

¿Cuán transnacional es el arbitraje?

Luca G. Radicati di Brozolo*

Quizá, Ustedes se estarán interrogando sobre el sentido de la pregunta a la que Diego [Fernández Arroyo] y José Antonio [Moreno Rodríguez] me pidieron contestar para concluir esta Conferencia tan interesante. La pregunta es: “¿Cuán transnacional es el arbitraje?”. Yo la interpreté como una invitación a una reflexión sobre la función y la naturaleza del arbitraje internacional en el momento actual y su posible evolución (solo hablaré del arbitraje comercial).

Para encontrar la respuesta creo que es útil empezar por entender lo que los usuarios esperan del arbitraje. Ellos recurren al arbitraje porque buscan un sistema de resolución de litigios que, por un lado, ofrezca las mismas, o quizás mejores, garantías de debido proceso que los procedimientos nacionales, pero que al mismo tiempo sea más imparcial, menos provinciano, más atento a las necesidades de los operadores internacionales y a la especificidad de sus operaciones y - lo que es particularmente relevante - que funcione esencialmente siempre de la misma manera, independientemente del lugar del procedimiento. Para mí, especialmente en los casos más grandes, esto es por lo menos tan importante como la rapidez y los costos.

En otras palabras, aunque no lo expresen de esta forma, finalmente los usuarios buscan en el arbitraje lo que suele llamarse un sistema transnacional de resolución de conflictos. Es decir, un sistema alternativo a los tribunales nacionales, y menos influenciado por las particularidades de los sistemas de derecho interno.

La cuestión es entonces: ¿hasta qué punto el arbitraje internacional cumple con estas expectativas y, en este sentido, consigue efectivamente ser “transnacional”?

Esto plantea dos sub-cuestiones. La primera es si, y eventualmente en qué medida, para alcanzar estos objetivos es necesario que el arbitraje pueda (por así decirlo) emanciparse del derecho nacional. Y la segunda es si esta condición es factible.

1. ¿Puede el arbitraje internacional emanciparse del derecho nacional? [\[arriba\]](#)

Empezaré por la segunda. Aunque el arbitraje es una criatura de la autonomía de las partes, depende también del derecho nacional. En efecto, el arbitraje solo puede existir y funcionar mientras los Estados lo permiten y lo apoyan, en particular haciendo efectivos los acuerdos arbitrales y los laudos. Si lo quisieran, los Estados podrían obviamente ejercer un control muy estricto sobre el arbitraje, que es lo que hacían en el pasado, cuando exigían el cumplimiento estricto de sus derechos nacionales, tanto en los aspectos procesales como en los sustantivos.

Hoy en día ya no es así. La mayoría de los países apoyan el arbitraje, y adoptan una postura en mayor o menor medida liberal.

En primer lugar, los Estados aceptan que las partes elijan la sede del arbitraje, lo que les permite a estas sustraerse casi totalmente del control de los sistemas nacionales que por cualquier razón no les gustan. Por cierto, esto no quiere decir evadir completamente los sistemas nacionales, porque no es imaginable un arbitraje

totalmente a-nacional. Pero admite que las partes opten por el sistema de referencia de su arbitraje que les parece más conveniente.

En un segundo nivel, los sistemas nacionales dejan a las partes una gran latitud en la elección de las reglas aplicables, tanto al procedimiento como al fondo, como también a las cuestiones que se encuentran a mitad de camino entre los dos. La libertad de elección de las reglas aplicables incluye la elección no solo de reglas nacionales, sino también de reglas a-nacionales. Todo esto hace que las partes tengan una gran flexibilidad para moldear su arbitraje tal como lo desean.

Los Estados van más allá. Hoy en día incluso renuncian en gran medida a controlar el resultado del proceso arbitral. Como sabemos, el control del laudo es muy reducido. Solo pretende corregir las patologías más graves, es decir la violación del debido proceso y de los principios fundamentales que surgen a nivel del orden público o son consagrados por normas de aplicación necesaria.

Todo esto nos da una respuesta preliminar a la primera pregunta. El arbitraje internacional tiene realmente la posibilidad de emanciparse en gran medida del derecho nacional. Mejor dicho, los Estados permiten una muy significativa emancipación del arbitraje.

La razón de esta actitud de *laissez faire* de los Estados es que ellos entienden que, para el funcionamiento de las relaciones comerciales internacionales, es indispensable que exista un sistema de resolución de conflictos más adaptado, que sus propios tribunales, a las necesidades de los usuarios. Esto explica también el alto nivel de convergencia entre los derechos nacionales del arbitraje, particularmente en el reconocimiento de una muy amplia autonomía de las partes.

Esta situación se debe en gran medida a la Convención de Nueva York y a la competencia entre las sedes arbitrales a la que esta ha dado lugar.

2. La innecesaria dependencia del derecho nacional como obstáculo a la transnacionalización del arbitraje [\[arriba\]](#)

La evolución que acabo de mencionar ha sin duda llevado a un primer nivel de transnacionalización. Pero esto no es suficiente para dar vida a un sistema verdaderamente transnacional. ¿Cuál es entonces el obstáculo? A mi modo de ver, el obstáculo es una dependencia aún excesiva del derecho nacional.

Efectivamente, aunque podría emanciparse del derecho nacional, el arbitraje sigue estando muy - yo diría demasiado - vinculado al derecho nacional. Esto no se debe al hecho de que los Estados lo exijan, sino más bien a una inercia o falta de imaginación o conservadurismo que hacen que normalmente el derecho nacional siga siendo el punto de partida para la solución de la mayoría de los asuntos que surgen en los arbitrajes o que están relacionados con estos. En general, esto es así para los jueces, pero lo es incluso para los árbitros (y los abogados).

La constante referencia al derecho nacional plantea varios problemas, pues las reglas nacionales que terminan por ser aplicadas al arbitraje todavía presentan bastantes diferencias, a pesar de la progresiva convergencia que acabo de mencionar. A este respecto hay que distinguir entre, por un lado, los asuntos de fondo y, por otro lado, aquellos relacionados con el procedimiento (no solo las reglas procesales, sino todas las que reglan la organización y el funcionamiento del

mecanismo arbitral, que son evidentemente las más relevantes para la discusión sobre el carácter transnacional del arbitraje como sistema).

Empezando con los asuntos relacionados con el procedimiento, el recurso al derecho nacional pone antes que nada un problema de conflicto de leyes. En primer lugar, se trata de identificar el sistema de conflicto a través del cual buscar la regla de conflicto. Si el asunto surge frente a un juez, ella o él aplicará su propio sistema de derecho internacional privado. Los árbitros gozan normalmente de una amplia discrecionalidad al respecto. En todo caso, el resultado es una incertidumbre en cuanto al sistema de conflicto que se aplicará cada vez. Dependiendo del sistema aplicado, la ley aplicable podrá ser diferente, obviamente en perjuicio de la uniformidad.

La incertidumbre se multiplica dado que hay una alta probabilidad de que el sistema de conflicto identificado no contenga una regla de conflicto clara para la designación de la ley aplicable al asunto en cuestión. Basta con pensar en las dudas que existen sobre la ley aplicable al acuerdo arbitral, a su aplicabilidad a los no signatarios, a las medidas cautelares, a los remedios, etcétera. Una vez más, falta de previsibilidad y amplia discrecionalidad del juez y del árbitro.

Hay un tercer problema. Cualquiera sea el modo con el que se individua la ley nacional aplicable, incluso a través de la voie directe, frecuentemente esta no contendrá una regla específica para el arbitraje. Esto es así para una larga serie de cuestiones que encontramos cada día en nuestra práctica de árbitros o abogados: por ejemplo, los remedios o el valor de cosa juzgada o los deberes profesionales de los abogados, el privilegio. Lo que se hace normalmente es aplicar - por analogía o extensión, y sin mayor reflexión - las reglas de derecho nacional que regulan problemas similares frente a los tribunales nacionales (siempre y cuando existan), pero en la mayoría de los casos estas reglas no son aptas para el arbitraje (a pesar de que varían de un país al otro).

Tomemos, por ejemplo, el valor de cosa juzgada del laudo. Naturalmente, todos los derechos nacionales tienen reglas sobre la cosa juzgada, pero estas se refieren a la cosa juzgada de las decisiones de los jueces del foro. Es muy cuestionable que estas normas sean adecuadas para los laudos, dado que estos ponen problemas bastante distintos a los de las sentencias, y esto a pesar de que las normas varían de un sistema al otro.

Por supuesto, el problema ni siquiera se soluciona aplicando la ley de la sede, que es la ley que muy a menudo - aunque, en mi opinión, sin razón particular - se considera aplicable a una gran parte de los problemas del arbitraje. Primero, frecuentemente esa ley tiene poca o ninguna relación con el arbitraje en cuestión. Además, tampoco ella tendrá reglas específicas para todas las cuestiones que surjan en el arbitraje.

El hecho de que la sede es normalmente elegida por las partes no me parece particularmente relevante. En efecto, la razón por la que las partes eligen la sede es que confían en que su ley y sus jueces tendrán una actitud favorable al arbitraje. Ellas no asumen desde luego que esa elección conlleve también la designación de toda su ley, incluyendo las reglas no específicamente relacionadas con el arbitraje (como las sobre la cosa juzgada). En realidad, el rol que se le atribuye a la ley de la

sede es el legado de la concepción jurisdiccional del arbitraje que prevalecía al origen, pero que ya no tiene más sentido.

Entonces, el resultado del recurso sistemático al derecho nacional es, antes que nada, un nivel altísimo de incertidumbre en cuanto a las reglas que serán aplicadas concretamente, y además la aplicación de reglas no necesariamente adaptadas al arbitraje y una falta total de uniformidad.

El mismo acuerdo arbitral será válido o no, un tercero podrá invocar un acuerdo arbitral o no, un laudo tendrá efecto de cosa juzgada o no, una medida cautelar se podrá obtener o no, todo dependiendo de si aplica un derecho nacional u otro. Esta es la normalidad, y un mal inevitable, en las contiendas frente a los tribunales nacionales. Sin embargo, es mucho menos aceptable en el arbitraje, dado que la expectativa es que sea un sistema relativamente uniforme y previsible.

En conclusión, que se siga aplicando el derecho nacional al arbitraje internacional, según un modelo conflictualista tradicional, es casi un contrasentido que choca con la aspiración transnacional del arbitraje.

3. ¿En qué medida puede el arbitraje llegar a ser transnacional? [\[arriba\]](#)

La pregunta que hay que ponerse es entonces si existe una alternativa a ese método conflictualista que permita al arbitraje llegar a ser realmente transnacional.

La respuesta es por supuesto que sí, y consiste en un enfoque transnacional, basado en la aplicación de reglas específicas para el arbitraje internacional, en lugar de reglas nacionales.

Esta solución es, en principio, evidentemente posible. De hecho, es la solución que se aplica para las reglas procesales. Todos sabemos que ahora existe un corpus de reglas y usos que se utilizan invariablemente en los arbitrajes internacionales y que incluyen en primer lugar las Reglas de la IBA sobre la prueba y las que se encuentran normalmente codificadas en la famosa orden procesal No. 1. A nadie - salvo a los no expertos de arbitraje internacional - jamás se le ocurriría aplicar el derecho procesal doméstico en esos arbitrajes.

Existen también algunas otras reglas, que se utilizan muy frecuentemente, incluso por los jueces nacionales, tal como las líneas guía de la IBA sobre los conflictos de intereses de los árbitros. Hemos escuchado ayer que estas podrían necesitar una revisión.

La dificultad es que, para la mayoría de las muchísimas cuestiones que surgen en la práctica arbitral, no existen reglas claras y universalmente aceptadas de ese tipo.

En principio, las partes son libres de crear sus propias reglas para sus procedimientos, pero concretamente casi nunca lo hacen, y de todas maneras esta solución sería sumamente ineficiente.

¿Qué hacer entonces cuando faltan reglas o soluciones transnacionales? Yo creo que la solución correcta es la sugerida por Emmanuel Gaillard. Gaillard plantea que siempre se debe empezar con averiguar si, en los derechos nacionales o en la práctica arbitral, existen soluciones o tendencias convergentes, o por lo menos

predominantes. En muchos casos estas efectivamente existen y forman el núcleo de lo que se puede considerar un derecho uniforme del arbitraje internacional.

Cuando existan, tanto los árbitros como los jueces deberían inspirarse en ellas, dejando de lado las reglas y los estándares del derecho nacional divergentes. Esto es posible pues, de hecho, en la mayoría de los casos estas reglas nacionales no son obligatorias, sino solo el fruto de tradición o de principios que pueden ser abandonados sin más, en cuanto sean menos favorables al arbitraje o atenten contra la uniformidad. En otras palabras, los jueces y los árbitros deberían hacer un esfuerzo de creatividad para adaptarse a las soluciones transnacionales, y no recaer en la aplicación servil del derecho nacional. El espíritu debería ser parecido al que regula la aplicación del derecho uniforme. La objeción de que esto podría llevar a incertidumbre tiene poco sentido, dada la incertidumbre ínsita en la aplicación pura y simple del derecho nacional que mencionaba antes.

A veces esto no es posible, por falta de soluciones suficientemente compartidas. Lo que se podría intentar en estos casos sería entonces un ejercicio similar al que se hace para identificar los principios generales del derecho. Pero esto no es fácil.

4. La exigencia de desarrollar reglas ad hoc para el arbitraje: el papel de las instituciones arbitrales [\[arriba\]](#)

Por consiguiente, en mi opinión es necesario un esfuerzo para desarrollar reglas ad hoc para regular el arbitraje. Estas reglas deberán tener en cuenta entre otras cosas las diferencias culturales que a menudo son la causa de las diferencias entre los enfoques con respecto a los problemas que se encuentran en la práctica. La idea no es la de intentar mediar entre los distintos enfoques culturales o que existen en los derechos nacionales, sino de identificar los enfoques más adaptados a las exigencias del arbitraje.

Esta ha sido normalmente la tarea de las organizaciones como la IBA o la Asociación de Derecho Internacional (la ILA). Pero este proceso es largo y complicado, e incluso a veces se le acusa de falta de legitimidad, creo sin mucha razón.

Por lo tanto, me parece que los candidatos ideales son las instituciones arbitrales, cuya importancia ha sido subrayada también ayer por Alexis Mourre. Estoy convencido de que estas instituciones deberían asumir un rol más directo y audaz en el desarrollo de estas reglas. ¿Por qué ellas no adoptan en sus reglamentos reglas, por ejemplo, sobre el valor de cosa juzgada de los laudos emitidos bajo este reglamento, sobre el Third Party Funding y la security for costs, las medidas cautelares, los deberes éticos de quienes participan al arbitraje, los remedios, la confidencialidad, y muchas otras cuestiones de las que siempre se debate? Como Gonzalo Flores nos decía, esto es lo que está haciendo el CIADI a propósito del third party funding y de la security for costs.

En la medida en que estén contenidas en el reglamento, estas reglas serían aplicables automáticamente como resultado de la autonomía de las partes, y no se debería cada vez gastar energía para encontrar la solución caso por caso. De esta manera se instauraría también una competencia virtuosa entre las instituciones para buscar las reglas que mejor responden a las necesidades de los usuarios. Naturalmente, estas reglas se podrían ir adaptando a medida que surgiera la necesidad.

A este propósito, quiero precisar que no comprendo la oposición de muchos a la proliferación de reglas sobre el arbitraje. Para empezar, es evidente que las reglas no amenazarían la autonomía de las partes, dado que siempre quedaría la posibilidad de un opting out. Tampoco tiene sentido la idea que las reglas comprimen la supuesta creatividad de los árbitros, que no es nada más que su discrecionalidad y es precisamente la fuente de incertidumbre.

Si se considera el rol del arbitraje internacional en el mundo de hoy, lo que se espera de él, y los intereses de las partes que están en juego, a mí me parece inconcebible dejar que muchas de las cuestiones importantes relacionadas con este queden sin reglas claras o, peor aún, sujetas a reglas de derecho nacional imprevisibles y poco adecuadas.

La existencia de reglas claras y específicas para el arbitraje es fundamental para simplificar el procedimiento, reducir los imprevistos, los costos y las oportunidades de tácticas de guerrilla, y además para hacer más transparente el arbitraje y aumentar su legitimidad (también frente a los Estados) y la confianza de los usuarios.

5. El derecho nacional y el fondo [\[arriba\]](#)

Todo lo que acabo de decir vale para las cuestiones relacionadas con el funcionamiento del arbitraje. Las cosas son en parte distintas para el fondo. No tenemos el tiempo necesario para profundizar el problema. Diré solamente que, en relación con el fondo tal vez hay menos exigencia de uniformidad, porque también en el contexto arbitral las reglas materiales aplicables no son evidentemente las mismas para cada operación o contrato.

Sin embargo, también a este propósito es fundamental tener en cuenta la aspiración transnacional del arbitraje. Esto implica que, incluso en la decisión sobre el fondo, el enfoque no tiene necesariamente que replicar el de los tribunales nacionales.

En particular, es importante que se permita la aplicación de reglas no nacionales en lugar de un derecho nacional, si las partes lo quieren, o, a falta de elección, cuando los árbitros lo estimen apropiado en el caso específico. Aún más importante es aceptar que, en el arbitraje, el derecho nacional no debe necesariamente ser aplicado al fondo exactamente como lo haría el juez. La manera en que el derecho material debe ser aplicado por el árbitro efectivamente depende de muchos factores que son específicos al arbitraje, que requerirían una discusión más amplia.

6. La transnacionalización necesaria, pero incumplida [\[arriba\]](#)

Para concluir, y volviendo a la pregunta inicial, es evidente que en las últimas décadas el arbitraje ha evolucionado enormemente en la dirección transnacional.

Una prueba de ello es justamente esta Conferencia, como las decenas de conferencias sobre el arbitraje que cada año se llevan a cabo en el mundo. Independientemente de nuestros orígenes, todos hablamos el mismo lenguaje y tenemos una visión muy compartida de lo que es el arbitraje y de cómo debe funcionar. Formamos parte de un ambiente internacional más bien homogéneo de expertos de arbitraje - abogados, árbitros y académicos. También los jueces se están familiarizando con las especificidades del arbitraje internacional. Las conferencias

sobre el arbitraje internacional son más parecidas a conferencias sobre el derecho uniforme que sobre el derecho procesal comparado.

Por cierto, contrariamente a la solución de litigios a través de los tribunales nacionales, el arbitraje se puede considerar un verdadero sistema de solución de disputas, con sus propias reglas y particularidades y una relativa coherencia interna. Por lo tanto, desde un punto de vista sociológico el arbitraje es hoy indudablemente transnacional.

¿Pero, también lo es desde la perspectiva del derecho? Como he intentado explicar, yo creo que aún no lo es suficientemente. Permanece demasiado vinculado al derecho nacional, mucho más de lo necesario y de lo que exigen los Estados.

Para ser realmente transnacional, el arbitraje debería desarrollar de manera más sistemática sus propias reglas para regular de manera uniforme y específica - y sin demasiada referencia al derecho nacional - las cuestiones que se ponen respecto a su funcionamiento. Esta no es una posición de principio o teórica, sino la mera constatación de una necesidad para hacer el arbitraje eficiente y previsible, y legítimo.

Para esto se debería aprovechar la flexibilidad e informalidad del arbitraje, que hace que su proceso de creación de reglas sea mucho más sencillo y profesional que el del derecho nacional.

Como lo dije, la iniciativa debería ser tomada de manera proactiva por las instituciones arbitrales. Ellas cuentan con directa visibilidad sobre los problemas que surgen y sobre las expectativas de los usuarios, con lo cual no deberían limitarse a administrar los procedimientos, sino que deberían asumir el papel de creadoras de normas. Inicialmente, se tratará de normas aplicables solo en los arbitrajes bajo el reglamento de la organización en cuestión, pero con el tiempo se podrá llegar a una convergencia de soluciones que favorecería la emersión de reglas aplicables de manera más general.

La idea no es evidentemente tirar por la borda siglos de cultura y experiencia jurídica, sino basarse en estas para desarrollar reglas más adaptadas a las exigencias particulares. Una vez que estas reglas emerjan en la comunidad arbitral, también los jueces nacionales estarán más disponibles a aceptarlas cuando se enfrenten a los problemas del arbitraje en los juicios domésticos, tal como hoy aceptan las reglas procesales típicas del arbitraje.

Hasta que llegue una real emancipación del derecho nacional - que, insisto, hoy es permitida por los Estados - la transnacionalización del arbitraje permanecerá incumplida, lo que me parece contrario a su espíritu y a lo que quieren los usuarios.

Todos debemos agradecer a Diego y a José Antonio y a la CLA por organizar estas Conferencias que contribuyen mucho a la reflexión para impulsar esta evolución.

Notas [\[arriba\]](#)

* Socio, *ArbLit Radicati di Brozolo Sabatini Benedettelli Torsello, Milan. Ex Catedrático de Derecho internacional privado en la Universidad Católica de Milán. Luca.Radicati@arblit.com*

** *Conferencia de clausura en la XII Conferencia Latinoamericana de Arbitraje, Montevideo 2-3 de junio de 2022.*

Este texto retoma algunos temas tratados en otras publicaciones del autor, donde se encuentran las referencias a la doctrina y a las fuentes: ver Radicati di Brozolo, *Party Autonomy and the Rules Applicable to the Merits in International Arbitration, in Limits to Party Autonomy in International Commercial Arbitration* (dir. Ferrari), New York, 2016, p. 331; Id., *Applying the Rules Governing the Merits in International Commercial Arbitration: What Role for Inherent Powers?*, in *Inherent powers in international adjudication* (dir. Ferrari y Rosenfeld) 2018, 269 ss.; Id., *L'arbitrato come sistema transnazionale di risoluzione delle controversie: caratteristiche e rapporto con il diritto interno*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2020, 1 ss.; Id., *International commercial arbitration and private international law*, in *Cambridge compendium of international commercial arbitration* (dir. Ferrari, Bjorklund y Kröll), Cambridge, 2022, 441 ss.; Id., *Emmanuel Gaillard's Theory of International Arbitration: The Basis for a Uniform Law of International Arbitration*, in *Mélanges en mémoire d'Emmanuel Gaillard*, pendiente de publicación; Id. (con Flavio Ponzano), *The Need for Arbitration-Specific Rules on Ethics: A Plea for a Collective Effort*, in *Essays in Honor of Alexis Mourre*, pendiente de publicación. El tema ha sido desarrollado en el contexto de mi curso general de derecho internacional privado a la Academia de derecho internacional de La Haya (2018) sobre *The legal framework of transnational commercial transactions*, pendiente de publicación.