son los siguientes: [...] (c) aumentar sustancialmente las oportunidades de inversión en los territorios de las Partes”.

[41] The United Mexican States’ Amended Petition for Review of the Award (ICSID ARB(AF)/97/1), Vancouver, British Columbia, 27 October 2000. ¶ 72.

[42] Metalclad Corporation v. Mexico, Reasons for Judgment of the Honourable Mr. Justice Tysoe of the Supreme Court of British Columbia, BCSC 664, 2 May 2001, ¶ 70.

[43] Metalclad Corporation v. Mexico, Reasons for Judgment of the Honourable Mr. Justice Tysoe of the Supreme Court of British Columbia, BCSC 664, 2 May 2001, ¶¶ 71.

Con base en lo anterior, según la Suprema Corte de Columbia Británica, el tribunal adoptó una decisión sobre una cuestión que estaba fuera del alcance del arbitraje, al fundamentar su determinación de violación al Artículo 1105 en el concepto de transparencia, una obligación no contenida en dicho artículo, ni, en general, en el capítulo de inversión.[44]

Como consecuencia de lo anterior, las conclusiones del tribunal en Metalclad sobre el Artículo 1105 fueron anuladas por la Suprema Corte de Columbia Británica.

V. El valor jurídico de las decisiones sustentadas en las determinaciones sobre transparencia de Metalclad

No obstante las explicaciones presentadas en las Secciones I, II y III, de este análisis, el uso de laudos anulados para fundamentar argumentos y eventuales decisiones sigue ocurriendo, y ejemplo de ello son precisamente las determinaciones sobre transparencia de Metalclad; un caso que, aún a pesar de haber sido anulado por la Suprema Corte de Columbia Británica sigue siendo objeto de referencias y citas en diferentes determinaciones de tribunales arbitrales.

A pesar de que a muchas personas no les pueda gustar el análisis de la Suprema Corte de Columbia Británica, este laudo ya no tiene efectos legales.[45] En este sentido, tomando en consideración lo manifestado en las **Secciones II y III** del presente artículo las determinaciones del tribunal de Metalclad sobre la supuesta obligación prevista en el TLCAN de mantener un marco jurídico transparente para los inversionistas deben ser consideradas como inexistentes, y, por tanto, no pueden constituir un fundamento jurídico válido para decisiones futuras.

Sin embargo, esta explicación no aborda del todo la problemática existente en el arbitraje de inversión respecto de la utilización de decisiones sin efectos legales.

A. Los frutos del árbol envenenado

Uno esperaría que años después de la nulidad de la sección pertinente en Metalclad, hoy en día ya no se hiciera referencia a este laudo. Sin embargo, esto no ha cambiado.

Esta forma de perpetuar un error jurídico presenta una dificultad adicional, pues no siempre es evidente a simple vista. Dicho de otra manera, mientras que es fácil investigar qué laudos han sido anulados y cuáles no, las citas indirectas suponen no solo la revisión del laudo en sí, sino, identificar uno a uno los fundamentos de dichos laudos. Esto dificulta la tarea dada el gran número de laudos y decisiones emitidas al día de hoy.[46]

A este fenómeno de sustentar decisiones en laudos anulados lo denomino, “los frutos del árbol envenenado”, siguiendo doctrina según la cual, la ilicitud en la obtención de una prueba afecta tanto su admisibilidad como la de aquellas que derive de ella.

Lo mismo sucede aquí, respecto al uso de decisiones previas. La nulidad de un laudo afecta no solo la existencia legal y la posibilidad de ser utilizado como fundamento legal, sino también las secciones de laudos posteriores que se basen en ella.

[44] Metalclad Corporation v. Mexico, Reasons for Judgment of the Honourable Mr. Justice Tysoe of the Supreme Court of British Columbia, BCSC 664, 2 May 2001, ¶¶ 72- 74.

[45] Ver el razonamiento en Wolfgang Alschner, “Correctness of Investment Awards: Why Wrong Decisions Don’t Die”, *The Law & Practice of International Courts and Tribunals* 18 (2019): 353.

[46] Andrea K. Bjorklund, “Investment Treaty Arbitral Decisions as Jurisprudence Constante”, *UC Davis Legal Studies Research Paper* 158 (2008): 266.

Lo anterior dado que, si bien jurídicamente existe una diferencia entre citar un laudo anulado y uno que no lo ha sido, sustancialmente, no hay ninguna diferencia. Por ende, un error repetido múltiples veces no debería poder borrar el error original.

A este respecto, resulta relevante tomar en consideración el planteamiento del tribunal en *Latam Hydro*: “[e]l Tribunal es consciente de que no se encuentra sujeto a tales decisiones, y la fidelidad indebida a decisiones de tribunales arbitrales anteriores puede conducir a la situación de cometer siempre el mismo error.”[47]

Este pasaje refleja una preocupación legítima: ¿qué pasa cuando la jurisprudencia constante es incorrecta? ¿Debe ser seguida simple y sencillamente porque ya está establecida y se deben perseguir objetivos como la certeza?

En opinión del suscrito, la respuesta es clara: no importa qué tan enraizado esté el árbol, si está envenenado, todos sus frutos están contaminados, y por ende no deberían de ser utilizados como fundamento para decisiones posteriores. Precisamente este es el problema de Metalclad.

a. Ejemplo ilustrativo

Son diversas las decisiones que se han basado en Metalclad para llegar a la determinación de una aparente obligación de mantener un marco jurídico transparente,[48] sin embargo, para ejemplificar el tema en cuestión, analizo en esta Sección el que es, a mi entender, el último caso que cita directamente las determinaciones sobre un marco jurídico transparente de *Metalclad: WCV World Capital Ventures Cyprus Ltd and Channel Crossings Ltd v. the Czech Republic (WCV)*.

En dicho caso las demandantes, empresas chipriotas, arguyeron que una serie de modificaciones regulatorias sobre apuestas, realizadas por la República Checa del 2011 al 2013.[49] En este sentido, las demandantes señalaron que la demandada habría violado, entre otras, su obligación de otorgar un trato justo y equitativo de conformidad con el párrafo 2 del Artículo 2 (Promoción y Protección de Inversiones) del tratado bilateral de inversiones entre Chipre y República Checa.

Al analizar esta obligación, el tribunal declaró que los precedentes confirman que, en general, bajo la obligación de trato justo y equitativo, los Estados deben mantener un marco jurídico transparente y estable. [50] Al momento abordar la obligación de transparencia bajo el trato justo y equitativo, únicamente se cita *Metalclad*, [51] en específico la porción anulada, la cual se toma por sentada, sin ningún análisis respecto a la existencia de la obligación, sólo porque el tribunal en otro caso lo señaló. Evidentemente, el tribunal pudo haber mencionado que no estaba de acuerdo con la resolución ni con el razonamiento de la Suprema Corte de Columbia Británica, pero no lo hizo.

[47] *Latam Hydro LLC y CH Mamacocha S.R.L. c. República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/19/28, Laudo, 20 de diciembre de 2023, ¶ 1018.

[48] Ver, por ejemplo, *Gold Reserve Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/09/1, Award, 22 September 2014, ¶¶ 574 y 609. *Jan Oostergetel and Theodora Laurentius v. The Slovak Republic*, UNCITRAL, Final Award, 23 April 2012, ¶ 221. *Mohammad Ammar Al-Bahloul v. The Republic of Tajikistan*, SCC Case No. 064/2008, Partial Award on Jurisdiction and Liability, 2 September 2009, ¶ 183. *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/29, Award, 27 August 2009, ¶ 178.

[49] *WCV World Capital Ventures Cyprus Ltd and Channel Crossings Ltd v. the Czech Republic*, PCA Case No. 2016-12, Final Award, 26 July 2023, ¶ 106.

[50] *WCV World Capital Ventures Cyprus Ltd and Channel Crossings Ltd v. the Czech Republic*, PCA Case No. 2016-12, Final Award, 26 July 2023, ¶¶ 278-280.

[51] *WCV World Capital Ventures Cyprus Ltd and Channel Crossings Ltd v. the Czech Republic*, PCA Case No. 2016-12, Final Award, 26 July 2023, ¶¶ 273. Si bien también se cita *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. Estados Unidos Mexicanos (Tecmed)*, el segmento citado se refiere a las acciones de manera coherente del Estado y una “conducción transparente” en la relación de un Estado con un inversionista con relación a las expectativas de este último, y no específicamente al marco jurídico transparente. Aunque, dicho sea de paso, esta determinación también ha sido severamente criticada. Ver, por ejemplo, Zachary Douglas, “Nothing If Not Critical for Investment Treaty Arbitration: Occidental, Eureko and Methanex”,

Arbitration International, 22, no. 1, (2006): 28. *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/01/7, Decision on Annulment, 21 March 2007, ¶ 67. *El Paso Energy International Company c. La República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/15, Laudo, 31 de octubre de 2011, ¶ 342. *White Industries Australia Limited v. The Republic of India*, UNCITRAL, Final Award, 30 November 2011, ¶ 10.3.6.

En este sentido, como sostengo en este artículo, basarse en estas determinaciones de WCV debería de tener nulo peso, como la propia cita a *Metalclad*.

B. Las obligaciones deben de existir claramente

Como se explicó anteriormente, en el caso de *Metalclad*, el tribunal determinó que México transgredió una obligación que, en realidad no existía. En ese sentido, vale la pena preguntarse ¿puede entonces la necesidad de tener un marco jurídico transparente ser parte de las obligaciones de un Estado? Esta es una cuestión que se debe de responder a la luz de las obligaciones específicas asumidas por cada Estado de conformidad con los distintos AII que ha suscrito.[52] Sin embargo, en la medida en la que se alegue que esta obligación deviene de decisiones arbitrales, particularmente aquellas que tienen su origen en *Metalclad*, dicha obligación es inexistente.

Independientemente de lo anterior, desde mi perspectiva sí puede darse el caso que dicha obligación exista siempre y cuando el tratado en cuestión lo prevea. Debemos recordar que la interpretación de un tratado se debe realizar conforme a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT).

En específico, una interpretación conforme al Artículo 31 de la CVDT, [53] tiene como punto de partida el sentido corriente de los términos del tratado, considerando su contexto, objeto y fin. Esto implica un análisis textual como el reflejo de la intención final de las partes, es decir, la interpretación debe surgir del texto del tratado mismo.[54] En este orden de ideas, mientras la obligación claramente esté presente según lo previsto en los términos del tratado, entonces sí es dable que la obligación exista.

Así, cabe preguntarse, ¿es posible que los diferentes tribunales que se han basado en *Metalclad* hubieran llegado al mismo resultado realizando una interpretación conforme a la CVDT?

Resulta difícil creer que todos esos tribunales realizaron un análisis conforme a la CVDT y arribaron a la misma conclusión, en específico, porque, como se señaló anteriormente, hay una gran cantidad de factores que hacen únicos a cada arbitraje.

En específico, vale la pena señalar que *Metalclad* determinó la existencia de una obligación tomando como base disposiciones sobre transparencia presentes en el TLCAN, usualmente contenidos en otros tratados de libre comercio, [55] que no son comunes en tratados bilaterales o multilaterales de inversión por la diferencia en la integración [56] y objeto de los tratados. Por ejemplo, el tratado bilateral de inversiones entre Chipre y República Checa, instrumento jurídico relevante en WCV no tiene este tipo de disposiciones o cualquier tipo de mención a la transparencia. Más bien, los distintos tribunales que citan el contenido de *Metalclad*, se basaron en esta decisión y no en el AII aplicable en sí.

[52] Por ejemplo, hay AII que incluyen dentro de la obligación de trato justo y equitativo una vinculación con condiciones transparentes como el párrafo 1 del Artículo 10 (Promoción, Protección y Trato de las Inversiones) del Tratado sobre la Carta de la Energía: "De conformidad con las disposiciones del presente Tratado, las Partes Contratantes fomentarán y crearán condiciones estables, equitativas, favorables y transparentes para que los inversores de otras Partes Contratantes realicen inversiones en su territorio. Entre dichas condiciones se contará el compromiso de conceder en todo momento a las inversiones de los inversores de otras Partes Contratantes un trato justo y equitativo. [...]"

[53] Párrafo 1 del Artículo 31 de la CVDT: "1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin."

[54] Richard K. Gardiner, "Treaty Interpretation", Segunda Edición (2016): 164-165.

[55] Ver, por ejemplo, párrafo 1 del Artículo 26.2(Publicación) del Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (TIPAT): "[c]ada Parte se asegurará que sus leyes, regulaciones, procedimientos y resoluciones administrativas de aplicación general con respecto a cualquier asunto cubierto por este Tratado sean publicadas con prontitud o sean puestas a disposición de otra manera, de forma que permita a las personas y Partes interesadas familiarizarse con ellas" y párrafo 1 del Artículo 29.2 (Publicación) del T-MEC: "[c]ada Parte se asegurará que sus leyes, regulaciones, procesos y resoluciones administrativas de aplicación general con respecto a cualquier asunto cubierto por este Tratado sean publicadas con prontitud o sean puestas a disposición de otra manera, de forma que permita a las personas interesadas y a las otras Partes familiarizarse con ellas. En la medida de lo posible, cada Parte pondrá estas medidas a disposición en línea."

[56] En específico, la integración a la que hace referencia el Artículo XXIV (Aplicación territorial - Tráfico fronterizo. Uniones aduaneras y zonas de libre comercio) del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (GATT) y el Artículo V (Integración económica) del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (GATS).

A este respecto, vale la pena recordar lo explicado por la Corte Internacional de Justicia en el caso *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* en el sentido de que “[i]t is clear that the Court cannot legislate”.^[57] Lo mismo puede decirse de las decisiones de tribunales arbitrales.

Si bien los precedentes en el arbitraje de inversión basado en AIJ pueden ayudar a interpretar el alcance de las obligaciones de los Estados,^[58] en específico aquellos estándares amplios y ambiguos, las decisiones no crean las obligaciones (si acaso, como se señaló anteriormente, la decisión en sí se vuelve obligatoria para las partes en el arbitraje si éste no ha sido anulado).

Al alegar que un Estado se ha comprometido a contar con un marco jurídico transparente, se debe demostrar el origen de esta obligación, y no únicamente citar decisiones basadas en un laudo anulado para demostrar la existencia y posterior violación de una obligación.

Así, de existir cualquier obligación, no debería ser difícil demostrarla sin la necesidad de recurrir a laudos previos, un tribunal podría hacerlo recurriendo al texto del AIJ.

En el contexto específico del Nivel Mínimo de Trato (obligación contenida en el entonces Artículo 1105 del TLCAN, que interpretó Metalclad), para demostrar que la obligación en cuestión existía, se debió comprobar que ésta forma parte del derecho internacional consuetudinario;^[59] lo cual no sucedió.

C. Responsabilidad de abogados y tribunales arbitrales

Aunque se han criticado en este escrito diversas decisiones, cabe aclarar que, desde mi perspectiva, la mayor responsabilidad para no repetir errores presentes en decisiones anteriores la llevan los abogados de parte. Como se explicó anteriormente, hoy en día hay un gran número de decisiones, por lo que no se puede esperar que un tribunal supiese el desarrollo de cada uno de los laudos citados por las partes. Esto recae principalmente en los abogados de parte que no quieren que desaparezcan ciertos precedentes por convenirles en su argumentación.^[60]

La vigencia de los laudos bien fundamentados y el descarte de las decisiones erróneas dependen en gran medida de cómo sean formulados e invocados por los representantes de parte y por los tribunales en pronunciamientos posteriores.^[61] Es decir, es responsabilidad no solo de los adjudicadores sino de los abogados que representen a las partes, que no se sigan repitiendo razonamientos erróneos, específicamente aquellos derivadas de un laudo anulado.

Entre más establecido esté un precedente, y entre más se alineen futuras decisiones con ésta, será más difícil para los abogados y tribunales desviarse de esta decisión.^[62] Sin embargo, como lo señala Paulsson:

Awards are there to be evaluated and criticized —relentlessly criticized— in the interest of improving international legal systems. Without criticism, the law becomes hostage to power, influence, clientelism. Clear thinking and robust debate is the sole path not only to jurisprudence constant, but to a jurisprudence légitime.^[63]

[57] *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, ¶ 18.

[58] Andrea K. Bjorklund, “Investment Treaty Arbitral Decisions as Jurisprudence Constante”, *UC Davis Legal Studies Research Paper* 158 (2008): 265.

[59] *Cargill, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/05/2, Laudo, 18 de septiembre de 2009, ¶¶ 271-273. *Glamis Gold, Ltd v. United States of America*, UNCITRAL, Award, 8 June 2009, ¶ 601. *ADF Group Inc. v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/1, Award, 9 January 2003, ¶ 185.

[60] Wolfgang Alschner, “Correctness of Investment Awards: Why Wrong Decisions Don’t Die”, *The Law & Practice of International Courts and Tribunals* 18 (2019): 365.

[61] Jeffery P. Commission, “Precedent in Investment Treaty Arbitration. A Citation Analysis of a Developing Jurisprudence”, *Journal of International Arbitration* 24, no. 2 (2007): 156.

[62] Stephan W. Schill, “Sources of International Investment Law: Multilateralization, Arbitral Precedent, Comparativism, Soft Law”, *The Oxford Handbook of the Sources of International Law* (2017): 1105.

[63] Jan Paulsson, “The Role of Precedent in Investment Treaty Arbitration”, *Arbitration Under International Investment Agreements* (2018): ¶ 4.64.

En este sentido coincido totalmente en que es útil y hasta cierto punto necesario basarse en decisiones anteriores que pudieran ser esclarecedoras para resolver una nueva controversia, buscando los objetivos fundamentales descritos en la Sección **II.A.** de este trabajo, sin embargo, también se debe de analizar minuciosamente si existen razones imperativas para apartarse de decisiones previas. Por su puesto que la utilización de precedentes es deseable, pero no cuando la jurisprudencia constante está basada sobre un error. No porque algo esté establecido significa que se le debe tener una fe ciega sin siquiera cuestionársele.

Los adjudicadores internacionales deben retener el poder de desviarse de precedentes si presentan una explicación apropiada de las razones de ese actuar,[64] sin importar qué tan consolidada esté la jurisprudencia constante.

En este sentido, es importante mencionar que, si bien es cierto que, la credibilidad del sistema depende en la consistencia de las decisiones,[65] la previsibilidad y consistencia no son absolutas.[66] Al menos no deberían de serlo cuando se ha identificado un error sobre el cual descansa un gran número de decisiones.

VI. Conclusión

El sistema de solución de controversias inversionista-Estado debe aspirar no solo a la coherencia formal de sus decisiones, sino a una *jurisprudence légitime*, utilizando la terminología de Paulsson, que se construya sobre fundamentos jurídicos válidos y decisiones correctamente motivadas. La anulación de un laudo, especialmente cuando lo anulado analiza cuestiones de fondo, debe implicar el abandono de sus razonamientos por parte de tribunales posteriores. La práctica de seguir precedentes anulados o erróneos bajo el pretexto de consistencia pone en riesgo la calidad, la legitimidad y la integridad del sistema.

Así, la responsabilidad de preservar un arbitraje riguroso y fundamentado recae no solo en los tribunales arbitrales, sino de manera destacada en los abogados que comparecen ante ellos, quienes deben evitar reproducir errores jurídicos en aras de una falsa uniformidad. La consistencia es deseable, pero no cuando se construye sobre cimientos errados.

De esta manera, resulta pertinente recordar que nunca es tarde para enmendar un error. La consistencia en el arbitraje de inversión no puede idealizarse como un valor absoluto que justifique la reiteración de razonamientos inválidos. Más bien, la fortaleza y credibilidad del sistema deben de construirse sobre la capacidad de reconocer, corregir y abandonar aquellas líneas de pensamiento basadas en razonamientos equivocados. Así el sistema demostraría su apertura a la legitimidad sobre una mera uniformidad que perpetúa errores.

[64] Christian Vidal-León, "The Justification for Reasoning from Precedent in International Adjudication", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 24 (2025): 73-74.

[65] Gabrielle Kaufmann-Kohler, "Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse?", *Arbitration International* 23, no. 3 (2007): 378.

[66] Klaus Peter Berger, "The International Arbitrator' Application of Precedents", *Journal of International Arbitration* 9, no. 5 (1992): 11.

BIBLIOGRAFÍA

Artículos y libros:

- Albert Jan van den Berg, "Does an Annulled Award Constitute Legal Authority in Investment Arbitration?", *ICSID Review* 38, no. 3 (2023).
- Albert Jan van den Berg, "Should the Setting Aside of the Arbitral Award be Abolished?", *ICSID Review* 29, no. 2 (2014).
- Andrea Bjorklund, "Investment Treaty Arbitral Decisions as Jurisprudence Constante", *UC Davis Legal Studies Research Paper* 158 (2008).
- Chad W. Flanders, "Toward a Theory of Persuasive Authority", *Oklahoma Law Review*, 62, no. 1 (2009).
- Christian Vidal-León, "The Justification for Reasoning from Precedent in International Adjudication", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 24 (2025).
- Christoph Schreuer y Matthew Weiniger, "A Doctrine of Precedent?", *The Oxford Handbook of International Investment Law* (2008).
- David D. Caron, "Reputation and Reality in the ICSID Annulment Process: Understanding the Distinction Between Annulment and Appeal", *ICSID Review*, 7, no. 1 (1992).
- Eric De Brabandere, "The Use of Precedent and External Case Law by the International Court of Justice and the International Tribunal for the Law of the Sea", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 15 (2016).
- Frederick Shauer, "Authority and Authorities", *Virginia Law Review*, 94, no. 8 (2008).
- Gabrielle Kaufmann-Kohler, "Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse?", *Arbitration International* 23, no. 3 (2007).
- Gary B. Born, "International Commercial Arbitration" Tercera Edición (2021).
- Gilbert Guillaume, "The Use of Precedent by International Judges and Arbitrators", *Journal of International Dispute Settlement* 2, no. 1 (2011).
- Jan Paulsson, "The Role of Precedent in Investment Treaty Arbitration", *Arbitration Under International Investment Agreements* (2018).
- Jeffery P. Commission, "Precedent in Investment Treaty Arbitration. A Citation Analysis of a Developing Jurisprudence", *Journal of International Arbitration* 24, no. 2 (2007).
- Klaus Peter Berger, "The International Arbitrator' Application of Precedents", *Journal of International Arbitration* 9 no. 5 (1992).
- Makane Moïse Mbengue, "Precedent", *Concepts for International Law* (2019).
- Máté Csernus, "Is There Life After Death?: The Persuasive Value of Annulled Investment Awards", *Journal of International Dispute Settlement* 13 (2022).
- Patrick M. Norton, "The Role of Precedent in the Development of International Investment Law", *ICSID Review* 33, no. 1 (2018).
- Richard K. Gardiner, "Treaty Interpretation", Segunda Edición (2016).
- Ruggero John Aldisert, "Precedent: What It Is and What It Isn't; When Do We Kiss It and When Do We Kill It?", *Pepperdine Law Review* 17, no. 3 (1990).
- Stephan W. Schill, "Sources of International Investment Law: Multilateralization, Arbitral Precedent, Comparativism, Soft Law", *The Oxford Handbook of the Sources of International Law*, (2017).
- Tai-Heng Cheng, "Precedent and Control in Investment Treaty Arbitration", *Fordham International Law Journal* 30, no. 4 (2006).
- Wolfgang Alschner, "Correctness of Investment Awards: Why Wrong Decisions Don't Die", *The Law & Practice of International Courts and Tribunals* 18, (2019).
- Zachary Douglas, "Nothing If Not Critical for Investment Treaty Arbitration: Occidental, Eureko and Methanex", *Arbitration International*, 22, no. 1, (2006).

Laudos, escritos y decisiones en procedimientos arbitrales y relacionados:

- ADF Group Inc. v. United States of America, ICSID Case No. ARB(AF)/00/1, Award, 9 January 2003.
- AES Corporation v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/17, Decision on Jurisdiction, 26 April 2005.
- AWG Group Ltd. v. The Argentine Republic, UNCITRAL, Decision on Liability, 30 July 2010.
- Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/03/29, Award, 27 August 2009.

BIBLIOGRAFÍA

Artículos y libros:

- Albert Jan van den Berg, "Does an Annulled Award Constitute Legal Authority in Investment Arbitration?", *ICSID Review* 38, no. 3 (2023).
- Albert Jan van den Berg, "Should the Setting Aside of the Arbitral Award be Abolished?", *ICSID Review* 29, no. 2 (2014).
- Andrea Bjorklund, "Investment Treaty Arbitral Decisions as Jurisprudence Constante", *UC Davis Legal Studies Research Paper* 158 (2008).
- Chad W. Flanders, "Toward a Theory of Persuasive Authority", *Oklahoma Law Review*, 62, no. 1 (2009).
- Christian Vidal-León, "The Justification for Reasoning from Precedent in International Adjudication", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 24 (2025).
- Christoph Schreuer y Matthew Weiniger, "A Doctrine of Precedent?", *The Oxford Handbook of International Investment Law* (2008).
- David D. Caron, "Reputation and Reality in the ICSID Annulment Process: Understanding the Distinction Between Annulment and Appeal", *ICSID Review*, 7, no. 1 (1992).
- Eric De Brabandere, "The Use of Precedent and External Case Law by the International Court of Justice and the International Tribunal for the Law of the Sea", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 15 (2016).
- Frederick Shauer, "Authority and Authorities", *Virginia Law Review*, 94, no. 8 (2008).
- Gabrielle Kaufmann-Kohler, "Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse?", *Arbitration International* 23, no. 3 (2007).
- Gary B. Born, "International Commercial Arbitration" Tercera Edición (2021).
- Gilbert Guillaume, "The Use of Precedent by International Judges and Arbitrators", *Journal of International Dispute Settlement* 2, no. 1 (2011).
- Jan Paulsson, "The Role of Precedent in Investment Treaty Arbitration", *Arbitration Under International Investment Agreements* (2018).
- Jeffery P. Commission, "Precedent in Investment Treaty Arbitration. A Citation Analysis of a Developing Jurisprudence", *Journal of International Arbitration* 24, no. 2 (2007).
- Klaus Peter Berger, "The International Arbitrator' Application of Precedents", *Journal of International Arbitration* 9 no. 5 (1992).
- Makane Moïse Mbengue, "Precedent", *Concepts for International Law* (2019).
- Máté Csernus, "Is There Life After Death?: The Persuasive Value of Annulled Investment Awards", *Journal of International Dispute Settlement* 13 (2022).
- Patrick M. Norton, "The Role of Precedent in the Development of International Investment Law", *ICSID Review* 33, no. 1 (2018).
- Richard K. Gardiner, "Treaty Interpretation", Segunda Edición (2016).
- Ruggero John Aldisert, "Precedent: What It Is and What It Isn't; When Do We Kiss It and When Do We Kill It?", *Pepperdine Law Review* 17, no. 3 (1990).
- Stephan W. Schill, "Sources of International Investment Law: Multilateralization, Arbitral Precedent, Comparativism, Soft Law", *The Oxford Handbook of the Sources of International Law*, (2017).
- Tai-Heng Cheng, "Precedent and Control in Investment Treaty Arbitration", *Fordham International Law Journal* 30, no. 4 (2006).
- Wolfgang Alschner, "Correctness of Investment Awards: Why Wrong Decisions Don't Die", *The Law & Practice of International Courts and Tribunals* 18, (2019).
- Zachary Douglas, "Nothing If Not Critical for Investment Treaty Arbitration: Occidental, Eureko and Methanex", *Arbitration International*, 22, no. 1, (2006).

Laudos, escritos y decisiones en procedimientos arbitrales y relacionados:

- ADF Group Inc. v. United States of America, ICSID Case No. ARB(AF)/00/1, Award, 9 January 2003.
- AES Corporation v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/17, Decision on Jurisdiction, 26 April 2005.
- AWG Group Ltd. v. The Argentine Republic, UNCITRAL, Decision on Liability, 30 July 2010.
- Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/03/29, Award, 27 August 2009.

- Beijing Everyway Traffic and Lighting Company Limited v. Ghana, PCA 2021-15, Final Award on Jurisdiction (Save as to Costs), 30 January 2023.
- BSG Resources Limited, BSG Resources (Guinea) Limited and BSG Resources (Guinea) SÀRL v. Republic of Guinea, ICSID Case No. ARB/14/22, Award, 18 May 2022.
- Cargill, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos, Caso CIADI No. ARB(AF)/05/2, Laudo, 18 de septiembre de 2009.
- Chemtura Corporation (formerly Crompton Corporation) v. Government of Canada, PCA Case No. 2008-01, Award, 2 August 2010.
- Daimler Financial Services AG v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/05/1, Award, 22 August 2012.
- Daimler Financial Services AG v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/05/1, Opinion of Professor Bello Janeiro, 16 August 2012.
- Daniel W. Kappes and Kappes, Cassidy & Associates v. Republic of Guatemala, ICSID Case No. ARB/18/43, Decision on Respondent's Preliminary Objections, 13 March 2020.
- Discovery Global LLC v. Slovak Republic, ICSID Case No. ARB/21/51, Award, 17 January 2025.
- Electrabel S.A. v. Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/07/19, Award, 25 November 2015.
- El Paso Energy International Company c. La República Argentina, Caso CIADI No. ARB/03/15, Laudo, 31 de octubre de 2011.
- Glamis Gold, Ltd v. United States of America, UNCITRAL, Award, 8 June 2009.
- Gold Reserve Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB(AF)/09/1, Award, 22 September 2014.
- Jak Sukyas v. Romania, PCA Case No. 2020-53, Partial Award on Jurisdiction, 6 November 2024.
- Jan Oostergetel and Theodora Laurentius v. The Slovak Republic, UNCITRAL, Final Award, 23 April 2012.
- Latam Hydro LLC y CH Mamacocha S.R.L. c. República del Perú, Caso CIADI No. ARB/19/28, Laudo, 20 de diciembre de 2023.
- Metalclad Corporation c. Estados Unidos Mexicanos, Caso CIADI No. ARB(AF)/97/1, Laudo, 30 de agosto de 2000.
- Metalclad Corporation c. Estados Unidos Mexicanos, Caso CIADI No. ARB(AF)/97/1, Solicitud de Arbitraje, 2 de enero de 1997.
- Metalclad Corporation v. Mexico, Reasons for Judgment of the Honourable Mr. Justice Tysoe of the Supreme Court of British Columbia, BCSC 664, 2 May 2001
- Methanex Corporation v. United States of America, UNCITRAL, Decision of the Tribunal on Petitions from Third Persons to Intervene as "amici curiae", 15 January 2001.
- Mohammad Ammar Al-Bahloul v. The Republic of Tajikistan, SCC Case No. 064/2008, Partial Award on Jurisdiction and Liability, 2 September 2009.
- MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/01/7, Decision on Annulment, 21 March 2007.
- Saipem S.p.A. v. The People's Republic of Bangladesh, ICSID Case No. ARB/05/07, Award, 30 June 2009.
- SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines, ICSID Case No. ARB/02/6, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 29 January 2009.
- Standard Chartered Bank. Standard Chartered Bank v. The United Republic of Tanzania, ICSID Case No. ARB/10/12, Award, 2 November 2012.
- The United Mexican States' Amended Petition for Review of the Award (ICSID ARB(AF)/97/1), Vancouver, British Columbia, 27 October 2000.
- Tulip Real Estate and Development Netherlands B.V. v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/11/28, Decision on Annulment, 30 December 2015.
- Venoklim Holding B.V. v. República Bolivariana de Venezuela, Caso CIADI No. ARB(AF)/17/4, Laudo, 17 de octubre de 2024.
- WCV World Capital Ventures Cyprus Ltd and Channel Crossings Ltd v. the Czech Republic, PCA Case No. 2016-12, Final Award, 26 July 2023.
- White Industries Australia Limited v. The Republic of India, UNCITRAL, Final Award, 30 November 2011.
- Wintershall Aktiengesellschaft c. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/04/14, Laudo, 8 de diciembre de 2008.

Decisiones de otros tribunales internacionales:

- Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2010.
- Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2008.
- Continental Shelf (Libyan Arab Jarnahiriya/Malta, Judgment, I. C.J. Reports 1998.
- Estados Unidos — Medidas antidumping definitivas sobre el acero inoxidable procedente de México, Informe del Órgano de Apelación, WT/DS344/AB/R, (30 de abril de 2008) adoptado el 20 de mayo de 2008.
- Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria, Preliminary Objections, Judgment, I. C. J. Reports 1998.
- Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996.
- Prosecutor v. Zlatko Aleksovski (Appeal Judgement), Case No. IT-95-14/1-A, Judgement, 24 March 2000.

Textos legales:

- Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio.
- del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios.
- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.
- Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados.
- Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.
- Tratado entre los Estados Unidos Mexicanos, los Estados Unidos de América y Canadá.
- Tratado de Libre Comercio de América del Norte.
- Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico.
- Tratado sobre la Carta de la Energía.

Páginas de internet:

- CIADI, "Casos", Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/es/cases/search-cases>.

Offside arbitral y el rol de la anti-suit injunction

Sandro Espinoza Quiñones[1]

Lucía Timaná Quispe[2]

Resumen

El arbitraje internacional ha sido testigo de momentos de fisura en su propia jurisdicción. Las causas han sido diversas: desde interpretaciones divergentes —aunque razonables— del convenio arbitral, hasta supuestos de fraude o incluso el desconocimiento absoluto de dicho acuerdo. Una de las herramientas para mitigar dichos escenarios es la anti-suit injunction (ASI) o medida anti-proceso. Se trata de una medida cautelar cuya función es reafirmar la jurisdicción otorgada por las partes a un tribunal, y en cuanto al arbitraje, protege y hace valer el acuerdo arbitral. La orden de una ASI es clara: no iniciar, desistir o suspender el proceso en jurisdicciones distintas. Parece una medida ideal y eficaz, capaz de contrarrestar las tácticas de guerrilla contra el arbitraje, pero trae consigo un detalle delicado: los límites entre el poder de un tribunal para su intromisión en la competencia de otro. En este artículo, los autores examinan esta figura desde la perspectiva del arbitraje internacional, ámbito en el que su aplicación sigue generando importantes desafíos prácticos. Para ello, se recurre al análisis de diversos casos que ilustran sus alcances, límites y dificultades.

Palabras claves: Anti-suit injunctions; convenio arbitral; competencia del tribunal; arbitraje internacional.

Abstract

International arbitration has witnessed moments of fissure in its own jurisdiction. The causes have been diverse: from divergent - albeit reasonable - interpretations of the arbitration agreement, to cases of fraud or even outright disregard of the agreement. One of the tools to alleviate these scenarios is the anti-suit injunction (ASI). This is an interim injunction whose function is to reaffirm the jurisdiction granted by the parties to a court and, in arbitration terms, to protect and enforce the arbitration agreement. The order of an ISA is clear: not to initiate, interrupt or suspend proceedings in different jurisdictions. It seems an ideal and effective measure, capable of countering guerrilla tactics against arbitration, but it involves a delicate detail: the limits between the power of one court to interfere in the jurisdiction of another. In this article, the authors examine this figure from the perspective of international arbitration, an area in which its application continues to generate significant practical challenges. To do so, they use the analysis of various cases that illustrate its scope, limits and difficulties.

Keywords: Anti-suit injunctions; arbitral clause; jurisdiction of the tribunal; international arbitration.

[1] Árbitro internacional, Director de ARBANZA; Lima, Perú, Abogado, sandro.espinoza@seq.pe.

[2] Estudiante de 6to año de la carrera de Derecho en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Correo electrónico: lucia.timana@unmsm.edu.pe.

I. Introducción

Francia, primavera de 2022. Se juega la final de la UEFA Champions League entre el equipo español, el Real Madrid, y el equipo inglés, el Liverpool. Tras varias jugadas del Liverpool insistiendo cerca del arco del Real Madrid, en los últimos minutos del primer tiempo, llegó el primer tanto para el equipo Merengue, anotado por Benzema, luego de una complicada situación. ¿Qué ocurrió? Benzema disparó al arco, pero la pelota rebotó contra el arquero Alisson, sin que este lograra sujetarla. El delantero francés no desaprovechó la oportunidad y definió con la zurda.

En el fútbol, existe una regla denominada fuera de juego o, más conocida en inglés como offside. En términos generales, un jugador estará en posición fuera de juego si se encuentra más adelantado que el penúltimo defensor, interviene en la jugada y obtiene una ventaja de su posición adelantada. Ello constituye una infracción. Con esta regla se evita que un equipo obtenga una ventaja indebida en el ataque.

Volvamos a la historia. Benzema anota, pero inmediatamente el árbitro de línea levanta la bandera señalando la posición adelantada y, por tanto, anulando el gol. Hasta ahí, la situación se veía claramente como un offside. Sin embargo, la polémica nace debido a que la pelota, si bien en primera instancia es tocada por Valverde, termina siendo impulsada por acción de Fabinho hacia atrás. Es decir, no fue un jugador del equipo del Real Madrid quien habría pasado la pelota a Benzema.

¿Fabinho jugó el balón deliberadamente o solo desvió la pelota para evitar el gol del rival? El árbitro principal interpretó esta situación como un mero toque, lo cual no validaba la posición de juego de Benzema y justificaba la anulación del tanto.

En el ámbito civil y comercial, las partes de una relación jurídica sustancial que pretenden arreglar sus problemas desplegarán sus mejores estrategias para obtener un resultado favorable a ellos mismos. Independientemente de ante quién litiguen, cada “juego” tendrá reglas específicas que delimitarán su actuación. En un arbitraje, las partes se someten mediante el convenio arbitral a solucionar sus controversias ante la jurisdicción arbitral y ante el Tribunal Arbitral constituido.

Cualquier acción de las partes que no se ajuste al convenio arbitral deberá considerarse como una posición fuera de juego, un offside. Por ejemplo, si una parte inicia un proceso ante las cortes estatales a pesar de la existencia de un convenio arbitral. Naturalmente, dicha situación no será del agrado de la parte que la resiste. En la práctica arbitral, se ha observado que un medio de defensa es la solicitud de una medida cautelar anti-suit injunction (ASI). Así como en el fútbol el árbitro debe decidir si la posición del jugador era válida para realizar el ataque al arco; en el arbitraje, el Tribunal Arbitral debe analizar si la conducta de la parte se ajusta a los límites del convenio arbitral. A continuación, en las siguientes páginas se analizará la anti-suit injunction — desde la perspectiva del arbitraje— en sus orígenes hasta su aplicación práctica, utilizando casos relevantes para entender su lógica, consecuencias y complejidades, además de cuestionarnos si —en este campo de juego— la ASI es el movimiento defensivo que el arbitraje realmente necesita.

1- La anti-suit injunction como correctivo del offside

1.1- Origen histórico:

¿Cómo nació la *anti-suit injunction*? Viajemos a Inglaterra del siglo XIX, época de gran agitación: la Revolución Industrial impulsó el crecimiento del comercio y con ello incrementó el número de controversias por resolverse. En ese escenario, el *common law* británico representaba un gran atractivo para acudir a las cortes inglesas. Esta jurisdicción estaba dividida en los tribunales del rey —*courts of law*— y los tribunales de equidad —*courts of equity*—.

Un aspecto importante es que los tribunales de equidad ejercían la potestad discrecional del Rey, lo que les permitía flexibilizar la aplicación del Derecho y, dependiendo de las circunstancias, pasar por alto normas dispositivas para atender las particularidades de cada caso. Esto se hacía bajo el principio *one case at a time*. Como lo señala la doctrina, los sistemas del *common law* son más proclives a la discrecionalidad que los sistemas continentales.[3] Sobre esa base, el sistema de *equity* se desarrolló como una respuesta a la falta de remedios efectivos en el sistema tradicional.[4]

Nuevas y distintas situaciones demandaron respuestas innovadoras, basadas en el criterio y en el buen juicio de cada corte. Ese ambiente propició el surgimiento de las primeras medidas cautelares anti-suit injunction. Un caso ejemplar es *William Bushby v. James Munday, Jeremiah Cloves y C. W. Cracroft* resuelto en 1821.[5] La parte demandada, Cloves y otros, inició una demanda ante los tribunales de Escocia para la ejecución de un bono. En respuesta, Bushby presentó una demanda ante los tribunales ingleses solicitando la anulación del bono y la emisión de una orden contra el demandado para prohibir la ejecución del bono ante los tribunales de Escocia. El tribunal inglés otorgó dicha medida en base a las reglas de *Discovery* que brindaban la posibilidad a las cortes que emitir una sentencia mejor informada.[6]

¿Cuál fue la intención detrás de la orden de los tribunales ingleses? A primera vista parece que la orden de 'no ejecución del bono' está relacionada exclusivamente con tener una mejor posición para conocer el proceso; no obstante, el efecto de la referida orden es que el tribunal inglés no se quede en sí sin caso. Es decir, que pueda conocer la controversia y emitir un pronunciamiento al respecto, toda vez que si el bono era ejecutado en las cortes de Escocia no tendría mayor objeto analizar la anulación del mismo.

En efecto, los tribunales ingleses tuvieron una clara visión de estas medidas. Consideraron que la interposición de múltiples demandas en diferentes jurisdicciones sobre el mismo asunto era una conducta contraria a los principios de equidad.[7] Y pese a que, años más tarde, los tribunales de equidad dejaron de existir, lo cierto es que su solución perdura hasta la actualidad, no sin haber evolucionado, adaptándose a las nuevas necesidades.

Así fue como la *anti-suit* injunction llegó al arbitraje, nuevamente en Inglaterra. Este es el caso *Pena Copper Mines Ltd. V. Rio Tinto Co Ltd* [8], en el que se ordenó la primera anti-suit injunction a favor de un arbitraje en 1911.[9] Ambas partes tenían una relación contractual cuyo fin era que la demandada explotara una mina en España. El contrato estaba sujeto a las leyes inglesas y se preveía una cláusula arbitral sujeta a las mismas leyes. Pese a ello, Rio Tinto Co Ltd inició un proceso contra Pena Copper Mines Ltd en España haciendo caso omiso al acuerdo arbitral. Para contrarrestar la situación, Pena Copper solicitó a las cortes inglesas una medida que ordenara a Rio Tinto suspender el proceso iniciado en España, la cual fue concedida en base al efecto negativo de la cláusula arbitral.[10]

El caso nos deja tres aspectos importantes. Primero, que las medidas anti-proceso no sólo pueden aplicarse judicialmente, sino que también pueden extrapolarse a otras jurisdicciones como la arbitral. Segundo, que dichas medidas trascienden fronteras y marcan límites en el comportamiento de las partes incluso cuando sus efectos se materialicen en otros estados. Y tercero, que no son dictadas necesariamente por quien es el tercero competente de resolver la controversia, sino que dependerá de las circunstancias de cada caso.

[3] J Beltrán de Lubiano Sáez de Urabain, 'Controlando al litigante rebelde: las anti-suit injunctions en los tribunales españoles' (2016) (32) Revista Jurídica Universidad Autónoma De Madrid <https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/view/6436> accessed 27 April 2025, 91.

[4] Ibid.

[5] *William Bushby v James Munday, Jeremiah Cloves and C W Cracroft* (1821) 1 Sim & Stu 66.

[6] Raúl Pereira Fleury, 'Anti-suit Injunctions en favor del arbitraje. Protegiendo la jurisdicción arbitral' (2017) (3) Revista Paraguaya de Derecho, Economía y Política https://py.ijeditores.com/articulos.php?Hash=37adf40163cab052c1d4e68f34ae2a68&hash_t=f47d63787c2b1c5ffa8879576ec1de54

[7] Álvaro Alarcón Dávalos, Emilio Pérez La Orden and Carlos Ferrer Moya, 'Anti-suit injunctions en arbitraje: retos prácticos y fundamentación teórica' (2024) 24(1) Revista e-mercatoria <https://doi.org/10.18601/16923960.v24n1.07>

[8] *Pena Copper Mines Ltd v Rio Tinto Co Ltd* [1911] 2 KB 79 (CA).

[9] Pereira. 'Anti-suit Injunctions en favor del arbitraje. Protegiendo la jurisdicción arbitral!'

[10] Ibid.

Un aspecto importante es que los tribunales de equidad ejercían la potestad discrecional del Rey, lo que les permitía flexibilizar la aplicación del Derecho y, dependiendo de las circunstancias, pasar por alto normas dispositivas para atender las particularidades de cada caso. Esto se hacía bajo el principio *one case at a time*. Como lo señala la doctrina, los sistemas del *common law* son más proclives a la discrecionalidad que los sistemas continentales.[3] Sobre esa base, el sistema de *equity* se desarrolló como una respuesta a la falta de remedios efectivos en el sistema tradicional.[4]

Nuevas y distintas situaciones demandaron respuestas innovadoras, basadas en el criterio y en el buen juicio de cada corte. Ese ambiente propició el surgimiento de las primeras medidas cautelares anti-suit injunction. Un caso ejemplar es *William Bushby v. James Munday, Jeremiah Cloves y C. W. Cracroft* resuelto en 1821.[5] La parte demandada, Cloves y otros, inició una demanda ante los tribunales de Escocia para la ejecución de un bono. En respuesta, Bushby presentó una demanda ante los tribunales ingleses solicitando la anulación del bono y la emisión de una orden contra el demandado para prohibir la ejecución del bono ante los tribunales de Escocia. El tribunal inglés otorgó dicha medida en base a las reglas de *Discovery* que brindaban la posibilidad a las cortes que emitir una sentencia mejor informada.[6]

¿Cuál fue la intención detrás de la orden de los tribunales ingleses? A primera vista parece que la orden de 'no ejecución del bono' está relacionada exclusivamente con tener una mejor posición para conocer el proceso; no obstante, el efecto de la referida orden es que el tribunal inglés no se quede en sí sin caso. Es decir, que pueda conocer la controversia y emitir un pronunciamiento al respecto, toda vez que si el bono era ejecutado en las cortes de Escocia no tendría mayor objeto analizar la anulación del mismo.

En efecto, los tribunales ingleses tuvieron una clara visión de estas medidas. Consideraron que la interposición de múltiples demandas en diferentes jurisdicciones sobre el mismo asunto era una conducta contraria a los principios de equidad.[7] Y pese a que, años más tarde, los tribunales de equidad dejaron de existir, lo cierto es que su solución perdura hasta la actualidad, no sin haber evolucionado, adaptándose a las nuevas necesidades.

Así fue como la *anti-suit* injunction llegó al arbitraje, nuevamente en Inglaterra. Este es el caso *Pena Copper Mines Ltd. V. Rio Tinto Co Ltd* [8], en el que se ordenó la primera anti-suit injunction a favor de un arbitraje en 1911.[9] Ambas partes tenían una relación contractual cuyo fin era que la demandada explotara una mina en España. El contrato estaba sujeto a las leyes inglesas y se preveía una cláusula arbitral sujeta a las mismas leyes. Pese a ello, Rio Tinto Co Ltd inició un proceso contra Pena Copper Mines Ltd en España haciendo caso omiso al acuerdo arbitral. Para contrarrestar la situación, Pena Copper solicitó a las cortes inglesas una medida que ordenara a Rio Tinto suspender el proceso iniciado en España, la cual fue concedida en base al efecto negativo de la cláusula arbitral.[10]

[3] J Beltrán de Lubiano Sáez de Urabain, 'Controlando al litigante rebelde: las anti-suit injunctions en los tribunales españoles' (2016) (32) Revista Jurídica Universidad Autónoma De Madrid <https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/view/6436> accessed 27 April 2025, 91.

[4] Ibid.

[5] *William Bushby v James Munday, Jeremiah Cloves and C W Cracroft* (1821) 1 Sim & Stu 66.

[6] Raúl Pereira Fleury, 'Anti-suit Injunctions en favor del arbitraje. Protegiendo la jurisdicción arbitral' (2017) (3) Revista Paraguaya de Derecho,

Economía y Política https://py.ijeditores.com/articulos.php?Hash=37adf40163cab052c1d4e68f34ae2a68&hash_t=f47d63787c2b1c5ffa8879576ec1de54
[7] Álvaro Alarcón Dávalos, Emilio Pérez La Orden and Carlos Ferrer Moya, 'Anti-suit injunctions en arbitraje: retos prácticos y fundamentación teórica' (2024) 24(1) Revista e-mercatoria <https://doi.org/10.18601/16923960.v24n1.07>

[8] *Pena Copper Mines Ltd v Rio Tinto Co Ltd* [1911] 2 KB 79 (CA).

[9] Pereira. 'Anti-suit Injunctions en favor del arbitraje. Protegiendo la jurisdicción arbitral'.

[10] Ibid.

José Carlos Fernández Rozas, 'Anti-Suit Injunctions Et Arbitrage Commercial International: Mesures Adressées Aux Parties Et Au Tribunal Arbitral' en *Soberanía del Estado y Derecho Internacional. Homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo, t. I* (Sevilla, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla 2005) 579.

El caso nos deja tres aspectos importantes. Primero, que las medidas anti-proceso no sólo pueden aplicarse judicialmente, sino que también pueden extrapolarse a otras jurisdicciones como la arbitral. Segundo, que dichas medidas trascienden fronteras y marcan límites en el comportamiento de las partes incluso cuando sus efectos se materialicen en otros estados. Y tercero, que no son dictadas necesariamente por quien es el tercero competente de resolver la controversia, sino que dependerá de las circunstancias de cada caso.

Es interesante que en el caso mencionado ya se había advertido la problemática con la emisión de la ASI, al haber señalado el juez que: *“as the effect is to interfere with proceedings in another jurisdiction, this power should be exercised with great caution to avoid even the appearance of undue interference with another Court.”* [11] Hoy, la *anti-suit injunction* sigue siendo clave en conflictos donde colisionan dos jurisdicciones —entre un arbitraje y un litigio judicial—, e incluso cuando dos arbitrajes se inician respecto a una misma controversia y bajo un mismo convenio arbitral. Sin embargo, su uso no está exento de críticas y complicaciones, especialmente cuando se trata de la intromisión a la competencia de otro tribunal.

1.2- Definición:

Así como en nuestro ejemplo inicial, el árbitro tiene la facultad de anular el gol de Benzema por haber infringido las reglas del juego y, con ello, retrotraer la situación al momento previo al tanto, un tribunal arbitral tiene la facultad de ordenar a una parte que cese —temporal o permanentemente— la conducta que considera que se aparta del convenio arbitral mediante una medida cautelar anti-proceso.

La doctrina peruana define la *anti-suit injunction* como una medida dictada por el Tribunal Arbitral —en caso sea arbitraje— contra una de las partes que, en incumplimiento del convenio arbitral, inicia un proceso judicial a efectos de discutir la misma controversia.[12] Al respecto, Julian D.M. Lew señala que:

“Anti-suit injunctions have been designed to prevent vexatious or oppressive litigation abroad. (...) In the context of international arbitration, anti-suit injunctions can be requested to protect or to prevent the jurisdiction of an arbitral tribunal.” [13]

En el arbitraje, la esencia de la *anti-suit injunction* es preservar la jurisdicción arbitral: el foro legítimo donde debe resolverse la controversia cuando existe un acuerdo expreso entre las partes para acudir al arbitraje. Esta medida implica una orden de hacer o no hacer, cuyo propósito es garantizar el respeto del convenio arbitral e invalidar una posición de “juego” que, a juicio del tribunal arbitral, lo desconozca. Por supuesto, esta interpretación será planteada por la parte que la solicita, y corresponderá al tribunal arbitral adoptar —o no— dicha perspectiva para fundamentar la emisión de la ASI.

Es importante aclarar que la *anti-suit injunction* no se activa únicamente cuando una parte incumple o desobedece el convenio arbitral. Por el contrario, como veremos más adelante, una parte puede iniciar otro procedimiento —judicial o arbitral— sobre la base una interpretación razonable y lógica del convenio arbitral o de la naturaleza de la controversia. Incluso, no siempre se discute una ASI en el marco de un único convenio arbitral. Así como en el fútbol la posición adelantada no siempre es intencional —y muchas veces el jugador no es consciente de haber infringido la regla—, en el arbitraje también es habitual que una parte actúe al margen del convenio no por mala fe, sino por interpretar de manera distinta y razonable su contenido o el alcance de la controversia.

[11] Cohen v Rothfield [1918] C. 217 (Newcastle District Registry). [“como el efecto es interferir en los procedimientos de otra jurisdicción, este poder debe ejercerse con gran cautela para evitar incluso la apariencia de interferencia indebida con otro Tribunal”].

[12] Mario Reggiardo Saavedra y Álvaro Cuba Horna, ‘Las medidas antiproceso en el arbitraje peruano’ (2020) (77) THEMIS Revista De Derecho 234.

[13] Julian D M Lew, ‘Control of Jurisdiction by Injunctions Issued by National Courts’ en Albert Jan van den Berg (ed), International Arbitration 2006: Back to Basics?, ICCA Congress Series, Volume 13 (Kluwer Law International 2007) 2.

[“Las medidas cautelares han sido concebidas para evitar litigios vejatorios u opresivos en el extranjero. (...) En el contexto del arbitraje internacional, las medidas cautelares pueden solicitarse para proteger o impedir la jurisdicción de un tribunal arbitral”].

Lo que sí podemos afirmar es que, mediante dicha medida, se busca retrotraer la situación al momento previo a la conducta que la parte solicitante considera incompatible con lo acordado. Decimos “buscar” porque no siempre se puede lograr dicho objetivo, pese a haberse emitido la orden, como veremos más adelante. Entonces, la ASI elimina los escenarios que podrían comprometer la eficacia del arbitraje y generar procesos paralelos, costos, etc. En ese sentido, la anti-suit injunction “*is typically requested (and ordered) where one party seeks to pursue litigation outside the contractual arbitral forum, in violation of the parties’ arbitration agreement.*” [14]

Cabe precisar que su aplicación no es automática ni se dirige contra el órgano jurisdiccional externo, sino contra la parte que ha iniciado otro proceso, que para la parte solicitante de la ASI no es válido.

1.3.- Objetivos y necesidad de una ASI:

Rutas de Lima v. Municipalidad Metropolitana de Lima (III). [15] Un caso particularmente polémico en Perú en el que se solicitó una medida *anti-suit injunction*. Todo comenzó cuando la Municipalidad Metropolitana de Lima resolvió de forma anticipada el Contrato de Concesión que la vinculaba a Rutas de Lima. Como consecuencia, se inició un arbitraje en el que Rutas de Lima solicitó, entre otros, la restitución de la vigencia del contrato. La Municipalidad, por su parte, cuestionó la competencia del tribunal arbitral y, en paralelo, inició un proceso ante las cortes peruanas de declaración de caducidad del contrato, amparándose en la Cláusula 17.1, que le permitía hacerlo en caso de resolución unilateral.

La caducidad del contrato juega un rol crucial en este caso. Analicémoslo desde la posición de Rutas de Lima. Si permitía que la Municipalidad Metropolitana de Lima continuara con su proceso en las cortes peruanas, abría la posibilidad de que se declarara la caducidad del contrato, cuyo restablecimiento justamente había sometido a arbitraje. En cambio, si detenía ese proceso, evitaba la posible decisión de las cortes estatales peruanas que interfiriera en el arbitraje y garantizaba que la controversia se resolviera mediante dicho mecanismo al cual ambas partes se habían sometido. En esa situación, Rutas de Lima optó por solicitar una ASI para neutralizar la amenaza al arbitraje y evitar que este perdiera su objeto.

Este caso representa un supuesto en el que una de las partes inició procedimientos judiciales nacionales a pesar de la existencia de un convenio arbitral, lo cual motivó a Rutas de Lima a solicitar su aplicación. No analizaremos el razonamiento del tribunal arbitral, pero adelantamos que dicha medida fue concedida. Lo que nos importa aquí es resaltar los objetivos y necesidad de una medida *anti-suit injunction*.

Del caso narrado podemos inducir que el primer objetivo de una ASI es evitar dos procesos paralelos en el que las partes, el *petitum* y la causa *petendi* sean las mismas; o, como en el caso en concreto, que se someta a controversia una cuestión prejudicial que incide fundamentalmente en el arbitraje. En ese sentido, a través de la *anti-suit injunction* se pretende eliminar permanentemente el proceso iniciado fuera de los alcances del convenio arbitral o, en su defecto, suspenderlo mientras dure el arbitraje.

Al respecto, Nadja Kubat Erk afirma que:

[14] Gary Born, *International Commercial Arbitration* (2nd edn, vol 3, Kluwer Law International 2014) citado en Mario Reggiardo Saavedra y Álvaro Cuba Horna, ‘Las medidas antiproceto en el arbitraje peruano’ (2020) (77) *Themis Rev Derecho* 234. [“suele solicitarse (y ordenarse) cuando una de las partes pretende litigar fuera del foro de arbitraje contractual, incumpliendo el acuerdo de arbitraje de las partes”]

[15] *Rutas de Lima SAC v Municipalidad Metropolitana de Lima (III)*, Resolución Procesal No 5 relativa a la solicitud de medidas cautelares (13 junio 2023) <https://jusmundi.com/fr/document/decision/es-rutas-de-lima-s-a-c-v-municipalidad-metropolitana-de-lima-iii-resolucion-procesal-no-5-relativa-a-la-solicitud-de-medidas-cautelares-de-la-demandante-tuesday-13th-june-2023>

Parallel proceedings are bound to cause delay: the parties need to present their arguments before multiple fora; several evidentiary hearings need to be held, at times even in different jurisdictions; parties have different possibilities to raise objections or to otherwise oppose the concurrently pending court and arbitral proceedings.

(...)

The defence before multiple fora might thus also cause logistical problems, as well as imposing resource constraints on a party's ability to prepare properly for all the different sets of proceedings. [16]

En el caso en concreto, la existencia de un proceso paralelo ponía en jaque la eficacia del arbitraje, al permitir que las cortes estatales de Perú se pronunciaran sobre un aspecto esencial del contrato, pese a que su vigencia estaba sometida a controversia dentro del arbitraje entre Rutas de Lima y la Municipalidad Metropolitana de Lima. Asimismo, la coexistencia de procesos paralelos no solo perjudica la eficacia del arbitraje, sino que también aumenta el riesgo de decisiones contradictorias.

Lo que más les importa a las partes después de ganar un caso es cómo se va a ejecutar la decisión que amparó sus pretensiones. Pues bien, cuando dos decisiones incompatibles coexisten en un mismo sistema judicial, ninguna podrá ejecutarse plenamente. Para cada derecho reconocido en una decisión con calidad de cosa juzgada, habrá otra que lo niegue. Es decir, pasará a ser un problema de inseguridad jurídica, que no solo afectará a las partes, sino que a largo plazo contaminará todo el sistema arbitral y jurisprudencial.

Cuando una situación así ocurre entre un arbitraje y un proceso estatal, y el convenio arbitral no es manifiestamente nulo, el arbitraje se ve directamente amenazado. El escenario es distinto cuando el conflicto surge entre dos arbitrajes: uno iniciado en el centro A, con tribunal competente B, y otro iniciando en el centro C, con tribunal competente D. Es claro que este último ejemplo complejiza un poco más el escenario, pero la anti-suit injunction igual se dirigirá a cumplir los objetivos antes señalados.

En concreto, “[t]he worst-case scenario of parallel proceedings materialises when contradictory decisions are made and a party tries to enforce the judgment or the award.”[17]

Peor aún, “irreconcilable judgments or awards may result in contradictory legal relationships, since a contract may be declared effective by one judgment and rescinded in another, for instance.” [18] Esta situación pudo haberse generado en el caso de Rutas de Lima. A su vez, ambas partes querrán invalidar el laudo que no les favorece, por lo que se generará un ciclo de impugnaciones donde la controversia entre las partes se extienda innecesariamente. Como bien se señala, “[m]ultiple arbitrations and ‘races to judgment’ are also likely to lead to more challenges of awards and to encourage double recovery in some instances.” [19]

[16] Nadja Erk-Kubat, ‘Chapter 4: Final Conclusion’ en *Parallel Proceedings in International Arbitration: A Comparative European Perspective* (Kluwer Law International 2014) 248. [“Los procedimientos paralelos están abocados a causar retrasos: las partes deben presentar sus argumentos ante múltiples foros; deben celebrarse varias audiencias probatorias, a veces incluso en diferentes jurisdicciones; las partes tienen diferentes posibilidades de presentar objeciones u oponerse de otro modo a los procedimientos judiciales y arbitrales pendientes simultáneamente. (...) Así pues, la defensa ante múltiples foros también puede causar problemas logísticos, además de imponer limitaciones de recursos a la capacidad de una parte para prepararse adecuadamente para todos los diferentes conjuntos de procedimientos”].

[17] *Ibid.* 249. [“el peor de los casos de procedimientos paralelos se materializa cuando se dictan resoluciones contradictorias y una parte intenta ejecutar la sentencia o el laudo”].

[18] *Ibid.* 249. [“Las sentencias o laudos irreconcilables pueden dar lugar a relaciones jurídicas contradictorias, ya que un contrato puede ser declarado eficaz por una sentencia y rescindido en otra, por ejemplo”].

[19] *Ibid.* 249. [“También es probable que los arbitrajes múltiples y las «carreras hacia la sentencia» den lugar a más impugnaciones de laudos y fomenten la doble recuperación en algunos casos”].

Así pues, si el tribunal arbitral considera que una de las partes ha ignorado el convenio arbitral sin una razón justificada, el riesgo de decisiones contradictorias será inminente. Sin embargo, ello no significa que cada vez que una parte actúe de tal forma el tribunal arbitral esté en la obligación de emitir una medida anti-proceso. Como veremos más adelante, este remedio sería mejor considerarlo como una de las últimas opciones a tomar, en tanto existen otros mecanismos de defensa que pueden llegar a ser más efectivos que una *anti-suit injunction*.

Naturalmente, todo lo que hemos mencionado hasta el momento en este subapartado se traduce en mayores costos y consumo de tiempo para la parte que enfrenta esta situación. Ahora no solo deberá defenderse en un único proceso, sino en dos, lo que implica una duplicidad de escritos, presentación de pruebas y preparación para audiencias. ¿Quién podría resistir una situación así? Más allá del desgaste económico, también hay un impacto en la concentración y la capacidad de respuesta para cada proceso de la parte afectada.

Hasta aquí hemos visto lo que se busca evitar o contrarrestar a través de una medida anti-proceso, pero ahora pasemos a analizar por qué se debería emitirse una ASI: ¿Qué pretende la parte que lo solicita? Y ¿Qué mensaje envía el tribunal arbitral al ordenarla? Para ambos casos es esencialmente hacer cumplir el acuerdo arbitral.

Veamos un ejemplo. Imaginemos que las sucursales de D firman con S1 un contrato para la distribución de productos en el país L. En esos contratos, acuerdan que cualquier controversia será resuelta en jurisdicciones extranjeras, excluyendo las cortes del país L. Más adelante, surgen problemas y una de las sucursales de D decide resolver uno de los contratos. Para S1, dicha resolución no era válida, por lo que inicia un proceso en las cortes del país L, no con base a la cláusula de jurisdicción del contrato resuelto —pese a que la reclamación se relacionaba con este— sino en atención de un Decreto X que le permitía reclamar una indemnización como consecuencia de una resolución hecha de mala fe.

La posición de S1 era que las cláusulas de jurisdicción en los contratos eran nulas al excluir la jurisdicción de los tribunales del país L, donde —según S1— era representante comercial y agente exclusivo de todos los productos de D. Una de las sucursales inicia también un proceso en la jurisdicción de su propio país, y solicita una medida anti-proceso en contra de S1.

Este ejemplo sí ocurrió en la vida real. Se trata del caso *Dell Emerging Markets (emea) Ltd y otros contra Systems Equipment Telecommunications Services Sal (SETS)*. [20] Sin embargo, es más interesante ver lo que sucede después de que el tribunal en Reino Unido conceda dicha medida que la fundamentación de esta. Si algo puede salir mal, saldrá mal. SETS ignoró la orden del tribunal y continuó con el proceso que había iniciado en Líbano (el país L), oponiéndose abiertamente a su ejecución. Es más, la situación se agravó al punto de iniciarse un proceso penal por desacato.

Si bien en el caso narrado ninguno de los procesos iniciados era un arbitraje, el ejemplo nos ayuda a comprender el propósito de una medida *anti-suit injunction*. En esencia, cuando solicitamos una ASI, lo que buscamos es advertirle al tribunal —arbitral, en el contexto de este artículo— que la otra parte está actuando al margen del acuerdo pactado. Para la parte que lo solicita, se trata de un llamado a restablecer la jurisdicción acordada, una advertencia de que la conducta de su contraparte es inválida y no debe ser tolerada. Su interpretación es que las reglas del “juego” habrían sido vulneradas y que la jugada no está permitida por haber sido excluido por las mismas partes. Pero no solo eso: implica también la necesidad de que una autoridad intervenga y le ordene cesar dicha conducta, evitando así un perjuicio mayor.

[20] *Dell Emerging Markets (EMEA) Limited and others v Systems Equipment Telecommunications Services SAL and others* [2020] EWHC 1389 (Comm).

1.4- Anti-suit injunction en el área del civil law:

Si pudiéramos personificar la *anti-suit injunction*, sin duda sería un inglés de personalidad sagaz, directa y correcta, siempre atento a lo que dictan las costumbres y el buen comportamiento, aunque con un proceder que, desde otra perspectiva, podría parecer áspero. Concebida en el *common law*, la *anti-suit injunction* refleja las características propias de ese sistema jurídico; no obstante, al migrar hacia el área del civil law, las condiciones de 'vida' cambian.

A diferencia del *common law*, la tradición del *civil law* encuentra su desarrollo y limitación en los cuerpos legales. La norma es la que brinda la solución al conflicto, interpretada con apoyo de la doctrina, jurisprudencia y, por supuesto, los usos y costumbres. Así, mientras que en Inglaterra la ASI se ajusta al propio criterio del tribunal sin que exista una habilitación expresa —o incluso, entendida— para su aplicación; en los países del civil law resulta necesario recabar en la posibilidad de su emisión.

Para ilustrarlo, veamos lo ocurrido en Europa Continental, con el caso *Allianz SpA y Generali Assicurazioni Generali SpA c. West Tankers*. [21]

Tras los daños ocasionados por la colisión de un buque de propiedad de West Tankers en Siracusa, Allianz y Generali, como aseguradoras, iniciaron en Londres un arbitraje contra West Tankers en atención a la cláusula arbitral del contrato de fletamento, el cual estaba sujeto a Derecho Inglés. A la vez, Allianz y Generali iniciaron un proceso ante los tribunales de Siracusa también contra West Tankers. Si bien en ambos conflictos se trataron diferentes pretensiones, ambas controversias nacieron del mismo contrato. Así, West Tankers solicitó ante los tribunales ingleses que se dictara una orden conminatoria (*anti-suit injunction*) contra Allianz y Generali para que no se prosiguiera con el proceso iniciado ante los Tribunales de Siracusa, argumentando que debían sujetarse al arbitraje acordado. La *High Court of Justice* de Inglaterra dictó la ASI.

No obstante, Allianz y Generali apelaron, alegando que la medida era contraria al Reglamento (UE) N° 1215/2012 (Bruselas I bis), que regula la competencia judicial en la Unión Europea. De ahí que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) emitió un pronunciamiento sobre el caso, a razón de que la *House of Lords*, el órgano que conoce las apelaciones planteó la siguiente cuestión prejudicial:

¿Es compatible con el Reglamento (CE) no 44/2001 que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro adopte una resolución por la que se prohíbe a una persona iniciar o proseguir un procedimiento judicial en otro Estado miembro, basándose en que tal procedimiento infringe un convenio arbitral?

En esencia, la *House of Lords* preguntaba si un tribunal de un país de la Unión Europea puede impedir que alguien demande en otro país de la Unión Europea debido a un acuerdo de arbitraje. La respuesta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) fue la siguiente:

La adopción, por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, de una orden conminatoria cuyo objeto consiste en prohibir a una persona entablar o proseguir un procedimiento ante los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro, por considerar que tal procedimiento es contrario a un convenio arbitral, es incompatible con el Reglamento (CE) no 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

[21] Allianz SpA y Generali Assicurazioni Generali SpA v West Tankers Inc (Case C-185/07) [2009] ECR I-00663 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62007CJ0185> accessed 2 May 2025.

Entre los argumentos, resalta que una ASI impediría a un tribunal examinar por sí mismo la validez o aplicabilidad del convenio arbitral, lo cual se apoya en el artículo II (3) de la Convención de Nueva York, que exige a los tribunales remitir a las partes al arbitraje cuando exista un acuerdo válido.

Pese a que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha rechazado la aplicación de las ASI por parte de los tribunales de los Estados miembros en procesos iniciados ante los tribunales de otros Estados miembros, su decisión en el caso nos plantea un aspecto importante. Previamente, es necesario mencionar que el Reglamento (UE) No 1215/2012 (Bruselas I bis) excluye de su aplicación el arbitraje; no obstante, recordemos que la anti-suit injunction puede ser otorgada por una corte estatal —los cuales sí estaban sujetos al referido reglamento— a favor del arbitraje. El trasfondo de la decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) es expresar que no se necesita una anti-suit injunction como medio de defensa en una situación que se interprete como “offside”, sino que deberá ser el tribunal del fuera de juego el que evalúe su propia competencia. En concreto, se está considerando a la anti-suit injunction como una acción de interferencia de la competencia de los tribunales.

Otro argumento que resalta del análisis efectuado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) es la confianza mutua entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros. Al respecto, Antonia Birt, Arthad Kurlekar y Avinash Poorooye mencionan que “[m]eanwhile, under the regime of the European Union (EU), the idea of non-interference with a foreign court’s jurisdiction gained significant traction in the form of the principle of ‘mutual trust’ or the ‘principle of comity’”.^[22] Así, existe una visión tradicional en Europa Continental contraria a la emisión de anti-suit injunctions, especialmente en el contexto de arbitrajes por los dos argumentos antes mencionados. Ello no implica que la ASI esté prohibida, sino que se prefiere optar por su no aplicación por ser una medida muy intromisiva, pero con una ligera tendencia hacia el respeto de los acuerdos de arbitraje. Un ejemplo es el ordenamiento francés, al señalarse que:

*In a similar trend, Article 1448 of the French Civil Procedure Code provides that the court will ordinarily decline jurisdiction when the dispute is subject to an arbitration agreement unless the arbitral tribunal has not yet been seized of the dispute and if the arbitration agreement is manifestly void or manifestly not applicable. **This is contrary to the earlier practice followed in most civil law countries and French cases, which held that the issuance of an anti-arbitration injunction in France is not permissible and was considered an assault on the integrity of the arbitral process.**^[23]*

De la Europa Continental viajemos a América Latina. Otro continente y, por lo tanto, otros desafíos. La anti-suit injunction en territorio americano es un auténtico extranjero: idioma, cultura y desarrollo diferentes. José Carlos Fernández Rozas comenta que, como consecuencia de un fuerte proteccionismo comercial que imperó hasta los primeros años de la década de los ochenta del siglo pasado, los países de América Latina habían sido reticentes a adoptar mecanismos alternativos de solución de conflictos como lo es el arbitraje.^[24]

[22] Antonia Birt, Arthad Kurlekar y otros, ‘Anti-suit Injunctions at Crossroads: Navigating Unique Jurisdictions’ (2023) 40(4) Journal of International Arbitration 459 <https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-joia-400403?q=Crossroads> [“mientras tanto, bajo el régimen de la Unión Europea (UE), la idea de la no injerencia en la jurisdicción de un tribunal extranjero adquirió una fuerza significativa en forma del principio de «confianza mutua» o del «principio de cortesía»].

[23] Ajar Rab, ‘Chapter 6: Anti-Suit and Anti-Arbitration Injunctions’ in Interim Measures in International Commercial Arbitration: A Comparative Review of the Indian Experience (Kluwer Law International 2022) 150. [“En una tendencia similar, el artículo 1448 de la Ley de Enjuiciamiento Civil francesa establece que el tribunal declinará ordinariamente su competencia cuando la controversia esté sujeta a un acuerdo de arbitraje, a menos que el tribunal arbitral no haya conocido aún de la controversia y si el acuerdo de arbitraje es manifiestamente nulo o manifiestamente inaplicable. Esto es contrario a la práctica anterior seguida en la mayoría de los países de derecho civil y a los casos franceses, que sostenían que la emisión de una orden judicial anti arbitral en Francia no es permisible y se consideraba un atentado contra la integridad del proceso arbitral”].

[24] José Carlos Fernández Rozas, ‘Una década de consolidación comercial del arbitraje en América Latina’ (2010) Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje. <https://docta.ucm.es/rest/api/core/bitstreams/fba987fd-9b94-4723-9d00-30ace29a2fd8/content>

Sin embargo, con la apertura económica de estos países para atraer nuevamente la inversión, tras algunos periodos de crisis, el arbitraje encontró un rico mercado en América Latina. “El capital viene con su propia justicia bajo el brazo. Esa justicia es la justicia arbitral”.[25]

Cobra relevancia la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, que dio luz a su regulación en leyes especiales de diversos países latinoamericanos que, hasta ese entonces contemplaban al arbitraje dentro de sus códigos procesales o de procedimiento y bajo un estándar poco flexible para su aplicación. Considerando que casi la totalidad de países de América Latina han ratificado su contenido, nos basaremos en ella para conocer como la anti-suit injunction ha logrado ‘americanizarse’:

Artículo 17. Facultad del tribunal arbitral para otorgar medidas cautelares

1) *Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a instancia de una de ellas, otorgar medidas cautelares.*

2) *Por medida cautelar se entenderá toda medida temporal, otorgada en forma o no de laudo, por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo por el que se dirima definitivamente la controversia, el tribunal arbitral ordene a una de las partes que:*

a) *mantenga o restablezca el status quo en espera de que se dirima la controversia;*

b) adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del procedimiento arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo al procedimiento arbitral;

c) *proporcione algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar todo laudo subsiguiente; o*

d) *preserve elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia.*[26](Subrayado y énfasis agregado).

La ASI es inusual en América Latina. Como menciona Crina Baltag, “[c]ivil law systems continue to remain reluctant to anti-suit injunctions, as these orders are seen as an infringement of the sovereignty of the state and of the principle of free access to courts”.[27] Es cierto que la figura tal cual ha sido concebida en Inglaterra no existe en territorio americano[28], no han visto muchas “jugadas” como estas en acción; no obstante, ha llegado a “emparentar” con las medidas cautelares. “The Working Group agreed that the power to grant an anti-suit injunction falls under Article 17(2)(b) of the Model Law”.[29]En efecto, dicha disposición guarda relación con la anti-suit injunction, toda vez que no hacer nada ante una conducta que se interprete como incumplimiento o fuera del alcance del convenio arbitral, puede traer como consecuencia que el arbitraje pierda su objeto o su eficacia.

[25] Mario Castillo Freyre, Ricardo Vásquez Kunze y Rosario Sabroso Minaya, ‘El arbitraje en la experiencia latinoamericana’ (2008) (61) Derecho PUCP 207 <https://doi.org/10.18800/derechopucp.200801.009>.

[26] Artículo 17. Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, 4 de diciembre de 2006 (Estados Unidos).

[27] Crina Baltag, ‘Chapter 15: Anti-Suit Injunctions and Other Means of Indirect Enforcement of an Arbitration Agreement’ in Stavros Brekoulakis, Julian DM Lew y otros (eds), *The Evolution and Future of International Arbitration* (Kluwer Law International 2016) vol 37, 251. [“los sistemas de Derecho civil siguen siendo reacios a las medidas cautelares anti procesales, ya que estas órdenes se consideran una vulneración de la soberanía del Estado y del principio de libre acceso a los tribunales”].

[28] Raúl Pereira Fleury, ‘Anti-suit Injunctions en favor del arbitraje. Protegiendo la jurisdicción arbitral’.

[29] Ajar Rab, ‘Chapter 6: Anti-Suit and Anti-Arbitration Injunctions’ 147. [“El Grupo de Trabajo convino en que la facultad de conceder un mandamiento judicial antiprocésal está comprendida en el artículo 17 2) b) de la Ley Modelo”].

Ya habíamos mencionado el caso *Rutas de Lima v. Municipalidad Metropolitana de Lima (III)*, cuyo detalle importante es que el tribunal arbitral nunca menciona que su medida es una *anti-suit injunction*, aunque en el fondo tiene la naturaleza de una ASI, sino que hace un análisis cautelar sobre la factibilidad de dictar dicha medida. En este mismo orden, se ha mencionado [30] la existencia de un caso chileno en un arbitraje doméstico con carácter societario. Según lo informado, el árbitro concedió una medida cautelar innominada pero susceptible de ser categorizada como anti-proceso. Una de las partes solicitó la ejecución de un título ejecutivo ante las cortes estatales chilenas a efectos de pagarse acreencias que eran parte de la controversia arbitral. En ese sentido, la otra parte solicitó una medida precautoria innominada de prohibición al demandado de seguir adelante el proceso de ejecución, la cual haría totalmente ilusoria cualquier resultado en el arbitraje. La medida fue otorgada por el árbitro, el cual se basó en la funcionalidad de la misma en relación con las pretensiones, peligro en la demora, riesgo de privar la ejecución, y la apariencia del buen derecho.

Ahora bien, en cuanto a un caso real, podemos señalar lo ocurrido entre *YPF S.A. c. AES Uruguaiana Emprendimientos S.A.* [31], el cual fue un arbitraje multicontrato y multiparte consolidado y bifurcado en dos etapas: la primera para decidir si existió incumplimiento contractual en el suministro y transporte de gas natural susceptible de responsabilidad civil de una de las partes; y la segunda para cuantificar los daños y perjuicios por dicho incumplimiento, de ser el caso. [32] El laudo parcial que se emitió declaró que YPF S.A. había incumplido el contrato; no obstante, esta parte apeló dicho laudo ante la Sala IV de la Cámara Contencioso Administrativo Federal de Argentina y, a solicitud de parte, dictó una medida cautelar para suspender la segunda parte del arbitraje —hasta que se decidiera sobre la nulidad—, en base a la mera posibilidad de la existencia del derecho discutido.

2- El rompecabezas de la ASI: las piezas para su emisión

2.1- Competencia del Tribunal Arbitral:

Francisco González de Cossío define el *Competence-Competence* como aquel principio que permite al árbitro ser el primer juez de su propia jurisdicción. [33] ¿Por qué es importante este detalle para el arbitraje? Porque brinda seguridad jurídica a este mecanismo. Nadie más, refiriéndonos a los jueces, podrá interferir en el desarrollo del arbitraje, apartando al árbitro de su dirección, organización y decisión para resolver la controversia, antes de que él mismo lo haga. Ello implica que, ante cualquier inconveniente sobre la legitimidad de un arbitraje, los árbitros son llamados a pronunciarse primero.

Sin este principio, sería muy fácil que, la parte que no se encuentre de acuerdo con el arbitraje, busque la opinión de alguien externo a él, y no precisamente de aquel a quien se le ha encargado dirimir los conflictos en dicho mecanismo. Como bien se señala: “[e]l resultado sería irónico además de contrario al deseo de las partes: para arbitrar hay que litigar; de desear evitar acudir a tribunales es necesario acudir a tribunales para definir la competencia del árbitro.” [34]

[30] Karen Milinarsky Litvak, Cristóbal Leighton Rengifo y Rodrigo Guzmán Karadima, *Las Medidas Anti-Proceso (Anti-Suit Injunctions) en el Arbitraje Doméstico* (Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago 2019). https://www.camsantiago.cl/minisites/informativo-online/2019/JUL/docs/2019-06_MilinarskyLeightonGuzman.pdf

[31] *YPF SA v AES Uruguaiana Emprendimientos SA*, CIADI Case No ARB/03/19.

[32] Raúl Pereira Fleury, 'Anti-suit Injunctions en favor del arbitraje. Protegiendo la jurisdicción arbitral'.

[33] Francisco González de Cossío, 'Compétence-Compétence y la remisión al arbitraje' (2015) 31 *Advocatus* 229 <https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/view/4361/0>

[34] Francisco González de Cossío, 'El principio Compétence-Compétence, revisitado' (2006) 90.

¿A qué viene todo esto? Que, si un tribunal arbitral se declara competente para resolver las controversias traídas a arbitraje, entonces tendrá el deber de mitigar cualquier daño al procedimiento arbitral.[35] Como lo menciona Emmanuel Gaillard, *“the arbitrators' jurisdiction to decide disputes relating to the arbitration agreement contains, by definition, the jurisdiction to decide breaches of the obligation to arbitrate. It also contains the arbitrators' power to sanction any breaches that are ascertained on that basis”*. [36] En ese sentido, el tribunal arbitral deberá adoptar las medidas que considere pertinentes, ello incluye dictar medidas anti proceso: *“Anti-suit injunctions in support of arbitration are premised on the principle that the court has concurrent jurisdiction and has to play an active role in supporting arbitration.”* [37]

Ahora bien, Laurent Levy ha considerado tres principios al abordar una declaración de competencia del tribunal arbitral con miras a emitir una ASI:

1. Each court or arbitral tribunal has the power to decide on its own jurisdiction.

(...)

2. Admittedly, in upholding their jurisdiction, arbitrators implicitly declare that any other court or arbitral tribunal is prevented from ruling on the same subject matter.

(...)

3. A fortiori, unless a matter has been referred to it, an arbitral tribunal may not order a party to withdraw a court action, which would be tantamount to depriving a party of its substantive rights.[38]

Los puntos más controversiales de la cita anterior son el 2 y 3, así que veámoslos a través de un caso: *Société Générale de Surveillance S.A. (SGS) vs. República Islámica de Pakistán*. [39]

SGS inició un arbitraje en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) en atención a la violación de un tratado de inversión entre Suiza y Pakistán. No obstante, la República Islámica de Pakistán objetó la competencia del tribunal arbitral, manifestando que las partes habían pactado entre ellas —mediante un Acuerdo de Inspección Previa a la Expedición— que cualquier controversia relacionada a dicho acuerdo se resolvería según la Ley de Arbitraje de Pakistán. Asimismo, alegó la existencia de un arbitraje entre las partes, el cual se había iniciado un año antes. Cabe precisar que, la República Islámica de Pakistán advirtió que SGS había reconocido que la controversia se deriva de las acciones y omisiones de Pakistán respecto al mencionado acuerdo y, por lo tanto, se aceptada arbitrar en ese foro.

[35] Reggiardo Saavedra y Cuba Horna, 'Las medidas antiproceto en el arbitraje peruano' 234.

[36] Emmanuel Gaillard, 'Anti-suit Injunctions Issued by Arbitrators' in Albert Jan van den Berg (ed), *International Arbitration 2006: Back to Basics?*, ICCA Congress Series No 13 (Kluwer Law International 2007) 235. [“la competencia de los árbitros para decidir los litigios relativos al convenio de arbitraje contiene, por definición, la competencia para decidir los incumplimientos de la obligación de arbitraje. También contiene la competencia de los árbitros para sancionar los incumplimientos que se constaten sobre esa base”].

[37] Ajar Rab, 'Chapter 6: Anti-Suit and Anti-Arbitration Injunctions' 147. [“Las medidas cautelares en apoyo del arbitraje se basan en el principio de que el tribunal tiene competencia concurrente y debe desempeñar un papel activo en apoyo del arbitraje”].

[38] Laurent Lévy, 'Anti-Suit Injunctions Issued by Arbitrators' in Emmanuel Gaillard (ed), *Anti-Suit Injunctions in International Arbitration*, IAI Series No 2 (Juris Publishing 2005) 115. [“1. Cada tribunal judicial o arbitral tiene la facultad de decidir sobre su propia competencia. (...) 2. Es cierto que, al sostener su competencia, los árbitros declaran implícitamente que cualquier otro órgano jurisdiccional o tribunal arbitral está impedido para pronunciarse sobre la misma materia. (...) 3. A fortiori, a menos que se le haya sometido un asunto, un tribunal arbitral no puede ordenar a una parte que desista de una acción judicial, lo que equivaldría a privar a una parte de sus derechos sustantivos”].

[39] *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No ARB/01/13.

Así es, en este caso tenemos dos arbitrajes “enfrentados”, cada uno iniciado por una de las partes, y de acuerdo a la interpretación que cada una le dota al convenio arbitral y la naturaleza de la materia en controversia. Por supuesto que para ambos aplicará el principio 1 señalado en la cita de Laurent Levy, que es básicamente el principio de *Competence-Competence*. Es decir, cada tribunal arbitral podrá declararse competente para resolver la controversia entre SGS y la República Islámica de Pakistán. Aquí no podría aplicarse la presunción a favor del arbitraje, puesto que ambos procesos lo son.

SGS fue quien solicitó una ASI para detener el arbitraje que se había iniciado en Pakistán, medida que sí fue concedida por el Tribunal Arbitral constituido en CIADI. La orden del Tribunal Arbitral del arbitraje CIADI fue en realidad una recomendación de suspensión temporal mientras que se decidieran las cuestiones de su propia jurisdicción, y su cumplimiento fue efectuado voluntariamente por el Tribunal Arbitral en el arbitraje pakistaní. Las implicancias de esa medida son muy importantes. Si consideramos lo que menciona Levy en el punto 2, podríamos afirmar que el tribunal arbitral del arbitraje CIADI está excluyendo implícitamente a otros órganos jurisdiccionales u otros tribunales arbitrales de declararse competentes y conocer la controversia entre ambas partes. Asimismo, si consideramos el punto 3, podríamos afirmar que el Colegiado del arbitraje CIADI nunca podría ordenarle a la República Islámica de Pakistán retirar su solicitud de arbitraje o demanda. Cabe precisar que, el tribunal arbitral que dictó la ASI se declaró únicamente competente de las pretensiones que consideró tenían su origen en el tratado.

¿Es esa decisión vinculante para el arbitraje iniciado en Pakistán? ¿Puede el tribunal arbitral del arbitraje CIADI intervenir el arbitraje que se desarrollaba en Pakistán? Una característica importante de la anti-suit injunction es que se trata de una orden hacia la parte cuyo comportamiento se interprete como incumplimiento o fuera del alcance del convenio arbitral, y no hacia otro tribunal. Por lo tanto, la orden sí sería vinculante, pero para las partes del arbitraje en el cual se emita, en este caso el demandado: la República Islámica de Pakistán. Es esta parte quien debería solicitar la suspensión —que fue lo que se recomendó— ante el Tribunal Arbitral constituido en Pakistán.

Honestamente, cuando se advierte el carácter personal de la *anti-suit injunction* puede ponerse en tela de juicio de efectiva, toda vez que bastaría que la parte contra quien se ha ordenado dicha medida realice los esfuerzos necesarios para cumplirla, sin garantizar su materialización. En realidad, aquí existe un detalle sumamente importante: por más que la orden vaya dirigida a una de las partes y esta solicite el retiro de su demanda o la suspensión del arbitraje, quedará a criterio del tribunal arbitral del otro arbitraje si (i) aceptar la conclusión del proceso o (ii) suspender las actuaciones de su arbitraje. Respecto al primer punto, es usual que la ley de arbitraje de la sede en la que se esté desarrollando el arbitraje establezca los supuestos de terminación de las actuaciones, por lo que es más ‘automático’ considerar su aceptación o no. En cuanto al segundo punto, estamos ingresando netamente al criterio del tribunal arbitral, por lo que es más complicado y existe mayor margen para denegar la aplicación de la ASI.

En el caso que hemos señalado antes, el tribunal arbitral pakistaní voluntariamente accedió a suspender su arbitraje; no obstante, también pudo haberse negado respaldándose en que la anti-suit injunction es una injerencia a su competencia y su poder de dirección del arbitraje, como sucedió en el caso *Patel Engineering Limited (India) v. The Republic of Mozambique*.^[40] Para comprender este caso, veamos el siguiente cuadro:

Nº	Demandante	Demandado	Tipo de arbitraje	Centro de Arbitraje
1	Patel Engineering Limited	República de Mozambique	Arbitraje de Inversión	Corte Permanente de Arbitraje
2	República de Mozambique	Patel Engineering Limited	Arbitraje Comercial Internacional	Cámara de Comercio Internacional

Cuadro N° 1.

[40] *Patel Engineering Limited v Republic of Mozambique*, PCA Case No 2020-21.

Nuevamente, nos encontramos frente a dos arbitrajes. El primero, iniciado por Patel Engineering Limited, se basó en el tratado de inversión que existía entre la India y Mozambique; mientras que el segundo, iniciado por la República de Mozambique, se sustentó en un Memorando de Entendimiento. En este último, el tribunal arbitral emitió una ASI a favor de la República de Mozambique, prohibiendo a Patel Engineering Limited de participar del arbitraje que había iniciado ante la Corte Permanente de Arbitraje. En base a dicha decisión, la República de Mozambique solicitó la suspensión del arbitraje de inversión, la cual fue rechazada por el tribunal arbitral constituido en la Corte Permanente de Arbitraje, alegando su derecho a declarar su propia competencia, su autonomía jurídica a no estar obligado a la decisión del Tribunal Arbitral de la Cámara de Comercio Internacional (CCI).

Un detalle importante es que uno de los árbitros del Tribunal Arbitral de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) emitió un voto disidente en cuanto a la decisión de emitir una anti-suit injunction por considerarla intrusiva en la competencia del otro tribunal —el de la Corte Permanente de Arbitraje—. Así, manifestó que:

Under the Majority's Order today, by contrast, the Treaty Tribunal will be deprived of what the Crystallex tribunal had the opportunity to do: to decide its own jurisdiction over contract related arguments.

(...)

In effect, the Majority's Order deprives that public international tribunal of even hearing that party's submissions. (...)

The silencing of a party—particularly in a proceeding over which the tribunal issuing the order has no jurisdiction should concern not only every stakeholder in the ISDS system, but every party concerned with the rule of law.[41]

Como se observa, este es el punto crítico de la ASI, y del cual se derivan una serie de cuestionamientos. Al respecto, Álvaro Alarcón Dávalos, Emilio Pérez La Orden y Carlos Ferrer Moya[42] ya han analizado esta situación, la cual en síntesis es la siguiente:

ASI sí supone una intromisión	ASI no supone una intromisión
<ul style="list-style-type: none"> • El principio Kompetenz-Kompetenz indirectamente deniega la competencia de otros tribunales. • Los tribunales arbitrales no tienen la potestad para limitar la jurisdicción de los tribunales estatales. La jurisdicción se declara, no se ordena. • La ASI limita, en cierto modo, el derecho al acceso a la justicia de la parte afectada. 	<ul style="list-style-type: none"> • Si las partes eligieron voluntariamente arbitrar han renunciado al derecho de acudir a las cortes estatales, por lo que no hay limitación al derecho de acceso a la justicia. • Es imposible que una ASI limite la competencia de un tribunal estatal que nunca la tuvo, en virtud de un acuerdo arbitral.

Cuadro N° 2.

[41] Ibid. P. 19, 29 y 30. ["En cambio, en virtud del Auto de la Mayoría de hoy, el Tribunal del Tratado se verá privado de lo que el tribunal Crystallex tuvo la oportunidad de hacer: decidir su propia jurisdicción sobre los argumentos relacionados con el contrato. (...) En efecto, el Auto de la Mayoría priva a ese tribunal internacional público incluso de oír las alegaciones de esa parte. (...) El silenciamiento de una parte -particularmente en un procedimiento sobre el cual el tribunal que emite la orden no tiene jurisdicción- debería preocupar no sólo a todas las partes interesadas en el sistema ISDS, sino también a todas las partes interesadas en el Estado de Derecho".]

[42] Alarcón Dávalos, Pérez La Orden and Ferrer Moya, 'Anti-suit injunctions en arbitraje: retos prácticos y fundamentación teórica' 196-197.

2.2- Requisitos:

¿Cuál es el estándar para dictar una anti-suit injunction? La emisión de una anti-suit injunction por un tribunal arbitral —o incluso por un tribunal judicial— requiere cumplir con ciertos requisitos que aseguren su procedencia y legitimidad. Aunque estos pueden variar según el reglamento de la institución arbitral o ley de arbitraje aplicable, o incluso acuerdo de las partes, en los casos actuales que hemos visto a lo largo de este artículo, y también considerando la naturaleza jurídica a nivel latinoamericano de medida cautelar de la ASI, existe una línea común estructurada en torno a cuatro elementos esenciales:

- Competencia prima facie del Tribunal Arbitral
- Posibilidad prima facie de éxito de la demanda
- Urgencia y/o necesidad, e
- Irreparabilidad del daño (proporcionalidad).

Los referidos elementos han sido ampliamente desarrollados por la doctrina relativa a la ASI y aún más, por literatura jurídica de las medidas cautelares. Por otro lado, la anti-suit injunction, en su versión medida cautelar, también debe cumplir con las siguientes características: instrumentalidad, variabilidad, temporalidad y prejuzgamiento. No hay inconveniente con ninguna de las características mencionadas a excepción de la tercera, la cual puede llegar ser contradictoria con los efectos de la anti-suit injunction. Hay tres variables principales aquí:

- ASI que suspende un arbitraje en curso
- ASI que suspende acciones que llevarían a un arbitraje
- ASI que ordena el desistimiento de un arbitraje

Si bien las tres situaciones están referidas netamente a dos arbitrajes “enfrentados”, la primera situación es la menos compleja de las tres. Y mencionamos ‘menos’ porque, si bien al otorgar una anti-suit injunction estamos involucrándonos en la competencia de otro Tribunal Arbitral, la orden está dirigida a suspender el otro arbitraje. Es decir, se adecua a la característica de la temporalidad de las medidas cautelares, y la consecuencia inmediata que generará será la paralización de las actuaciones arbitrales y, de forma mediata, el retraso en la resolución de la controversia arbitral, de corresponder.

La segunda situación añade un poco de complejidad, toda vez que introduce el elemento probatorio de acreditar qué acciones previas a la materialización del incumplimiento del convenio arbitral estaría realizando una de las partes, o a la situación que, para el solicitante de la ASI, está fuera juego. De esta forma, en caso de demostrar ello y considerarse pertinente emitir una ASI, el Tribunal Arbitral deberá tener mucho cuidado con el plazo de prescripción o caducidad que exista para iniciar un arbitraje en caso de controversia, toda vez que podría ocasionar que la parte pierda el derecho a controvertir determinadas situaciones de conflicto contractual.

Por otro lado, la tercera situación nos ubica en un grado mayor de complejidad, puesto que el propio efecto de la medida anti-proceso no podría retrotraerse a la situación previa a la emisión de una ASI. Si bien es posible que un tribunal considere ordenar a una parte desistir de un arbitraje, esta es la situación más intrusiva y probablemente solo se justificaría en circunstancias muy excepcionales. No se cumple con la característica de temporalidad de las medidas cautelares y sus efectos son prácticamente definitivos (en caso ordene desistirse del reclamo, no solamente del proceso). Además, en caso de que sea el tribunal arbitral que emite la anti-suit injunction el no competente, la parte afectada puede perder la posibilidad de demandar en el foro arbitral, los costos generados por el arbitraje desistido, el tiempo invertido en dicho arbitraje, la oportunidad de tener a ciertos profesionales en el tribunal arbitral que se haya constituido, entre otros. Por lo tanto, aunque es concebible, su aplicabilidad real es muy limitada y altamente controvertida por los efectos permanentes que tiene una orden de desistimiento, sobre todo considerando que los tribunales arbitrales pueden declarar su competencia, no obstante, será un juez quien valide o invalide dicha declaración. Como señala Francisco Gonzales de Cossio:

Cuando el tribunal arbitral determine prima facie si la controversia está cubierta por el acuerdo de arbitraje, este es el primer disparo (first shot). No obstante, esta determinación no es definitiva y, si la otra parte decide recurrir al proceso de anulación, el juez podrá emplear el segundo disparo (second shot) y definitivo (Gonzales de Cossío, 2007, p. 208) para determinar si efectivamente la controversia estaba o no cubierta por el acuerdo de arbitraje.[43]

2.3- Excepción del convenio arbitral vs. Excepción de incompetencia vs. Anti-suit Injunction

Cada movimiento, cada jugada y cada minuto es importante en un partido de fútbol. De la misma forma, cada prueba, cada estrategia y cada actuación es importante en el desarrollo de un arbitraje. Ambos —cada equipo y cada parte— tiene un solo objetivo: ganar el partido, ganar el caso. La preparación previa sentará bases sólidas para su desenvolvimiento en el campo de juego, pero solo la práctica les permitirá afinar sus habilidades. Así, luego del desarrollo de la ASI en su historia, su contenido, requisitos, objetivos, necesidades y su relación con la competencia del tribunal arbitral, podemos afirmar que tenemos los insumos suficientes para analizar las situaciones prácticas en las que se presenta. Si bien, a lo largo de este artículo nos hemos referido a una serie de casos reales, lo cierto es que la perspectiva de quien la solicita y quien decide sobre su emisión deben considerarse aspectos diferentes; desde la normativa vigente hasta cuestiones éticas.

La ASI representa la anulación del gol de Benzema en el partido final de la UEFA Champions League, era la única opción que tenía el árbitro y la decisión se ajustaba perfectamente a las reglas permitidas en el juego para combatir la jugada que no está permitida en un partido. En el arbitraje la situación es un poco más compleja, puesto que la anti-suit injunction no es siempre la única opción que tiene una de las partes y no siempre es la decisión más adecuada para un tribunal arbitral.

Para quien lo solicita —de buena fe—, la ASI debe representar su penúltimo as bajo la manga, antes debe ejercer otros mecanismos mucho más pertinentes y menos lesivos que una anti-suit injunction. Nos referidos a la excepción de incompetencia en caso se inicie un arbitraje frente a un tribunal que consideramos incompetente, y la excepción del convenio arbitral cuando se inicie un proceso en cortes estatales respecto a una controversia cuyo contrato contiene un convenio arbitral. Ambas excepciones, dependiendo del caso, deberán ser la primera línea de defensa para quien se opone al inicio de otro arbitraje/proceso en el que discuta la misma controversia o una conexas a esta misma por considerar la interpretación que fundamenta dicha acción como válida.

En cuanto a la excepción del convenio arbitral, el estándar para que un juez haga suya una controversia sometida a arbitraje es sumamente alta: el convenio arbitral debe ser manifiestamente nulo. Es decir, patente, evidente en la lectura misma. Esto ocasiona que, si no se observa a simple vista la nulidad del convenio arbitral, el juez está obligado a remitir la controversia a arbitraje, lo cual va de la mano con el principio pro arbitri. Así, será el tribunal arbitral quien decidirá declarar o declinar su competencia sobre el asunto.

Respecto a la excepción de incompetencia del Tribunal Arbitral, hay varios aspectos involucrados: el principio Competence-Competence, la debida motivación, la misión del tribunal arbitral y la ética de este. Tengamos en cuenta el siguiente escenario: las partes pactan en el convenio arbitral un arbitraje institucional en el centro de arbitraje A, bajo la dirección de un Árbitro Único designado por la Corte del mismo centro. La demandante X1 inicia el arbitraje en el centro de arbitraje A, pero el demandado Y1 se niega a arbitrar ahí y decide llevar la controversia al centro de arbitraje B. El tribunal arbitral que se constituya en el centro de arbitraje B tendrá que decidir que sobre la excepción de incompetencia que debe plantear la parte X1.

[43] Francisco Gonzáles de Cossío, (2007) 208, citado en Mario Reggiardo Saavedra y Álvaro Cuba Horna, 'Las medidas antiproceso en el arbitraje peruano' (2020) 77 THEMIS Revista De Derecho 234.

Por supuesto que, el lector como el tercero que observa esta situación sabe que el centro escogido por las partes no es el centro de arbitraje B y que, por lo tanto, no hay mucho que analizar o interpretar en un caso así, pero ya hemos visto mediante casos reales que un convenio arbitral, el comportamiento de las partes o el trasfondo de las pretensiones que se reclaman, genera una variabilidad de interpretaciones. Por ejemplo, cuando enfrenta un arbitraje de inversión contra uno comercial internacional o, cuando hay casos de homonimia del centro de arbitraje.

No obstante, volviendo al ejemplo, el tribunal arbitral del centro de arbitraje B debería declarar su no competencia respecto a la controversia, pero también podría considerarse competente. Y, en efecto, está en su derecho por el principio *Competence-Competence*, pero deberá fundamentar dicha posición en base a argumentos lógicos y razonables. Aquí entra el derecho a la debida motivación de las resoluciones, la cual asegura que la decisión del tribunal arbitral no sea deliberada o por capricho. El tribunal arbitral es el tercero llamado a resolver la controversia, si un árbitro no ha analizado con detenimiento su competencia y aun así la declara, afectará enormemente a la misión encomendada por las partes, puesto que la decisión que se laude se verá opacada por la falta de legitimidad que tendría para emitirla. *"It is an entrenched principle of international arbitration that arbitrators must render an award capable of being recognized and enforced."*[44] En esto existe un matiz de ética en los casos en se acepta —de mala fe— la competencia sobre una disputa cuando, para cualquier tercero objetivo, es evidente que debía ser rechazada.

Si pese a la fuerza de ambas excepciones no se ha logrado con éxito detener el otro arbitraje o proceso iniciado cuya legitimidad está pendiente de ser confirmada, entonces podremos pasar a un segundo mecanismo con mayor efectividad, pero que las partes deben ser pacientes para solicitarla. Estamos hablando de la anulación del laudo arbitral, en caso haya sido un arbitraje y, la apelación de una sentencia, en caso haya sido un proceso en cortes estatales.

Claro que este mecanismo también tiene un matiz de pertinencia, pues será más efectivo dependiendo de la complejidad del caso y de la etapa en la que se encuentre el arbitraje. Por ejemplo, no será lo mismo esperar a que culmine un arbitraje acelerado o de dos reclamos, incluyendo la de costos, a un arbitraje de diez reclamos, con posibilidad de solicitar la inclusión de una parte no signataria y cuya controversia podría bifurcarse. O si el arbitraje en cuestión está apenas iniciando o si ya haya cerrado sus actuaciones y haya iniciado el plazo para laudar. En atención a dichos matices, se podrá evaluar esperar a la anulación del laudo o apelación de la sentencia.

Si no conviene esperar, entonces optemos por solicitar de una ASI, pero esta nunca puede ser la primera opción de quien resiste el incumplimiento del convenio arbitral. ¿Por qué la anti-suit injunction debe ser utilizada residualmente? Porque es una clara intromisión a la competencia del tribunal arbitral. Cuando un tribunal arbitral emite una ASI está comunicando a todos que es el único y exclusivamente competente para resolver el asunto controvertido de las partes en virtud del convenio arbitral invocado. Por lo tanto, cualquier otro tribunal que se constituya para conocer la misma controversia (triple identidad) o una que sea conexa (cuestión prejudicial) será incompetente. Y pese a que, en la realidad, sí es incompetente, si es que un juez no ha declarado ello, para ese otro tribunal arbitral surtirán los efectos de su competencia.

El convenio arbitral no es una simple cláusula contractual: es el terreno, las reglas y el árbitro que las partes eligieron de común acuerdo, y la anti-suit injunction es una de las respuestas del sistema para hacer cumplir las reglas, restaurar el juego limpio y proteger la integridad del proceso.

[44]Emmanuel Gaillard, 'Anti-suit Injunctions Issued by Arbitrators' 239-240.

CONCLUSIONES

Volvamos a la jugada. Benzema anota en la final de la Champions League, pero el árbitro anula el tanto por posición adelantada porque, aunque parecía legítima, consideró que su intervención rompía con las reglas del juego. La infracción no estaba en el resultado, sino en la manera en que se construyó la jugada. Si no hubiera anotado, igual el árbitro de línea hubiera levantado la bandera de offside. En el arbitraje ocurre lo mismo. Cuando el tribunal arbitral considera una interpretación correcta del convenio arbitral y una de las partes se aparta de ello —sea iniciando un proceso ante una corte estatal o ante un tribunal arbitral no pactado—, entonces estará fuera de juego. Y frente a esa infracción, la anti-suit injunction es el silbato del árbitro: una medida que ordena retroceder la jugada para preservar la cancha legítima que las partes eligieron.

La esencia de la anti-suit injunction es preservar la jurisdicción arbitral, el foro legítimo en el que debe resolverse la controversia, al existir manifestación de voluntad de las partes de acudir a un arbitraje. Esta medida involucra una orden de hacer o no hacer, cuyo propósito es invalidar una posición de “juego” que desconozca las reglas del arbitraje, tratando de retrotraer la situación al momento previo al incumplimiento del convenio arbitral.

Sin embargo, tal como lo hemos mencionado, la ASI tiene un serio inconveniente: es una clara intromisión a la competencia del tribunal arbitral. Al emitirse, se comunica que el tribunal arbitral que la dicta es el único y exclusivamente competente para resolver el asunto controvertido de las partes, en virtud del convenio arbitral invocado, siempre que exista identidad de objeto (triple identidad) o cuestión conexa (cuestión prejudicial).

Es por ello que la anti-suit injunction debe ser utilizada de forma residual, detrás de mecanismos menos intrusivos como la excepción de incompetencia, convenio arbitral, anulación del laudo y apelación, de corresponder, puesto que estos son menos lesivos y más pertinentes. De hecho, estos mecanismos existen precisamente para que las partes resuelvan las disputas sobre la interpretación del convenio arbitral sin necesidad de afectar otro proceso paralelo.

Tampoco es recomendable que una ASI que ordene el desistimiento de un arbitraje o proceso, en tanto los efectos serán permanentes. Considerando que será un juez quien valide o invalide la decisión de competencia de los tribunales arbitrales, la suspensión es la medida más adecuada a tomar en caso de su emisión, y considerando también las circunstancias de cada caso, priorizando los posibles daños a sufrir de no emitirse una anti-suit injunction.

Finalmente, no toda ASI es igual: algunas generarán más controversia que otras. Así como la anulación del gol de Benzema sigue siendo discutida entre comentaristas y aficionados, hay medidas que no dejarán de generar debate sobre su oportunidad, alcance y legitimidad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

Artículos

- Beltrán de Lubiano Sáez de Urabain, José, 'Controlando al litigante rebelde: las anti-suit injunctions en los tribunales españoles' (2016) (32) Revista Jurídica Universidad Autónoma De Madrid <https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/view/6436>
- Alarcón Dávalos, Álvaro, Emilio Pérez La Orden and Carlos Ferrer Moya, 'Anti-suit injunctions en arbitraje: retos prácticos y fundamentación teórica' (2024) 24(1) Revista e-mercatoria <https://doi.org/10.18601/16923960.v24n1.07>
- Pereira Fleury, Raúl, 'Anti-suit Injunctions en favor del arbitraje. Protegiendo la jurisdicción arbitral' (2017) (3) Revista Paraguaya de Derecho, Economía y Política https://py.ijeditores.com/articulos.php?Hash=37adf40163cab052c1d4e68f34ae2a68&hash_t=f47d63787c2b1c5ffa8879576ec1de54
- Fernández Rozas JC, 'Anti-Suit Injunctions Et Arbitrage Commercial International: Mesures Adressées Aux Parties Et Au Tribunal Arbitral' en Soberanía del Estado y Derecho Internacional. Homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo, t. I (Sevilla, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla 2005) 575-586 <https://docta.ucm.es/rest/api/core/bitstreams/d2758192-abdf-44d9-9553-660ce7b7d722/content>.
- Reggiardo Saavedra M y Cuba Horna Á, 'Las medidas antiproseso en el arbitraje peruano' (2020) (77) THEMIS Revista De Derecho 233-252 <https://doi.org/10.18800/themis.202001.012>.
- Lew JDM, 'Control of Jurisdiction by Injunctions Issued by National Courts' en Albert Jan van den Berg (ed), International Arbitration 2006: Back to Basics?, ICCA Congress Series, Volume 13 (Kluwer Law International 2007) 185-220.
- Erk-Kubat N, 'Chapter 4: Final Conclusion' en Parallel Proceedings in International Arbitration: A Comparative European Perspective, International Arbitration Law Library, Volume 30 (Kluwer Law International 2014) 247-274.
- Birt A, Kurlekar A y otros, 'Anti-suit Injunctions at Crossroads: Navigating Unique Jurisdictions' (2023) 40(4) Journal of International Arbitration 459 <https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-joia-400403?q=Crossroads>
- Rab A, 'Chapter 6: Anti-Suit and Anti-Arbitration Injunctions' in Interim Measures in International Commercial Arbitration: A Comparative Review of the Indian Experience (Kluwer Law International 2022) 147-186
- Fernández Rozas JC, 'Una década de consolidación comercial del arbitraje en América Latina' (2010) Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje <https://docta.ucm.es/rest/api/core/bitstreams/fba987fd-9b94-4723-9d00-30ace29a2fd8/content>
- Castillo Freyre M, Vásquez Kunze R y Sabroso Minaya R, 'El arbitraje en la experiencia latinoamericana' (2008) (61) Derecho PUCP 207 <https://doi.org/10.18800/derechopucp.200801.009>
- Baltag C, 'Chapter 15: Anti-Suit Injunctions and Other Means of Indirect Enforcement of an Arbitration Agreement' in Brekoulakis S, Lew JDM y otros (eds), The Evolution and Future of International Arbitration (Kluwer Law International 2016) vol 37, 251-268
- Milinarsky Litvak K, Leighton Rengifo C y Guzmán Karadima R, Las Medidas Anti-Proceso (Anti-Suit Injunctions) en el Arbitraje Doméstico (Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago 2019) https://www.camsantiago.cl/minisites/informativo-online/2019/JUL/docs/2019-06_MilinarskyLeightonGuzman.pdf
- Gonzáles de Cossio F, 'Compétence-Compétence y la remisión al arbitraje' (2015) (31) Advocatus 229 <https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/view/4361/0>
- [Gonzáles de Cossio, F, 'El principio Compétence-Compétence, revisitado' \(2006\).](https://doi.org/10.18601/16923960.v24n1.07)
- Gaillard E, 'Anti-suit Injunctions Issued by Arbitrators' in Albert Jan van den Berg (ed), International Arbitration 2006: Back to Basics?, ICCA Congress Series No 13 (Kluwer Law International 2007).
- Lévy L, 'Anti-Suit Injunctions Issued by Arbitrators' in Emmanuel Gaillard (ed), Anti-Suit Injunctions in International Arbitration, IAI Series No 2 (Juris Publishing 2005).

Jurisprudencia y legislación

- William Bushby v James Munday, Jeremiah Cloves and C W Cracroft (1821) 1 Sim & Stu 66.
- Cohen v Rothfield [1918] C. 217 (Newcastle District Registry) https://www.iclr.co.uk/document/1911000072/casereport_79430/html.
- Dell Emerging Markets (EMEA) Limited and others v Systems Equipment Telecommunications Services SAL and others [2020] EWHC 1389 (Comm) <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2022/07/200530-Dell-Emerging-Markets-v-Systems-Equipment-Others-02.04.20-approved-1.pdf>.
- Pena Copper Mines Ltd v Rio Tinto Co Ltd [1911] 2 KB 79 (CA).
- Rutas de Lima SAC v Municipalidad Metropolitana de Lima (III), Resolución Procesal No 5 relativa a la solicitud de medidas cautelares (13 junio 2023) <https://jusmundi.com/fr/document/decision/es-rutas-de-lima-s-a-c-v-municipalidad-metropolitana-de-lima-iii-resolucion-procesal-no-5-relativa-a-la-solicitud-de-medidas-cautelares-de-la-demandante-tuesday-13th-june-2023>.
- Allianz SpA y Generali Assicurazioni Generali SpA v West Tankers Inc (Case C-185/07) [2009] ECR I-00663 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62007CJ0185>
- YPF SA v AES Uruguaiana Emprendimientos SA, CIADI Case No ARB/03/19
- Patel Engineering Limited v Republic of Mozambique, PCA Case No 2020-21.
- SGS Société Générale de Surveillance S.A. v Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No ARB/01/13.
- Reglamento (UE) N.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, 12 de diciembre de 2012. (Unión Europea)
- Ley Modelo de la CNUMDI sobre Arbitraje Comercial Internacional, 4 de diciembre de 2006. (Estados Unidos)
- Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras (Convención de Nueva York), 10 de junio de 1958, 330 U.N.T.S. 3

Las medidas cautelares autónomas previas a la constitución del tribunal arbitral en el marco del derecho procesal paraguayo

Preliminary measures prior to the constitution of the arbitral tribunal within the framework of Paraguayan procedural law

Adan Ignacio Maidana Arce

Resumen

El presente artículo examina la procedencia, alcance y límites de las medidas cautelares autónomas solicitadas ante la jurisdicción ordinaria antes de que se constituya el tribunal arbitral. Se parte de la premisa de que, en el arbitraje, la tutela preventiva cumple una función instrumental: asegurar la eficacia práctica del eventual laudo sin desnaturalizar la autonomía del procedimiento. Sobre esta base, se analiza el régimen paraguayo —con énfasis en el artículo 20 de la Ley N.º 1879/2002 y la aplicación analógica del artículo 700 del Código Procesal Civil—, así como su diálogo con la Ley Modelo de la CNUDMI. Se abordan criterios de *fumus boni iuris*, *periculum in mora*, proporcionalidad y contracautela; la problemática de la caducidad cuando las partes no integran oportunamente el tribunal; y los desafíos específicos de los contratos públicos, en los que la Administración pretende ejecutar garantías o pólizas. El trabajo incorpora doctrina y referencias comparadas (Argentina, Brasil, Colombia y Perú), y propone pautas interpretativas y de política judicial que permiten conciliar la protección efectiva de derechos con la autorregulación propia del arbitraje. Se concluye que un marco claro de caducidad, motivación reforzada y cooperación judicial-arbitral reduce el riesgo de medidas indefinidas o desproporcionadas y favorece la seguridad jurídica.

Palabras clave: *medidas cautelares, arbitraje, caducidad, contracautela, UNCITRAL, Código Procesal Civil.*

Abstract

This paper examines the scope and limits of autonomous interim measures sought before ordinary courts prior to the constitution of an arbitral tribunal. The premise is that, in arbitration, preventive relief is instrumental: it must safeguard the effectiveness of a future award without undermining party autonomy. Building on Article 20 of Paraguayan Law No. 1879/2002 and the analogous application of Article 700 of the Civil Procedure Code, the paper discusses the interaction with the UNCITRAL Model Law. It addresses standards of *fumus boni iuris*, *periculum in mora*, proportionality and counter-security; the problem of expiry when the tribunal is not promptly formed; and the particular challenges of public contracts in which the administration seeks to enforce bonds or guarantees. Drawing on doctrine and comparative references from Argentina, Brazil, Colombia and Peru, the paper proposes interpretative and policy guidelines to reconcile effective judicial protection with arbitral autonomy. It concludes that clear expiry rules, reasoned decisions and court-arbitral cooperation mitigate the risk of indefinite or disproportionate measures and enhance legal certainty.

Keywords: *interim measures, arbitration, expiry, counter-security, UNCITRAL, Civil Procedure Code.*

Introducción

El arbitraje contemporáneo se erige como mecanismo de resolución de controversias privilegiado para disputas comerciales complejas, tanto entre privados como en su intersección con el Estado. Su eficacia descansa en la autonomía de la voluntad, la flexibilidad procedimental y la especialización de los árbitros. Sin embargo, la fase prearbitral revela una tensión recurrente: la necesidad de protección cautelar inmediata frente a riesgos de daño irreparable, antes de que el tribunal quede integrado. En el ordenamiento paraguayo, el artículo 20 de la Ley N.º 1879/2002 habilita al juez ordinario a dictar medidas previas, pero la ausencia originaria de reglas expresas sobre caducidad y coordinación generó prácticas dispares. Cuando la parte que obtuvo la medida demora en promover la constitución del tribunal, el remedio cautelar se aproxima peligrosamente a una tutela definitiva de hecho. Para evitar ese deslizamiento, la dogmática procesal ofrece herramientas: el principio de instrumentalidad, los estándares de apariencia de buen derecho y peligro en la demora, la contracautela como técnica de equilibrio, y la caducidad como válvula de cierre. La interacción con la Ley Modelo UNCITRAL, que reconoce la competencia concurrente de jueces y árbitros en materia cautelar, refuerza la idea de cooperación y complementariedad institucional. Partiendo de estos presupuestos, este trabajo propone un marco de lectura que combine control judicial puntual, plazos claros de decaimiento y deferencia sustantiva hacia el tribunal, a fin de compatibilizar tutela urgente y autonomía arbitral.

Desarrollo

1. Concepto y naturaleza de la medida cautelar autónoma

La medida cautelar autónoma es aquella que, sin estar supeditada a un proceso judicial ya iniciado, se solicita para asegurar preventivamente la eficacia de una futura decisión de fondo. Su autonomía es funcional, no absoluta: presupone la existencia de un litigio principal posible o inminente, cuya eventual ineffectividad se previene. En arbitraje, esta funcionalidad adquiere especial relieve por la fase de latencia que media entre el desencadenamiento del conflicto y la efectiva constitución del tribunal. La doctrina procesal ha destacado que la tutela cautelar, por definición, no crea derechos sustantivos nuevos ni anticipa conclusiones, sino que conforma un estado de cosas provisorio que evita perjuicios graves o irreparables. Desde Alvarado Belloso hasta Lino Palacios, se insiste en su carácter instrumental y subordinado a la suerte del proceso principal.

El carácter autónomo trae consigo exigencias reforzadas: (a) una motivación suficiente que delimite con precisión el *periculum in mora* y el *fumus boni iuris*; (b) la fijación de contracautela proporcional que mitigue riesgos de daño a la parte afectada; y (c) un enlace claro con el arbitraje proyectado, que impida la perpetuación de medidas sin control arbitral. Tales exigencias, lejos de ser formalidades, constituyen garantías de equilibrio entre urgencia y debido proceso.

La autonomía funcional explica asimismo por qué las medidas deben ceder tan pronto el tribunal arbitral asuma competencia efectiva. A partir de ese hito, el control sobre la vigencia, modificación o levantamiento corresponde primariamente a los árbitros, salvo supuestos excepcionales de auxilio judicial para la ejecución o el aseguramiento de eficacia.

2. Marco normativo paraguayo y coordinación con el proceso arbitral

El punto de partida nacional reside en la atribución al juez ordinario para decretar medidas antes de la constitución del tribunal. Tradicionalmente, la norma no detalló un régimen de caducidad específico, lo que obligó a construir respuestas mediante principios generales y analogías con el Código Procesal Civil. En particular, el artículo 700 CPC, relativo a la caducidad de medidas cuando no se promueve el proceso principal dentro de un plazo breve, puede servir como parámetro para evitar petrificaciones del derecho en

virtud a que para el otorgamiento los Juzgados toman la procedencia de la misma en función al cumplimiento de los presupuestos genéricos previstos en el art. 693 del C.P.C.[1] La ratio es evidente: si la medida tiene por objeto asegurar la eficacia de una eventual decisión, su subsistencia sin proceso activo deviene contradictoria.

Una vez integrado el tribunal, este debe revisar y, en su caso, mantener, modificar o levantar lo decidido. La práctica aconseja que el auto que concede la medida incluya una cláusula de remisión: la parte solicitante deberá acreditar en plazo razonable la promoción del arbitraje y, una vez constituido el tribunal, someter la medida a su conocimiento para control de subsistencia. Esta técnica evita inconsistencias y consolida la preponderancia del foro arbitral sobre lo cautelar a partir de su integración efectiva.

Un vector adicional de coordinación es la comunicación institucional. Cuando la medida recaiga sobre bienes o contratos públicos, el juzgado debería notificar al eventual centro arbitral designado, si ya fue identificado, a fin de facilitar la transición competencial. Ello no implica transferencia de la ejecución —que sigue siendo judicial—, sino una articulación informativa que reduce fricciones entre foros.

3. Estándares de procedencia: *fumus boni iuris*, *periculum in mora* y proporcionalidad

Los estándares de procedencia operan como filtros de racionalidad. El *fumus boni iuris* exige una verosimilitud suficiente del derecho invocado: no se trata de un juicio definitivo, pero sí de una evaluación *prima facie* que descarte pretensiones temerarias. El *periculum in mora*, por su parte, requiere la demostración de riesgos concretos de frustración del laudo por el transcurso del tiempo, como la inminente ejecución de una garantía, la disposición de activos esenciales o la pérdida de evidencia. La proporcionalidad, finalmente, impone un balance entre la intensidad de la restricción y la utilidad preventiva perseguida.

La contracautela —fianza, seguro de caución u otra garantía idónea— cumple un papel de simetría: equilibra el sacrificio impuesto a la contraparte y desincentiva solicitudes abusivas. En arbitraje, donde frecuentemente están en juego contratos de alto valor, una contracautela calibrada reduce el riesgo de capturar ventajas estratégicas mediante la simple obtención de medidas interinas. La motivación del juez debe explicitar la ponderación realizada, la idoneidad de la medida elegida frente a alternativas menos gravosas y la temporalidad estricta asociada a la caducidad.

El estándar de motivación reforzada también exige analizar el impacto en terceros y en el interés público cuando la disputa involucra servicios esenciales o recursos públicos. En tales escenarios, la restricción cautelar no puede comprometer la continuidad de prestaciones indispensables, salvo supuestos de ilegalidad manifiesta que justifiquen la suspensión.

4. Tipología de medidas cautelares en la fase pre-arbitral

La experiencia comparada muestra un repertorio relativamente estable de medidas: prohibición de innovar, no innovar, suspensión de ejecuciones contractuales, mantenimiento del *statu quo*, entrega o preservación de bienes, órdenes de hacer o no hacer, y anotaciones registrales. En el ámbito de contratación pública, destaca la suspensión de la ejecución de pólizas o garantías, cuya posibilidad de suspensión indeterminada genera una afectación al patrimonio público.

[1] “RICSOFA SA C/ INVERS HOTELERAS DEL PY SA S/ MEDIDAS PRECAUTORIAS” Expte. N° 437 Año 2019.- A.I. N°: 172 del 10 de marzo de 2020

La selección de la medida exige un ajuste fino al objetivo preventivo. Si la amenaza es la ejecución de una garantía, puede ser suficiente la orden de no innovar condicionada a contracautela; si el riesgo radica en la destrucción de las obras públicas realizadas, la tutela adecuada será la producción anticipada o el aseguramiento probatorio. La técnica cautelar no es uniforme ni definitiva: el juez debe escoger la medida menos intrusiva que preserve el bien jurídico procesal comprometido y por sobre todo asegure el bien público poniendo en una balanza el interés general de la población.

El carácter provisorio impone, además, un régimen de seguimiento. La parte solicitante debe informar avances en la promoción del arbitraje y el juzgado debe de poner un plazo prudencial para que se cumpla la integración del tribunal arbitral.

5. Caducidad y extinción: plazos y cargas procesales

Entre los mecanismos que previenen la eternización de medidas, la caducidad juega un rol cardinal. Su diseño combina un plazo objetivo —que opera como límite temporal máximo— y una carga procesal a cargo del beneficiario: promover la constitución del tribunal y someter la medida a su control. La analogía con el artículo 700 CPC ilustra el razonamiento: si el solicitante no activa la vía principal en un lapso razonable, la medida pierde su justificación instrumental.

En la práctica, resultan útiles criterios operativos: (a) fijar un plazo inicial breve para acreditar la presentación de la solicitud de arbitraje; (b) establecer un plazo mayor —pero igualmente perentorio— para acreditar la integración del tribunal; (c) prever que la inactividad conlleva el decaimiento automático, salvo demostración de imposibilidad no imputable. Tales reglas reducen la incertidumbre y disciplinan el uso de la tutela interina. La caducidad debe distinguirse de la revocación por cambio de circunstancias. Esta última obedece a un juicio dinámico: si desaparece el peligro o se debilita el *fumus*, la medida puede cesar sin necesidad de vencimiento del plazo. La gestión activa del caso, permite ajustar la intensidad de la tutela al devenir fáctico y procesal.

6. Contratación pública, ejecución de garantías y arbitraje

La especialidad de los contratos públicos plantea tensiones particulares. La Administración suele gozar de prerrogativas de ejecución de garantías y de potestades de dirección que, si se ejercen de manera inmediata, pueden neutralizar el objetivo del arbitraje. De ahí que se soliciten medidas cautelares destinadas a preservar el equilibrio económico del contrato y evitar situaciones irreversibles antes del laudo sin que esto afecte el ejercicio de las potestades discrecionales de la administración. El control judicial, en este contexto, debe coexistir con la legalidad administrativa y con la continuidad del servicio público.

Una solución compatible con la tutela efectiva y el interés público consiste en modular las medidas: suspender temporalmente la ejecución de garantías condicionando la subsistencia a la constitución del tribunal, exigir contracautela idónea y reservar al órgano arbitral la decisión definitiva sobre el fondo. Esta ingeniería procesal reduce el riesgo de parálisis administrativa prolongada y asegura que el conflicto sea dirimido por el foro pactado.

El juez debe ponderar además el efecto sistémico de su decisión. En sectores regulados, una cautelar indiscriminada puede generar incentivos adversos o afectar a terceros usuarios. La motivación deberá, pues, explicitar el balance entre el resguardo del crédito público, la protección del contratista y el mantenimiento de prestaciones esenciales, justificando la opción por la medida menos disruptiva.

7. La Ley Modelo UNCITRAL y la competencia concurrente

La Ley Modelo reconoce la competencia de tribunales estatales y árbitros para otorgar medidas provisionales. Esta dualidad no es una superposición desordenada, sino una estrategia de cooperación: los jueces actúan cuando el tribunal aún no existe o carece de poder coercitivo suficiente, mientras que, una vez constituido, el órgano arbitral asume la conducción. La clave reside en asegurar que la medida judicial sea compatible con la que podría dictar el tribunal y que exista un canal de revisión posterior.

Bajo la Ley Modelo, las medidas interinas responden a finalidades instrumentales precisas (mantener o restablecer el statu quo, impedir daños, preservar activos, preservar pruebas). Su reconocimiento y ejecución se sujetan a requisitos que, en lo esencial, coinciden con los estándares procesales locales: necesidad, proporcionalidad y motivación. La recepción de este esquema en la práctica paraguaya ofrece un andamiaje conceptual para modular la intervención judicial sin desnaturalizar el arbitraje.

La convergencia normativa —más que la identidad literal— es suficiente para articular modelos de cooperación. La técnica consiste en derivar principios: (a) prioridad del foro arbitral para revisar la medida una vez integrado; (b) deber de información y colaboración de las partes; y (c) sujeción de la ejecución coactiva al juez, incluso cuando la decisión provenga del tribunal arbitral.

8. Derecho comparado latinoamericano: experiencias y lecciones

En Argentina, la legislación reconoce la posibilidad de que los jueces adopten medidas cautelares vinculadas al arbitraje, con reenvío al tribunal una vez constituido. En Brasil, la ley arbitral prevé un régimen de cooperación que permite al juez adoptar medidas antes de la instalación del tribunal o para asegurar su eficacia, manteniendo la ejecución en sede estatal. En Perú y Colombia, la regulación enfatiza la compatibilidad entre tutela judicial cautelar y autonomía arbitral, y la práctica institucional ha desarrollado, además, el árbitro de emergencia con estándares próximos a los judiciales.

Pese a las diferencias terminológicas y de detalle, el patrón regional es consistente: habilitación judicial limitada por temporalidad estricta, contracautela, motivación reforzada y control posterior por el tribunal arbitral. Estas lecciones evidencian que la preocupación central no es de competencia —quién decide— sino de calibración —cómo y hasta cuándo se mantiene la tutela—. Para Paraguay, la asimilación de estas pautas comparadas contribuirá a consolidar expectativas de comportamiento y a reducir litigios satélite sobre la vigencia de medidas.

El derecho comparado también aporta cautelas: una regulación excesivamente abierta puede alentar la búsqueda de ventajas tácticas; pero una regulación rígida puede evitar la eternización de las medidas cautelares.

9. Gobernanza de la medida: seguimiento, información y revisión

La eficacia de una medida no se agota en su dictado; depende de su gobernanza posterior. Resulta conveniente que el auto contemple: (a) la obligación de acreditar la presentación de la solicitud de arbitraje en breve término; (b) la fijación de plazos de revisión para verificar la persistencia del peligro y la idoneidad de la medida; (c) la remisión del asunto al tribunal arbitral en cuanto quede integrado; y (d) la previsión de caducidad por inactividad. Esta secuencia transforma la cautelar en un puente hacia el arbitraje, no en un sustituto del mismo.

Los mecanismos de información inter-foro —por ejemplo, comunicar la medida al centro de arbitraje cuando ya esté designado— facilitan la continuidad decisoria y evitan contradicciones. La revisión puede originarse, en cambio, de circunstancias, en la aparición de medios alternativos menos gravosos o en el fortalecimiento/debilitamiento de la apariencia de derecho. En todos los supuestos, el estándar de motivación debe explicitar las razones por las que la medida se mantiene, se ajusta o cesa.

Las medidas dictadas por el juez se ejecutan con su auxilio; las dictadas por los árbitros, en general, requieren del juez para su coercibilidad. Esta división de tareas no es una subordinación, sino una sinergia que reconoce las capacidades de cada foro.

10. Contracautela y economía del proceso

La contracautela asegura que el costo de un eventual error judicial sea soportado por quien impulsó la restricción, y desincentiva su uso estratégico. La elección del tipo y monto debe ser razonada: no puede tornarse prohibitiva, pero tampoco simbólica. En contextos de alta asimetría económica, el juez puede calibrar esta exigencia de modo que conserve la finalidad preventiva sin transformar la tutela en un privilegio solo accesible a grandes operadores.

Desde la perspectiva de economía del proceso, la contracautela alinea incentivos y reduce comportamientos oportunistas. En arbitraje, donde la velocidad y la flexibilidad son activos valiosos, una contracautela bien diseñada contribuye a que solo se soliciten medidas con fundamento sólido. Asimismo, permite que, si el arbitraje desautoriza la tutela, existan medios de resarcimiento ágiles para reparar el perjuicio ocasionado por la medida.

La resolución que fija contracautela debe explicar el vínculo entre el riesgo de daño y la caución exigida, así como los supuestos en que esta podrá ajustarse o liberarse. La transparencia en estos parámetros reduce litigiosidad accesorias y da previsibilidad a la administración para que la misma no afecte a la obra o servicio público.

11. Medidas de aseguramiento

En arbitraje, la prueba puede ser frágil: documentos electrónicos, registros operativos, trazas de sistemas o bienes de rápida circulación. La fase prearbitral es crítica para preservarla. El aseguramiento probatorio, la orden de no destruir ni alterar registros y, en casos extremos, la designación de un interventor o perito para resguardar información, constituyen herramientas que protegen la integridad del futuro debate. Estas medidas deben coexistir con la confidencialidad propia del arbitraje, por lo que el juez puede adoptar salvaguardas —accesos limitados, cadenas de custodia, depósitos en sobre lacrado—.

La proporcionalidad vuelve a ser determinante. Un aseguramiento excesivo puede equivaler a un medio impropio en sistemas de tradición civilista; uno insuficiente deja inerte el laudo. El punto de equilibrio depende de la especificidad del pedido, de la existencia de indicios concretos de riesgo y de la posibilidad de alternativas menos intrusivas. En todos los casos, la motivación debe dejar constancia de la ponderación realizada y del carácter estrictamente temporal de la medida.

Finalmente, la coordinación con el tribunal arbitral permite reconducir la administración de la medida, una vez integrado.

12. Arbitraje ad hoc, arbitraje institucional y árbitro de emergencia

La arquitectura del arbitraje condiciona la tutela interina. En el arbitraje ad hoc, la ausencia de reglas preestablecidas retrasa, a veces, la puesta en marcha de la jurisdicción arbitral, lo que refuerza el papel del juez en la fase inicial. En el arbitraje institucional, los reglamentos prevén figuras como el árbitro de emergencia, capaces de adoptar medidas incluso antes de la constitución del tribunal. Aunque esta figura no sustituye la competencia judicial, sí reduce el tiempo de latencia y ofrece una vía especializada para la tutela urgente.

La coexistencia de ambos canales aconseja cláusulas arbitrales que precisen la disponibilidad del árbitro de emergencia y su compatibilidad con la tutela judicial. La práctica comparada muestra que, aun existiendo árbitro de emergencia, las partes recurren al juez cuando se requiere coercibilidad inmediata frente a terceros o autoridades. La clave es la coordinación: la decisión de emergencia debe ser comunicada al juez si se busca su ejecución coactiva, y la medida judicial debe declinarse en favor del tribunal o del colegiado arbitral una vez que asume competencia.

La opción institucional también incide en la administración de plazos y en la calidad de la motivación. La especialización de los órganos arbitrales favorece decisiones más ajustadas al riesgo, mientras que el juez aporta la fuerza pública necesaria para dotarlas de eficacia.

En los casos de que la medida cautelar se encuentre vigente es importante que el juez inclusive, por lo intereses que se encuentran en juego (servicio público e interés particular) pueda ordenar la constitución de un tribunal ad hoc o de emergencia, en la misma resolución que ordena la medida.

13. Interés público, terceros y límites externos de la tutela

Las medidas cautelares no operan en el vacío: pueden impactar sobre terceros o sobre bienes de interés público. En tales supuestos, los límites externos del poder cautelar se tornan más visibles. La suspensión de una garantía, por ejemplo, no debería comprometer el financiamiento de servicios críticos ni impedir que la Administración adopte medidas mínimas de salvaguarda. La técnica adecuada consiste en restringir la medida al mínimo indispensable y condicionar su subsistencia a hitos verificables del proceso arbitral.

La intervención de terceros puede requerir su oportuna citación para no sacrificar su derecho de defensa. La legitimación pasiva ampliada, sin embargo, debe manejarse con cautela para no convertir la sede cautelar en un litigio principal anticipado. El estándar de motivación deberá demostrar por qué la participación de un tercero es necesaria para asegurar la eficacia del futuro laudo y cómo se evita una afectación indebida de sus derechos.

El interés público no es una cláusula de inmunidad frente a la tutela cautelar, pero sí un factor de peso en la proporcionalidad. Su incorporación expresa en la motivación favorece decisiones más estables y menos expuestas a impugnaciones.

14. Propuestas de buenas prácticas y lineamientos operativos

A partir del análisis precedente, pueden proponerse lineamientos operativos para la práctica local: (a) exigir una narrativa fáctica precisa que evidencie la inminencia del daño; (b) identificar con claridad el nexo con el arbitraje proyectado y la cláusula arbitral aplicable; (c) fijar contracautela razonable según el riesgo; (d) establecer plazos escalonados de caducidad y remisión obligatoria al tribunal una vez integrado; (e) motivar la elección de la medida menos restrictiva y explicitar su temporalidad; (f) articular canales de comunicación con el centro arbitral; y (g) considerar el impacto en terceros y en el interés público.

La institucionalización de estas prácticas, mediante protocolos de juzgados o guías de actuación, mejora la calidad y previsibilidad de la tutela. También reduce la litigiosidad accesoria sobre la vigencia y alcance de las medidas, concentrando el esfuerzo argumental en el fondo de la controversia. La consistencia inter-foro fortalece la confianza de usuarios y operadores en el arbitraje como sistema de resolución de controversias.

El objetivo no es blindar a una de las partes, sino equilibrar el juego: que quien pide una cautelar lo haga cuando existan razones sólidas y la acepte por el tiempo necesario, y que quien la sufre cuente con garantías efectivas de revisión, compensación y cese oportuno.

Consideraciones de política judicial y diseño institucional

La política judicial en materia de medidas cautelares vinculadas al arbitraje debe orientarse por criterios de uniformidad, transparencia y responsabilidad. La uniformidad reduce asimetrías entre juzgados y evita foros de conveniencia; la transparencia exige decisiones motivadas con parámetros verificables; y la responsabilidad se concreta en la evaluación de impactos sistémicos, especialmente cuando la cautelar incide en servicios públicos o mercados regulados. Un programa de capacitación continua, la publicación de pautas y la incorporación de métricas de seguimiento —tiempos de caducidad, tasas de revocación por cambio de circunstancias, nivel de contracautela— permiten mejorar el desempeño y la rendición de cuentas. En paralelo, los centros arbitrales pueden contribuir con protocolos de coordinación y repositorios de buenas prácticas sobre medidas dictadas por árbitros y su ejecución judicial. Esta ecología cooperativa refuerza la confianza y disminuye la litigiosidad satélite.

Casuística orientadora y criterios de decisión

Caso A (ejecución inminente de garantía en contrato de obra pública).— Una contratista invoca la cláusula arbitral para someter el conflicto a arbitraje y solicita la suspensión de la ejecución de la póliza de cumplimiento. El juez verifica un *fumus boni iuris* razonable fundado en la existencia de controversias sobre liquidaciones y ampliaciones de plazo, y un *periculum in mora* manifiesto dado que la ejecución tornaría inviable la continuidad del contrato. La decisión concede una orden de no innovar condicionada a contracautela suficiente, fija un plazo perentorio para acreditar la presentación de la solicitud de arbitraje y establece audiencia de control a los treinta días, con caducidad automática si no se acredita la integración del tribunal a los noventa días. Se agrega cláusula de remisión, disponiendo que, una vez constituido, el tribunal revise la medida en primer término.

De este supuesto se extraen pautas replicables: la individualización del peligro y del bien jurídico procesal a proteger; la preferencia por medidas mínimas suficientes; la fijación de hitos de caducidad y remisión; y el uso de contracautela para internalizar riesgos. Los estándares no operan como listas cerradas sino como marcos de razonabilidad que se concretan a partir de la prueba sumaria aportada y del contexto regulatorio del sector involucrado.

Una casuística robusta, difundida mediante repositorios anónimos de decisiones y buenas prácticas, contribuye a disminuir la incertidumbre y a homogeneizar criterios entre juzgados. La previsibilidad, a su turno, desalienta tácticas dilatorias y orienta a las partes hacia una discusión de fondo más pronta ante el tribunal arbitral, que es el foro natural para dirimir la controversia sustantiva.

alcances, limitaciones y validez de las inferencias

El enfoque cualitativo adoptado privilegia la coherencia interna y la validez explicativa por sobre la representatividad estadística. Ello resulta congruente con un campo normativo que evoluciona por decisiones singulares y prácticas de foros —judiciales y arbitrales— cuya generalización exige prudencia. Las inferencias propuestas derivan de la articulación entre principios procesales (instrumentalidad, proporcionalidad, temporalidad), estándares comparados y regularidades observadas en litigios complejos.

No se pretende agotar el panorama, sino ofrecer un marco operativo replicable que sirva de guía para la decisión cautelar y su control.

Entre las limitaciones, se reconoce la heterogeneidad de los sectores económicos —contratación pública, infraestructura, tecnología, servicios regulados— y la diversidad de cláusulas arbitrales y reglamentos institucionales. Estas variaciones implican que soluciones adecuadas en un contexto pueden requerir ajustes en otro. Asimismo, las reformas normativas en curso pueden introducir reglas específicas de caducidad o de competencia que demanden una recalibración de las pautas aquí defendidas.

La validez de las propuestas depende de la calidad de la motivación judicial y de la cooperación de las partes. Un estándar de motivación reforzada obliga a explicitar hechos relevantes, riesgos ponderados, alternativas analizadas y razones de elección. Esta transparencia facilita la revisión por el tribunal arbitral y por instancias superiores, y promueve un aprendizaje institucional que, con el tiempo, reduce variaciones injustificadas entre decisiones. En suma, la solidez de la tutela interina es tan alta como la de sus fundamentos expresos y verificables.

proporcionalidad, eficiencia y responsabilidad institucional

La proporcionalidad funciona como el eje articulador entre los principios de efectividad y de mínima injerencia. La adopción de una medida debe resultar estrictamente necesaria para neutralizar el riesgo y, al mismo tiempo, representar el medio menos lesivo posible. Un programa de eficiencia institucional exige medir los tiempos de reacción, la tasa de ajustes en audiencias de revisión y el grado de ejecución efectiva de las órdenes. La responsabilidad se manifiesta en la rendición de cuentas: decisiones motivadas, publicación de pautas y mecanismos de corrección cuando se detectan sesgos o inconsistencias. En el ecosistema arbitral, estas dimensiones no compiten: se retroalimentan para producir una tutela cautelar más precisa, más corta y más confiable.

La nueva normativa

La nueva Ley de Arbitraje, recientemente sancionada por el Congreso Nacional y oportunamente presentada por el Poder Ejecutivo,

Medidas cautelares ante causam.

Antes de la constitución del tribunal arbitral, las partes podrán solicitar medidas cautelares al Juez previsto en el artículo 10 de la presente ley, las que serán sustanciadas y resueltas por el mismo. Las medidas cautelares solicitadas a un Juez antes de la constitución del tribunal arbitral no son incompatibles con el arbitraje ni serán consideradas como una renuncia a él.

Efectivizada la medida, la parte beneficiada deberá iniciar el arbitraje dentro de los diez días siguientes, si no lo hubiere hecho con anterioridad. Si no lo hace dentro de este plazo, o bien si ha cumplido con hacerlo, pero no se constituye el tribunal arbitral dentro de los noventa días de efectivizada la medida, ésta caduca de pleno derecho, salvo que el tribunal arbitral no hubiera podido constituirse por causas atribuibles exclusivamente a la parte no peticionante de la medida cautelar.

Una vez constituido, el tribunal arbitral estará plenamente facultado para mantener, modificar, sustituir o levantar las medidas cautelares que haya dictado el Juez, incluso cuando se trate de decisiones judiciales firmes. En este caso, deberá comunicar su decisión al Juez para su cumplimiento, no pudiendo el Juez oponerse a lo resuelto por el tribunal arbitral.

Esta normativa aporta una claridad significativa al régimen de medidas cautelares, resolviendo el problema de su eventual petrificación cuando son promovidas ante causam. En efecto, obliga al solicitante a impulsar la constitución del tribunal arbitral a fin de evitar la caducidad de dichas medidas. Este artículo constituye un ejemplo destacado de cómo una redacción precisa puede abarcar todos los supuestos relevantes, facilitar la resolución de controversias y brindar al juez un parámetro claro respecto a la vigencia de las medidas cautelares solicitadas con anterioridad a la conformación del tribunal arbitral.

Conclusiones

La experiencia paraguaya y las tendencias comparadas permiten sostener que las medidas cautelares previas a la constitución del tribunal arbitral son compatibles con la autonomía del arbitraje cuando se sujetan a estándares claros de procedencia, a contracautela proporcionada y, sobre todo, a un régimen robusto de caducidad y revisión. La aplicación analógica de las reglas procesales sobre decaimiento, combinada con la deferencia hacia el tribunal una vez integrado, evita la consolidación de beneficios tácticos y promueve decisiones más estables. La coordinación entre juez y árbitros —cada uno dentro de su ámbito— fortalece la tutela efectiva sin sacrificar la flexibilidad y celeridad que hacen atractivo al arbitraje.

En esta clave, las buenas prácticas propuestas constituyen una hoja de ruta para quienes litigan y para quienes deciden. La narrativa fáctica precisa, la identificación del nexo contractual y la evaluación rigurosa de los riesgos concretos son pilares de una motivación suficiente. La contracautela equilibra cargas y desincentiva abusos; la temporalidad y las audiencias de revisión evitan que la tutela provisional se petrifique. La atención al interés público y a los efectos sobre terceros añade una dimensión de responsabilidad que robustece la legitimidad de la decisión cautelar.

De cara al futuro, la consolidación de protocolos judiciales y la difusión de criterios por parte de los centros arbitrales pueden disminuir la incertidumbre y alinear expectativas. Un ecosistema de cooperación, motivación reforzada y caducidad cierta es, en definitiva, la mejor garantía de que la tutela interina cumpla su función instrumental: proteger el laudo por venir sin invadir el terreno de la decisión final.

Por último, la normativa recientemente sancionada por el Poder Legislativo, contribuirá a una solución definitiva del problema relativo a la subsistencia temporal de las medidas cautelares, resolviendo las cuestiones que históricamente han generado incertidumbre en torno a su vigencia. Esta previsión normativa aporta un marco de seguridad jurídica para las partes, especialmente en lo que respecta a los intereses de la administración.

Bibliografía

- CNUDMI/UNCITRAL. (2006). Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional (enmendada). Naciones Unidas.
- Ley N.º 1879/2002 (Paraguay). Arbitraje y Mediación.
- Código Procesal Civil (Paraguay).
- Perú. Decreto Legislativo 1071 (2008). Ley de Arbitraje.
- Colombia. Ley 1563 (2012). Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional.
- Argentina. Ley 27.449 (2018). Ley de Arbitraje Comercial Internacional.
- Brasil. Lei 9.307 (1996) y Ley 13.129 (2015) (reforma).
- Adolfo Alvarado Velloso, El Juez Sus Deberes y facultades, año 1982
- Lino Enrique Palacio, Manual De Derecho Procesal Civil, año 2003

El papel de las partes durante la negociación de la cláusula arbitral para un arbitraje eficiente en términos de costos y de tiempo

Arnau Puig Tiemblo

Secretario General de la Cámara Arbitral Internacional de Paris (CAIP)[1]

Samuel Vallin Bologna

Letrado en la Cámara Arbitral Internacional de Paris (CAIP)

caip@arbitrage.org

Resumen

El artículo analiza el papel crucial de las partes en la redacción de la cláusula arbitral con el objetivo de garantizar un arbitraje eficiente, tanto en términos de costos como de tiempo. Tras subrayar la importancia de elegir entre arbitraje institucional y ad hoc, se demuestra que la opción institucional suele resultar menos costosa y más ágil, al proporcionar apoyo administrativo, reglas claras y un procedimiento consolidado.

Se destacan los elementos esenciales que deben contemplarse al negociar una cláusula arbitral: la identificación inequívoca de la institución o del reglamento aplicable; el alcance amplio de las controversias sometidas a arbitraje; la determinación del derecho aplicable al fondo; la selección del idioma y de la sede; así como el número de árbitros y su método de designación o sustitución. El análisis demuestra que una cláusula clara evita litigios preliminares, intervenciones judiciales innecesarias y retrasos.

El texto también aborda otros elementos relevantes: compatibilidad de cláusulas en contratos múltiples, mecanismos de acumulación, procedimientos multiparte, confidencialidad, distribución y provisión de costos, procedimientos de emergencia y requisitos de calificación de los árbitros. En cada caso, se exponen los riesgos de omisión y se recomiendan soluciones prácticas.

Finalmente, se concluye que una cláusula arbitral cuidadosamente diseñada ofrece seguridad jurídica, reduce costos y duración del procedimiento, y evita complejidades procesales. En particular, la elección del arbitraje institucional y de una institución seria resulta ser la vía más eficaz para garantizar eficiencia, previsibilidad y soporte técnico.

Palabras clave: arbitraje, cláusula arbitral, costos, tiempo, eficiencia.

Abstract:

The article examines the crucial role played by the parties when drafting the arbitration clause, with the aim of ensuring an efficient arbitration process in terms of both cost and time. After highlighting the importance of choosing between institutional and ad hoc arbitration, it is shown that institutional arbitration is generally less expensive and faster, as it provides administrative support, clear rules, and a consolidated procedure.

[1] La Cámara Arbitral Internacional de Paris (CAIP) es una institución sin fines de lucro que ofrece servicios de arbitraje y de mediación. Desde su fundación en 1926, la CAIP ha administrado más de 40 mil casos en español, francés, inglés y portugués. Para más información, visite: www.arbitrage.org.

The article highlights the essential elements that should be considered when negotiating an arbitration clause: the unequivocal identification of the institution or applicable rules; the broad scope of disputes referred to arbitration; the determination of the law applicable to the merits; the selection of the language and seat; as well as the number of arbitrators and the method for their appointment or replacement. The analysis underscores that a clear clause avoids preliminary litigation, unnecessary court intervention, and delays.

The text also addresses other relevant elements: compatibility of clauses in multiple contracts, consolidation mechanisms, multi-party procedures, confidentiality, allocation and provision of costs, emergency procedures, and arbitrator qualification requirements. For each of these aspects, it presents the risks of omission and offers practical recommendations.

Finally, the article concludes that a carefully drafted arbitration clause provides legal certainty, reduces the costs and duration of the proceedings, and avoids procedural complexities. In particular, the choice of institutional arbitration and a reputable institution emerges as the most effective means of ensuring efficiency, predictability, and technical support.

Keywords: *arbitration, arbitration clause, costs, time, efficiency.*

Introducción

La elección del arbitraje como mecanismo de resolución de controversias, especialmente en el comercio internacional, refleja la voluntad de las partes de recurrir a un procedimiento neutral, especializado y eficiente. Podría pensarse que el tribunal arbitral es el único garante de dicha eficacia; sin embargo, que un arbitraje sea eficiente depende en gran medida de las decisiones que las partes adopten al redactar la cláusula arbitral, quedando el tribunal vinculado por el acuerdo alcanzado entre ellas.

En este sentido, el presente artículo analiza la importancia de una redacción adecuada de la cláusula arbitral en contratos internacionales; por consiguiente, no se abordará el arbitraje doméstico. Se examina, en particular, el papel determinante de las partes para garantizar que el procedimiento arbitral derivado de dicha cláusula sea lo más eficiente posible, tanto desde una perspectiva económica como temporal.

En primer lugar, se expondrán las ventajas de optar por el arbitraje institucional frente al arbitraje ad hoc (I). A continuación, se analizarán los elementos esenciales que las partes deben considerar durante la negociación y redacción de la cláusula arbitral (II). Finalmente, se abordarán otros aspectos complementarios que las partes podrían incorporar para reforzar la claridad, coherencia y eficacia del acuerdo arbitral (III).

I. Elección entre arbitraje institucional y arbitraje ad hoc

Cuando se negocia un contrato internacional, y en particular la cláusula arbitral, la primera decisión que deben tomar las partes es si desean un arbitraje institucional o ad hoc[2]. Para ello, es necesario comprender la diferencia entre ambos (A) así como las consecuencias de dicha elección sobre los costos y los tiempos del procedimiento arbitral (B).

[2] International Bar Association, Directrices de la IBA para la Redacción de Cláusulas de Arbitraje Internacional (2010), disponible en: <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=4670DB14-91B6-4C09-9AD0-90DCE9C5A6DC>, para. 3.

A) Diferencias entre el arbitraje institucional y el arbitraje ad hoc

1 – Arbitraje institucional

El arbitraje institucional, también llamado arbitraje administrado, puede entenderse por *“aquél acreditado por la intervención de una institución especializada de carácter permanente a la que las partes con apoyo en el principio de autonomía de la voluntad acuden encomendándole la realización de una serie de funciones relacionadas con el arbitraje, que sus propias normas reguladoras prevén y que podrían resumirse en la facilitación de los medios necesarios para el desarrollo del mismo”*[3]. La institución organiza los arbitrajes, pero no es ni una jurisdicción ni un tribunal arbitral[4]. De hecho, sus *“funciones no incluyen, y esta es la esencia de esta modalidad de arreglo de controversias, la decisión o resolución de la controversia; tal actividad es exclusiva del árbitro o árbitros pues las instituciones arbitrales no pueden actuar como árbitros y, en consecuencia, no solucionan el conflicto planteado, sino que se limitan a facilitar los mecanismos y medios necesarios para que se desarrolle el arbitraje y los árbitros puedan practicar su actividad decisoria”*[5].

La institución arbitral proporcionará asistencia a las partes, así como al tribunal arbitral, en el curso del procedimiento, en temas prácticos, logísticos y financieros, como: el manejo de las comunicaciones, electrónicas y físicas, a las partes y a los árbitros; el manejo de los adelantos y pagos de honorarios y costos; la reserva de salas de audiencia, así como de cualquier otro servicio[6]. Además, uno o más órganos de la institución pueden, de conformidad con el reglamento de arbitraje de la misma, recibir poderes para controlar el desarrollo del procedimiento arbitral y resolver las dificultades que puedan surgir[7].

Por otro lado, el reglamento de arbitraje de la institución proveerá el marco procesal para el arbitraje y aportará respuestas a diversas dificultades procesales que puedan sobrevenir durante el transcurso del mismo, así como determinar los poderes y deberes de los árbitros. Dado que las partes, al momento de negociar el convenio arbitral, no pueden prever todas las cuestiones procesales que puedan surgir, el reglamento de arbitraje aplicable aportará soluciones sin necesidad de recurrir a una ley procesal nacional[8]. Finalmente, el arbitraje institucional resulta ventajoso en la medida en que la institución proporciona a las partes, a sus abogados y a los árbitros un *savoir-faire* procesal que contribuye al desarrollo eficaz del procedimiento arbitral[9]. Por ello, resulta esencial designar una institución de reconocida reputación y trayectoria consolidada[10].

2 – Arbitraje ad hoc

El arbitraje ad hoc (o no administrado) es aquel que no se encomienda a una institución arbitral. En consecuencia, toda la responsabilidad de la gestión del procedimiento recae exclusivamente en las partes y, una vez constituido, en el tribunal arbitral[11]. Ello implica una sobrecarga para los árbitros, quienes deben asumir tareas de carácter administrativo o financiero que les restan un tiempo valioso que podría destinarse a la conducción del arbitraje o al análisis del fondo del litigio.

[3] J. C. Fernández Rozas, *Luces y sombras del arbitraje institucional en los litigios transnacionales*, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2776/14.pdf>, pág. 321. En este sentido, véase: Ch. Seraglini & J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international* (2019), pág. 29.

[4] Ch. Seraglini & J. Ortscheidt, *op. cit.*, pág. 29.

[5] J. C. Fernández Rozas, *op. cit.*, pág. 322.

[6] International Bar Association, *op. cit.*, para. 4.

[7] Ch. Seraglini & J. Ortscheidt, *op. cit.*, pág. 30.

[8] Ch. Seraglini & J. Ortscheidt, *op. cit.*, pág. 30.

[9] International Bar Association, *op. cit.*, para. 5.

[10] International Bar Association, *op. cit.*, para. 6.

[11] International Bar Association, *op. cit.*, para. 7.

El principal inconveniente del arbitraje *ad hoc* es la frecuente insuficiencia de las previsiones de las partes, antes de que nazca la controversia, respecto de las normas que deberán regir el procedimiento arbitral, así como la dificultad para ponerse de acuerdo sobre dichas normas una vez que el litigio haya surgido[12]. De hecho, a falta de un reglamento de arbitraje, muchos asuntos procesales que puedan surgir durante el procedimiento arbitral deberán ser resueltos usando, en la medida de lo posible, lo estipulado en la cláusula arbitral (una solución no recomendable y que debe ser adoptada con asesoría especializada), y lo dispuesto en la ley de arbitraje de la sede del arbitraje (véase la sección III.E infra), la cual muchas veces es silenciosa respecto a diversos aspectos del procedimiento arbitral.

A este respecto, puede observarse, por ejemplo, que ninguna de las leyes de arbitraje de los Estados miembros de la Asociación Latinoamericana de Abogacías y Procuradurías de Estado (ALAP) contempla la cuestión de la multiplicidad de contratos. La legislación guatemalteca es la única que se pronuncia sobre la acumulación (o consolidación) de arbitrajes; la intervención de partes adicionales está prevista únicamente por la ley colombiana; y solo las legislaciones de Bolivia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador y Perú incluyen disposiciones relativas a la confidencialidad del arbitraje (véase el Anexo I, Tablas I a III).

B) Costos y tiempos del arbitraje institucional y del arbitraje ad hoc

En principio, el arbitraje *ad hoc* puede parecer menos costoso que el arbitraje institucional, debido a la ausencia de tasas o honorarios institucionales. Sin embargo, las estadísticas demuestran lo contrario. Así, por ejemplo, en un litigio de 5,5 millones de euros con un tribunal compuesto por tres árbitros, el costo medio asciende a 1.000.000 de euros en el caso de un arbitraje *ad hoc*[13], frente a 239.775 euros en un arbitraje administrado por la CAIP[14] y 266.280 euros en el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (SCC)[15]. Esta diferencia se explica porque en ausencia de una institución arbitral todas las tareas administrativas y financieras deben ser asumidas por los abogados de las partes o por el propio tribunal arbitral, en particular, por su presidente, cuyos honorarios, tratándose de profesionales con amplia experiencia en arbitraje, suelen ser considerablemente superiores a los aplicados por las instituciones arbitrales.

Asimismo, en lo que respecta a los plazos, por ejemplo, en un litigio en materia de construcción, la duración media de un arbitraje *ad hoc* es de 18,1 meses[16], mientras que la de un arbitraje administrado por el SCC es de 15,8 meses[17]. Esta diferencia se explica porque, al tener que asumir también las tareas administrativas y financieras, además de las propiamente jurídicas inherentes a sus funciones, los abogados de las partes y los árbitros requieren más tiempo para la conducción del procedimiento arbitral.

II. Elementos esenciales a tener en cuenta durante la negociación de la cláusula arbitral

A continuación, se examinarán los elementos que deben incorporarse en una cláusula arbitral a fin de permitir el comienzo del arbitraje sin necesidad de recurrir a la intervención de un tercero, ya sea un órgano de la propia institución arbitral o, en su defecto, un juez estatal, garantizando así un procedimiento más eficiente en términos de tiempo y costos.

[12] Ch. Seraglini & J. Ortscheidt, op. cit., pág. 31.

[13] SCC Arbitration Institute, SCC 2023 Analytics Ad hoc vs. Institutional Arbitration in Construction Disputes (2023), disponible en: https://sccarbitrationinstitute.se/wp-content/uploads/2024/12/ad-hoc-vs.-institutional-arbitration_0.pdf, pág. 12.

[14] Calculadora disponible en: <https://www.arbitrage.org/en/arbitration/#arbitration-fee-calculator>.

[15] Calculadora disponible en: <https://sccarbitrationinstitute.se/en/our-services/cost-calculator/>.

[16] SCC Arbitration Institute, op. cit., pág. 13.

[17] SCC Arbitration Institute, op. cit., pág. 13.

Para tal efecto, se recomienda a las partes optar por el arbitraje institucional en lugar del arbitraje ad hoc, indicar de manera inequívoca en la cláusula arbitral la institución y/o el reglamento de arbitraje elegido (A), redactar la cláusula teniendo en cuenta el alcance de las controversias sometidas al arbitraje (B), determinar las normas jurídicas aplicables al fondo del litigio (C), así como establecer el idioma del arbitraje (D), la sede del procedimiento (F), el número de árbitros (G) y los mecanismos para su designación y eventual sustitución (H).

A) Indicación inequívoca de la institución y/o del reglamento de arbitraje

Una vez optado por el arbitraje institucional, las partes deben indicar en la cláusula arbitral la institución seleccionada y/o el reglamento de arbitraje correspondiente. En la práctica, la designación de una institución implica, por regla general, la aplicación del reglamento arbitral de la misma; de igual modo, la referencia a un reglamento de arbitraje suele conllevar que el procedimiento sea administrado por la institución titular de dicho reglamento.

Así, por ejemplo, resultan plenamente válidas las siguientes formulaciones:

Toda controversia derivada del presente contrato o en relación con el mismo será resuelta de manera definitiva por arbitraje administrado por la Cámara Arbitral Internacional de París (CAIP).

Toda controversia derivada del presente contrato o en relación con el mismo será resuelta de manera definitiva conforme al reglamento de arbitraje de la Cámara Arbitral Internacional de París (CAIP).

No obstante, resulta imprescindible que las partes designen de manera inequívoca la institución en cuestión, es decir, sin generar dudas respecto de la institución o del reglamento de arbitraje seleccionado. En efecto, si la cláusula arbitral no permite identificarlos con certeza, una de las partes no podrá iniciar el arbitraje sobre esa base sin contar con un acuerdo complementario de la parte contraria o sin la intervención de un juez de la sede del arbitraje (véase la sección III.E infra). Así, por ejemplo, si las partes optan por la CAIP, la cláusula debe referirse expresamente a la “Cámara Arbitral Internacional de París” y no, por ejemplo, al “Tribunal internacional de París” (que no existe) o al “Instituto de arbitraje de París” (denominación que podría generar dudas ante la existencia de diversas instituciones arbitrales en París).

Por consiguiente, y en aras de la eficacia, se recomienda a las partes no recurrir a excesos de creatividad al redactar la cláusula arbitral y, en la medida de lo posible, utilizar los modelos que las instituciones arbitrales ponen a disposición, sin perjuicio de las recomendaciones adicionales que se desarrollarán más adelante para partes con mayor experiencia o necesidades específicas.

B) Alcance de las controversias sometidas al arbitraje

El alcance de una cláusula arbitral se refiere al tipo y ámbito de las controversias que se someten a arbitraje. Salvo circunstancias particulares, dicho alcance debe definirse de manera amplia, de modo que abarque no solo todas las controversias derivadas del contrato, sino también aquellas relacionadas con él. Por ejemplo:

Toda controversia derivada del presente contrato o en relación con el mismo será resuelta de manera definitiva por arbitraje [...].

Por el contrario, el uso de una terminología restrictiva puede dar lugar a disputas sobre si determinada controversia se encuentra o no sujeta a arbitraje^[18]. Por ejemplo:

[18] International Bar Association, op. cit., pág. 11.

Toda controversia en relación con la ejecución del presente contrato será resuelta de manera definitiva por arbitraje [...].

Una cláusula de este tipo podría impedir que se sometan a arbitraje cuestiones relativas a la interpretación o a la validez del contrato.

C) Reglas de derecho aplicables al fondo de las controversias

En contratos internacionales, es recomendable que las partes indiquen en el contrato la ley nacional o las normas jurídicas aplicables al fondo de las controversias que puedan derivarse del mismo, con el fin de evitar que, en ausencia de acuerdo, sea el tribunal arbitral quien determine dichas normas tras escuchar a las partes (véase el Anexo I, Tabla IV). Para ello, cada parte deberá sustentar su posición mediante escritos y, en su caso, en audiencia, lo que puede generar un aumento de los costos y de la duración del procedimiento arbitral.

Durante la fase de negociación contractual, las partes deberán ponderar cuidadosamente la conveniencia de omitir, o no, una manifestación expresa respecto del derecho aplicable[19]. En caso de que las partes opten por no determinarlo, podría entenderse que están priorizando la formalización del contrato y anteponiendo una necesidad comercial inmediata a la seguridad jurídica. De forma alternativa, pueden designar el derecho aplicable desde el inicio, garantizando así mayor seguridad jurídica y evitando costes innecesarios en caso de que se inicie un procedimiento arbitral. Ambas opciones son legítimas, siempre que la decisión adoptada se adecúe a las necesidades específicas del potencial usuario del arbitraje.

En cualquier caso, se desaconseja enfáticamente que las partes elijan un derecho aplicable únicamente por considerarlo “neutral” o por optar por un derecho de un país tercero con la finalidad de ganar tiempo durante las negociaciones o proporcionar una supuesta seguridad jurídica, dado que esta práctica puede dar lugar a un laudo que no satisfaga a ninguna de las partes.

Se recuerda que la elección del derecho aplicable puede ser expresa o tácita, sin exigencia de formalidad específica, siendo suficiente que dicha elección se realice de manera clara para que resulte vinculante para el tribunal arbitral[20] y que esta determinación puede constar tanto en una cláusula separada como integrarse directamente en la cláusula arbitral.

D) Idioma del arbitraje

Se recomienda a las partes alcanzar un acuerdo respecto al idioma del arbitraje, especialmente cuando el contrato involucra partes con idiomas diferentes o cuyo idioma común difiere del de la sede del arbitraje. Aunque las partes son libres de elegir cualquier idioma para el arbitraje, es fundamental adoptar ciertas precauciones para garantizar que el procedimiento se desarrolle de manera eficiente[21]. Por ejemplo, si se establece que cada parte utilice su lengua materna, esta solución puede generar dificultades, ya que será necesario contar con árbitros que dominen los idiomas respectivos y, sobre todo, con intérpretes y traductores que faciliten la comunicación entre las partes[22].

[19] Ph. Fouchard, E. Gaillard & B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international* (1996), pág. 802, párr. 1430.

[20] Ph. Fouchard, E. Gaillard & B. Goldman, *op. cit.*, pág. 799, párr. 1427.

[21] Y. Derains, “Langue et langages de l'arbitrage”, *Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier* (2008), pág. 789.

[22] É. Loquin, “La traduction dans l'arbitrage international”, *Revue de l'arbitrage* (2018).

Uno de los criterios más comunes para determinar el idioma del arbitraje es el propio idioma del contrato y de la documentación relacionada. No obstante, es esencial que las partes evalúen los efectos prácticos de su elección, ya que el idioma del arbitraje influye de manera decisiva en al menos cuatro aspectos del procedimiento: la igualdad entre las partes, garantizando el derecho a presentar sus argumentos en un idioma neutral; la eficiencia y los costos del procedimiento; la composición del tribunal arbitral; y la interacción con los tribunales de la sede del arbitraje en caso de impugnación o ejecución del laudo[23].

El idioma constituye un medio de comunicación esencial en materia procesal, inseparable del ejercicio de los derechos de defensa y del derecho a ser escuchado. Asimismo, influye en la forma en que las cuestiones de derecho son analizadas y tratadas por los árbitros y los abogados de las partes.

Por ejemplo, si las partes eligieran el inglés como lengua vehicular del arbitraje, podrían encontrarse con imprecisiones al interpretar conceptos propios de sistemas civilistas (civil law) y de forma análoga, si se designase el español o el portugués como lengua del arbitraje, podrían plantearse dificultades en la aplicación y comprensión de nociones propias del common law. Asimismo, los árbitros que hablan español, portugués, francés o italiano suelen formarse en universidades de tradición jurídica civilista o continental, mientras que los anglófonos provienen mayoritariamente de universidades de la tradición del common law. En este sentido, el idioma contribuye a moldear el lenguaje y la interpretación propia de cada tradición jurídica, influyendo indirectamente en la solución adoptada por el tribunal arbitral[24].

Por consiguiente, se desaconseja que las partes designen el inglés como idioma del arbitraje cuando ambas tengan como lengua materna el español o el portugués o residan en países hispanohablantes o lusófonos. De igual modo, resulta desaconsejable la elección del español o del portugués como idioma del procedimiento en aquellos arbitrajes en los que todas las partes tengan el inglés como lengua nativa. En ambos supuestos, se proponen estas soluciones con el fin de optimizar la eficiencia, tanto desde el punto de vista económico (costes derivados de traducciones) como temporal, así como de reforzar la seguridad jurídica y las expectativas legítimas de las partes respecto a la solución de la controversia.

Finalmente, en ausencia de acuerdo entre las partes respecto al idioma del arbitraje, corresponderá al tribunal arbitral determinarlo (véase el Anexo I, Tabla IV). Sin embargo, para ello, cada parte deberá exponer su posición mediante escritos y, en su caso, en audiencia, lo que puede generar costos y retrasos adicionales en el procedimiento[25].

E) Sede del arbitraje

La sede del arbitraje puede definirse como un lugar jurídico y formal que vincula el arbitraje a un ordenamiento jurídico nacional, es decir, a un marco legal y judicial[26]. Se trata de una noción puramente jurídica, con importantes consecuencias, particularmente respecto de la competencia de los tribunales estatales para conocer los recursos de impugnación, en función de la voluntad de las partes. No se trata de una noción material dependiente del lugar donde se celebre la audiencia o se firme el laudo, aspectos que podrían variar a discreción de los árbitros[27]. En este sentido, la sede del arbitraje puede considerarse una ficción jurídica, y su elección equivale a la elección del derecho que rige el arbitraje[28].

[23] F. Dias Simões, "The language of international arbitration", *Conflict Resolution Quarterly* (2017).

[24] Y. Derains, *op. cit.*, pág. 789.

[25] J. Fry, S. Greenberg, F. Mazza, *The Secretariat's Guide to ICC Arbitration* (2012), pág. 212.

[26] A. Panchaud, "Le siège de l'arbitrage international de droit privé", *Revue de l'arbitrage* (1966), pág. 2.

[27] B. Leurent, nota respecto de la decisión de la Corte de Apelaciones de París en el caso *Société Procédés de fabrication pour le béton c/ Lybie*, *Revue de l'arbitrage* (1998), pág. 399.

[28] S. Besson, "L'importance du siège de l'arbitrage", *Revista Brasileira de Arbitragem* (2007).

No obstante, es necesario prestar especial atención al régimen legal del lugar elegido como sede del arbitraje, ya que esta decisión tiene importantes consecuencias legales bajo la mayoría de legislaciones arbitrales nacionales. La sede determina, en particular: la ley que rige ciertos aspectos procesales del arbitraje, como las facultades de los árbitros y la injerencia judicial; los tribunales competentes para prestar asistencia, por ejemplo, mediante medidas cautelares o colaboración en la práctica de pruebas; los tribunales que pueden intervenir en la dirección del arbitraje, como ordenando la suspensión del procedimiento; y los tribunales que decidirán sobre la impugnación del laudo al concluir el arbitraje, determinando así las condiciones de anulación, incluyendo supuestos de violación del orden público o corrupción.

Cada sistema jurídico, con sus jueces y leyes, adopta enfoques diferentes al decidir sobre la anulación de un laudo basado en alegaciones de violación del orden público. Por ejemplo, un análisis comparativo de los sistemas francés y suizo evidencia la considerable divergencia de criterios respecto a la anulación de laudos por supuesta corrupción: desde un control muy amplio e intenso por parte del juez francés[29] hasta un control bastante limitado y prácticamente ineficaz por parte del juez suizo[30].

La elección de la sede del arbitraje también puede implicar consideraciones prácticas: la eficiencia del sistema judicial elegido, la neutralidad de los tribunales, el perfil y disponibilidad de los árbitros, especialmente si no son designados por las partes, la existencia de instalaciones adecuadas para audiencias, la proximidad de testigos y evidencia, la familiaridad de las partes con el idioma y la cultura del lugar, y la disponibilidad de árbitros calificados para actuar en dicho sitio. No obstante, la conveniencia no debe ser el factor decisivo, dado que la mayoría de los reglamentos de arbitraje permiten al tribunal reunirse y celebrar audiencias en lugares distintos a la sede del arbitraje[31].

Si las partes no eligen la sede en la cláusula arbitral ni alcanzan un acuerdo posteriormente, esta será determinada conforme al reglamento de arbitraje aplicable o por el tribunal arbitral (*véase el Anexo I, Tabla IV*). Sin embargo, para ello, cada parte deberá exponer su posición, lo que puede generar costos y retrasos adicionales en el procedimiento.

F) Número de árbitros

Las partes son libres de elegir el número de árbitros, aunque se desaconseja la elección de un número par debido a las dificultades que la paridad puede generar en la toma de decisiones dentro del tribunal arbitral[32].

El número de árbitros tiene un impacto general en el costo, la duración y, a veces, en la calidad del procedimiento. Los procedimientos ante tribunales de tres miembros serán inevitablemente más costosos que aquellos ante un árbitro único: por ejemplo, para un litigio de diez millones de dólares estadounidenses, los costos del arbitraje pueden variar entre 325 mil y 397 mil dólares estadounidenses para un tribunal arbitral con tres miembros y entre 136 mil y 193 mil dólares estadounidenses para un árbitro único (*véase el Anexo I, Tabla V*).

Sin embargo, un tribunal de tres miembros puede estar mejor preparado para abordar asuntos complejos de hecho y de derecho, y puede reducir el riesgo de resultados irracionales o injustos. Las partes deben, por lo tanto, acordar un número de árbitros que corresponda a sus necesidades específicas, tanto jurídicas como económicas.

[29] Véanse el artículo 1520(5), del Código de Procedimiento Civil francés y la jurisprudencia al respecto, en particular, la decisión de la Corte de Apelaciones de París del 10 de abril de 2018 en el caso *Société Alstom Transport SA et autre c/ société Alexander Brothers Ltd.*

[30] Véanse el artículo 190(2)(e) de la Ley Federal de Derecho Internacional Privado suiza y la jurisprudencia al respecto, en particular, la decisión 4A_136/2016 del 3 de noviembre de 2016 del Tribunal Federal.

[31] International Bar Association, op. cit., pág. 13.

[32] Ch. Seraglini & J. Ortscheidt, op. cit., pág. 754.

G) Métodos de nombramiento y de reemplazo de los árbitros

En caso de arbitraje *ad hoc*, las partes deben indicar en la cláusula arbitral los métodos de nombramiento y de reemplazo de los árbitros, por ejemplo, en situaciones de renuncia, recusación o fallecimiento. Esta determinación puede resultar particularmente compleja, especialmente en contratos u operaciones que involucren múltiples partes (véase la sección III.B.1 *infra*) y/o diversas cláusulas arbitrales (véase la sección III.A.1 *infra*).

En el arbitraje institucional, las partes pueden remitirse a los mecanismos previstos en el reglamento de arbitraje correspondiente[33]. Cada reglamento establece sus propias reglas respecto del nombramiento y reemplazo de los árbitros. Por ello, aunque no sea necesario detallar estos aspectos en la cláusula arbitral cuando se remite a un reglamento específico, es esencial que las partes conozcan los procedimientos previstos por el reglamento elegido. Además, la institución arbitral desempeñará, en la mayoría de los casos, un papel de asistencia en la constitución del tribunal arbitral, interviniendo de manera subsidiaria. En caso de dificultades entre las partes o de la falta de actuación de alguna de ellas, un órgano de la institución podrá designar al árbitro correspondiente, contribuyendo así a la eficacia del procedimiento en términos de costos y tiempo[34].

Por el contrario, en un arbitraje *ad hoc*, la falta de un mecanismo institucional puede obligar, en muchos casos, a recurrir al juez de la sede arbitral para decidir sobre la designación o remoción de un árbitro. Esta situación resulta paradójica, dado que las partes han optado por el arbitraje precisamente para evitar la intervención de los tribunales estatales. Además, acudir al juez de la sede arbitral genera un impacto significativo en términos de tiempo y costos, afectando la eficiencia global del procedimiento arbitral.

Por consiguiente, se recomienda a las partes optar por el arbitraje institucional y, en su defecto, prever explícitamente estas consideraciones en la cláusula arbitral.

III. Otros elementos a tener en cuenta

En esta sección se analizarán los elementos que se recomienda que las partes tengan en cuenta al negociar la cláusula arbitral, considerando las características de los contratos, la calidad de las partes a los mismos y las posibles controversias que puedan generarse.

A) Multiplicidad de contratos

Es frecuente que una misma transacción internacional implique múltiples contratos conexos y/o interrelacionados. La redacción de cláusulas arbitrales en este contexto plantea retos específicos: las cláusulas arbitrales de los contratos interrelacionados deben ser compatibles (1) y las partes deben evaluar la conveniencia de prever la acumulación o consolidación de arbitrajes iniciados en el marco de dichos contratos (2).

1- Cláusulas arbitrales compatibles

Las partes deben evitar incluir, en contratos interrelacionados, cláusulas arbitrales incompatibles. La incompatibilidad puede surgir, por ejemplo, cuando una cláusula prevé un arbitraje institucional y otra un arbitraje *ad hoc*; o cuando las cláusulas hacen referencia a instituciones o reglamentos de arbitraje diferentes, designan sedes distintas, idiomas diferentes o contienen disposiciones divergentes respecto de la constitución del tribunal arbitral, la acumulación de arbitrajes o la participación de terceros[35].

[33] International Bar Association, op. cit., pág. 16.

[34] Ch. Seraglini & J. Ortscheidt, op. cit., pág. 763.

[35] International Bar Association, op. cit., pág. 42.

Estas incompatibilidades pueden tener consecuencias procesales significativas. Un tribunal arbitral constituido conforme a un contrato podría carecer de competencia para resolver controversias derivadas de otro contrato relacionado, dando lugar a procedimientos paralelos y a la posibilidad de decisiones contradictorias, con el consiguiente aumento de costos y tiempo.

Si el objetivo de las partes es garantizar coherencia en las decisiones y evitar la multiplicación de procesos, una solución eficaz consiste en elaborar un acuerdo independiente de resolución de controversias, firmado por todas las partes y posteriormente incorporado por referencia en todos los contratos vinculados. Cuando ello no sea factible, se recomienda que las cláusulas arbitrales de los distintos contratos sean idénticas o, al menos, complementarias, especificando el mismo reglamento de arbitraje, la misma sede, el mismo número de árbitros, la misma ley sustantiva aplicable y el mismo idioma.

Asimismo, es aconsejable que las cláusulas aclaren expresamente que el tribunal arbitral constituido conforme a uno de los contratos tendrá competencia para conocer y resolver disputas relacionadas con los demás contratos vinculados. De esta forma, se evita la duplicidad de procedimientos y se reducen los costos y retrasos asociados. En definitiva, la uniformidad y coherencia en la redacción de las cláusulas arbitrales es esencial para minimizar los riesgos de fragmentación, costos adicionales y demoras procesales.

2 – Acumulación de arbitrajes

En escenarios de contratos conexos o interrelacionados, la acumulación de arbitrajes representa un desafío procesal particularmente complejo. Es habitual que los distintos arbitrajes se inicien en momentos diferentes y que las partes tengan intereses opuestos respecto de su acumulación. En algunos casos, un arbitraje acumulado puede resultar más eficiente y económico; en otros, las partes pueden preferir mantener procedimientos independientes.

Si las partes desean permitir la acumulación de arbitrajes interrelacionados, es fundamental preverlo expresamente en la cláusula arbitral o remitirse a un reglamento de arbitraje que contemple esta posibilidad. En los arbitrajes ad hoc, la situación es más compleja, ya que muchas legislaciones nacionales no reconocen expresamente la facultad de acumular arbitrajes. Por ejemplo, entre los países de la ALAP, únicamente la ley de arbitraje de Guatemala se refiere a la acumulación de arbitrajes (*véase el Anexo I, Tablas I a III*), pero lo hace para prohibirla: “[n]o serán admitidas, sin embargo, las tercerías, la litispendencia ni los incidentes de acumulación” [36]. En consecuencia, en el arbitraje ad hoc, la cláusula debe definir con precisión el procedimiento aplicable a la acumulación, teniendo en cuenta la legislación del lugar del arbitraje.

Como alternativa, las partes pueden remitirse a un reglamento institucional que regule la acumulación de arbitrajes[37]. Sin embargo, debe tenerse presente que la mera previsión reglamentaria no implica que la acumulación se conceda automáticamente cuando una de las partes la solicite. A falta de acuerdo unánime entre las partes, cada institución evaluará la procedencia de la acumulación conforme a sus propios criterios. Por ejemplo, la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA) otorgó todas las solicitudes de acumulación presentadas en 2024[38], pero solo el 88 % en 2023[39] y el 83 % en 2022[40].

En conclusión, prever mecanismos claros de acumulación, ya sea mediante una cláusula arbitral ad hoc detallada o remitiéndose a un reglamento institucional adecuado, es esencial para evitar procedimientos paralelos, reducir costos y prevenir riesgos de incertidumbre jurídica, así como decisiones contradictorias.

[36] Guatemala, Decreto n° 67-95 (Ley de Arbitraje), art. 21.

[37] International Bar Association, op. cit., pág. 43 y 44.

[38] London Court of International Arbitration, Annual Casework Report (2024), disponible en: <https://www.lcia.org/lcia/reports.aspx>, pág. 27.

[39] London Court of International Arbitration, op. cit., pág. 26.

[40] London Court of International Arbitration, op. cit., pág. 27.

B) Multiplicidad de partes

Los contratos internacionales suelen involucrar a más de dos partes. No obstante, al redactar cláusulas arbitrales para estos contratos, las partes a menudo pasan por alto las dificultades específicas que plantea el arbitraje multiparte, tanto en lo relativo a la constitución del tribunal arbitral (1) como en lo concerniente a la intervención de partes adicionales (2).

1 – Constitución del tribunal arbitral

En escenarios que involucran una pluralidad de partes dentro de un procedimiento arbitral, suele resultar inviable que cada una de ellas designe de manera independiente a un árbitro, especialmente en arbitrajes ad hoc, donde no existe un reglamento institucional que regule el proceso de nombramiento. Por ello, prever con precisión en la cláusula arbitral los métodos de designación de los árbitros en caso de pluralidad de partes resulta de vital importancia.

Cuando las partes optan por un árbitro único, la solución más sencilla consiste en disponer que este sea designado de común acuerdo entre todas las partes. En caso de desacuerdo, el nombramiento deberá ser efectuado por una institución arbitral o autoridad nominadora; mientras que, en el contexto ad hoc, podría ser necesaria la intervención de un juez estatal.

Si, por el contrario, las partes acuerdan un tribunal compuesto por tres árbitros, la cláusula puede prever que estos sean designados por consenso de todas las partes o, de no alcanzarse acuerdo, que el nombramiento recaiga en la institución arbitral o autoridad nominadora competente. En el arbitraje ad hoc, la ausencia de tal previsión podría nuevamente dar lugar a la intervención judicial, con las consiguientes demoras y costos adicionales.

En los casos en que los demandantes o demandados, considerados en su conjunto, no tengan intereses divergentes, puede contemplarse que cada grupo designe conjuntamente a su árbitro respectivo. Esta opción solo resulta viable cuando las partes implicadas comparten intereses convergentes, y en todo caso debe garantizarse que el procedimiento preserve la igualdad de trato entre ellas. En la práctica, si dos o más partes de un mismo grupo no logran ponerse de acuerdo en la designación, la institución arbitral, la autoridad nominadora o, en su defecto, el juez estatal deberá proceder a nombrar a la totalidad de los árbitros, asegurando la neutralidad e imparcialidad del proceso.

La ausencia de una previsión clara en la cláusula arbitral puede generar demoras significativas y costos adicionales, tanto por la necesidad de recurrir a la intervención judicial como por la dificultad de coordinación entre múltiples partes. Si bien algunos reglamentos institucionales ofrecen soluciones específicas a esta problemática, en el arbitraje *ad hoc* se requiere especial atención para evitar litigios colaterales, desequilibrios procesales y retrasos innecesarios en la constitución del tribunal arbitral.

[36] Guatemala, Decreto n° 67-95 (Ley de Arbitraje), art. 21.

[37] International Bar Association, op. cit., pág. 43 y 44.

[38] London Court of International Arbitration, Annual Casework Report (2024), disponible en: <https://www.lcia.org/lcia/reports.aspx>, pág. 27.

[39] London Court of International Arbitration, op. cit., pág. 26.

[40] London Court of International Arbitration, op. cit., pág. 27.

2- Intervención de partes adicionales

En un arbitraje multiparte, puede surgir la necesidad de incorporar a cocontratantes que no participaron originalmente en el procedimiento. Por ejemplo, en un arbitraje iniciado por A contra B, este último podría desear presentar pretensiones conexas contra C, otra parte del mismo contrato, pero no incluida inicialmente en el arbitraje. En ausencia de previsiones específicas sobre la intervención de terceros, pueden originarse procedimientos paralelos (por ejemplo, un arbitraje A-B y otro B-C), con el consiguiente incremento de costos, demoras y riesgo de decisiones contradictorias.

Esta situación se complica aún más en el arbitraje *ad hoc*, ya que la mayoría de las legislaciones nacionales no contemplan mecanismos para la intervención de partes adicionales. Entre los países miembros de la ALAP, solo la legislación colombiana prevé disposiciones al respecto (véase el Anexo I, Tablas I a III). No obstante, lo hace únicamente en el ámbito del arbitraje nacional y remitiéndose a la norma general del Código de Procedimiento Civil colombiano: “[I]a intervención en el proceso arbitral del llamado en garantía, del denunciado en el pleito, del interviniente excluyente y demás partes, se someterá a lo previsto en las normas que regulan la materia en el Código de Procedimiento Civil”[41].

Dado el silencio legislativo que predomina en esta materia, la cláusula arbitral *ad hoc* en contratos multiparte debe redactarse con especial cuidado, atendiendo a las circunstancias del caso y preferiblemente con asesoría especializada. En la práctica, puede disponerse, por ejemplo, que toda notificación de inicio de arbitraje sea comunicada a todas las partes del contrato, incluso a aquellas que no hayan sido demandadas, estableciendo además un plazo determinado para que puedan intervenir o citar a otros contratantes antes de la constitución del tribunal arbitral.

Para evitar estos riesgos, las partes pueden optar por someterse a reglamentos institucionales que prevean expresamente la intervención de terceros, lo que ofrece mayor seguridad jurídica y evita la fragmentación de procedimientos (véase el Anexo I, Tabla IV).

C) Confidencialidad del arbitraje y/o del laudo

Las partes frecuentemente asumen que los procedimientos arbitrales son confidenciales; sin embargo, pocas leyes de arbitraje imponen obligaciones de confidencialidad vinculantes. Por ejemplo, entre los países miembros de la ALAP, únicamente las leyes de arbitraje de Bolivia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador y Perú abordan expresamente la cuestión de la confidencialidad del arbitraje (véase el Anexo I, Tablas I a III).

Incluso cuando se reconoce un deber general de confidencialidad, este suele estar sujeto a excepciones. Por ejemplo, el artículo 51 de la ley de arbitraje peruana[42] establece que, “[s]alvo pacto en contrario, el tribunal arbitral, el secretario, la institución arbitral y, en su caso, los testigos, peritos y cualquier otro que intervenga en las actuaciones arbitrales, están obligados a guardar confidencialidad sobre el curso de las mismas, incluido el laudo, así como sobre cualquier información que conozcan a través de dichas actuaciones, bajo responsabilidad”, y que “[e]ste deber de confidencialidad también alcanza a las partes, sus representantes y asesores legales, salvo cuando por exigencia legal sea necesario hacer público las actuaciones o, en su caso, el laudo para proteger o hacer cumplir un derecho o para interponer el recurso de anulación o ejecutar el laudo en sede judicial”. Asimismo, la citada norma prevé que, “[e]n todos los arbitrajes regidos por este Decreto Legislativo en los que interviene el Estado peruano como parte, las actuaciones arbitrales estarán sujetas a confidencialidad y el laudo será público, una vez terminadas las actuaciones”.

[41] Colombia, Ley n° 1563 del 12 de julio de 2012 (Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional), art. 37.

[42] Perú, Decreto legislativo que norma el arbitraje n° 1071.

Así, cuando las partes desean proteger la confidencialidad o regular la publicidad del procedimiento o del laudo, pueden abordar estas cuestiones directamente en la cláusula arbitral, siempre evitando establecer obligaciones absolutas que puedan entrar en conflicto con exigencias legales de divulgación[43].

D) Costos del arbitraje

Los costos (o costas) del arbitraje se entienden como los gastos y desembolsos realizados en el marco de un procedimiento arbitral para la resolución de una controversia. Entre los países miembros de la ALAP, Paraguay define en su ley de arbitraje la noción de costos del arbitraje, comprendiendo: *“los honorarios del tribunal arbitral; los gastos de viaje y demás expensas realizadas por los árbitros; los costos de la asesoría pericial o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral; los gastos de viaje y otras expensas realizadas por los testigos, siempre que sean aprobados por el tribunal arbitral; los costos de representación y asistencia legal de la parte vencedora, si las partes acordaron el reclamo de dicho costo durante el procedimiento arbitral y solo en la medida en que el tribunal arbitral decida que el monto es razonable; y las retribuciones y gastos de la institución que haya designado a los árbitros”*[44].

Por su parte, la ley de arbitraje peruana establece que *“[l]os costos del arbitraje comprenden: a) los honorarios y gastos del tribunal arbitral; b) los honorarios y gastos del secretario; c) los gastos administrativos de la institución arbitral; d) los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral; e) los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje; y f) los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales”*[45].

Los costos del arbitraje internacional pueden ser considerablemente elevados, tanto por la complejidad de los litigios, el volumen de los escritos y documentos y, en consecuencia, la duración del procedimiento, como por el alto nivel de especialización de los abogados y árbitros seleccionados por las partes. Por ello, al redactar la cláusula arbitral, las partes deberían considerar los costos asociados al arbitraje institucional y al arbitraje ad hoc (1), así como la conveniencia de establecer reglas sobre el anticipo (2) y la asignación final de dichos costos (3).

1- Costos del arbitraje institucional y del arbitraje ad hoc

Como se indicó anteriormente, las estadísticas demuestran que el arbitraje ad hoc suele resultar más costoso que el arbitraje institucional, pese a la ausencia de tasas o honorarios institucionales. Ello se explica porque, en el arbitraje ad hoc, todas las tareas administrativas y financieras deben ser asumidas por los abogados de las partes y/o por el tribunal arbitral, quienes, por lo general, perciben honorarios superiores a los aplicados por las instituciones arbitrales.

Por otra parte, es importante tener en cuenta que los costos del arbitraje institucional pueden variar considerablemente según la institución elegida (véase el Anexo I, Tabla V). En consecuencia, resulta altamente recomendable que las partes seleccionen una institución que ofrezca costos razonables, ya que unos costos excesivamente elevados podrían obstaculizar el acceso a la justicia, tanto para entidades públicas como privadas, al verse impedidas de asumir dichos gastos.

A fin de evitar una posible denegación de justicia, se sugiere consultar los sitios web de las principales instituciones arbitrales y, en particular, sus baremos y calculadoras de costos, con el objeto de evaluar de manera informada los gastos potenciales asociados a eventuales controversias.

[43] International Bar Association, op. cit., pág. 25.

[44] Paraguay, Decreto legislativo que norma el arbitraje n° 1071, art.

[45] Perú, Ley n° 1.879 de arbitraje y mediación.

2- Adelantos de los costos del arbitraje

Es importante tener en cuenta que, tanto en el arbitraje institucional como en el arbitraje *ad hoc*, las partes deben adelantar o provisionar los costos necesarios para el desarrollo del procedimiento.

En el arbitraje institucional, las partes generalmente no necesitan prever expresamente los adelantos de costos, dado que los reglamentos de las instituciones arbitrales regulan esta cuestión. No obstante, los mecanismos pueden variar según la institución elegida.

La mayoría establece que las partes deben aportar en partes iguales los anticipos determinados por la institución o por el tribunal arbitral (véase el Anexo I, Tabla IV). En la práctica, esto implica que una parte debe provisionar costos incluso si no formula pretensiones propias, lo cual podría entorpecer el acceso a la justicia si una parte no pudiera sufragar dichos gastos.

Otros reglamentos, en cambio, permiten que cada parte adelante únicamente los costos vinculados a sus propias pretensiones (principales o reconventionales), como ocurre, por ejemplo, en el reglamento de la CAIP (artículo 48.4). Esta modalidad puede resultar particularmente conveniente para entidades públicas o Estados, ya que, en la hipótesis de que la parte demandada fuese una entidad pública o un Estado, estos no tendrían que desembolsar los gastos de arbitraje, salvo en caso de reconvenición, evitando un perjuicio al erario público si no resultaran condenados. Además, esta forma de provisión contribuye a prevenir reclamaciones infundadas o de mala fe.

En el arbitraje *ad hoc*, al no existir un reglamento institucional que regule automáticamente esta materia, las partes deben remitirse a las leyes de arbitraje aplicables. En general, las leyes de la región no regulan expresamente esta cuestión, salvo algunas excepciones. Entre los países miembros de la ALAP (véase el Anexo I, Tablas I a III), únicamente Bolivia establece que “*cada parte asumirá los gastos propios; los gastos comunes serán pagados por ambas partes en montos iguales*”[46], y Perú prevé que “[*l*]as partes asumirán los anticipos en proporciones iguales”[47].

En consecuencia, se recomienda que las partes seleccionen un reglamento de arbitraje que refleje sus intereses y necesidades, ya que estos pueden diferir significativamente entre los procedimientos que involucren únicamente a entidades privadas y aquellos en los que intervenga una entidad pública o un Estado. Esta distinción contribuye a garantizar un procedimiento eficiente, equitativo y previsible.

3- Asignación final de los costos del arbitraje

Independientemente de cómo se provisionen los costos, el tribunal arbitral determinará, en el laudo final, quién deberá soportarlos de manera definitiva, es decir, si cada parte asumirá los costos que adelantó por sí misma, si la parte vencida asumirá la totalidad de los costos del arbitraje, o si se adoptará alguna solución intermedia.

Al respecto, por ejemplo, la ley de arbitraje boliviana adopta un método híbrido, disponiendo que “*cada parte asumirá los gastos propios*”, pero que “*los gastos comunes serán pagados por ambas partes en montos iguales*”[48]. Por su parte, la ley de arbitraje guatemalteca establece que “*cada una de [las partes] deberá satisfacer los gastos efectuados a su instancia y los que sean comunes por partes iguales*”[49], mientras que la ley peruana prevé que, “[*a*] falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida”[50]. Los demás países miembros de la ALAP no regulan expresamente esta cuestión (véase el Anexo I, Tablas I a III).

[46] Bolivia, Ley n° 708 del 25 de junio de 2025 (Ley de conciliación y arbitraje), art. 73.II.

[47] Perú, Decreto legislativo que norma el arbitraje n° 1071.

[48] Bolivia, Ley n° 708 del 25 de junio de 2025 (Ley de conciliación y arbitraje), art. 73.II.

[49] Guatemala, Decreto n° 67-95 (Ley de Arbitraje).

[50] Perú, Decreto legislativo que norma el arbitraje n° 1071.

En consecuencia, en el caso de un arbitraje ad hoc, se recomienda que la cláusula arbitral estipule de manera expresa cómo se asignarán los costos finales del procedimiento[51].

Esta previsión también es relevante en el arbitraje institucional, ya que la mayoría de los reglamentos confiere al tribunal arbitral el poder de asignar los costos según lo considere apropiado (véase el Anexo I, Tabla IV), lo que podría generar inseguridad jurídica para las partes. Por ello, incluso en el arbitraje institucional, se recomienda que las partes seleccionen una institución cuyo reglamento sea claro y previsible e, idealmente, si se considera necesario, que esta cuestión se prevea también en la cláusula compromisoria, con el fin de evitar sorpresas respecto a la asignación de costos en el laudo final.

E) Procedimientos de emergencia

En principio, la existencia de una cláusula arbitral no impide que una de las partes recurra a un tribunal estatal para obtener medidas cautelares o provisionales mientras el tribunal arbitral no esté constituido. Inversamente, una vez constituido, el tribunal arbitral tiene la autoridad para ordenar cualquier medida cautelar o provisional en relación con el fondo de la controversia sometida al arbitraje.

No obstante, varios reglamentos de arbitraje contemplan un procedimiento de emergencia, mediante el cual una parte puede solicitar medidas que no puedan esperar a la constitución del tribunal arbitral. Estas solicitudes son evaluadas y, en su caso, concedidas o denegadas por un árbitro de emergencia en un plazo generalmente breve, normalmente de quince días (véase el Anexo I, Tabla IV). Por ello, si las partes eligen una institución cuyo reglamento prevé este procedimiento de emergencia, pero no desean que se otorguen medidas por un árbitro de emergencia, deben renunciar expresamente a dicho procedimiento (“opt out”) en la cláusula arbitral (véase el Anexo I, Tabla IV).

Cabe señalar que, en determinados supuestos, el arbitraje de emergencia podría resultar inapropiado para controversias que involucren a una entidad pública y/o a un Estado. La rapidez del procedimiento, usualmente de quince días, podría ser incompatible con el respeto al derecho de defensa, dado que algunas entidades públicas y Estados deben seguir procedimientos internos, como la publicación de licitaciones para contratar asesores legales, cuyo plazo excedería el previsto para el arbitraje de emergencia.

Asimismo, resulta relevante señalar que, cuando las partes han optado por un arbitraje institucional y seleccionado una institución arbitral de reconocida reputación, el estándar para la concesión de medidas en un procedimiento de emergencia es generalmente elevado. Por ejemplo, de las 17 órdenes emitidas por árbitros de emergencia de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) en 2024, únicamente tres concedieron las medidas solicitadas en su totalidad, dos lo hicieron parcialmente y doce las rechazaron completamente[52].

F) Requisitos de calificación de los árbitros

No es recomendable que las partes especifiquen en la cláusula arbitral los requisitos de calificación de los árbitros[53]. Sin embargo, si desean hacerlo, dichos requisitos deben tener un carácter general y/o de fácil cumplimiento, por ejemplo: que ningún de los árbitros tenga la nacionalidad de ninguna de las partes; y/o que todos los árbitros hablen/comprendan el idioma del arbitraje; y/o que el árbitro presidente sea un letrado con experiencia en arbitraje internacional. Lo contrario podría entorpecer el comienzo del arbitraje a falta de candidatos a árbitro que cumplan con todos los requisitos acordados por las partes.

[51] International Bar Association, op. cit., pág. 27.

[52] International Chamber of Commerce, ICC Dispute Resolution Statistics (2024), disponible en: https://iccwbo.org/wp-content/uploads/sites/3/2025/06/2024-Statistics_ICC_Dispute-Resolution.pdf, pág. 16.

[53] International Bar Association, op. cit., pág. 29.

Conclusión

En conclusión, la redacción de la cláusula arbitral constituye un elemento decisivo para garantizar que un eventual procedimiento arbitral se desarrolle de manera eficiente, tanto en términos de costos como de tiempo.

La práctica contractual evidencia que esta suele ser una de las últimas cláusulas que se negocian; de hecho, la cláusula de resolución de disputas a veces se denomina la “cláusula de medianoche”. Sin embargo, considerando que la elaboración de esta cláusula requiere que las partes adopten decisiones informadas sobre aspectos fundamentales tales como: institución o reglamento aplicable, alcance de la cláusula, número y método de nombramiento de los árbitros, reglas de derecho aplicables, sede e idioma del arbitraje, así como sobre elementos adicionales como intervención de terceros, multiplicidad de contratos, confidencialidad, exclusión de procedimientos de emergencia o distribución de costos, las partes no deberían dejar su negociación para el último momento.

Otro punto crítico, y que a menudo se pasa por alto, es la naturaleza de las partes involucradas. ¿Se trata de una persona privada o de una entidad pública? ¿Cuáles son sus necesidades específicas? Es importante considerar incluso el aspecto psicológico de los usuarios del arbitraje, para poder proporcionarles una cláusula arbitral a medida, coherente con sus necesidades y particularidades.

Una cláusula arbitral bien redactada no solo reduce el riesgo de litigios preliminares sobre jurisdicción y otros aspectos procesales, sino que también evita duplicidades, demoras y gastos innecesarios. Por el contrario, una cláusula incompleta, ambigua o mal adaptada al contexto contractual puede generar graves ineficiencias, complejidades procesales o incluso la imposibilidad de iniciar el procedimiento arbitral, frustrando las expectativas legítimas de las partes.

En este sentido, la experiencia demuestra que optar por un arbitraje institucional aporta a las partes una infraestructura sólida y especializada que facilita la conducción del procedimiento y contribuye a la seguridad y previsibilidad del mismo.

Tras haber analizado los diferentes criterios a considerar en la redacción de una cláusula arbitral, paradójicamente se puede afirmar que lo más simple es lo más eficaz. Para garantizar previsibilidad jurídica y eficiencia, especialmente cuando hay partes inexpertas o cuando no logran ponerse de acuerdo, lo recomendable es referirse simple y llanamente a la cláusula modelo de una institución arbitral, siguiendo el aforismo: “lo bueno, si breve, dos veces bueno”.

Bibliografía

Artículos y obras doctrinales

- A. Panchaud, "Le siège de l'arbitrage international de droit privé", *Revue de l'arbitrage* (1966).
- B. Leurent, nota respecto de la decisión de la Corte de Apelaciones de París en el caso *Société Procédés de fabrication pour le béton c/ Lybie*, *Revue de l'arbitrage* (1998).
- Ch. Seraglini & J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international* (2019).
- É. Loquin, "La traduction dans l'arbitrage international", *Revue de l'arbitrage* (2018).
- F. Dias Simões, "The language of international arbitration", *Conflict Resolution Quarterly* (2017).
- J. C. Fernández Rozas, *Luces y sombras del arbitraje institucional en los litigios transnacionales*, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2776/14.pdf>.
- J. Fry, S. Greenberg, F. Mazza, *The Secretariat's Guide to ICC Arbitration* (2012).
- Ph. Fouchard, E. Gaillard & B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international* (1996).
- S. Besson, "L'importance du siège de l'arbitrage", *Revista Brasileira de Arbitragem* (2007).
- Y. Derains, "Langue et langages de l'arbitrage", *Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier* (2008).

Directrices de asociaciones internacionales

- International Bar Association, *Directrices de la IBA para la Redacción de Cláusulas de Arbitraje Internacional* (2010), disponible en: <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=4670DB14-91B6-4C09-9AD0-90DCE9C5A6DC>.
- Legislación nacional
- Argentina, Ley n° 27449 (Ley de arbitraje comercial internacional).
- Bolivia, Ley n° 708 del 25 de junio de 2025 (Ley de conciliación y arbitraje).
- Brasil, Ley n° 9.307 del 23 de septiembre de 1996, modificada por la Ley n° 13.129 de 26 de mayo de 2015.
- Chile, Ley n° 19.971 del 10 de septiembre de 2004 (Ley de arbitraje comercial internacional).
- Colombia, Ley n° 1563 del 12 de julio de 2012 (Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional).
- Costa Rica, Ley n° 8937 del 27 de abril de 2011
- Ecuador, Ley de arbitraje y mediación.
- El Salvador, Decreto n° 914 del 21 agosto 2002.
- Francia, Código de Procedimiento Civil.
- Guatemala, Decreto n° 67-95 (Ley de Arbitraje).
- Honduras, Ley de conciliación y arbitraje (Decreto 161-2000).
- Panamá, Ley n° 131 de 2013 de Arbitraje Nacional e Internacional en Panamá.
- Paraguay, Ley n° 1.879 de arbitraje y mediación.
- Perú, Decreto legislativo que norma el arbitraje n° 1071.
- Suiza, Ley Federal de Derecho Internacional Privado.
- Jurisprudencia nacional
- Francia, Corte de Apelaciones de París, decisión del 10 de abril de 2018 en el caso *Société Alstom Transport SA et autre c/ société Alexander Brothers Ltd*.
- Suiza, Tribunal Federal, decisión 4A_136/2016 del 3 de noviembre de 2016.

Reportes de instituciones arbitrales

- International Chamber of Commerce, *ICC Dispute Resolution Statistics* (2024), disponible en: https://iccwbo.org/wp-content/uploads/sites/3/2025/06/2024-Statistics_ICC_Dispute-Resolution.pdf.
- London Court of International Arbitration, *Annual Casework Report* (2024), disponible en: <https://www.lcia.org/lcia/reports.aspx>.
- SCC Arbitration Institute, *SCC 2023 Analytics Ad hoc vs. Institutional Arbitration in Construction Disputes* (2023), disponible en: https://sccarbitrationinstitute.se/wp-content/uploads/2024/12/ad-hoc-vs.-institutional-arbitration_0.pdf.

Anexo I – Tablas comparativas

Tabla I – Comparación de las leyes de arbitraje de Argentina, Bolivia, Brasil y Chile respecto a la *necesidad de acuerdos complementarios* en una cláusula arbitral *ad hoc* en relación con diferentes aspectos procesales

ELEMENTO	Argentina⁵⁴	Bolivia⁵⁵	Brasil⁵⁶	Chile⁵⁷
Número de árbitros	<i>Innecesario.</i> Previsto en el art. 22.	<i>Innecesario.</i> Previsto en el art. 61.II.	<i>Necesario.</i> Sin previsión legal.	<i>Innecesario.</i> Previsto en el art. 10.
Método de nombramiento de los árbitros	<i>Innecesario.</i> Previsto en el art. 24.	<i>Innecesario.</i> Previsto en el art. 62.	<i>Necesario.</i> Sin previsión legal.	<i>Innecesario.</i> Previsto en el art. 11.
Método de remplazo de los árbitros	<i>Innecesario.</i> Previsto en el art. 34.	<i>Innecesario.</i> Previsto en el art. 65.	<i>Necesario.</i> Sin previsión legal.	<i>Innecesario.</i> Previsto en el art. 15.
Multiplicidad de contratos	<i>Necesario.</i> Sin previsión legal.	<i>Necesario.</i> Sin previsión legal.	<i>Necesario.</i> Sin previsión legal.	<i>Necesario.</i> Sin previsión legal.
Acumulación de arbitrajes	<i>Necesario.</i> Sin previsión legal.	<i>Necesario.</i> Sin previsión legal.	<i>Necesario.</i> Sin previsión legal.	<i>Necesario.</i> Sin previsión legal.
Intervención de partes adicionales	<i>Necesario.</i> Sin previsión legal.	<i>Necesario.</i> Sin previsión legal.	<i>Necesario.</i> Sin previsión legal.	<i>Necesario.</i> Sin previsión legal.
Confidencialidad del arbitraje y/o del laudo	<i>Necesario.</i> Sin previsión legal.	<i>Innecesario.</i> Principio y excepción previstos en el art. 8.	<i>Necesario.</i> Sin previsión legal.	<i>Necesario.</i> Sin previsión legal.
Método de adelanto de los costos	<i>Necesario.</i> Sin previsión legal.	<i>Innecesario.</i> Previstos en el art. 73.II.	<i>Necesario.</i> Sin previsión legal.	<i>Necesario.</i> Sin previsión legal.
Método de asignación final de los costos				
Procedimiento de emergencia	<i>Necesario.</i> Sin previsión legal.	<i>Innecesario.</i> Previsto en los art. 67 a 71.	<i>Necesario.</i> Sin previsión legal.	<i>Necesario.</i> Sin previsión legal.

[54] Argentina, Ley n° 27449 (Ley de arbitraje comercial internacional).

[55] Bolivia, Ley n° 708 del 25 de junio de 2025 (Ley de conciliación y arbitraje).

[56] Brasil, Ley n° 9.307 del 23 de septiembre de 1996, modificada por la Ley n° 13.129 de 26 de mayo de 2015.

[57] Chile, Ley n° 19.971 del 10 de septiembre de 2004 (Ley de arbitraje comercial internacional).

Tabla II – Comparación de las leyes de arbitraje de Colombia, Costa Rica, Ecuador y El Salvador respecto a la *necesidad de acuerdos complementarios* en una cláusula arbitral *ad hoc* en relación con diferentes aspectos procesales

ELEMENTO	Colombia⁵⁸	Costa Rica⁵⁹	Ecuador⁶⁰	El Salvador⁶¹
Número de árbitros	<i>Innecesario.</i> Previsto en el art. 72.	<i>Innecesario.</i> Previsto en el art. 10.	<i>Necesario.</i> Previsto en el art. 17 para el arbitraje nacional.	<i>Innecesario.</i> Previsto en el art. 34.
Método de nombramiento de los árbitros	<i>Innecesario.</i> Previsto en el art. 73.	<i>Innecesario.</i> Previsto en el art. 11.	<i>Necesario.</i> Previsto en el art. 16 para el arbitraje nacional.	<i>Innecesario.</i> Previsto en el art. 37.
Método de remplazo de los árbitros	<i>Innecesario.</i> Previsto en el art. 78.	<i>Innecesario.</i> Previsto en el art. 15.	<i>Necesario.</i> Previsto en el art. 20 para el arbitraje nacional.	<i>Innecesario.</i> Previsto en el art. 43.
Multiplicidad de contratos	<i>Necesario.</i> Sin previsión legal.	<i>Necesario.</i> Sin previsión legal.	<i>Necesario.</i> Sin previsión legal.	<i>Necesario.</i> Sin previsión legal.
Acumulación de arbitrajes	<i>Necesario.</i> Sin previsión legal.	<i>Necesario.</i> Sin previsión legal.	<i>Necesario.</i> Sin previsión legal.	<i>Necesario.</i> Sin previsión legal.
Intervención de partes adicionales	<i>Necesario.</i> Sin previsión legal para el arbitraje internacional.	<i>Necesario.</i> Sin previsión legal.	<i>Necesario.</i> Sin previsión legal.	<i>Necesario.</i> Sin previsión legal.
Confidencialidad del arbitraje y/o del laudo	<i>Necesario.</i> Sin previsión legal.	<i>Innecesario.</i> Principio y excepción previstos en el art. 38.	<i>Necesario.</i> Véase el art. 34 para el arbitraje nacional.	<i>Innecesario.</i> Previsto en el art. 4(3).
Método de adelanto de los costos	<i>Necesario.</i> Sin previsión legal para el arbitraje internacional.	<i>Necesario.</i> Sin previsión legal.	<i>Necesario.</i> Sin previsión legal.	<i>Necesario.</i> Sin previsión legal.
Método de asignación final de los costos	<i>Necesario.</i> Sin previsión legal para el arbitraje internacional.	<i>Necesario.</i> Sin previsión legal.	<i>Necesario.</i> Sin previsión legal.	<i>Necesario.</i> Sin previsión legal.
Procedimiento de emergencia	<i>Necesario.</i> Sin previsión legal.	<i>Necesario.</i> Sin previsión legal.	<i>Necesario.</i> Sin previsión legal.	<i>Necesario.</i> Sin previsión legal.

[58] Colombia, Ley n° 1563 del 12 de julio de 2012 (Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional).

[59] Costa Rica, Ley n° 8937 del 27 de abril de 2011.

[60] Ecuador, Ley de arbitraje y mediación.

[61] El Salvador, Decreto n° 914 del 21 agosto 2002.

Tabla III – Comparación de las leyes de arbitraje de Guatemala, Honduras, Panamá, Paraguay y Perú respecto a la *necesidad de acuerdos complementarios* en una cláusula arbitral *ad hoc* en relación con diferentes aspectos procesales

ELEMENTO	Guatemala⁶²	Honduras⁶³	Panamá⁶⁴	Paraguay⁶⁵	Perú⁶⁶
Número de árbitros	<i>Innecesario.</i> Previsto en el art. 13.	<i>Innecesario.</i> Previsto en el art. 42.	<i>Innecesario.</i> Previsto en el art. 19.	<i>Innecesario.</i> Previsto en el art. 12.	<i>Innecesario.</i> Previsto en el art. 19.
Método de nombramiento de los árbitros	<i>Innecesario.</i> Previsto en el art. 15.	<i>Innecesario.</i> Previsto en el art. 42.	<i>Innecesario.</i> Previsto en el art. 22.	<i>Innecesario.</i> Previsto en el art. 13.	<i>Innecesario.</i> Previsto en el art. 22.
Método de remplazo de los árbitros	<i>Innecesario.</i> Previsto en el art. 19.	<i>Necesario.</i> Véase el art. 42.	<i>Innecesario.</i> Previsto en el art. 29.	<i>Innecesario.</i> Previsto en el art. 17.	<i>Innecesario.</i> Previsto en los arts. 30 y 31.
Multiplicidad de contratos	<i>Necesario.</i> Sin previsión legal.	<i>Necesario.</i> Sin previsión legal.	<i>Necesario.</i> Sin previsión legal.	<i>Necesario.</i> Sin previsión legal.	<i>Necesario.</i> Sin previsión legal.
Acumulación de arbitrajes	Expresamente prohibido por el art. 21.	<i>Necesario.</i> Sin previsión legal.	<i>Necesario.</i> Sin previsión legal.	<i>Necesario.</i> Sin previsión legal.	<i>Necesario.</i> Véase el art. 39.4.
Intervención de partes adicionales	<i>Necesario.</i> Sin previsión legal.	<i>Necesario.</i> Sin previsión legal.	<i>Necesario.</i> Sin previsión legal.	<i>Necesario.</i> Sin previsión legal.	<i>Necesario.</i> Sin previsión legal.
Confidencialidad del arbitraje y/o del laudo	<i>Necesario.</i> Sin previsión legal.	<i>Necesario.</i> Sin previsión legal.	<i>Necesario.</i> Sin previsión legal.	<i>Necesario.</i> Sin previsión legal.	<i>Innecesario.</i> Prevista en el art. 51.
Método de adelanto de los costos	<i>Necesario.</i> Sin previsión legal.	<i>Necesario.</i> Sin previsión legal.	<i>Necesario.</i> Sin previsión legal.	<i>Necesario.</i> Previsto en el art. 52.	<i>Innecesario.</i> Previsto en el art. 72.
Método de asignación final de los costos	<i>Innecesario.</i> Previsto en el art. 40.5.			<i>Necesario.</i> Sin previsión legal.	<i>Innecesario.</i> Previsto en el art. 73.
Procedimiento de emergencia	<i>Necesario.</i> Sin previsión legal.	<i>Necesario.</i> Sin previsión legal.	<i>Necesario.</i> Sin previsión legal.	<i>Necesario.</i> Sin previsión legal.	<i>Necesario.</i> Sin previsión legal.

[62] Guatemala, Decreto n° 67-95 (Ley de Arbitraje).

[63] Honduras, Ley de conciliación y arbitraje (Decreto 161-2000).

[64] Panamá, Ley n° 131 de 2013 de Arbitraje Nacional e Internacional en Panamá.

[65] Paraguay, Ley n° 1.879 de arbitraje y mediación.

[66] Perú, Decreto legislativo que norma el arbitraje n° 1071.

Tabla IV – Comparación de reglamentos de arbitraje institucionales respecto a la *necesidad de acuerdos complementarios* en la cláusula arbitral en relación con diferentes aspectos procesales

ELEMENTO	CAIP ⁶⁷	CCT ⁶⁸	LCIA ⁶⁹	SCC ⁷⁰	SIAC ⁷¹
Alcance de las controversias	<i>Siempre es necesario indicarlo.</i>				
Reglas de derecho	<i>Necesario.</i> A falta de acuerdo de las partes, el tribunal arbitral determinará las reglas de derecho aplicables al fondo de la controversia tras haber escuchado a las partes.				
Idioma del arbitraje	<i>Necesario.</i> A falta de acuerdo de las partes, el tribunal arbitral determinará el idioma del arbitraje tras haber escuchado a las partes.				
Sede del arbitraje	<i>Innecesario.</i> El art. 32.1 prevé París, salvo acuerdo contrario.	<i>Necesario</i> para evitar determinación unilateral por la Corte (art. 18.1).	<i>Necesario.</i> A falta de acuerdo, la sede del arbitraje será Londres o bien el tribunal arbitral la determinará (art. 16.2).	<i>Necesario</i> para evitar determinación unilateral por la Corte (art. 25.1).	<i>Necesario.</i> A falta de acuerdo, el tribunal arbitral la determinará (art. 36.1).
Número de árbitros	<i>Innecesario.</i> El art. 9.1 prevé tres árbitros, salvo acuerdo de las partes.	<i>Necesario</i> para evitar determinación por la Corte (art. 12.2).	<i>Necesario</i> para evitar determinación por la Corte (art. 5.8).	<i>Necesario</i> para evitar determinación por la Corte (art. 16.2).	<i>Necesario</i> para evitar determinación por la Corte (art. 19.1).
Método de nombramiento de los árbitros	<i>Innecesario.</i> Previsto en el arts. 9.1 y 9.2.	<i>Innecesario.</i> Previsto en el art. 13.	<i>Necesario</i> (arts. 7 y 8).	<i>Innecesario.</i> Previsto en el art. 17.	<i>Innecesario.</i> Previsto en los arts. 21 a 23.
Método de remplazo de los árbitros	<i>Innecesario.</i> Previsto en el art. 21.	<i>Innecesario.</i> Previsto en el art. 15.	<i>Innecesario.</i> Previsto en el art. 11.	<i>Innecesario.</i> Previsto en el art. 21.	<i>Innecesario.</i> Previsto en el art. 30.
Multiplicidad de contratos	<i>Innecesario.</i> Previsto en el art. 23.	<i>Innecesario.</i> Previsto en el art. 9.	<i>Necesario</i> (art. 1.2).	<i>Innecesario.</i> Previsto en el art. 14.	<i>Innecesario.</i> Previsto en el art. 15.
Acumulación de arbitrajes	<i>Innecesario.</i> Previsto en el art. 25.	<i>Innecesario.</i> Previsto en el art. 10.	<i>Innecesario.</i> Previsto en el art. 22A.	<i>Innecesario.</i> Previsto en el art. 15.	<i>Innecesario.</i> Previsto en el art. 16.
Intervención de partes adicionales	<i>Innecesario.</i> Previsto en el art. 24.	<i>Innecesario.</i> Previsto en el art. 7.	<i>Necesario</i> (art. 22.1(x)).	<i>Innecesario.</i> Previsto en el art. 13.	<i>Innecesario.</i> Previsto en el art. 18.
Confidencialidad del arbitraje y/o del laudo	<i>Innecesario.</i> Previsto en el art. 28.	<i>Necesario</i> (art. 22.3).	<i>Innecesario.</i> Prevista en el art. 30.	<i>Innecesario.</i> Prevista en el art. 3.	<i>Innecesario.</i> Prevista en el art. 59.

[67] Reglamento de arbitraje de la Cámara Arbitral Internacional de París (CAIP) vigente desde el 1 de junio de 2024 con enmiendas del 11 de septiembre de 2025.

[68] Reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) vigente desde el 1 de enero de 2021.

[69] Reglamento de arbitraje de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA) vigente desde el 1 de octubre de 2020.

[70] Reglamento de arbitraje del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (SCC) vigente desde el 1 de enero de 2023.

[71] Reglamento de arbitraje del Centro de Arbitraje Internacional de Singapur (SIAC) vigente desde el 1 de enero de 2025.

ELEMENTO	CAIP ⁶⁷	CCI ⁶⁸	LCIA ⁶⁹	SCC ⁷⁰	SIAC ⁷¹
Método de adelanto de los costos	<i>Innecesario.</i> El art. 48.4 prevé que cada parte debe provisionar los costos del arbitraje relativos a su propia demanda.	<i>Innecesario.</i> El art. 48.4 prevé que la provisión será pagada en partes iguales por la demandante y la demandada.	<i>Innecesario.</i> El art. 28.1 prevé que las partes responderán solidariamente de las costas arbitrales.	<i>Innecesario.</i> El art. 51.3 prevé que cada parte deberá pagar la mitad del anticipo de costos, a menos que se fijen anticipos separados.	<i>Innecesario.</i> El art. 56.1 prevé que la provisión será pagada en partes iguales por la demandante y la demandada.
Método de asignación final de los costos	<i>Innecesario.</i> El art. 39.4 prevé que estarán a cargo del perdedor, salvo decisión contraria del tribunal arbitral.	<i>Necesario</i> para evitar determinación por el tribunal arbitral (art. 38.5).	<i>Necesario</i> para evitar determinación por el tribunal arbitral (art. 28.2).	<i>Innecesario.</i> El art. 49.6. prevé que el tribunal arbitral podrá “distribuir los costos del arbitraje entre las partes, teniendo en cuenta el resultado del caso, en qué medida cada parte ha contribuido a la eficiencia y celeridad del arbitraje y otras circunstancias relevantes”.	<i>Necesario</i> (art. 57 y 58).
Procedimiento (de (árbitro) de emergencia	<i>Innecesario.</i> Previsto en el apéndice 2.	<i>Innecesario.</i> Previsto en el art. 29 y en el apéndice 5.	<i>Innecesario.</i> Previsto en el art. 9B.	<i>Innecesario.</i> Previsto en el apéndice 2.	<i>Innecesario.</i> Previsto en el art. 12 y en el <u>schedules 1.</u>
	Necesario <i>opt out</i> si las partes desean excluir todo recurso al procedimiento de (árbitro de) emergencia.				
Requisitos de calificación de los árbitros	<i>Únicamente si las partes lo desean.</i>				

[67] Reglamento de arbitraje de la Cámara Arbitral Internacional de París (CAIP) vigente desde el 1 de junio de 2024 con enmiendas del 11 de septiembre de 2025.

[68] Reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) vigente desde el 1 de enero de 2021.

[69] Reglamento de arbitraje de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA) vigente desde el 1 de octubre de 2020.

[70] Reglamento de arbitraje del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (SCC) vigente desde el 1 de enero de 2023.

[71] Reglamento de arbitraje del Centro de Arbitraje Internacional de Singapur (SIAC) vigente desde el 1 de enero de 2025.

Tabla V – Comparación de los costos de arbitraje (en dólares estadounidenses y sin impuestos) para un litigio de USD 10.000.000 (diez millones de dólares estadounidenses)

Número de árbitros	CAIP ⁷²	CCI ⁷³	SCC ⁷⁴	SIAC ⁷⁵
Arbitro único	145.393,27	170.799 ⁷⁶	193.822,74	136.971,37
Tres árbitros	325.392,67	397.367 ⁷⁷	348.395,43	350.813,31

[72] Calculadora disponible en: <https://www.arbitrage.org/en/arbitration/#arbitration-fee-calculator>.

[73] Calculadora disponible en: <https://iccwbo.org/dispute-resolution/dispute-resolution-services/arbitration/costs-and-payment/costs-calculator/>.

[74] Calculadora disponible en: <https://sccarbitrationinstitute.se/en/our-services/cost-calculator/>.

[75] Calculadora disponible en: <https://siac.org.sg/fee-calculator>.

[76] Costos medios ("average fees"). Los costos mínimos ("minimum fees") son de USD 96.682. Los costos máximos ("maximum fees") son de USD 244.915.

[77] Costos medios ("average fees"). Los costos mínimos ("minimum fees") son de 175.016. Los costos máximos ("maximum fees") son de 619.715.

Anexo II – Modelos de cláusula arbitral

Cláusula arbitral institucional

Toda controversia derivada del presente contrato o en relación con el mismo será resuelta de manera definitiva de conformidad con el reglamento de arbitraje la Cámara Arbitral Internacional de París (CAIP).

Cláusula arbitral institucional con elección de sede, de idioma y de ley aplicable al fondo de la controversia

Toda controversia derivada del presente contrato o en relación con el mismo será resuelta de manera definitiva de conformidad con el reglamento de arbitraje la Cámara Arbitral Internacional de París (CAIP). La sede del arbitraje será [...], y su idioma será el [...]. La ley [...] se aplicará al contrato así como al fondo de toda controversia resuelta por arbitraje.

Cláusula arbitral institucional con acuerdo para árbitro único

Toda controversia derivada del presente contrato o en relación con el mismo será resuelta de manera definitiva de conformidad con el reglamento de arbitraje la Cámara Arbitral Internacional de París (CAIP). El tribunal arbitral será compuesto por un árbitro único, nombrado de conformidad con el reglamento de arbitraje de la Cámara Arbitral Internacional de París (CAIP).

Cláusula arbitral institucional con acuerdo relativo a la confidencialidad

Toda controversia derivada del presente contrato o en relación con el mismo será resuelta de manera definitiva de conformidad con el reglamento de arbitraje la Cámara Arbitral Internacional de París (CAIP). En derogación a la obligación de confidencialidad prevista en el reglamento de arbitraje de la Cámara Arbitral Internacional de París (CAIP), los laudos serán públicos una vez terminadas las actuaciones arbitrales.

Cláusula arbitral institucional con exclusión del procedimiento de emergencia

Toda controversia derivada del presente contrato o en relación con el mismo será resuelta de manera definitiva de conformidad con el reglamento de arbitraje la Cámara Arbitral Internacional de París (CAIP). Queda expresamente excluido el recurso al procedimiento de emergencia previsto en el reglamento de arbitraje de la Cámara Arbitral Internacional de París (CAIP).

El arbitraje de emergencia: un breve repaso de algunas consideraciones prácticas y perspectivas para entidades públicas

Javier Echeverri[i] [javier.echeverri@jedr.legal]
Susana Chalela González[i] [susanachalela@chalela.co]

Resumen

El arbitraje de emergencia se ha consolidado como un mecanismo esencial en la resolución de disputas internacionales, permitiendo la adopción de medidas cautelares antes de la constitución del tribunal arbitral. Este procedimiento, incorporado en los reglamentos de instituciones arbitrales internacionales y regionales, ofrece a las partes la posibilidad de preservar la integridad del proceso y la eficacia de un eventual laudo, evitando la intervención de cortes estatales. En América Latina, el uso del arbitraje de emergencia ha crecido, especialmente en controversias que involucran entidades públicas. El artículo analiza los desafíos que las entidades públicas deben afrontar y algunas consideraciones prácticas que deben tener en cuenta al enfrentarse a solicitudes de medidas de emergencia.

Abstract

Emergency arbitration has emerged as a key feature in the landscape of international dispute resolution, providing parties with an avenue to seek interim relief prior to the constitution of the arbitral tribunal. This procedure, now embedded within the frameworks of leading international and regional arbitral institutions, empowers parties to safeguard the integrity of arbitral proceedings and ensure the enforceability of future awards, all while circumventing the complexities and delays often associated with recourse to national courts. In recent years, Latin America has witnessed a notable rise in the utilization of emergency arbitration, particularly in disputes involving public entities. The article explores these challenges and considers practical factors that public entities need to address when faced with requests for emergency measures.

Palabras clave: Arbitraje de emergencia, medidas cautelares, arbitraje internacional, contratación pública

Introducción

En los últimos años, el arbitraje de emergencia ha adquirido un protagonismo creciente en el ámbito de la resolución de disputas internacionales[1] en aquellos casos en los que resulta imprescindible dictar medidas cautelares durante el periodo crítico comprendido entre el surgimiento de la controversia y la constitución del tribunal arbitral. Este mecanismo, diseñado para salvaguardar la integridad del procedimiento y asegurar la eficacia de un eventual laudo[2], ha sido incorporado en numerosos reglamentos, incluidos los de diversas instituciones de referencia en América Latina, que presentan características en gran medida homogéneas.

El presente artículo examina las principales características y consideraciones prácticas del arbitraje de emergencia, con especial atención a su aplicación en arbitrajes que involucran entidades públicas. Analizaremos la evolución de este mecanismo en los reglamentos de las principales instituciones arbitrales, las condiciones a las que los árbitros sujetan el dictado de medidas cautelares, y las implicaciones que su uso plantea en el contexto de arbitrajes internacionales con participación de partes públicas.

[1] Bajo el reglamento de la CCI se han registrado 257 casos llevados bajo el mecanismo de arbitraje de emergencia desde su implementación en 2012. ICC, Dispute Resolution Statistics: 2024. 2025. <https://iccwbo.org/news-publications/news/icc-dispute-resolution-statistics-2024/>

[2] Nigel Blackaby, Partasides, C., et al., "Establishment and Organisation of an Arbitral Tribunal," en Redfern and Hunter on International Arbitration, 7th ed. (Kluwer Law International, 2022), <https://www.kluwerarbitration-com.scpo.idm.oclc.org/document/KLI-KA-Blackaby-2022-Ch04>.

A. Nociones generales

El recurso al árbitro de emergencia busca, en el fondo, garantizar la integridad del procedimiento arbitral mediante el dictado de medidas cautelares o conservatorias en situaciones en las que el tribunal aún no está constituido (y, por ello, no puede dictar este tipo de medidas). Recuérdese que la constitución del tribunal arbitral puede tomar desde días hasta meses, debido a la posible dificultad de encontrar árbitros que cumplan con los requerimientos acordados por las partes y a otras complicaciones propias del procedimiento de nominación y, de ser el caso, de confirmación de árbitros en los arbitrajes institucionales[3]. En efecto, antes de que comience el arbitraje o en estadios muy cercanos a su inicio, una parte puede encontrarse en una situación en la que requiere de la intervención de una autoridad jurisdiccional para preservar pruebas que se encuentran en poder de la contraparte, solicitar el mantenimiento del status quo (ante, por ejemplo, la inminente ejecución de garantías) o evitar el agravamiento de la disputa. En pocas palabras, una parte puede encontrarse en la necesidad de garantizar la integridad de un procedimiento arbitral que pretende iniciar o ha iniciado hace poco, o la eficacia de un futuro laudo favorable. Algunos reglamentos han optado por otorgar a las partes la posibilidad de que un árbitro nombrado mediante un procedimiento expedito dicte, mediante una orden o un laudo, este tipo de medidas.

En síntesis, el árbitro de emergencia es un árbitro designado conforme al acuerdo de arbitraje, con una misión puntual y limitada en el tiempo: decidir sobre solicitudes de medidas cautelares urgentes que no puedan esperar la constitución del tribunal que decidirá el fondo de la controversia que opone a las partes. La figura del árbitro de emergencia se erige así como una *alternativa* a la solicitud de medidas cautelares ante los jueces y como *garantía* de poder mantener en el foro escogido por las partes la decisión de su controversia, sin necesidad de acudir a las cortes estatales. Las partes, de hecho, cuentan con la oportunidad de acudir a las cortes nacionales para solicitar medidas cautelares (lo que, en legislaciones modernas de arbitraje, no supone una renuncia a los efectos del acuerdo arbitral[4]). El arbitraje de emergencia permite a los usuarios del comercio internacional evitar esta intervención de las cortes para procurarse medidas provisionales.

B. ¿Una figura uniforme?

El arbitraje de emergencia hizo su primera aparición en el reglamento de arbitraje de 2006 del Centro Internacional de Resolución de Disputas (ICDR, por sus siglas en inglés). A partir de este primer antecedente, otras instituciones arbitrales fueron modificando sus reglamentos para ofrecer este mecanismo a sus usuarios[5]. Algunas de las instituciones que han adoptado la figura del árbitro de emergencia fueron, a nivel global, la Cámara de Comercio Internacional (CCI), la Cámara Arbitral Internacional de París (CAIP), el Centro Internacional de Arbitraje de Singapur (SIAC), la Corte Internacional de Arbitraje de Londres (LCIA), la Cámara de Comercio de Estocolmo (SCC), el Centro Internacional de Arbitraje de Hong Kong (HKIAC) y la Corte Permanente de Arbitraje (CPA) bajo su Protocolo Opcional adoptado en 2024. De la misma forma, los reglamentos de las instituciones regionales suelen incluir, en la actualidad, disposiciones para regular la figura. Tal es el caso, por ejemplo, de los reglamentos de arbitraje del CAM Santiago[6], la Cámara de Comercio de Lima[7], la Cámara de Comercio de Quito[8] y el *Centro de Arbitragem e Mediação Brasil-Canada (CAM-CCBC)*[9], entre otros.

[3] Alnaber, Rania. "Emergency Arbitration: Mere Innovation or Vast Improvement." *Arbitration International* 35, no. 4 (2019): 441-72. doi:10.1093/arbint/aiz021.

[4] Ver, por ejemplo, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, art. 9 (2006). Ver también: Decreto Legislativo No. 1071, art. 47.4 (Perú), República Oriental del Uruguay, Ley N.º 19.636, art. 9 (2018).

[5] Alnaber, Rania. "Emergency Arbitration: Mere Innovation or Vast Improvement." *Arbitration International* 35, no. 4 (2019): 441-72. doi:10.1093/arbint/aiz021.

[6] Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago (CAM Santiago), Reglamento de Procedimiento Arbitral Nacional, Tít. IX "Del Arbitraje de Emergencia" (2023).

[7] Cámara de Comercio de Lima (CCL), Reglamento Arbitral, art. 35 (2017).

[8] Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito (CAM CCQ), Reglamento para el funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, Tít. X (2023).

[9] Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC), Regulamento de Arbitragem, Cap. X (2022).

Aun cuando los reglamentos contienen reglas específicas, todos ellos convergen en las grandes líneas generales de la figura. Para los efectos de este artículo, conviene destacar las siguientes:

En *primer lugar*, el arbitraje de emergencia en la mayoría de los reglamentos opera bajo una cláusula *opt-out*. Esto quiere decir que, al acordar la aplicación de un reglamento que prevea el mecanismo, se dará por entendido que las partes acuerdan la posibilidad de recurrir al arbitraje de emergencia[10]. Será necesario, por lo tanto, que las partes expliciten su intención de no recurrir al arbitraje de emergencia. En la mayoría de los casos, esta exclusión deberá figurar en el acuerdo de arbitraje (así lo indica, por ejemplo, lo indica el reglamento de arbitraje de la CAIP[11]).

En *segundo lugar*, el recurso al arbitraje de emergencia suele estar condicionado a que la parte que solicita la medida inicie rápidamente un arbitraje y presente sus reclamaciones sobre el fondo de la controversia, lo cual confirmará que su solicitud de medidas de urgencia es seria. Los plazos para el inicio del arbitraje suelen variar de algunos días a algunas semanas. Por ejemplo, bajo el reglamento de arbitraje de la CCI, la solicitud de medidas de urgencia puede anteceder el inicio del arbitraje, pero esta no podrá seguir su trámite si la solicitud de arbitraje no es presentada dentro de los 10 días siguientes[12] (la misma solución ha sido adoptada por otros reglamentos como el de la CAIP y, en la región, en la recientemente aprobada versión del reglamento de la Cámara de Comercio de Lima[13]). En el reglamento de la Cámara de Comercio de Estocolmo, este plazo es de 30 días[14].

En *tercer lugar*, dada la naturaleza de las medidas que puede dictar un árbitro de emergencia, la solicitud no puede dirigirse a partes no signatarias del convenio arbitral. Ciertos reglamentos, como el de la CAIP, sólo autorizan la figura cuando la parte contra quien se intenta la medida “o sus sucesores, están manifiestamente vinculados por el convenio arbitral en el que se funda”[15] el requirente.

En *cuarto lugar*, una vez designado, el árbitro de emergencia suele establecer un calendario procesal breve normalmente con una ronda de escritos y una audiencia virtual, antes de dictar su decisión (los reglamentos suelen sujetar la decisión sobre el calendario procesal al respeto al derecho de las partes a presentar razonablemente su caso, tomando en cuenta la naturaleza y urgencia de las medidas solicitadas[16]). Esta decisión suele tomar la forma de una orden procesal o de un laudo, en función de los reglamentos. En el caso de la CCI, el reglamento indica que el árbitro de emergencia dictará una “orden”[17], mientras que otros reglamentos dejan a éste la libertad de dictar un “laudo” con las medidas de urgencia solicitadas[18].

[10] Blackaby, Nigel, Partasides C., et al. Redfern and Hunter on International Arbitration, 7ª ed., Kluwer Law International, 2022.

[11] Ver, por ejemplo, Cámara Arbitral Internacional de París (CAIP), Reglamento de Arbitraje, Apéndice 2, Artículo 1.1 (“El recurso al procedimiento de emergencia está disponible cuando se cumplan todas las condiciones siguientes: a) el convenio arbitral que se refiere a la Cámara no excluya el recurso al procedimiento de emergencia; y b) aún no se haya constituido un tribunal arbitral sobre la base de dicho convenio arbitral”)

[12] Cámara de Comercio Internacional (CCI). Reglamento de Arbitraje, París: CCI, 2021, apéndice V, artículo 1.6., “El Presidente deberá terminar el procedimiento de árbitro de emergencia si la Solicitud de Arbitraje no es recibida por la Secretaría de parte del peticionario dentro de los 10 días siguientes a la recepción por la Secretaría de la Petición, salvo que el árbitro de emergencia determine que un período más extenso es necesario.” (subrayado por fuera del texto).

[13] Cámara de Comercio de Lima (CCL), Reglamento Arbitral, Apéndice 1, artículo 8(1) (“Cesa la vigencia del procedimiento ante el Árbitro de Emergencia, y la decisión eja de ser vinculante, por las siguientes causas: a) Por el hecho de no presentarse la solicitud de arbitraje dentro de los diez días siguientes a la fecha de recepción de la solicitud de medidas de emergencia, salvo que el Árbitro de Emergencia determine que se requiere un período más extenso [...]”).

[14] Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (SCC), Reglamento de Arbitraje, Apéndice II, art. 9(4) (2023).

[15] Cámara Arbitral Internacional de París (CAIP), Reglamento de Arbitraje, Apéndice 2, art. 2.5 (2025).

[16] Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), Reglamento de Arbitraje, Apéndice V, art. 5(2) (2021).

[17] Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), Reglamento de Arbitraje, Apéndice V, artículo 6 (1). Bajo este reglamento los laudos deben ser sometidos a un proceso de escrutinio.

[18] Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC), Reglamento de Arbitraje, Art. 23.3 (2024). Ver también: Singapore International Arbitration Centre (SIAC), Reglamento de Arbitraje, Apéndice I (17), (2025).

La naturaleza jurídica de la orden o laudo que dicte un árbitro de emergencia puede no ser menor en caso de que una parte se vea en la necesidad de solicitar su ejecución forzosa en un lugar distinto de la sede del arbitraje (en la que prevalecerá lo que indique al respecto sobre la ejecución de medidas cautelares la *lex arbitri*). Sobre este punto se ha discutido sobre si es posible considerar una decisión de un árbitro de emergencia (independientemente de si se trata de una orden o laudo) como una “sentencia arbitral” en el sentido de los artículos I y III de la Convención de Nueva York sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras[19] (teniendo en cuenta que dicha Convención no define qué debe entenderse por tal).

La doctrina suele responder a esta pregunta negativamente. En efecto, se entiende que, a falta de una definición en la ley aplicable (lo cual suele ser el caso), sólo se considerará como laudo o sentencia arbitral una decisión que dirima de forma definitiva y vinculante la controversia que opone a las partes[20]. Así ha sido recordado con vehemencia, por ejemplo, por la Corte Suprema de Justicia de Colombia al interpretar la ley de arbitraje internacional de esa jurisdicción[21]. El carácter inherentemente transitorio de las medidas cautelares dictadas por un árbitro de emergencia riñe con esta definición e impide, por la misma vía, que gocen de reconocimiento y ejecución bajo este régimen.

La discusión será de menos relevancia en aquellas jurisdicciones en las que, como en Colombia[22], México[23] y Panamá[24], las leyes de arbitraje han incorporado mecanismos para el reconocimiento y ejecución de medidas cautelares dictadas en el extranjero, siguiendo de cerca las modificaciones que a este respecto fueron introducidas en la versión de 2006 de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). En estas jurisdicciones, el reconocimiento y ejecución de medidas cautelares es una obligación de las cortes nacionales independientemente del país en el que se hayan dictado. La denegación del reconocimiento y ejecución está limitado a causales taxativas (muy similares a las del reconocimiento y ejecución de laudos bajo la Convención de Nueva York)[25].

En *quinto lugar*, es también recurrente la falta de definición, en los reglamentos, sobre cuál es el estándar aplicable y el tipo de medidas que puede ser otorgada por un árbitro de emergencia. La mayoría de los reglamentos suelen exigir que la solicitud formulada por una parte incluya “una exposición detallada de las medidas de emergencia solicitadas y de los motivos por los que no pueden esperar a la constitución del tribunal arbitral”[26]. Este tipo de disposiciones amerita dos comentarios:

Por una parte, la falta de definiciones más precisas puede entenderse como una decisión consciente de las instituciones y los legisladores de no limitar a los árbitros de emergencia en el tipo de medidas que pueden dictar en este tipo de procedimientos[27] (esto es consistente con la práctica moderna, también respaldada por la Ley Modelo, conforme a la cual las medidas cautelares que un Tribunal Arbitral puede dictar no están taxativamente definidas por el legislador).

[19] ZULETA, Eduardo, “¿Qué es una sentencia o laudo arbitral? El laudo parcial, el laudo final y el laudo interino”, en Tawil, Guido S. y Zuleta, Eduardo (Directores), *El Arbitraje Comercial Internacional. Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50° aniversario*, Abeledo Perrot, (Buenos Aires, 2008).

[20] Ver, por ejemplo, Cámpora Gatica, Francesco, “Reconocimiento y Ejecución de Medidas Cautelares Arbitrales y de Emergencia: Una Nota acerca de las Posibilidades y Límites bajo la Convención de Nueva York de 1958”, *Revista de la Asociación Latinoamericana de Arbitraje*, Vol. III (2024), p. 71.

[21] Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. Auto del 3 de junio de 2025. Radicación n.º 11001-02-03-000-2025-01097-00.

[22] República de Colombia, Ley N.º 1563 de 2012, “Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional”, art. 88.

[23] Estados Unidos Mexicanos. Código de Comercio, Diario Oficial de la Federación, 27 de enero de 2011, artículo 1479.

[24] República de Panamá, Ley N.º 131 de 2013, “Por la cual se adopta la Ley de Arbitraje Comercial Internacional”, art. 43.

[25] Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), *Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional*, artículos 17(H) y 17(I) (2006).

[26] Cámara Arbitral Internacional de París (CAIP), *Reglamento de Arbitraje*, Apéndice 2, artículo 2.1.(b).

[27] Storskrubb, Eva, “Chapter 8: Emergency Arbitration: A Maturing and Evolving Procedure,” en *Stockholm Arbitration Yearbook 2020*, ed. Axel Calissendorff and Patrik Schöldström, vol. 2 (Stockholm: Stockholm Arbitration Yearbook Series, 2020), 115–136.

Por otra parte, el estándar aplicable para que una solicitud de medidas de urgencia prospere dependerá, en ausencia de una definición específica, de la *lex arbitri* y, en su defecto, de lo que disponga el tribunal al determinar las reglas de derecho que resulten aplicables.

En ciertas jurisdicciones, el legislador se ha inspirado en las disposiciones de la Ley Modelo de la CNUDMI para definir qué constituye una medida cautelar. En el caso peruano, por ejemplo, se entiende que es medida cautelar “[...] [t]oda medida temporal, contenida en una decisión que tenga o no forma de laudo, por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo que resuelva definitivamente la controversia, el tribunal arbitral ordena a una de las partes”[28]. Los árbitros (y, por extensión, el árbitro de emergencia), tienen el poder de dictar medidas que restablezcan el status quo en espera de que se resuelva la controversia, medidas para evitar “algún daño actual o inminente o el menoscabo del proceso arbitral” incluidas órdenes de no hacer, medidas conservatorias de bienes para asegurar la ejecución de un eventual laudo favorable o elementos de prueba “relevantes y pertinentes para resolver la controversia”[29].

Es más extraño, sin embargo, encontrar definiciones codificadas o completas de los requisitos que una parte debe cumplir para que la solicitud de medidas de emergencia prospere. La doctrina, basándose en la práctica internacional de la última década, entiende que son aplicables a estas solicitudes los requisitos que los tribunales suelen aplicar a las medidas cautelares[30]. Estos requisitos suelen ser aquellos que aparecen en el artículo 26 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI:

a. *La urgencia de la medida*. En el caso del arbitraje de emergencia, la urgencia de la medida no solo debe ser evaluada en abstracto respecto del procedimiento arbitral, sino también respecto de la necesidad de que la medida sea acordada antes de que el Tribunal se constituya. Este requisito suele figurar textualmente en los reglamentos, como hemos indicado supra.

b. *La probabilidad de éxito de las pretensiones del solicitante en el fondo de la controversia (fumus boni iuris)*. El artículo 26(3)(b) del Reglamento de la CNUDMI dispone que el solicitante debe probar que “[e]xiste una posibilidad razonable de que su demanda sobre el fondo del litigio prospere” y aclara que tal evaluación no podrá entenderse como un prejuzgamiento del fondo de la controversia.

c. *El riesgo de perjuicio irreparable (periculum in mora)*. Al respecto, el artículo 26(3)(a) del Reglamento de la CNUDMI dispone que el requirente deberá probar que, “[d]e no otorgarse la medida cautelar es probable que se produzca algún daño, no resarcible adecuadamente mediante una indemnización”.

d. *La proporcionalidad de la medida solicitada* (lo cual, según el artículo 26(3)(a), exige al solicitante probar que el daño que busca evitar con la medida “sea notablemente más grave que el que pueda sufrir la parte afectada por la medida, caso de ser ésta otorgada”).

Por último, y en línea con lo anterior, los reglamentos de arbitraje reconocen el carácter transitorio de la medida que ordene el árbitro de emergencia. Esta medida perderá vigencia, por lo general, por decisión del tribunal arbitral[31] (por ejemplo, si la parte contra la que el árbitro de emergencia dictó la medida logra acreditar que las circunstancias han cambiado o que la medida ha perdido su objeto). El tribunal también tiene facultades para modificar las medidas de emergencia dictadas por el árbitro de emergencia, ampliando o reduciendo su alcance[32]. Algunos reglamentos (como el de la CCI) precisan que la orden del árbitro de emergencia dejará de ser vinculante, en cualquier caso, con el dictado del laudo final del tribunal, salvo que éste decida otra cosa[33].

[28] República del Perú, Decreto Legislativo N.º 1071, art. 47(2) (2008).

[29] República del Perú, Decreto Legislativo N.º 1071, artículo 47(2), literales (b) a (d) (2008).

[30] Storskrubb, Eva, “Chapter 8: Emergency Arbitration: A Maturing and Evolving Procedure,” en Stockholm Arbitration Yearbook 2020, ed. Axel Calissendorff and Patrik Schöldström, vol. 2 (Stockholm: Stockholm Arbitration Yearbook Series, 2020), 115-136.

[31] Véanse, entre otros, Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (SCC); Reglamento de Arbitraje, Apéndice II, art. 9(4) (2023); Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC), Reglamento de Arbitraje, Art. 23.5 (2024); Cámara de Comercio Internacional (CCI), Reglamento de Arbitraje, Apéndice V, art. 6(6) (2021).

[32] Véanse, entre otros, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), Reglamento de Arbitraje, art. 26(5) (2013); Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC), Reglamento de Arbitraje, Art. 23.5 (2024).

[33] Cámara de Comercio Internacional (CCI), Reglamento de Arbitraje, Apéndice V, artículo 6(6)(c).

C. El arbitraje de emergencia en el que intervienen partes públicas

La utilización del arbitraje de emergencia en arbitrajes con partes públicas (algo frecuente en América Latina) seguirá aumentando en la medida en que los reglamentos de arbitraje incluyan la figura y las partes no excluyan su aplicación en el convenio arbitral. Por ejemplo, durante el año 2024, la CCI reportó que 17 de las 46 partes que participaron en arbitrajes de emergencia eran de origen latinoamericano y 6 de ellas eran Estados o entidades públicas de la región[34].

Al respecto, si bien el arbitraje de emergencia constituye una herramienta fundamental para las partes que buscan garantizar la eficacia de un futuro laudo y la integridad del procedimiento arbitral que han iniciado o iniciarán próximamente, la participación de entidades públicas en el arbitraje internacional plantea ciertos interrogantes y consideraciones adicionales.

En *primer lugar*, como hemos explicado anteriormente, una orden o laudo dictada por un árbitro de emergencia puede acarrear consecuencias gravosas para las entidades públicas involucradas en estas controversias. Por ejemplo, los árbitros de emergencia disponen de amplias facultades para ordenar el mantenimiento del *status quo*, lo cual puede impedir que una entidad pública ejerza sus potestades contractuales para terminar unilateralmente el contrato y llamar las garantías contractuales en el evento de un incumplimiento. Del mismo modo, las entidades públicas pueden enfrentarse a ciertas dificultades para cumplir con los trámites administrativos necesarios para la contratación de abogados en los plazos muy cortos previstos por los reglamentos para la resolución de la solicitud de medidas de urgencia.

En *segundo lugar*, el recurso al arbitraje de emergencia en casos con entidades públicas es particularmente frecuente en el Perú. En esta jurisdicción, desde la promulgación de la Ley No.26850 de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, los contratos estatales contienen obligatoriamente una cláusula compromisoria y por ello, la contratación pública constituye el objeto de una gran parte de las disputas que resuelven los árbitros en esta jurisdicción[35]. Por ejemplo, los datos históricos publicados por el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (CARC PUCP) muestran que, en sus primeros 20 años de funcionamiento, el 94% de los arbitrajes tramitados por esta institución (3.091) involucraban a una parte (y un contrato) estatal[36].

Como hemos explicado anteriormente, algunos centros de arbitraje peruanos incluyen en sus reglamentos la figura del arbitraje de emergencia. La doctrina y la práctica local entienden, además, que la *lex arbitri* permite dictar medidas cautelares por árbitros de emergencia antes de la constitución del tribunal[37].

En ese contexto, en su reglamento del 2017, el CARC PUCP (una institución que tramita principalmente arbitrajes con partes públicas) incluyó la posibilidad de recurrir al arbitraje de emergencia en casos contra partes públicas sin necesidad de un acuerdo expreso (lo que, por lo demás, es una regla común en muchos reglamentos)[38]. Para el 2023, el Centro reportaba que, en aproximadamente un tercio de tramitados contra una parte estatal, la demandante había iniciado un arbitraje de emergencia[39]. En contra de la tendencia (y pesar de que el arbitraje de emergencia ha recibido respaldo del sector público[40]), en la revisión de su reglamento del 2024, el CARC PUCP decidió eliminar el recurso a este mecanismo.

[34] ICC, Dispute Resolution Statistics: 2024, (24 de junio de 2025), p.16.

[35] Tafur Sanchez, Sergio Alberto y Tafur Scaglia, Sergio Alberto. "La evolución del mecanismo del arbitraje de emergencia en el mundo y su importancia al Perú", Revista de arbitraje comercial y de inversiones 1 (Lima, Perú, 2023), 151-170.

[36] Centro de Análisis y Resolución de Conflictos PUCP, Memoria de la Corte de Arbitraje (2022), 7.

[37] Gallardo Neyra, María del Carmen. "¿Conflicto de herramientas? El arbitraje de emergencia versus medidas cautelares: análisis comparativo y eficiencia en la resolución de conflictos", Revista de Investigación de la Corte Superior de Justicia de Huánaco, 2025.

[38] Gallardo Neyra, María del Carmen. "¿Conflicto de herramientas? El arbitraje de emergencia versus medidas cautelares: análisis comparativo y eficiencia en la resolución de conflictos", Revista de Investigación de la Corte Superior de Justicia de Huánaco, 2025.

[39] Segarra Coello, Esteban Xavier, Silva Villacrés, Natalia Sthefania, El arbitraje de emergencia: análisis comparativo de su viabilidad y eficacia en la legislación ecuatoriana y peruana. (Cuenca, Ecuador: Universidad del Azuay, 2024).

[40] En efecto, el Organismo Supervisor de las contrataciones del Estado (OSCE) no se opone al uso de la figura en su directiva 004- 2020- OSCE/CD, que aprueba el Reglamento del Régimen Institucional de Arbitraje Especializado y Subsidiario en Contrataciones del Estado a cargo del SNA- OSCE.

Los motivos que impulsaron esta decisión no han sido publicados. Sin embargo, se ha discutido sobre el abuso de la figura del árbitro de emergencia como fuente para, por un lado, dilatar la constitución del tribunal arbitral y obstaculizar el procedimiento.

Por otro lado, la posibilidad de iniciar un procedimiento arbitral con medidas cautelares adversas y de consecuencias gravosas para la ejecución de contratos públicos (como hemos mencionado anteriormente), puede ser percibida por las entidades estatales como una posible fuente de vulneraciones a la defensa adecuada del interés público y el patrimonio del Estado[41].

En la misma línea, la reciente Ley General de Contrataciones Públicas (Ley No. 32069 de 2024) hace una referencia legislativa expresa al arbitraje de emergencia[42]. Aunque dicha disposición no prohíbe ni regula en detalle la figura, el reglamento ha propuesto que, en casos de controversias relativas a la contratación estatal, el arbitraje de emergencia deberá ser acordado de manera expresa y por referencia a las reglas de alguna institución arbitral que regule su aplicación[43].

En definitiva, la decisión del Centro CARC PUCP y el proyecto a regular el arbitraje de emergencia, invita a preguntarse si, al menos en lo que respecta a la contratación pública, el recurso al arbitraje de emergencia debería ser la opción por defecto. En las breves líneas de este análisis no podemos responder a esta pregunta. Este es un análisis que deben realizar las entidades públicas y, en general, los estados al definir las condiciones en las que consideran válidas las entidades públicas para recurrir al arbitraje.

No está de más, en cualquier caso, recordar que el análisis de la conveniencia de que las partes dispongan de la posibilidad de recurrir a un arbitraje de emergencia dependerá de las circunstancias concretas de cada caso y de las eventuales disputas que puedan surgir en el futuro. Una reciente investigación realizada por una universidad en Ecuador indica, por ejemplo, que el arbitraje de emergencia es prevalente en contratos de obra pública y suele relacionarse con medidas cautelares destinadas a evitar la ejecución de garantías contractuales a primer requerimiento[44].

En vista de que, como hemos indicado anteriormente, el recurso al arbitraje de emergencia suele ser un mecanismo previsto por defecto en los reglamentos, es una buena práctica que las partes (en especial, las entidades públicas) analicen si, en vista de las circunstancias específicas de un contrato, convendría excluir su aplicación al momento de negociar el convenio arbitral.

Lo anterior no sugiere que el recurso al arbitraje de emergencia sea indeseable por defecto. Por el contrario, la existencia de la figura del arbitraje permite mantener todas las decisiones relativas a una disputa entre las partes en el foro acordado en el convenio arbitral y constituye un mecanismo generalmente idóneo para que las partes obtengan medidas cautelares con eficacia y celeridad.

[41] Collantes Rojas, C. M. (2020). "No utilizar en caso de emergencia": 5 patologías latentes en el procedimiento de árbitro de emergencia peruano. *THEMIS Revista De Derecho*, (77), 265–283.

[42] El artículo 85.1 se transcribe en lo relevante, a continuación: "Las medidas cautelares presentadas respecto de los contratos en aplicación de la presente ley, tanto en la vía judicial como en la arbitral, se rigen por las siguientes reglas, según corresponda: a) Es competente para resolver las solicitudes cautelares interpuestas antes de la constitución del tribunal arbitral, en donde no sea de aplicación el arbitraje de emergencia, el juez subespecializado en lo comercial o, de no existir tal subespecialidad, el juez civil (...)".

[43] Reglamento de la Ley N° 32069 Ley General de Contrataciones Públicas. (Perú, 2024), artículo 343 ("Solo procede el arbitraje de emergencia en controversias relacionadas a contratación pública, cuando en el convenio arbitral se señale expresamente y siempre que este arbitraje sea conocido por la misma Institución Arbitral en la que se debe tramitar el arbitraje definitivo. Este tipo de arbitraje debe estar previsto en el reglamento de la institución arbitral correspondiente. 343.2. No procede el arbitraje de emergencia en los arbitrajes ad hoc. 343.3. La contravención a lo dispuesto en el presente artículo constituye la nulidad de pleno derecho de las medidas otorgadas por el árbitro de emergencia").

[44] Segarra Coello, Esteban Xavier, Silva Villacrés, Natalia Sthefania, *El arbitraje de emergencia: análisis comparativo de su viabilidad y eficacia en la legislación ecuatoriana y peruana*. (Cuenca, Ecuador: Universidad del Azuay, 2024), pp. 24-25.

D. Conclusión

En suma, el arbitraje de emergencia ha consolidado su presencia en los reglamentos internacionales y regionales, permitiendo a las partes, incluidas las entidades públicas, acceder a medidas cautelares de manera expedita antes de la constitución del tribunal arbitral. Si bien existen excepciones puntuales, como la reciente modificación del reglamento del CARC PUCP, la tendencia general apunta a la inclusión de este mecanismo como opción por defecto.

Sin embargo, corresponde a cada estado y a sus entidades públicas analizar cuidadosamente la idoneidad del recurso al arbitraje de emergencia, según las particularidades de sus contratos y de sus disputas potenciales. No se trata de que este mecanismo sea inconveniente para las entidades públicas. Sin embargo, ante las importantes consecuencias que puede acarrear el dictado de una orden o laudo en un arbitraje de emergencia, conviene que las entidades se pregunten, en cada negociación de un convenio arbitral, si es mejor excluir la aplicación del mecanismo en caso de que el reglamento escogido la prevea.

E. Bibliografía

- Cápura Gatica, Francesco. "Reconocimiento y Ejecución de Medidas Cautelares Arbitrales y de Emergencia: Una Nota acerca de las Posibilidades y Límites bajo la Convención de Nueva York de 1958." *Revista de la Asociación Latinoamericana de Arbitraje* 3 (2024): 71-90.
- Alnaber, Rania. "Emergency Arbitration: Mere Innovation or Vast Improvement." *Arbitration International* 35, no. 4 (2019): 441-72.
- Blackaby, Nigel, Partasides C., et al. *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 7ª ed., Kluwer Law International, 2022.
- Cámara Arbitral Internacional de París (CAIP), Reglamento de Arbitraje
- Cámara de Comercio de Lima (CCL), Reglamento Arbitral (2017).
- Cámara de Comercio Internacional (CCI). Reglamento de Arbitraje, París: CCI, 2021.
- Cápura Gatica, Francesco, "Reconocimiento y Ejecución de Medidas Cautelares Arbitrales y de Emergencia: Una Nota acerca de las Posibilidades y Límites bajo la Convención de Nueva York de 1958", *Revista de la Asociación Latinoamericana de Arbitraje*, Vol. III (2024)
- Centro de Análisis y Resolución de Conflictos PUCP. Memoria de la Corte de Arbitraje (2022).
- Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC), Regulamento de Arbitragem (2022)
- Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito (CAM CCQ), Reglamento para el funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito (2023)
- Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago (CAM Santiago), Reglamento de Procedimiento Arbitral Nacional, Tít. IX "Del Arbitraje de Emergencia" (2023).
- Collantes Rojas, C. M. (2020). "No utilizar en caso de emergencia": 5 patologías latentes en el procedimiento de árbitro de emergencia peruano. *THEMIS Revista De Derecho*, (77)
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional (2006)
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). Reglamento de Arbitraje, Nueva York: Naciones Unidas, 2013.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. Auto del 3 de junio de 2025, Radicación n.º 11001-02-03-000-2025-01097-00.
- República del Perú, Decreto Legislativo No. 1071
- Estados Unidos Mexicanos. Código de Comercio, Diario Oficial de la Federación, 27 de enero de 2011.
- Gallardo Neyra María del Carmen. "¿Conflicto de herramientas? El arbitraje de emergencia versus medidas cautelares: análisis comparativo y eficiencia en la resolución de conflictos", *Revista de Investigación de la Corte Superior de Justicia de Huánaco*, 2025
- Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC), Reglamento de Arbitraje, Art. 23.3 (2024)
- Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC). Reglamento de Arbitraje, Hong Kong: HKIAC, 2024.

- Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC). Reglamento de Arbitraje, Hong Kong: HKIAC, 2024.
- Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (SCC). Reglamento de Arbitraje, Apéndice II, art. 9(4). Estocolmo: SCC, 2023.
- International Chamber of Commerce (ICC). Dispute Resolution Statistics: 2024. París: ICC, 2025.
- República de Colombia. Ley N.º 1563 de 2012, “Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional”, art. 88. Diario Oficial N.º 48.489, 2012.
- República de Panamá. Ley N.º 131 de 2013, “Por la cual se adopta la Ley de Arbitraje Comercial Internacional”, art. 43. Gaceta Oficial N.º 27396-A, 2013.
- República del Perú, Ley N.º 32069 Ley General de Contrataciones Públicas.
- República del Perú, Reglamento de la Ley N.º 32069 Ley General de Contrataciones Públicas.
- República del Perú. Directiva 004- 2020- OSCE/CD, que aprueba el Reglamento del Régimen Institucional de Arbitraje Especializado y Subsidiario en Contrataciones del Estado a cargo del SNA- OSCE
- República Oriental del Uruguay, Ley N.º 19.636, art. 9 (2018)
- Segarra Coello, Esteban Xavier, Silva Villacrés, Natalia Sthefania, El arbitraje de emergencia: análisis comparativo de su viabilidad y eficacia en la legislación ecuatoriana y peruana. (Cuenca, Ecuador: Universidad del Azuay, 2024).
- Singapore International Arbitration Centre (SIAC), Reglamento de Arbitraje, Apéndice I (17), (2025)
- Storskrubb, Eva, “Chapter 8: Emergency Arbitration: A Maturing and Evolving Procedure,” en Stockholm Arbitration Yearbook 2020, ed. Axel Calissendorff and Patrik Schöldström, vol. 2 (Stockholm: Stockholm Arbitration Yearbook Series, 2020)
- Tafur Sanchez, Sergio Alberto y Tafur Scaglia, Sergio Alberto. “La evolución del mecanismo del arbitraje de emergencia en el mundo y su importancia al Perú”, Revista de arbitraje comercial y de inversiones 1 (Lima, Perú, 2023)
- ZULETA, Eduardo, “¿Qué es una sentencia o laudo arbitral? El laudo parcial, el laudo final y el laudo interino”, en Tawil, Guido S. y Zuleta, Eduardo (Directores), El Arbitraje Comercial Internacional. Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50º aniversario, Abeledo Perrot, (Buenos Aires, 2008)

[i] Abogado independiente. Javier Echeverri Dispute Resolution (JEDR). París.

[ii] Abogada Senior del equipo de arbitraje de Chalela & Asociados (Bogotá, Colombia).

Constitución del tribunal arbitral y revocación de sus miembros: consideraciones prácticas y líneas de reflexión en disputas que involucren entidades públicas

Esperanza Barrón Baratech
Senior Counsel
De Gaulle Fleurance, París

La prerrogativa de las partes de nombrar a sus árbitros constituye una de las características esenciales del arbitraje internacional. Esta facultad es una manifestación del principio de autonomía de la voluntad y es uno de los elementos que más claramente distingue al arbitraje de las jurisdicciones estatales. A diferencia de las cortes nacionales, donde los jueces son designados por, y generalmente derivan su autoridad del Estado, las partes al arbitraje internacional participan activamente en la constitución del tribunal y el nombramiento del o de los árbitros.[1]

Esta participación refuerza la confianza en la imparcialidad, independencia y competencia de quienes resolverán la controversia. La prerrogativa de nombrar o participar en el nombramiento de árbitros no solo otorga legitimidad al procedimiento, sino que también permite adaptar el perfil del árbitro a las particularidades técnicas, culturales o lingüísticas del conflicto, asegurando así una solución más pertinente, eficiente y especializada. Por ello, la posibilidad de designar árbitros no es una mera prerrogativa procesal, sino un elemento estructural que sustenta la naturaleza consensual y participativa del arbitraje internacional. Existe en la actualidad un consenso en que la libre elección de los árbitros, directamente por las partes, es el mejor método de nominación, ya que favorece la participación de las partes al proceso arbitral y por ende mejora la aceptación del resultado.[2]

Como es natural, las partes abordan la constitución del tribunal arbitral como una de las etapas más estratégicas del procedimiento arbitral. La perspectiva de orientar, o al menos predecir, el resultado del arbitraje justifica la importancia que se atribuye al proceso de selección de árbitros. Con motivo se suele repetir que la calidad del arbitraje depende intrínsecamente de la calidad de los árbitros, o que el proceso arbitral no puede de mayor calidad que la de su árbitro.[3]

Los principales reglamentos institucionales prevén, como punto de partida, que las partes nombrarán ellas mismas al o a los árbitros. No obstante, si bien la libertad de las partes a la hora de nombrar a los miembros del tribunal arbitral que decidirán sobre la controversia es una de las manifestaciones fundamentales de la autonomía de la voluntad, ninguna norma o instrumento jurídico consagra la designación de árbitros como un derecho insuperable de las partes. Por este motivo, los reglamentos de arbitraje de las principales instituciones, así como las leyes de arbitraje nacionales, prevén circunstancias en las que es apropiado o necesario que la designación de los árbitros no provenga de las partes. Tal es el caso, por ejemplo, cuando el arbitraje implica a más de dos partes. Si los intereses de todos los demandantes o de todos los demandados no están alineados, el método tradicional de designación de tribunales no resulta apropiado. El proceso de selección de árbitros también puede instrumentalizarse de manera abusiva, para dilatar o enturbiar el arbitraje. Por ejemplo, ciertas partes pueden retrasar la nominación del árbitro que les corresponde, o solicitar abusivamente la recusación de los demás miembros del tribunal.[4] Con el fin de limitar estos abusos, todas

[1] A. Redfern, J.M. Hunter, N. Blackaby, C. Partasides, Redfern and Hunter on International Arbitration, Oxford University Press, 2009, pág. 246.

[2] J. Waincymer, Procedure and Evidence in International Arbitration, Kluwer Law International, 2012, pág. 256.

[3] George von Mehren, 'Concluding Remarks', in The Status of the Arbitrator (ICC, 1995), 126, 129. Original: "The arbitrator is the sine qua non of the arbitral process. The process cannot rise above the quality of the arbitrator"; traducción: "el árbitro es el sine qua non del proceso arbitral. El proceso no puede superar la calidad del árbitro".

[4] S. Luttrell, Bias challenges in International Commercial Arbitration: the Need for a Real Danger Test, Kluwer Law International, págs. 3-4.

las legislaciones nacionales en materia de arbitraje y todos los reglamentos de arbitraje prevén la posibilidad de imponer uno o varios árbitros en caso de que las partes sean incapaces de o no estén dispuestas a hacerlo. [5] En tales casos, son bienvenidas las disposiciones reglamentarias o legales que permiten sobrellevar las maniobras de una de las partes.

El presente artículo observa las tendencias actuales en materia de constitución de tribunales arbitrales y sugiere líneas de reflexión que pueden ser de interés en presencia de Estados o entidades públicas.

Como se destaca a continuación, las demoras en la constitución de tribunales arbitrales sugieren que los usuarios del arbitraje internacional puedan apoyarse más en las instituciones arbitrales para designar al presidente del tribunal arbitral (I). Ante esta eventualidad, las instituciones arbitrales deben, para preservar la confianza en y la legitimidad del sistema, tomar en cuenta las especificidades de las partes públicas a la hora de designar árbitros (II). Por último, si bien las exigencias en materia de independencia e imparcialidad de los árbitros son idénticas en materia de arbitraje comercial y de inversión, debe recordarse que la apreciación de los motivos de recusación difiere según la disciplina. Con la multiplicación actual de las solicitudes de revocación por motivos de parcialidad doctrinal (o *issue conflict*), conviene cuestionar las estrategias de selección y recusación de árbitros (III).

I. Tendencias en las preferencias de los actores del arbitraje internacional respecto de la constitución de tribunales arbitrales: ¿hacia una mayor intervención de las instituciones?

Debido a la importancia que se atribuye a la selección de árbitros o a la constitución del tribunal arbitral, esta etapa procesal suscita interés, tanto entre los actores del arbitraje internacional como entre sus observadores. Es interesante analizar las tendencias actuales para identificar buenas prácticas y métodos susceptibles de favorecer una constitución eficiente del tribunal arbitral.

Resulta apropiado analizar las estadísticas respecto de los plazos de constitución de tribunales arbitrales y, en paralelo, observar las encuestas periódicas sobre las expectativas y prioridades de los actores del arbitraje respecto de la constitución del tribunal. En particular, interesa observar tendencias o modificaciones a través de los años.

En 2012, una de las encuestas anuales de la Universidad de Queen Mary, en Londres, resaltaba que el método de nominación de árbitros que los usuarios del arbitraje internacional privilegiaban era el de la nominación unilateral, por cada parte de un árbitro, y una selección del presidente del tribunal por acuerdo de las partes. [6] Esta metodología, que puede considerarse como clásica, sigue siendo considerada por muchos como el método por defecto de constitución de un tribunal arbitral. Si bien el método es aparentemente sencillo, en la práctica conlleva varios matices que pueden afectar significativamente el proceso de selección de árbitros.

En *primer lugar*, en lo que respecta a la selección de coárbitros, el 76% de los participantes a la encuesta de la universidad de Queen Mary en 2012 favorecía un nombramiento libre y directo por cada una de las partes. A la hora de seleccionar un coárbitro, es esencial llevar a cabo un proceso de diligencia previa que permita, ya no garantizar, pero sí orientar acerca de la idoneidad de un perfil para dirimir una disputa determinada. Las partes y sus abogados suelen revisar actuaciones previas, publicaciones, idiomas y diplomas, así como impresiones compartidas por otros profesionales del sector. También es habitual que la parte o sus abogados entren en contacto con el potencial coárbitro para verificar su independencia, imparcialidad, disponibilidad e interés para ser designado. Este contacto se realiza generalmente por escrito y se limita a intercambiar la información necesaria para efectuar estas verificaciones.

[5] A. Redfern, J.M. Hunter, N. Blackaby, C. Partasides, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford University Press, 2009, pág. 249.

[6] Universidad de Queen Mary, encuesta de 2012.

Ciertas prácticas incluyen una etapa adicional en sus diligencias previas al nombramiento de un coárbitro: la entrevista del candidato. En la encuesta de Queen Mary del 2012, solamente el 12% de los participantes consideraba que era inapropiado entrevistar a candidatos a ejercer de coárbitro antes de su nombramiento, y lo hicieron principalmente con motivo de los temas que podrían ser abordados en la entrevista, no por el mero hecho de intercambiar con un candidato. La dificultad a la hora de determinar si este tipo de entrevistas previas a la designación de un árbitro son apropiadas es precisamente la falta de consenso respecto de los temas abordados entre una parte y el potencial coárbitro. Todo intercambio verbal y exento de control, en presencia de únicamente una de las partes a una disputa, puede legítimamente considerarse como una zona gris y una potencial fuente de incidentes. La legitimidad y credibilidad del proceso reposa en la confianza depositada en la ética de todos los participantes a este tipo de entrevista.

A finales de diciembre de 2023, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) publicó un “Código de Conducta [...] para Árbitros en la Solución de Controversias Internacionales Relativas a Inversiones”.^[7] Este código de conducta prevé, en su artículo 7, una prohibición de principio de las comunicaciones ex parte. Como excepción, los párrafos 2 y 3 del artículo 7 prevén lo siguiente:

1. Están permitidas las comunicaciones ex parte cuando un candidato entable una comunicación con una parte litigante que lo ha contactado en relación con la posibilidad de que sea nombrado como árbitro de los nombrados por una parte, a fin de determinar su pericia, experiencia, competencia, aptitudes y disponibilidad, y evaluar si existe la posibilidad de que haya conflictos de intereses.
2. Las comunicaciones ex parte, cuando se encuentren permitidas en virtud del presente artículo, **no podrán referirse, en ningún caso, a una cuestión procesal o sustantiva concerniente al proceso que se entable en relación con una controversia internacional relativa a inversiones ni a una cuestión que el candidato o árbitro pueda razonablemente prever que se plantearía en ese proceso. (énfasis añadido)**

El código de conducta de la CNUDMI es claro: durante las entrevistas previas a la designación de un árbitro, los participantes no podrán referirse a cuestiones procesales o sustantivas que interesen el arbitraje en cuestión. Esta prohibición enmarca eficientemente la descripción relativamente amplia de los temas que las partes pueden desear evaluar, es decir la “*pericia, experiencia, competencia, aptitudes y disponibilidad*” del potencial árbitro.

En *segundo lugar*, respecto de la selección del presidente del tribunal o del árbitro único, la encuesta de 2012 arrojaba los siguientes resultados: el 54% de los participantes prefería una selección por las partes, el 27% prefería una designación por la institución o autoridad encargada del nombramiento, y el 10% se decantaba por una selección de las partes dentro de una lista cerrada de candidatos.

Cabe resaltar que los intentos de acuerdo de las partes son, en la práctica, la mayor fuente de demora en la constitución del tribunal. Según el informe de la International Bar Association (IBA), las estadísticas de designación del presidente o la presidenta en disputas de inversión (según los procedimientos por defecto) muestran plazos altos: entre 30 y 45 días ante la CCI, entre 6 y 8 semanas en arbitrajes administrados por el CIADI, y entre 5 y 9 semanas en la Corte Permanente de Arbitraje, dependiendo del método de selección de presidente.^[8] Por orden de eficiencia, el sub-comité que analizó estos resultados consideró que la designación del presidente por la institución era la opción más rápida, seguida del nombramiento conjunto por los coárbitros, de los procedimientos de lista y notación, de sorteo y, por último, de los procedimientos de acuerdo entre las partes.

[7] CNUDMI - Código de Conducta de la CNUDMI para Árbitros en la Solución de Controversias Internacionales Relativas a Inversiones. A menos que “se encuentre permitido por el instrumento de consentimiento, el reglamento aplicable, un acuerdo de las partes litigantes o el párrafo 2”.

[8] BA Investment Arbitration Subcommittee Report 2025.

Se entiende por lo tanto que ediciones más recientes del estudio de la Universidad de Queen Mary reflejen una tendencia hacia la formalización y estandarización del proceso de constitución de tribunales arbitrales, con un énfasis importante en su eficiencia y transparencia.

Ya en la encuesta de 2021, centrada en cuestiones de diversidad de los árbitros seleccionados, los encuestados expresaron su interés en agilizar el proceso de constitución del tribunal con el objetivo de reducir tiempos. En la última edición, de 2025, la constitución del tribunal se percibe por los participantes a la encuesta como un momento crítico de demora, que requiere procesos más eficientes. De manera interesante, los participantes se mostraron receptivos a un involucramiento más importante de las instituciones en la selección de los árbitros. También consideraron que la constitución expedita del tribunal arbitral era una de las características más interesantes del proceso acelerado.

Estas estadísticas muestran que las partes desean agilizar el proceso de constitución del tribunal arbitral y que, para ellos, estarían dispuestas a delegar en instituciones la selección de uno o de varios de los árbitros.

II. Consideraciones prácticas en presencia de intereses públicos

En los últimos años, las cuestiones de interés público han ganado importancia en las disputas sometidas a arbitraje. Esta situación se observa especialmente en el arbitraje de inversión, ámbito en el que las consideraciones de interés público emergen naturalmente. También pueden surgir en disputas comerciales en las que una de las partes es una entidad pública, o en ciertas industrias como la salud o los recursos naturales.

En estas circunstancias, la selección de árbitros apropiados es fundamental.[9] En efecto, la constitución del tribunal no solo tendrá un impacto en la manera en la que el arbitraje se lleve a cabo, o en la que el tribunal resolverá la disputa. También puede ser uno de los elementos objeto de escrutinio por parte de órganos de control o por la opinión pública.

En este sentido, no es ilegítimo que se tomen en consideración, además de la competencia de los potenciales árbitros, la apariencia de neutralidad, la diversidad de los perfiles nombrados o su disponibilidad.

Este último criterio probablemente amerite mayor atención que la que actualmente recibe. En efecto, la gran mayoría de los reglamentos institucionales exigen que los árbitros, al aceptar su misión, certifiquen su disponibilidad para dedicar al arbitraje la atención y el tiempo que éste requiere.[10] Esta declaración se efectúa en el mismo formulario mediante el cual los árbitros certifican su independencia e imparcialidad. Sin embargo, en la práctica es habitual que las partes designen a árbitros con poca disponibilidad, con las consecuentes demoras y, en ciertas ocasiones, decepciones en cuanto a la calidad del proceso y del laudo.

En un contexto de mayor intervención de las instituciones en la selección de árbitros, se constatará una creciente responsabilidad de éstas respecto de la calidad y celeridad del proceso. En relación con la eficiencia del proceso, el rol de las instituciones será doble. En efecto, sería interesante poder constatar una agilización del trámite de constitución del tribunal cuando la institución participó en la selección del presidente o de todos los árbitros. Pero la celeridad del proceso arbitral también dependerá de la proactividad y disponibilidad de los árbitros nombrados por la institución.

[9] Encuesta de Queen Mary, 2025, en la que el 47% de los encuestados consideraban que la principal ventaja del arbitraje internacional para resolver disputas que relevan del interés público es la posibilidad de seleccionar árbitros con experiencia o conocimientos pertinentes.

[10] Reglamento CCI, Art. 11; Reglas CIADI, Regla 29; Reglamento CAIP, Art. 19.2.

III. Los requisitos de independencia e imparcialidad son idénticos en materia de arbitraje comercial y de inversión, pero los desafíos prácticos son distintos

La misión jurisdiccional del tribunal arbitral requiere que todos sus miembros sean y parezcan independientes e imparciales. Este requisito es imprescindible. En caso de que no lo fueran, todos los regímenes jurídicos prevén la anulación del subsiguiente laudo.[11] Afortunadamente, es poco frecuente que se den casos de prejuicios reales y directos, como lo serían casos de corrupción o de soborno. La noción que más debate genera está por ende ligada a la de apariencia de parcialidad o dependencia, más difícil de definir, pero que también justifica la revocación de los miembros del tribunal arbitral.

Las nociones de independencia e imparcialidad no son intercambiables. Generalmente se considera que hay dependencia cuando existe o ha existido una relación entre un árbitro y una parte o sus abogados. Por otro lado, la parcialidad nace en general del hecho de favorecer a una parte o de perjudicar a la otra debido al objeto del arbitraje. Debido a esta diferencia, se suele considerar que la independencia corresponde a un criterio objetivo mientras que la imparcialidad es un elemento subjetivo.[12]

Todos los reglamentos de arbitraje de las principales instituciones prevén una obligación de independencia e imparcialidad de los árbitros y, con el fin de controlar dicha obligación, exigen que cada árbitro revele cualquier circunstancia que pudiera ser relevante al respecto. Es fundamental que esta revelación sea completa.[13] Sin embargo, ninguno de estos reglamentos define claramente qué tipo de información debe ser revelada.

En 2024, la *International Bar Association (IBA)* publicó una actualización[14] de sus directrices relativas a los conflictos de interés en arbitraje internacional, con el fin de ofrecer pautas acerca de las circunstancias que deberían ser reveladas por los árbitros. Estas guías se presentan como buenas prácticas aplicables a todo tipo de arbitrajes internacionales. Se componen de dos partes principales. La primera es una exposición de principios generales, en la que se consagra la imparcialidad y la independencia de los árbitros como principio fundamental del arbitraje internacional y se recalca que esta obligación es continuada. Por lo tanto, la obligación de los árbitros de revelar circunstancias que podrían poner en tela de duda su independencia o imparcialidad no se limita al momento de la aceptación de la misión. La segunda parte es una serie de ilustraciones de qué tipos de relaciones pueden constituir un conflicto de interés, dividida en tres listas:

- La lista roja, que se compone del “listado rojo irrenunciable” y el “listado rojo renunciabile”, describe situaciones “*susceptibles de crear dudas justificadas sobre la imparcialidad e independencia del árbitro*”. [15] Las situaciones descritas en esta lista constituyen, desde el punto de vista de un tercero, un conflicto de interés. Algunas situaciones generan un conflicto tal que las partes no pueden renunciar a objetarlo. Sin embargo, algunas de estas circunstancias pueden ser renunciadas por las partes;

[11] S. Luttrell, *Bias challenges in International Commercial Arbitration: the Need for a Real Danger Test*, Kluwer Law International, pág. 7.

[12] J. Waincymer, *Procedure and Evidence in International Arbitration*, Kluwer Law International, 2012, pág. 294.

[13] Reglamento de arbitraje de la CNUDMI, 2021, artículo 11: “[c]uando se haga saber a una persona la posibilidad de que sea designada para actuar como árbitro, dicha persona deberá revelar toda circunstancia que pueda dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. A partir de su nombramiento y a lo largo de todo el procedimiento, todo árbitro revelará sin demora a las partes y a los demás árbitros tales circunstancias, salvo que ya les hubiere informado al respecto”; Reglamento de arbitraje de la CCI, 2021, artículo 11(2): “[a]ntes de su nombramiento o confirmación, la persona propuesta como árbitro debe suscribir una declaración de aceptación, disponibilidad, imparcialidad e independencia. La persona propuesta como árbitro debe dar a conocer por escrito a la Secretaría cualesquiera hechos o circunstancias susceptibles, desde el punto de vista de las partes, de poner en duda su independencia, así como cualquier circunstancia que pudiere dar lugar a dudas razonables sobre su imparcialidad. La Secretaría deberá comunicar por escrito dicha información a las partes y fijar un plazo para que éstas realicen sus comentarios”; Reglas de arbitraje CIADI, regla 6(2): “[e]n la primera sesión del Tribunal o antes, cada árbitro firmará una declaración cuyo texto será el siguiente: [...]Adjunto una declaración sobre (a) mi experiencia profesional, de negocios y otras relaciones (de haberlas) con las partes, tanto anteriores como actuales y (b) cualquier otra circunstancia por la que una parte pudiera cuestionar la confianza en mi imparcialidad de juicio”; Reglamento de arbitraje de la CAIP, artículo 19.2: “[e]l candidato a árbitro que acepte su misión firmará declaración de aceptación, disponibilidad, independencia e imparcialidad y dará a conocer, por escrito, todos los hechos y circunstancias que pudieren dar lugar, desde el punto de vista de un tercero que tenga razonablemente conocimiento de estos hechos y circunstancias, a legítimas dudas sobre su independencia e imparcialidad”.

[14] Las primeras directrices se publicaron en 2004, y una primera actualización se efectuó en 2014.

[15] Directrices de la IBA sobre conflicto de intereses, Parte II, ¶ 2.

- La lista naranja describe ejemplos de situaciones ambiguas, que podrían generar un conflicto de interés. Esta lista contempla ejemplos como el hecho de que el despacho al que pertenece uno de los árbitros represente a la contraparte de una de las partes en otro proceso; y
- La lista verde presenta casos que no comprometen la lealtad del proceso arbitral, en la que se incluyen los contactos entre miembros del tribunal arbitral o la participación, por el abogado de una de las partes y uno de los árbitros, a una misma organización profesional.

Pese a no ser obligatorias, los actores del arbitraje internacional han acogido favorablemente estas reglas de la IBA, y a menudo se refieren a ellas. El mérito de las directrices de la IBA sobre conflicto de intereses es el de crear un instrumento de *soft law* en el que los actores del arbitraje internacional pueden apoyarse para analizar la independencia e imparcialidad de los árbitros.

En la práctica, sin embargo, cada institución prevé su propio mecanismo o estándar de recusación de árbitros.

Siguiendo el precepto según el cual la apariencia de justicia es tan importante como el hecho de que ésta se imparta, la mayoría de los reglamentos de arbitraje aplican el estándar de las “dudas justificadas”. [16] En Francia, desde la sentencia Tecnimont, [17] emitida en el contexto de un laudo de arbitraje comercial, se considera que el mero hecho de no haber declarado cierta información puede generar una duda justificada acerca de la independencia o imparcialidad del árbitro.

El estándar de apreciación de la falta de imparcialidad o independencia en el marco del Convenio CIADI se distingue de todos los demás reglamentos de arbitraje por su exigencia. Consecuentemente, el estándar de recusación de árbitros es más alto que en arbitrajes administrados por otras instituciones. En efecto, el artículo 14(1) del Convenio CIADI prevé que los miembros de las listas de árbitros deben “inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio”. A su vez, el artículo 57 indica que las partes podrán recusar a aquellos árbitros que carezca manifiestamente de estas cualidades. El término “manifiesto” se ha interpretado por diversos tribunales arbitrales como “obvio o evidente”, lo cual impone una carga de la prueba especialmente elevada. [18] Si bien el CIADI no publica estadísticas oficiales sobre la tasa de éxito de las solicitudes de recusación, los observadores destacan a menudo una tasa inferior al 10%.

Es interesante analizar este alto umbral de recusación en paralelo con la dificultad de evaluar la imparcialidad de un árbitro respecto del objeto del arbitraje (*issue conflict*). Esta cuestión versa sobre alegaciones de que un árbitro está sesgado o indebidamente predispuesto a decidir de cierta manera ciertos aspectos significativos de un caso. En este tipo de circunstancias, la supuesta parcialidad del árbitro no concierne a las partes o sus abogados, sino al tema en disputa.

Las alegaciones de *issue conflict* son más frecuentes en arbitraje de inversión que en arbitraje comercial. No obstante, cabe resaltar que las disputas comerciales que involucran a partes estatales o públicas también pueden conllevar altos riesgos de sesgo de uno de los árbitros respecto de ciertas cuestiones centrales de la disputa. En efecto, las entidades públicas pueden verse confrontadas a varias disputas respecto del mismo tipo de contratos, de regulación, o de hechos. En estos casos, si bien los demandantes suelen ser entidades diferentes, es frecuente que estén representados por los mismos abogados y/o que designen a árbitros que ya fungieron de árbitros en casos relacionados. El riesgo de *issue conflict* es particularmente elevado en estas circunstancias.

[16] Ver por ejemplo el artículo 12(1) del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, 2021: “Un árbitro podrá ser recusado si existen circunstancias de tal naturaleza que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia”.

[17] Corte de Apelación de Reims, 2 de noviembre de 2011, Avax c. Sté Tecnimont, 10/02888.

[18] S. Luttrell, Bias challenges in International Commercial Arbitration: the Need for a Real Danger Test, Kluwer Law International, pág. 225.

De igual manera, la creciente preocupación por una mayor transparencia en disputas que involucran a entidades públicas es otro factor de riesgo de issue conflicto en arbitraje comercial. Este escrutinio público, además del carácter altamente político de ciertas controversias, podría afectar el razonamiento de los árbitros o incluso el laudo final.

En presencia de este tipo de dificultades, la recusación de un árbitro no siempre es una solución apropiada. Ante todo, porque la revocación es difícil de obtener y, estadísticamente, improbable. El hecho de provocar este tipo de incidente implica además costos adicionales y potenciales retrasos procesales. Consideración a la que se debe agregar el coste moral y de imagen de litigar ante un árbitro cuya revocación se ha solicitado y no se ha obtenido. Por ello, las partes deben evaluar cuidadosamente la conveniencia de iniciar un proceso de recusación, ponderando sus beneficios frente a los riesgos reputacionales.

En conclusión, la constitución del tribunal arbitral no se limita a un acto formal, sino que implica una serie de consideraciones que pueden determinar el éxito del procedimiento. Los factores estratégicos en la selección de árbitros son determinantes. El éxito formal del proceso de selección de árbitros depende en parte de la redacción de las cláusulas de arbitraje y de las reglas institucionales en las que las partes puedan apoyarse. Pero el elemento diferenciante será la identificación del o de los individuos idóneos para cada proceso.

[16] Ver por ejemplo el artículo 12(1) del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, 2021: "Un árbitro podrá ser recusado si existen circunstancias de tal naturaleza que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia".

[17] Corte de Apelación de Reims, 2 de noviembre de 2011, *Avax c. Sté Technimont*, 10/02888.

[18] S. Luttrell, *Bias challenges in International Commercial Arbitration: the Need for a Real Danger Test*, *Kluwer Law International*, pág. 225.

La Modernización del Arbitraje en Paraguay: Análisis y Aplicación Práctica de la Nueva Ley de Arbitraje

Abg. Jorge Bogarín Azuaga

Resumen

El presente artículo tiene como finalidad brindar un panorama general de las innovaciones contenidas en la nueva Ley n.º 7561, que moderniza la Ley n.º 1879/02 De Arbitraje y Mediación, la cual representa un hito en la legislación paraguaya. Actualmente, la nueva ley de arbitraje ya ha sido sancionada, quedando pendiente su promulgación.

La ley mencionada introduce modificaciones cuyo objetivo principal es adaptar la legislación arbitral a los más altos estándares internacionales en materia de arbitraje.

Uno de los principios sobre los cuales se basa esta nueva ley es el principio pro arbitro. La norma no sólo consagra dicho principio interpretativo de manera expresa, sino que, a lo largo de sus disposiciones, adopta una posición orientada a fortalecer el sistema arbitral de nuestro país priorizando la voluntad de las partes. Tal como se expresa en la exposición de motivos de la nueva ley de arbitraje, con las modificaciones introducidas se busca enmendar las deficiencias existentes en la legislación vigente, cuya identificación ha sido posible gracias a la práctica diaria en nuestro país a lo largo de los años.

Asimismo, se pretende posicionar a Paraguay como sede arbitral regional, creando un marco normativo moderno, sólido y flexible.

Palabras clave: arbitraje, modernización, legislación, pro arbitro.

Abstract

This article aims to provide an overview of the innovations contained in the new Law No. 7561, which modernizes Law No. 1879/02 on Arbitration and Mediation, representing a milestone in Paraguayan legislation. Currently, the new arbitration law has been passed, pending promulgation.

This law introduces modifications intended to align arbitration legislation with the highest international standards in the field.

One of the principles upon which this new law is based is the pro-arbitration principle. The law not only expressly enshrines this interpretative principle but also, throughout its provisions, adopts a position aimed at strengthening the arbitration system in our country.

As stated in the preamble to the new arbitration law, the modifications introduced seek to correct existing deficiencies in the current legislation, which have been identified through years of daily practice in our country.

Furthermore, the aim is to position Paraguay as a regional arbitration venue, creating a modern, solid and flexible regulatory framework.

Key words: arbitration, modernization, legislation, pro arbitro.

Introducción

Actualmente, el marco normativo que rige en materia arbitral en Paraguay se encuentra encabezado por la ley n.º 1879/02 De *Arbitraje y Mediación*, la cual constituye el principal cuerpo legal que regula los procedimientos arbitrales y de mediación. La referida ley se basa en la Ley Modelo de la CNUDMI de 1985, la cual fue revisada nuevamente en el año 2006, hecho no menor ya que ello evidencia la imperiosa necesidad de modernizar el marco normativo en materia arbitral en el Paraguay.

Es decir, la propia fuente de nuestra ley arbitral fue objeto de revisión y modificación a raíz de las exigencias de una sociedad moderna que requiere de mayor flexibilidad y certeza jurídica para la resolución de sus conflictos. Por tanto, resultaba más que necesario llevar a cabo la referida modernización de nuestra legislación arbitral a fin de colocarla al nivel de los más altos estándares internacionales.

La ley n.º 7561, (en adelante “nueva ley de arbitraje”) representa una gran contribución para la inversión extranjera en el Paraguay, ofreciendo un marco normativo moderno y adaptado a estándares internacionales, inevitablemente repercute en el atractivo de Paraguay como fuente de inversiones. Lo que se busca es ofrecer un marco normativo que fortalezca al arbitraje como mecanismo de resolución de disputas alternativo al Poder Judicial, fortaleciendo, además, la independencia del arbitraje con relación al Poder Judicial, evitando la injerencia del mismo con respecto a la revisión sustancial de laudos arbitrales.

Si bien, la ley de arbitraje nacional contiene rasgos modernos y representó, en su momento, un tremendo avance hacia la dirección correcta, en la práctica arbitral se han visto diversas lagunas legales y falencias que necesitaban innegablemente de un marco normativo que las atiende y colabore a su eliminación. Es allí, donde el referido proyecto de ley de modernización entra en juego. Dicha ley no sólo adopta disposiciones modernas en materia arbitral, sino que, además, fue elaborada en base a la problemática actual existente en la práctica diaria en nuestro país.

De igual manera, la nueva ley de arbitraje refuerza la cooperación con el Poder Judicial, definiendo con exactitud las competencias de los tribunales y actualizando las normas sobre anulación y ejecución de laudos nacionales y extranjeros.

Por último, debe mencionarse que la nueva ley de arbitraje sólo deroga las disposiciones relativa al arbitraje contenidas en la ley n.º 1879/02, no así el **Título II De la Mediación** (artículos 53 al 67). Asimismo, a partir de la entrada en vigencia de la nueva ley de arbitraje, la anterior ley será denominada simplemente como De Mediación.

Instrumento de modernización e innovación

La nueva ley de arbitraje representa un instrumento normativo innovador que adecua la legislación arbitral paraguaya a los más altos estándares de arbitraje internacional, consolidando a Paraguay como un candidato serio para ser una sede de arbitraje internacional a nivel regional, atrayendo inversores extranjeros y fortaleciendo el sistema jurídico de Paraguay.

Así como lo menciona, la exposición de motivos presentada por la Presidencia de la República^[1], la ley de modernización se basa en **tres pilares fundamentales**:

[1] Exposición de Motivos de la Presidencia de la República.

1. Modernización e innovación de los criterios legales que rigen el arbitraje.
2. Adecuada protección de la actividad arbitral, sus principios fundamentales y de su devenir jurídico-procesal.
3. Optimización y mayor armonía de la actividad judicial en sus puntos de contacto con el arbitraje.

El presente artículo no analizará cada una de las modificaciones introducidas a través de la nueva Ley, sino más bien se enfocará en determinadas modificaciones que tendrán un impacto sustancial en la práctica arbitral de Paraguay.

Entre las modificaciones introducidas por la referida ley de modernización se encuentran: ampliación de la arbitrabilidad de disputas, delimitación de los efectos de la declaración de nulidad de laudo arbitral, interrupción de la prescripción, figura de la reconsideración, renuncia al arbitraje, inclusión de partes no signatarias, entre otras.

Arbitrabilidad

Como ya fue mencionado, la nueva ley de arbitraje contiene innovaciones sustanciales con relación a qué tipo de cuestiones son susceptibles de ser sometidas a arbitraje.

En este sentido, primeramente, debemos partir de lo que dispone la ley de arbitraje vigente, en materia de arbitrabilidad.

En el art. 1 de la ley n.º 1879/02 se encuentra regulado aquello susceptible de ser sometido a arbitraje. Específicamente, la cuestión a ser sometida a arbitraje debe necesariamente: a) ser transigible; b) de contenido patrimonial; c) no debe existir sentencia firme y ejecutoriada al respecto; d) no debe requerir la intervención del Ministerio Público.

Con el texto de la nueva Ley se mantiene la prohibición de someter a arbitraje las cuestiones vinculadas con las relaciones laborales individuales; sin embargo, se elimina el condicionante relativo a la no intervención del Ministerio Público, lo cual, a su vez, permite la inclusión del arbitraje sucesorio. Al respecto, el art. 3 regula el arbitraje sucesorio en los siguientes términos:

Podrán también someterse a arbitraje las controversias que puedan surgir entre herederos, o entre ellos con los albaceas o legatarios, incluyendo las relativas al inventario, avalúo, administración y partición de la masa hereditaria, mediante una estipulación testamentaria. En este caso, sólo podrá estipularse un árbitro único, bajo pena de nulidad de la estipulación. Si el testador hubiese previsto el arbitraje sin individualizar la identidad del árbitro único, el mismo será designado por común acuerdo entre los sucesores; en caso de no arribarse a un acuerdo en el plazo de 60 (sesenta) días corridos a partir de la primera comunicación en tal sentido, la designación será hecha por el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial, a petición de cualquiera de los sucesores, en el plazo de 7 (siete) días hábiles. En estos supuestos, no será de aplicación la prohibición de dejar disposiciones testamentarias al arbitrio de un tercero, prevista en la última parte del artículo 2613 del Código Civil. (...)

Por tanto, se observa que el artículo referido determina los requisitos que deben cumplirse para someter a arbitraje las controversias que surjan entre herederos o entre ellos con legatarios o albaceas. Otros aspectos de notoria relevancia constituyen: el requisito de un tribunal arbitral unipersonal para resolver este tipo de cuestiones.

Asimismo, debe mencionarse la incorporación del arbitraje deportivo bajo el alcance de la nueva ley. En este sentido, el artículo 2, relativo al objeto de arbitraje, prevé la arbitrabilidad de disputas relativas a deportistas profesionales en los siguientes términos:

No obstante, podrán someterse a arbitraje las disputas relacionadas a deportistas profesionales, hasta tanto la Secretaría Nacional de Deportes no establezca y reglamente el procedimiento de arbitraje previsto en los artículos 44 y siguientes de la Ley N° 2874/2006 “DEL DEPORTE”.

Por otro lado, debe resaltarse la inclusión de una disposición relativa a la subsistencia de la cláusula arbitral en aquellos casos donde exista una resolución administrativa que resuelva o rescinda un contrato conteniendo una cláusula arbitral. Al respecto, el art. 2 dispone que:

En caso de que se hubiera dictado un acto administrativo declarando la resolución, rescisión o terminación del contrato por incumplimiento atribuido al contratista, proveedor o consultor o que el acto se refiera a una controversia o diferencia entre las partes sobre el cumplimiento, incumplimiento, interpretación del contrato o de sus cláusulas, y el contrato contemplará un acuerdo de arbitraje, la cuestión será sometida al tribunal arbitral con exclusión de la jurisdicción ordinaria, sea civil o contencioso-administrativa. El arbitraje que involucre a los Organismos y Entidades del Estado mencionados en este artículo será siempre de derecho y respetará el principio de publicidad.

La referida disposición reviste especial importancia ya que en la práctica diaria las partes tienden a ampararse bajo el argumento consistente en la inaplicabilidad de la cláusula arbitral en aquellos casos donde existe una resolución administrativa que resolvió o rescindió el contrato. Dicho argumento carece de validez legal alguna pero ello no impide que sea opuesta esta defensa por los contratistas, en su mayoría, en sede arbitral.

En este sentido, la nueva ley de arbitraje aporta certeza y claridad al dejar en claro que la jurisdicción arbitral prevalece sobre la jurisdicción ordinaria y la cláusula arbitral mantiene su eficacia y validez incluso en dichos supuestos.

Por último, debe mencionarse que la nueva Ley incluye el “arbitraje mixto”, al disponer en el art. 2 que Los Organismos y Entidades del Estado contemplados en el artículo 2° de la Ley N° 7278/2024 “QUE REGULA LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA DEL ESTADO”, y los que fueran posteriormente creados, así como las sociedades anónimas con participación accionaria del Estado, las municipalidades y las entidades binacionales, podrán someter a arbitraje sus contratos y sus diferencias con los particulares, salvo que la cuestión se rijá exclusivamente por el derecho público.

Al incorporar dicha disposición, se amplía notablemente el espectro de entidades estatales que se encuentran facultadas a suscribir acuerdos de arbitraje, tales como: municipalidades, sociedades anónimas con participación accionaria del Estado y entidades binacionales.

Principio “pro arbitrato”

Como ya fue mencionado, la nueva ley de arbitraje se basa en el principio interpretativo “pro arbitrato”. Dicho principio se encuentra consagrado en el art. 5°, en los siguientes términos:

Como principio general en la interpretación y aplicación de las disposiciones de la presente ley, en caso de duda, se estará a favor del arbitraje.

Las cuestiones relativas a las materias regidas por la presente ley que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en que se basa la presente ley y el arbitraje.

La incorporación de una disposición que reconoce expresamente el referido principio reviste suma importancia para la práctica arbitral en Paraguay, ya que tiene como finalidad de evitar que, al momento de surgir cuestiones relativas a la interpretación de la ley, los árbitros recurran a principios del derecho civil y, no a principios consagrados en el ámbito del arbitraje internacional[2].

Sobre todo, dicho principio cobra relevancia al momento de analizar la procedencia de la jurisdicción arbitral en aquellos casos donde se cuestiona la validez de cláusulas arbitrales patológicas. Es decir, el juzgador, en caso de duda, debe siempre interpretar la cláusula arbitral a favor del arbitraje.

Renuncia al arbitraje

La nueva ley de arbitraje incorpora la figura de “renuncia al arbitraje”, figura prevista en diversas legislaciones nacionales, las cuales constituyen la base de la actual redacción del art. 12, el cual dispone cuanto sigue:

Una vez pactado el arbitraje, la renuncia al arbitraje será válida sólo si se manifiesta en forma expresa o tácita.

Se considerará expresa la renuncia que conste en un documento suscrito por las partes, en documentos separados, mediante intercambio de documentos o cualquier otro medio de comunicación que deje constancia inequívoca de este acuerdo.

Se considerará tácita la renuncia cuando no se invoque la excepción de convenio arbitral en el plazo procesal correspondiente, o bien cuando se demande judicialmente pese a la existencia de un convenio arbitral. En ambos casos la renuncia se entenderá producida sólo respecto de las materias demandadas judicialmente.

El referido artículo prevé la posibilidad de renunciar al arbitraje de forma expresa o tácita, estableciendo los requisitos que deben cumplirse en cada caso. Asimismo, se deja en claro que la renuncia (tácita o expresa) tendrá efectos sólo con relación a las cuestiones demandadas judicialmente.

Figura de reconsideración

Otra disposición que aporta claridad al procedimiento arbitral consiste en la previsión de la figura de reconsideración. Al respecto, el art. 36 dispone:

Salvo pacto en contrario, las decisiones del tribunal arbitral, distintas a un laudo preliminar, parcial o final, podrán ser reconsideradas ante el mismo tribunal arbitral a iniciativa de una de las partes, o bien de oficio por parte del propio tribunal, por razones debidamente motivadas, dentro del plazo establecido por las partes, por el reglamento arbitral aplicable o por el tribunal arbitral.

A falta de determinación del plazo, la reconsideración deberá presentarse, o decidirse de oficio si así fuere el caso, dentro de los 3 (tres) días siguientes de notificada la decisión. El pedido de reconsideración no suspenderá la ejecución de la decisión.

Actualmente, la ley 1879/02 no prevé la figura de reconsideración y, por ello, en la práctica los tribunales arbitrales se amparan en el art. 8, el cual dispone un plazo de 5 días bajo la figura de “renuncia a objetar”. Con la introducción de esta nueva disposición se busca brindar claridad y seguridad al procedimiento arbitral, disponiendo que dicha interposición no suspenda la ejecución de la decisión a fin de evitar que las partes lo utilicen a fin de dilatar el proceso arbitral.

[2] Exposición de motivos de la ley n.º 7561, pág. 18.

Efecto interruptivo del requerimiento de arbitraje

En Paraguay, en la práctica diaria arbitral, a menudo, surge el debate acerca de cuestiones relativas a la prescripción de la acción y si debe tenerse por interrumpida la prescripción por la notificación del requerimiento o la demanda arbitral. En algunos casos, las partes erróneamente alegan que, haciendo analogía con lo dispuesto por el Código Civil [3], la prescripción se interrumpe con la notificación de la demanda arbitral.

En este punto, debemos tener presente que la legislación arbitral paraguaya actual no prevé la interrupción de la prescripción, a diferencia de la jurisdicción ordinaria. Si bien, el reglamento del CAMP dispone que todo procedimiento arbitral debe tenerse por iniciado con en la fecha en que el requerimiento de arbitraje es recibido por el Centro (art. 3 del Reglamento CAMP), no se regula expresamente la interrupción de la prescripción.

Como es sabido, en arbitraje tenemos por un lado el requerimiento de arbitraje y, por el otro, la demanda arbitral propiamente dicha. Con el requerimiento de arbitraje se pone a conocimiento de la contraparte la intención de dar inicio al arbitraje detallando en términos amplios la pretensión de la parte actora. Es decir, a efectos prácticos se da inicio al procedimiento arbitral y, es por ello que con la notificación del requerimiento es que debe tenerse por interrumpida la prescripción.

Resulta erróneo trasladar lo dispuesto por nuestro Código Civil a la jurisdicción arbitral. Existen casos donde las partes equiparan la demanda civil a la demanda arbitral. Sin embargo, todo arbitraje se tiene por iniciado con la presentación del requerimiento arbitral y, no así, con la demanda arbitral.

La nueva ley de arbitraje regula de manera expresa la interrupción de la prescripción, disponiendo cuanto sigue:

La notificación del requerimiento arbitral a la otra parte, o bien su presentación a la institución arbitral en caso de que se hubiere pactado la administración del arbitraje por parte de una institución arbitral, interrumpirá la prescripción de cualquier derecho o reclamo sobre la controversia que se propone someter a arbitraje, salvo que el tribunal arbitral no llegara a constituirse por motivos atribuibles al requirente.

Al respecto, tribunales arbitrales de nuestro país fallaron en consonancia con dicha línea argumentativa, como por ejemplo en el laudo arbitral n.º 1/2025 del 24 de junio de 2025 [4]:

En relación a la prescripción, si bien los hechos mencionados por el demandado son correctos, el mismo omite mencionar que, antes de la presentación de la demanda, el requerimiento arbitral fue notificado en fecha 27 de diciembre de 2023. De hecho, como consta en autos, el mismo demandado presentó una nota ante el CAMP al día siguiente.

En atención a que, según el artículo 24 de la Ley 1879/02, las actuaciones arbitrales respecto de una determinada controversia tendrán por iniciadas “en la fecha en que el demandado haya recibido el requerimiento de someter esa controversia a arbitraje”, consideramos que con esa actuación se tiene por interrumpida la prescripción de la acción.

[3] Ley n.º 1183/85, Código Civil del Paraguay. Art.647.- La prescripción se interrumpe: a) por demanda notificada al deudor, aunque ella haya sido entablada ante juez incompetente; b) por la presentación del título del crédito en juicio sucesorio o de convocación de acreedores; c) por cualquier acto inequívoco, judicial o extrajudicial, que importe reconocimiento del crédito por el deudor; y d) por el compromiso en escritura pública, conforme al cual las partes sujeten la cuestión dudosa o controvertida a juicio de árbitro o arbitradores.

[4] Laudo arbitral n.º 1/2025 del 24 de junio de 2025. Arbitraje n.º 020/2023 “Estado Paraguayo - Ministerio del Interior c/ M&R Ingeniería”.

Modernización de requisitos formales de la cláusula arbitral

Con relación a los requisitos formales del acuerdo de arbitraje, fueron incorporadas disposiciones que adecuan el marco normativo arbitral paraguayo a las exigencias de una sociedad moderna marcada por la tecnología y la flexibilidad comercial.

El artículo 11 de la nueva ley de arbitraje incorpora elementos modernos en armonía con el avance tecnológico característico de las transacciones comerciales actuales, en los siguientes términos:

El requisito de que un acuerdo de arbitraje conste por escrito se considerará cumplido con una comunicación electrónica si la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta. Por "comunicación electrónica" se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos. Por "mensaje de datos" se entenderá la información generada, enviada, recibida y/o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos, o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, la mensajería instantánea, el telegrama, el telefax u otros medios similares.

También se considerará que el acuerdo de arbitraje es escrito si las comunicaciones se realizaron de conformidad con las normas de la Ley N° 6822/2021 "DE LOS SERVICIOS DE CONFIANZA PARA LAS TRANSACCIONES ELECTRÓNICAS, DEL DOCUMENTO ELECTRÓNICO Y LOS DOCUMENTOS TRANSMISIBLES ELECTRÓNICOS" o la que la sustituya.

Como podrá notarse, se otorga validez a aquellas cláusulas arbitrales celebradas a través de documentos electrónicos, alineándose a lo dispuesto por la ley n.º 6822/21. Es decir, se abandona la postura formalista de la anterior ley y se apuesta por la flexibilidad comercial adoptada cada vez más por las partes en la actualidad.

Fortalecimiento de la independencia de los árbitros

A través del artículo 9, se refuerza la independencia de los árbitros y se limita la intervención judicial, la cual en algunos casos entorpece el procedimiento arbitral o funge de herramienta de dilatación del arbitraje. Esto no quiere decir que se intente menoscabar la labor de jueces ordinarios, sino más bien, se busca fortalecer la autoridad de los árbitros como juzgadores y precautelar el procedimiento arbitral ante posibles amenazas que entorpezcan o menoscaben la eficacia y eficiencia del arbitraje.

El referido artículo dispone que los tribunales ordinarios tienen expresamente vedado ordenar la suspensión de un proceso arbitral, sea por medida cautelar, por un juicio de amparo, incluyendo una medida de urgencia, o por cualquier otro tipo de medida judicial. Asimismo, ninguna actuación ni mandato, salvo los llevados adelante por el propio tribunal arbitral, podrá dejar sin efecto, cuestionar o revisar las decisiones del tribunal arbitral, con excepción del control judicial posterior previsto en los casos de los artículos 24, 52 y 61 de la presente ley.

Toda intervención judicial distinta, dirigida a ejercer un control de las funciones de los árbitros, a suspender el procedimiento arbitral o a interferir en las actuaciones arbitrales antes del laudo, será considerada causal de mal desempeño de funciones de la autoridad judicial.

Como se podrá notar, se incorpora, además, la posibilidad de considerar mal desempeño de funciones la intervención judicial que busque interferir negativamente en el procedimiento arbitral.

Extensión del acuerdo de arbitraje a partes no signatarias

Otra disposición de suma importancia consiste en la incorporación de la extensión de acuerdo de arbitraje a partes no signatarias, las cuales si bien no suscribieron dicho acuerdo, deben ser consideradas parte del acuerdo de arbitraje debido a que han prestado su consentimiento de manera implícita a través de su conducta. Tal incorporación se encuentra regulada en el artículo 13, el cual dispone cuanto sigue:

Excepcionalmente, y por decisión del tribunal arbitral, el acuerdo de arbitraje se extenderá a aquellos sujetos no signatarios cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se vea determinado por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución y/o terminación del contrato que comprende el acuerdo de arbitraje o al que el acuerdo esté relacionado. Se podrá extender, asimismo, excepcionalmente y por decisión del tribunal arbitral, a aquellos sujetos no signatarios cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se ve determinado por su intención de derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos.

En ambos casos, se considerará a los sujetos no signatarios como partes del acuerdo de arbitraje.

El referido artículo sienta las bases para determinar la procedencia de incorporar a una parte no signataria al arbitraje. Específicamente, el artículo menciona la importancia que deberá darse a la conducta de la parte y a su intención de beneficiarse a través del contrato, siempre teniendo presente el principio de la buena fé.

Debe mencionarse, además, que la referida disposición se encuentra en consonancia con el espíritu moderno y flexible de la nueva ley de arbitraje, ya que prioriza el consentimiento de las partes, abandonando requisitos formales como la firma.

En definitiva, los requisitos de aplicación de la figura de extensión del acuerdo arbitral son^[5]: a) consentimiento; b) buena fe; c) participación activa y determinante; d) negociación, celebración, ejecución y terminación del contrato; e) pretender derivar un beneficio del contrato.

Principio kompetenz-kompetenz

La nueva ley de arbitraje aporta nuevos elementos que complementan al anterior artículo 19 de la ley n.º 1879/02, el cual si bien regulaba la facultad de los árbitros para resolver cuestiones sobre su propia competencia (el reconocido principio kompetenz-kompetenz), se quedaba corto al momento de regular determinadas situaciones que se dan en la práctica en el marco de la objeción a la competencia de los árbitros.

Específicamente, el artículo 24 de la nueva ley de arbitraje regula distintos escenarios procesales, entre los cuales pueden citarse: a) la posibilidad de desestimar la objeción como cuestión previa; b) hacer lugar a la excepción como cuestión previa; c) admitir la excepción como cuestión previa respecto de determinadas materias.

Asimismo, debe traerse a colación una modificación esencial con respecto a la sustanciación de una excepción admitida como cuestión previa la cual se encuentra regulada en los siguientes términos:

Si el tribunal arbitral admite la excepción como cuestión previa respecto de determinadas materias, las actuaciones arbitrales continuarán respecto de las demás materias y la decisión solo podrá ser impugnada mediante la acción de anulación prevista en el artículo 52 de la presente ley luego de emitirse el laudo por el que se resuelve definitivamente la controversia.

[5] Exposición de motivos de la ley n.º 7561, pág. 24.

Si el tribunal arbitral admite la excepción como cuestión previa respecto de determinadas materias, las actuaciones arbitrales continuarán respecto de las demás materias y la decisión solo podrá ser impugnada mediante la acción de anulación prevista en el artículo 52 de la presente ley luego de emitirse el laudo por el que se resuelve definitivamente la controversia.

Ley aplicable ante el silencio de las partes

Un aporte de suma trascendencia a la práctica arbitral diaria consiste en la regulación de aquellos casos en los cuales las partes hayan omitido determinar de manera expresa la legislación aplicable. Dicha situación se ve a menudo en la práctica diaria las partes tienden a omitir la determinación de la *lex arbitri* aplicable al arbitraje. Dichas cláusulas se configuran dentro de las llamadas cláusulas patológicas, las cuales representan una “epidemia” en los arbitrajes estatales.

El artículo 41 dispone que el *Tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese estado y no a sus normas de conflicto de leyes.*

Si las partes no indicaran la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley que estime apropiada. (...)

El referido artículo tiene como finalidad brindar a los árbitros la facultad para determinar la *lex arbitri* aplicable ante el silencio de las partes.

Nulidad de laudos arbitrales

Con relación al recurso de nulidad la nueva ley de arbitraje incorpora significativas modificaciones a fin de otorgar mayor seguridad jurídica y claridad al procedimiento de anulación de un laudo arbitral. Específicamente, se reemplaza el término “recurso de nulidad” por “acción de anulación” y en el inciso g) del referido artículo se puede observar una notable adición a las causales de nulidad de un laudo arbitral, consistente en el dictado del laudo arbitral fuera del plazo fijado ya sea por las partes o por el reglamento respectivo. Específicamente, se prevé cuanto sigue:

g) Que la controversia ha sido decidida fuera del plazo pactado por las partes o el previsto en el reglamento arbitral aplicable, siempre y cuando las partes, o el reglamento respectivo, hubieran pactado o incluido expresamente a la extemporaneidad del laudo como una causal de nulidad, conforme lo previsto en el artículo 44 de la presente ley.

Asimismo, se regulan de manera expresa las consecuencias de la declaración de nulidad de un laudo arbitral, se modifica el plazo previsto para la contestación del traslado de la acción de nulidad y se modifican las causales de anulación en cuanto a su enumeración y tratamiento.

La nueva ley de arbitraje también prevé la figura de renuncia a la acción de anulación, siempre y cuando, se cumplan ciertos requisitos para su procedencia:

Cuando ninguna de las partes en el arbitraje sea de nacionalidad paraguaya o tenga su domicilio, residencia habitual o lugar de actividades principales en territorio paraguayo, las partes podrán pactar expresamente la renuncia a la acción de anulación o la limitación de dicha acción a una o más causales establecidas en el artículo 52 de la presente ley.

Dicho pacto deberá ser expreso e inequívoco y cumplir con los requisitos previstos para el acuerdo de arbitraje en el artículo 11 de la presente ley.

Reconocimiento y ejecución de laudos

Otro cambio notable es el régimen de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales, tanto nacionales como internacionales. La nueva ley de arbitraje distingue la ejecución de laudos arbitrales nacionales de los laudos internacionales. Como ya fue mencionado, se prevé que los laudos nacionales serán directamente ejecutables ante los Tribunales de Apelación en lo Civil y Comercial de la Capital, sin necesidad de solicitar su reconocimiento previo.

Por otro lado, los laudos arbitrales extranjeros deberán ser reconocidos previamente en sede judicial, antes de ser sometidos al procedimiento de ejecución previsto en el artículo 58 de la nueva ley de arbitraje.

Otras modificaciones de relevancia

Como ya fue mencionado, la nueva Ley de Arbitraje contiene un gran número de modificaciones que tienen como finalidad modernizar e innovar el marco jurídico arbitral de Paraguay, las cuales merecen ser destacadas.

En el **artículo 4** se incluye una disposición que dispone que las costas en el arbitraje comprendan los costos de representación y asistencia legal de la parte vencedora, a ser fijados por el tribunal arbitral.

En el **artículo 10** se delimita la competencia de los órganos jurisdiccionales en materia de colaboración y control judicial, de cierta manera unificando la competencia de los tribunales para entender cierto tipo de cuestiones. Por ejemplo, se unifica la competencia de los Tribunales de Apelación en lo Civil y Comercial de la Capital para entender en las acciones de nulidad de laudos arbitrales y el reconocimiento de laudos extranjeros.

El **artículo 15** prevé la posibilidad de nombrar como árbitro a una persona jurídica y por su parte el artículo 16 regula reglas de nombramiento de árbitros que garantizan la idoneidad, imparcialidad e independencia del árbitro.

El **artículo 23** incorpora la figura de la devolución de honorarios de los árbitros para aquellos casos de renuncia, remoción o la anulación del laudo.

El **artículo 25** introduce mejoras al sistema de medidas cautelares como la enunciación de aquellas medidas cautelares disponibles, la previsión de las medidas cautelares *ad causam*, entre otras.

El **artículo 44** incorpora la obligación de los árbitros de expedirse dentro de un plazo fijado por las partes, el reglamento arbitral o incluso por el mismo Tribunal.

El **artículo 69** incorpora ventajas migratorias para los árbitros extranjeros designados en arbitraje con sede en Paraguay.

Título: PROYECTO DE REGLAMENTACIÓN DEL ARTÍCULO 21 DE LA LEY N° 6837/2021 “QUE ESTABLECE LAS FUNCIONES Y ESTRUCTURA ORGÁNICA DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA”.

Title: DRAFT REGULATION OF ARTICLE 21 OF LAW No. 6837/2021 “ESTABLISHING THE FUNCTIONS AND ORGANIC STRUCTURE OF THE OFFICE OF THE ATTORNEY GENERAL OF THE REPUBLIC”.

Nombre de la Autora: Silvia Juana Santander Florentín, es abogada y notaria pública por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción. Magister en Planificación y Conducción Estratégica Nacional, por el Instituto de Altos Estudios Estratégicos del Consejo de Defensa Nacional de la República del Paraguay. Además, cuenta con una especialización en Gobernabilidad, Gerencia Política y Gestión Pública del Programade Posgrado la Universidad Columbia desarrollado con el apoyo de CAF – Banco de Desarrollo de América Latina- y la George Washington University de los Estados Unidos de Norteamérica y un diplomado en Derecho Administrativo con énfasis en Gestión Pública, organizado por la Secretaría de la Función Pública (SFP) e impartido por la Escuela de Administración de Negocios de Educación Superior (EDAN) de la Universidad del Cono Sur de las Américas (UCSA). Desde el año 2009, se desempeña como Procuradora Delegada de la Procuraduría General de la República.

Sumario

Introducción; 1. Acercamiento al problema; 2. Regulaciones legales en otros países de Sudamérica; 3. Análisis de la situación jurídica de la Procuraduría General de la República (PGR): competencia e importancia en la solución de conflictos de contenido patrimonial como representante del Estado paraguayo; 4. Propuesta de marco jurídico para el ejercicio de la facultad de gestión extrajudicial de la PGR; 5. Proyecto de normativa reglamentando artículo 21 de la Ley N° 6837/202; 6. Conclusión.

Resumen

Este trabajo parte de una aproximación del contexto actual regional y nacional y la utilidad de los medios alternativos de solución de conflictos como herramienta eficaz de acceso a la justicia, y más allá de esa finalidad primordial, también conlleva a la paz social.

Se busca como tema de debate, traer a la mesa de los distintos actores, incluidos los órganos de la Administración pública, encargados de programar y llevar adelante políticas públicas, y objetivos misionales buscando como primer camino la cooperación y fungiendo la Procuraduría General de la República (PGR) de mediador/conciliador/arbitro y de esta forma, ayudar a descomprimir el sobrecargado sistema judicial.

Es por demás ambicioso quizás, sin embargo, es un pequeño aporte, de presentar un proyecto de reglamentación, denotando la creciente e imperiosa necesidad de convertir a esta institución en un ente vanguardista deseosa de cumplir con su rol constitucional sin olvidar el aspecto humano que envuelven los conflictos, y que será involucrando a todos los actores en el compromiso de una solución pacífica, amigable, a través de uno de los mecanismos de solución de conflictos.

Este es un proyecto sencillo, pero siempre perfectible, dejando a consideración de colegas, profesores y catedráticos para que puedan opinar, criticar y sobre todo contribuir a este proyecto de reglamentación de una de las facultades asignadas a la PGR y en su carta orgánica, la reglamentación para el cumplimiento efectivo de la defensa judicial y extrajudicial de los intereses patrimoniales del Estado paraguayo sin dejar de lado aquellos derechos fundamentales.

Abstract

This work is born out of an approximation of the current regional and national context, and the usefulness of the alternative ways of problem-solving as an effective tool to access justice, and further than that primordial objective, it also means social peace.

This project looks forward to bringing to focus as a debate topic to all acting parts, including members of the Public Administration, in charge of programming and developing public policies, and missional goals, searching for a first route cooperation and having the Attorney's General Office of the Republic act as a mediator/conciliator/arbitrator, and this way, help decompress the overloaded Judicial System.

It is perhaps extremely ambitious, but nonetheless, it is a small contribution to present a regulation project, announcing the growing and imperious need to convert this institution into an entity of vanguard, eager to fulfill its constitutional role without forgetting the human aspects that surrounds conflicts, and that will involve all acting parts on the compromise of a pacific, friendly solution, through the conflict-solving mechanisms.

This is a simple project, but one that always looks for improvement, leaving room for colleagues, professors, and faculty members, to share their opinions, criticism, and overall contribute to this regulation project of one of the assigned faculties of the Attorney's General Office of the Republic in the National Constitution and on its organic chart the regulation for the effective fulfilment of the judicial and extra-judicial defense of the patrimonial interests of the Paraguayan State without leaving aside those fundamental rights.

Palabras clave: Medios alternativos de solución de conflictos – Paraguay – Administración Pública – Procuraduría General de la República – Gestión extrajudicial – Reglamentación - Solución de conflictos extrajudiciales.

Keywords: Alternative means of conflict resolution – Paraguay – Public Administration – Attorney General's Office – Extrajudicial Management – Regulation - Extrajudicial conflict resolution.

Introducción

Existe evidencia tangible en cuanto a las ventajas y beneficios que trae aparejada la adopción de medios alternativos de solución de conflictos, bajo cualquiera de sus formas: ya sea la mediación, la conciliación o el arbitraje.

En base a la experiencia y lecciones aprendidas que me fueron transmitidas en el desarrollo del curso, se podría considerar factible trasladar la aplicación de esta herramienta normativa eficiente y eficaz empleada en la República de Brasil, que lleva años de implementación y práctica, dentro de la Administración Pública de la República del Paraguay (Poder Ejecutivo).

Actualmente, en el Paraguay no existe un marco jurídico que establezca de manera explícita a la Procuraduría General de la República (PGR) proceder a la utilización de medios alternativos de resolución conflictos. El artículo 21 de la ley N.º 6.837/2021 "Que establece las funciones y estructura orgánica de la Procuraduría General de la República", otorga la facultad a la PGR de realizar gestiones extrajudiciales, pero este requiere de la reglamentación para establecer de manera clara y taxativa dicha posibilidad.

Por este motivo y como resultado final de este trabajo se pretende presentar un proyecto de normativa reglamentando la facultad de gestión extrajudicial de la Procuraduría General de la República que permita aplicar los mecanismos alternativos de solución de conflictos en la Administración Pública, la cual estaría reglamentada por Decreto del Poder Ejecutivo y supeditada siempre a toda divergencia con contenido patrimonial, delimitando además de las facultades y competencias a la Procuraduría General de la República, como así también la inoponibilidad en aquellas situaciones que involucren derechos fundamentales.

Ahora bien, la cuestión que se plantea no es insignificante ni sencilla, sino que pretende seguir un camino el cual debe iniciar identificando los problemas suscitados en la solución de conflictos por medio de la intervención del Poder Judicial de la República del Paraguay.

Por otra parte, resulta relevante conocer las legislaciones de otros países americanos sobre la aplicación de solución de conflictos en el ámbito del Derecho Administrativo.

Habiendo avanzado en esos pasos, resultado lógico, que se debe proceder a analizar la situación jurídica de la Procuraduría General de la República, que permita identificar y describir la competencia de esta institución y su papel significativo en la solución de conflictos con contenido patrimonial, sin perder de vista otros aspectos relevantes en la solución de conflictos como representante del Estado paraguayo.

Finalmente, habiendo realizado estos pasos propondremos un marco jurídico pertinente adecuando la facultad de gestión extrajudicial de la Procuraduría General de la República, la que buscará plasmarse en el proyecto de normativa final.

Con el planteamiento en cuestión, el Poder Ejecutivo de la República del Paraguay, decreto mediante, podrá por medio del órgano constitucional, Procuraduría General de la República, reducir o disminuir las controversias que lleguen Poder Judicial disminuyendo así el costo de cada proceso y disminuir la saturación casos y juicios esperando un impacto beneficio en la eficiencia de la gestión del poder judicial, sobre todo aquellos en los que interviene la Administración Pública y Administración Central, contribuyendo además en la reducción en la mora para la resolución de controversias así como la eliminación progresiva de obstáculos para el acceso efectivo a la justicia que reclaman los ciudadanos.

Metodología

Desde hace ya bastante tiempo, las publicaciones en revistas especializadas de artículos científicos fue destinado a la publicación de resultados y descubrimientos significativos y de gran importancia para la comunidad científica de algún área en específica del conocimiento.

Esto permite, de manera directa, la consideración y análisis de los propios colegas, así como la calidad de las propias publicaciones.

Desde então, nos campos acadêmicos ligados à pesquisa experimental, a forma típica de publicação acadêmica é o artigo científico e não os livros. Os artigos são um formato mais conciso, adaptado ao tamanho dos relatórios de pesquisa com objetos muito específicos e também ao fato de que se consolidou na comunidade acadêmica a percepção de que o peer review realizado pelas revistas científicas é uma exigência fundamental para garantir a qualidade da produção científica. [Os artigos no campo do direito[1]].

[1] COSTA, Alexandre y Ricardo Lins Horta. Os artigos no campo do direito. 2020

Las Ciencias Sociales, y en particular aquellas que usualmente no utilizan el método experimental, también fueron adoptando el mismo mecanismo de publicación de artículos con rigor científico a través de revistas especializadas, dando a conocer a la comunidad científica los avances y desarrollo intelectual en distintas áreas.

En cuanto al objeto de este trabajo, y la motivación de su investigación queda claro que uno de los elementos que lo ha propiciado es la praxis cotidiana en el ámbito del Derecho Administrativo y las dificultades que se suscitan en ese sentido[2], con un enfoque cualitativo ya que "...la investigación cualitativa se enfoca en comprender los fenómenos, explorándolos desde la perspectiva de los participantes en un ambiente natural y en relación con su contexto" (Hernández Sampieri, 2014).

Ahora bien, si bien por la particularidad del trabajo, se consideró un abordaje de tipo no experimental, con enfoque cualitativo-descriptivo centrado en el análisis de la situación y problemática singular de la República del Paraguay de acuerdo a las tareas y funciones desarrolladas por la Procuraduría General de la República, su formato de presentación es de artículo científico, con los elementos y características del tipo de investigación señalado[3], siguiendo la rigurosidad de un artículo científico puesto que "es importante realizar estudios científicos debido a que estos permiten construir conocimientos nuevos y resolver problemas prácticos y científicos (Tamayo2005)"[4]. Asimismo, se procedió a realizar de manera somera el estudio de la legislación comparada de otros países de la región y el empleo o utilización de las herramientas o medios alternativos de solución de conflictos en la administración pública.

Como consecuencia lógica de estos pasos[5], se procede a formular una propuesta normativa para la República del Paraguay, contemplando en la redacción de la misma aquellas facultades de gestión extrajudicial ya contenidas en la ley que establece la estructura y funciones de la PGR que permitan aplicar las soluciones alternativas de conflicto.

Desarrollo

1. Acercamiento al problema

En la práctica cotidiana en Paraguay, la Administración Pública somete a la competencia del Poder Judicial la solución de los conflictos jurídicos y administrativos que se suscitan, existiendo un gran número de ellos que podría concluirse con el empleo de las herramientas alternativas de resolución de conflictos que se encuentran a disposición.

El hecho de derivar la solución de problemas al Poder Judicial, conlleva como mínimo años de litigio, esfuerzo, dedicación, altos costos, y condenas que acumulan intereses al igual que honorarios profesionales, resultando al final en un daño patrimonial significativo a costa del erario público.

En este contexto, la Procuraduría General de la República es la institución con mandato constitucional para defender y representar al Estado paraguayo en asuntos de contenido patrimonial, que si bien fue creada con la promulgación de la Constitución vigente en el país en el año 1992; no fue hasta el año 2021 que recién contó con una ley que reglamentó sus funciones y estructura orgánica.

Con la mencionada disposición legal, se establecieron las principales normas para su funcionamiento con una estructura mínima y dejando a cargo del Poder Ejecutivo la reglamentación para su efectivo cumplimiento de la misión institucional, y entre ellas, en su artículo 21, se establece la facultad de la institución de realizar gestiones extrajudiciales.

[2] HERNADEZ SAMPIERI, Roberto. Metodología de la Investigación. 6ta. Edición. Mc Graw Hill. México: 2014. p. 22.

[3] HERNADEZ SAMPIERI, Roberto. Metodología de la Investigación. 6ta. Edición. Mc Graw Hill. México: 2014. p. 357.

[4] ARIAS GONZÁLES, José Luis. Metodología de la Investigación. 1era. Edición. Enfoque Consulting. Arequipa: 2021. p.9

[5] EDUARDO B ARRIBALZAGA. Consejos para redactar un artículo científico. En Rev. Chilena de Cirugía. Vol 57 - N° 2, abril 2005; pp. 175-177

Ahora bien, debido a que en Paraguay no existe un marco jurídico amplio que permita a la Procuraduría General de la República a proceder a la utilización de medios alternativos de resolución de conflictos según la facultad establecida en el citado artículo 21 de la ley N° 6837/2021, se torna necesario reglamentarla para establecer de manera clara y taxativa dicha posibilidad y potestad.

Esta reglamentación permitirá, que la institución pueda llevar adelante gestiones extrajudiciales tendientes a hacer efectiva la solución de conflictos por cualquiera de las herramientas o medios alternativos de solución de conflictos, más conocidos con las siglas MARC, de manera transparente y por sobre todo efectivo, sin descuidar el mandato constitucional de defender judicial y extrajudicialmente los intereses patrimoniales de toda la República.

Marco Teórico

Con la Constitución Nacional de 1992, en Paraguay se dio un nuevo contrato social que regula la convivencia de sus habitantes, creándose nuevas instituciones, entre las cuales se encuentra la Procuraduría General de la República, estableciendo sus deberes y atribuciones en el artículo 246, en los siguientes términos:

Son deberes y atribuciones del Procurador General de la República:

- 1) representar y defender, judicial o extrajudicialmente, los intereses patrimoniales de la República;*
- 2) dictaminar en los casos y con los efectos señalados en las leyes;*
- 3) asesorar jurídicamente a la Administración Pública en la forma que determine la Ley,*
- 4) los demás deberes y atribuciones que fije la Ley”.*

Bajo esta disposición constitucional la Procuraduría General de la República ha venido defendiendo los intereses patrimoniales del Estado, especialmente, en el ámbito jurisdiccional, interviniendo como parte dentro de los procesos judiciales con contenido patrimonial.

La praxis jurídica desarrollada durante años, ha permitido identificar que muchas de las situaciones problemáticas que se presentan, tanto jurídicas como administrativas, al someterse al Poder Judicial conlleva un tiempo considerable de litigio, costos de gestión y altas sumas de condena en contra del Estado.

Con el auge de la aplicación de los medios alternativos de solución de conflictos, sumado a la exitosa experiencia de la *Advocacia-Geral da União* aplicando dichos medios en las situaciones relacionadas a la administración pública se considera pertinente y adecuado elaborar una legislación que permita aplicar los citados mecanismos a la PGR.

Es importante señalar que, en el año 2021, se sancionó la ley N.º 6837/2021 “Que establece las funciones y estructura orgánica de la Procuraduría General de la República”, que en su artículo 21 establece:

Facultades de gestión extraprocesal. Como representante del Estado Paraguayo, la Procuraduría General de la República, antes de la promoción de una demanda o en cualquier estado del juicio, podrá mediar y gestionar la solución consensuada de las diferencias derivadas de relaciones jurídicas que afecten intereses patrimoniales de la República, justificando la conveniencia a favor del Estado, siempre que dichos asuntos sean susceptibles de transacción o conciliación. En estos casos, el Procurador General tendrá amplia facultad para acordar con la adversa sobre el monto o porcentaje a ser percibido en concepto de honorarios profesionales dentro de los límites previstos en las disposiciones legales vigentes. El ejercicio de estas gestiones extraprocesales, exige la participación activa de las instituciones públicas directamente vinculadas o comprometidas, que deberán solicitar expresamente la mediación y gestión de la Procuraduría General de la República, a fin de lograr soluciones consensuadas y amistosas. El Procurador General, informará a las

instituciones involucradas o comprometidas, sobre el alcance de las propuestas y condiciones generales del acuerdo propuesto, incluso plazos de cumplimiento y honorarios profesionales comprendidos, a fin de ser revisadas y estudiadas en conjunto. Una vez realizado el análisis de la propuesta de acuerdo, la institución pública involucrada y la Procuraduría General de la República, emitirán un dictamen aceptando o rechazando la propuesta.

Como se puede observar la citada disposición legal otorga a la Procuraduría General de la República, la facultad de realizar gestiones extrajudiciales; sin embargo, no establece de manera taxativa y concreta la posibilidad de someter las situaciones problemáticas de la administración pública a los medios alternativos de solución de conflictos.

En tal sentido, para redactar una propuesta normativa pertinente, además de considerar la mencionada experiencia de la Advocacia-Geral da União, también sería prudente hacer unas breves consideraciones sobre legislación comparada a nivel americano.

2. Regulaciones legales en otros países de América en relación a medios alternativos de resolución de conflictos (MARC's)

Al respecto de este punto, es pertinente aclarar que este apartado no se trata de un estudio pormenorizado acerca de las disposiciones legales vigentes en países de toda América en relación a medios alternativos de resolución de conflictos (MARC's), sino que intenta poner de manifiesto para quienes sea de interés, en este caso a las autoridades de la República del Paraguay, aquellas disposiciones que aplican países culturalmente similares, así como el ámbito en que mayormente son utilizados, ya que la propuesta de este trabajo versa sobre Derecho Administrativo.

Paraguay

En Paraguay se encuentra en vigencia la ley N° 1.879/2002 "De Arbitraje y Mediación". En cuanto al arbitraje éste, está destinado "...al arbitraje privado, nacional e internacional, sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados suscritos y ratificados por la República del Paraguay..."[6], mientras que la mediación se concibe como

...un mecanismo voluntario orientado a la resolución de conflictos, a través del cual dos o más personas gestionan por sí mismas la solución amistosa de sus diferencias, con la asistencia de un tercero neutral y calificado, denominado mediador...[7]

La ley vigente delimita los asuntos que podrán ser objeto de mediación a los que "... deriven de una relación contractual u otro tipo de relación jurídica, o se vinculen a ella, siempre que dichos asuntos sean susceptibles de transacción, conciliación o arbitraje" [8], mientras que en relación al arbitraje dispone que:

Toda cuestión transigible y de contenido patrimonial podrá ser sometida a arbitraje siempre que sobre la cuestión no hubiese recaído sentencia definitiva firme y ejecutoriada. No podrán ser objeto de arbitraje aquellas en las cuales se requiera la intervención del Ministerio Público. El Estado, las entidades descentralizadas, las autárquicas y las empresas públicas, así como las municipalidades, podrán someter al arbitraje sus diferencias con los particulares, sean nacionales o extranjeros, siempre que surjan de actos jurídicos o contratos regidos por el derecho privado[9].

[6] Artículo 1 de la ley N° 1879/2002 "De Arbitraje y Mediación".

[7] Artículo 53 de la ley N° 1879/2002 "De Arbitraje y Mediación".

[8] Artículo 54 de la ley N° 1879/2002 "De Arbitraje y Mediación".

[9] Artículo 2 de la ley N° 1879/2002 "De Arbitraje y Mediación".

Ahora bien, con la ley N° 7.021/2022 “De suministro y contrataciones públicas”, en su *Capítulo XI – Régimen de Solución de controversias* – se contemplan a los medios alternativos de solución de controversias al avenimiento, la mediación y el arbitraje dentro del ámbito de las contrataciones pública.

Por su parte el Decreto N° 9823 que reglamentó la citada ley, en su Capítulo VIII, también regula el régimen de solución de controversias.

Argentina

En este país, se encuentra en vigencia la ley N° 26.589/2010 “Mediación y Conciliación”, que establece con carácter obligatorio un proceso previo de mediación antes de la promoción de cualquier acción judicial[10], estableciéndose como excepciones los juicios universales, las garantías constitucionales, medidas cautelares, diligencias previas, los procesos de interdicción, procesos voluntarios y los conflictos de competencia de la justicia del trabajo[11].

Para el ámbito laboral, se encuentra vigente la ley N° 24.635/1996 “Procedimiento Laboral. Conciliación Obligatoria Previa. Modificación de la ley 18.345”, que regula

Los reclamos individuales y pluriindividuales que versen sobre conflictos de derecho de la competencia de la justicia nacional del trabajo, serán dirimidos con carácter obligatorio y previo a la demanda judicial, ante el organismo administrativo creado por el art. 4° de esta ley, el que dependerá del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social[12].

En cuanto al arbitraje, este es derivado a las disposiciones contenidas en el Código Civil y Comercial de la Nación y el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, definiéndolo como:

Artículo 1649 del Código Civil y Comercial de la Nación. Definición. Hay contrato de arbitraje cuando las partes deciden someter a la decisión de uno o más árbitros todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, de derecho privado en la que no se encuentre comprometido el orden público.

En cuanto al ámbito de aplicación, se dispone que solo pueden someterse a arbitraje las cuestiones que no puedan ser objeto de transacción[13].

Por último, en cuanto al arbitraje se debe mencionar la ley N° 27.449/2018 “Ley de Arbitraje Comercial Internacional”, que tal y como el nombre de la norma lo indica, establece las disposiciones aplicables al arbitraje comercial internacional, “...sin perjuicio de cualquier tratado multilateral o bilateral vigente en la República Argentina...”[14]

Brasil

En Brasil se encuentra vigente la ley N° 13.140/2015 “Ley de Mediación”, que en su artículo 1, define su alcance y establece su propia competencia:

[10] Artículo 1 de la ley N° 26589/2010 “Mediación y Conciliación”.

[11] Artículo 5 de la ley N° 26589/2010 “Mediación y Conciliación”.

[12] Artículo 1 de la ley N° 24635/1996 “Procedimiento Laboral. Conciliación Obligatoria Previa. Modificación de la ley 18.345”.

[13] Artículo 737 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

[14] Artículo 1 de la ley N° 27449/2018 “Ley de Arbitraje Comercial Internacional”.

Esta Ley dispone sobre la mediación como medio de solución de controversias entre particulares y sobre la autocomposición de conflictos en el ámbito de la administración pública.

Párrafo único. Se considera mediación la actividad técnica ejercida por tercero imparcial sin poder decisorio, que, escogido o aceptado por las partes, las auxilia y estimula a identificar o desarrollar soluciones consensuadas para la controversia.

En cuanto al arbitraje, rige la ley N° 9.307/1996 “Que dispone sobre el Arbitraje”, que establece como condición que todas las personas capaces de contratación pueden acogerse a este mecanismo[15], para resolver cuestiones relacionadas a los derechos patrimoniales disponibles, a través de una cláusula arbitral o un compromiso arbitral[16], que fue modificada por la ley 13.129/2015.

Asimismo, Brasil cuenta con la ley N° 9.469 de 10 de julio de 1997, que en su artículo 1° dispone:

Art. 1o O Advogado-Geral da União, diretamente ou mediante delegação, e os dirigentes máximos das empresas públicas federais, em conjunto com o dirigente estatutário da área afeta ao assunto, poderão autorizar a realização de acordos ou transações para prevenir ou terminar litígios, inclusive os judiciais.

De manera particular es pertinente señalar las siguientes disposiciones legales:

§ 4o Quando o litígio envolver valores superiores aos fixados em regulamento, o acordo ou a transação, sob pena de nulidade, dependerá de prévia e expressa autorização do Advogado-Geral da União e do Ministro de Estado a cuja área de competência estiver afeto o assunto, ou ainda do Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, de Tribunal ou Conselho, ou do Procurador-Geral da República, no caso de interesse dos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário ou do Ministério Público da União, excluídas as empresas públicas federais não dependentes, que necessitarão apenas de prévia e expressa autorização dos dirigentes de que trata o caput.

Art. 1o-A. O Advogado-Geral da União poderá dispensar a inscrição de crédito, autorizar o não ajuizamento de ações e a não-interposição de recursos, assim como o requerimento de extinção das ações em curso ou de desistência dos respectivos recursos judiciais, para cobrança de créditos da União e das autarquias e fundações públicas federais, observados os critérios de custos de administração e cobrança.

Finalmente, es conveniente mencionar el Decreto N° 12.091 del 03 de julio de 2024, “Institui a Rede Federal de Mediação e Negociação – Resolve”, que dispone:

En cuanto al arbitraje, este es derivado a las disposiciones contenidas en el Código Civil y Comercial de la Nación y el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, definiéndolo como:

Objeto e âmbito de aplicação

Art. 1º Fica instituída a Rede Federal de Mediação e Negociação – Resolve, destinada a organizar, promover e aperfeiçoar o uso da autocomposição de conflitos por meio da mediação e da negociação como ferramentas de gestão e de melhoria da execução de políticas públicas.

[15] Artículo 1 de la ley N° 9307/1996 “Que dispone sobre el Arbitraje”.

[16] Artículo 3 de la ley N° 9307/1996 “Que dispone sobre el Arbitraje”.

Parágrafo único. O disposto neste Decreto aplica-se às mediações e às negociações em que sejam partes os órgãos e as entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.

Mediação e negociação

Art. 2º Para fins do disposto neste Decreto, considera-se:

I - mediação - atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que auxilia e estimula a identificação ou o desenvolvimento de soluções consensuais para a controvérsia; e

II - negociação - técnica de solução de conflitos caracterizada pela busca da autocomposição mediante interlocução direta entre os envolvidos, sem qualquer intervenção de terceiro como auxiliar ou facilitador.

Objetivos

Art. 3º São objetivos da Resolve:

I - promover a atuação estratégica da administração pública federal nos procedimentos de mediação e negociação;

II - estimular a solução de conflitos por meio da mediação e da negociação, com vistas a:

a) prevenir e superar os entraves na execução de políticas públicas; e

b) reduzir a litigiosidade e diminuir o contencioso judicial e administrativo;

III - garantir a priorização, a celeridade e o desenvolvimento regular dos procedimentos de mediação;

IV - estabelecer a mediação e a negociação como políticas institucionais prioritárias de atuação dos órgãos contenciosos;

V - elaborar subsídios para que as unidades setoriais estabeleçam fluxos de trabalho adequados à autocomposição nos órgãos que atuam no contencioso;

VI - incentivar a criação e o fortalecimento de mecanismos institucionais de proteção à atuação do advogado público responsável por formalizar acordos, especialmente em cenário de indefinição jurídica;

VII - gerir informações provenientes dos procedimentos de mediação ou das atividades de negociação que possam ser utilizadas para elaboração de subsídios na formulação e na melhoria da execução de políticas públicas; e

VIII - promover ações de capacitação e disseminar conhecimentos relativos às técnicas de mediação e negociação, em conjunto com a Escola Superior da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal e com as demais escolas de governo.

Art. 4º A Resolve não interferirá no desempenho das atribuições dos órgãos ou das entidades que a compõem nem avocará suas competências institucionais.

Bolivia

La conciliación y el arbitraje se encuentran regulados en la ley N° 708/2015 “Ley de Conciliación y Arbitraje”, que en relación a su naturaleza y ámbito de aplicación establece:

Artículo 20. (NATURALEZA). La conciliación es un medio alternativo de solución de controversias al que las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales o extranjeras, acceden libre y voluntariamente, antes o durante un proceso judicial o arbitral, con la colaboración de una o un tercero imparcial denominado conciliador, que se ejercitará en el marco de la presente Ley

Artículo 21. (ÁMBITO MATERIAL). Se podrán someter a conciliación las controversias derivadas de relaciones jurídicas contractuales o extracontractuales, que puedan ser resueltas mediante la libre disposición de derechos y no contravengan el orden público

Artículo 39. (NATURALEZA). I. El arbitraje es un medio alternativo a la resolución judicial de las controversias entre las partes, sean estas personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales o extranjeras cuando éstas versen sobre temas que no estén prohibidos por la Constitución Política del Estado y la Ley, ante la o el Árbitro Único o Tribunal Arbitral, pudiendo ser un arbitraje institucional o arbitraje Ad Hoc. II. El arbitraje Ad Hoc es una modalidad arbitral no institucional, en el cual las partes establecen procedimientos, efectos, nombramiento de árbitros y cualquier otra cuestión relativa al proceso arbitral, en el marco de la presente Ley.

Chile

En cuanto a Chile, hay que mencionar que no tiene una disposición legal particular que regule la mediación y la conciliación, sin embargo, sí existen disposiciones legales que establecen la conciliación y mediación como medios alternativos de resolución de conflictos, pero dentro del ámbito de la familia, más concretamente nos referimos a la ley N° 19.968/2004 “Que crea los Tribunales de la Familia”.

En cuanto al arbitraje, cuenta con la ley N° 19.971/2004 “Arbitraje Comercial Internacional”, que aplica al arbitraje comercial internacional, “...sin perjuicio de cualquier tratado multilateral o bilateral vigente en Chile”. [17]

Perú

Por su parte en Perú, tienen la ley N° 26.872/1997 “Ley de Conciliación” y la ley N° 26572/1996 “Ley General de Arbitraje”.

Al respecto de la primera ley, la misma establece que las partes interesadas en acogerse a la Conciliación deben acudir a un Centro de Conciliación o al Juzgado de Paz Letrado. Este proceso tiene carácter obligatorio previo al inicio de determinados procesos, establecidos en el artículo 9° de la propia ley que dice:

Materias Conciliables. Son materia de Conciliación las pretensiones determinadas o determinables que versen sobre derechos disponibles de las partes. En asuntos relacionados al derecho de familia se someten al procedimiento establecido en la presente ley las pretensiones que versen sobre alimentos, régimen de visitas y violencia familiar. No se someten a Conciliación Extrajudicial las controversias sobre hechos que se refieran a la comisión de delitos o faltas, con excepción de las controversias relativas a la cuantía de la reparación civil derivada de la comisión de delitos, en cuanto ella no hubiera sido fijada por resolución judicial firme.

En cuanto a la segunda ley, sobre el proceso arbitral se dispone:

Artículo 1°. Disposición general. Pueden someterse a arbitraje las controversias determinadas o determinables sobre las cuales las partes tienen facultad de libre disposición, así como aquellas relativas a materia ambiental, pudiendo extinguirse respecto de ellas el proceso judicial existente o evitando el que podría promoverse; excepto: 1. Las que versan sobre el estado o la capacidad civil de las personas, ni las relativas a bienes o derechos de incapaces sin la previa autorización judicial. 2. Aquellas sobre las que ha recaído resolución judicial firme, salvo las consecuencias patrimoniales que surjan de su ejecución, en cuanto conciernan exclusivamente a las partes del proceso. 3. Las que interesan al orden público o que versan sobre delitos o faltas. Sin embargo, si podrá arbitrarse sobre la cuantía de la responsabilidad civil, en cuanto ella no hubiera sido fijada por resolución judicial firme. 4. Las directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado, o de personas o entidades de derecho público.

[17] Artículo 1 de la ley N° 19971/2004 “Arbitraje Comercial Internacional”.

Artículo 2º. Arbitraje del Estado. Pueden ser sometidas a arbitraje nacional, sin necesidad de autorización previa, las controversias derivadas de los contratos que el Estado Peruano y las personas de derecho público celebren con nacionales o extranjeros domiciliados, así como las que se refieren a sus bienes. Para los efectos de este Artículo, el Estado comprende el Gobierno Central, los Gobiernos Regionales y Locales y sus respectivas dependencias. Las empresas estatales de derecho privado o de economía mixta pueden acordar libremente y sin requisito de previa autorización que las controversias derivadas de los contratos que celebren con nacionales o extranjeros domiciliados o que se refieran a sus bienes, sean sometidos a arbitraje nacional.

Costa Rica

Por último, citamos a este país que traemos a colación en este trabajo, ya que contamos con compañeros representantes de este país, en el curso de *Pos-graduação Lato Sensu*.

En tal sentido, en este país existe una disposición legal que regula los MARC's, la ley N° 7.727/1997 "Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social", que en relación a los mecanismos alternativos de resolución de conflictos establece que pueden ser utilizados de manera libre y voluntaria en los asuntos patrimoniales[18].

Por otra parte, en cuanto al arbitraje, también está destinado a asuntos de orden patrimonial, debiendo hallarse convenida su utilización, por escrito entre las partes como requisito previo. Asimismo, establece que todo sujeto de Derecho Público, incluido el Estado, puede someter sus controversias al arbitraje[19].

Para el arbitraje comercial internacional se encuentra vigente la Ley N° 8.937/2011 "Ley Sobre Arbitraje Comercial Internacional basada en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)".

Con todo lo expuesto hasta este punto, se puede apreciar que la mayoría de las disposiciones legales de los países de nuestra región, con excepción de Brasil, no contemplan la aplicación de los MARC's dentro del Derecho Administrativo, si bien varios países contemplan que el Estado y sus organismos pueden acogerse al arbitraje, éste lo hace en sus relaciones con los particulares y no propiamente entre los propios organismos o entidades estatales.

En diciembre del año 2023 fue promulgada la ley N° 9.986 "Ley General de Contratación Pública" y el reciente Decreto del Poder Ejecutivo N° 43808, que reglamenta la ley citada, la que entro a regir desde abril de este año en sus artículos 294 al 305 introduciendo una profunda reforma al arbitraje en ese ámbito particular del Derecho Administrativo.

3. Análisis de la situación jurídica de la Procuraduría General de la República (PGR): competencia e importancia en la solución de conflictos de contenido patrimonial como representante del Estado paraguay

La Procuraduría General de la República es una institución que fue creada con la actual Constitución Nacional del año 1992, con solo tres artículos que hacen alusión a sus facultades y atribuciones.

Siendo precisos, la Constitución Nacional de 1992, le confirió a esta noble institución el mandato de defensa de los intereses patrimoniales del Estado en su artículo 246, en los siguientes términos:

[18] Artículo 2 de la ley N° 7727/1997 "Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social"

[19] Artículo 18 de la ley N° 7727/1997 "Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social"

Son deberes y atribuciones del Procurador General de la República:

- 1) representar y defender, judicial o extrajudicialmente, los intereses patrimoniales de la República;*
- 2) dictaminar en los casos y con los efectos señalados en las leyes;*
- 3) asesorar jurídicamente a la Administración Pública en la forma que determine la Ley, y*
- 4) los demás deberes y atribuciones que fije la Ley.*

Bajo esta disposición constitucional la Procuraduría General de la República, como ya lo señaláramos antes, ha venido ejerciendo sus funciones y defendiendo los intereses patrimoniales del Estado, especialmente, en el ámbito jurisdiccional, interviniendo como parte actora, demandada o tercero coadyuvante dentro de los procesos judiciales con contenido patrimonial, hasta diciembre del año 2021, que se logró el hito histórico de la promulgación de su carta orgánica.

Faltando apenas meses para cumplir 30 años de vigencia de la actual Constitución Nacional, en el año 2021, se sancionó la tan ansiada Ley N° 6.837/2021 “Que establece las funciones y estructura orgánica de la Procuraduría General de la República”, que brinda actualmente un marco legal a la estructura orgánica de la institución y define y establece las facultades y competencias en consonancia de la disposición constitucional transcrita pero de manera muy genérica, dejando la propia ley la necesidad de reglamentación por parte del Poder Ejecutivo, mediante decreto del mismo.

En este orden de ideas, resulta importante mencionar que la ley en cuestión determinó para la Procuraduría General de la República, tres tipos de intervenciones en los procesos judiciales, la representación necesaria, la representación facultativa y la representación en los procesos con intereses extrapatrimoniales, en los siguientes términos:

Artículo 18. Representación Necesaria.

La Procuraduría General de la República tendrá la representación e intervención necesaria del Estado y de los Organismos y Entidades de la Administración Pública que carecen de personalidad jurídica, en todas las acciones y procesos judiciales y extrajudiciales donde estuvieren comprometidos los intereses patrimoniales de la República. Para ello tendrá amplias e irrestrictas facultades de representación e intervención directas conforme a lo prescripto en la presente Ley.

No procederá la mencionada representación e intervención de la Procuraduría General de la República, cuando por Ley se las atribuya y asigne a otras instituciones o funcionarios públicos.

Artículo 19. Intervención facultativa.

Los Organismos y Entidades de la Administración Pública que cuenten con personería jurídica, así como también las sociedades anónimas en las que el Estado sea accionista mayoritario y las entidades binacionales, podrán solicitar y autorizar la representación e intervención de la Procuraduría General de la República como coadyuvante en todas las acciones y procesos judiciales y extrajudiciales en los cuales estuviere comprometido su patrimonio, subordinada a la naturaleza de las cuestiones, circunstancias fácticas y disposiciones legales especiales aplicables. La solicitud y autorización escrita de la máxima autoridad de la Administración Pública solicitante y la comunicación de la misma al Juez o Tribunal serán suficientes para conceder legitimación procesal a favor de la Procuraduría General de la República.

Artículo 20. Representación en los procesos con intereses extrapatrimoniales.

En todo proceso judicial o extrajudicial en el que se vean afectados intereses de índole extrapatrimonial del Estado y, en especial en juicios de amparo, la Procuraduría General de la República tendrá la representación e intervención ante la solicitud de la institución de la Administración Pública afectada, a fin de intervenir en los procesos correspondientes.

Así también, la ley 6837/2021, dispuso para la Procuraduría General de la República, la facultad de gestión extraprocesal en el artículo 21 de la misma, en los siguientes términos:

Facultades de gestión extraprocesal.

Como representante del Estado Paraguayo, la Procuraduría General de la República, antes de la promoción de una demanda o en cualquier estado del juicio, podrá mediar y gestionar la solución consensuada de las diferencias derivadas de relaciones jurídicas que afecten intereses patrimoniales de la República, justificando la conveniencia a favor del Estado, siempre que dichos asuntos sean susceptibles de transacción o conciliación. En estos casos, el Procurador General tendrá amplia facultad para acordar con la adversa sobre el monto o porcentaje a ser percibido en concepto de honorarios profesionales dentro de los límites previstos en las disposiciones legales vigentes. El ejercicio de estas gestiones extraprocesales, exige la participación activa de las instituciones públicas directamente vinculadas o comprometidas, que deberán solicitar expresamente la mediación y gestión de la Procuraduría General de la República, a fin de lograr soluciones consensuadas y amistosas. El Procurador General, informará a las instituciones involucradas o comprometidas, sobre el alcance de las propuestas y condiciones generales del acuerdo propuesto, incluso plazos de cumplimiento y honorarios profesionales comprendidos, a fin de ser revisadas y estudiadas en conjunto. Una vez realizado el análisis de la propuesta de acuerdo, la institución pública involucrada y la Procuraduría General de la República, emitirán un dictamen aceptando o rechazando la propuesta.

De los artículos legales transcriptos se desprende claramente la importancia de la PGR en la defensa de los intereses patrimoniales del Estado y su obligación de participar en todos los procesos, judiciales y extrajudiciales, definidos en la ley.

Con lo expuesto, queda de manifiesto el rol institucional preponderante, y que la alternativa que aquí se planteará, abarcará solo un aspecto del ámbito de trabajo de la institución.

Ahora bien, prestando particular importancia al artículo 21 de la Ley N° 6.837/2021, se puede observar que la citada disposición legal otorga a la PGR la facultad de realizar gestiones extrajudiciales; sin embargo, no establece de manera taxativa y concreta la posibilidad de someter las situaciones problemáticas o de conflicto de la Administración Pública a los medios alternativos de resolución de conflicto.

4. Propuesta de marco jurídico para el ejercicio de la facultad de gestión extrajudicial de la PGR.

Por lo expuesto, y en el marco de las disposiciones legales vigente, entendemos que bien podría la PGR, liderar y convertirse en un importante referente en la implementación de medios alternativos de resolución de conflictos, mediante una reglamentación a través de un Decreto del Poder Ejecutivo.

Para profundizar en la propuesta, se ha recurrido al análisis bibliográfico y documental a nivel internacional y posteriormente también se investigó a nivel local. Así tenemos, por ejemplo, sobre el tema, la posición de diversos autores renombrados:

- “PROCURADURÍA DE LA ADMINISTRACIÓN DIRECCIÓN DE INVESTIGACIÓN Y FORTALECIMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA” - Métodos Alternos de Resolución de Conflictos Procuraduría de la Administración de Panamá III Encuentro Resolución Pacífica de Conflictos Viña del Mar. Chile Panamá, septiembre-2004. En línea: <https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/4096/pan-proc-marc.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Medios alternativos de resolución de conflictos en derecho administrativo. Jesús del Olmo Alonso, 2004. Universidad de Alcalá. Departamento de Derecho Público. En línea: <http://hdl.handle.net/10017/2227>

- 25 anos da lei de Arbitragem (1996-2021). História, legislação, doutrina e jurisprudência. Arnaldo Wald e Selma Ferreira Lemes, coordenadores. São Paulo: Thompson Reuters, Brasil, 2021.
- SANTOS DE ARAGAO, Alexandre. A arbitragem no direito administrativo. En Revista AGU, Brasilia-DF, v. 16, n. 03, p. 19-58, jul./sep. 2017.

Bajo estas consideraciones, y teniendo presente la estructura y recursos materiales y humanos existentes en la Procuraduría General de la República se ha identificado la posibilidad inmediata de implementación de los mecanismos alternativos de resolución de controversias como la negociación directa, la mediación y la conciliación, ya que se entiende que la aplicación del arbitraje requiere una precisión normativa más particular, reconociendo que es un mecanismo sumamente significativo y de creciente importancia.

En cuanto a la formalidad del proyecto y el porqué de la adopción de un Decreto del Poder Ejecutivo, corresponde señalar que, si bien la PGR defiende los intereses patrimoniales del Estado, depende del Poder Ejecutivo de la República del Paraguay, debiendo este Poder del Estado, reglamentar la facultad de la PGR de aplicar los MARC's.

5. Proyecto de normativa reglamentando artículo 21 de la Ley N° 6837/2021

Como resultado del trabajo se propone el texto legal en formato de Decreto Oficial del Poder Ejecutivo, el cual obra en anexo a este trabajo.

6. Conclusión

Como conclusión, se considera que la intención de este curso, es el desarrollo de un espíritu objetivo y crítico de los profesionales del derecho, generando un espacio donde podamos contribuir a partir del debate e intercambio de ideas y conocimientos, generar aporte a la comunidad académica, a la sociedad, o un legado a nuestras instituciones y, pudiendo ser teórico, o bien sugerir acciones concretas que mejoren las condiciones del verdadero y efectivo acceso a la justicia, ya que ella es un derecho humano fundamental.

Desde que nacemos, vivimos en familia, interactuamos en sociedad, nos desenvolvemos como ciudadanos, ejercemos derechos y obligaciones, todo regulado por un orden jurídico, que permite la conveniencia pacífica.

La finalidad de la justicia, además de dar a cada uno lo suyo según ya lo sostenía "Ulpiano", es por sobre todo brindar seguridad, garantías en cuanto al acceso a la justicia y no menos importante, volver a la paz social.

En este sentido, el acceso a una justicia efectiva, rápida, etc., no solo puede concretarse a través del sistema judicial tradicional, sino también a través de algunos medios alternativos de resolución de conflictos, tal y como lo demuestran las experiencias de países de la región, que nos indican que se da un logro efectivo como ya lo vimos líneas más arriba.

Algunos aspectos Clave de estos Medios Alternativos de Resolución de Conflictos dentro de la legislación nacional, son:

- a) *Negociación directa*, sin intervención de ningún funcionario.
 - b) *Mediación*: Este proceso implica la intervención de un mediador neutral que ayuda a las partes a llegar a un acuerdo mutuamente aceptable. Es voluntario y confidencial, y se enfoca en mantener una relación positiva entre las partes.
 - c) *Conciliación*: Similar a la mediación, pero el conciliador puede proponer soluciones específicas para resolver el conflicto. Este método es común en disputas laborales y comerciales.
 - d) *Arbitraje*: En este caso, un árbitro o un panel de árbitros toma una decisión vinculante para las partes. Es más formal que la mediación y la conciliación, pero generalmente más rápido y flexible que un juicio.
-

Marco Legal

En el derecho positivo paraguayo, los MARC's están respaldados por diversas leyes y regulaciones que promueven su uso en la Administración Pública.

La Ley N° 1879/02 de Mediación y Arbitraje es una de las principales normativas que regulan estos mecanismos en el país. Esta ley establece los principios y procedimientos para la mediación y el arbitraje, y busca fomentar su uso para aliviar la carga de los tribunales y ofrecer soluciones más eficientes.

Beneficios

- Reducción de la sobrecarga y morosidad judicial: Al resolver conflictos fuera de los tribunales, se disminuye la congestión del sistema judicial.
- Celeridad: Los MARC suelen ser más rápidos que los procesos judiciales tradicionales.
- Costos Menores: Generalmente, estos métodos son menos onerosos o costosos que litigar en los tribunales.
- Confidencialidad: Los procesos de mediación y conciliación son confidenciales, lo que protege la privacidad de las partes involucradas.
- Respeto a los principios de economía procesal, transparencia en la rendición de cuentas y control.
- Participación de partes involucradas hace sostenible en el tiempo el cumplimiento de los acuerdos y convenios, celebrados utilizando los medios alternativos de resolución de conflictos.

Desafíos

A pesar de sus beneficios, la implementación de los MARC enfrenta desafíos como la necesidad de mayor capacitación para los mediadores y árbitros, y la resistencia cultural a resolver conflictos fuera del sistema judicial.

En este punto, considero de especial relevancia señalar que ese cambio cultural se verá impulsado muchas veces por la necesidad de obtener soluciones fuera del ámbito judicial, y en este sentido podríamos hacer una analogía a la conformidad en materia penal, ámbito donde muchas veces se un inocente opta por aceptar su responsabilidad ante la incertidumbre del resultado de una decisión final que puede llevar además de un desgaste por el tiempo que puede llegar a demorar, los costes del litigio así como otro elemento fundamental, el de daños a terceros.

Al decir de ya que en "...la realidad tenemos que la conformidad inocente viene impulsada por el miedo a una decisión final errónea del proceso, o a la excesiva duración del mismo y de los costes anudados a su pervivencia, o a generar daños en terceros, singularmente una pena superior a la que depararía una conformidad..." (LASCURAÍN SÁNCHEZ)

Referencias Bibliográficas

- ARIAS GONZÁLES, José Luis. Metodología de la Investigación. 1era. Edición. Enfoque Consulting. Arequipa: 2021.
- BOGARÍN AZUAGA, Jorge. 2023. Compendio Jurisprudencial Nacional en materia de arbitraje.
- EDUARDO B ARRIBALZAGA. Consejos para redactar un artículo científico. En Rev. Chilena de Cirugía. Vol. 57 – N.º 2, abril 2005; págs. 175-177.
- HERNADEZ SAMPIERI, Roberto. Metodología de la Investigación. 6ta. Edición. Mc Graw Hill. México: 2014.
- HOOKER, E. 1958 Psychological aspects of the mediation process.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio y Fernando Gascón Inchausti. ¿Por qué se conforman los inocentes? En Revista para el Análisis del Derecho INDRET. En línea: www.indret.com.
- LACASA, Pedro. La inoponibilidad en el Derecho de Contratos. En UC LAW Review 2024. pp. 93- 110.
- Manual de Mediación. Nociones para la resolución pacífica de los conflictos. Corte Suprema de Justicia de la República del Paraguay. División de Investigación, Legislación y Publicaciones del Centro Internacional de Estudios Judiciales. 1ra. Edición. Asunción- 2005.
- Medios alternativos de resolución de conflictos en derecho administrativo. Jesús del Olmo Alonso, 2004. Universidad de Alcalá. Departamento de Derecho Público. En línea:<http://hdl.handle.net/10017/2227>
- 25 anos da lei de Arbitragem (1996-2021). História, legislação, doutrina e jurisprudência. Arnaldo Wald e Selma Ferreira Lemes, coordenadores. São Paulo: Thompson Reuters, Brasil, 2021.
- PROCURADURÍA DE LA ADMINISTRACIÓN DIRECCIÓN DE INVESTIGACIÓN Y FORTALECIMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA” - Métodos Alternos de Resolución de Conflictos Procuraduría de la Administración de Panamá III Encuentro Resolución Pacífica de Conflictos Viña del Mar. Chile Panamá, septiembre-2004. En línea:<https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/4096/pan-proc-marc.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- SANTOS DE ARAGAO, Alexandre. A arbitragem no direito administrativo. En Revista AGU, Brasilia-DF, v. 16, n. 03, p. 19-58, jul./sep. 2017.
- STEVENS, C.M.: 1967 publicó Mediation and neutral.
- SIMKIN, W.E.: 1971 Mediation and the dynamics of collective bargaining.
- WESCHLER, I. 1950, The personal factor in labor mediation.
- WALTON, R.E. y McKersie, R. 1965 publicaron A behavioral theory of labor negotiations.

ANEXO

PROYECTO DE DECRETO

POR EL CUAL SE REGLAMENTA LAS FACULTADES DE LA PROCURADURIA GENERAL DE LA REPÚBLICA Y SE AUTORIZA DE MANERA EXPRESA LA IMPLEMENTACIÓN DE MEDIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN VIRTUD DEL ARTÍCULO 21 DE LA LEY 6837/2021 QUE ESTABLECE LAS FUNCIONES Y ESTRUCTURA ORGÁNICA DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA.

“Sesquicentenario de la Epopeya Nacional: 1864-1870”



Presidencia de la República del Paraguay

Decreto N° _____

POR EL CUAL SE REGLAMENTA LAS FACULTADES DE LA PROCURADURIA GENERAL DE LA REPÚBLICA Y SE AUTORIZA DE MANERA EXPRESA LA IMPLEMENTACIÓN DE MEDIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN VIRTUD DEL ARTÍCULO 21 DE LA LEY 6837/2021 QUE ESTABLECE LAS FUNCIONES Y ESTRUCTURA ORGÁNICA DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA.

Asunción, de _____ de 2025

VISTO: La presentación realizada por la Procuraduría General de la República (PGR) por medio de la cual solicita la reglamentación del artículo 21 de la ley N° 6837/2021; y

CONSIDERANDO: Que, la Constitución Nacional establece en su artículo 246, los deberes y obligaciones del Procurador General de la República, en los siguientes términos: «*Son deberes y atribuciones del Procurador General de la República: 1) representar y defender, judicial o extrajudicialmente, los intereses patrimoniales de la República; 2) dictaminar en los casos y con los efectos señalados en las leyes; 3) asesorar jurídicamente a la Administración Pública en la forma que determine la Ley, 4) los demás deberes y atribuciones que fije la Ley.*».

Que, la ley N° 6837/2021 «QUE ESTABLECE LAS FUNCIONES Y ESTRUCTURA ORGÁNICA DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA», dispone:

«**Artículo 1º. Objeto.** La presente Ley tiene por objeto establecer las normas relativas a la competencia, organización y funcionamiento de la Procuraduría General de la República del Paraguay, como organismo de carácter técnico-jurídico, consultivo, asesor de la Administración Pública, representante y litigante, instituido según las prescripciones del Artículo 246 de la Constitución Nacional».

«**Artículo 2º. Autonomía.** La Procuraduría General de la República tendrá autonomía funcional y administrativa para dictar sus normas reglamentarias internas en el ámbito de la competencia que la presente Ley y el Poder Ejecutivo establezca.
Tendrá autonomía para la administración de las partidas que se le asignen en la Ley del Presupuesto General de la Nación, así como de los ingresos propios previstos en la presente Ley y demás bienes que adquiera a cualquier título».

«**Artículo 21. Facultades de gestión extraprocésal.** Como representante del Estado Paraguayo, la Procuraduría General de la República, antes de la promoción de una demanda o en cualquier estado del juicio, podrá mediar y gestionar la solución consensuada de las diferencias derivadas de relaciones jurídicas que afecten intereses patrimoniales de la República, justificando la conveniencia a favor del Estado, siempre que dichos asuntos sean susceptibles de transacción o conciliación.
En estos casos, el Procurador General tendrá amplia facultad para acordar con la adversa sobre el monto o porcentaje a ser percibido en concepto de honorarios profesionales dentro de los límites previstos en las disposiciones legales vigentes.

«**Artículo 42. Reglamentación.** El Poder Ejecutivo reglamentará por decreto la presente Ley dentro del plazo de 180 (ciento ochenta) días».

Que, la Procuraduría General de la República ha identificado la necesidad de ejercer de manera efectiva su facultad de gestión extraprocésal, puesto que desde hace años la Administración Pública somete a la competencia del Poder Judicial la solución de los conflictos jurídicos y administrativos que se suscitan, lo que conlleva naturalmente muchos años de litigio, esfuerzo y dedicación, altos costos, y condenas que acumulan intereses al igual que generan honorarios profesionales, resultando al final en un daño patrimonial significativo mucho mayor que el originalmente previsto y todo ello, a costa del erario público.

En tal sentido, la PGR, ha propuesto la aplicación de medios alternativos de resolución de conflictos (MARC's), de manera a brindar soluciones jurídicas rápidas y eficaces a las controversias legales que se suscitan dentro del Derecho Administrativo, como parte de la facultad extraprocésal establecido en el artículo 21 de la ley N° 6837/2021.

POR TANTO, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales,

EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA DEL PARAGUAY

DECRETA:

- Art. 1°.** Regláméntese el artículo 21 de la ley N° 6837/2021 «QUE ESTABLECE LAS FUNCIONES Y ESTRUCTURA ORGÁNICA DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA».
- Art. 2°.** Autorízase expresamente a la Procuraduría General de la República a la implementación de medios alternativos de resolución de conflictos (MARC's), en la forma y los alcances establecidos en el presente Decreto.
- Art. 3°.** Designase al Ministro Procurador General de la República como responsable de la aplicación de las disposiciones contenidas en el presente Decreto.
- Art. 4°.** Facúltase a la Procuraduría General de la República, en el ámbito de sus competencias, a desarrollar y aprobar metodologías, procedimientos y sistemas para la elaboración de los Planes Estratégicos Institucionales, para la aplicación de los MARC's.
- Art. 5°.** Establécese la obligación de contar con la absoluta colaboración de todos los Organismo y Entidades del Estado en los procesos correspondientes a la implementación de los medios alternativos de resolución de conflictos, debiendo comunicar a la PGR en un plazo máximo de setenta y dos (72) horas las acciones o reclamos de contenido patrimonial presentados en las respectivas instituciones.
- Art. 6°.** Establécese que los MARC's también estarán disponibles para los organismos y entidades autárquicas y autónomas, así como para las empresas en que el Estado paraguayo sea accionista mayoritario.
- Art. 7°.** Encárguese a la PGR a disponer normas reglamentarias y/o complementarias a los efectos de la implementación de los procedimientos, mecanismos técnicos y operativos requeridos en este Decreto para dar efectivo cumplimiento al mismo, debiendo en todos los casos en que se llega a un acuerdo entre las partes, proceder a la homologación judicial del mismo.
- Art. 9°.** Autorízase a la PGR, a realizar las adecuaciones, ajustes necesarios dentro de estructura institucional mediante sus reglamentaciones para hacer efectivo el presente decreto en el menor tiempo posible, debiendo crear unidades especializadas o una coordinación, designando Procuradores Delegados y funcionarios administrativos, a la atención exclusiva de dicha dependencia.
- Art. 10°.** Establécese, bajo pena de nulidad, que los acuerdos celebrados por las instituciones que se acojan a los MARC's serán válidos únicamente con la participación de la PGR, salvo que exista autorización expresa por parte de esta institución.
- Art. 11°.** El presente Decreto será refrendado por el Ministerio del Interior.
- Art. 12°.** Comuníquese, publíquese e insértese en el Registro Oficial.



**PROCURADURÍA
GENERAL DE LA
REPÚBLICA**
PARAGUAY

www.alapla.org

