

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

PRINCIPIA

No. 9 - 2023



Principia

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



PRINCIPIA

No. 9-2023



Universidad Monteávila



CIERC

Centro de Investigación y Estudios para
la Resolución de Controversias

© **Principia. Revista del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias de la Universidad Monteávila**

Reservados todos los derechos

Principia No. 9-2023 / Diciembre 2023

Envío de convocatoria 08 de julio de 2023

Recepción de artículos 30 de noviembre de 2023

Los trabajos se evaluaron mediante arbitraje doble ciego

Hecho en Depósito de Ley: MI2020000591

ISSN-L: 2739-0055

ISSN: 2739-0055 (En línea)

ISSN: 2790-377X (Impresa)

Caracas, Venezuela

RIF Universidad Monteávila: J-30647247-9

Principia es una Revista de publicación bianual

Principia es una publicación de carácter científico, arbitrada, indexada, de frecuencia bianual, dedicada al estudio de los medios de resolución de controversias, que cuenta con una versión de acceso gratuito en la página web del CIERC, y con una edición impresa de tapa blanda, la cual es distribuida a través de imprentas de formato *on demand* y librerías jurídicas especializadas.

Principia es una revista jurídica exclusiva, en la que el Director de CIERC y el Consejo Editorial de Principia eligen a sus colaboradores en función de su experiencia y reputación y, por lo tanto, los invitan a escribir un artículo sobre la resolución alternativa de controversias. También es un proyecto sin fines de lucro, lo que significa que los autores publican sus artículos de forma gratuita.

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



Principia

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

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

cierc@uma.edu.ve

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

web: www.cierc.com

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

Fernando Sanquírigo Pittevil

Director del CIERC

Rodrigo Farías Díaz

Subdirector de Investigación

Adriana Vaamonde Marcano

Subdirector de Estudios

DIRECCIÓN EDITORIAL

Magdalena Maninat Lizarraga

Directora

Alejandro Ramírez Padrón

Subdirector Editorial

Carlos Carieles Bolet

Asistente del Consejo Editorial

Caterina Jordan Procopio

Coordinadora Consejo Editorial

Asesor de la Dirección Editorial

Diego Castagnino

CONSEJO EDITORIAL

Krystle Baptista Serna

Mario Bariona Grassi

Ricardo Chirinos

Ramón Escovar Alvarado

Rodrigo Farías Díaz

Carmine Pascuzzo S.

Harout Samra

Fernando Sanquírigo Pittevil

Carlos Soto Coaguila

Principia

Nota Editorial

¡Bienvenido a *Principia* No. 9!

Les presentamos la novena edición de Principia, que incluye una selección de artículos y una entrevista que abordan temas relevantes en el ámbito académico y profesional del arbitraje y la resolución de controversias.

En primer lugar, les presentamos una entrevista exclusiva al profesor Gilberto Guerrero-Rocca, quien comparte su visión actual sobre los desafíos y las oportunidades en la enseñanza en el campo del arbitraje y la resolución de disputas y su relación con el enfoque práctico.

En esta edición, resaltamos el trabajo del profesor Luis David Briceño Pérez, quien escribió “Un caso laboral presentado ante un juez extranjero: Los Acuerdos de elección de foro en Venezuela”. El autor examina cómo la Sala Político-Administrativa y la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia manejan un caso laboral con aspectos internacionales. Briceño Pérez discute conceptos como las cláusulas de elección de foro y la ausencia de normas de jurisdicción en materia laboral en su análisis. Además, critica la interpretación de la noción de orden público en la jurisprudencia y propone cómo se deben manejar los casos laborales que involucren un acuerdo de elección de foro.

En segundo lugar, en su artículo titulado “El reenvío del laudo a los árbitros por el juez de la anulación: una facultad poco utilizada”, el Dr. Roque J. Caivano examina una interesante herramienta en el ámbito arbitral. Aunque rara vez empleada en la práctica, esta facultad permite que el laudo sea remitido nuevamente al tribunal arbitral para su saneamiento, evitando así su anulación. A pesar de estar contemplada en la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI, su aplicación sigue siendo infrecuente. El autor plantea interrogantes sobre su uso.

Continuando con nuestra selección, el artículo “La influencia del *common law* y el derecho estadounidense en la práctica y reglas sobre evidencia testimonial en el arbitraje internacional”, escrito por Katie L. González y Bruno Doig-Gonzales-Otoya, examina la interacción entre el arbitraje internacional y las influencias de diferentes tradiciones jurídicas, especialmente la del *common law* y la práctica legal de los Estados

Unidos. Esta influencia es particularmente significativa en el ámbito de la evidencia testimonial, desde la producción de documentos hasta el *cross-examination* de testigos.

Por último, nos complace presentar el artículo “Arbitraje en Latinoamérica: Un recorrido por la región” de Edson Ovidio Lopez Ortiz y profesor Giuseppe Luigi Mazzocca Carrasquero que aborda el crecimiento innegable del arbitraje como medio alternativo de resolución en la región latinoamericana. Explora los desafíos, oportunidades y el alcance que esto puede tener para el desarrollo de la región. Además, revisa casos de arbitraje por defecto de ley en Latinoamérica y analiza el sistema dualista en algunas jurisdicciones, así como las oportunidades que los centros arbitrales tienen para su crecimiento. En resumen, el artículo destaca el potencial de crecimiento del arbitraje en la práctica regional.

Esperamos que esta novena edición de Principia, con su amplia gama de temas y enfoques, resulte sumamente interesante y útil para todos nuestros lectores. Extendemos nuestro agradecimiento a los autores por sus valiosas contribuciones, así como al equipo editorial de Principia, cuyo esfuerzo es fundamental para que esta publicación sea una realidad.

¡Nos vemos en el No. 10!

Magdalena Maninat Lizarraga
Directora Editorial de *Principia*

Contenido

Práctica del arbitraje y estudio del Derecho

Entrevista de la Dirección Editorial de Principia a Gilberto Guerrero Rocca

pág 1

Un caso laboral sometido al juez extranjero: Los Acuerdos de elección de foro en Venezuela

Luis David Briceño Pérez

Pág 11

El reenvío del laudo a los árbitros por el juez de la anulación: una facultad poco utilizada

Roque J. Caivano

pág 31

La influencia del common law y el derecho estadounidense en la práctica y reglas sobre evidencia testimonial en el arbitraje internacional

Katie L. Gonzalez y Bruno Doig-Gonzales-Otoya

pág 45

Arbitraje en Latinoamérica: Un recorrido por la región

Edson Ovidio López Ortiz y Giuseppe Luigi Mazzocca Carrasquero

pág 73

Normas Editoriales de Principia

pág 87

Práctica del arbitraje y estudio del Derecho

Entrevista de la Dirección Editorial de Principia a Gilberto Guerrero Rocca*

Principia No. 9–2023 pp. 1-9

1. Con una amplia experiencia en arbitraje comercial e inversión internacional, ¿podría compartir tres lecciones clave que haya aprendido a lo largo de su carrera y que considere esenciales para el éxito en el campo del arbitraje?

Mi carrera profesional comenzó en el arbitraje por casualidad. Tal y como normalmente suele ocurrir en otras ramas del Derecho.

En 1997 me gradué en la Universidad Católica Andrés Bello en Caracas, Venezuela, y casualmente en abril del año 1998 se dictó la ley de arbitraje comercial de Venezuela, que fue inspirada en la Ley Modelo CNUDMI de las Naciones Unidas. Tuve el privilegio de estar involucrado en uno de los primeros arbitrajes regido por esa Ley en el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas. Tenía apenas un año de graduado en el año

1998, y fue un caso en materia de arrendamientos inmobiliarios comerciales. Ese fue mi primer caso.

Eso despertó en mi la vocación e interés por el arbitraje y la materia de arrendamiento comercial. Ese fue el primer gran caso de mi vida y fue un arbitraje comercial. Destaco esto porque, a diferencia de las viejas generaciones, las nuevas han sido las que han podido seleccionar al arbitraje como área de estudio. A las viejas generaciones nos ha venido el arbitraje por circunstancias de la vida profesional.

En mi caso, afortunadamente, me vieron grandes oportunidades en materia de arbitraje comercial internacional y nacional, y en materia de arbitraje de inversiones. La vida profesional y académica cada día me fue encaminando por ese rumbo.

Tres lecciones. Antes que ser un “árbitro” o un profesional dedicado al ar-

* JSM, Stanford Law School (Dissertation, honors). Máster en Derecho de los Negocios, ICAM-Universidad Francisco de Vitoria (Madrid, España). Florida International University College of Law, Profesor y Director de la Maestría (Miami, Florida). Abogado (Summa Cum Laude) y Máster en Derecho Administrativo Universidad Católica Andrés Bello, UCAB (Caracas, Venezuela). Fundador y ex Jefe de la Cátedra de Arbitraje, UCAB (Caracas, Venezuela). ReedSmith LLP (Miami), Práctica de Arbitraje Internacional. Florida Bar, Certified Foreign Legal Consultant.

* Agradezco la invitación que me formula la revista “Principia del CIERC de la Universidad Monteávila.” Contesto esta entrevista con mucho entusiasmo en mi condición de abogado litigante exclusivamente en materia de arbitraje internacional comercial y de las inversiones, y como profesor universitario dedicado a esta rama del Derecho. Mis opiniones son estrictamente personales, y no comprometen a los clientes de ReedSmith LLP, ni tampoco al College of Law de FIU (Universidad Internacional de la Florida).

bitraje, se debe ser un buen abogado. Una buena formación inicial es fundamental para el ejercicio de la profesión legal en cualquier campo.

Contrario a lo que muchos recomiendan (en el mundo del arbitraje), yo sugiero que, en primer lugar, el abogado se especialice y domine un área sustantiva, es decir, por ejemplo, en materia de contratos comerciales, franquicias, infraestructura, arrendamiento, títulos valores, energía, aeronáutica, entre muchos campos.

Especializarse en derecho internacional de las inversiones es una alternativa también si el interés se vincula con este tipo de arbitraje. Sin duda, especializarse en el derecho internacional en general, allanará un mejor camino en el campo.

En mi caso particular, haber tenido una formación fuerte en derecho comercial y de los negocios me ha permitido desempeñarme exitosamente en el campo del arbitraje comercial y, de manera similar, una consolidada formación en derecho público me ha ofrecido un complemento formidable para mi practica en arbitraje de las inversiones extranjeras.

Con mucha frecuencia veo un interés desbordado (y también cultivado) de formación solamente en arbitraje. Se quiere ser “árbitro” o se quiere dedicar al “arbitraje,” pero se olvida que el arbitraje es una materia adjetiva.

Es la mejor versión posible de litigio. Es cierto, y por esa razón no es más que un proceso (al menos el arbitraje comercial). Entonces, para hacer arbitraje debemos primero ser un buen abogado, y para ser un buen abogado (y prestar mejores servicios a nuestros clientes) el abogado debe especializarse en un área sustantiva.

En segundo lugar, leer mucho y mantenerse actualizado. La investigación jurídica debe estar presente en nuestra labor cotidiana, como profesional. Cualquiera que sea el campo o rama.

En tercer lugar, se debe cultivar la sana técnica de la litigación. Desarrollar las habilidades y destrezas de una redacción jurídica apropiada y persuasiva, así como de una oralidad adecuada.

2. Además de su carrera como practicante, también es profesor y director del programa LL.M. en la Florida International University (FIU) ¿Cómo aplica su experiencia práctica en la enseñanza del arbitraje y qué aspectos específicos considera que sus estudiantes más valoran de su enfoque?

He tenido la suerte de haber obtenido una formación jurídica en varios países (Costa Rica, España, Estados Unidos y Venezuela), pero uno de los mayores impactos en mi formación y carrera profesional es la capacidad o habilidad que adquirí en mis estudios en Estados Unidos, porque me ofrecie-

ron una visión interdisciplinaria del derecho.

Una visión interdisciplinaria del derecho supone asistirse de áreas como la sociología y la economía para realizar investigación y análisis de los fenómenos jurídicos como investigador y como profesor, asistido por ejemplo de la sociología jurídica y el análisis económico del derecho. Incluso, esa misma visión interdisciplinaria tuvo un impacto positivo en el ejercicio cotidiano de mi profesión como abogado, pues me ha ofrecido las herramientas para entender mejor los negocios, los incentivos y los objetivos de mis clientes.

Afortunadamente, una visión más interdisciplinaria del derecho me ha llevado a realizar mejor investigación jurídica, a publicar mejor, y a lograr en mis conferencias y publicaciones una contribución más eficiente, productiva y realista, validada con data empírica.

Por ejemplo, uno no puede valorar o ponderar la efectividad de una ley si no ve la data en la implementación de esa ley. Uno no puede analizar el impacto de una jurisprudencia o reforma legal solamente limitándose al texto de la normativa y, de igual manera, no se puede analizar o fijar las estrategias de litigio, o las estrategias de negociación, si no se conoce el negocio en general, y si desconocemos los objetivos económicos y las fuerzas económicas

que están en el sector o industria en la que se envuelve nuestro cliente, y al tipo de negocio en que esta inmiscuido el contrato. Entonces, uno de los elementos que más valoran mis estudiantes en mis clases es la visión interdisciplinaria que les hago del derecho.

En este mismo particular, quiero compartir que desde siempre en mi carrera he usado dos sombreros. El sombrero académico (profesor universitario e investigador), y el sombrero de litigante. Eso me ha ayudado a maximizar los esfuerzos de investigación.

Cuando hago una publicación académica eso luego me ayuda a entender mejor los casos y viceversa.

Cuando me corresponde investigar para un caso concreto, esa investigación me expande la visión, y me alienta a realizar investigación jurídica académica bajo otro prisma, o bajo otro punto de vista. Eso es una bondad. La posibilidad que te permite maximizar si estás vinculado a la academia, al litigio y a la práctica profesional al mismo tiempo.

3. ¿Cómo aborda la incorporación de elementos prácticos en sus cursos?

En 2004, tuve el privilegio de fundar la Cátedra de Arbitraje en la UCAB (Venezuela) que inició como una materia electiva. Desde entonces, he aplicado métodos prácticos para vali-

dar y desarrollar los conocimientos de los estudiantes a través de casos prácticos y su preparación para competencias internacionales en materia de arbitraje comercial.

Actualmente, imparto dos cursos en el College of Law de la Universidad Internacional de la Florida (FIU).

El primero “International litigation,” que es una materia orientada a aportar a los estudiantes del Juris Doctor (carrera en derecho) y a los estudiantes del LL.M. (Maestría en Derecho) las herramientas vinculadas al litigio en derecho internacional, arbitraje de inversión, arbitraje comercial, obtención de prueba en Estados Unidos para ser usado en el extranjero, figuras o doctrinas americanas como el “Forum non conveniens”, o la inmunidad de jurisdicción para Estados y Entidades soberanas, así como la ejecución de laudos arbitrales internacionales. Una serie de elementos y herramientas que hacen al abogado estadounidense, o al abogado extranjero (que hace vida profesional en Estados Unidos), más familiarizado y preparado con la litigación internacional, incluyendo, por supuesto al arbitraje internacional.

Otro curso que imparto es “International Arbitration Moot Competition” orientada a la preparación para competencias internacionales como el “Moot Madrid” o el “Vis Moot” en Madrid, Viena y Hong Kong. Eviden-

temente se hacen análisis de casos prácticos, pero lo más importante es que los estudiantes adquieren las habilidades y destrezas que luego les servirán para la vida real como abogados envueltos en arbitrajes reales.

4. ¿Ha desarrollado métodos o herramientas específicas para evaluar y medir el progreso y el aprendizaje de sus estudiantes en el ámbito práctico del arbitraje?

En ambas materias tanto en “International litigation” como en “International arbitration Moot competition” los estudiantes desarrollan las habilidades y destrezas requeridas para llevar una disputa arbitral real. Eso lo adquieren durante su preparación para participar en estas competencias internacionales.

En este particular comparto con orgullo que los estudiantes (mis ex alumnos) tanto de la Universidad Católica Andrés Bello (en el pasado) como actualmente en el College of Law de la Universidad Internacional de la Florida (FIU), que han participado en estos cursos, han sido contratados en grandes firmas de abogados dedicados a la litigación Internacional y al arbitraje internacional, e incluso por contratados árbitros internacionales.

Hemos comprobado que la participación en estas competencias ha sido el factor decisivo en los procesos de reclutamiento. Si son candidatos atractivos por sus notas, su

desempeño, su perfil curricular, pero además ponen sobre la mesa su experiencia en estas competencias internacionales (lo cual queda validado durante las entrevistas, al contestar preguntas concretas vinculadas a esas habilidades y destrezas), los departamentos de reclutamiento, así como los socios se decantan por estos candidatos.

Incluso, acá en Estados Unidos es fundamental para un bufete internacional que el candidato posea esas mismas habilidades y destrezas en otro idioma (principalmente en castellano o francés), y haber participado en una competición como el Moot Madrid o Vis Moot, por ejemplo, que les sirve de validación.

5. Como entrenador del equipo para el Willem C. Vis Moot y Moot Madrid de la FIU, ¿cuál es su papel en la preparación de los estudiantes para estas competencias internacionales de arbitraje y qué impacto ha observado en su desarrollo profesional?

Mis ex alumnos que han participado en el Vis Moot en Viena o en Hong Kong o en Madrid, han podido obtener posiciones en grandes firmas porque ello ha sido un plus muy valorado en los procesos de selección y reclutamiento, porque valida y refleja el manejo o la adquisición de habilidades y destrezas en materia de arbitraje.

6. ¿Cómo prepara a los estudiantes para enfrentar los desafíos prácticos que surgen en esos escenarios competitivos? ¿Qué aspectos prácticos del arbitraje enfatiza durante su entrenamiento?

Evidentemente, hay varias técnicas que se aplican, pero una de las más importantes es la determinación de los “issues” o problemas del caso. Luego de determinar cuáles son los problemas del caso, se inicia un proceso de “research” o de investigación de esos “issues” y puedes aplicar métodos como el IRAC (Issue, Rule, Application, Conclusion) o el CREAC (Conclusion, Rule, Explanation, Application, Conclusion), que son métodos que se emplean para construir un argumento para dar respuesta a un problema concreto dentro de una competición, bien sea en el Vis Moot o en el Moot Madrid.

Otro elemento en que hacemos mucho énfasis durante la preparación en esas competiciones (que luego es una habilidad que perdura en los estudiantes como profesionales), es el dominio y conocimiento absoluto de todos los hechos del caso, así como del repertorio probatorio que se encuentra en el expediente.

Aprenden a tener un conocimiento de toda la situación fáctica. El tema del argumento jurídico, del precedente, es decir, la jurisprudencia o case law, los laudos o la sentencia, es muy

importante evidentemente, pero lo más relevante para ir a una audiencia oral y para construir el mejor argumento posible, es un vasto y absoluto conocimiento de los hechos y de la prueba del caso.

7. ¿Podría compartir alguna anécdota o experiencia que haya presenciado durante su participación en estas competencias y que haya dejado una impresión duradera en usted o en los estudiantes que entrenó?

En muchas oportunidades los comités organizadores de estas competencias redactan los casos inspirados en disputas reales. Me ha pasado varias veces que he tenido (después de una competición), un caso muy similar en la vida real y en mi práctica profesional o, al revés, he tenido casos en mi práctica profesional que luego, por algunas circunstancias, terminan siendo muy similares a los que se presentan en esas competencias.

8. Como parte del consejo asesor de “World Arbitration & Mediation Review” (WARM), ¿qué importancia le da a las publicaciones y revistas especializadas en el desarrollo y avance del arbitraje, y cómo cree que contribuyen al crecimiento de la comunidad arbitral?

Esta pregunta también está vinculada con la primera. La investigación jurídica cuando es interdisciplinaria, y es

capaz de ser original y realizar aportes concretos puede realizar contribuciones a la práctica profesional y al desarrollo del arbitraje.

Una investigación jurídica interdisciplinaria que se asista de investigación empírica puede no solamente validar sus conclusiones, sino también persuadir a un mayor número de lectores, asistirse de un análisis económico del derecho o de la sociología, va a permitir realizar una contribución académica y profesional más elevada.

Desafortunadamente, muchas facultades de derecho todavía en nuestros países de tradición de derecho continental, o de raíz romanogermánica postulan una investigación exegética y dogmática, sometida al texto de los cuerpos normativos.

Los nuevos retos de la profesión legal y de la Academia exigen una investigación asistida de las técnicas de la investigación empírica, pero además de contenido interdisciplinario, y ese es el enfoque que queremos en el Journal “World Arbitration & Mediation Review,” para ofrecer a nuestros lectores artículos y contribuciones académicas que tengan un impacto científico concreto, y ayuden no solamente a la investigación jurídica, sino también a la práctica profesional.

9. En el contexto actual de avances tecnológicos, ¿cómo considera que la tecnología ha impactado la

enseñanza del arbitraje? ¿Qué herramientas o recursos tecnológicos considera más útiles para mejorar el aprendizaje de los estudiantes en esta área?

Hoy por hoy, investigar derecho e investigar sobre fenómenos legales es muchísimo más fácil que hace años atrás. No solamente por la existencia de bases de datos digitales para hacer legal research o investigación legal de precedentes judiciales, sino también para obtener la mejor bibliografía posible sobre distintos problemas y fenómenos legales.

Inclusive, la tecnología ha llegado más allá y, por ejemplo, hay bases de datos que ahora usamos para determinar potenciales conflictos de interés entre árbitros, firmas, Estados, empresas, peritos; es decir, ya hay bases de datos para satisfacer cualquier demanda de conocimiento, no es solamente para la búsqueda de precedentes judiciales o de bibliografía sobre un tema, sino también hay bases de datos modernas que nos permiten facilitar la investigación diaria en el ejercicio cotidiano, o inclusive la estadística de la fluctuación de los precios de materias primas y de cualquier otra data para alimentar nuestros argumentos legales.

La información para preparar un caso o para preparar una opinión legal, es fundamental, y a nuestros estudiantes les ayudamos a utilizar todas las bases de datos que existen, particularmente

en materia de arbitraje de inversiones y arbitraje comercial.

10. ¿Qué principales retos considera que enfrentarán los profesores de arbitraje en el futuro y cómo cree que pueden abordarlos?

La respuesta depende mucho si estamos hablando de arbitraje comercial o arbitraje de las inversiones. En materia comercial, el crecimiento es indetenible pues cada día las partes, las empresas van a seguir seleccionando arbitraje en lugar de litigio ordinario, no así en materia de arbitraje de inversión, porque el arbitraje de inversión tiene que modernizarse en algunos aspectos y sigue estando sometido constantemente a críticas vinculadas a su legitimidad.

En primer lugar, si bien el arbitraje de inversiones seguirá por la senda de mayor transparencia, irónicamente, vemos a muchos Estados siendo re-nuentes a esta apertura.

En segundo lugar, la necesidad que existe de establecer las condiciones para permitir la incorporación de nuevas generaciones de árbitros. El abuso en la repetición de árbitros (especialmente los Estados), está degenerando el sistema, llevándolo a ser un mecanismo donde, en algunas ocasiones, ya se puede anticipar el resultado o desenlace de una disputa desde sus propios inicios, con solo leer el roster final de los integrantes de un panel o tribunal arbitral.

En tercer lugar, los Estados deben dotarse de la posibilidad de presentar contrademandas, o la posibilidad de iniciar reclamaciones directas contra inversionistas que hayan generado daños en el país receptor de la inversión.

Finalmente estoy en desacuerdo con la creación de tribunales permanentes de arbitraje de inversión, pero a veces pienso que elementos como la inseguridad jurídica (por ausencia de precedentes consolidados, o la existencia de laudos contradictorios), y el aumento del activismo o parcialidad marcada de algunos árbitros connotados (como “pro-Estado” o “pro-inversionista”), alimenta a quienes postulan esa alternativa. Incluso, ahora se observa el abuso en la emisión de votos salvados o disidentes para generar nuevas o futuras designaciones.

11. ¿Qué les diría a los estudiantes de derecho y abogados de hoy en día para motivarlos a realizar un posgrado en general, y por qué hacerlo en arbitraje?

Es importante que el abogado se especialice, independientemente del lugar o país donde se desempeña. Sin embargo, no es una respuesta fácil en lo relativo a la materia o campo del derecho a seleccionar.

Por ejemplo, yo ejerzo, enseño e investigo arbitraje comercial internacional y de las inversiones pero, por lo general, no recomiendo hacer una maestría en arbitraje en Estados Unidos.

Los estudios de cuarto nivel en el extranjero son costosos y suponen un alto esfuerzo de tiempo y dinero. La mejor elección depende de los objetivos y metas de cada abogado. No es igual el análisis estratégico de un abogado extranjero en Estados Unidos con fines migratorios, que aquel que de antemano desea regresar a su país de origen.

Hace algunos años la tendencia de las maestrías en derecho (LL.M. degree) en Estados Unidos se orientaba a la especialidad. Hoy por hoy, la tendencia mayoritaria (y la demanda impuesta por los estudiantes), se inclina por una maestría flexible donde el estudiante pueda escoger las materias de su interés, y que le garantice hacerse elegible para rendir el examen para ser admitido en el colegio de abogado de los Estados que lo permiten (i.e. examen de la barra) dentro de los Estados Unidos.

Los posgrados o maestrías (LL.M.), especializados han generado muchas frustraciones a estudiantes o abogados extranjeros, porque (a) no les garantizan trabajar en esa área (por ejemplo, no conozco más de 5 personas que habiendo estudiado una maestría en arbitraje, actualmente se dediquen al arbitraje); y (b) con el transcurso del tiempo han detectado que la carga curricular los ha privado de tomar un número mayor de cursos de derecho estadounidense, que son evaluados en los exámenes de la barra.

Un caso laboral sometido al juez extranjero: Los Acuerdos de elección de foro en Venezuela

Luis David Briceño Pérez*

Principia No. 9–2023 pp. 11-30

Resumen: El autor revisa el manejo de un caso con elementos de extranjería en materia laboral por la Sala Político-Administrativo y la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. En el análisis del caso, el autor comenta las nociones de jurisdicción, derecho aplicable y acuerdos de elección de foro, y como mayoritariamente en la práctica jurisprudencial venezolana, los tribunales han desconocido dichos acuerdos. Además, el autor cuestiona el tratamiento de la noción de orden público en la jurisprudencia, y como debe resolverse los casos laborales en los que exista un acuerdo de elección de foro.

Abstract: The author studies how the Political-Administrative and Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal of Justice handle a case with foreign elements in employment disputes. In analyzing the case, the author comment on the notions of jurisdiction, conflict of law, and choice-of-forum clauses, and how the case law in Venezuela, does not uphold those agreements. Moreover, the author discusses how the notion of public order is apply in the Venezuelan courts when there is an employment dispute with a choice-of-forum provision.

Palabras Claves: Jurisdicción | Derecho Aplicable | Acuerdo de elección de foro | Derecho Laboral

Keywords: Jurisdiction | Conflict of laws | Choice-of-forum clause | Employment law

* Abogado magna cum laude Universidad Central de Venezuela, Master's in business and Commercial law (LLM) Maurer School of Law Indiana University, Fulbright Scholar, y profesor de Derecho de la Universidad Central de Venezuela.

Sumario: I. Introducción, II. Breves consideraciones sobre las cláusulas de elección de foro, III. El problema: La ausencia de normas de jurisdicción en materia laboral, IV. Lo que no discuten las sentencias sobre acuerdos de elección de foro en materia laboral, V. Conclusiones

I. Introducción

El 14 de noviembre de 2019 fue interpuesta en el Circuito Judicial del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas una demanda por cobro de prestaciones sociales¹, otros conceptos laborales, daños y perjuicios en contra las sociedades mercantiles, Julius Baer Invest Ltd, Julius Baer Holding LTD, Bank Julius Baer & Co. Ltd., y Julius Baer Consultores, S.A., (las “demandadas”) las cuales, a criterio del extrabajador, eran miembros de un grupo económico (el caso “Krull vs. Julius Baer”).

El Tribunal 44² admitió la demanda y ordenó la notificación a las partes. En respuesta, la representación de Bank Julius Baer & Co., Ltd., opuso la falta de jurisdicción del poder judicial venezolano, en tanto que las partes habían acordado someter sus diferencias al juez extranjero. El 08 de enero de 2020, el Tribunal 44³ sostuvo que como quiera que algunas de las obligaciones laborales, serían ejecutadas en Venezuela, ésta tenía jurisdicción para conocer del caso basándose en el artículo 40 de la Ley de Derecho Internacional Privado.

El 14 de enero de 2020, el representante legal de una de las demandadas propuso la regulación de la jurisdicción de conformidad con el artículo 57 de la Ley de Derecho Internacional Privado y el artículo 62 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, argumentando que las partes habían celebrado un acuerdo de elección de foro para someterse a un juez extranjero.

La Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia (SPA/TSJ) rechazó el recurso de regulación de la jurisdicción³, afirmando la jurisdicción de Venezuela, toda vez que la demandada tiene su domicilio en Venezuela, y a los fines de salvaguardar el debido proceso.

Adicionalmente, la SPA/TSJ afirmó que los acuerdos de elección de foro en materia laboral es procedente, cuando las partes escogen *libremente* entre a) el lugar donde se prestó el servicio; ii) el lugar en el cual se puso fin la relación laboral; y, iii) el domicilio del demandado.

El 04 de agosto de 2023, la representación de Bank Julius Baer & Co., Ltd., solicitó la revisión constitucional del fallo emitido por la SPA/TSJ, alegando esencialmente que la SPA/TSJ violó el prin-

¹ La demanda fue estimada en USD 34.121.541,48, más los intereses de mora, e indexación que sean aplicables.

² El Tribunal Cuadragésimo Cuarto (Tribunal 44^o) de Primera Instancia de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas

³ Por medio de TSJ/SPA en la sentencia N° 00218 dictada el 7 de julio de 2022.

cipio de confianza legítima a desconocer criterios reiterados de la Sala Constitucional del TSJ (“SC”), sin embargo, el 30 de noviembre, la SC declaró no ha lugar la solicitud, afirmando que el fallo objeto de revisión estaba conforme a derecho. La SC además sostuvo que el fallo:

...[se] encuentra ajustado a derecho, en virtud que las leyes venezolanas en materia laboral son de orden público y territorial, especialmente en el presente caso, con ocasión a la prestación de servicio convenida en territorio venezolano, que de manera imperativa la legislación laboral venezolana se aplica a venezolanos y extranjeros, esto en tanto y en cuanto las relación jurídica derivada del contrato de trabajo suscrito entre Matthias Krull antes identificado, y la sociedad mercantil BANK JULIUS BAER & Co. LTD., las leyes venezolanas en términos sustantivos son las que deben regular las situaciones jurídicas derivadas de la relación laboral prevista en el referido contrato⁴.

Este caso representa una consolidación de una serie de criterios que han venido apareciendo aisladamente en el TSJ, y en algunos juzgados de instancia, que, debido a su manejo limitado y desordenado, ha generado incertidumbres y desaciertos en la resolución de casos con elementos de extranjería.

Este artículo analiza la procedencia de las cláusulas de elección de foro conforme al Derecho Venezolano, utilizando el caso⁵ como método de estudio.

II. Breves consideraciones sobre las cláusulas de elección de foro

A diferencia con la ampliamente ratificada Convención de Nueva York de 1958 sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, hasta hace poco no se disponía de un equivalente global para las sentencias ordinarias de tribunales civiles. Nos referimos, por supuesto, al Convenio de la Haya sobre acuerdos de elección de foro, vigente para México y la Unión Europea a partir del 1° de octubre de 2015.

Las preocupaciones al ejercicio de la jurisdicción sobre materias consideradas como reservadas⁶, y la garantía a la protección de los llamados débiles jurídicos, llevó a los redactores a excluir del Convenio de la Haya su aplicabilidad a materias como la laboral, seguro, consumo, etc⁷. Con lo cual, a lo que se refiere a la materia laboral, esta Convención no puede ser utilizada.

Lo anterior es un indicio de como ciertas materias sensibles, suelen excluirse en materia de jurisdicción y derecho aplicable.

⁴ TSJ/SC en la decisión N° 1676 caso: Julius Baer & Co, Ltd, de fecha 30 noviembre de 2023.

⁵ A los fines de este artículo, entendemos el caso, a la totalidad de las sentencias de SPA/TSJ, SC y de tribunales de instancia relacionados con la demanda interpuesta en contra las demandadas.

⁶ Por razones de orden público.

⁷ Art 2(1) y (2)(b)y (f) del Convenio de la Haya.

Pese a que no existe un instrumento similar y ampliamente reconocido como la Convención de Nueva York, en general, aceptan la doctrina y la práctica, que las partes están facultadas a someterse a la jurisdicción de los tribunales de un Estado que de otra forma no lo tendría, a los fines de resolver sus disputas actuales o potenciales.

Estos acuerdos pueden ser en forma de cláusulas insertas en un contrato principal, en cuyo caso se denomina cláusula de elección de foro, o un contrato autónomo, en cuyo caso se denomina contrato de elección de foro o acuerdo de sumisión⁸. Bien sea a través de una cláusula de elección de foro o a través de un acuerdo, se trata en ambos casos, de la expresión del principio de autonomía de las partes en el manejo de sus disputas, reconocida por el legislador moderno.

Entre nosotros, la sumisión está regulada por el Código de Derecho Internacional Privado de 1928 (Código de Bustamante)⁹ y la Ley de Derecho Internacional Privado (LDIP). El artículo 318 del Código Bustamante consagra para los litigios que dan origen al ejercicio de acciones civiles y mercantiles, como cri-

terio general atributivo de jurisdicción, a la sumisión expresa o táctica. El Código Bustamante requiere para la validez de la sumisión que una de las partes, por lo menos, sea nacional o tenga su domicilio en el Estado contratante al cual somete el conocimiento de controversias.

Ya para la época, Bustamante consideró que los particulares tienen derecho a elegir el juez competente en sus asuntos, por ser un principio generalmente aceptado en la doctrina y en el derecho positivo¹⁰. Este derecho, sin embargo, debería ser limitado a lo que Bustamante denominó “vínculo notorio entre el problema judicial planteado y la autoridad llamada a decidirlo” por respeto a la soberanía de cada Estado¹¹.

La LDIP en materia de acciones de contenido patrimonial, sean reales o personales, contempla la sumisión expresa, como criterio atributivo de jurisdicción, requiriendo solamente que conste por escrito¹².

El efecto del acuerdo de sumisión es que, salvo las limitaciones a los casos de jurisdicción exclusiva o foro de protección, éste tiene primacía sobre las demás nor-

⁸ La doctrina usa indistintamente las palabras acuerdos de elección de foro, cláusula de elección de foro, cláusula de sumisión, entre otros. Véase: Luis Ernesto Rodríguez, “Inderogabilidad convencional de la jurisdicción. Artículo 47”, en: *Ley de Derecho Internacional Privado comentada*, Tomo II (Caracas: Universidad Central de Venezuela, 2005), 1051-1052.

⁹ Ratificado por Venezuela en 1932 con 44 reservas especiales. Gaceta Oficial N° 17698 del 09 de abril de 1932.

¹⁰ Antonio Sánchez de Bustamante y Sirven, *Derecho Internacional Privado*, Tomo III, (La Habana: Habana Cultural, S.A., 1943), 86.

¹¹ Yaritza Pérez Pacheco, *La jurisdicción en el Derecho Internacional privado*, (Caracas: Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, 2008), 111.

¹² Artículo 44 Ley DIP.

mas de jurisdicción previstas en el ordenamiento jurídico en cuestión y, en especial, el demandado podrá hacerlo valer, incluso ante los tribunales de su propio domicilio los cuales deberán declinar su jurisdicción¹³.

La jurisprudencia ha entendido que los particulares pueden escoger el tribunal a cuyo conocimiento desean someter un asunto determinado, pero quedando plasmado en forma indubitable la voluntad de las partes de someter la controversia a una jurisdicción determinada¹⁴. En la doctrina, la sumisión ha sido considerada como expresión de la libertad contractual de las partes, quienes conocen mejor y son los más idóneos para determinar quién resolverá sus asuntos¹⁵.

Según sus efectos se distinguen dos tipos de cláusulas de elección de foro. Por un lado, existen las cláusulas de elección directa cuyo efecto es sustraer determinadas controversias de la jurisdicción directa de los tribunales de un Estado que de otra forma tendría el poder para conocer y decidir del caso. Se les denomina en la doctrina como el efecto negativo, excluyente o derogación¹⁶.

Por otra parte, se conocen como prórroga de la jurisdicción directa, como el

efecto positivo que consiste en atribuir jurisdicción directa a los tribunales de un determinado estado que de otra forma no lo tendría. Es reconocido en la doctrina que una misma cláusula de elección de foro tenga efectos distintos dependiendo de la parte de la que se trate.

Así, puede una cláusula prorrogar la jurisdicción a un Estado, sin excluir ningún otro, o puede excluir la jurisdicción de ciertos Estados. Señala la doctrina que la solución de los conflictos que se generan por aplicación de ambos efectos: negativo y positivo, está determinado por la voluntad de las partes y del carácter exclusivo o concurrente de la jurisdicción que se atribuya a cada uno de los Estados¹⁷. En todo caso, los conflictos positivos o negativos de jurisdicción suelen ser decididos según el derecho del juez en donde se plantea la cuestión¹⁸.

En el Derecho Comparado suele reconocerse la autonomía de las partes como una de las soluciones a los problemas de jurisdicción y de derecho aplicable en el

¹³ Yaritzza Pérez Pacheco, *La jurisdicción*, 111-112.

¹⁴ Sentencia No. 04541, TSJ/SPA, de fecha 22 de junio de 2005.

¹⁵ Joaquín Sánchez Covisa, "Anotaciones sobre la competencia procesal internacional indirecta", en *Obra Jurídica Joaquín Sánchez Covisa*, (Caracas: Ediciones de la Controloría General de la República, 1976) p.377 y ss.

¹⁶ Eugenio Hernández-Bretón, *Problemas Contemporáneos de Derecho Procesal Internacional Venezolano*, (Caracas: Editorial Sherwood, 2004), 43.

¹⁷ Eugenio Hernández- Bretón, *Problemas Contemporáneos*, 45.

¹⁸ Yaritzza Pérez Pacheco, *La jurisdicción*, 170.

caso de contratos internacionales¹⁹. No siempre ha sido así. Por ejemplo, el sistema americano era renuente a reconocer la validez y eficacia de los acuerdos de elección de foro. Luego del caso *Bremen v. Zapata*²⁰ las cortes cambiaron su postura hacia las cláusulas de elección de foro en concreto. En la actualidad el sistema americano reconoce la procedencia de estas cláusulas o acuerdos en materia comercial, y litigios trasnacionales, la duda permanece aún en materia de laboral, especialmente cuando se trata de asuntos de discriminación o despido ilegal, a la fecha la Corte Suprema de los Estados Unidos de América no ha conocido de la cuestión²¹.

En la decisión de la SPAN° 0218 que es objeto de análisis reconoció que

las cláusulas de elección de foro constituyen una manifestación de la autonomía de la voluntad de las partes, reconocida por el legislador como criterio atributivo de jurisdicción, pues a través de ellas los contratantes pueden determinar directamente el Estado a cuya jurisdicción desean someter las controversias que puedan surgir con ocasión a los acuerdos celebrados.

Nótese que la Sala reconoce que son cláusulas que pueden celebrarse para someter controversias, actuales o potenciales, por los acuerdos celebrados. En otras palabras, reconoce la Sala, sin darse cuenta, que una sola cláusula o acuerdo es suficiente para derogar por reclamaciones provenientes de uno o más acuerdos celebrados por las partes. La doctrina suele debatirse sobre el ámbito de aplicación de los acuerdos de selección de foro, en general se sostiene que están incluidos aquellos litigios que forman parte de la relación contractual que vincula a las partes excluyéndose los litigios extracontractuales salvo que las partes expresamente indiquen lo contrario²².

En el sistema venezolano de derecho internacional privado, los tribunales de la República podrán afirmar la jurisdicción para conocer y decidir de cualquier demanda con ocasión a una obligación de carácter patrimonial, si se verifica alguno de los criterios atributivos de jurisdicción establecidos en el artículo 39 y 40 de la Ley DIP.

¹⁹ Andrés Carrasquero Stolk, “Derogatoria de la jurisdicción de los tribunales venezolanos en contratos de trabajo internacionales” en: *Anuario de la Maestría de Derecho Internacional Privado N°3*, (Caracas: Universidad Central de Venezuela, 2019), 374.

²⁰ *Bremen v. Zapata Off-Shore Co.*, 407 U.S. 1, 9 (1972). Señalan los jueces que las cartas de elección de foro no han sido históricamente aceptadas por las cortes americanas. En el caso *Bremen* se sostuvo que estos acuerdos deberían ser prima-facie válidos, salvo que sea irrazonable que para las circunstancias del caso concreto.

²¹ Al 31 de diciembre de 2023.

²² Corte Suprema de Justicia (CSJ), decisión de la SPA N° 605, de fecha 09 de octubre de 1997, caso: Embotelladora Caracas, C.A., y otras vs. Pepsi Cola Panamericana, S.A.

III. El problema: La ausencia de normas de jurisdicción en materia laboral

Nótese que el primer requisito que debe cumplirse para activar el sistema de derecho internacional privado venezolano es la existencia de elementos de extranjería²³, en específico en materia contractual, se considera que una relación es internacional si cumple con cualquiera de los dos criterios reconocidos: el objetivo o jurídico y el económico. Por un lado, el criterio jurídico, según el cual un contrato es internacional si se vincula en algunos de sus elementos con un sistema jurídico extranjero²⁴; y por otro lado, el criterio económico definido en el fallo N° 605 de la SPA de la extinta Corte Suprema de Justicia, de 9 de octubre de 1997²⁵, como un “doble movimiento de flujo y reflujo” de un país a otro.

Toda vez que la Ley DIPV, condiciona su aplicación a cualesquiera hechos relacionados con ordenamientos jurídicos extranjero²⁶, podemos afirmar como otros, que un contrato es nacional “siempre que la totalidad de sus elementos está

ubicados y conectados a un mismo sistema jurídico”²⁷. La discusión que se plantea es si en contratos internacionales de trabajo es posible tal derogatoria de jurisdicción. Veamos:

Desde que estaba en discusión el proyecto de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (“LOPT”) la doctrina había evidenciado que los proyectistas dejaron por fuera disposiciones que regulen, en manera concreta, los supuestos con elementos foráneos²⁸. La Profesora Dos Santos afirmó, en su momento, que el proyecto de Ley dejaba en concreto la regulación de las acciones de contenido patrimonial o aquellas relativas a la responsabilidad extracontractual por accidentes ocurridos con motivo de la prestación de servicios²⁹.

Es generalmente aceptado que el Estado puede delimitar el ámbito de su jurisdicción libremente³⁰, sin posibilidad alguna de remitir o indicar la jurisdicción de tri-

²³ Artículo 1 Ley de DIP.

²⁴ Por ejemplo, domicilio de las partes, lugar de ejecución, o lugar de celebración del contrato.

²⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia No. 605, 9 de octubre de 1997.

²⁶ No se exige relevancia, véase: Artículo 1 Ley de Derecho internacional privado.

²⁷ Olga María Dos Santos, *Contratos Internacionales en el Ordenamiento Jurídico Venezolano*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2000, 9, y Gonzalo Parra-Aranguren, “Aspectos de Derecho Internacional Privado de los Principios para los Contratos Mercantiles Internacionales elaborados por UNIDROIT”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Caracas, 1994, 172.

²⁸ Olga María Dos Santos, “Jurisdicción y el Proyecto de Ley Orgánica Procesal del Trabajo”, en: *Liber Amicorum Tomo II Homenaje a la obra científica y académica de la profesora Tatiana B. de Maekelt*, (Caracas: Universidad Central de Venezuela, 2001), 2.

²⁹ Olga María Dos Santos, “*Jurisdicción*”, 5.

³⁰ Caso SS Lotus, Francia vs. Turquía, 1927, Corte Permanente de Justicia. Internacional, núm. 9.

bunales extranjeros³¹, pero una vez fijados los criterios atributivos de jurisdicción, no puede el sentenciador, frente a un supuesto de hecho concreto, trasponer o aplicar analógicamente criterios de competencia interna a los efectos de declarar la jurisdicción del país al que pertenece³².

En consecuencia, al no prever la LOPT criterios atributivos de jurisdicción en materia laboral, por obligaciones derivadas de situaciones de naturaleza contractual o extracontractual, el juez debe aplicar necesariamente la Ley de DIP, salvo la existencia de una norma de derecho internacional público sobre la materia.

Que la Ley de DIP tenga aplicación en esta materia, salvo la existencia de una legislación procesal especial en el futuro, se deriva además del sistema general de fuentes que tienen su reconocimiento en el artículo 23 de la Constitución Nacional, y, además, del artículo 1 de la citada Ley. En efecto, la disposición constitucional establece que los tratados ratificados por Venezuela tienen aplicación preferente de la legislación local. La Ley de DIP señala que los supuestos de hechos relacionados con los ordenamientos jurídicos extranjeros, se atenderá a lo dispuesto por las normas de Derecho Internacional Público sobre la materia, en particular las establecidas en los tratados internacionales vigentes en Venezuela;

en su defecto, al contenido de las normas de Derecho internacional Privado venezolano.

La extinta Corte Suprema de Justicia en el caso *Luis Carlos Charry vs. Reuters Limited* al conocer de un recurso de regulación de la jurisdicción interpuesto en el juicio por cobro de conceptos derivados de la relación laboral, planteó la aplicación del artículo 323 del Código de Bustamante, vigente para Venezuela, y en ese sentido, afirmó la jurisdicción del lugar de cumplimiento de la obligación, salvo derecho local contrario. En el marco del Código de Bustamante, el término denominado “salvo derecho local contrario”, llevó a la corte a evaluar, por aplicación del mismo tratado, si una norma de derecho interno laboral exceptuaba la aplicación del tratado.

Así, en el caso *Luis Carlos Charry vs. Reuters Limited*, la Corte, al verificar la inexistencia en el contrato de trabajo de un cláusula de elección de foro expresa que permitiera a Venezuela asumir jurisdicción de conformidad con lo dispuesto en el artículo 318 del Código de Bustamante, procedió a considerar los criterios atributivos de jurisdicción reconocido en el mismo tratado, y dado que, no existe disposición procesal especial que de manera imperativa imponga criterios

³¹ Eugenio Hernández-Bretón, “Algunas cuestiones de derecho procesal civil en la Ley de Derecho Internacional Privado”, en *Ley de Derecho Internacional Privado de 6 de agosto de 1998 (Antecedentes, Comentarios, Jurisprudencia) Tomo II*, (Caracas: Tribunal Supremo de Justicia, 2001), 88,

³² Olga María Dos Santos, “*Jurisdicción*”, 5.

de jurisdicción exclusiva a favor en esta materia³³.

Así, la doctrina sostiene, que, en el caso de obligaciones derivadas de un contrato internacional de trabajo, el operador jurídico debe verificar si en el mismo existe una cláusula de sumisión a favor de una determinada jurisdicción. El juez debe, además, verificar si las partes claramente han elegido como foro a los tribunales de Venezuela de modo expreso, o han querido someter sus pleitos a un tribunal arbitral, o han sometido sus controversias a los órganos jurisdiccionales de otro Estado³⁴.

Ahora bien, el artículo 47 de la Ley de DIP establece tres supuestos en los cual no puede derogarse convencionalmente la jurisdicción que les corresponde a los tribunales venezolanos. Los tres supuestos de inderogabilidad de la jurisdicción son (i) controversias relativas a derechos reales a derechos reales sobre bienes inmuebles situados en el territorio de la República; (ii) materias respecto de las cuales no cabe la transacción; o (iii) ma-

terias que afecten los principios esenciales del orden público venezolano.

Dado, que en Venezuela no existe norma especial de jurisdicción en materia laboral, aplica las normas sobre jurisdicción contenidas en la Ley de DIP en caso de supuestos de hechos relacionados con casos laborales con elementos extranjeros. La jurisprudencia mayoritaria de la SPA/TJSJ suele resolver los casos en los que las partes sometieron la jurisdicción a un juez extranjero, de forma negativa declarando apriorísticamente³⁵ que (i) la sumisión al juez extranjero es inválida porque la materia laboral es de orden público, e. (ii) interpretando que los artículos 2 y 3 del Decreto No. 8.938, mediante el cual se dicta el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (LOTTT)³⁶, es una norma que impide la derogatoria de la jurisdicción laboral.

En el caso en comento, la Sala SPA/TJSJ dijo:

³³ A la fecha estaban vigentes: La Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos del Trabajo, publicada en la Gaceta Oficial de Venezuela N° 26.226 del 19 de noviembre de 1959; que no contaba con ninguna norma en materia de jurisdicción; y, además, la Ley Orgánica del Trabajo publicada en la Gaceta Oficial N° 5.152 Extraordinario de fecha 19 de junio de 1997, cuyas normas eran de carácter preponderantemente de carácter sustantiva, sin ningún criterio atributivo de jurisdicción, que por mandato expreso del artículo 10, se clasifican de orden público y de aplicación territorial todas sus normas.

³⁴ Ordinal 4° del artículo 40 de la Ley de Derecho Internacional Privado.

³⁵ La doctrina autorizada recomienda aplicar las nociones de orden público cuando de los elementos del caso concreto se evidencia la violación a normas que entraña al orden público. Tatiana B. de Maekelt, *Ley venezolana de Derecho Internacional Privado. Tres años de su vigencia*, (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2002), 116; Juan Carlos Pró-Rísquez, *Trabajadores internacionales: jurisdicción y Derecho aplicable. Tesis Doctoral presentada y aprobada para optar al Título de Doctor*, (Caracas: Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, 74-75).

³⁶ Decreto N° 8.938, mediante el cual se dicta el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, N° 6.076 Extraordinario.

Es evidente de las normas transcritas, las leyes venezolanas en materia laboral son de orden público y territorial, especialmente en el presente caso, con ocasión a la prestación de servicio convenida en territorio venezolano, en virtud que de manera imperativa la legislación laboral venezolana se aplica a venezolanos y extranjeros.

El criterio anterior se remonta de una decisión³⁷ del Exmagistrado Carlos Escarrá Malavé del año 2000. La SPA/TSJ, citando el artículo 10 de la derogada Ley Orgánica del Trabajo, mencionó:

El artículo citado, permite afirmar categóricamente que las disposiciones de la Ley Orgánica del Trabajo rigen a los venezolanos y extranjeros con ocasión del trabajo prestado o convenido en el país, por tanto, expone los factores de conexión que permiten indicar como aplicable al fondo dicha Ley.

El error es que la Sala confunde las nociones de jurisdicción y derecho aplicable. Anotaba Tatiana B. de Mackelt que desde el punto de vista normativo existe una absoluta independencia entre las normas de conflicto de leyes (derecho aplicable) y las de jurisdicción³⁸.

La jurisprudencia acogió esta distinción básica al aceptar que un juez venezolano

puede perfectamente conocer de un litigio cuyo derecho aplicable sea un ordenamiento jurídico extranjero³⁹. Por un lado, Parra Aranguren, define las normas de jurisdicción como aquellas reglas dadas por cada país los asuntos sometidos a sus órganos de administración de justicia⁴⁰.

Estas reglas de jurisdicción solo pueden llevar a la afirmación o negación de la jurisdicción del foro para conocer los litigios con elementos de extranjería. En cambio, las normas de derecho aplicable son esencialmente normas indirectas que designan el derecho aplicable a la situación jurídica controvertida, a través de un factor de conexión que puede llevar indistintamente a normas de foro o de un ordenamiento jurídico extranjero⁴¹. En las normas de derecho de aplicable, o de conflicto, pueden aplicar la analogía y los principios generalmente aceptados.

En el caso *Krull vs. Julius Baer*, la SC copia textualmente el razonamiento de la SPA/TSJ y declara que el fallo objeto de revisión fue conforme a derecho sin mayor justificación. En ambos fallos, la SC y la SPA/TSJ sostienen que las leyes venezolanas en materia laboral son de orden público y territorial, por lo que de-

³⁷ Decisión N° 1.103, TSJ/SPA, de fecha 16 de mayo de 2000.

³⁸ Tatiana B. de Mackelt, "Regulación de la jurisdicción en el sistema venezolano de Derecho Internacional Privado" en *Temas de Derecho Internacional Privado Libro Homenaje a Juan María Rouvier*, (Caracas: Tribunal Supremo de Justicia, 2003), 400.

³⁹ TSJ-SPA, decisión N° 303, del 07 de marzo de 2001.

⁴⁰ Gonzalo Parra Aranguren, *El Derecho Procesal Civil Internacional Venezolano y su reforma en 1986, Estudios de Derecho Procesal Civil Internacional*, (Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1998), 262.

⁴¹ Tatiana B de Mackelt, "Regulación de la jurisdicción", 400-401.

ben aplicar de manera imperativa a las relaciones jurídicas de venezolanos y extranjeros.

Sin embargo, el punto de discusión no era si era aplicable el derecho venezolano, sino si las partes pudieran derogar la jurisdicción a un tribunal extranjero; con lo cual, en este caso, se trata de una confusión entre las nociones básicas de derecho aplicable y jurisdicción la que llevó a afirmar la jurisdicción de los tribunales venezolanos.

Es interesante resaltar que la decisión No. 0218 de la SPA/TSJ, no niega categóricamente la posibilidad de derogatoria convencional de la jurisdicción en materia laboral. Señala que:

Según las disposiciones normativas antes transcritas, el accionante podrá seleccionar -acorde a su libre arbitrio- la jurisdicción del trabajo (en razón del territorio) a la cual desea acogerse, pudiendo elegir entre: *i)* el lugar donde se prestó el servicio; *ii)* el lugar en el cual se puso fin a la relación laboral y *iii)* el domicilio del demandado.

La SPA/TSJ acepta que los acuerdos de elección de foro son válidos, si las partes eligen libremente acogerse a la jurisdic-

ción del trabajo del lugar donde se prestó el servicio, el lugar de terminación o el domicilio del demandado. Así, la SPA/TSJ crea jurisprudencialmente límites a la derogatoria de la jurisdicción en materia laboral, que, en realidad, son una copia textual del artículo 30 de la LOPT⁴², que se trata de normas sobre competencia territorial interna⁴³.

Como es bien sabido, las normas de competencia distribuyen entre los órganos singulares de cada Estado los litigios que, en virtud de las normas sobre jurisdicción, resultan sometidos a ese Estado. Es por esto por lo que la jurisdicción es el problema principal en un litigio con elementos de extranjería, ya que la activación de las normas de competencia es una consecuencia de esta⁴⁴. No puede distribuirse algo que no se tiene. Si el Estado no tiene jurisdicción, no puede distribuirse esta última con normas de competencia. Es por eso por lo que la doctrina y la jurisprudencia reiterada del mismo TSJ afirma que las normas de competencia no pueden aplicarse analógicamente en temas de jurisdicción, y que su asimilación, constituye un error procesal básico⁴⁵.

⁴² Artículo 30.- Las demandas o solicitudes se propondrán por ante el Tribunal de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Trabajo competente por el territorio que corresponda. Se consideran competentes, los Tribunales del lugar donde se prestó el servicio o donde se puso fin a la relación laboral o donde se celebró el contrato de trabajo o en el domicilio del demandado, a elección del demandante. En ningún caso podrá establecerse o convenirse un domicilio que excluya a los señalados anteriormente”.

⁴³ Aristides Rengel-Romberg, “La Competencia Procesal Internacional en el Derecho venezolano” en: *Libro Homenaje a la Memoria de Lorenzo Herrera Mendoza*, (Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1970), 77.

⁴⁴ Tatiana B de Mackelt, “Regulación de la jurisdicción”, 387.

⁴⁵ CSJ/TSJ, Exp. N° 14044, de 07 de octubre de 1999; además, en TSJ/SPA N° 574 del 09 de abril de 2002.

Por lo tanto, la Sala cometió un error de derecho, al aplicar una norma de competencia (artículo 30 LOPT) a una situación claramente de jurisdicción, ya que lo que se intentaba determinar era si la derogatoria de la jurisdicción era válida de conformidad con el ordenamiento jurídico venezolano (artículo 47 de la LDIP). En la decisión de la No. 1676 de la SC, no se mencionó ni se discutió los límites creados por la SPA/TSJ a la derogatoria convencional de la jurisdicción laboral, solo ratificó que los artículos 2 y 3 califican como de orden público a las normas de derecho laboral y en consecuencia Venezuela tiene jurisdicción.

Sin embargo, los artículos 2⁴⁶ y 3⁴⁷ de la LOTT no son normas de jurisdicción. El artículo 2 de la LOTT, tiene su antecedente en el artículo 10 de la derogada LOT⁴⁸ de 19 de junio de 1997, que a su vez derogó a la LOT de 1990 que contemplaba casi textualmente la misma re-

gulación en el artículo 10⁴⁹; sin embargo, no aparece en el instrumento normativo de 1966⁵⁰.

Claudia Madrid Martínez analizando el artículo 10 de la derogada LOT de 1997, cuyo texto es similar al artículo 2 del LOTT, señala que se trata de una norma de extensión, es decir una norma de derecho aplicable.

La noción de normas de extensión es una categoría propia en la doctrina internacional privatista. Se entienden que esas normas operan como excepción a la norma de conflicto, delimitando el ámbito espacial de aplicación del Derecho del foro, de modo externo o formalmente, independiente de la regla material a la que se refieren, por lo que son consideradas incompletas, debido a que su consecuencia jurídica sólo cristaliza

⁴⁶ Artículo 2º. Las normas contenidas en esta ley y las que deriven de ella, son de orden público y de aplicación imperativa, obligatoria e inmediata, priorizando la aplicación de los principios de justicia social, solidaridad, equidad y el respeto a los derechos humanos.

⁴⁷ Artículo 3º. Esta Ley regirá las situaciones y relaciones laborales desarrolladas dentro del territorio nacional, de los trabajadores y trabajadoras con los patronos y patronas, derivadas del trabajo como hecho social. Las disposiciones contenidas en esta Ley y las que deriven de ella rigen a venezolanos, venezolanas, extranjeros y extranjeras con ocasión del trabajo prestado o convenido en el país y, en ningún caso, serán renunciables ni relajables por convenios particulares. Los convenios colectivos podrán acordar reglas favorables al trabajador y trabajadora que superen la norma general respetando el objeto de la presente Ley.

⁴⁸ Artículo 10. Las disposiciones de esta Ley son de orden público y de aplicación territorial; rigen a venezolanos y extranjeros con ocasión del trabajo prestado o convenido en el país y en ningún caso serán renunciables ni relajables por convenios particulares, salvo aquellas que por su propio contexto revelen el propósito del legislador de no darles carácter imperativo. Los convenios colectivos podrán acordar reglas favorables al trabajador que modifiquen la norma general respetando su finalidad.

⁴⁹ Artículo 10. Las disposiciones de esta Ley son de orden público y de aplicación territorial; rigen a venezolanos y extranjeros con ocasión del trabajo prestado o convenido en el país y en ningún caso serán renunciables ni relajables por convenios particulares, salvo aquellas que por su propio contexto revelen el propósito del legislador de no darles carácter imperativo. Los convenios colectivos podrán acordar reglas favorables al trabajador que modifiquen la norma general respetando su finalidad.

⁵⁰ Gaceta Oficial N° 1.034.

en necesaria combinación con otras normas del mismo ordenamiento⁵¹.

La justificación de la existencia de este tipo de normas se encuentra en el carácter especial de la materia o en el contenido propio de la norma, que impulsa al legislador a declarar el ámbito de vigencia en el espacio de sus normas, para asegurar su aplicación a situaciones internacionales⁵².

Es decir, la función del artículo 2 del LOTTT es delimitar el ámbito de aplicación de la legislación laboral, por razones de orden público, a las relaciones laborales, de venezolanos o extranjeros, por servicios prestados en Venezuela, y por aquellos servicios convenidos en el país en el exterior.

Tómese en cuenta que lo que está diciendo el legislador es que a las relaciones laborales convenidas o ejecutadas en el país, será aplicable las normas laborales de la LOTTT independientemente de que se trate de venezolanos o extranjeros.

Sin embargo, ni la LOTTT ni la LOPT tienen normas sobre jurisdicción, por lo cual, no puede extenderse la aplicación de la LOTTT ni LOPT a temas de jurisdicción, por la sencilla razón que no hay normas especiales de jurisdicción en ambos instrumentos normativos.

Por lo que, en el caso *Krull vs. Julius Baer* es irrelevante a efecto de jurisdicción la calificación como de orden público de la legislación laboral, ya que las normas de derecho laboral no tienen normas especiales de jurisdicción. Así, necesariamente ha debido aplicarse las normas de Derecho internacional privado.

En ese sentido, el artículo 47 de la Ley de DIP señala que la jurisdicción que corresponde a los tribunales venezolanos, según las disposiciones de la Ley, no podrá ser derogada convencionalmente en los casos ahí señalados. Entonces, debemos revisar en qué casos corresponde la jurisdicción de los tribunales venezolanos de conformidad con la Ley de DIP, y analizar los casos en donde no puede derogarse convencionalmente la jurisdicción de los tribunales venezolanos.

El artículo 40 de la ley de DIP regula las acciones de contenido patrimonial, bien de origen contractual o extracontractual. La materia laboral con elementos de extranjería estaría ubicada en el criterio general contenido en el artículo 39 de la Ley (domicilio del demandado), y en los ordinales 2°, 3°, 4° del artículo 40 sobre acciones de contenido patrimonial. Por lo que en materia laboral, los tribunales venezolanos solo tendrían jurisdicción para conocer de acciones patrimoniales con ocasión a una relación de tra-

⁵¹ Claudia Madrid Martínez, *La Norma de Derecho internacional privado*, (Caracas: Universidad Central de Venezuela, 2004), 101.

⁵² Claudia Madrid Martínez citando Perez Vivas, en *La Norma*, 102.

bajo en los siguientes casos: i) cuando sean acciones intentadas contra personas domiciliadas en el país; ii) cuando se refiere a acciones por hechos verificados en Venezuela, por contratos celebrados en el país, o cuando se refiera a obligaciones que deban ejecutarse en Venezuela; iii) cuando el demandado sea citado en el país; y iv) cuando las partes sometan tácita o expresamente sus controversias a los tribunales venezolanos.

En todos los demás casos, los tribunales deberían rechazar válidamente el conocimiento de la disputa por falta de jurisdicción, bien por no verificarse ninguno de los criterios anteriormente mencionados, o bien porque las partes se hayan sometido a la jurisdicción de un tribunal extranjero o el arbitraje. Debe considerarse además que la ley de DIP solo niega expresamente la sumisión en materia de derechos reales sobre bienes inmuebles localizados en Venezuela⁵³, la cual es calificada como un caso de jurisdicción exclusiva. Lo demás casos previstos en el artículo 47, son señalados como casos de jurisdicción inderogable.

En la jurisprudencia, sin embargo, se suele afirmar la jurisdicción de Venezuela en caso de materia laboral e internacional privado con la noción de orden público. Esta noción ha sido siempre cri-

ticada en la doctrina⁵⁴, entre otras razones, por ser un concepto jurídicamente indeterminado, cambiante en el tiempo y en el espacio, y por delegar en el juez la determinación de lo que debe entenderse por orden público.

Es irónico, tal y como señala Claudia Madrid, que el término orden público, siendo uno de la más difícil definición en el ámbito del Derecho internacional privado, es quizá la institución cuyos efectos repercuten más sobre la misión última de esta disciplina⁵⁵.

El estudio a fondo de la noción de orden público excede el objetivo de este trabajo. Basta señalar que teóricamente se diferencia el orden público en el ámbito de derecho aplicable y en el ámbito procesal. En el ámbito de derecho aplicable se refiere a la evicción de la ley extranjera por violar principios o valores fundamentales de índole social o económico del foro en un momento determinado. En el ámbito procesal el orden público se observa en temas de reconocimientos y ejecución de sentencias, en donde, el juez podrá limitadamente rechazar el reconocimiento de sentencias si bien por temas de fondo o el proceso afecta aspectos fundamentales del ordenamiento jurídico venezolano⁵⁶.

⁵³ Artículo 46 de la Ley de DIP.

⁵⁴ Thomas H., Healy, *Théorie générale de l'ordre public*, en: *Recueil des cours, Académie de Droit International de la Haye*, (Paris: Hachete, 1925) 429.

⁵⁵ Claudia Madrid Martínez, *Breves notas sobre el orden público y el reconocimiento de decisiones extranjeras en el sistema venezolano de Derecho internacional privado*, en *Temas de Derecho Internacional Privado Libro Homenaje a Juan María Rouvier*, (Caracas: Tribunal Supremo de Justicia, 2003), 463.

⁵⁶ Claudia Madrid Martínez, "*Breves notas sobre el orden público*", 363.

En ambos casos la función del orden público es bien clara. Por un lado, frena la aplicación de un derecho extranjero incompatible con el foro (orden público en el derecho aplicable)⁵⁷, y por el otro, rechaza el reconocimiento de sentencias extranjeras que afecten el orden público por razones sustantivas y procesal.

En ambos casos, la doctrina está de acuerdo en que es una institución para utilizarse limitadamente y no apriorísticamente. En ninguna disposición de la Ley de DIP, sin embargo, el orden público es un criterio atributivo de jurisdicción.

El orden público por ser una institución que excluye la aplicación del derecho extranjero cumple su función esencial en materia de derecho aplicable, y no en temas de jurisdicción⁵⁸. Por lo que es incorrecto que el TSJ justifique la jurisdicción de Venezuela en el caso *Krull vs. Julius Baer* con fundamento en el orden público, por cuanto, desnaturaliza la función atribuida a la noción de orden público en la Ley de DIP, que es frenar la aplicación de un derecho extranjero in-

compatible (orden público en el derecho aplicable) o de una decisión extranjera cuyo reconocimiento generaría violación al orden público venezolano.

En conclusión, no puede deducirse en ningún caso del artículo 2 de LOTTT un criterio atributivo de jurisdicción⁵⁹.

IV. Lo que no discuten las sentencias sobre acuerdos de elección de foro en materia laboral

El caso *Krull vs. Julius Baer* es una continuación de los precedentes de la SPA/TSJ en la materia. Una y otra vez la SPA/TSJ ha confundido los términos de jurisdicción y derecho aplicable⁶⁰. Algunos autores han criticado las decisiones en esta materia sobre la base que: (i) el legislador no previó en el artículo 30 de la LOPT regular los supuestos de hechos con elementos de extranjería⁶¹; (ii) que la noción de orden público no debe ser aplicada apriorísticamente sino evaluar en cada caso concreto, si la derogatoria de la jurisdicción constituye en sí mismo una violación al orden público venezolano⁶²; o (iii) que la noción de orden pú-

⁵⁷ Pedro Lacassa, “El Orden Público en el Derecho Internacional Privado Latinoamericano” en: *Anuario de la Maestría de Derecho Internacional Privado N°4*, (Caracas: Universidad Central de Venezuela, 2022), 333.

⁵⁸ Ver nota anterior, 336.

⁵⁹ Olga María Dos Santos, “Jurisdicción”, 8.

⁶⁰ Véase: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/mayo/01103-160500-10990.HTM>;

⁶¹ Reinaldo Jesús Guilarte Lamuño, “Conflicto y Jurisdicción de los Tribunales del Trabajo en la doctrina del Tribunal Supremo de Justicia” en: *Derecho Procesal del Trabajo y Contencioso Administrativo Laboral editado en Venezuela por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales y la Universidad Católica Andrés Bello con ocasión de los 20 años de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo*, (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2023), 442.

⁶² Tatiana B de Mackelt, Ley Venezolana, 116; y, Juan Carlos Pro-Rísquez, Trabajadores Internacionales, 74-75; y Carrasquero.

blico es relativa y en algunos casos puede derogarse⁶³.

Nosotros, acogemos la tesis según la cual, salvo que sea modificada la legislación procesal laboral, los criterios atributivos de jurisdicción en esta materia aparecen en la Ley de DIP. En una situación con elementos de extranjería las partes pueden regular convencionalmente la jurisdicción de los tribunales venezolanos. El único caso en donde la derogatoria esta proscrita expresamente es en el artículo 46 de la Ley de DIP sobre materias de derechos reales sobre bienes inmuebles.

Ahora bien, con fundamento en lo anterior los jueces no deben negar inmediatamente la validez de los acuerdos de elección de foro. Es necesario evaluar la validez de estos de conformidad con el ordenamiento jurídico venezolano⁶⁴. En materia de derecho internacional privado, el juez tiene como fuentes, como ya hemos mencionado, las normas de derecho internacional público sobre la materia, las normas de derecho internacional privado, y los principios generalmente aceptados⁶⁵.

En materia comparada, y utilizando el ya citado caso *Bremen*, ha sido la jurisprudencia la que ha elaborado las reglas para evaluar la eficacia de las cláusulas de

elección de foro. En el caso *Bremen*, la Corte Suprema de los Estados Unidos de América sostuvo que los acuerdos de elección de foro deben ser considerado válidos prima facie, la parte en contra quien se pretenda la ejecución debe demostrar que la ejecución del acuerdo en el caso concreto sería irrazonable o injusto.

Así, en la jurisprudencia norteamericana el juez debe evaluar (i) si el consentimiento a la cláusula de elección de foro fue obtenido por fraude o abuso; (ii) si la elección del foro extranjero implicaría una limitación absoluta al derecho de acceso a la justicia, (iii) si el tribunal elegido no tiene acción o solución legal para la disputa plantada; (iv) si la ejecución del acuerdo, en el caso concreto, sería contrario al orden público.

En cuanto a la primera regla. La parte recurrente debe demostrar que hubo un vicio en el consentimiento, bien por fraude o dolo. Además, la jurisprudencia exige que se deje evidencia que tal vicio no era previsible al momento de celebrar el acuerdo.

En cuanto a la limitación absoluta del derecho al acceso a la justicia, se ha señalado que, con las nuevas tecnologías, las partes pueden ir a un juicio, sin poner un solo pie en los tribunales, con lo cual no

⁶³ Andrés Carrasquero Stolk, "Trabajadores con elevado poder de negociación en los contratos internacionales," *Anuario de la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado N° 3* (Caracas: Universidad Central de Venezuela, 2021), 374.

⁶⁴ José Alfredo Giral Pimentel, *El contrato internacional* (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1999), 27.

⁶⁵ Artículo 1.

basta alegar las dificultades económicas de acudir al foro elegido, sino que, en efecto, la elección del foro constituya una limitación absoluta del acceso a los tribunales de justicia. Lo cual explica, porque el juez puede válidamente desconocer los acuerdos de elección de foro, si al aplicarlo llevaría que las partes no pudiesen resolver sus cuestiones jurídicas, por falta o existencia de acción legal correspondiente.

Finalmente, la jurisprudencia anota que los jueces para decidir sobre la validez o ejecución de los acuerdos de elección de foro, debe ponderar el interés de las partes y el interés público⁶⁶.

En ese sentido, los tribunales norteamericanos⁶⁷ han entendido que, en el caso de la elección de foro, hay una presunción a favor del foro seleccionado, teniendo la parte que pretende la jurisdicción de otro Estado, mostrar las razones para el desconocimiento de la cláusula o acuerdo. Así, aunque se acepta que en esta materia hay un claro choque entre dos principios, la autonomía de la voluntad y el orden público, la balanza está del lado de la autonomía de la voluntad⁶⁸. A la fecha la Corte Suprema de Justicia no ha tenido la oportunidad de discutir un

caso de elección de foro en materia laboral específicamente, pero sí ha reconocido mayoritariamente el uso del arbitraje para la resolución de disputas laborales⁶⁹.

La Corte Suprema de los Estados Unidos ha sostenido que las ventajas y virtudes del arbitraje no desaparecen cuando la materia objeto de arbitraje es la laboral⁷⁰. Por lo que, por argumento a fortiori⁷¹, si se considera válido un acuerdo de arbitraje en materia laboral, también debería considerarse como válido un acuerdo de elección de foro en materia laboral.

De las anteriores brevísimas notas en materia comparada, podemos afirmar que los tribunales venezolanos lograrían enriquecer el debate, si no solo se limitarían a afirmar la jurisdicción de la República sin ni si quiera cuestionarse tal afirmación. Nuestro sistema reconoce, pero explora muy poco, los usos de nociones como el consentimiento, fraude, acceso a la justicia, entre otros, en esta materia. Con lo cual, el debate sobre la validez de los acuerdos de elección foro, podría generar un debate interesante en la doctrina y en la práctica judicial, que llevaría al enriquecimiento jurídico en Venezuela. Recurrir al argumento de autori-

⁶⁶ Sacha Dyson y Kevin D. Johnson, "My Sandbox or yours?. Enforcement of Forum-Selection Clauses in Employment Agreements", *The Federal lawyer*, December 2011, 21.

⁶⁷ *Stewart Organization, Inc. v. Ricoh Corp.*, 487 U.S. 22 (1988).

⁶⁸ *Atlantic Marine Construction Co. v. United States District Court for the Western District of Texas* (S.Ct., 2013 WL 6231157 (Dec. 3, 2013))

⁶⁹ *Circuit City Stores v. Adams*, 523 U.S. 105 (2001). Al 31 de diciembre de 2023.

⁷⁰ Traducción libre: *v. Interstate/Johnson Lane Corp.*, 500 U. S., at 30-32

⁷¹ Sobre el uso del argumento a fortiori en la práctica jurisprudencia véase: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/34-260104-03-2109%20.htm>

dad con fundamento a nociones como el orden público, no permite el avance técnico de la jurisprudencia ni de la doctrina jurídica venezolana.

En el caso *Krull vs. Julius Baer*, en nuestra opinión, el TSJ ha debido negar la jurisdicción de los tribunales venezolanos, con fundamento en el artículo 44 de la Ley de DIP, y analizar sin en el caso concreto, el acuerdo adolecía de algún vicio (dolo, error, fraude o situación de abuso) en su formación, o si al ejecutarlo se violentaría los principios esenciales del derecho venezolano (como sería violación al debido proceso, a la defensa, o del acceso a la justicia), lo cual debió haber sido demostrado por la parte accionante.

Además, el caso *Krull vs. Julius Baer*, constituye un retroceso a los lentos avances que nuestra jurisprudencia había logrado en esta materia. Por ejemplo, en el 2017 en el caso *Álvaro González vs Hanseatic Consultoría Naval, C.A.*, la SPA⁷² aceptó que las partes habían renunciado válidamente a la jurisdicción del Estado Venezolano, así:

Hechas las referidas precisiones, advierte la Sala que el asunto de autos no está referido a controversias sobre bienes inmuebles situados en el territorio de la República, pues lo que se reclama es el pago de cantidades de dinero, tampoco se circuns-

cribe a materias que no admitan transacción, ni afecta principios esenciales del orden público interno, por lo que puede colegirse que las partes podían elegir la jurisdicción que regiría las consecuencias jurídicas del contrato suscrito entre ellas, en el ejercicio de su voluntad autónoma, aunque ello implicara la derogatoria de la jurisdicción venezolana.

En una sentencia inusual⁷³, la SPA/TSJ también afirmó que era válido el acuerdo de elección de foro, sin explicar mucho el porqué:

Determinado lo anterior, este Alto Tribunal ha expresado en anteriores oportunidades, que existe sumisión de jurisdicción, cuando las partes, en uso de su autonomía de la voluntad, acuerdan en indicar los órganos jurisdiccionales a quienes someten el conocimiento de sus conflictos. En dicho contexto, el artículo 44 de la Ley de Derecho Internacional Privado dispone que la sumisión expresa debe constar por escrito, lo cual significa que los interesados designarán de manera clara, terminante y precisa el Juez a quien desean someterse. (Vid., sentencia de esta Sala Nro. 01395 12 de diciembre de 2017).

Con fundamento en las normas y precedentes antes expuestos, se concluye que en la presente causa hubo sumisión expresa a la jurisdicción extranjera, de conformidad con el citado artículo 44 eiusdem, **pues las partes indicaron en los ar-**

⁷² TSJ/SPA, Sent. No. 1395, 12 de diciembre de 2017, en: <http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/spa/diciembre/206387-01395-121217-2017-2017-0742.HTML>; En oposición Andrés Carrasquero, en: “Derogatoria de la jurisdicción de los tribunales venezolanos en contratos de trabajo internacionales,” quien considera que sí hubo una violación de orden público en ese caso, debido al poder de negociación de un trabajador por su paquete salarial.

⁷³ TSJ/SPA, Sent. No. 00496, 01 de junio de 2023, en: <http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/spa/junio/325830-00496-1623-2023-2023-0160.HTML>.

títulos Nros. 23 y 21 de los referidos contratos que el mismo se sujetaría a la legislación del Reino de Arabia Saudita. (resaltado nuestro).

Aunque en la citada decisión se confunde nuevamente la noción de derecho aplicable (legislación) y jurisdicción, lo cierto es que al menos la Sala consideró válido el acuerdo de elección de foro. Luego de la decisión *Reino de Arabia Saudita*, consideramos que la SPA/TSJ volvería a retomar el cause a afirmar la validez de los acuerdos de elección de foro. Tal parecía el caso al menos en tribunales de instancia. Así el 6 de julio de 2023, Juzgado Décimo Cuarto (14) de Primera Instancia de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Circuito Judicial del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, declaró la falta de jurisdicción para conocer del caso entre *América Rosal vs. Embajada del Reino de Países Bajos en Venezuela*, el tribunal de instancia sostuvo correctamente:

...ambas partes decidieron someterse de forma exclusiva y excluyente a la jurisdicción de los Tribunales de los Países Bajos, y según sus dichos, debe tener por válida la cláusula de elección de foro, (aplicación del contrato) dónde se sometieron empleador y empleado a las controversias del contrato de trabajo, y, por cuanto la parte empleadora de la relación laboral que existió, es un Estado extranjero, y siendo que ambas partes escogieron de común acuerdo someterse a la jurisdicción de los

Tribunales Holandeses, con exclusión de cualquier Tribunal Extranjero⁷⁴.

En consulta obligatoria, la SPA/TSJ sostuvo con fundamento en el artículo 30 de la LOPT, sobre competencia territorial interna, que los acuerdos de elección de foro solo son válidos para que las partes se sometan a la jurisdicción del trabajo del lugar de prestación de servicios, el lugar en donde se puso fin a la relación laboral o el domicilio del demandado. Por lo tanto, afirmó la jurisdicción de Venezuela.

Con la decisión No. 1676 de la SC del 30 de noviembre de 2023 y la decisión No. 1092 de la SPA del 6 de diciembre de 2023, pareciera que la confusión en esta materia sigue sin resolverse, en detrimento de la administración de justicia y las legítimas expectativas de las partes. Una vez decidido la solicitud de revisión constitucional, el caso *Krull vs. Julius Baer* está en curso en los tribunales de instancia para discutir, luego de varios años, el fondo del litigio.

V. Conclusiones

En Venezuela los acuerdos de elección de foro generan muy poca seguridad a las partes de un litigio actual o potencial. En la materia laboral, la SPA/TSJ y la SC suelen desconocer la derogatoria de jurisdicción de los tribunales venezolanos, esencialmente bajo el argumento de autoridad de violación de orden público. Además, se suele utilizar el artículo 2 de

⁷⁴ Consultado en físico en el Archivo de los Tribunales del Trabajo.

la LOTTT como una norma de jurisdicción, a pesar de que su naturaleza es ser una norma de extensión y de derecho aplicable. El orden público, como institución, cumple su función esencialmente en materia de derecho aplicable. En materia de jurisdicción, salvo regulación expresa de la ley, el orden público juega un rol muy limitado.

La LOPT no tiene normas sobre jurisdicción. Por lo tanto, en los casos de relaciones laborales con elementos de extranjería estamos llamados a aplicar las normas del Código de Bustamante o del tratado vigente entre los países de las partes del conflicto, y su defecto, la Ley de Derecho Internacional Privado. Tanto el Código de Bustamante como la Ley de DIP reconoce la autonomía de la voluntad en la elección del foro. En un sentido técnico, los acuerdos de elección de foro se deben considerar válidos, independientemente de la existencia de un contrato de trabajo, salvo que se demuestre algún vicio en el acuerdo o en su ejecución que amenace los principios esenciales del orden público. En todo caso, el rol del orden público en estos casos debe ser limitado. Sin embargo, la jurisprudencia se basa en esta noción para descuidadamente denegar la derogatoria de la jurisdicción de los tribunales venezolanos y desconocer la voluntad de las partes de sustraer sus disputas a la jurisdicción ordinaria.

El reenvío del laudo a los árbitros por el juez de la anulación: una facultad poco utilizada

Roque J. Caivano*

Principia No. 9–2023 pp. 31–43

Resumen: Regularmente, el dictado del laudo final pone término a las actuaciones arbitrales y, con ello, a la función de los árbitros, que después de ello quedan desprovistos de autoridad jurisdiccional. Además de las “clásicas” excepciones (corrección, interpretación o integración del laudo) los árbitros tienen otra facultad residual: la de sanear el laudo, a requerimiento del juez de la anulación. El reenvío del laudo al tribunal arbitral para que lo sanee y se evite su anulación es una facultad judicial que, no obstante estar expresamente contemplada en la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI, es una herramienta escasamente estudiada en doctrina y mucho menos utilizada en la práctica. En una decisión infrecuente, un tribunal norteamericano aplicó este remedio, que no está previsto en la legislación de los EE.UU., por considerarlo implícito en la norma que permite al juez ordenar la corrección de un laudo.

Abstract: Ordinarily, the final award puts an end to the arbitration proceedings and to the function of the arbitrators. After the final award, they are deprived of jurisdiction. In addition to the classic exceptions (correction, interpretation or integration of the award) the arbitrators have another residual power: sanitizing the award, at the request of the annulment judge. The remand of the award to the arbitral tribunal for the arbitrators correct it is a way to avoid its annulment and a judicial tool expressly established the UNCITRAL International Commercial Arbitration Model Law. Even though, it has been scarcely studied by scholars and much less applied by judges. In a rare decision, a US Federal Court applied this remedy, which is not provided for in US law, considering it implicit in the rule that allows a judge to order the correction of an award.

Palabras Claves: Cesación de las funciones de los árbitros | Regla *functus officio* | Facultades residuales después de dictado el laudo | Corrección | Interpretación | Reenvío

Keywords: Termination of the functions of the arbitrators | *Functus officio* rule | Residual powers after the award is rendered | Correction | Interpretation | Remand

* Abogado y Doctor en Ciencias Jurídicas; profesor en grado y posgrado en las Universidades de Buenos Aires, Austral, Torcuato Di Tella, Nacional de La Plata, de Palermo, San Carlos de Guatemala, de Heidelberg y otras; árbitro internacional; director de la Diplomatura en Arbitraje de la Universidad Austral; director de la Revista Argentina de Arbitraje; presidente del Comité Organizador de la Competencia Internacional de Arbitraje; autor de más de 200 artículos y 7 libros; integrante de la Comisión Redactora de la Ley de Arbitraje Comercial Internacional argentina.

Sumario: I. El caso “Smarter Tools”, II. La regla *functus officio* y sus excepciones, A. Sentido etimológico, origen histórico y recepción por la Ley Modelo de la CNUDMI, Las excepciones a la regla: las facultades residuales de los árbitros luego de dictado el laudo final, 1. La corrección del laudo, 2. La interpretación del laudo, 3. La integración del laudo a través de laudos adicionales, III. El reenvío del caso a los árbitros, en la Ley Modelo, IV. Conclusiones

I. El caso “Smarter Tools”

Smarter Tools, Inc. [Smarter Tools], una compañía norteamericana con sede en el Estado de Virginia, y las empresas chinas *Chongqing SENCI Import & Export Trade Co. Ltd.* y *Chongqing AM Pride 20 Power & Machinery Co. Ltd.* [colectivamente, SENCI] habían celebrado un contrato para la provisión de generadores de electricidad con motor a gas, para su reventa en los EE.UU. SENCI había vendido a Smarter Tools varios tipos de generadores, incluyendo uno certificado por la agencia de protección ambiental norteamericana (*Environmental Protection Agency*), pero no por la agencia para la protección de la polución del aire del Estado de California (*California Air Resources Board*, [CARB]). Smarter Tools fue multado por la CARB por vender generadores no certificados por la agencia. Como consecuencia de ello, Smarter Tools retiró del mercado aquellos equipos que no cumplían con ese requisito, y dejó de pagar a SENCI la suma de USD 2,4 millones por generadores que ya había aceptado recibir.

Las órdenes de compra contenían una cláusula arbitral remitiendo las disputas relativas a ellas a arbitraje, con sede en

Nueva York, bajo las reglas de la *International Commercial Dispute Resolution* [ICDR], de la *American Arbitration Association*. El acuerdo preveía expresamente que el laudo debía ser motivado.

En abril de 2017, SENCI inició el arbitraje, que culminó con un laudo dictado por el árbitro único el 23 de febrero de 2018, condenando a Smarter Tools a pagar a SENCI la suma de USD 2.402.680,43 y rechazando todas las pretensiones de la demanda reconvenicional de Smarter Tools. El laudo contenía una breve descripción de las partes y del procedimiento que se había seguido, pero carecía de la descripción de sus fundamentos, y ni siquiera hacía referencia a la valoración de la prueba producida en el proceso.

El 28 de marzo de 2018 Smarter Tools pidió su nulidad ante los tribunales del Distrito Sur de Nueva York, argumentando que el laudo carecía de motivación e incurría en una manifiesta omisión de

aplicar el derecho (*manifest disregard of the law*)¹.

El 26 de marzo de 2019, el tribunal de primera instancia (la Corte de Distrito del Distrito Sur de Nueva York) denegó el pedido de anulación y reenvió el caso al árbitro para su aclaración. Esencialmente, tuvo por cierto que el laudo carecía de motivación, pero sostuvo que la anulación es un “remedio estrictamente limitado para facilitar el propósito del arbitraje: que las partes tengan un método eficiente de resolución de conflictos, evitando la prolongación del litigio”. En el caso, interpretó que el remedio más apropiado para un laudo dictado en una forma inadecuada era reenviar el caso al tribunal arbitral para que aclarase su decisión (“*for clarification of his findings*”). Y, con cita de otros precedentes², consideró que la facultad de reenviar el caso estaba implícita en su atribución legal de anular.

El 22 de enero de 2020, el árbitro dictó un laudo complementario. En él explicó que la decisión del primer laudo se había basado principalmente en que Smarter Tools no había probado que satisfacer las regulaciones del Estado de California fuese una condición que debían cumplir los generadores comprados a SENCI.

Smarter Tools planteó la nulidad también de este segundo laudo, y SENCI pidió su confirmación. El 26 de febrero de 2021 la Corte de Distrito del Distrito Sur de Nueva York hizo lugar a la solicitud de SENCI y rechazó la anulación pretendida por Smarter Tools, confirmando el laudo complementario. Esencialmente, revisó el laudo complementario e interpretó que, a diferencia del primigenio, la motivación contenida en éste era suficiente.

Contra esta decisión, Smarter Tools apeló, argumentando que el reenvío al tribunal arbitral decidido por el juez violaba el principio *ex functus officio* y los artículos 10(a)(4) y 11 de la Ley Federal de Arbitraje (*Federal Arbitration Act*, [FAA]), porque luego de emitido un laudo, el tribunal arbitral sólo tiene facultades para corregir ambigüedades o errores tipográficos o de cálculo. Por lo tanto, sostuvo Smarter Tools, el único remedio posible frente a un laudo inmotivado era su anulación, no su reenvío al tribunal arbitral. Adicionalmente, consideró que el laudo complementario también era inmotivado.

El 17 de enero de 2023 la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito rechazó el

¹ Esta causal es similar a lo que, en muchas jurisdicciones comparadas, se conoce como “arbitrariedad de sentencia” o directamente como falta de motivación. En los EE.UU., principalmente a partir de la sentencia de la Corte Suprema norteamericana en el caso “*Wilko v. Swan*”, de 1953, esta suele considerarse una causal “extra-legal” para anular un laudo arbitral. Ver, Christopher R. Drahozal, “Codifying Manifest Disregard”, *Nevada Law Journal* 8 (Fall 2007), 234-250.

² US Court of Appeals for the Second Circuit, 23/12/1985, “*Siegel v. Titan Industries Corp.*”, 779 F.2d 891, 894 (2d Cir. 1985); US Court of Appeals for the Fourth Circuit, 6/12/1991, “*Cannelton Industries, Inc. v. District 17, United Mine Workers*”, 951 F.2d 591, 594 (4th Cir. 1991).

planteo de Smarter Tools y confirmó la sentencia de la Corte de Distrito³.

La Corte de Apelaciones explicó que el reenvío es un remedio apropiado si el laudo es ambiguo, que la nueva decisión del árbitro no había modificado la primitiva y que las aclaraciones brindadas por el árbitro estaban en línea con el acuerdo arbitral. En opinión de la Corte, el reenvío para aclarar ambigüedades incluye una situación como la del caso, y la corrección de un error, como la falta de motivación, no viola el principio *functus officio* –que, además, no es estricto y admite varias excepciones– porque no se reabrió la discusión sobre el fondo de la controversia, y lo que buscaba era que el árbitro completase su misión. “Simplemente, no tiene sentido reiniciar un nuevo arbitraje por un error en la forma que el laudo fue emitido”, anotó la Corte.

También rechazó el argumento de que se había incurrido en la causal de anulación consistente en “haber los árbitros excedido sus atribuciones o haberlas ejecutado tan deficientemente que el laudo no

puede considerarse definitivo” contenida en el artículo 10(a)(4) de la FAA⁴, porque esta regla debe ser interpretada restrictivamente, y no exige al juez anular el laudo original si el complementario subsana el error. En cambio, considero que el artículo 11 de la FAA, especialmente el literal c), permite a los tribunales judiciales ordenar la corrección de un laudo “imperfecto en cuestiones de forma que no afecten los méritos de la disputa”⁵, y que el reenvío a los árbitros es consistente con la facultad del juez de dar efecto al acuerdo entre las partes y promover la justicia, dos objetivos que se cumplen aceptando la validez del laudo complementario, que pone fin a la controversia en el modo que las partes convinieron.

En relación con el restante argumento de Smarter Tools, la Corte de Apelaciones coincidió con la sentencia de primera instancia, juzgando que el laudo complementario subsanaba el defecto del original, y contenía una motivación que resultaba suficiente para reconocer su validez.

³ US Court of Appeals for the Second Circuit, 17/01/2023, “Smarter Tools Inc. v. Chongqing Senci Import & Export Trade Co., Ltd.”, Docket No. 21-724.

⁴ “Section 10.- (a) In any of the following cases the United States court in and for the district wherein the award was made may make an order vacating the award upon the application of any party to the arbitration: (...) (4) Where the arbitrators exceeded their powers, or so imperfectly executed them that a mutual, final, and definite award upon the subject matter submitted was not made”.

⁵ “Section 11.- In either of the following cases the United States court in and for the district wherein the award was made may make an order modifying or correcting the award upon the application of any party to the arbitration: (a) Where there was an evident material miscalculation of figures or an evident material mistake in the description of any person, thing, or property referred to in the award. (b) Where the arbitrators have awarded upon a matter not submitted to them, unless it is a matter not affecting the merits of the decision upon the matter submitted. (c) Where the award is imperfect in matter of form not affecting the merits of the controversy. The order may modify and correct the award, so as to effect the intent thereof and promote justice between the parties.

II. La regla *functus officio* y sus excepciones

No es discutible que la regla *functus officio* aplica al arbitraje, y probablemente encuentra en el arbitraje más sentido que en el proceso judicial, dada la temporalidad de la función de juzgar de los árbitros, que no son jueces permanentes y ejercen su jurisdicción “caso por caso”⁶. Pero, más allá de eso, esa condición está expresamente prevista en la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI (replicada en las normas positivas de muchas jurisdicciones nacionales). Aunque, también de manera expresa, se contemplan algunas excepciones⁷.

A. Sentido etimológico, origen histórico y recepción por la Ley Modelo de la CNUDMI

Literalmente, la expresión *functus officio* significa que una función feneció (concluyó o se extinguió) por haber sido

cumplida. Aplicada a los procesos, se utiliza para enfatizar el carácter final e irrevisable de la sentencia por parte del mismo juez que la dictó, y busca evitar interferencias posteriores del mismo juzgador respecto de su propia decisión, prohibiéndole reexaminarla.

Creada originalmente para los tribunales judiciales⁸, la regla fue luego aplicada a las decisiones de los árbitros⁹, principalmente debido al recelo que –por entonces– los tribunales judiciales del *common law* mostraban hacia el arbitraje, y con dos propósitos principales: enfatizar el carácter temporario (y excepcional)¹⁰ de la función de los árbitros y preservar la intangibilidad de la decisión, evitando presiones o influencias a los árbitros para rectificarla¹¹.

Más allá de cual haya sido su origen, hoy esta regla se reivindica especialmente para el arbitraje, debido a que los árbitros obtienen sus potestades de juzgar de un acuerdo de voluntades y, en general,

⁶ Temporalidad que, en algunos casos, inclusive alcanza rango constitucional: tal es el caso de Colombia, cuya Constitución reconoce en el arbitraje la existencia de una jurisdicción transitoria (artículo 116).

⁷ Sobre el tema, con más amplitud, puede verse en Roque J. Caivano y Natalia M. Ceballos Ríos, “La regla *functus officio* y sus excepciones, en la legislación argentina y comparada”, en *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho. Homenaje al prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas*, eds. Santiago Álvarez González y otros (Madrid, Thomson Reuters-Civitas, 2020), 589-610.

⁸ En el ámbito judicial, supone que una vez que su sentencia fue apelada, el juez que la dictó carece de la posibilidad de revisarla y está obligado a remitirla al tribunal superior.

⁹ A mediados del siglo XIX, la Corte Suprema de los EE.UU. resolvió que “los árbitros extinguen sus poderes cuando dictan un laudo final sobre las cuestiones que le fueron sometidas, y carecen de facultades para alterarlo, porque su autoridad concluyó” (US Supreme Court, 1863, “Bayne v. Morris”, 68 U.S. (1 Wall.) 97, 99 (1863)).

¹⁰ La regla era funcional para poder sostener, a partir de la transitoriedad, la excepcionalidad de la jurisdicción arbitral. Lo que hacía posible argumentar que, en tanto la arbitral es excepcional, en caso de duda debe considerarse subsistente, o prevalecer, la jurisdicción judicial.

¹¹ US Court of Appeals for the Seventh Circuit, 13/06/1995, “Glass Molders, Pottery, Plastics and Allied Workers International Union, AFL-CIO, CLC, Local 182B, v. Excelsior Foundry Company et al.”, No. 94-3734 (en especial, voto del juez Posner).

carecen del carácter de permanentes, siendo llamados a cumplir una misión para un caso determinado. Por lo tanto, cuando dictan un laudo que resuelve las controversias que les encomendaron, hacen uso de esas atribuciones y, con ello, éstas se extinguen por su utilización.

Esta regla ha sido expresamente incorporada a la Ley Modelo. Su artículo 32(1) dispone que “las actuaciones arbitrales terminan con el laudo definitivo o por una orden del tribunal arbitral dictada de conformidad con el párrafo 2 del presente artículo”.

En suma, la norma prevé dos formas de terminación de las actuaciones arbitrales: el dictado del laudo definitivo¹², y varios supuestos en que un proceso arbitral finaliza sin el dictado de una sentencia de mérito, descriptos en el párrafo 2 del mismo artículo 32¹³. Y una de las consecuencias de la “terminación de las actuaciones” es la culminación de las funciones de los árbitros: el artículo 32(3) dispone que “el tribunal arbitral

cesará en sus funciones al terminar las actuaciones arbitrales, salvo lo dispuesto en el artículo 33 y en el párrafo 4) del artículo 34”.

B. Las excepciones a la regla: las facultades residuales de los árbitros luego de dictado el laudo final

Las normas a las cuales hace referencia el artículo 32(3) de la Ley Modelo comprende los supuestos en que, haciendo excepción de la regla *functus officio*, el tribunal arbitral conserva ciertas facultades “residuales” luego de dictado el laudo: la facultad de los árbitros de resolver acerca de la interpretación o corrección del laudo, o para dictar un laudo adicional (artículo 33), y la que es específico objeto de este comentario, la de “sanear” el laudo a pedido del juez de la anulación (artículo 34(4)). Como se ve, aunque la regla es que el dictado del laudo final concluye la labor de los árbitros, y extingue su jurisdicción, la ley contempla algunos supuestos en los cuales el tribunal arbitral puede volver a emitir un pronunciamiento¹⁴.

¹² Es “definitivo” el laudo que resuelve la totalidad de las controversias de fondo que le fueron sometidas o la decisión que hace innecesario o imposible seguir adelante con el proceso arbitral (como una declaración de incompetencia o una decisión que admita la caducidad del derecho, la prescripción de la acción, la falta de legitimación o cualquier defensa que impida entrar al fondo del asunto). Por el contrario, la regla no se aplica en caso de laudos parciales, es decir, aquellos que resuelven una porción de las cuestiones sometidas a su decisión. Sobre el tema puede verse, Roque J. Caivano, “La facultad de los árbitros de dictar laudos parciales”, *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones* 263, (noviembre-diciembre 2013): 775 y siguientes.

¹³ “El tribunal arbitral ordenará la terminación de las actuaciones arbitrales cuando: (a) El demandante retire su demanda, a menos que el demandado se oponga a ello y el tribunal arbitral reconozca un legítimo interés de su parte en obtener una solución definitiva del litigio; (b) Las partes acuerden dar por terminadas las actuaciones; (c) El tribunal arbitral compruebe que la prosecución de las actuaciones resultaría innecesaria o imposible”.

¹⁴ Ver, en general, Thomas H. Webster, “*Functus officio* and remand in international arbitration”, *ASA Bulletin* 27, nro. 3 (2009): 441-465.

1. La corrección del laudo

Los primeros dos párrafos del artículo 33 de la Ley Modelo facultan al tribunal arbitral, de oficio o a petición de parte, a corregir errores de cálculo, de copia, tipográficos o de naturaleza similar.

Sea que el tribunal corrija el laudo de oficio, sea que lo haga a instancia de parte, es de la esencia de la corrección que a través de ella no se altere ni se modifique el sentido de la decisión, ni esta prerrogativa puede ser utilizada para enmendar errores *in iudicando*, por ostensibles que aparezcan. El remedio aplica a errores materiales, y lo que busca no es corregir una decisión ni una idea, sino la fórmula utilizada para expresarla, sin modificarla, sustituirla ni alterarla¹⁵.

Esta conclusión no se ve afectada por el hecho de que, en ocasiones, la corrección de una expresión implica una verdadera modificación de la sentencia¹⁶, pues en cualquier caso se trata de subsanar un error consistente en que el tenor literal de aquella no refleja la real voluntad del juzgador. En otras palabras, aun cuando la sentencia pueda verse alterada, lo que se busca con este remedio no es modificar lo que el tribunal “quiso” resolver

sino lo que “dijo”, cuando la forma empleada para expresar la decisión no traduce la verdadera intención del juez¹⁷.

En cuanto a su naturaleza y aspectos procesales, de la norma surge, en primer lugar, que no es un remedio renunciabile por las partes, limitándose la autonomía de la voluntad a pactar un plazo distinto al establecido en la ley¹⁸. En segundo lugar, el plazo para que el tribunal arbitral corrija de oficio los errores y para que las partes lo soliciten es similar en cantidad de tiempo, pero difiere en el modo de computarlo: los treinta días que prevé la norma se cuentan, en el primer caso, desde la fecha en que se dictó del laudo, mientras que en el segundo se cuentan, para cada parte, desde fue notificada. En tercer lugar, si la corrección es solicitada por una parte, la petición debe sustanciarse, dándole a la contraparte la oportunidad de pronunciarse sobre ella.

2. La interpretación del laudo

El artículo 33(1)(b) de la Ley Modelo, inspirado en una regla similar que ya existía en el Reglamento de la CNUDMI contempla la facultad de las partes de solicitar la “interpretación” del laudo.

¹⁵ Francesco Carnelutti, *Sistema de Derecho Procesal Civil* (Buenos Aires, Uteha, 1994), tomo III, 618.

¹⁶ Como sería si la sentencia se equivoca al mencionar la parte (demandante o demandada) que resulta condenada en costas, o incurre en un error de cálculo. O, como el caso que cita Smit, en que el árbitro se equivocó en el nombre del codemandado a quien efectivamente quería condenar (Hans Smit, “Correcting arbitral mistakes”, *The American Review of International Arbitration* 10, no. 2 (1999): 225-231.

¹⁷ Roque J. Caivano y Natalia M. Ceballos Ríos, *Tratado de arbitraje comercial internacional argentino*, (Buenos Aires, Thomson Reuters - La Ley, 2020): 717.

¹⁸ Howard M. Holtzmann y Joseph E. Neuhaus, *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative history and commentary* (Alpen aan den Rijn, Kluwer Law International, 1989): 890.

A pesar de lo que el vocablo “interpretación” podría sugerir, esta facultad no puede ser utilizada para alterar el significado del laudo¹⁹, dado que esta vía está pensada para brindar a las partes un mecanismo que permita eliminar alguna ambigüedad del laudo, que se refiera a lo que se decida o a la determinación de las obligaciones resultantes de él, y sin volver a estudiar el fondo del laudo o la argumentación del el tribunal²⁰. Una disposición similar contenida en el Reglamento de la CCI (artículo 36(2)) fue interpretada en similar sentido: la norma permite que se aclare un laudo para posibilitar su correcta ejecución, si su parte dispositiva tuviese indicaciones contradictorias, pero no puede ser utilizada para reabrir la discusión sobre lo resuelto o sobre la motivación, ni para pedir al tribunal que explique o reformule sus fundamentos, ni constituye una oportunidad para pedir una reconsideración de lo decidido²¹.

En otras palabras, este remedio corresponde cuando los términos del laudo son tan vagos y confusos que pueden suscitar en alguna de las partes una duda genuina acerca de cómo el laudo debe ser ejecutado²², cuando lo ambiguo u oscuro es el contenido de la decisión, no las razones que llevaron a ella²³. Como expresamente aclara en su texto la Ley peruana de Arbitraje de 2008, el recurso de interpretación sólo puede perseguir que el tribunal clarifique algún extremo oscuro, impreciso o dudoso “expresado *en la parte decisoria del laudo* o que influya en ella para determinar *los alcances de la ejecución*” (artículo 58(1)(b))²⁴.

Sobre su naturaleza, debe resaltarse que, a diferencia de la solicitud de corrección previamente analizado, la de interpretación requiere que las partes lo hubiesen convenido expresamente, por lo que, en ausencia de ese acuerdo, el remedio no

¹⁹ David A. R. Williams y Amy Buchanan, “Correction and interpretation of awards under article 33 of the Model Law”, *International Arbitration Law Review* 4, no. 4 (2001): 123.

²⁰ Ernesto Velázquez Argaña, “Comentario al artículo 38”, en *Nuevo Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI 2010 anotado y comentado por materias y antecedentes legislativos*, dirs. Pilar Perales Viscasillas e Ignacio Torterola (dirs.), (Buenos Aires, Legis, 2011), 403-407.

²¹ William Laurence Craig, William W. Park y Jan Paulsson, *International Chamber of Commerce Arbitration*, (Nueva York, Oceana Publications, 2000): 408; Erik Schäfer, Herman Verbist y Christophe Imhoos, *ICC Arbitration in practice*, (Alpen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2005): 131.

²² Brooks W. Daly, “Correction and interpretation of arbitral awards under the ICC Rules of Arbitration”, *ICC Bulletin* 13, no. 1 (2002): 64.

²³ Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard y Berthold Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, (Paris, Litec, 1996): 789.

²⁴ “Sólo se puede interpretar la parte resolutive del laudo o, excepcionalmente, la parte considerativa en cuanto tenga que ser entendida para la ejecución adecuada de lo ordenado. Una ‘aclaración’ de los fundamentos, de la evaluación de las pruebas o del razonamiento del laudo es evidentemente improcedente” (Mario Castillo Freyre, Rita Sabroso Minaya, Laura Castro Zapata y Jhoel Chipana Catalán, *Comentarios a la Ley de Arbitraje. Segunda Parte*, (Lima, ECB y Thomson Reuters, 2014): 927.

será admisible²⁵. Los aspectos procesales de aquel son, en general, aplicables a este remedio.

3. La integración del laudo a través de laudos adicionales

El artículo 33(3) de la Ley Modelo prevé la posibilidad de solicitar al tribunal arbitral que dicte un laudo adicional para pronunciarse sobre pretensiones que no fueron tratadas en el laudo. Es condición de este recurso que se trate de una cuestión que haya sido efectivamente planteada durante el proceso, y no puede ser utilizada para introducir nuevas pretensiones²⁶, y que se trate de una cuestión que debió haber sido resuelta en ese laudo y se omitió decidir, no siendo aplicable para cuestionar la bifurcación del procedimiento o cuando el tribunal arbitral deliberadamente decidió no tratar en el laudo alguna determinada pretensión, dejándola para un laudo posterior.

Desde el punto de vista procesal, este remedio está subordinada a dos condiciones: (i) que las partes no lo hayan excluido convencionalmente: a diferencia de la corrección (irrenunciable) y de la interpretación (que requiere un pacto expreso de incorporación) la solicitud de integración del laudo es admisible, salvo renuncia; y (ii) que haya sido pedido por alguna de ellas: a diferencia de la corrección, que puede ser efectuada de oficio

por el tribunal arbitral, el dictado de un laudo adicional sólo puede hacerse a petición de parte.

III. El reenvío del caso a los árbitros, en la Ley Modelo

La solución adoptada por los tribunales norteamericanos en el caso “Smarter Tools” habría sido posible si la *lex arbitri* hubiese sido la Ley Modelo, sin necesidad de forzar la interpretación –como debió hacer la Corte de Distrito norteamericana– para considerar que esa facultad está comprendida o implícita en el alcance de la jurisdicción que se le abre como consecuencia del pedido de anulación: la facultad le está expresamente reconocida en el artículo 34(4) de la Ley Modelo.

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

Su propósito es evitar la anulación de un laudo que, si bien contiene un defecto

²⁵ Debe recordarse que, conforme el artículo 2(e) de la Ley Modelo, las normas del reglamento al que las partes se hubiesen sometido equivalen a un acuerdo directo entre ellas. Por lo que, si el reglamento prevé este remedio, se entenderá pactado.

²⁶ David D. Caron y Lucy F. Reed: “Post-award proceedings under the UNCITRAL Arbitration Rules”, *Arbitration International* 11, no. 4 (1995), 429-454.

que podría acarrear esa consecuencia, es remediable si el propio tribunal arbitral adoptara alguna medida en ese sentido. El punto de partida para comprender la *ratio legis* de la norma es que la anulación del laudo debería ser la última opción, reservada para cuando no existe otro modo de lograr que se haga justicia o cuando el laudo es “insalvable”. A quienes más perjudica la anulación de un laudo es a las propias partes. Y si la causa que lo privaría de validez es subsanable, es más conveniente reenviarlo a los árbitros para que lo saneen antes que anularlo y privar a las partes de una solución al conflicto, haciendo estéril todo el tiempo y el dinero que se ha invertido en el arbitraje.

Conviene hacer algunas precisiones acerca de los presupuestos de aplicación de la regla contenida en el artículo 34(4) de la Ley Modelo.

En primer lugar, se trata de una facultad que corresponde exclusivamente al tribunal judicial que conoce de la petición de nulidad contra el laudo (“podrá” ordenarlo “cuando corresponda”). Ello significa que ni las partes, ni mucho menos los árbitros, tienen poder de decisión sobre ella. Pero, al mismo tiempo, es una facultad que el juez no puede ejercer de oficio: debe ser pedida por alguna de las partes del proceso de anulación²⁷. Sin embargo, el juez no está obligado a reenviar el caso a los árbitros cuando se

lo pida una parte; está habilitado a examinar la conveniencia de hacerlo, gozando para ello de una amplia discrecionalidad. Racionalmente, utilizará este recurso legal cuando, en la ponderación de los perjuicios que la situación causa a las partes, encuentre que reenviar el laudo a los árbitros para su saneamiento es menos gravoso que anularlo o confirmarlo.

En segundo lugar, es una facultad que el tribunal judicial tiene en el marco del proceso de anulación y, por lógica, antes de que el laudo sea anulado (precisamente evitar la anulación). Normalmente sucederá que el tribunal judicial que se encuentra conociendo de una petición de nulidad considere, *prima facie*, que el laudo podría ser anulado y, a fin de evitar los perjuicios que esa anulación supondría, manda a que los árbitros lo saneen.

En tercer lugar, la ley es amplia acerca de cuál es el alcance del saneamiento a cargo del tribunal arbitral, aludiendo genéricamente a dar a los árbitros “la oportunidad de reanudar las actuaciones arbitrales o de adoptar cualquier otra medida que a juicio del tribunal arbitral elimine los motivos para la petición de nulidad”. Ello comprendería, por ejemplo, la facultad de ordenar al tribunal arbitral la reiteración de alguna diligencia omitida (o irregularmente cumplida) en el marco del proceso arbitral de la que pudo haber resultado una afectación al debido proceso.

²⁷ Aunque no parece haber impedimento para que lo solicite la misma parte que pidió la anulación del laudo, quien normalmente tendrá mayor interés en el saneamiento del laudo es la parte que la resiste.

IV. Conclusiones

La decisión de la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito norteamericano en el caso “Smarter Tools” se inscribe dentro de aquellas que no sólo pueden considerarse pro-arbitraje, sino de sentido común, sopesando ventajas y desventajas prácticas de anular el laudo o de mandar a corregirlo por los propios árbitros. Para ello, ha debido sortear varios escollos. La Ley Federal de Arbitraje no prevé esa solución. El artículo 11, en el cual se basó la Corte, establece la facultad de los tribunales de judiciales de corregir los laudos cuando son imperfectos en materia de forma, sin afectar los méritos de la controversia, con el propósito de hacer prevalecer la intención de las partes y promover la justicia. No es claro si la ley autoriza a los jueces a corregir el laudo ellos mismos o a ordenar su corrección, ni tampoco, en este último caso, si pueden ordenar esa corrección a los mismos árbitros que lo dictaron. Pero la Corte razonó que la “imperfección en la forma del laudo”, que permite ejercer la facultad de corrección, se verificaba ante la insuficiencia en la motivación (sino su directa inexistencia) de lo decidido en el laudo. Y consideró que, dentro de la autorización legal para corregir un laudo, está comprendida la de reenviarlo a los árbitros para que lo corrijan ellos. Como se ve, la Corte ha debido desplegar un esfuerzo interpretativo

para justificar la viabilidad legal de una solución que, si bien parece adecuada, no es claro que sea de las que permite la normativa aplicable.

Por contraste, siendo expresa en la Ley Modelo, esta es una solución de la que se tienen escasos registros: ha sido poco estudiada por la doctrina y rara vez utilizada por los jueces, a pesar de que, bien aplicada, permite evitar la anulación de un laudo y los perjuicios que ello genera a las partes, cuando existe la posibilidad de dar una oportunidad para que el propio tribunal arbitral lo sanee.

Si bien la regla *functus officio* tiene sentido respecto de los árbitros por la temporalidad de sus funciones, también la tiene que, en ciertos casos, pueda hacerse una excepción, cuando ello sea más conveniente que anular un laudo. Cuando la decisión del árbitro contiene errores materiales, ambigüedades u omisiones, y aun cuando adolece de algún vicio subsanable que acarrearía su anulación, es más eficiente que el propio tribunal arbitral la corrija. La petición de nulidad, por el limitado marco cognoscitivo que otorga a los jueces²⁸, supone un dilema, al verse obligado a elegir entre dos situaciones que pueden ser igualmente indeseables: dejar incólumes ciertos vicios de un laudo o anularlo. Con la facultad que le da la ley, ese dilema admitiría una tercera opción: puede reenviar

²⁸ A diferencia de la apelación, que permite al tribunal de instancia superior modificar la sentencia apelada, la nulidad sólo permite anularla o confirmarla (con la obvia posibilidad de que la anulación sea parcial, si el vicio no afecta la totalidad de la decisión, y la parte no-afectada es separable).

el laudo a los árbitros para que lo subsanen.

Es cierto que, en teoría, existe una cuarta opción: que lo corrija el mismo juez de la anulación²⁹. Sin embargo, esta opción implicaría que la solución del caso no provendría de árbitros, regularmente elegidos por las partes, sino de un tribunal estatal, contraviniendo la intención común de aquellas, que fue resolver sus controversias al margen del sistema judicial. La inconveniencia de esta opción es más evidente si el arbitraje hubiese sido de equidad, porque el tribunal judicial difícilmente pueda suplantar el sentido de razonabilidad y justicia de los árbitros en que las partes confiaron.

Examinando el alcance de la facultad del artículo 34(4) de la Ley Modelo, no parece que una situación como la que se planteó en “Smarter Tools” pudiera ser ajena a este remedio, si el vicio que podría afectar la validez laudo es la ausencia de motivación. Si el tribunal de la anulación considera insuficientemente explicados los fundamentos del laudo, puede ordenar que el propio tribunal arbitral corrija ese defecto y cumpla con ofrecer a las partes una fundamentación adecuada. Con la misma lógica que el artículo 33(3) de la Ley Modelo permite a los árbitros dictar un laudo adicional so-

bre alguna petición que se omitió resolver, con la finalidad de evitar una nulidad por infracción al principio de congruencia en su versión *infra petita*, no habría razones para no permitir que incorporen al laudo la motivación que habían omitido. Más allá de la diferencia de estructura de los dos remedios (dictar un laudo adicional es una decisión del árbitro, que puede tomar a pedido de parte; ordenar que se subsane un vicio es una decisión del juez de la anulación), ambos comparan el mismo objetivo: evitar, si se puede, la anulación de un laudo arbitral.

Utilizado con prudencia, el remedio del artículo 34(4) de la Ley Modelo es una opción que juzgamos útil. Los motivos por los cuales un laudo puede ser anulado son múltiples. Van desde la invalidez del acuerdo arbitral hasta la violación del orden público (artículo 34(2)), y algunas causales comprenden vicios procesales de muy diversa índole. Aunque, para provocar la nulidad de un laudo, esos vicios deben ser de una entidad tal que haga intolerable mantenerlo, no todos ellos son insanables. La Ley Modelo prevé la petición de nulidad como único recurso frente al laudo y no establece qué sucede después de la anulación del

²⁹ Esta pareciera ser la opción que el legislador guatemalteco consideró más conveniente: la Ley de Arbitraje de Guatemala, aprobada por Decreto 67/95, prevé que el laudo será pasible de un “recurso de revisión” que, si bien establece “causales” para el recurso (y las que establece son similares a las que el artículo 34 de la Ley Modelo contempla para la anulación), permite al tribunal judicial no solamente confirmar o anular el laudo, sino “revocarlo o modificarlo”, previendo además que “en caso de revocación o modificación, se hará el pronunciamiento correspondiente” (artículo 43(1)).

laudo³⁰. Las dos condiciones llevan al juez a una disyuntiva que puede no ser sencilla de resolver: o confirma un laudo potencialmente nulo, para evitar el dispendio que significa anularlo, o lo anula, dejando a las partes en una suerte de limbo jurídico, en que su única certeza es que el conflicto permanece sin resolver. En ciertas circunstancias, reenviar el laudo a los árbitros para que “eliminen el motivo de nulidad” puede ser un remedio apropiado para proteger a las partes de las desastrosas consecuencias de la anulación del laudo.

³⁰ Algunas legislaciones determinan, con precisión, cuáles son las consecuencias que produce la declaración judicial de nulidad del laudo, según cuál haya sido la causa de la nulidad: por ejemplo, la Ley peruana de Arbitraje de 2008 (artículo 65) o el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional colombiano (Ley 1563/2012, artículos 43 y 110).

La influencia del *common law* y el derecho estadounidense en la práctica y reglas sobre evidencia testimonial en el arbitraje internacional

Katie L. Gonzalez* y Bruno Doig-Gonzales-Otoya**

Principia No. 9–2023 pp. 45-72

Resumen: El arbitraje internacional, por su propia naturaleza, brinda un foro alternativo para resolver disputas fuera del contexto del proceso en las cortes nacionales. El arbitraje no se ha desarrollado en el vacío, separado y alejado de las influencias de las diferentes tradiciones jurídicas alrededor del mundo. El énfasis del arbitraje en la autonomía de las partes y la flexibilidad procedimental permite a las partes seleccionar y dar forma a un proceso ajustado a las eficiencias y la administración justa de su caso. Sin perjuicio de ello, existe una innegable incorporación general de conceptos del *common law* –particularmente de la tradición jurídica y la práctica de los Estados Unidos– en el proceso del arbitraje internacional. Su influencia es quizás más significativa en la esfera de la evidencia testimonial. Desde la producción de documentos (conocida como *discovery*) en la fase inicial de un arbitraje hasta el interrogatorio cruzado de testigos en la audiencia final de méritos, el estilo y la práctica estadounidenses han permeado muchos aspectos del procedimiento arbitral internacional. Este artículo investiga dicha influencia y compara los principales principios y prácticas sobre evidencia testimonial para evaluar su real impacto.

Abstract: International arbitration, by its very nature, provides an alternative forum for resolving disputes outside of the context of any national court proceedings. Arbitration has not developed in a vacuum, separate and apart from the influences of the different legal traditions in jurisdictions around the world. Arbitration’s emphasis on party autonomy and procedural flexibility allows parties to select and shape a process that is tailored to the efficient and fair administration of their case. Notwithstanding this, there has been an undeniable incorporation of common law concepts – particularly from the U.S. legal tradition and practice – into the process of international arbitration as a whole. This influence is perhaps most significantly felt in the realm of witness evidence. From document disclosure (known as “discovery”) during the early stages of an

* Katie L. Gonzalez es Asociada es Abogado Internacional en el grupo de Litigación y Arbitraje de Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP en New York

** Bruno Doig-Gonzales-Otoya es Abogado Internacional en el grupo de Litigación y Arbitraje de Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP en New York

arbitration to the cross-examination of witnesses at the final merits hearing, U.S. style and practice has permeated many aspects of the international arbitration procedure. This article investigates those influences and compares the main principles and practices pertaining to witness evidence to assess its real impact.

Palabras Claves: Arbitraje | Evidencia | Derecho común | Derecho civil | Derecho comparado

Keywords: Arbitration | Evidence | Common law | Civil law | Comparative law

Sumario: I. Introducción, II. Confluencia de culturas y tradiciones jurídicas en el arbitraje internacional, A. Prácticas del *common law*, 1. Prueba testimonial, 2. Producción de documentos, B. Prácticas del *civil law*, 1. Presentaciones escritas extensas, 2. Producción limitada de documentos, C. *Soft law* como ejercicio de balance y compromiso, III. Adopciones y rechazos de reglas sobre evidencia testimonial del *common law* y el derecho estadounidense, A. Principios universales, B. Adopciones, 1. Adopción y sospecha sobre la preparación de testigos, 2. Adopción del interrogatorio, C. Rechazos y cuasi rechazos, 1. Cuasi rechazo de límites a la competencia para testificar, 2. Rechazo de las disposiciones, 3. Rechazo a la necesidad de autenticar evidencia, 4. Rechazo de límites a la *hearsay evidence*, 5. Rechazo de límites al *character evidence*, 6. Rechazo al perjuicio injusto, D. Incertidumbre sobre el privilegio, IV. Conclusiones

I. Introducción

“The American Influence of International Arbitration.”¹ “Is International Arbitration Becoming Too American?”² “Americanization of International Arbitration and Vice Versa.”³ Estos son titulares de publicaciones recientes, que demuestran el persistente interés de la comunidad arbitral por la influencia de otras tradiciones jurídicas y, en particular, por las leyes y la práctica de los Estados Unidos.

Pero la discusión sobre la influencia de las leyes y la práctica estadounidenses no es un mero ejercicio académico. La incorporación del procedimiento estadounidense tiene un impacto muy real y práctico en el procedimiento arbitral, es-

pecialmente en lo que se refiere a la evidencia testimonial. Aunque el arbitraje internacional –que ocurre fuera de las cortes nacionales– nunca ha estado exento de la influencia y las preferencias de los abogados locales. La adopción de muchas prácticas estadounidenses relacionadas con la producción de documentos y el interrogatorio de testigos, por ejemplo, puede tener un impacto significativo en la conducta de las partes a lo largo del arbitraje, en los costes asociados a la resolución de un caso y en el laudo final del tribunal.

Este artículo compara los principales estándares sobre evidencia testimonial que se aplican en el arbitraje internacional actual frente a las reglas y la práctica es-

¹ Roger P. Alford, “The American Influence on International Arbitration,” *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 19, no. 1 (2003), pp. 69-88.

² Von Mehren, George M., and Alana C. Jochum, “Is International Arbitration Becoming Too American.” *Global Bus. L. Rev.* 2 (2011): 47.

³ Fazzi, Cindy, “Americanization of International Arbitration and Vice Versa.” *Dispute Resolution Journal* 62, no. 2 (2007): 89.

tadounidenses para analizar de qué manera específica se manifiesta la influencia norteamericana en las reglas que se usan en el arbitraje. Comprender esta influencia resulta de suma importancia en una disciplina que requiere a sus profesionales adaptación rápida a un entorno internacional y la aplicación de leyes de distintas jurisdicciones.

En el primer capítulo presentamos las líneas generales de la confluencia de culturas y tradiciones jurídicas en el arbitraje internacional, particularmente qué aspectos propios del *common law* y del *civil law* han sido adoptados y adaptados en el arbitraje. En el segundo capítulo nos referimos en particular a las adopciones y rechazos específicos de las reglas sobre evidencia testimonial del sistema norteamericano. Por último, concluimos con reflexiones sobre el impacto que el *common law* y las leyes y prácticas de los Estados Unidos van a tener en el proceso del arbitraje internacional en el futuro.

II. Confluencia de culturas y tradiciones jurídicas en el arbitraje internacional

Con el creciente aumento del arbitraje internacional como mecanismo preferido de resolución de disputas tanto para casos comerciales y para disputas inversor-Estado, también existe el escrutinio

de la influencia externa de otros sistemas jurídicos en el proceso de arbitraje⁴. En esta sección exploramos cómo es que tanto el derecho anglosajón como el derecho europeo continental interactúan transversalmente en todas las fases de un caso. Para ello, *primero*, identificamos cuáles son los espacios en los que se ha impuesto la práctica del *common law*. *Segundo*, identificamos cuáles son los espacios en los que se ha impuesto la práctica del *civil law* o derecho europeo continental. *Finalmente*, cerramos el capítulo con referencia a estándares desarrollados por instituciones internacionales con la finalidad de brindar un balance frente al conflicto de tradiciones.

Como prolegómeno, es necesario precisar que la distinción entre la tradición de *common law* y la tradición del derecho europeo continental es una abstracción. Hoy en día no hay propiamente una jurisdicción que posea de forma pura todas las características que normalmente se atribuyen a una u otra tradición⁵. Sin embargo, la clasificación aún resulta pertinente para identificar la lógica y el origen de las reglas o grupo de prácticas.

Por un lado, al *common law* se atribuye la naturaleza adversarial del proceso, en el que las partes son las que tienen primordialmente la iniciativa del

⁴ Ver Roger P. Alford, "The American Influence on International Arbitration," *Ohio St. J. on Disp. Resol.* 19, no. 1 (2003): 69-88; Pieter Sanders et al., "Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration," in *ICCA Congress Series*, Volume 3, ed. Pieter Sanders (New York: Kluwer Law International, 1987), 171.

⁵ Gary B. Born, *International Commercial Arbitration (Third Edition)*, (Kluwer Law International, 2021), § 15; Richard A. Posner, "An Economic Approach to the Law of Evidence," *Stan. L. Rev.* 51 (1999): 1477.

proceso. La contraposición de las posturas será la que permitirá al juzgador de los hechos descubrir la verdad. El juez tiene un rol pasivo. Asimismo, es un proceso en que prima la oralidad. Por otro lado, al *civil law* se le atribuye una naturaleza inquisitiva. El juez es el que dirige el proceso y el que busca activamente la verdad. Finalmente, es un proceso en el que priman los documentos escritos⁶.

A. *Prácticas del common law*

En este acápite, nos referiremos a las prácticas que tradicionalmente se identifican como del derecho inglés y norteamericano como el uso de la prueba testimonial, la preparación de testigos, la práctica del interrogatorio, y la producción de documentos.

1. Prueba testimonial

La oralidad del proceso y la preeminencia de la prueba testimonial es una de las diferencias tradicionales entre el proceso del *common law* y el proceso del *civil law*⁷. En el paradigma norteamericano, los hechos son establecidos a partir del testimonio de las personas que los presenciaron. Los testigos incluso declaran sobre la autenticidad de los documentos que son aportados ante la corte.

En la tradición norteamericana, el uso de la prueba testimonial se sostiene en, hasta, cuatro pilares: la percepción, la memoria, la narración, y la sinceridad del testigo⁸. Las reglas de evidencia testimonial se amoldan para preservar dichos pilares. Precisamente, el proceso norteamericano está diseñado para ello.

El testigo debe prestar juramento frente al juez y prometer que dirá la verdad. Luego, declarará en la presencia del juzgador de los hechos, sea el jurado o el juez, quien podrá evaluar la veracidad y el peso de lo declarado. Por otro lado, el testigo estará sujeto en el estrado al contrainterrogatorio de los abogados, quienes contrastarán la consistencia interna y externa del testimonio.

En el proceso civil estadounidense, la prueba testimonial puede aparecer a lo largo del proceso. Las partes pueden presentar una declaración escrita denominada *affidavit* o *declaration* que contiene un testimonio bajo juramento⁹.

Durante la fase denominada *discovery* las partes se solicitan mutuamente pruebas para determinar los hechos¹⁰. Esto incluye no solo la producción de documentos, sino las deposiciones en las que se plantean preguntas que deberán ser

⁶ Posner, "An Economic Approach," 1477; Alford, "The American Influence," 69-88.

⁷ Posner, "An Economic Approach," 1477; Sanders et al., "Comparative Arbitration," 171.

⁸ Notes of Advisory Committee on Proposed Rules ("The factors to be considered in evaluating the testimony of a witness are perception, memory, and narration... Sometimes a fourth is added, sincerity, but in fact it seems merely to be an aspect of the three already mentioned.") (citas internas omitidas).

⁹ Black's Law Dictionary. 11th ed. 2019, s.v. "affidavit," "declaration."

¹⁰ Fed. R. Civ. P. 26-37.

contestadas por un testigo antes del juicio¹¹. Si la controversia llega a una etapa de juicio, los abogados podrán interrogar a los testigos frente al juzgador de los hechos, que podrá ser el juez o el jurado¹².

El arbitraje internacional ha adoptado en gran medida esta práctica de la prueba testimonial¹³. En un proceso usual, el arbitraje inicia con la solicitud de arbitraje, que se trata de un escrito muy simple, a veces acompañado de pruebas documentales generales.

Una vez conformado el tribunal arbitral, se procederá a la fase de escritos, en la que las partes, usualmente, presentarán declaraciones escritas de testigos. Si hay nuevas rondas escritas, usualmente se acompañarán nuevas declaraciones, a veces de réplica a lo declarado por otros testigos.

Finalmente, las partes llamarán a los testigos que desean contrainterrogar en la audiencia de actuación de pruebas. En ella, los testigos serán sometidos a las preguntas de los abogados y, ocasionalmente, del tribunal. En algunos casos, la

valoración del testimonio puede definir el resultado final del caso.

2. Producción de documentos

Como indicamos, una de las técnicas de *discovery* habituales en los Estados Unidos es la solicitud de producción de documentos, conjuntamente con las deposiciones de testigos, los interrogatorios escritos, entre otros¹⁴. En los juicios norteamericanos se pueden producir millones de documentos bajo un estándar de relevancia bastante permisivo o liberal.

Los abogados y las partes están forzados a colaborar por las reglas de práctica profesional, así como por las sanciones de faltar a una orden judicial de producir documentos.

En el arbitraje, se ha impuesto la práctica de la producción de documentos¹⁵. Para ello, se suele usar tablas –la más conocida es la tabla de Redfern¹⁶– que ordenen los múltiples pedidos, las objeciones planteadas por la contraparte y la decisión del tribunal.

En caso que existan documentos privilegiados, así como en el *common law*, se proporciona la información no-privile-

¹¹ Fed. R. Civ. P. 26(a)(3); Black's Law Dictionary. 11th ed. 2019, s.v. "deposition."

¹² Fed. R. Civ. P. 38-53.

¹³ Ver, generalmente, Born, *International Commercial*, § 15; Nigel Blackaby et al., *Redfern and Hunter on International Arbitration (Seventh Edition)* (Oxford; New York: Oxford University Press, 2023), § 6; Tobias Zuberbühler et al., *IBA Rules of Evidence: Commentary on the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration (Second Edition)* (Zurich: Schulthess Juristische Medien AG, 2022), 108-11; Ragnar Harbst, "Chapter 10: Witnesses," in *Handbook of Evidence in International Commercial Arbitration: Key Concepts and Issues*, ed. Franco Ferrari and Friedrich Jakob Rosenfeld (Kluwer Law International, 2022), 229-46.

¹⁴ Ver Fed. R. Civ. P. 26-37.

¹⁵ Reglas IBA, artículo 3.

¹⁶ Born, *International Commercial*, § ([16][3][a][ii][1]).

giada que permita identificar los documentos en una tabla de privilegio o *privilege log*. El tribunal decidirá si la información es realmente privilegiada.

El incumplimiento de la producción de documentos mandada por el tribunal puede conllevar a criterio del tribunal a inferencias negativas con respecto a los hechos que los documentos no presentados buscaban probar.

Si bien la producción de documentos ya forma parte del estándar del arbitraje internacional, existe insatisfacción en el mercado¹⁷. Las razones principales son los altos costos que involucra la producción de documentos debido a las horas invertidas por los abogados que revisan los documentos; así como las pocas probabilidades de obtener documentos que sean realmente materiales para decidir el caso.

B. Prácticas del civil law

En este acápite nos referiremos a las características y prácticas del arbitraje internacional que generalmente se atribuyen al *civil law*. Estas son, particularmente, las presentaciones escritas extensas, la limitación a la producción de documentos y la limitación del rol de la prueba testimonial.

1. Presentaciones escritas extensas

En el *civil law* predomina el ideal de que el derecho puede determinarse puramente bajo la lógica y la razón y en base al método científico. En ese sentido, no resulta necesario presentaciones orales extensas que redundarían en lo que ya se encuentra en el expediente. El juez decidirá sobre la base de los escritos de las partes y la documentación del caso¹⁸.

En el arbitraje internacional, si bien hay un énfasis importante en la oralidad, con el interrogatorio de testigos y alegatos orales de apertura y a veces de cierre, las presentaciones escritas son muy importantes¹⁹.

Las partes presentan extensos memoriales en sucesivas rondas de escritos. Generalmente, el arbitraje comienza con una petición de arbitraje y una respuesta escrita, aunque ello varía según las reglas pactadas.

Las partes plantean resumidamente su caso. Luego de constituido el tribunal, las partes presentarán memoriales sobre la jurisdicción y los méritos con una declaración completa de su caso, incluyendo la presentación de todos los documentos en los que se basan para sustentar sus pretensiones y defensas. Las pre-

¹⁷ White & Case, “2021 International Arbitration Survey Report: Adapting arbitration to a changing world,” Queen Mary University of London, last accessed December 8, 2023, https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/LON0320037-QMUL-International-Arbitration-Survey-2021_19_WEB.pdf.

¹⁸ Born, *International Commercial*, § 15; Posner, “An Economic Approach,” 1477.

¹⁹ Born, *International Commercial*, § 15; Blackaby et al., Redfern and Hunter, § 6.

sentaciones pueden llegar a los cientos de páginas en las controversias más complejas e ir acompañadas de hasta miles de pruebas documentales y legales que sustentarán cada una de las afirmaciones.

En muchos casos las partes deciden tener dos rondas de presentaciones escritas y posteriormente a la audiencia una o dos rondas de escritos finales. Los tribunales arbitrales suelen basarse largamente en las presentaciones escritas y otorgar mayor preponderancia a la prueba documental para sustentar sus decisiones.

2. Producción limitada de documentos

En el modelo del *civil law* no suelen ocurrir solicitudes mutuas de producción de documentos. Las partes deben presentar los documentos en los que se basan sus pretensiones con sus escritos. En ese sentido, la influencia del *civil law* en cuanto a la producción de documentos se manifiesta en la imposición de límites respecto a la versión del proceso civil anglosajón.

En el arbitraje internacional, la parte solicitante debe presentar un pedido concreto y específico, sea de un documento identificado, o de categorías limitadas y específicas de documentos²⁰. Asimismo, debe demostrar la relevancia y materialidad de su pedido, que la otra parte tiene

posesión y control de los mismos. Por su parte, los pedidos pueden ser objetados por razones de privilegio, inexistencia o falta de posesión y control, así como por excesiva onerosidad. En comparación con las solicitudes de producción de documentos que ocurre en el proceso civil anglosajón, el arbitraje internacional, incluso en arbitrajes con sede en, o sujetos a la ley de, Estados Unidos, limita el alcance de lo que es posible pedir y eleva la carga de la prueba de la procedencia del pedido para el solicitante.

C. *Soft law como ejercicio de balance y compromiso*

En respuesta a la incertidumbre que genera la amplia discrecionalidad que tienen los tribunales arbitrales para determinar las reglas procesales aplicables en defecto del acuerdo de las partes, la International Bar Association (IBA) ha contribuido a codificar las prácticas estándar sobre evidencia en el arbitraje internacional²¹.

Las Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional (en adelante, “Reglas IBA”) se volvieron rápidamente en un referente para solucionar diversas cuestiones sobre admisibilidad de evidencia. La IBA buscó establecer un marco que pueda ser aceptable y balanceado tanto para abogados con formación del *civil law* como aquellos con

²⁰ Reglas IBA, artículos 3, 9.

²¹ Roman Mikhailovich Khodykin, et al., “1. Provenance and Development of the IBA Rules on Evidence,” in *A Guide to the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*, (Oxford: Oxford University Press, 2019), 1-9.

formación del *common law*. En ese sentido, adopta una versión balanceada de las diversas prácticas arriba señaladas, entre otras.

Las Reglas IBA buscan cerrar la brecha entre el *common law* y el *civil law* en cuanto a prácticas como la solicitud y producción de documentos, la evidencia testimonial, entre otras²².

Recientemente, un grupo de abogados del *civil law* propusieron un nuevo instrumento de *soft law* denominado las Reglas de Praga²³, que incluye una serie de reglas procedimentales cuyo espíritu es dar mayor importancia a la tradición del *civil law* que las Reglas IBA, las cuales estarían desbalanceadas dando mayor preferencia al *common law*²⁴. Estas reglas han generado controversia, siendo que algunos condenan el ejercicio, mientras que otros señalan que no existe mayor diferencia frente a las Reglas IBA²⁵.

Lo cierto es que tanto las Reglas IBA, como las Reglas de Praga son simplemente guías para las partes y los tribunales, en quienes reposan finalmente los acuerdos y decisiones procedimentales. Ambas reglas permiten un proceso más adversarial, con preponderancia de prueba testimonial y amplia producción de documentos, como un proceso más inquisitivo, con preponderancia de la prueba documental y nula o limitada producción de documentos. Ambos instrumentos dejan amplia discrecionalidad y flexibilidad a las partes para adoptar las reglas que sean más adecuadas a su disputa.

III. Adopciones y rechazos de reglas sobre evidencia testimonial del *common law* y el derecho estadounidense

Habiendo sentado el panorama general de la influencia del *common law* y del *civil law* en el arbitraje en general, en este capítulo nos concentramos más a detalle

²² Zuberbühler, et al., "Preamble," in *IBA Rules of Evidence: Commentary on the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration (Second Edition)* (Zurich: Schulthess Juristische Medien AG, 2022), 1-9.

²³ Reglas Sobre la Tramitación Eficiente de los Procedimientos en el Arbitraje Internacional (Reglas de Praga).

²⁴ Javin-Fisher, Robert and Erika Saluzzo, *Prague rules on evidence in international arbitration: a viable alternative to the IBA rules*, (Prague: Humphries Kerstetter, 2019), <https://praguerules.com/upload/iblock/587/5872685539bddec7618083c020f6f93.pdf>.

²⁵ Born, International Commercial, § [16][3][a][ii][2]; Duarte Gorjão Henriques, "The Prague Rules: Competitor, Alternative or Addition to the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration?," in *ASA Bulletin*, ed. Matthias Scherer (Association Suisse de l'Arbitrage; Kluwer Law International, 2018), 351-63; Rekha Rangachari and Kabir Duggal, "Different but similar? Comparing the IBA Rules on the taking of evidence with the Prague Rules," in *Arbitration International*, ed. William W. Park (Oxford: Oxford University Press, 2021), 631-51; Michael McIlwrath, "The Prague Rules: The Real Cultural War Isn't Over Civil vs Common Law," Kluwer Arbitration Blog, last accessed December 8, 2023, <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/12/12/the-prague-rules-the-real-cultural-war-isnt-over-civil-vs-common-law/>.

en cuestiones específicas sobre prueba testimonial. El propósito es comparar qué reglas estadounidenses se encuentran reflejadas en el arbitraje internacional y cuáles han sido rechazadas.

Así, primero nos referimos a los principios universales independientes de la tradición jurídica. Segundo, presentamos las prácticas que han sido adoptadas del derecho anglosajón. Tercero, identificamos los rechazos a la práctica norteamericana. Finalmente, nos referimos a la incertidumbre que opera en el plano del privilegio.

A. Principios universales

Más allá de las diferencias, tanto el *common law* como el *civil law* coinciden en que, más allá de las reglas particulares y especificidades, ciertos principios básicos deben respetarse de modo que el proceso sirva para resolver con justicia las controversias de fondo. De la tradición anglosajona proviene el debido proceso y de la tradición europea continental proviene la tutela jurisdiccional efectiva²⁶. Más allá de las denominaciones y del contexto en el que se originan, la igualdad de armas²⁷, la libertad de presentar el caso²⁸, así como la eficiencia y

²⁶ María Cristina Chiabra Valera, “El Debido proceso legal y la Tutela jurisdiccional efectiva: más similitudes que diferencias” *Foro jurídico*, no. 11 (2010): 67-74, <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18575/18815>.

²⁷ Ley Modelo CNUDMI, artículo 18 (“Deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos.”); Reglas de Arbitraje CNUDMI 2021, artículo 17(1), (“Con sujeción a lo dispuesto en el presente Reglamento, el tribunal arbitral podrá dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado, siempre que se trate a las partes con igualdad y que en cada etapa del procedimiento se dé a cada una de las partes una oportunidad razonable de hacer valer sus derechos...”); United Nations Commission on International Trade Law, *UNCITRAL 2012 Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration*, (New York: United Nations, 2012), 98, <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/mal-digest-2012-e.pdf>. (“This principle extends to both evidence and submissions on the facts and on the law. According to a court decision, the principle is complied with where: each party is afforded a reasonable opportunity to fully state its case; each party is given an opportunity to understand, test and rebut its opponent’s case; if there are hearings, proper notice is given thereof, and the parties and their advisers have the opportunity to be present throughout the hearings; and each party is given reasonable opportunity to present evidence and argument in support of its own case”).

²⁸ Naciones Unidas, *Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras* (Nueva York, Naciones Unidas, 1958), artículo V(1)(b), <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/new-york-convention-s.pdf>.

(“Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución:... Que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa “); Ley Modelo CNUDMI, artículo 18; Reglas de Arbitraje CNUDMI 2021, artículo 17(1); Born, *International Commercial*, § 15.04[B][2] (“In the United States, courts considering the fairness of international arbitral proceedings have applied, by analogy, the U.S. constitutional requirement of due process, applicable to U.S. judicial and administrative proceedings. The due process clause of the U.S. Constitution guarantees ‘an opportunity to be heard ‘at a meaningful time and in a meaningful manner.’”).

celeridad²⁹ en la solución de la disputa son principios comunes y forman parte también del arbitraje.

En efecto, en base a la igualdad de armas, ambas partes deben tener las mismas oportunidades de ofrecer testigos y expertos, deben tener la misma oportunidad de llamar testigos a contrainterrogatorio, así como la misma oportunidad de contrainterrogar y objetar a preguntas

indebidas³⁰. Por otro lado, ambas partes tienen la libertad de decidir la forma en que llevarán su defensa y presentarán su caso. Cada parte podrá decidir qué testigos y expertos presentar al tribunal, cómo organizar y formular su interrogatorio, así como cuánto tiempo asignar a cada interrogatorio³¹. El tribunal debe garantizar ambos principios, pero también debe salvaguardar la eficiencia y la

²⁹ Reglas de Arbitraje CNUDMI 2021, artículo 17(1) (“En el ejercicio de su discrecionalidad, el tribunal arbitral dirigirá las actuaciones con miras a evitar demoras y gastos innecesarios y a llegar a una solución justa y eficaz del litigio entre las partes”); *S. D. Myers Inc. v. Government of Canada*, (UNCITRAL) Procedural Order No. 18, 26 Feb. 2001, at 11 (“it is the duty of this Tribunal to both of the Disputing Parties to determine the disputes between them as expeditiously and efficiently as practicable”); Blackaby et al., *Redfern and Hunter*, §6.02 (“It must also take into account the provisions of the international conventions on arbitration, which aim to ensure that arbitral proceedings are conducted fairly, and the tribunal’s own view of how the procedure can be conducted most efficiently.”).

³⁰ Cfr. Born, *International Commercial*, §15.04[B][2] (“Despite its universal application, the guarantee of equal treatment must be applied with care. The fact that the arbitral tribunal conducts the arbitral hearings at a location that is closer (in terms of geographic distance) to one party than the other does not implicate equal treatment; the same is true if the arbitral tribunal conducts the arbitration in a language that is the official language of one party’s home state (and not the other party’s). On the other hand, a party may be denied equal treatment if it was denied the right to counsel (or counsel of its choice), while its counter-party was not; if it was permitted five days to prepare its written submissions, while its counter-party was granted five weeks; if it was permitted to offer testimony from only three witnesses, while its counter-party was permitted to offer testimony from thirteen witnesses; or if it was subject to a ten-page limit, while its counter-party was permitted to submit a twenty-five-page Memorial.”).

³¹ Cfr. Born, *International Commercial*, §15.04[B][3] (“The procedural protections contemplated by the right to be heard in international arbitration consist of: (a) adequate notice of the proceedings, including notice of the major steps in arbitration; (b) adequate notice of the claims, evidence and legal arguments of other parties to the arbitration; (c) representation by counsel of the party’s choice (except where specifically waived); (d) adequate time to present a party’s claims or defenses, evidence and legal arguments, including, in most cases, at an oral evidentiary hearing in the presence of the arbitral tribunal; (e) adequate time to prepare claims or defenses, evidence and legal arguments, including responses to the claims or defenses, evidence and legal arguments of other parties to the arbitration; (f) an impartial and independent tribunal; (g) a decision based on the evidence and legal arguments submitted by the parties, and not upon ex parte communications or the tribunal’s independent factual investigations (except where specifically agreed to the contrary); and (h) protection against ‘surprise’ decisions, not based upon factual or legal grounds that a party had no opportunity to address. Conversely, the right to be heard does not generally include: (a) a substantively correct decision, including a decision choosing and applying the correct substantive law; (b) a reasoned award; (c) arbitral procedures that resemble those of a party’s home jurisdiction; (d) disclosure or discovery; (e) hearings open to the public; (f) advance notice of the contents of the tribunal’s decision and an opportunity to comment thereon; (g) unlimited time to prepare or present a party’s case; (h) a verbatim transcript; (i) a hearing in the physical presence of the tribunal and all witnesses; or (j) financial assistance to ensure that a party has resources equivalent to those of a counter-party to present its case. Although parties not infrequently demand one or more of these procedural protections (and are sometimes granted them by arbitral tribunals), they are not ordinarily regarded as essential to an opportunity to be heard.”).

celeridad del caso. Las partes que deciden ir a arbitraje desean que sus disputas se resuelvan de forma rápida y efectiva. En ese sentido, el tribunal tiene la potestad de fijar tiempos razonables para cada actuación, restringir el número de testigos y peritos que deberán comparecer a una audiencia, redirigir el conainterrogatorio a lo que considere más relevante para resolver, entre otras facultades³².

Por otro lado, resulta particular del arbitraje la flexibilidad de las actuaciones y el rechazo a formalismos que puedan entorpecer una solución efectiva de la disputa de fondo³³. El arbitraje trata de no enfrascarse en reglas procesales muy estrictas que en cualquier momento puedan llevar a la nulidad de lo actuado, impulsando a las partes obstaculizadoras a objetar todo lo posible con el fin de dilatar el proceso. El arbitraje busca incenti-

var un ambiente de colaboración en la solución del conflicto. Como veremos con más detalle a continuación, los árbitros no suelen preocuparse en demasía por reglas de admisibilidad de la evidencia y buscan evitar objeciones que obstaculicen el entendimiento del tribunal sobre el fondo de lo que debe resolver.

Una razón fundamental para esta distinción con respecto al proceso norteamericano es que no hay un jurado de personas comunes y sin necesariamente formación jurídica, que puedan resultar impresionados por evidencia que lógicamente no puede o no debe probar lo que pretende. Las reglas de admisibilidad de la evidencia en muchos casos precisamente buscan escudar al jurado de información impertinente y permitirles decidir en base a la evidencia realmente importante³⁴. En el arbitraje, las partes es-

³² ICC, “Técnicas para Controlar el Tiempo y los Costos en el Arbitraje” (2da. Ed.), last modified March 16, 2018. <https://iccwbo.org/news-publications/arbitration-adr-rules-and-tools/icc-arbitration-commission-report-on-techniques-for-controlling-time-and-costs-in-arbitration-spanish/>.

³³ Blackaby et al., *Redfern and Hunter*, § 6.01 (“An international arbitration may be conducted in many different ways. There are few fixed rules. Institutional and ad hoc rules of arbitration often provide an outline of the various steps to be taken, but detailed regulation of the procedure to be followed is established either by agreement of the parties, or by directions from the arbitral tribunal, or by a combination of the two. The flexibility that this confers on the arbitral process is a reason why parties choose international arbitration over other forms of dispute resolution in international business and trade. The only certainty is that the parties’ counsel should not bring with them the rulebooks from their home courts. The rules of civil procedure that govern proceedings in national courts have no place in arbitrations, unless the parties expressly agree to adopt them.”); Born, *International Commercial*, §15.01[A] (“International arbitration is also designed with the objective of avoiding the formalities and technicalities that are associated with many national litigation systems. International business men and women choose arbitration in order to provide commercially-sensible and practical resolutions to cross-border commercial disputes. This permits – indeed, requires – dispensing with many of the procedural formalities that are designed for domestic litigation involving individual litigants, and instead adopting procedures that will achieve commercially-practicable results.”); Award in AAA Case No. 1310-0417-78 of 4 January 1980, VIII Y.B. Comm. Arb. 166, 168 (1983) (“[A]n arbitration proceeding is not governed by strict evidentiary requirements.”).

³⁴ David P. Leonard et al., *The New Wigmore: A Treatise on Evidence*. Vital Law (2023 Supp. 2010-2020), § 1.2 (“There is more to the distinction, however. The jury’s primary task is to determine facts, and jurors can be expected to be consumed with this task as they listen to the evidence and seek to reach a fair and just verdict. Most often, jurors are laypersons who might not understand or sympathize with the complex

peran que los árbitros evalúen qué evidencia tiene valor o no para determinar un hecho, evitando incidentes cada vez que surja una objeción³⁵.

B. Adopciones

El interrogatorio de testigos es, sin duda, en cuanto a la prueba testimonial, la “americanización” más popular del arbitraje internacional. Ello ha llevado aparejado las prácticas sobre la preparación de testigos. En ambos casos aún existe una conversación dinámica entre culturas y necesidades prácticas. Sin embargo, podemos señalar que hay una clara adopción de esta práctica del *common law* y de los Estados Unidos.

1. Adopción y sospecha sobre la preparación de testigos

Las particularidades del proceso civil y de la práctica de la prueba testimonial llevan a la necesidad de que los testigos sean preparados antes de comparecer

ante la contraparte y el juzgador de los hechos. En ese sentido, resulta común en el proceso anglosajón que las partes se reúnan con los testigos que han presentado para familiarizarlos con las reglas aplicables y con la práctica del interrogatorio. En los Estados Unidos es generalmente aceptado discutir de lleno los hechos del caso y las posibles preguntas a las que será sometido³⁶. Finalmente es el deber del propio testigo expresar lo que corresponda a los hechos que presencié y recuerda.

En el arbitraje internacional es generalmente aceptado que los abogados pueden entrevistarse con los testigos para preparar la declaración escrita y para prepararse para la comparecencia en audiencia³⁷. Sin embargo, no existe consenso pleno respecto del estándar específico de preparación y qué puede y qué no puede hacer el abogado. Cuando las partes y sus abogados provienen de distintas tradiciones jurídicas, algunos esti-

exclusionary principles of evidence law. When faced with relevant evidence that would appear to advance their effort to reconstruct the facts, some jurors will naturally use that evidence. Thus, the very task the jurors are required to perform makes at least some of them singularly unsuited to uphold the policies of evidence rules, which may require ignoring relevant evidence under some circumstances. If evidentiary rules that might make certain relevant evidence inadmissible are to be upheld, the judge must therefore be the actor charged with that task.”)

³⁵ *Sylvania Technical Systems, Inc. v. The Government of the Islamic Republic of Iran*, IUSCT Case No. 64, Award (Award No. 180-64-1), 27 June 1985, at 5 (“Third, the Respondent has objected on grounds of irrelevance and prejudice to the filing by the Claimant of copies of a number of newspaper and magazine articles submitted as Exhibit 1 in the Claimant’s Documentary Evidence filed on 3 January 1984. The Tribunal finds no need to exclude this evidence. As with any evidence, the Tribunal is able to assess its bearing on the case as well as its evidentiary value.”).

³⁶ Roger S. Haydock & David F. Herr, *Discovery Practice (Eighth Edition)* (Wolters Kluwer Law & Business, 2014), §§ 18.03-18.04 (Eighth Edition, 2023-3 Supp. 2017); Cfr. John S. Applegate, “*Witness Preparation*”, *Tex. L. Rev.* 68, no. 2 (December 1989): 277-352.

³⁷ Reglas IBA, artículo 4(3) (“No será considerado impropio que una Parte, sus directivos, empleados, asesores legales u otros representantes, entrevisten a sus testigos o potenciales testigos y discutan con ellos sus posibles testimonios.”).

man recomendable aclarar el estándar al inicio del arbitraje para que haya igualdad de armas y no exista un desbalance de expectativas o incluso de estándares locales de práctica de la abogacía³⁸.

2. Adopción del interrogatorio

Las reglas de evidencia norteamericanas regulan la forma de interrogar a los testigos de modo que responda a los cuatro pilares del testimonio oral³⁹. Las reglas distinguen dos tipos de preguntas: las preguntas abiertas y las preguntas cerradas⁴⁰.

Las preguntas abiertas responden al qué, quién, cómo, dónde, cuándo, por qué, para qué. La respuesta es consecuentemente espontánea y permiten al testigo presentar su versión de los hechos en sus propias palabras. Las preguntas cerradas, por el contrario, piden confirmar si es cierto un enunciado. El testigo solo puede responder sí o no, lo cual permite al abogado guiar el interrogatorio y con-

trastar lo dicho por el testigo con el resto de la evidencia. Cada tipo de preguntas corresponden a diversas fases del interrogatorio: el interrogatorio directo, el interrogatorio cruzado y el interrogatorio redirecto.

La parte que ofreció al testigo ejecuta el interrogatorio directo. En este primer interrogatorio solo están permitidas las preguntas abiertas. Esto impide que el abogado que ofreció al testigo ponga sus propias palabras en la boca del testigo, lo cual ocurriría si solo pidiera la confirmación de su enunciado, como ocurre con las preguntas cerradas. La contraparte luego procede a formular el interrogatorio cruzado. En este el abogado buscará cuestionar la capacidad del testigo, sea por su falta de capacidad física o mental para percibir los hechos, la consistencia interna de su testimonio, sea que existan contradicciones o inconsistencias, o la veracidad del testimonio en base al contraste con otros testimonios o con la evi-

³⁸ Zuberbühler et al., *IBA Rules of Evidence: Commentary on the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration (Second Edition)*, 108-111; Harbst, "Chapter 10: Witnesses," 229-46.

³⁹ F.R.E. 611.

⁴⁰ Wigmore, *Evidence in Trials*, § 769 ("On the direct examination, i.e., by the counsel of the party in whose favor the witness is called, the most important peculiarity of the interrogational system is that it may be misused by suggestive questions to supply a false memory for the witness—that is, to suggest desired answers not in truth based upon a real recollection. The problem is to discriminate between the forms of questions which will too probably have that effect and those which will not. Questions may legitimately suggest to the witness the topic of the answer; they may be necessary for this purpose where the witness is not aware of the next answering topic to be testified about, or where he is aware of it but its terms remain dormant in his memory until by the mention of some detail the associated details are revived and independently remembered. Questions, on the other hand, which so suggest the specific tenor of the reply as desired by counsel that such a reply is likely to be given irrespective of an actual memory, are illegitimate. The essential notion, then, of an improper (commonly called a leading) question is that of a question which suggests the specific answer desired. It will be seen that a collusive or conscious intention of the witness to answer as desired is here not a necessary assumption. That is a frequent danger, but not the only one; for the known principles of human nature tell us that a witness may also unconsciously accept the suggestion of a question. It is therefore not necessary to attribute a corrupt intention either to witness or to counsel, since the danger has larger aspects than that.").

dencia documental⁴¹. Finalmente, la parte que ofreció al testigo prosigue con el interrogatorio redirecto, que tiene la finalidad de rehabilitar al testigo frente a respuestas negativas durante el interrogatorio cruzado. El abogado solo puede formular preguntas abiertas⁴². Durante todo el interrogatorio, ambas partes pueden formular objeciones sea que las preguntas estén formuladas en contra de las reglas, sean impropias o el testimonio configure evidencia inadmisibles⁴³.

El arbitraje internacional ha adoptado casi completamente la práctica de interrogatorio anglosajón, por supuesto con ligeras variaciones⁴⁴. En una audiencia estándar, se someterá a interrogatorios directos, cruzados y redirectos a los testigos llamados a comparecer.

Ahora bien, el interrogatorio directo en el arbitraje internacional es mucho más

limitado considerando que los testigos y peritos ya han tenido presentaciones escritas, en muchos casos limitado a la adopción de la declaración escrita.

Por el contrario, en el litigio estadounidense, el interrogatorio directo es extenso y, a menos que haya ocurrido una deposición, existe un elemento de sorpresa. En cualquier caso, las partes formularán objeciones y el tribunal resolverá.

Algunos árbitros tienden a ser más flexibles con respecto a la formulación de preguntas cerradas o abiertas, pues prefieren evitar la interrupción de las declaraciones por las objeciones, sin perjuicio de evaluar posteriormente el peso de una declaración obtenida con una pregunta impropia⁴⁵. Por supuesto, los árbitros tampoco dudarán en dar la razón a objeciones por preguntas indebidamente

⁴¹ Wigmore, *Evidence in Trials*, §§ 774-79.

⁴² Wigmore, *Evidence in Trials*, §§ 1100-1144.

⁴³ Wigmore, *Evidence in Trials*, §§ 780-787.

⁴⁴ Reglas IBA, artículo 8; Zuberbühler et al., *IBA Rules of Evidence*, 103 – 131; Harbst, “Chapter 10: Witnesses,” 229-46.

⁴⁵ *Carlos Ríos and Francisco Ríos v. Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/17/16, Transcripts Hearing Day 3 - 13 Apr 2019, 832-33 (“P: Otro aspecto sobre este documento de trabajo, el R-296, sobre el que se le preguntó, el señor Silva Romero le hizo uno pregunta sobre un concepto que está contenido –lo refirió él a la página 58 de ese documento– y le pidió que viera en esa página el concepto del equilibrio del negocio. Quería preguntarle, señor Pérez, usted como jefe negociador por parte del Estado y participe de este proceso, ¿nos podría decir en qué consistía ese equilibrio del negocio descrito en ese documento, y específicamente si se entendía por ese concepto que habría un nivel de demanda o EBITDA mínimo que sería garantizado por el Estado bajo los nuevos contratos? SEÑOR SILVA ROMERO: Objeción, la segunda pregunta es leading. La primera era abierta, pero la pregunta ya tiene que ser simplemente olvidada porque ya el testigo sabe lo que tiene que responder. SEÑOR GRANÉ LABAT: Señora presidenta: en lo absoluto es una pregunta leading. Le pregunté si en su experiencia como negociador ese concepto se entendía como un nivel de mínimo demanda o EBITDA o mínimo. Si no es cierto, puede decir que no es cierto. Si lo es, puede decir que sí. Es sí o no. No es leading en lo absoluto. SEÑOR SILVA ROMERO: Sí o no es una pregunta *leading* en mi humilde opinión, miembros del Tribunal. PRESIDENTA KAUFMANN-KOHLER: Bien, voy a hacer yo la pregunta. Hablamos del equilibrio financiero económico de los contratos. ¿Qué — cómo define usted esta noción?”)

formuladas⁴⁶. Finalmente, los árbitros tienden a tener un rol más activo en la formulación de las preguntas y en guiar el testimonio.

La práctica de objeciones sigue también de cerca a la práctica del *common law*, aunque, como indicamos, y por supuesto dependiendo de la formación del tribunal, los árbitros son más flexibles con respecto a las objeciones. Los árbitros prefieren escuchar al testigo y evaluar si lo que dijo tiene valor o no. En cualquier caso, además de las preguntas impropia-mente formuladas, en una audiencia sue-

len escucharse las usuales objeciones: (1) preguntas compuestas, cuando se formula más de una interrogante dentro de una pregunta, pudiendo confundir al testigo y haciendo poco clara la narración de los hechos⁴⁷, (2) asunción de hechos, cuando la pregunta lleva incorporada un presupuesto de hecho que no ha sido necesariamente aceptado por el testigo o que ni siquiera está en el récord del caso, pudiendo nuevamente generar confusión⁴⁸, (3) un llamado a una conclusión legal, cuando se pide al testigo o experto que opine sobre una cuestión que debe resolver el tribunal⁴⁹, (4) argumen-

⁴⁶ *Carlos Ríos and Francisco Ríos v. Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/17/16, Transcripts Hearing Day 3 - 13 Apr 2019, 923 (“Última pregunta. El doctor Silva Romero le mostró varias comunicaciones de Alsacia y Express, y afirmó que usted nunca le respondió o les respondió. ¿Eso significa que usted o la administración nunca atendieron las solicitudes de Alsacia y Express? SEÑOR SILVA ROMERO: Objeción. Perdón, objeción. Es leading. Leading question. PRESIDENTA KAUFMANN-KOHLER: ¿Es leading? SEÑOR SILVA ROMERO: Sí, perdón. Es una pregunta dirigida, sugestiva, inductiva. SEÑORA GEHRING FLORES: No estoy sugiriendo la respuesta. Pero... PRESIDENTA KAUFMANN-KOHLER: Un poco sí. (Risas.)”); David R. Aven, Samuel D. Aven, Carolyn J. Park, Eric A. Park, Jeffrey S. Shiolen, Giacomo A. Buscemi, David A. Janney and Roger Raguso v. The Republic of Costa Rica, ICSID Case No. UNCT/15/3, Transcripts of Hearing - Day 5 - 9 Dec 2016, 1361 (“MS. BOUCHENAKI: May I just, Members of the Tribunal, object that this line of questions is completely leading. So, he’s leading the witness into the answer that he’s trying to obtain. PRESIDENT SIQUEIROS: That is correct. You should abstain, Mr. Guevara, from leading the witness into a response that is simply expected from him to conclude. MR. GUEVARA: Perfect. PRESIDENT SIQUEIROS: You understand the nature of a leading question? MR. GUEVARA: Yes, sir.”)

⁴⁷ *International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States*, Transcript of Hearings - Day 3 - 28 Apr 2004, 851-52 (“Q. Mr. Alcantara, this phenomenon of skill machines, when did it start, when did it become a problem, or when were trials being brought, and when did Gobernacion start closing facilities? I would just like to have some idea of a time line when all this started. Is this as recent as something that— PRESIDENT VAN DEN BERG: Mr. Perezcano, can you ask one question at a time because I count at least four in one. So, if you take it in turns. MR. PEREZCANO: Understood and noted. PRESIDENT VAN DEN BERG: You have compounded questions, but I don’t know how it is compounded compounded. No disrespect meant. MR. PEREZCANO: I understand, Mr. President.”)

⁴⁸ *Railroad Development Corporation (RDC) v. Republic of Guatemala*, ICSID Case No. ARB/07/23, Transcripts of Hearing on Merits- Day 7 - 15 Dec 2011, 1626-27 (“Q. How can it be harmful to the interests of the State that the Contract doesn’t have a requirement for Presidential approval, but you could have gotten it approved by the President? Doesn’t that solve all, any potential harm to the State? MR. ORTA: I’m sorry. That’s assuming facts not in evidence. MR. FOSTER: He can clearly answer this question. MR. ORTA: No, he can’t. That’s not under your question. It’s assuming facts not in evidence. He has to ask a different question. PRESIDENT RIGO: Would you rephrase it.”)

⁴⁹ *Gabriel Resources Ltd. and Gabriel Resources (Jersey) v. Romania*, ICSID Case No. ARB/15/31, Hearing on the Merits and Jurisdiction: Transcript Day 6 - 3 Oct 2020, 1149-50 (“BY DR. HEISKANEN: Q.

tativo o alegaciones cuando el abogado argumenta en lugar de preguntar⁵⁰, y (5) preguntado y respondido cuando las preguntas se tornan innecesariamente repetitivas, desperdiciando el tiempo de todos en la audiencia⁵¹. A esto, se suma, por supuesto las cuestiones de privilegio y confidencialidad que se tratará a continuación.

C. *Rechazos y cuasi rechazos*

Como tratamos en esta sección, existe otra serie de reglas que han sido sustancialmente rechazadas en el arbitraje internacional, como son los límites a la competencia para testificar, las deposiciones, la necesidad de autenticar evi-

dencia, los límites al *hearsay*, al *character evidence* y al perjuicio injusto.

Por un lado, algunos de estos rechazos se explican en el rol de las reglas anglosajonas dentro del juicio frente a un jurado. El juez aplica estos límites para evitar contaminar al jurado con evidencia poco confiable o inflamatoria. Por otro lado, muchas de estas prácticas como las deposiciones o las continuas objeciones pueden tender a prolongar el proceso y aumentar sus costos. En el arbitraje las partes tienden a confiar en la especialización de los árbitros para distinguir la paja del trigo.

Professor Spiller, if the rights you were referring to were not those defined in the two Mining Licenses, where were they defined? Where do they come from? MS. COHEN SMUTNY: Objection. This is, again, calling for legal questions for the economic expert. These are inappropriate questions, and they're not designed to yield anything useful to the Tribunal. PRESIDENT TERCIER: I would like to invite the Experts to elaborate what they exactly understood under the loss of Claimants' directly or indirectly held rights, projects are related for the development of certain mining projects in Romania. Can you for us just elaborate in order to avoid objection on the legal side?").

⁵⁰ Michael Ballantine and Lisa Ballantine v. The Dominican Republic, PCA Case No. 2016-17, Hearing Transcript (Extract) - 9 Feb 2021 415-16 ("Q. Well, right. I mean, so, you know, there people, including—my understanding is that one of the very witnesses who is going to testify this week, who had a similar situation where he—who had a project that he was proposing to the Ministry of the Investment—of Environment, and he got denied initially. He was told pretty much this. They said, you know, 'If you can come back with another place, fine, we'll take another look at it.' And he did that. And it happened that his property did have, you know, because of its topography — PRESIDENT RAMÍREZ HERNÁNDEZ: Counsel, could you try to focus on questions regarding the testimony? MR. ALLISON: Thank you. This is argument from counsel, not questioning. MR. DI ROSA: All right. Fair enough. You know, I'm just getting him to interpret some of these terms.").

⁵¹ *Latam Hydro LLC and CH Mamacocha S.R.L. v. Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/19/28, Hearing on Jurisdiction and the Merits – Transcript, Day 6 - 14 Mar 2022 , 1253-54 ("SEÑOR MOLINA: Señor Monteza, regresando a nuestro hipotético — sé que usted prefiere no hablar de — o no responder preguntas de mi hipotético, pero le pido por favor que solo para entender el alcance de sus opiniones para mí es importante saber en este hipotético qué es lo que usted piensa como experto qué debería (hacer) el concesionario. RNISTAL: Sorry, I must intervene here. The expert has been asked the same question four times, he has already answered multiple times, so I don't think it's fair to continue pushing and forcing the witness to give an answer — the expert, sorry, to give an answer that he simply does not consider appropriate. PRESIDENT: Basically the objection is asked and answered? Sustained. Please, Mr Molina, move to the next subject of your cross-examination.").

1. Cuasi rechazo de límites a la competencia para testificar

Bajo las reglas de evidencia, típicamente un testigo de hecho tiene competencia para testificar cuando tiene conocimiento directo sobre los hechos de los que declara⁵². Incluso, las reglas actuales aceptan opiniones de testigos de hecho, siempre que se refieran a algo sobre lo cual está capacitado para testificar por su percepción de un hecho y que no involucre conocimiento propio de un experto o perito⁵³.

En el caso de expertos, las reglas de la evidencia imponían requisitos problemáticos a la admisibilidad, pues estaban sujetos a qué se consideraba ciencia generalmente aceptada⁵⁴. Esto restringía el

poder del juez para evaluar la evidencia y se lo otorgaba a los científicos. Las reglas actuales de evidencia asientan el rol de *gatekeeper* del juez y establecen criterios para la admisibilidad de evidencia de experto, principalmente el conocimiento especializado, los hechos y la data en la que se basa, la aplicación de métodos confiables, y la confiabilidad en la aplicación de los métodos⁵⁵.

Por otro lado, salvo en casos de aplicación de ley extranjera, las cortes federales generalmente rechazan la evidencia de expertos legales, pues es el juez quien debe decidir sobre el derecho y se evita confundir a los jurados mediante la presentación de determinaciones que ellos o ellas deben realizar personalmente⁵⁶.

⁵² F.R.E. 602.

⁵³ F.R.E. 701; Committee Notes on Rules—2000 Amendment (“Rule 701 has been amended to eliminate the risk that the reliability requirements set forth in Rule 702 will be evaded through the simple expedient of proffering an expert in lay witness clothing. Under the amendment, a witness’ testimony must be scrutinized under the rules regulating expert opinion to the extent that the witness is providing testimony based on scientific, technical, or other specialized knowledge within the scope of Rule 702... By channeling testimony that is actually expert testimony to Rule 702, the amendment also ensures that a party will not evade the expert witness disclosure requirements set forth in Fed.R.Civ.P. 26 and Fed.R.Crim.P. 16 by simply calling an expert witness in the guise of a layperson.”) (quotations omitted).

⁵⁴ *Frye v. United States*, 293 F. 1013 (D.C. Cir. 1923).

⁵⁵ F.R.E. 702; *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579 (1993); Committee Notes on Rules—2000 Amendment (“Daubert set forth a non-exclusive checklist for trial courts to use in assessing the reliability of scientific expert testimony. The specific factors explicated by the Daubert Court are (1) whether the expert’s technique or theory can be or has been tested—that is, whether the expert’s theory can be challenged in some objective sense, or whether it is instead simply a subjective, conclusory approach that cannot reasonably be assessed for reliability; (2) whether the technique or theory has been subject to peer review and publication; (3) the known or potential rate of error of the technique or theory when applied; (4) the existence and maintenance of standards and controls; and (5) whether the technique or theory has been generally accepted in the scientific community. The Court in *Kumho* held that these factors might also be applicable in assessing the reliability of nonscientific expert testimony, depending upon ‘the particular circumstances of the particular case at issue.’ 119 S.Ct. at 1175.”).

⁵⁶ *Askane v. Fajó*, 130 F.3d 657 (5th Cir. 1997) (“while experts could give their opinions on ultimate issues, our legal system reserves to the trial judge the role of deciding the law for the benefit of the jury. First, the jury would be very susceptible to adopting the expert’s conclusion rather making its own decision. There is a certain mystique about the word ‘expert’ and once the jury hears of the attorney’s experience and expertise, it might think the witness even more reliable than the judge. Second, if an expert witness were allowed to testify to legal questions, each party would find an expert who would state the law in the light most

En el arbitraje internacional no existen reglas estrictas sobre qué persona puede testificar ni cuál debe ser el contenido de la declaración. Ello se deja primordialmente al criterio de las partes y a su libertad para estructurar su caso de la forma que consideren más convincente.

Las partes confían en el criterio profesional de los árbitros para determinar qué testigo es confiable para testificar sobre un hecho particular y qué perito hizo mejor su trabajo al evaluar una cuestión técnica. Esto lleva a que en el arbitraje estas cuestiones se dejen para la valoración de fondo de la evidencia. El planteamiento de objeciones puede, finalmente, ser fútil y llevar más bien a retrasar la celeridad de las actuaciones. Sin perjuicio de ello, generalmente las declaraciones testimoniales establecen la base para las afirmaciones del testigo y las pericias identifican las calificaciones del experto y los métodos que aplicó y las fuentes en las que se basó para llegar a sus conclusiones⁵⁷.

A modo de ilustración, es común que testigos de hecho con mucho conocimiento técnico declaren sobre materias de su especialidad. Así, en muchos arbitrajes se presentan testimonios de gerentes de operaciones para explicar los aspectos técnicos de la actividad económica en juego, o directores de finanzas que expli-

quen las proyecciones financieras o la contabilidad de una empresa.

Por otro lado, la labor del perito muchas veces linda con lo fáctico. Así, los peritos sobre retrasos en construcciones en muchas ocasiones deben entender a detalle cada uno de los hechos, en base a los reportes escritos y los testimonios de los empleados, ocurridos en el transcurso de una obra para determinar si se produjo un atraso compensable.

En el arbitraje esto no resulta problemático, pues el tribunal especializado en la materia tiene la capacidad de evaluar la veracidad o la consistencia de la prueba aportada y tomar una decisión de fondo. Igualmente, es común en el arbitraje internacional, en que concurren árbitros y representantes de distintas jurisdicciones, la práctica de presentar expertos legales sobre los principales temas en discusión.

2. Rechazo de las deposiciones

Como indicamos más arriba, el balance y la negociación entre tradiciones jurídicas ha llevado a la adopción parcial del *discovery* anglosajón. Sin embargo, el arbitraje internacional no ha adoptado todas las técnicas de toma de evidencia de la contraparte. La producción de documentos con restricciones es generalmente la regla, abandonándose otras he-

favorable to its position. Such differing opinions as to what the law is would only confuse the jury.”) (citas internas omitidas); *Estate of Sowell v. U.S.*, 198 F.3d 169 (5th Cir. 1999).

⁵⁷ Reglas IBA, artículos 4, 5.

rramientas como las deposiciones o los interrogatorios.

En efecto, en el proceso norteamericano, luego de la presentación escrita con la que inicia el litigio, se lleva a cabo una fase de *discovery* en la que se intercambia toda la información que sea relevante para el caso⁵⁸. Así, las partes no solo se comparten mutuamente documentación⁵⁹, sino que también se plantean preguntas sobre los hechos⁶⁰, y se llaman testigos para deposición⁶¹. Las partes coordinan directamente sin intermediación del juez, fijan lugar y hora para preguntar a los testigos y graban o toman una transcripción. En la audiencia frente al juzgador de los hechos las partes interrogarán a algunos testigos y contrastarán las respuestas en las deposiciones con el resto de la evidencia⁶².

Si bien las deposiciones se usan en los arbitrajes puramente domésticos en los

Estados Unidos⁶³, en el arbitraje internacional generalmente no son comunes. Cada parte suele ofrecer declaraciones escritas de testigos, como gerentes o empleados de la empresa o funcionarios⁶⁴. Será recién en la audiencia de pruebas directamente ante el tribunal arbitral que las partes contrastarán la evidencia en contrainterrogatorio en base a las declaraciones escritas. Por tanto, las deposiciones generalmente no han sido adoptadas en el arbitraje internacional.

3. Rechazo a la necesidad de autenticar evidencia

En el modelo tradicional del proceso anglosajón, ante la posibilidad de que los documentos que se presentan al proceso sean falsos o simplemente no tengan relación con los hechos, las reglas de evidencia norteamericanas requieren

⁵⁸ Fed. R. Civ. P. 26-37.

⁵⁹ Fed. R. Civ. P. 34.

⁶⁰ Fed. R. Civ. P. 33.

⁶¹ Fed. R. Civ. P. 27-32

⁶² Fed. R. Civ. P. 32, 43.

⁶³ JAMS Comprehensive Arbitration Rules & Procedures, art. 16(2), 17(b); AAA Procedures for Large, Complex Commercial Dispute, L-3. *See, e.g., Ilija Loncar v. NCL (Bahamas), Ltd. d/b/a Norwegian Cruise Line and Carlos J. Gonzalez, M. D.*, ICDR Case No. 01-16-0004-3640, Final Award, 13 June 2018; *Agency Within LLC, Joseph Yakuel and Get Things Done LLC v. Andrew Gluck (II)*, AAA Case No. 01-21-0002-6804, Stipulation and Partial Final Award, 26 April 2022; *Thermal Dynamics International, Inc. v. Safe Haven Enterprises, LLC*, ICDR Case No: 50-20-1300-0944, Final Award, 30 December 2014; *Ferry Street Partners LLC v. Howard Juster*, JAMS Case No. 1425024249, Final Award, 2 April 2018; *West Side Marquis, LLC v. Ronald Moret, Jr.*, JAMS Case No. 1425027858, Final Award, 3 Jan. 2020; *Let's Go Aero, Inc. v. Forcome Ltd.*, ICC Case No. 25644/PDP, Final Award, 22 December 2022; *Bamberger Rosenheim Ltd. v. OA Development Inc.*, ICC Case No. 20198/RD, Final Award, 30 Nov. 2015.

⁶⁴ Reglas IBA, artículo 4(5)(b); Zuberbühler et al., *IBA Rules of Evidence*, 103 – 31; Anne-Véronique Schlaepfer, “Chapter 4. Witness Statements,” in *ICC Dossier No. 2: Arbitration and Oral Evidence, Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, Volume 2*, Laurent Lévy and V.V. Veeder (eds), (Paris: ICC; Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2004), 65 – 75; Harbst, “Chapter 10: Witnesses, 229-46; Frédéric G. Sourgens et al., *Evidence in International Investment Arbitration*, (Oxford: Oxford University Press, 2018), 196-234.

prueba adicional sobre la autenticidad⁶⁵, la cual puede ser un testimonio⁶⁶. Así, los testigos pueden testificar sobre la autenticidad de los registros de una compañía, o sobre la autenticidad de una grabación de voz y de video, o de la precisión de una foto. De lo contrario, el juez puede declarar inadmisibles la evidencia.

Esta práctica no ha sido recogida formalmente por el arbitraje internacional. Las partes suelen presentar toda la documentación en la que basan su caso en sus presentaciones escritas y no requieren que un testigo hable sobre las mismas ni que jure sobre su autenticidad para que sea admisible. Sin perjuicio de ello, sí hay una semejanza a dicha práctica. Las

partes presentan declaraciones escritas y estas a su vez suelen incorporar referencias a documentos⁶⁷. Los testigos no declaran únicamente sobre cuestiones sin sustento documental. Por el contrario, los testigos suelen referirse a los documentos, explicarlos y ponerlos en contexto. Esto no es un requisito de admisibilidad, sino una técnica para hacer más persuasivo el argumento escrito y más confiable al testimonio.

4. Rechazo de límites a la hearsay evidence

Otra tradición importante en el derecho anglosajón sobre evidencia es el concepto de *hearsay*⁶⁸. Esta figura com-

⁶⁵ F.R.E. 901; John Henry Wigmore, *Evidence in Trials at Common Law (Fourth Edition)*, (Boston: Little, Brown, 1961-1988), § 2129 (“The foundation on which the necessity of authentication rests is not any artificial principle of evidence, but an inherent logical necessity. For example, when Doe is charged with the murder of Roe, and it is evidenced that someone murdered Roe, but the person killing is not shown to be the accused, the failure of the prosecution is not due to any rule of evidence, but to the absence of a fact logically inherent in its claim, namely, Doe’s identity with the murderer. So, when a knife is offered as J. S.’s knife, with which he did the killing, the proof of the knife’s use, and of its finding, leaves unsupplied an essential element in the assertion, namely, J. S.’s use or ownership.”).

⁶⁶ *Duwall v. State*, 2018 Ark. App. 155 (Ark. Ct. App. 2018) (text messages were authenticated through testimony that it was the defendant’s phone number, the victim said the defendant did not let other people use his phone, the Detective testified that she took the text messages from the victim’s phone and that the number was the same as the one assigned to the defendant, and the number was saved in the victim’s phone under the defendant’s name); *State v. Potts*, 211 N.E.3d 289 (Ohio Ct. App. Mar. 22, 2023) (911 recording was properly authenticated by caller listening to recording and testifying that she called 911 on that date and that the recording was the call that she made).

⁶⁷ Harbst, “Chapter 10: Witnesses,” 229-46 (“Whether documents can and ought to be attached to witness statements depends on the following considerations. First, a witness may always attach documents to his or her witness statement that is already part of the record. In complex cases, such attachments make it easier for the tribunal to access the information. The arbitrators will not have to switch back and forth between the witness statement and other documents on the file; in this case, it is essential that the attached documents bear the same exhibit number as the previous document on the file. Second, and more problematic, is the attachment of new documents. Article 4.5(b) of the IBA Rules provides that: Documents on which the witness relies that have not already been submitted shall be provided. The IBA Rules do therefore assume that new documents may be filed together with the witness statements. However, specific arrangements between the parties and the tribunal will prevail over the IBA Rules. If, for instance, the procedural rules set forth a cut-off date for the submission of documents prior to the filing of witness statements, attaching new documents will usually be inadmissible, at least without leave of the tribunal.”).

⁶⁸ Wigmore, *Evidence in Trials*, § 1364.

prende toda afirmación sobre un hecho realizada fuera de la corte ofrecida para probar el hecho ofrecido para el *truth of the matter asserted*⁶⁹. El ejemplo clásico es la afirmación de un testigo respecto a que un tercero le dijo lo que ocurrió en el lugar de los hechos. Pero también puede ser la afirmación de un testigo de lo que dijo el mismo sobre los hechos fuera de la Corte, si es que se ofrece para probar la verdad de los hechos⁷⁰.

En principio, este tipo de evidencia no es admisible por el riesgo de que se produzca un “teléfono malogrado”. La lógica de la prohibición es que, si un declarante no testifica bajo juramento frente a la Corte y al juzgador de los hechos, y no está sujeto a contrainterrogatorio, no es posible garantizar la percepción, la memoria, la narración, ni la sinceridad del testimonio⁷¹. La declaración no es con-

fiable. Entonces, se busca nuevamente proteger al jurado de evidencia que usualmente tiene poco valor. Por supuesto, si el concepto se llevara al extremo, la posibilidad de encontrar la verdad se vería muy restringida. Por ello, las reglas de la evidencia han desarrollado diversas exclusiones del concepto de *hearsay* y excepciones a la prohibición⁷².

En el arbitraje internacional no se suele restringir la admisibilidad de evidencia que calificaría como *hearsay*⁷³. Nuevamente, las partes confían en el criterio de los árbitros para valorar si el testimonio sobre una declaración fuera de la corte es confiable o no. Esto, por supuesto, no obsta a que las partes destaquen cuándo un testimonio califica como *hearsay*, de modo que el tribunal pueda tener en cuenta su valor⁷⁴. Así, algunos tribunales

⁶⁹ F.R.E. 801.

⁷⁰ Michael M. Martin and Daniel J. Capra, *New York Evidence Handbook: Rules, Theory, and Practice (Third Edition)* (New York: Wolters Kluwer, 2017), § 8.1.

⁷¹ Edmund M. Morgan, “Hearsay Dangers and the Application of the Hearsay Concept,” *Harv. L. Rev.* 62, no. 2 (December 1948): 177-219.

⁷² Notes of Advisory Committee on Proposed Rules 801; F.R.E. 801-807.

⁷³ S. I. Strong and James J. Dries, “Witness Statements under the IBA Rules of Evidence: What to Do about Hearsay?,” in *Arbitration International*, ed. William W. Park (Oxford: Oxford University Press, 2005), 301-21; Frédéric G. Sourgens et al., *Evidence in International Investment*, 196-234; *ONGC Petro Additions Ltd. (OPaL) v. DAELIM Industrial Company Ltd.*, Final Award (Liability), 28 Dec. 2018 at 80 (“It is not clear whether the KRG is saying that it would have been sufficient for Pearl to have produced to the Tribunal the underlying documents (we were told that there were 13,944 weighbridge certificates) or whether they should have called the evidence of the personnel who loaded each consignment. In either case, we consider that this would be an absurd application of the hearsay rule. In the absence of anything to show the contrary, we consider that the Tribunal is entitled to accept the audited accounts as correct.”).

⁷⁴ *Oded Besserglik v. Republic of Mozambique*, ICSID Case No. ARB(AF)/14/2, Award, 28 Oct. 2019 at 76 (“In its third message of October 27, 2017, the Tribunal informed the Parties that, in considering the Objections of Sept. 7, the Response to Objections of September 7 and the Reply to Objections of September 7, it was not inclined to strike any of the witness statements either entirely or in part on grounds of hearsay or otherwise; instead, it would take these matters into account when weighing the evidentiary value of the witness statements in question.”); *Tanzania Electric Supply Co. Ltd. (TANESCO) v. Independent Power Tanzania Ltd. (IPTL)*, ICSID Case No. ARB/98/8, Decision on Tariff and Other Remaining Issues, 9 Feb. 2001 at 88 (“The force of this testimony was further reduced by a few admitted mistakes, and in

han señalado que la evidencia que califica como *hearsay* debe estar corroborada por más evidencia, aunque esta doctrina no es unánime⁷⁵.

5. Rechazo de límites al *character evidence*

Otro principio muy relevante en el derecho anglosajón es la evidencia sobre el carácter o la predisposición de un testigo o un acusado. Como regla general, el derecho de la evidencia rechaza la posibilidad de introducir prueba sobre los actos del pasado para sustentar que la persona actuó de la misma forma en el caso bajo decisión⁷⁶. Esto nuevamente pretende

evitar que el jurado sea impresionado y decida en base al prejuicio de que, si una persona actuó mal en el pasado, lo más probable sea que actuó mal en el caso de marras. Por supuesto, existen múltiples instancias en las que la evidencia sobre el carácter es admisible por ser precisamente relevante para lo que se está decidiendo, como por ejemplo casos de difamación, negligencia, o *entrapment*⁷⁷.

Como regla general, el arbitraje internacional no impone restricciones a este tipo de evidencia. En casos del TAS, por ejemplo, se ha admitido expresamente⁷⁸.

particular, the admitted reliance on multiple hearsay for the price of the turbines, the largest single element of the EPC”), at 80 (“A careful reading of the evidence of these two witnesses shows that no demand was made by anyone for payment of any ‘success fee’ or bribe either to the said two witnesses (Mr. Shin and Mr. Lee), nor any such demand was made in their presence. The evidence of Mr. Lee is totally hearsay in regard to the alleged demand for success fee. He neither met Dr. Lamba or anyone, nor was any demand made to him. The evidence of Mr. Shin is also hearsay in regard to the alleged demand for success fee by Dr. Lamba except para 76 of his witness statement where he says that on 23.1.2011 Dr. Lamba visited him and Mr. Park at Hyatt Regency Delhi and requested a meeting with DAELIM’s representatives of higher seniority to discuss payment of success fee. Thus, even on 23.1.2011, no one demanded or discussed success fee with Mr. Shin.”).

⁷⁵ *EDF (Services) Ltd. v. Republic of Romania*, ICSID Case No. ARB/05/13, Award, 8 Oct. 2009 at 224 (“Further, the reference made by Mr. Katz in his written statement concerning the bribe request is only hearsay since he says he learned of the request for a bribe from Mr. Weil. Mr. Katz was not present at the meeting at the Hilton Hotel in Bucharest where the request was said to have been made. While hearsay evidence is admissible in international arbitration, confirmatory evidence is normally required, and in the instant case, the gaps in the story are very significant. Mr. Katz also refers to a meeting at Mrs. Jacob’s home on October 19, 2001, in an e-mail sent the following day to Mr. Weil, reporting a bribe solicitation by Mrs. Jacob during that meeting. However, Mr. Katz was not able to confirm to the DNA, in July 2006, whether he had actually written and sent the e-mail in question. The authenticity of this e-mail was disputed by Respondent based on expert evidence produced by it, indicating that the message had been manipulated. Again, the evidence is not clear and convincing.”).

⁷⁶ F.R.E. 404.

⁷⁷ Martin and Capra, *New York Evidence*, § 4.8.

⁷⁸ *International Rugby Board (IRB) v. Jason Keyter*, CAS 2006/A/1067, Award, 13 Oct. 2006 (“The Panel observes that the good character evidence submitted by the Respondent cannot overcome the strict liability principle or satisfy the burden of proof. Such evidence cannot help the Respondent in establishing any feature of the ingestion of the prohibited substance. Perhaps, the good character evidence might have helped the Respondent in reducing the sanction, but only after having proven, first, how the prohibited substance came into his body and, second, the absence of any significant fault or negligence. The Panel finds that the exceptional circumstances as a method of reduction of the sanction is not available to the athlete in

Es más, resulta muy interesante que, por el contrario, es común que las partes introduzcan una cantidad relevante de evidencia destinada a probar carácter. Por ejemplo, las declaraciones escritas suelen contar con varios párrafos introductorios sobre las calificaciones y cualidades positivas del testigo, de modo que el tribunal pueda apreciar que se trata de alguien confiable, conocedor de lo que declara y que no debería haber llevado a la empresa a actuar de una forma incorrecta. Igualmente, es común que en los interrogatorios directos se destinen algunos minutos a hablar sobre dichas calificaciones y cualidades positivas, de forma que el tribunal tenga una primera impresión positiva del testigo. Sin perjuicio de ello, este tipo de información no se suele discutir y tiene la función principal de dar mayor contexto y más herramientas al tribunal para decidir sobre el valor del testimonio.

6. Rechazo al perjuicio injusto

En la línea de escudar al jurado compuesto de ciudadanos de a pie de información que lo pueda llevar a tomar decisiones por razones indebidas, las reglas

de la evidencia prohíben el uso de información que pueda impresionar injustamente al jurado y llevarlo a decidir sobre la base del prejuicio o motivos irracionales. El juez debe llevar a cabo un ejercicio de ponderación para determinar si el carácter inflamatorio de la evidencia sobrepasa el valor probatorio sobre un hecho⁷⁹. Por ejemplo, presentar múltiples fotografías detalladas sobre un cadáver cuando el crimen no genera mayores dudas puede llevar a la corte a declarar la evidencia inadmisibles⁸⁰.

Al igual que con otras reglas orientadas a la protección de la racionalidad del jurado, la regla de inadmisibilidad de evidencia por prejuicio injusto no es usualmente aceptada por el arbitraje internacional⁸¹. Al igual que en el caso del *hearsay*, o la *character evidence*, las partes confían en el criterio del tribunal para juzgar qué evidencia es buena y cuál es irrelevante para lo que debe resolver. Los tribunales asimismo prefieren dar libertad a las partes para estructurar su caso y presentar la prueba que consideren conveniente. Más allá de ello, el criterio del perjuicio injusto se aplica para

this case and the good character evidence is of no avail.”); *World Anti-Doping Agency (WADA) v. Football Association of Wales (FAW) & Ceri James*, CAS 2007/A/1364, Arbitral Award, 21 December 2007 (“The Panel observes that the good character evidence submitted by Mr. James, which the Panel accepts, cannot mitigate his culpability so as to reduce his sanction. Whether an athlete has committed an anti-doping offence in the past, for example, is relevant only for determining the applicable range of sanctions, not to reduce the sanction given for a first offence... While Mr. James’s intent not to commit any violations in the future is commendable, it cannot affect the sanction for the offence already committed.”).

⁷⁹ F.R.E. 403.

⁸⁰ *State v. Bocharski*, 189 P.3d 403 (Ariz. Aug. 8, 2008).

⁸¹ Fue alegada, pero sin recibir pronunciamiento del tribunal en *Freeport-McMoRan Inc. v. Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/20/8, Procedural Order No. 6 (On Documentary Evidence Issues) (Apr. 13, 2023).

la admisión de escritos de partes no contendientes⁸².

D. Incertidumbre sobre el privilegio

Dado que en los países del *civil law*, la evidencia en el proceso civil está bajo control de cada parte, las cuestiones de privilegio están reservadas principalmente para casos administrativos y penales, así como para las normas de transparencia del Estado. Sin embargo, considerando la práctica del *discovery*, en que resulta necesario entregar información a la contraparte, las reglas sobre privilegio están en el centro de la preparación y la actuación en el proceso anglosajón y han sido ampliamente desarrolladas por los jueces⁸³. Las reglas de privilegio se tratan de una excepción al interés por descubrir la verdad. En ese sentido, se fundamentan en otros intereses sustantivos que entran en juego en un proceso⁸⁴.

El arbitraje ha adoptado plenamente la necesidad de limitar el acceso a informa-

ción privilegiada⁸⁵. Sin embargo, existe gran incertidumbre respecto a los alcances de tal privilegio, particularmente en disputas transfronterizas. Ello tiene que ver con la incertidumbre sobre la ley aplicable al privilegio⁸⁶. Por un lado, cada parte puede estar localizada en países diferentes con reglas de privilegio o de retención documental distinta. Así, incluso en el *common law* puede haber diferencias, por ejemplo con respecto a las comunicaciones con el abogado *in-house*.

Por otro lado, si bien las reglas procesales suelen estar regidas por la ley arbitral de la sede, la cuestión de privilegio entra a tallar mucho antes de iniciarse un arbitraje, de conocerse la sede y posiblemente antes de suscribirse el convenio arbitral. Las partes pueden empezar a comunicarse con sus abogados muy temprano, por lo que resulta necesario clarificar las expectativas de qué reglas de privilegio puede aplicar. Por supuesto, siempre puede plantearse el recurso a un

⁸² Reglas de Arbitraje CIADI, artículo 67.

⁸³ David P. Leonard et al., *The New Wigmore: A Treatise on Evidence – Expert Evidence (Third Edition)*, §§ 2-6.

⁸⁴ Wigmore, *Evidence in Trials*, § 2285 (“Looking back upon the principle of privilege, as an exception to the general liability of every person to give testimony upon all facts inquired of in a court of justice, and keeping in view that preponderance of extrinsic policy which alone can justify the recognition of any such exception”).

⁸⁵ Reglas IBA, artículos 3(3), 9(2), 9(3).

⁸⁶ Klaus Peter Berger, “Evidentiary Privileges: Best Practice Standards versus/and Arbitral Discretion,” in *Arbitration International*, ed. William W. Park (Oxford: Oxford University Press, 2006), 501-20 (“it is generally acknowledged that there are no established choice of law rules that govern the determination of the law applicable to privileges in international arbitration. The situation resembles that of determining the law applicable to professional ethics of attorneys practising across borders. The problems related to this area have been characterised as ‘the last unresolved mysteries of professional ethics’ or as ‘catch 22 situations.’”); Cfr. Reglas IBA, artículo 9(3); Sourgen et al., *Evidence in International Investment Arbitration*, 237-64.

derecho común o a una ley transnacional arbitral, sin embargo, ello también puede ser problemático y no resulta el propósito de este artículo resolver la cuestión.

El privilegio por antonomasia es el de las comunicaciones abogado-cliente⁸⁷. La ley debe buscar la confianza y la comunicación franca entre el abogado y su cliente, de modo que se le pueda brindar consejo legal de forma plena. Si el cliente tuviera la preocupación de que cualquiera de sus comunicaciones con el abogado pueda ser usada en su contra, se dificultaría su acceso a la defensa. El privilegio se activa con toda comunicación que tenga por objetivo la obtención de consejo legal. Así, no toda comunicación con un abogado activa el privilegio, sino que lo relevante es su finalidad.

Relacionado con la misma finalidad, está el privilegio del producto de trabajo⁸⁸. Ningún documento preparado para el litigio puede ser revelado. Ello no solo asegura que cada una de las partes se pre-

pare adecuadamente para su defensa, sino que evita que la contraparte se beneficie de la inversión de la otra para su propia defensa.

Otro privilegio relacionado con la representación de un abogado es la doctrina del interés común, que ocurre cuando dos partes con intereses alineados se comunican para planear la defensa, por ejemplo, como codemandado o code mandante. También aplica cuando hay terceros que colaboran con el abogado, como intérpretes, por ejemplo. La doctrina busca evitar que el intercambio de información entre múltiples actores se convierta en una renuncia al privilegio⁸⁹.

Dado que es un interés sustantivo incentivar la solución amistosa de las disputas, el arbitraje adopta el privilegio de las negociaciones de transacción. Las partes deben tener la seguridad de que sus afirmaciones o lo dicho durante una negociación para terminar con la controversia pueda ser usado posteriormente en su contra. Caso contrario, se desincentiva-

⁸⁷ Wigmore, *Evidence in Trials*, § 2290-2329; Reglas IBA, artículo 9(2); Sourgens et al., *Evidence in International Investment Arbitration*, 237-64. *Michael Ballantine and Lisa Ballantine v. The Dominican Republic*, PCA Case No. 2016-17, Hearing Transcription - Day 2 - 4 Sept 2018, 439-40 (“Q. And did you have a hand in drafting the pleadings as well, or was that done by your lawyers? MR. ALLISON: I’m going to object to the extent it calls for attorney-client privilege. Please don’t answer that question. MR. Di ROSA: I withdraw the question.”)

⁸⁸ F.R.E. 502; Reglas IBA, artículo 9(2); Sourgens et al., *Evidence in International Investment Arbitration*, 237-64; *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., et al. v. United States of America*, Transcript of the Hearing on the Merits - Day One - 1 Feb 2010, 660-61 (“MS. CATE: Mr. Chairman, we’ve conferred with the witness, and the source of the information is, indeed, attorney work product. However, he is able to talk about the information that was provided, and I hope that alleviates any of your concerns. I do not believe it’s necessary to strike Mr. Eckhart’s declaration as a result of his not revealing the source of the information. PRESIDENT NARIMAN: He’s not revealing the source? MS. CATE: He will not reveal the source. It is attorney work product information. NARIMAN: Okay. So, there you have it. He’s not revealing.”)

⁸⁹ Martin and Capra, *New York Evidence*, § 5.2; IBA Rules, artículo 9(2); *Global Telecom Holding S.A.E. v. Canada*, ICSID Case No. ARB/16/16, Procedural Order No. 6 (Decision on Common Interest Privilege, Limited Waiver of Privilege and Subject Matter Waiver of Privilege), 18 de enero de 2019.

ría la comunicación franca y la posibilidad de un acuerdo⁹⁰. En el arbitraje internacional igualmente entran a tallar también otros tipos de privilegios, como la documentación reservada de alta sensibilidad para un gobierno o secretos comerciales o técnicos⁹¹.

IV. Conclusiones

No cabe duda de que las reglas y la práctica estadounidenses han tenido un profundo impacto en el arbitraje internacional, especialmente en el proceso de producción de documentos y en la prueba testimonial. Sin embargo, la medida en que las reglas y la práctica estadounidenses han influido y modificado los procedimientos de arbitraje internacional sigue siendo objeto de gran debate. Como se demuestra en este artículo, aunque existe un mucho interés por la “americanización” del arbitraje internacional, que en algunos contextos puede parecerse más a un litigio estadounidense, muchos profesionales del arbitraje han resistido el impulso y mantienen una práctica arbitral que incorpora lo mejor de las tradiciones del *common law* y del derecho civil.

De hecho, aunque ha habido muchos elementos de las leyes y procedimientos estadounidenses que se han incorporado al arbitraje internacional –como el énfasis en los interrogatorios orales y las solicitudes de producción de documentos–

en muchos aspectos, el arbitraje internacional ha rechazado con razón ciertos procedimientos que probablemente añadan tiempo y costes al proceso de arbitraje. Por ejemplo, aunque las deposiciones son una parte aceptada en los litigios estadounidenses (y en muchos arbitrajes domésticos en los Estados Unidos), las deposiciones son poco comunes en la práctica del arbitraje internacional. Otras formalidades que son un pilar de los litigios estadounidenses, como los límites hacia algunos tipos de evidencia y los requisitos de autenticidad, no se han integrado en la práctica del arbitraje internacional. Por último, existen algunas partes de un procedimiento de arbitraje que siguen estando en un limbo entre el derecho anglosajón y el derecho civil. El privilegio es una de esas áreas que aún no ha sido bien definida, y puede recibir (en varios puntos y en varios casos) la influencia de muchas jurisdicciones diferentes y reglas de *soft law*.

Aunque es difícil saber si la incorporación o el rechazo de algunos de estos elementos de las reglas y la práctica estadounidenses es positivo o negativo para la disciplina del arbitraje, una cosa está clara: la flexibilidad del arbitraje para incorporar innovaciones de diversas tradiciones jurídicas y ofrecer un proceso de resolución de conflictos a medida, que las partes pueden ajustar en función de sus necesidades específicas caso por

⁹⁰ Reglas IBA, artículos 9(2), 9(3); Zuberbühler et al., IBA Rules of Evidence, 199-230.

⁹¹ Reglas IBA, artículo 9(2).

Katie L. Gonzalez y Bruno Doig-Gonzales-Otoya

caso, garantiza su longevidad y popularidad hacia el futuro.

Arbitraje en Latinoamérica: Un recorrido por la región

Edson Ovidio López Ortiz* y Giuseppe Luigi Mazzocca Carrasquero**

Principia No. 9–2023 pp. 73-85

Resumen: El indudable crecimiento del arbitraje como medio alternativo de resolución de controversias por excelencia para el comercio internacional nos invita a explorar la situación de Latinoamérica, los retos y oportunidades que se presentan y el alcance que puedan tener para el desarrollo de la región. Ante estas cuestiones, resulta relevante hacer una revisión a algunos de los casos en Latinoamérica de arbitrajes por defecto de ley, la revisión del sistema dualista en algunas jurisdicciones y cuáles son las oportunidades con las que cuentan los centros arbitrales para dicho crecimiento. Este artículo desarrolla algunas de esas oportunidades y explora transversalmente como el arbitraje tiene un potencial crecimiento para la práctica en la región.

Abstract: The undoubted growth of arbitration as an alternative means of dispute resolution par excellence for international trade invites us to explore the situation in Latin America, the challenges and opportunities that arise and the scope they may have for the development of the region. In view of these issues, it is relevant to review some of the cases of default arbitration in Latin America, the review of the dualist system in some jurisdictions and the opportunities that arbitration centers have for such growth. This article develops some of those opportunities and explores transversally how arbitration has a potential growth potential for the practice in the region.

Palabras Claves: Arbitraje | Jurisdicciones | Latinoamérica

Keywords: Arbitration | Jurisdiction | Latin America

* Abogado egresado de la Universidad Rafael Landívar. Director de Arbitraje para ECIJA Centroamérica y Co-líder del Grupo Global de Arbitraje.

** Abogado egresado de la Universidad Rafael Urdaneta y profesor de las cátedras de Arbitraje Comercial y Tutela de los Derechos Humanos en la misma casa de estudios. Asociado en ECIJA Guatemala.

Sumario: I. Introducción, II. Arbitrajes por defecto de ley, una oportunidad única, A. Guatemala y el arbitraje de los contratos de distribución, B. Honduras y los arbitrajes que derivan de la Ley para la Promoción y Protección de Inversiones, C. Perú y sus particularidades en la contratación pública y otros asuntos, D. Ecuador y los arbitrajes por conflictos laborales y de otras índoles, III. La aplicabilidad material del sistema dualista en algunas jurisdicciones, A. Costa Rica y sus particularidades en los arbitrajes de inversión, IV. Centros arbitrales: Una oportunidad para afianzar la transparencia, A. La relevancia que toma para las partes de un arbitraje, B. Ejemplos de casos de éxito: Cámara de Comercio Internacional (CCI) y la London Court of International Arbitration (LCIA), IV. Conclusiones

I. Introducción

Con el transcurso del tiempo el arbitraje se ha afianzado cada vez más como el mecanismo por excelencia para resolver todas aquellas controversias que se derivan del comercio internacional. El éxito con el que se ha desarrollado este mecanismo como regla común, obtenido resultados pragmáticos y eficientes versus los retos y complejidades que cada vez se acrecientan más en la justicia ordinaria, han hecho que la confianza en el primero no solo se vuelva una constante a considerar sino más bien un *must to have* al momento de contratar.

Latinoamérica ha sido participe clave en el desarrollo del arbitraje a nivel internacional, la tendiente conflictividad de las relaciones contractuales en esta región ha dado lugar a que progresivamente se haya ido trasladando la confianza del sistema de justicia ordinaria hacia el arbi-

traje. Algunas muestras indudables de lo anterior son que (i) Las disputas administradas por la Cámara de Comercio Internacional (CCI) cuentan con una alta intervención de partes latinoamericanas, las cuales representan el segundo porcentaje más alto de casos en función a la nacionalidad, con un 15,8 % de todas las disputas que administró dicho centro en el período 2015-2020¹; (ii) esa misma suerte se sigue en función de la nacionalidad de los árbitros de las disputas, donde Latinoamérica también tiene la segunda participación más importante para los casos que se disputan en ante la CCI y cuyo porcentaje es de un 15,5%² y, (iii) ante la alta presencia de miembros de Latinoamérica, en un precedente histórico, el Club Español del Arbitraje

¹ ICC Dispute Resolution 2020 Statistics. 2020. International Chamber of Commerce. Véase sección denominada “Parties” y sus “geographical origins”. Disponible en: <https://jsumundi.com/en/document/publication/en-2020-icc-dispute-resolution-statistics>

² Ídem. Véase sección denominada “Parties” y sus “geographical origins”. Disponible en: <https://jsumundi.com/en/document/publication/en-2020-icc-dispute-resolution-statistics>

transformó su identidad a la del Club Español e Iberoamericano de Arbitraje³.

A partir de todo lo anterior, es que toma especial interés observar el crecimiento y algunas de las oportunidades que Latinoamérica brinda en materia de arbitraje, las cuales se vislumbran desde las dimensiones de: (i) los arbitrajes por defecto de ley en algunas jurisdicciones; (ii) consideraciones de algunos de los sistemas dualistas del arbitraje en algunas jurisdicciones, y (iii) las oportunidades con las que cuentan los centros arbitrales en Latinoamérica para incidir transversalmente en la transparencia de esta materia.

II. Arbitrajes por defecto de ley, una oportunidad única

A. Guatemala y el arbitraje de los contratos de distribución

Como punto de partida, los arbitrajes por defecto de ley han tomado una particular relevancia en la escena latinoamericana, de cara a que, por una parte: (i) ofrecen una oportunidad de crecimiento constante para la práctica arbitral; y (ii) por la otra, ofrecen una serie de retos con relación al carácter voluntario del arbitraje y el manejo de los casos donde no medie un acuerdo arbitral escrito entre las partes.

Para el caso de Guatemala, el artículo 10 de su Ley de Arbitraje (“LAG”)⁴ –la cual contiene una similar estructura y esencia de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas (UNCITRAL)⁵– es-

³ El Derecho. Junio de 2023. Club Español e Iberoamericano renueva identidad Visual. Véase: <https://el-derecho.com/club-espanol-e-iberoamericano-arbitraje-renueva-identidad-visual>

⁴ Decreto 67-95 Ley de Arbitraje de Guatemala. Congreso de la República de Guatemala. 16 de noviembre de 1995. Artículo 10:

“1) El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito y podrá adoptar la fórmula de un “compromiso” o de una “cláusula compromisoria”, sin que dicha distinción tenga consecuencia alguna con respecto a los efectos jurídicos del acuerdo de arbitraje. Se entenderá que el acuerdo consta por escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telex, telegramas, telefax, u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra. La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula arbitral constituye acuerdo de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

2) El acuerdo arbitral podrá constar tanto en una cláusula incluida en un contrato, o en la forma de un acuerdo independiente.

3) Si el acuerdo de arbitraje ha sido incorporado a contratos mediante formularios o mediante pólizas, dichos contratos deberán incorporar en caracteres destacados, claros y precisos, la siguiente advertencia: “ESTE CONTRATO INCLUYE UN ACUERDO DE ARBITRAJE”.

⁵ Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil internacional. 1985 con enmienda de 2006. Artículo 7: *Definición y forma del acuerdo de arbitraje*.

1) El “acuerdo de arbitraje” es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada

tablece que el acuerdo arbitral debe constar por escrito mediante distintas formas: En el mismo contrato, a través de intercambio de correspondencia o bien mediante el intercambio de escritos de demanda y contestación de demanda.

A pesar de que lo anterior resulta ser un requisito y elemento fundamental en la mayoría de las jurisdicciones, el caso de Guatemala adopta una especial particularidad, ya que, da origen que aún ante la inexistencia de una cláusula arbitral escrita y, consecuentemente, plasmada de esa manera la voluntad de las partes, el arbitraje puede prevalecer como el mecanismo para la resolución de controversias directamente de una disposición legal. Esta regulación a la que se hace referencia es: el artículo 291 del Código de Comercio de Guatemala (“CCG”).⁶

El artículo 291 contiene una determinación relevante para el arbitraje, pues establece que para los casos de los contratos de agencia, distribución y/o representación, en los cuales las partes no se pongan de acuerdo en el monto de la indemnización que deba pagarse por los daños y perjuicios causados por la terminación derivada de tal relación/contratación, dicha indemnización

se determinará en arbitraje salvo que haya pacto en contrario. Al respecto, el artículo 291 del CCG expresamente establece que:

Si después de ocurrida la terminación o rescisión del contrato o relación respectiva, las partes no se pusieren de acuerdo sobre la cuantía de la indemnización que deba pagarse por los daños y perjuicios causados en los casos previstos en los numerales 4 y 5 del artículo anterior, el monto de la misma deberá determinarse en proceso arbitral o en proceso judicial en la vía sumaria, para el efecto se entenderá, salvo pacto en contrario, que las partes han optado por el arbitraje si no establecen de manera expresa que la controversia debe dirimirse en la vía sumaria judicial. En caso que la controversia se resuelva en proceso judicial en la vía sumaria, el demandante deberá proponer dictamen de expertos, de conformidad con lo establecido en el Código Procesal Civil y Mercantil, a efecto de que se dictamine dentro del proceso sobre la existencia y la cuantía de los daños y perjuicios reclamados.

Es menester traer a colación que dicho texto de esta disposición legal proviene de una modificación en el año 2006, a partir de fijación y aplicación de los múltiples compromisos que fueron asumidos.

relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente. 2) El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito. Se entenderá que el acuerdo es escrito cuando est é consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, télex, telegramas u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por otra. La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye acuerdo de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.”

⁶ Decreto Número 2-70 Código de Comercio de Guatemala. 1942. Artículo 291.

dos por Guatemala en el Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, Estados Unidos y la República Dominicana (por sus siglas en inglés “DR-CAFTA”) de modificar algunas leyes internas, para fomentar la atracción de inversiones.

A partir de lo anterior, Guatemala en un hito histórico, privilegió el arbitraje sobre la jurisdicción ordinaria, aun para los casos en los que no se hubiese acordado un pacto arbitral por escrito. La lógica novedosa utilizada por el legislador guatemalteco fue que, se entendía que el arbitraje era el mecanismo adoptado por las partes para resolver sus conflictos, salvo que existiera un pacto en contrario –de acudir a la jurisdicción ordinaria–. A nuestro entender, la lógica fue muy similar a la aplicada en los arbitrajes derivados de contratación pública en Perú, pero con la diferencia que no obligó a las partes a pactar una cláusula arbitral, sino “la instauró” en defecto de una manifestación en contrario.

Se debe de traer a colación que, producto de esta particularidad normativa, el artículo 291 del CCG fue impugnado mediante una inconstitucionalidad general⁷, sin embargo, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala la rechazó al considerar que dicha disposición no limitaba la posibilidad de acudir a la vía judicial y en cualquier caso, como los contratos de agencia, distribución y representación son de carácter mercantil, la voluntad de las partes debe prevalecer –

que en este caso, ante el silencio, se desprende de la ley–. Es decir, si las partes no plasman de forma explícita la forma en que desean dirimir sus controversias, se entiende que han optado la aplicación del artículo 291 y en consecuencia, el arbitraje.

A pesar de que puede resultar un tanto lógico, este tipo de controversias para la práctica arbitral conllevan de alguna manera, una serie de complejidades implícitas en un tipo de arbitraje de esta especialidad. Para los casos en los que ni siquiera hay un contrato plasmado por escrito, el 291 del CCG surte plenos efectos jurídicos por ser de naturaleza mercantil. En ese sentido, cuando se está en el caos de un arbitraje en el que, además de la inexistencia de cláusula arbitral *per se*, tampoco existe un contrato que regule de forma clara las obligaciones de las partes, tendientemente para la determinación del arbitraje se suelen agregar ciertos elementos adicionales de complejidad, que lo convierten en un arbitraje único en su clase.

Por supuesto que en la práctica la aplicación del referido artículo 291 implica ciertos retos y complejidades, pues al no tener una cláusula escrita que contemple el número de árbitros, el tipo de arbitraje y sobre todo las reglas procedimentales, nos encontramos ante un vacío que el legislador dejó, pero que es perfectamente

⁷ Corte de Constitucionalidad. República de Guatemala. 2012. Expediente 1316-2012.

llenado por las previsiones contenidas en la LAG.

Probablemente el reto más grande que implica esta disposición legal es que la falta de un acuerdo arbitral *per se*, puede ser la razón para que se deniegue el reconocimiento y ejecución del laudo en una jurisdicción distinta a Guatemala, pues tanto la Convención de New York y la Convención de Panamá sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales, exigen como requisito la existencia de un acuerdo arbitral. Las preguntas que hasta este momento no han sido respondidas porque no ha existido un caso similar –al menos no conocido por quienes redactan el presente artículo– son ¿Cuál será el tratamiento que le darán jurisdicciones arbitrales más sofisticadas y desarrolladas? ¿Para un tribunal judicial extranjero será suficiente la previsión contenida en el artículo 291 del CCG en sustitución de un acuerdo arbitral escrito?

El arbitraje entonces es la vía en la que inexorablemente muchísimas disputas de esta naturaleza serán resueltas. Ante este escenario, la observación obvia es cuando menos, conocer las particularidades de este tipo de arbitraje y saber cómo abordarlas de forma apropiada, para incrementar las probabilidades de obtener un resultado favorable.

B. Honduras y los arbitrajes que derivan de la Ley para la Promoción y Protección de Inversiones

Corriendo la misma suerte que en Guatemala, el DR-CAFTA dio pie que en Honduras se estableciera por defecto de ley, al arbitraje como mecanismo de resolución de controversias para el pago de indemnizaciones de los contratos de representación, distribución y/o agencia. El compromiso de Honduras surgió y se consolidó según lo establecido en el anexo 11.13 (sección e: Honduras) (5) (i): “Honduras deberá proveer que: (...) (i) las partes pueden convenir resolver cualquier disputa sobre tal pago en el Centro de Conciliación y Arbitraje de Honduras, o si las partes acuerdan lo contrario, llevarlo a otro centro de arbitraje (...)”.

En ese mismo sentido, el artículo 29 (4) de la Ley para la Promoción y Protección de Inversiones (Decreto 51-2011 del Congreso Nacional de la República de Honduras) concretizó precisamente ese aspecto del defecto de ley de los arbitrajes al establecer que:

Para efectos de garantizar a los inversionistas una mayor seguridad jurídica serán conocidas por la vía arbitral, haya o no convenio arbitral negociado entre las partes, los conflictos relacionados con las disputas siguientes: (...) 4) Disputas relacionadas con contratos de representación, agencia o distribución (...)

De manera que, Honduras, al igual que en Guatemala, establece el arbitraje por

defecto en los casos de disputas, con relación a los contratos ya mencionados. No obstante, cabe mencionar que el artículo *eiusdem* también comprende otra gama de disputas que de igual forma son sometidas al arbitraje por defecto.

Concretamente con lo anterior, el mismo artículo 29 de la Ley para la Promoción y Protección de Inversiones señala que el arbitraje se aplicará por defecto en los casos de: disputas entre accionistas (numeral 1); disputas entre inversionistas entre sí (numeral 2); disputas en materia de Propiedad Intelectual (numeral 3); disputas relativas a prácticas anticompetitivas y/o competencia desleal entre inversionistas sin menoscabo de lo dispuesto en la Ley para la Defensa y Promoción de la Competencia (numeral 5); y aquellas disputas sobre “Propiedad Raíz” (numeral 6). Lo más interesante a estos respectos es el párrafo final del mismo artículo, el cual establece que: “*Se entenderá en estos casos que el arbitraje es la vía de solución primigenia por lo que no se requerirá la celebración de convenio arbitral para llevar a cabo el proceso en los casos arriba mencionados (...).*”

Siendo así lo anterior, el establecimiento del arbitraje por defecto de ley, así como

su correspondiente presunción en los casos señalados, también convierten a Honduras en una jurisdicción tendiente a ser cada vez más pro-arbitraje, lo que nuevamente reitera la necesidad de desarrollar la especialidad del campo, debido a las implicaciones que son tendientes a desarrollar en materia de arbitraje en dicha jurisdicción.

C. Perú y sus particularidades en la contratación pública y otros asuntos

Ahora bien, el trayecto que recorre Perú con relación al desarrollo legislativo del arbitraje es sumamente relevante, no solamente para su propia jurisdicción, sino también para la práctica a nivel de Latinoamérica. Por solamente tomar una muestra de tales circunstancias, la Ley General de Arbitraje de Perú (“LGAP”)⁸ habilita, por una parte, a cualquier persona, que pacte contractualmente la resolución de controversias que se deriven de estatutos de sociedades civiles y/o mercantiles (artículo 12 de la LGAP)⁹. Por la otra parte, también se habilita la posibilidad de que una persona fije dentro de su testamento una cláusula arbitral para resolver las diferencias que se deri-

⁸ Ley General de Arbitraje (Ley N° 26572). Congreso de la República de Perú. 1996

⁹ Ley General de Arbitraje (Ley N° 26572). Congreso de la República de Perú. 1996. Artículo 12: Constituyen convenio arbitral válido las estipulaciones contenidas en los estatutos o normas equivalentes de sociedades civiles o mercantiles, asociaciones civiles y demás personas jurídicas, que establecen arbitraje obligatorio para las controversias que pudieran tener con sus miembros, socios o asociados; las que surjan entre éstos respecto de sus derechos; las relativas a cumplimiento de los estatutos o validez de acuerdos, y para las demás que versen sobre materia relacionada con las correspondientes actividades, fin u objeto social.

ven de los temas vinculados al acervo hereditario (artículo 13 de LGAP)¹⁰.

Perú destaca por la amplia gama de materias arbitrales cuya frecuencia no es tan elevada en otras jurisdicciones de la región. Esto ha dado lugar para posicionar a Perú como una sede cuyo volumen de casos llega a ser bastante pronunciado y sobre todo a ser una sede arbitral importante en Latinoamérica. Y ello tiene especial incidencia en una modalidad de arbitrajes que si bien, no se pactan por el carácter de “defecto de ley” -como en el caso de Guatemala u Honduras-, si devienen en una obligación legal de colocar una cláusula arbitral -es decir, a diferencia del caso de Guatemala, las partes no tienen posibilidad de acudir a la jurisdicción ordinaria como mecanismo alternativo al arbitraje-. Esa modalidad tiene que ver con los contratos con la administración pública, es decir, los arbitrajes administrativos.

En ese sentido, el artículo 41, literal b de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (“LCAE”)¹¹ establece precisamente que:

Artículo 41 o.- Los contratos de obras, de adquisición de bienes o contratación de servicios, incluirán necesariamente y bajo responsabilidad, cláusulas referidas a:

(...)

Cláusula de Solución de Controversias: Cuando en la ejecución o interpretación del contrato, en los casos de Licitación Pública y Concurso Público, surja entre las partes una discrepancia, ésta será definida mediante arbitraje que se sujetará a lo establecido en la Ley 26572. El arbitraje será decidido por un árbitro único o por un Tribunal Arbitral designados, en ambos casos, por acuerdo de las partes y a falta de este será designado por el Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. El laudo arbitral será inapelable, definitivo y obligatorio para las partes.

De manera que, para los casos de los contratos administrativos en Perú el arbitraje es el único y obligatorio mecanismo para resolver disputas, que resulta como un requisito obligatorio para efectivamente lograr la celebración de dicha contratación. El resultado de la aplicación de una previsión legal de esta naturaleza ha causado entre otras tantas cuestiones positivas, el desarrollo de una práctica arbitral única en Latinoamérica, que ha sido aplaudida por expertos practicantes del arbitraje a lo largo y ancho del mundo.

¹⁰ Ley General de Arbitraje (Ley N° 26572). Congreso de la República de Perú. 1996. Artículo 13: Surte efecto como convenio arbitral la estipulación testamentaria que dispone arbitraje para solucionar las diferencias que puedan surgir entre herederos no forzosos o legatarios, o para la porción de la herencia no sujeta a legítima, o para las controversias que surjan relativas a la valoración, administración o partición de la herencia, o para las controversias que se presenten en todos estos casos con los albaceas.

¹¹ Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. Decreto Supremo N° 082-2019-EF. 2019.

D. Ecuador y sus arbitrajes por conflictos laborales y de otras índoles

En el caso de Ecuador, el arbitraje por defecto de ley toma una especial relevancia distinto a todos los anteriores casos ya que, la imposición legal deviene de la norma de la más alta jerarquía. Es decir, la Constitución de la República de Ecuador (“Constitución de Ecuador”)¹² establece en su artículo 326, numeral 12 que para los casos de conflictos colectivos de trabajo, estos “serán sometidos a tribunales de conciliación y arbitraje”. Específicamente la norma eiusdem establece: “Art. 326.- El derecho al trabajo se sustenta en los siguientes principios: (...) 12. Los conflictos colectivos de trabajo, en todas sus instancias, serán sometidos a tribunales de conciliación y arbitraje.”

De manera que, para los casos de los conflictos, de carácter colectivo y laboral, la Constitución de Ecuador impone, sin ningún tipo de excepción, que los mismos serán resueltos ya sea mediante

arbitraje o mediante conciliación. Ahora bien, siguiendo esa línea, la Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores (“CRCNV”)¹³, en su artículo 71, numeral 8¹⁴ establece que uno de los requisitos para poder celebrar contratos de mandatos que derivan de contratos de reporto¹⁵, tienen que obligatoriamente contener una cláusula arbitral.

Precisamente estas imposiciones por defecto de ley que se presentan en Ecuador, así como las que hemos podido visitar para los casos de Guatemala, Honduras y Perú, son sin lugar a dudas foros ideales para el aprovechamiento del arbitraje como mecanismo de resolución de controversias, que deben de reforzarse sobre aquellos aspectos donde aún se presenten retos y deficiencias y de la misma manera, que se incentive al desarrollo académico y jurisprudencial de dichas áreas.

¹² Constitución de la República de Ecuador. Asamblea Nacional de la República de Ecuador. 2008 con última reforma del 2022.

¹³ Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores. Consejo Nacional de Valores. 2007 con última reforma del 2013.

¹⁴ Ídem. Artículo. 71.- Celebración obligatoria del contrato del reportado o reportante con sus comitentes.- Los reportados o reportantes en forma previa a la realización de operaciones de reporto, deberán suscribir con cada uno de sus comitentes por cada operación un contrato de mandato que contenga al menos las siguientes estipulaciones:
(...)

8. Cláusula de sometimiento de las controversias que puedan surgir entre las partes a la decisión de árbitros, de conformidad con lo previsto en la Ley de Arbitraje y Mediación.

¹⁵ El Contrato de Reporto es un contrato bilateral, por el cual el “reportado” transfiere en propiedad al “reportador” títulos de crédito de una especie determinada (bonos, pagaré, acciones, letras, etc), por un precio también determinado, asumiendo el reportador la obligación de transferir al reportado, cuando transcurre el plazo acordado en el contrato, la propiedad de los mismos u otros títulos de la misma especie, contra el pago del mismo precio más un premio.

III. La aplicabilidad material del sistema dualista en algunas jurisdicciones

A. Costa Rica y sus particularidades en los arbitrajes de inversión

Costa Rica tiene un sistema dualista de arbitraje, en el sentido de que el arbitraje internacional y el doméstico se rigen por leyes distintas. Mientras que la Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional basada en la Ley Modelo de la Comisión Nacional de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) (“LACI”)¹⁶ es de aplicación al arbitraje internacional, y la Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social (“Ley RAC”)¹⁷, de aplicación residual, es aplicable a todo arbitraje que no se rija por la LACI.

Se ha señalado que la Ley RAC es aplicable al arbitraje doméstico, lo que es correcto, pero siendo que la Ley RAC no delimita su alcance a un tipo de arbitraje específico, resulta de aplicación a todo arbitraje que no esté cobijado por la LACI, que es ley especial para el arbitraje internacional, de acuerdo a la delimitación de su ámbito de aplicación contenido en su artículo 1.

Costa Rica es un caso sumamente interesante con relación a su sistema dualista

para los arbitrajes nacionales vs los internacionales. A partir de ello, en el caso de los arbitrajes internacionales (dentro de los cuales se podría pensar encuadra los arbitrajes de inversión), lo lógico sería pensar que la legislación aplicable en Costa Rica es la LACI.

No obstante, a pesar de que la intuición lógica es la que debería de reinar para todos los escenarios, el legislador costarricense determinó, en cierta medida, que la LACI no debe ser la legislación aplicada para los casos en los que se está frente a disputas inversionista – Estado, como lo prevé su Art. 1(5):

5) La presente ley no afectará a ninguna otra ley de Costa Rica en virtud de la cual determinadas controversias no sean susceptibles de arbitraje o se puedan someter a arbitraje únicamente de conformidad con disposiciones que no sean las de la presente ley. Tampoco será de aplicación en las disputas entre inversionista-Estado reguladas en los acuerdos internacionales.

De esta manera, Costa Rica fijó medianamente en esta norma, un evidente obstáculo para la aplicación de dicha normativa para los efectos de los casos de arbitrajes de inversión en los que Costa Rica sea sede. Por ende, accionar pretendiendo cualquier tipo de requerimiento (como la nulidad del laudo) basados en esta normativa, la hacen improcedente

¹⁶ Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional basada en la Ley Modelo de la Comisión Nacional de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). No. 8937. Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. 2011.

¹⁷ Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social. Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. 1998.

por su mera incompatibilidad. El legislador dejó plasmada su voluntad manifiesta de excluir la aplicación de la LACI al haber introducido una modificación expresa a la Ley Modelo.

Costa Rica, sin duda está dando pasos importantes para convertirse en una sede arbitral cada vez más atractiva, tan es así que al día de hoy ya ha sido sede de un arbitraje de inversión. Por esta razón, es importante conocer que aún cuando la LACI excluya su aplicación al arbitraje inversor-estado, no significa que este tipo de disputas queden “huérfanas” de la aplicación de un régimen local que las cobije a través de la Ley RAC.

IV. Centros arbitrales: Una oportunidad para afianzar la transparencia

A. La relevancia que toma para las partes de un arbitraje

En la práctica profesional de aquellos que se dedican al arbitraje, siempre ha habido una constante que se contrapone según el lado de la balanza sobre el que se busque inclinar. En ese sentido, la transparencia y la confidencialidad son conceptos que para muchos podrán representar severos elementos opuestos, que implicarían –aparente y consecuentemente- el sacrificio de uno para garantizar el cumplimiento del otro. De ello,

algunos consideran que la confidencialidad tiene un mayor peso selectivo frente a la transparencia, esta hipótesis también se ha visto sustentada en las encuestas realizadas por parte de White & Case LLP y la Queen Mary University of London¹⁸.

Ahora bien, la contrapuesta a la confidencialidad, es decir, la transparencia, está vinculada intrínsecamente al acceso de la información, a pesar de no ser exactamente iguales:

El acceso público y la transparencia se unen al facilitar el derecho del público a asistir a los procedimientos, así como al permitir el escrutinio de la actuación del juez. Si bien es tentador hacer una amalgama de estos dos conceptos, son sin embargo distintos entre sí en el contexto del arbitraje: el acceso del público es un derecho individual mientras que la transparencia se refiere al sistema en su conjunto. Existe una discrepancia notable en el tratamiento de la transparencia y el acceso público en el arbitraje comercial internacional, dado que el primero se considera a menudo un imperativo mientras que el segundo se considera prescindible. Esta diferencia de trato se deriva de los objetivos que cada concepto trata de alcanzar. Por consiguiente, aunque el acceso público es un instrumento para estimular la transparencia, no es una característica esencial de la transparencia¹⁹.

¹⁸ White & Case LLP y Queen Mary University of London. 2010 International Arbitration Survey: Choices in International Arbitration, p. 6. Consulta realizada el día 18 de julio de 2020. Disponible en: http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2010_InternationalArbitrationSurveyReport.pdf

¹⁹ AVINASH, Poorooye & FEEHILY, Ronán. Confidentiality and Transparency in International Commercial Arbitration: Finding the Right Balance. Harvard Negotiation Law Review, 2017, p. 283.

Ahora cabe preguntarse ¿cuál es la razón por la cual la transparencia resulta relevante para las partes? De alguna manera, esto va intrínsecamente relacionado a la validación con la que se confía en el arbitraje como mecanismo para resolver las controversias por quienes estén interesados en buscar resolver una disputa.

Y no solo lo anterior, la capacidad de contar con políticas de transparencia por parte de los centros arbitrales permiten una doble oportunidad práctica: (i) se genera un incentivo con relación al desarrollo de la práctica arbitral en tales centros, en función de mostrar manejo de casos, volumen, tipos de materias trabajadas, entre otras variables, pero además; (ii) esto representa una única oportunidad para los centros de desarrollar académicamente los espacios de mercado que visibilicen al exterior la capacidad técnica con la que dicha institución maneja sus casos y por ende, puedan generar más confiabilidad en partes que estén interesadas en manejo de asuntos sobre materias y temas específicos.

En Latinoamérica existe una gran cantidad de centros de arbitraje que cada vez administran mayor cantidad de casos con alto grado de complejidad. Publicar sus decisiones sin dejar de lado la confidencialidad de los procesos, se puede convertir en una herramienta fundamental para generar mayor confianza y predictibilidad en las decisiones, que a su vez hagan cada vez más atractivas sedes arbitrales en la región.

B. Ejemplos de casos de éxito: Cámara de Comercio Internacional (CCI) y la London Court of International Arbitration (LCIA)

A pesar de que la confidencialidad sigue marcando una presencia relevante para el mundo del arbitraje, sobre todo para los grandes actores económicos que buscan que sus controversias se mantengan fuera de la vista de la escena global, no es menos cierto que la transparencia ha venido tomando cada vez más presencia con relación a ciertas instituciones arbitrales que buscan ofrecer un espectro más amplio, sobre la realidad que circunscribe al arbitraje año tras año y los resultados que de la gestión de dichos centros se derivan. Precisamente lo anterior es una oportunidad clave con la que cuentan las instituciones arbitrales en Latinoamérica para acrecentar la presencia y atracción por este medio de resolución de controversias (el arbitraje).

Y es que materializar este tipo de elementos como la transparencia no es un imposible para la práctica y consecuente obtención de casos, existen múltiples casos de éxitos sobre estos aspectos. En ese orden de ideas, se toman como referencia a dos ejemplos concretos: (i) La Cámara de Comercio Internacional (CCI); y (ii) la London Court of International Arbitration (LCIA).

Sobre el primer caso, es decir con mayor detalle, la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), esta institución siempre ha sido pionera

en la dirección y ejecución de iniciativas que pueden ser replicables por otros centros arbitrales. A partir de ello, la CCI ya tiene más de 6 años implementando políticas dirigidas a: (i) promover la transparencia del arbitraje, permitiendo destacar elementos como la calidad de los tribunales arbitrales y que consecuentemente se genere un incentivo adicional de promocionar el arbitraje a nivel regional²⁰ y; (ii) las consecuencias económicas derivadas de la injustificada entrega de laudos arbitrales²¹.

En el otro caso, es decir, la London Court of International Arbitration (LCIA), esta sigue la misma corriente que la CCI, a través de su “Annual Casework Report” en el cual incluyen una variedad pronunciada de información (como la referente a sectores/industrias, acuerdos, normas aplicables, intervención de múltiples partes, entre otros), manteniendo los estándares mínimos de la confidencialidad y no transgrediendo el acuerdo de las partes²².

V. Conclusiones

Sin lugar a dudas, el arbitraje avanza a pasos agigantados para los grandes actores que intervienen en el comercio internacional. Por suerte, Latinoamérica cada vez más se hace presente en esa ola, desde los arbitrajes por defecto de ley, hasta la revisión de los sistemas dualistas

de arbitraje y pasando por las oportunidades que existen para los centros arbitrales a día de hoy. Se está ante un momento único para el crecimiento de esta área en la región.

En ese sentido, los retos y barreras también están presentes, por lo que es indispensable ser conscientes que aún hay mucho camino por recorrer y aún más cuestiones por aprender e implementar.

²⁰ ICC Court announces new policies to foster transparency and ensure greater efficiency. International Chamber of Commerce. 2016. Véase: <https://iccwbo.org/news-publications/news/icc-court-announces-new-policies-to-foster-transparency-and-ensure-greater-efficiency/>

²¹ Ídem.

²² Reports. The London Court of International Arbitration. Véase: <https://www.lcia.org/lcia/reports.aspx>

Normas Editoriales de Principia

Normas Editoriales para la presentación de artículos académicos para Principia

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

I. Sobre los artículos

1. Las colaboraciones que sean enviadas deben ser inéditas y cumplir con el Código de Ética de Principia.
2. Los originales deben ser remitidos, dentro del plazo de convocatoria, a la dirección de correo electrónico cierc@uma.edu.ve
3. El manuscrito debe venir acompañado de un breve resumen en español e inglés de unas 10 líneas que sinteticen el contenido del artículo. En dicho resumen también deberá incluirse las palabras claves en español e inglés.
4. Deberá incluirse un resumen corto del currículum del autor en una nota al pie de página.
5. Deberá contar con: Resumen; Introducción; Desarrollo; Conclusiones.
6. Estará prohibido en el texto resaltar en **negritas**, *cursiva*, y/o subrayado. Solo estará permitido, cuando una cita textual de otro texto así lo contenga.
7. Tipo y tamaño de letra:
 - i. Tipo de letra: Times New Roman tanto en el cuerpo del texto (título, párrafo, tablas y cuadros) como en las notas a pie de página.
 - ii. Tamaño de la letra: 11 puntos en el cuerpo del texto (títulos, párrafos, tablas y cuadros) y 9 puntos en las notas a pie de página.
8. El interlineado debe ser de 1,5 en el cuerpo del texto (títulos, párrafos, tablas y cuadros) y sencillo en los títulos de más de dos líneas, las citas largas –afuera del párrafo– y en las notas a pie de página.
9. Alineación del texto:
 - i. Los títulos de los capítulos deben estar centrados.
 - ii. Los subtítulos deben estar alineados a la izquierda.
 - iii. Los párrafos y las notas a pie de página o al final del texto deben ir justificados (alineados tanto a la izquierda como a la derecha). Excepto la primera línea de los párrafos que llevará una sangría de 5 espacios (1,25 cm).

10. Programas del texto: Los artículos deben entregarse en formato Microsoft Word para PC (versiones 2003, 2007, 2010 o 2013 o posterior). El archivo de texto debe tener la extensión .doc o .docx (no se acepta .rtf ni .pdf para el archivo de texto).

II. Sobre las citas, pies de página y referencias

1. Citas:
 - i. Tipo de cita: Estilo CHICAGO en una nota al pie de página. Se debe de mantener a lo largo de todo el texto.
 - ii. El Estilo CHICAGO puede ser encontrado en:
https://www.chicagomanualofstyle.org/tools_citationguide/citation-guide-1.html
 - iii. Las citas textuales de menos de 40 palabras deben tener el mismo formato que el texto (no hay diferencia), y deben estar “entrecomilladas”
 - iv. Las citas de más de 40 palabras deben ir en párrafo aparte con sangría continua de 5 espacios y con interlineado sencillo. Este tipo de cita no utiliza comillas.
2. Notas a pie de página deben estar en letra Times New Roman 9.

III. Arbitraje doble ciego

1. Los trabajos presentados para publicación en Principia serán sometidos a arbitraje doble ciego, basándose en los criterios aquí establecidos y en el Código de Ética de la revista.



El Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias (CIERC) de la Universidad Monteávila, nace de la iniciativa de reconocidos profesores y profesionales venezolanos y extranjeros vinculados a la Universidad Monteávila, la Universidad Católica Andrés Bello y el Instituto de Estudios Superiores de Administración (IESA), con el fin de fomentar la utilización de los Medios Alternativos de Resolución de Controversias como vía efectiva para reducir la conflictividad que caracteriza nuestras relaciones comerciales, familiares y personales e incluso, contribuir activamente a solucionar la crisis de justicia e institucionalidad que enmarca nuestro sistema judicial.

El CIERC presenta así diversas herramientas de investigación y formación académica y profesional, orientadas, ante todo, al desarrollo de una metodología efectiva de gerencia y control de riesgos y conflictos, y a fomentar y promover los medios alternativos al litigio judicial para la resolución de controversias, no sólo invitando a las partes a utilizarlos, sino particularmente promoviendo y participando activamente en la formación de árbitros, mediadores y negociadores.

Como parte de las herramientas de investigación y formación académica que promueve el CIERC, nace la necesidad de realizar una publicación que conjugue diferentes artículos de opinión, académicos y de información acerca del desarrollo de los diferentes mecanismos alternativos de resolución, para seguir fomentando el estudio y el desarrollo intelectual en esta área.