

Recibido: 5 marzo 2019
Aceptado: 30 marzo 2018

Arbitraje, vol. XII, nº 1, 2019, pp. 13-77

Arbitraje y tribunales para el comercio internacional en el “mercado de la litigación”

Marta REQUEJO ISIDRO *

Sumario: I. Introducción. II. A propósito del arbitraje. 1. Punto de partida: confianza y deferencia hacia el arbitraje: A) Con carácter general; B) En relación con el procedimiento arbitral; C) Tras el procedimiento arbitral. 2. Límites a la confianza en el arbitraje: A) Consideraciones previas; B) Objetivos del control; C) Vehículos del control. 3. La perspectiva de los usuarios: A) Judicialización; B) La delegación de tareas; C) Falta de transparencia e información. III. Tribunales para asuntos de comercio internacional. 1. Asia. Presentación general. 2. En particular: A) *Dubai International Financial Centre Courts*; B) *Civil and Commercial Court of the Qatar Financial Centre*; C) *Abu Dhabi Global Market Courts*; D) *Singapore International Commercial Court*. 3. El caso europeo. Presentación general. 4. En particular: A) Alemania; B) Francia; C) Irlanda; D) Países Bajos; E) ¿Un tribunal de comercio a nivel regional (y/o un procedimiento expeditivo para litigios comerciales internacionales)? IV. Oferta y competencia en los servicios de tutela de los derechos. 1. “Commercial courts and international arbitration—competitors or partners?” Primeras impresiones; 2 Complementariedad. 3. Competencia. La oferta a los usuarios: A) Igualar y mejorar; B) Facilidades de acceso. Competencias objetiva y funcional. C) En detrimento de los TCIs. V. La competición se juega (también) entre tribunales. 1. En general. 2. Factores a considerar: A) Apertura (internacional, a la voluntad de las partes, y a las nuevas tecnologías); B) “Exportabilidad” de las decisiones.

Resumen: Arbitraje y tribunales para el comercio internacional en el “mercado de la litigación”

El panorama de la litigación internacional está cambiando. Dos datos resaltan entre otros: la creación de tribunales para asuntos de comercio internacional –o cámaras

* Max Planck Institute Luxembourg.

especializadas dentro de la jurisdicción común–, que han proliferado en los últimos años, especialmente en algunas zonas geográficas; la crisis del arbitraje internacional, que se manifiesta tanto a nivel institucional como en el descontento de los usuarios. El estudio presenta ambas corrientes y realiza una primera evaluación de las ventajas y desventajas de cada mecanismo de resolución de controversias.

Palabras clave: ARBITRAJE –TRIBUNALES PARA ASUNTOS DE COMERCIO INTERNACIONAL – LITIGIOS INTERNACIONALES – MERCADO DE LA LITIGACIÓN –PROCESOS EXPEDITIVOS.

Abstract: Arbitration and International Commercial Courts in the “Litigation Market”

The landscape of international litigation is changing. Two elements stand out: the setting up international commercial courts – or specialized chambers within the common courts – which have proliferated in recent years, especially in some geographical areas; and the crisis of international arbitration, which manifests itself both at the institutional level and in the discontent of users. This paper presents both trends together with preliminary assessment of the advantages and disadvantages of each dispute resolution mechanism.

Keywords: ARBITRATION – INTERNATIONAL COMMERCIAL COURTS – CROSS–BORDER LITIGATION – LITIGATION MARKET –EXPEDITED PROCEDURE.

I. Introducción

“*The international litigation landscape for business disputes is in motion*”¹. Con esta frase se resume el fenómeno, fácilmente apreciable y dotado de alcance general, de cambios –o ensayos de cambio– en curso en el panorama de la resolución de litigios internacionales, y ello tanto ante los tribunales estatales como en el arbitraje institucional². La circunstancia es la misma en los dos ámbitos; las causas inmediatas, por el contrario, no lo parecen; y está por ver de qué forma la evolución de cada uno de ellos tiene efectos sobre el otro. En el contexto del arbitraje internacional, las estadísticas sobre la práctica muestran fluctuaciones en el volumen de asuntos desde comienzos de siglo, con “valles” y “picos” en la última década; en una perspectiva regulatoria hay que referirse a las modificaciones en las reglas de arbitraje de las instituciones más relevantes, comenzando por la CCI, que dotan al mecanismo de rasgos más propios de la resolución de controversias por tribunales estatales. Interesa examinar la conexión que pueda existir entre estos dos datos, e interesa también verlos en su relación con lo que sucede en el campo de la administración de justicia por el Estado. En este ámbito

¹ B. Hess, conferencia pronunciada en Rotterdam, Seminario *International Business Courts*, 10 julio 2018, pendiente de publicación en la *Erasmus Law Review*.

² Además de fuera de ellos: *vid.* el Convención de las Naciones Unidas sobre los Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación, que se abrirá a la firma en agosto de 2019.

la manifestación de mayor interés radica en la puesta en funcionamiento de tribunales especializados, o salas dentro de tribunales existentes, para asuntos de comercio internacional (*international commercial courts*) en algunos países de la UE, así como fuera de ella. En otras jurisdicciones el proceso está en marcha, gozando del apoyo legislativo y político necesario en lo que parece ser una competición entre jurisdicciones para convertirse en polos de atracción de una litigación internacional de élite –si se consideran las cantidades que se encuentran habitualmente en juego. Varios de los elementos clave de esta competencia se importan del ámbito arbitral: así, la posibilidad de utilizar el inglés como idioma del proceso, y la flexibilidad (en cierto grado) en el diseño procesal.

En la primera parte de este texto expondremos los rasgos más sobresalientes de la evolución contemporánea del arbitraje internacional, así como sus manifestaciones y consecuencias – que, si como intuyen numerosos autores, deben medirse en términos de impacto sobre la gobernanza global, exigen una revisión de las relaciones arbitraje/tribunales estatales que tal vez se esté ya produciendo. En la segunda parte abordaremos brevemente los tribunales para el comercio internacional, los motivos en la base de su aparición y los diferentes diseños, tomando como referentes las iniciativas en Asia y las (más recientes) de la Unión Europea³. Ello nos permitirá considerar las convergencias y las divergencias de los dos tipos de mecanismo de resolución de controversias a día de hoy. Terminaremos con una evaluación panorámica sobre la competencia entre mecanismos de resolución de controversias comerciales transfronterizas.

II. A propósito del arbitraje

“International arbitration is the preferred method for resolving cross-border disputes between companies”. La frase resume los estudios anuales realizados por la Queen Mary University de Londres desde 2006 acerca de las preferencias de los principales interesados y actores en el comercio transnacional⁴. Al lado de ella otra igualmente cierta es que el arbitraje comercial internacional no ha gozado siempre de buena salud, ni la ha mantenido estable. Es difícil reunir todos los datos – solo algunas instituciones de arbitraje informan sobre el número de laudos y/o de referencias de arbitraje realizadas durante cada año; y lo habitual es que no separen la información relativa al arbitraje comercial y al de inversiones–, pero hay los suficientes como para hablar de inestabilidad e incluso

³ Una versión posterior de esta parte del texto, en inglés y con desarrollos parcialmente distintos, se publicará en el *Journal of the IAPL*, 2019 (2).

⁴ *Infra*, notas 105 y 116.

de crisis durante la última década: lo reconocen las instituciones arbitrales⁵ y es algo que ha encontrado sonoro eco en la doctrina⁶. Se suma a ello que el arbitraje tal y como hoy se practica no puede existir sin la confianza y el soporte estatal, y esto es algo que tampoco tiene garantizado.

1. Punto de partida: confianza y deferencia hacia el arbitraje

Las ocasiones en que los caminos de los tribunales estatales y los tribunales arbitrales se cruzan son muchas. Los primeros tienen una doble función en relación con el arbitraje internacional: como apoyo y como supervisores. Según la convicción general, la realización de estas funciones la actitud de los tribunales nacionales, y antes de ellos la del legislador, se caracteriza hoy por la confianza y deferencia hacia el arbitraje. La literatura afirma que la confianza y la deferencia son la regla, y la desconfianza la excepción; y existen múltiples evidencias al respecto. A nivel legislativo la primera de ellas es la aceptación de los instrumentos de arbitraje por excelencia: es decir, la ratificación de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, de 10 junio 1958 –Convenio de Nueva York, CNY⁷–, y la adaptación de las normas nacionales sobre arbitraje a la LMU sobre el arbitraje comercial internacional, de 1985, modificada en 2006⁸.

Manifestaciones concretas de la confianza y deferencia hacia el arbitraje internacional podrían ser las siguientes:

A) Con carácter general

De entrada hay que referirse a la laxitud en cuanto a los asuntos que cabe llevar a arbitraje. Materias tradicionalmente controvertidas, como

⁵ Vid. CCI, sobre 2017: “According to the latest figures, a total of 810 new cases were filed in 2017 – slightly lower than the 966 cases filed in 2016”, en: <https://iccwbo.org/media-wall/news-speeches/icc-announces-2017-figures-confirming-global-reach-leading-position-complex-high-value-disputes/>. El cuadro que se puede consultar en el *Facts and Figures – 2017 Casework Report* de la London Chamber of International Arbitration, LCIA, 4, en: <http://www.lcia.org/lcia/reports.aspx> muestra con claridad los “valles” y “picos” del arbitraje para el período de los últimos diez años. Otro cuadro comparativo aparece en la web de la Stockholm Chamber of Commerce, SCC: <https://sccinstitute.com/statistics/>.

⁶ V.gr., L. Greenwood, “The Rise, Fall and Rise of International Arbitration: A View from 2030”, 2011 *Arbitration* 435.

⁷ Actualmente el número de Estados contratantes del Convenio de Nueva York es de 159. El número es revelador: la OMC cuenta con 164 miembros a día de hoy; los países reconocidos por la ONU son 194.

⁸ A día de hoy la LMU ha inspirado la legislación sobre arbitraje de 80 Estados y 111 jurisdicciones.

los derechos de propiedad intelectual o el Derecho de la competencia, se confían a los árbitros –aunque quizá sea más adecuado decir que actualmente se lleva a cabo una delimitación más sofisticada en cuanto a los aspectos que pueden ser o no decididos por los árbitros–⁹. La creciente confianza pública en el arbitraje queda de manifiesto en el dato de que el mecanismo ha sido aceptado incluso en relación con los compromisos en materia de control de fusiones de empresas con la Comisión Europea¹⁰.

El deber de apoyo a los árbitros por los tribunales se expresa con frecuencia en las leyes de arbitraje: véase por ejemplo el art. 7 de la Ley española de arbitraje, Ley 60/2003, 23 diciembre 2003; en el art. 8, al establecer los criterios de competencia judicial, se enumeran las funciones de apoyo y control del arbitraje. Hay que recordar además que hay circunstancias en las que proporcionar soporte al arbitraje no es una opción sino una obligación, tal como ha expresado el TEDH: véase por ejemplo su decisión de 20 abril 2010, *Kin-Stib and Majkic v Serbia*¹¹.

La actitud pro-arbitraje trasciende el propio mandato de apoyo e inspira (o directamente dicta) la manera de darlo: así, a la hora de valorar una cláusula de sumisión se traduce *de facto* en la tendencia *in favorem validitatis*, que facilita concluir que el acuerdo es válido, eficaz y aplicable¹², y puede articularse incluso como presunción favorable a su validez y operatividad¹³; o *de iure*, como ocurre en Portugal y en España, en una norma de conflicto materialmente orientada (el art.

⁹ Vid. en materia de propiedad intelectual M.H. Negm, H. Bustanji, “Particularity of Arbitration in International Intellectual Property Disputes: Fitting Square Peg into Round Hole”, 2018 *Asian Int'l Arb. J.* 88. En la UE los aspectos públicos de las infracciones del Derecho antitrust siguen perteneciendo al ámbito del *public enforcement*. En cambio las demandas de responsabilidad civil por los daños ocasionados por las violaciones corresponden a la jurisdicción civil, y pueden también resolverse a través de otros mecanismos, incluyendo el arbitraje: vid. Cdo. 8 y art. 18.2 de la Directiva 2014/104/UE, DO L 349/1, de 5 diciembre 2014, y M. Requejo Isidro, “Claims for Damages and Arbitration: The Directive 2014/104/EU”, en F. Ferrari (ed.), *The Impact of EU Law on International Commercial Arbitration*, Juris, NY, 2017, p. 421.

¹⁰ L. Radicati di Brozzolo, “EU Merger Control Commitments and Arbitration: Reti Televisive Italiane v. Sky Italia”, 2013 *Arb. Int'l* 223; R. Selva Korkmazcan Işık, *The monitoring and enforcement of commitments by way of arbitration in EU competition law*, Schulthess Verlag, 2015.

¹¹ No 12312/05. La falta de ejecución de un laudo arbitral se interpretó como violación del derecho a la propiedad, conforme al Protocolo n° 1 CEDH.

¹² Vid. en G.A. Bermann, *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, Springer, 2017, los informes relativos a Alemania (p. 338), España (p. 860), Malasia (p. 655), o Suecia (pp. 892–896).

¹³ Vid. el informe relativo a Australia, *id. loc.*, esp. pp. 102–103.

51.1º de la Ley de Arbitraje Voluntario, Ley 63/2011 de 13 diciembre 2011, para Portugal; y art. 9.6º de la Ley de Arbitraje para España). En este contexto cabe aludir también a una manifestación específica de la confianza en el arbitraje: el principio *kompetenz-kompetenz*. Ligado a él se encuentra la cuestión del “reparto” de aspectos entre los tribunales arbitrales y los estatales a propósito de la validez y ámbito de una cláusula arbitral, antes del arbitraje; reglas a través de las cuales los tribunales manifiestan deferencia hacia los tribunales arbitrales son simplemente una consecuencia del principio *kompetenz-kompetenz*. Debe reconocerse desde el principio que la cuestión dista de estar resuelta de manera uniforme¹⁴, por lo que nos limitaremos aquí a indicar que son numerosas las jurisdicciones que reconocen un amplio efecto al principio *kompetenz-kompetenz*¹⁵, tanto positivo – el tribunal arbitral decide independientemente si tiene jurisdicción y juzga las objeciones relativas a la existencia o validez del acuerdo de arbitraje– como negativo –los tribunales estatales carecen de autoridad para decidir sobre la existencia, la validez y el alcance de la cláusula arbitral antes de que lo hagan los árbitros, debiendo limitarse en este estadio a un análisis *prima facie* en el que solo pueden apreciar la nulidad o inaplicabilidad manifiesta de la cláusula; se añade que una vez que el tribunal arbitral está formado el juez estatal llamado a conocer sobre el fondo del asunto debe abstenerse sin excepción.

B) En relación con el procedimiento arbitral

En relación ya con el procedimiento arbitral en sentido estricto, la confianza y deferencia hacia el arbitraje se perciben por dos vías: en el conjunto de facultades que se reconoce o se otorga a los propios árbitros para gestionar el proceso; y en la forma de organizar la relación entre ellos y los tribunales nacionales.

Bajo las leyes nacionales los árbitros gozan hoy de poderes relativos a la conducción de los procedimientos que anteriormente se les habían negado: es el caso de la competencia para adoptar medidas provisionales, que durante mucho tiempo se consideró una prerrogativa de los

¹⁴ Puede consultarse un resumen en G.A. Bermann, 27–30.

¹⁵ Es en especial el caso de Francia: F.X. Train, “Interprétation et Application de la Convention de New York en France”, en G.A. Bermann, 281–316, 288–289. En la misma línea, Italia, Japón, Portugal y Perú: G.A. Berman, *id. loc.*, 29. *Vid.* también D. Solomon, “International Commercial Arbitration: The New York Convention”, en S. Balthasar, *International Commercial Arbitration– A Handbook*, Hart–Nomos, 45–157, para. 150.

tribunales nacionales por razones de orden público¹⁶. Recientes leyes de arbitraje permiten explícitamente que los tribunales arbitrales *ejecuten* cierto tipo de medidas provisionales¹⁷.

Como ejemplos de una relación entre tribunales estatales y arbitraje basada en la deferencia hacia los segundos cabe mencionar los casos de preferencia otorgada al tribunal arbitral o al procedimiento arbitral sobre un tribunal estatal o un procedimiento judicial. Así, en el campo de las medidas provisionales: en defecto de una decisión diferente de las partes algunas leyes nacionales exigen que se soliciten primero al tribunal arbitral¹⁸. Otros indicadores en el mismo sentido se encuentran en las normas que abordan el caso de procedimientos paralelos: es el caso de la regla sobre prioridad del art. VI (3) Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1961. Otro ejemplo: la impugnación del laudo ante un tribunal arbitral puede condicionarse a que primero se solicite su corrección o que sea completado dando respuesta a aspectos no tratados en el laudo, y que debieron serlo¹⁹.

C) Tras el procedimiento arbitral

Tras el arbitraje, la actitud con respecto a la anulación de los laudos arbitrales es otro indicio para evaluar el grado de confianza de las autoridades estatales en el arbitraje:

La mayoría de las leyes nacionales de arbitraje otorgan efecto de *res iudicata* a los laudos en el momento en que se otorgan, bajo una presunción de validez²⁰. Por otra parte, la competencia con respecto a las reclamaciones por anulación está restringida a los laudos “locales”: no se extiende a los dictados en el extranjero. Además, como se acaba de ver la impugnación del laudo puede condicionarse a que primero se solicite su corrección o que sea completado por sus autores. Se añade que la mayoría de las veces el control en el marco de la solicitud de anulación se mantiene dentro de límites estrictos; los motivos difieren según la

¹⁶ N. Blackaby, C. Partasides, *Redfern & Hunter on International Arbitration (Student Version)*, 6ª ed., OUP, 2018, para 7.16. La concesión a los árbitros de este poder ha llevado tiempo en algunas jurisdicciones, como Argentina (solo en 2018).

¹⁷ Perú, Decreto 1071 (2008), art. 48, en <http://www.pcm.gob.pe/InformacionGral/ogaj/archivos/DL-1071.pdf>. No obstante, solo medidas que no requieran ejecución forzosa con intervención de la fuerza pública caen en el ámbito de aplicación de la norma.

¹⁸ Art. 183 Ley Suiza de DIP; en el RU, s. 44(3)–(5) Arbitration Act 1996.

¹⁹ S. 57, s. 70, Arbitration Act 1996 (Reino Unido).

²⁰ Los laudos tratamiento similar al de las sentencias arbitrales por lo que al efecto de cosa juzgada se refiere, lo que significa que despliegan distintos efectos según la jurisdicción – en particular comparando las de *common law* y *civil law* en este punto, G. A. Born, *International arbitration : law and practice*, Kluwer, 2016, 361 ss.

jurisdicción en examen, pero la tendencia general es contraria a ampliar la lista proporcionada por la Ley Modelo, al menos nominalmente²¹. La ley nacional puede permitir la ejecución provisional de un laudo impugnado –así lo hace, por ejemplo, la Ley española en su art. 45.1^o–: una actitud que por una parte se justifica en preservar la eficacia del laudo y la eficiencia del proceso en conjunto, pero que al mismo tiempo manifiesta confianza en la autoridad y la experiencia de los árbitros.

Finalmente, la “importación” del laudo es otra ocasión para la deferencia. El art. VI del Convenio de Nueva York regula el aplazamiento de la ejecución del laudo si se ha presentado una solicitud a la autoridad competente para anularlo: pero no como una obligación judicial, sino como facultad. Disposiciones similares existen en los sistemas nacionales²². En la etapa de reconocimiento y ejecución, el Convenio delimita la supervisión judicial de un laudo a nivel abstracto, dejando que los tribunales interpreten y apliquen los motivos de manera más o menos amplia. A este respecto, el análisis de una amplia muestra de jurisprudencia indica que – con las salvedades que apuntaremos más adelante– los tribunales han ido reduciendo gradualmente su control sobre los laudos, en consonancia con el espíritu del Convenio²³. La revisión de la práctica apunta a una restricción *de facto* de los motivos relevantes a la violación del derecho a un debido proceso y al exceso en el ejercicio de la jurisdicción²⁴, mientras que los argumentos basados en la no arbitrabilidad de la materia y la contrariedad al orden público han tenido un éxito limitado. Y aún en relación con aquellos se encuentra una actitud pro-arbitraje: en cuanto al primer argumento, es general la idea de que las irregularidades procesales deben ser de cierta

²¹ Sobre este punto *Vid.* G. A. Born, 2016, 340–341.

²² *Vid.* s. 103 (5) Arbitration Act 1996 del RU, así como el reciente caso *IPCO (Nigeria) Limited v Nigerian National Petroleum Corporation* [2017] UKSC 16. También, *Sarhank Group v. Oracle Corp*, 2002 U.S. Dist. LEXIS 19229 (S.D.N.Y); *MGM Productions Group Inc. v. Aerqflot Russian Airlines*, 2003 U.S. Dist. LEXIS 8174 (S.D.N.Y), en ambos casos declarando ejecutivo el laudo a pesar de los procedimientos sobre anulación pendientes en Egipto y Suecia, respectivamente. *Vid.* G.W. Ghikas, “A Principled Approach to Adjourning the Decision to Enforce under the Model Law and the New York Convention”, 2006 *Arb.Int'l* 53, comparando los enfoques de los tribunales americanos y canadienses.

²³ Para tener una visión general en un solo trabajo se recomienda la obra ya citada editada por G.A. Bermann, *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, Springer, 2017, que recoge informes de 44 jurisdicciones sobre cómo se entiende, implementa y aplica el Convenio de Nueva York, en especial sus arts. II y V; el capítulo I ofrece un resumen de las posiciones. Algo anterior, S. Balthasar, *International Commercial Arbitration— A Handbook*, Hart–Nomos, 2015, recopilando igualmente informes nacionales sobre la práctica arbitral de distintos países en todo el mundo. Debe añadirse la base de datos de jurisprudencia nacional sobre el Convenio <http://newyorkconvention1958.org/>.

²⁴ *Vid.* N. Blackaby y C. Partasides, para. 10.88.

entidad para justificar el no reconocimiento del laudo (si bien siempre dentro del respeto de la igualdad de armas)²⁵. Frente al argumento basado en el art. V.1º.c), opera en algunas jurisdicciones la presunción de que los árbitros actuaron en el marco de la cláusula, así como una tendencia a la lectura liberal de la misma, con deferencia a la manera en que la misma fue interpretada por los propios árbitros²⁶.

Por otra parte, la comprensión del art. V CNY en el sentido de que no obliga a denegar el reconocimiento o la ejecución aun concurriendo uno de los motivos previstos se ha abierto paso en algunas jurisdicciones. Un caso particular es el del reconocimiento de un laudo anulado por un tribunal de otro Estado: una forma de deferencia basada en la premisa de que los tribunales nacionales no poseen (ni siquiera los de la sede del arbitraje) una autoridad superior a la de los árbitros. No hay práctica consolidada en el ámbito internacional: Francia, especialmente, defiende la ejecutabilidad de laudos anulados en otra jurisdicción, mientras que los tribunales de otros estados rechazan ese enfoque²⁷.

2. Límites a la confianza en el arbitraje

A) Consideraciones previas

En el arbitraje internacional los tribunales domésticos no son meros observadores ni simples soportes de aquel. El arbitraje está sujeto a la vigilancia de los tribunales nacionales conforme a las previsiones de los convenios y/o de las leyes aplicables; y es que no cabe esperar que un aparato de justicia estatal ofrezca su apoyo incondicional al arbitraje, sin ningún tipo de supervisión. De hecho, el control puede incluso ser una obligación estatal, como se deriva de la jurisprudencia del TEDH²⁸. La pregunta no es, por tanto, si hay control sobre el arbitraje internacional, sino más bien cuál su alcance: su objeto y profundidad. La respuesta varía, por supuesto, dependiendo de la jurisdicción que se examina y del período histórico. El ejemplo prototípico de jurisdicción

²⁵ G.A. Bermann, 43–46, 51.

²⁶ *Ibid.*, 46–47, se refiere específicamente a Canadá, EE UU e Irlanda.

²⁷ A tenor de los informes nacionales en G.A. Bermann, *loc. ult. cit.*, hay jurisdicciones donde acorde con la literatura y la (en realidad, escasa o inexistente) práctica local, la actitud es estricta, frente a otras donde la solución depende del motivo de anulación en juego, y otras donde esto último es irrelevante y la tendencia es liberal – algunas provincias canadienses, República Checa.

²⁸ TEDH, decisión de 2 diciembre 1991, *J Boss Söhne KG v Alemania*, as. nº 18479/91 y *Firma Heinz Schiebler KG*, as. nº 18805/91. Sobre la cuestión en general Vid. M. Benedetto, “Human rights as a litigation tool in international arbitration: reflecting on the ECHR experience”, 2015 *Arb. Int'l* 631, 647.

liberal hoy es Francia; como resumen valga esta frase a propósito del Convenio de Nueva York: “*La Convention n’est pratiquement pas appliquée par les juridictions françaises. Son article VII permet au droit français de développer un droit de l’exequatur autonome et particulièrement favorable à l’efficacité des sentences*”²⁹. En el extremo opuesto suele citarse el caso de India, con una lectura amplia de lo que sea “orden público” en el contexto del art. V (2) (b) del Convenio³⁰; y de Rusia, donde la cláusula de orden público se ha extendido a la anulación del laudo extranjero³¹.

En el plano internacional hay que recordar el extraordinario paso desde el Protocolo de Ginebra de 1923 y el Convenio de 1927, al de Nueva York en 1958. Sin embargo, países como EE UU no ratificaron el último Convenio ni promulgaron leyes adaptadas al mismo hasta 1970; Brasil lo hizo en 2002. Aproximadamente un 45% de los países firmantes han realizado la reserva relativa a la aplicación del Convenio bajo condición de reciprocidad, y un 30%, la relativa al carácter comercial del asunto. En 2014, G.B. Born enumeraba jurisdicciones que históricamente han sido reticentes a admitir el arbitraje internacional³²: algunas continúan siéndolo, y otras solo se han movido hacia una actitud favorable al arbitraje en 2017, o incluso en 2018. Bajo la Ley de Arbitraje Comercial internacional de Bulgaria, de 2017, el Ministerio de Justicia puede emitir órdenes vinculantes para los árbitros y las instituciones arbitrales, con sanciones en caso de incumplimiento. En Sudáfrica la *International Arbitration Act*, que sigue la LMU, fue adoptada en diciembre de 2017: hasta ese momento los arbitrajes aun entraban en el ámbito de aplicación de la *Protection of Business Act* 1978, y en consecuencia los interesados en obtener la ejecución de laudos en ámbitos de actividades tales como la minería necesitaban el consentimiento previo del Ministerio de Asuntos Económicos. Argentina ha adoptado solo en 2018 una ley de arbitraje incorporando la LMU.

La imposición de condiciones al arbitraje y la supervisión estatal se mantienen como posibilidad en la ley y se ejercen en la práctica sobre los casos individuales incluso en los países más favorables al arbitraje: abiertamente, ya sea con ocasión del análisis de la validez y alcance de la cláusula de arbitraje, del recurso de anulación del laudo (todos los sistemas prevén una acción de anulación contra el laudo arbitral; su

²⁹ F.X. Train (abstract y 287).

³⁰ A. Kumar, R. Upadhyay, A. Jegadeesh, Y. Chheda, “Interpretation and Application of the New York Convention in India”, en G.A. Bermann, 445, esp. 466–470.

³¹ N.G. Doronina, N.G. Semilyutina, “Interpretation and Application of the New York Convention in the Russian Federation”, en G.A. Bermann, 795, esp. 808.

³² G.B. Born, *International Commercial Arbitration*, Kluwer, 2014, para. 3185.

mera existencia, que impide que el mecanismo se independice por completo, tiene un efecto profiláctico), o en la etapa de la solicitud de reconocimiento y ejecución. De manera más solapada, el control se produce a través de la interpretación y de la aplicación de las reglas relativas al exequatur en las formas que exponemos más abajo.

B) Objetivos del control

Desde el punto de vista de su finalidad, las condiciones impuestas al arbitraje y las instancias de control estatal sirven en gran medida a los intereses de las partes y se explican en la preocupación por preservar su derecho a un debido proceso; en menor medida protegen a la sociedad en general. Aun así, es interesante recordar que las legislaciones nacionales sobre arbitraje no suelen autorizar a las partes a renunciar por completo y *ex ante* al derecho a pedir la anulación del laudo. Cuando se les permite hacerlo³³ se preservan siempre los motivos que sirven a la defensa de intereses públicos³⁴; y la renuncia está condicionada a requisitos como que las partes no tengan vínculos con el país de la sede del arbitraje. Lo mismo ocurre con los argumentos de defensa contra el reconocimiento y ejecución del laudo extranjero: la renuncia a ellos antes del proceso arbitral parece más sencilla de admitir que en relación con el recurso de anulación –lo que está en juego es distinto³⁵–, pero con todo no suele aceptarse la exclusión de motivos como los previstos en el art. V.2º Convenio de Nueva York³⁶.

Por otra parte, teniendo en cuenta la enorme expansión del arbitraje, cuantitativa y cualitativamente – en términos de la naturaleza de las disputas sujetas a arbitraje–; algunas “malas historias” de los últimos años³⁷; y también a la luz de la cada vez más intensa intervención con pretensiones reguladoras de las instituciones arbitrales³⁸, no sorprende que más y más voces se alcen reclamando un nuevo tipo de

³³ En Francia, por ejemplo. En Bélgica, conforme al art. 1718 del Code Judiciaire; Perú, Decreto Legislativo No 1071, de 27 junio 2008, art. 63 (8); art. 192 (1) Ley Suiza DIPr.

³⁴ *Vid.* M. Scherer, L. Silbermann, “Limits to party autonomy in international commercial arbitration”, en F. Ferrari (ed.), *Limits to Party Autonomy in International Commercial Arbitration*, Juris, NY, 441, esp. 448–451.

³⁵ Existe un interés público en la regularidad y legalidad de los laudos dictados en el territorio; este control no corresponde, en cambio, a los tribunales de los que se solicita el reconocimiento y ejecución del laudo extranjero.

³⁶ G.A. Bermann, 35.

³⁷ La expresión es de S. Mourre, “La *Soft law* como condición para el desarrollo de la confianza en el arbitraje internacional”, X Conferencia Internacional Hugo Grocio de arbitraje, Fundación Universitaria San Pablo CEU, 2018, 8, refiriéndose al caso Tapie en Francia.

³⁸ *Vid.* bajo b).

escrutinio. En la justificación de interés general en los arbitrajes es necesario añadir un elemento adicional que parece *a priori* cuantitativo, pero en realidad no lo es: “No debe olvidarse que, en conjunto, todos estos arbitrajes (individuales) constituyen el grueso de la resolución de controversias transnacionales. Desde ese punto de vista, su impacto en la gobernanza global es enorme”³⁹.

a) La protección de las partes

El arbitraje está sujeto a supervisión judicial para proteger a las partes. La explicación tradicional, aún válida, reside en la preocupación por asegurar a ambas un proceso justo y con garantías. A ella se añade hoy otro elemento: los árbitros brindan un servicio privado, que además se ha convertido en “de gran consommation”⁴⁰. El arbitraje debe estar a la altura del *enjeu*; la calidad debe corresponder con el precio. Los requisitos y límites impuestos al arbitraje desde estos puntos de vista no pretenden disuadir del uso del arbitraje, sino garantizar un nivel de excelencia en beneficio de los “clientes”. Muchas disposiciones legales nacionales sirven a ambos objetivos a la vez, aunque no necesariamente en la misma medida.

Las normas nacionales sobre la tutela efectiva en el arbitraje abordan, entre otras cosas, la arbitrabilidad de la disputa, excluyendo del arbitraje internacional los supuestos en que una de las partes en la relación contractual es estructuralmente más débil que la otra⁴¹. Pertenecen también a este punto las normas que tratan de garantizar la igualdad de armas, y exigen, en relación con la composición del panel, que el número de árbitros sea impar⁴², así como que las partes sean iguales con respecto a las designaciones⁴³. También, las que insisten en la independencia y la imparcialidad de los árbitros – hasta el punto de que rara vez se permite que las partes lleguen a un acuerdo en contra de

³⁹ D. Fernández Arroyo, “El auge del arbitraje frente al debate sobre su legitimidad”, conferencia pronunciada en la Jornadas sobre *The Transformation of Enforcement*, Instituto Universitario Europeo de Florencia los días 27 y 28 junio 2013, accesible en http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_XLI_curso_derecho_internacional_2014_Diego_P_Fernandez_Arroyo.pdf, 264.

⁴⁰ Tomamos la expresión de J. Jourdan–Marques, *Le contrôle étatique des sentences arbitrales internationales*, LGDJ, 2017, para. 3

⁴¹ Por lo que se refiere a los consumidores *vid.* por ejemplo el Schedule 2 de la (UK) Consumers Right Act (2015). En Austria cabe el arbitraje si se pacta después de que nazca la controversia: s. 617 ZPO.

⁴² Art. 1684 Code Procédure Civile en Bélgica; s. 15 (2) de la English Arbitration Act 1996; en España, art. 12 de la Ley de arbitraje.

⁴³ S. 1034 (2) ZPO; art. 15.2 Ley Española de arbitraje.

tales condiciones⁴⁴. Merece la pena detenerse un momento en este último aspecto, siquiera para señalar que el número de refutaciones por falta de independencia o imparcialidad ha aumentado notablemente en las últimas décadas⁴⁵. La decisión sobre una recusación recae en primer término sobre la institución arbitral, pero cabe reiterar el motivo de impugnación en una etapa posterior ante un tribunal estatal, que es libre para alcanzar una conclusión diferente⁴⁶. Hay que subrayar que no hay unanimidad sobre los estándares aplicables, como demuestra la reciente decisión de la *Cour d'Appel* de París, 27 marzo 2018⁴⁷.

En relación el arbitraje y calidad del servicio, para asegurar la calidad del arbitraje las leyes nacionales suelen exigir a los árbitros que posean calificaciones profesionales o una educación específica: la nueva ley jordana sobre arbitraje, que equipara a jueces y árbitros, proporciona un buen ejemplo⁴⁸. La experiencia profesional de al menos ocho años es un requisito de la Ley búlgara sobre Arbitraje Comercial Internacional, vigente desde 2017. La exigencia de condiciones personales como la nacionalidad o la profesión de fe, es menos común, pero aún se puede encontrar de una forma u otra en algunas legislaciones⁴⁹. En algunos sistemas nacionales la responsabilidad civil de los árbitros por daños causados por negligencia grave o mala conducta deliberada está explícitamente establecida en la ley⁵⁰; también pueden ser responsables de no

⁴⁴ Esta restricción a la autonomía de las partes se deduce de previsiones tales como el art. 14 de la Ley de arbitraje de Brasil, Ley No 9.307, 1996, que impide actuar como árbitros a los individuos de alguna manera vinculados a las partes o a la disputa presentada. La solución contraria, que existe en EE UU (*vid. Aviall Inc. v Ryder Sys*, 913 F. Supp. 826, 833 (S.D.N.Y. 1996), donde las partes habían acordado en su convenio inicial el nombramiento de un árbitro vinculado a una de las partes; o *Sphere Drake Ins., Ltd. v. All Am. Life Ins. Co.*, 307 F.3d 617, 620 (7th Cir. 2002)), es excepcional en la praxis internacional.

⁴⁵ S. Sills, "Party Autonomy, the "Right" to Appoint, and the Rise of Strategic Challenges", en F. Ferrari (ed.), *Limits to Party Autonomy in International Commercial Arbitration*, NYU, 37.

⁴⁶ *Vid., v.gr., Cour d'Appel Reims*, 2 noviembre 2011, 2012 *Rev. arb.* 112.

⁴⁷ 16/09386, *SAAD Buzwair Automotive Co v. Audi Volkswagen Middle East Fze LLC*.

⁴⁸ A. H. El Ahdab, "La nouvelle loi jordanienne sur l'arbitrage", 2002 *Rev. arb.* 301.

⁴⁹ Con anterioridad a 2012 las *Saudi Arabian Arbitration Regulations*, para 3, exigían a los árbitros bien la nacionalidad saudí, bien ser musulmanes. La doctrina no excluye que a pesar de la desaparición formal del requisito, el mismo vuelva por la "puerta de atrás", en forma de excepción de orden público, impidiendo el reconocimiento o el exequatur de un laudo en un proceso que afecte a un musulmán, si los árbitros no lo eran: *Vid. P. Harb, A.G. Jeventhal*, "The New Saudi Arabian Law: Modernization to the Tune of the Shari'a", 30 *J. Int'l Arb.* 127 (2013), a propósito del art. 55 (b) de la Ley de 16 abril 2012.

⁵⁰ Art. 21. de la Ley Española de arbitraje – y para una decisión reciente, *vid. STS 362/2017*, ECLI:ES:TS:2017:362; art. 32 del Decreto legislativo de arbitraje de Perú. Para una descripción general de las leyes nacionales, que también aborda la responsabilidad penal, *vid. The Arbitrator's Liability – Report from the Club des Juristes*, junio 2017,

pronunciar el laudo dentro de unos límites temporales⁵¹, o por incumplimiento de sus deberes éticos⁵².

b) El interés general

El arbitraje está sujeto a escrutinio por razones que van más allá de la protección del debido proceso y / o los intereses de las partes directamente involucradas.

Que los arbitrajes internacionales despierten más y más el interés del público, en el sentido de que el público se considere afectado por lo que se discute y decide ante una institución ajena a la justicia estatal, no debe sorprender; y que el interés público, entendido como el interés general, deba ser protegido porque efectivamente va a experimentar los efectos de lo que se discute y decide, tampoco. El número de casos en que un Estado participa directa (como parte, actuando bajo la noción elástica de *iure gestionis*) o indirectamente (las funciones tradicionales realizadas por el Estado son subcontratadas y los servicios públicos realizados por contratistas privados) en un procedimiento arbitral es cada vez más elevado, como lo es lo que está en juego. Valgan como ejemplos el caso *Hinckley* case en EE UU⁵³ o el más reciente *e-Borders* del RU⁵⁴. La relajación de los requisitos de arbitrabilidad da lugar también a que muchas de las disputas que tradicionalmente se consideraron no adecuadas para el arbitraje debido a sus implicaciones sociales o/y económicas se confíen ahora a este mecanismo de resolución de controversias. El arbitraje se convierte así en una forma de solucionar litigios en materias y relaciones a las que se aplica en gran medida una normativa no dispositiva, y/o que involucran intereses públicos; una clara delimitación de los asuntos, así como contar con los instrumentos adecuados para llevar a cabo una función de supervisión, es esencial.

i) En los últimos años – y en la última década en particular– el arbitraje comercial internacional está bajo sospecha; y lo mismo ocurre con

[https:// www.leclubdesjuristes.com/wp-content/uploads/2017/06/CDJ_Rapports_Responsabilit%C3%A9-de-l%C2%B9arbitre_Juin-2017_UK_web.pdf](https://www.leclubdesjuristes.com/wp-content/uploads/2017/06/CDJ_Rapports_Responsabilit%C3%A9-de-l%C2%B9arbitre_Juin-2017_UK_web.pdf).

⁵¹ *UAE Federal Law on Arbitration* (2018), Arts. 41, 42.

⁵² Art. 14 de la Ley de arbitraje de Brasil.

⁵³ El asunto se conoce sobre todo por haber sido llevado al cine en la película *Erin Brockovich*: se trataba de un caso de contaminación de agua por la compañía Pacific Gas & Electric Co. Comenzó como una acción de clase, fue luego remitido a arbitraje y terminó por acuerdo.

⁵⁴ *Vid.* S. Brekoulakis, 8 mayo 2017, en: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/05/08/the-protection-of-the-public-interest-in-public-private-arbitrations/>.

las instituciones de arbitraje. Las últimas décadas han sido testigos de una reacción global contra el arbitraje de inversiones, originada en la falta de transparencia, la sospecha de parcialidad de los árbitros (a favor de los inversores), el carácter cerrado de la restringida comunidad (“club”) de árbitros, sus pingües beneficios⁵⁵. Existe un temor fundado a que el arbitraje comercial se contagie⁵⁶.

Si bien ni el número de casos sometidos a arbitraje ni la importancia de lo que está en juego ha disminuido de forma tal que quepa realmente hablar de crisis relevante del arbitraje internacional, sí hay conciencia, incluso en círculos de arbitraje, de que existe un problema de percepción pública que se encuentra relacionado en gran medida con la estructura del entorno arbitral: su foco está en el papel y funciones que las instituciones arbitrales vienen asumiendo cada vez más⁵⁷. En la doctrina se habla a este respecto de una “función pública” de las instituciones arbitrales, que resulta de su evolución en el tiempo. En la década de 1920 la CCI ejercía ese rol sobre las partes obligándolas a cumplir con los laudos a fin de evitar el “*naming and shaming*” resultante de ser incluidos en una lista *ad hoc*. Posteriormente, la CCI extendió su poder con respecto a los árbitros y los propios tribunales arbitrales⁵⁸: así, en 1975 y 1988 se revisaron las normas para autorizar a la Corte a revisar el laudo arbitral antes de su finalización, no solo con respecto a la forma, sino también en relación con el cumplimiento de reglas imperativas de la sede del arbitraje. Hoy en día, a lo anterior se suman otras formas de intervención con impacto en los derechos de las partes en litigio: por ejemplo en relación con la impugnación de los árbitros, o con la consolidación o intervención de terceros⁵⁹. La

⁵⁵ Sostenida por la denuncia de tratados de inversiones. La tendencia podría encontrarse en reversión: Ecuador, que se puede considerar uno de los países líderes de la misma, ha adoptado en agosto de 2018 una ley conforme a la cual las disputas relativas a contratos por más de 10 millones de dólares deberán resolverse mediante arbitraje, Ley Orgánica para el fomento productivo, atracción de inversiones, generación de empleo, y estabilidad y equilibrio fiscal, de 20 de agosto de 2018.

⁵⁶ A. Mourre, 7–9.

⁵⁷ B. Warwas, *The Liability of Arbitral Institutions: Legitimacy Challenges and Functional Responses*, Springer, 2017, 20.

⁵⁸ A.S. Sweet y F. Grisel, *The Evolution of International Arbitration. Judicialization, Governance, Legitimacy*, OUP, 2017, 58, recuerdan que en la década de 1930 la CCI se enfrentó a numerosas quejas en relación.

⁵⁹ A.S. Sweet, F. Grisel, 108: la autonomía de las partes sigue siendo el componente fundamental, y los instrumentos contractuales son importantes, pero el modelo contractual se ha vuelto obsoleto. Conviene recordar que las instituciones de arbitraje poseen sus propios “cuerpos legislativos” (como, en la CCI, la Commission on arbitration and alternative dispute resolution) e instituciones de apelación, *de iure* o *de facto* (en la CCI, *de facto*; en la AAA–ICDR American Arbitration Association, el International Centre for

consecuencia, en opinión de los autores, es la necesidad de exigir garantías procesales también para los procesos en que interviene una institución arbitral⁶⁰.

Debe añadirse junto a lo anterior una referencia a la creciente autoridad exclusiva de las instituciones arbitrales en la administración de nuevos tipos de controversias que involucran intereses públicos. Expresiones de esta dimensión pública se hallan en la manifestación, por parte de las instituciones de arbitraje, de la voluntad de absorber nuevos tipos de disputas, coadyuvando a la expansión de la arbitrabilidad⁶¹. También se aprecian en la ampliación de los objetivos tradicionales de las instituciones de arbitraje, que a la administración de disputas puramente comerciales suman la participación en otras actividades, como puedan ser programas gubernamentales⁶²: nuevas instituciones arbitrales se centran exclusivamente en el arbitraje regulatorio, como *PRIME Finance*⁶³; el mecanismo se ha aceptado en el campo de los compromisos relativos al control de fusiones por la Comisión Europea⁶⁴. Es razonable exigir que la administración por parte de las instituciones arbitrales de disputas generalmente no arbitrables se corresponda con su responsabilidad pública y legal (de las instituciones mismas, y ya no de los árbitros). En la práctica, la mayor dificultad de tal supervisión radica en la naturaleza de estas entidades: hay unos 200 centros de arbitraje internacional, y casi todos son de carácter privado. Una intervención directa del Estado no sería bien recibida por los usuarios del arbitraje, y sería negativa para la reputación de la jurisdicción como sede del arbitraje⁶⁵. Desde la doctrina se aboga por más transparencia: la publicación de los laudos de una forma tal que sea posible evaluar su impacto concreto en cualquier campo de relevancia legal⁶⁶;

Dispute Resolution, con reglas de apelación; el consentimiento debe ser prestado de antemano).

⁶⁰ Exigiendo observancia de los principios de *due process*: J. Lee, "The evolving role of institutional arbitration in preserving parties' due process rights", 10 (2) *Contemp. Asia Arb. J.* 234, *passim*.

⁶¹ B. Warwas, 99.

⁶² B. Warwas, *loc. ult. cit.*, cita la cooperación de la AAA en 2010 con el Departamento de Justicia de EE UU para resolver un caso antimonopolio, así como su participación en la resolución de disputas en el marco de la ley anti-dopaje.

⁶³ B. Warwas, 95.

⁶⁴ *Supra*, nota 10.

⁶⁵ De hecho los ejemplos son excepcionales: bajo la Ley de Arbitraje Comercial Internacional de Bulgaria, de 2017, el Ministerio de Justicia está habilitado para dar instrucciones obligatorias a los árbitros e instituciones arbitrales, y sancionarlos en caso de incumplimiento; en Malta, los miembros de la junta del Centro de Arbitraje de Malta son elegidos por el Primer Ministro

⁶⁶ A.S. Sweet, F. Grisel, 243.

la posibilidad de exigir responsabilidad a las propias instituciones arbitrales, a través de la cláusulas en los contratos institucionales, de mecanismos de responsabilidad privados (internos), de la introducción de códigos de conducta para los miembros de los órganos institucionales y los empleados, y de órganos de supervisión institucional⁶⁷.

ii) La comunidad académica⁶⁸, así como la judicatura⁶⁹, lamentan el recurso al arbitraje por sus consecuencias negativas sobre el desarrollo de los ordenamientos jurídicos:

“(...) arbitrators are chosen and compensated by the parties and they largely act behind closed doors (...)”; “(...) areas of law once defined by judges are not being developed by way of public judicial decisions. Further, due to its secrecy, arbitration betrays democracy as the public is denied access to dispute resolution”⁷⁰.

Los casos que van a arbitraje limitan el potencial de los tribunales para desarrollar y explicar la ley; se produce el abandono de una función muy importante –“*resolution of disputes behind closed doors results in retarding public understanding of the law, and public debate over its application*”⁷¹. Esto es especialmente cierto para los sistemas de *common law*, debido a su forma específica de crear leyes.

C) Vehículos del control

Los argumentos indicados apuntalan la convicción sobre la necesidad de control del arbitraje, que tiene manifestaciones en la práctica reciente a través de varias vías.

⁶⁷ B. Warwas, 321.

⁶⁸ A.J. Schmitz, “Secrecy and Transparency in Dispute Resolution: Untangling the Privacy Paradox in Arbitration”, 54 *Kan. L. Rev.*, 1211, 1217 (2006).

⁶⁹ P.E. Higginbotham, “Judge Robert A. Ainsworth, Jr., Memorial Lecture, Loyola University School of Law: So Why Do We Call Them Trial Courts?”, 55 *Smu. L. Rev.* 1405 (2002). Lord Presidente del Tribunal Supremo de Inglaterra y Gales, “Developing Commercial Law through the Courts: Rebalancing the Relationship between the Courts and Arbitration”, Bailii Lecture, 9 marzo 2016, en: <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2016/03/lcj-speech-bailii-lecture-20160309.pdf>.

⁷⁰ Por todos S. L. Karamanian, “Courts and arbitration: reconciling the public with the private”, 9 *Arb. L. Rev.* 65.

⁷¹ Son ejemplos de ámbitos infradesarrollados en EE UU, al parecer como consecuencia del sometimiento a arbitraje de los asuntos, los contratos sobre tarjetas de créditos. En el RU se alude a la industria de la construcción, engineering, transporte, o seguros, por la ausencia de jurisprudencia sobre *standard forms* y sobre las modificaciones de las prácticas comerciales. *Vid.* S. Karamanian, bajo III.

a) Límites a lo arbitrable

El resurgimiento de dudas sobre la aptitud de determinadas materias para ser resueltas por arbitraje puede rastrearse en decisiones recientes de EM de la UE que rechazan exigir el cumplimiento de acuerdos de arbitraje sobre controversias cubiertas por normas materiales imperativas: el caso típico es el de los agentes comerciales que trabajan por cuenta propia. Se encuentran ejemplos en Italia, Bélgica y Alemania⁷². La reticencia de los tribunales nacionales en estas jurisdicciones se debe a que la cláusula arbitral se combinaba con la elección de la ley de un tercer Estado (no miembro de la UE), por lo que existía un temor fundado a que las reglas europeas no fueran aplicadas –y tampoco otras que brindan una protección equivalente–, poniendo en riesgo las políticas subyacentes vinculadas al funcionamiento del mercado interior⁷³. En parecido sentido cabe citar decisiones de otras jurisdicciones: por ejemplo en Israel, la del Tribunal Supremo en *Proneuron Biotechnologies Ltd. v. Teva Pharmaceutical Industries Ltd.*, a propósito de la arbitrabilidad de una disputa sobre la forma de llevar a cabo ensayos clínicos⁷⁴.

Ligado a este punto se encuentra el debate sobre el principio *kompetenz–kompetenz*, que sigue hoy abierto con resultados diversos en función de la jurisdicción consultada, así como del momento en que se formula la pregunta: antes o después de recaer el laudo. En relación con el segundo momento, la sujeción a supervisión judicial de la autoridad del tribunal arbitral para decidir acerca de su competencia una vez ha recaído el laudo no se discute⁷⁵; la pregunta que se plantea es cuál es el peso de lo que haya podido concluir el árbitro(s) a este respecto –lo que es lo mismo, si existe o no deferencia y en qué grado. Sobre el estadio previo, más atrás aludíamos a jurisdicciones en las cuales el principio *kompetenz–kompetenz* se concibe con un alcance muy amplio, y ello tanto en su aspecto positivo como negativo⁷⁶. Ahora procede referirse a jurisdicciones menos generosas: es el caso de Alemania, donde “*As far*

⁷² F. Ragno, “Inarbitrability: A Ghost Hovering over Europe?”, en F. Ferrari (ed.), *Limits to Party Autonomy in International Commercial Arbitration*, Juris, NYU, 2016, 127, esp. 132–144.

⁷³ *Loc. ult. cit.*, p. 144. O, como indican N. Blackaby, C. Partasides, para. 2.127: “The legislators and courts in each country must balance the domestic importance of *reserving certain matters of public interest* to the courts against the more general public interest in allowing people the *freedom to arrange their private affairs as they see fit*” (cursiva añadida).

⁷⁴ Application Permission to Appeal 1817/08, 11 octubre 2009.

⁷⁵ Lo recoge la propia LMU, Nota explicativa, para 26 ss. *Vid.* también el art. V (3) del Convenio Europeo de 1961.

⁷⁶ *Supra*, texto a y nota 15.

*as the decisions of the arbitral tribunal concerning the existence of a valid arbitration agreement are concerned, German Courts do not grant the tribunal any KompetenzKompetenz*⁷⁷.

Más allá de las dudas clásicas sobre la arbitrabilidad de la materia hay que hablar de las que se proyectan sobre la arbitrabilidad de los conflictos en forma colectiva y la aptitud del arbitraje como mecanismo de resolución. El tema es objeto de preocupación y escrutinio por parte de los tribunales, principalmente en EE UU, desde dos perspectivas: la de la validez de una renuncia colectiva a la tutela judicial en un acuerdo de arbitraje; y en cuanto a si las acciones colectivas pueden ser gestionadas satisfactoriamente por árbitros⁷⁸.

b) Orden público

Un laudo arbitral no será reconocido, ni ejecutado, si es contrario al orden público: del foro, en caso de una solicitud de reconocimiento o ejecución; o del Estado de la sede del arbitraje en caso de que se solicite la anulación. Es corriente afirmar que en la práctica la contrariedad con el orden público juega un papel reducido: incluso, cada vez más reducido. Ciertamente, una previsión como la realizada en 2017 para Francia con este tenor “(...) *celle-ci [la jurisprudence] pourrait bien évoluer encore dans les prochaines années (...) dans le sens d’un contrôle plus exigeant de la conformité de la sentence à l’ordre public*”⁷⁹, no lleva camino de cumplirse. No obstante, es interesante recordar que en numerosos países la no contrariedad del laudo con el orden público se examina de oficio, esto es, no está a expensas de la invocación por una de las partes⁸⁰. En algunas de las jurisdicciones más proclives al arbitraje, como el RU, el alcance del control no se limita a un análisis *prima facie*, ni se hace depender de que el

⁷⁷ D. Solomon, “Interpretation and Application of the New York Convention in Germany”, en G.A. Bermann, 329, *esp.* 348. Para un resumen de las posturas de Alemania y Francia y más referencias, S. Kröll, “Party Autonomy in relation to Competence–Competence”, en F. Ferrari (ed.), *Limits to Party Autonomy in International Commercial Arbitration*, Juris, NYU, 2016, 165, *esp.* 178–180. Otro caso es Israel: T. Einhorn, “Interpretation and Application of the New York Convention in Israel”, en G.A. Bermann, 523, *esp.* 536–540.

⁷⁸ Para Europa, a la luz del as. C–352/13 y la decisión del TJUE en relación con las cláusulas de elección de foro, *vid.* C. Heinze, “Antitrust Damages Claims and Arbitration Agreements”, en F. Ferrari (ed.), *The Impact of EU Law on International Commercial Arbitration*, Juris, NY, 2017, 383.

⁷⁹ F.X. Train, 309, en relación con Francia, evocando la influencia de la doctrina.

⁸⁰ IBA *Report on the Public Policy Exception in the New York Convention*, 2015, bajo III.A.1.

problema en la base de la excepción se haya planteado primero en el procedimiento arbitral, ni, en ese caso, de lo que hayan podido decidir los árbitros⁸¹. Los casos recientes de rechazo del reconocimiento o de anulación de un laudo por motivos de orden público son pocos, pero existen: en EE UU la decisión de 2017 *Deasang Corp. v Nutrasweet Co* de la Supreme Court de Nueva York anuló un laudo de la CCI por “manifiesto desprecio de la ley”⁸². Laudos arbitrales con condenas a daños punitivos, o a cantidades que se estiman desproporcionadas en relación con el daño, han sido rechazados en Italia en la última década⁸³. Francia, que destaca por la actitud pro-arbitraje de las autoridades, mantiene desde luego una postura minimalista en cuanto al control de orden público (sustantivo)⁸⁴, pero no cuando el argumento de contrariedad al orden público es la corrupción, tal como queda de manifiesto en decisiones recientes⁸⁵. En este punto coinciden otras jurisdicciones⁸⁶.

c) El control a través de las reglas procesales

Una forma más sutil de frenar el arbitraje internacional se produce con ocasión de la aplicación de las normas procesales sobre reconocimiento y ejecución: en el CNY, los arts. III y IV⁸⁷.

⁸¹ Vid. en el RU *Soleimany v Soleimany* [1998] EWCA Civ 285, 19 febrero 2018; *Westacre v Jugoinport* [1999] EWCA Civ 1401, 12 mayo 1999. En la misma línea en *Australia Corvetina Technology Ltd v. Clough Engineering Ltd.*, [2004] NSWSC 700.

⁸² 15 mayo 2017, 2017 NY Slip Op 50646(U), citando *Jock v Sterling Jewelers, Inc.*, 143 FSupp3d 127, 133 [SDNY 2015].

⁸³ Por primera vez en Cass. 19 enero 2007, n. 1183, *Foro Italiano*, 2007, 1460, y luego en Cass., 8 febrero 2012, n. 1781, *Riv. dir. int. pr. proc.* 2013, 134.

⁸⁴ Desde *SA Thales Air Defence v. GIE Euromisdsile and SA EADS France*, 1er Ch., sect. C, 18 noviembre 2004.

⁸⁵ Sobre corrupción vid. las decisiones de la Cour d'Appel de Paris *Sté Gulf Leaders for Management and Services Holding Company v. SA Crédit Foncier de France* (“CFF”), de 4 marzo 2014; *Congo v. SA Commissions Import Export*, de 14 octubre 2014; *SAS Man Diesel & Turbo France v Sté Al Maimana General Trading Company Ltd*, de 4 noviembre 2014; o la reciente sentencia de la Cour de Cassation civile, Chambre civile 1, 13 septiembre 2017, inédita.

⁸⁶ Por ejemplo en Alemania: D. Solomon, en G.A. Bermann, 368. En *National Iranian Oil Company v Crescent Petroleum Company International Ltd* [2016] EWHC 510 (Comm), la *High Court* rechazó la anulación del laudo sobre la base del argumento de corrupción: no obstante, en el supuesto el contrato había sido precedido, pero no se vio afectado, por un intento fallido de soborno.

⁸⁷ En este caso es difícil reconducir el objetivo del control a uno de los apuntados anteriormente. La frustración del arbitraje, en cambio, tiene lugar igualmente.

i) El art. III CNY se lee en general como mandato de reconocer y ejecutar el laudo⁸⁸. Sin embargo, la concreción de las “reglas de procedimiento” a que allí se alude puede servir como argumento para eludir el mandato que impone el mismo texto; y es que nada en el Convenio apunta a cómo se hace la calificación de una regla como “procesal”, o a cómo deben aplicarse tales reglas, con la salvedad de la frase que excluye condiciones más onerosas u honorarios o costas más elevados. La actitud varía de estado a estado, de forma que un mismo laudo puede ser reconocido en una jurisdicción y no en otra en función de la interpretación que prevalezca a propósito de una misma regla⁸⁹. Ejemplos que han redundado en contra del arbitraje son los que siguen: la exigencia de que existan bienes del demandado, o de que este tenga su domicilio en el foro, es en algunos ordenamientos condición de la competencia judicial internacional; en ausencia de tales conexiones, así como de cualquier pronóstico realista en el sentido de que habrá bienes del deudor en el territorio en el futuro, los tribunales han optado por no ejercitar su competencia arguyendo falta de interés legítimo del solicitante, o razones constitucionales ligadas al derecho de tutela judicial efectiva⁹⁰. También la inmunidad de jurisdicción, trasladada al estadio del exequátur del laudo, es apta para obstaculizarlo: así, en *Democratic Republic of the Congo & Others v FG Hemisphere Associates LLC*, el tribunal de última instancia revocó la decisión del tribunal de apelación, donde la mayoría sostuvo que la inmunidad de jurisdicción debe ser entendida de forma restringida, y que incluso si esto no fuera así, en el caso concreto la República Democrática del Congo habría renunciado a ella⁹¹. Otra fórmula empleada con parecido resultado es la del

⁸⁸ Vid., por todos, la explicación al art. III en *Guide sur la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, Secrétariat de la CNUDCI, Pedone, París, 2017, paras. 7–10.

⁸⁹ Vid. sobre el principio de *forum non conveniens* en tanto que regla procesal en EEUU, aplicable al amparo del art. III, y en tanto que condición de otro tipo – inaplicable al amparo del art. V, *Zeedi Holdings Ltd v Republic of Bulgaria*, District Court, Southern Court of New York, 29 marzo 2011, *Yearb. Comm. Arb.*, 2011– vol. XXXXVI, 464, y *Zeedi Holdings Ltd v Republic of Bulgaria*, Tribunal de Distrito de Jerusalén, 13 enero 2009, *Yearb. Comm. Arb.*, 2009– vol. XXXXIV, 632.

⁹⁰ *Company Y v. State X, Company Z*, KG Berlín, 10 de agosto de 2006, 20 Sch 7/04, SchiedsVZ 2007, 108, *Yearb. Comm. Arb.* 2007– vol. XXXII, 363; en EEUU, *Transatlantic Bulk Shipping Ltd v. Saudi Chartering SA*, 622 F. Supp. 25, 27; *Sonera Holding B.V., Petitioner–Appellee, v Cukurova Holding A.Ş.*, United States Court of Appeals, Second Circuit, Docket Nos. 12–4280–CV (L), 13–73–CV, 13–1880–CV. Vid. la crítica en la explicación al art. III de la *Guide sur la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, Secrétariat de la CNUDCI, para. 11, por cuanto el requisito de bienes o domicilio no aparecen en el CNY.

⁹¹ *Democratic Republic of the Congo & Others v FG Hemisphere Associates LLC*, FACV No 5 of 2010, 8 junio 2011 y 8 septiembre 2011.

act of state: en abril de 2018, en el caso *Reliance v. India*⁹², el juez Popplewell sostuvo que la doctrina, conforme a la cual (resumidamente) los tribunales no deben cuestionar la validez de los actos tomados por un gobierno extranjero dentro del territorio de ese gobierno, afecta igualmente a los tribunales arbitrales.

En la misma línea de obstáculos basados en argumentos procesales hay que referirse a la aplicación de la doctrina de *forum conveniens* en EE UU para denegar la ejecución de un laudo extranjero, incluso una vez rechazada la acción de anulación en origen. En el caso clave, el demandado –el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento de Perú– argüía la imposibilidad de ejecución del laudo aludiendo una ley obligatoria peruana sobre la base de la cual las agencias del gobierno no pueden sobrepasar el 3% del presupuesto anual del gobierno para satisfacer las sentencias. A juicio del tribunal estadounidense,

*“A principal public interest factor to be weighed in assessing the [forum non conveniens] claim is a Peruvian statute that limits the amount of money that an agency of the Peruvian government may pay annually to satisfy a judgment. [...] We agree with the Appellants that the cap statute is a highly significant public factor warranting FNC dismissal”*⁹³.

ii) Una solicitud de reconocimiento y ejecución debe satisfacer determinadas formalidades, conforme al art. IV NYC. La lista de documentos del precepto es exhaustiva; su presentación crea una presunción *prima facie* de validez del laudo⁹⁴. La cuestión no es, por tanto, si cabe exigir al solicitante de reconocimiento o ejecución documentos o informaciones adicionales, sino qué sucede cuando no se aportan los que enuncia el texto, y cuál es la extensión de las exigencias. A través de la respuesta a estas preguntas se manifiesta la mayor o menor voluntad de favorecer el arbitraje. La calificación de los documentos como elementos de prueba determina que si faltan –o no reúnen las condiciones requeridas– pero no son contestados por la contraparte, el reconocimiento o la ejecución sean otorgados⁹⁵. En cambio, entendidos

⁹² [2018] EWHC 822.

⁹³ *Figueiredo Ferraz e Engenharia de Projeto Ltda. v. Republic of Peru*, 665 F.3d 384, 395 (2d Cir. 2011), fuertemente criticado: J.M. Barkett, F. Cruz–Alvarez, S. Pagliery, M. R. P. Paulsson, “Perspectives on the New York Convention under the Laws of the United States Forum Non Conveniens as a Stopper to Enforcement”, Kluwer Arbitration Blog, 17 de agosto de 2016. Ya antes: *Monegasque de reassurance Sam v. NAK Naftogaz of Ukraine and State of Ukraine*, 311 F e.3d 484 (2nd Circuit 2002).

⁹⁴ *Vid.* la explicación al art. IV en *Guide sur la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, Secrétariat de la CNUDCI, para. 7–8.

⁹⁵ *Investor v. Republic of Poland*, BGH 17 de Agosto de 2000, NJW, 2000, 3650, para 8–9, *Yearb. Comm. Arb.* 2001 – vol. XXVI, 771: el art. IV es ‘a provision merely

como condiciones de admisibilidad de la solicitud de reconocimiento o ejecución, su falta se convierte en argumento para inadmitirla⁹⁶ – si bien algunas jurisdicciones abren un plazo para completar los documentos, o señalan que una nueva petición es posible⁹⁷.

En relación con la obligación de presentar el laudo, o una copia del mismo, ciertas jurisdicciones han exigido la aportación de la totalidad de la decisión, aun admitiendo que una postura menos estricta es posible si el laudo mismo distingue entre su parte operativa y la motivación, siempre y cuando la interpretación aislada de la primera tenga sentido por sí misma⁹⁸. Otra exigencia que ha imposibilitado el reconocimiento y ejecución del laudo se refiere a que conste la identificación de *todos* los árbitros⁹⁹.

El requisito de autenticación y certificación del laudo o de la copia pueden funcionar igualmente como obstáculos al reconocimiento del laudo: se ha sostenido que la presentación de la copia certificada requiere la autenticación previa del laudo mismo, y que su defecto justifica la negativa a reconocer este¹⁰⁰.

En lo relativo a la cláusula arbitral, la condición de aportarla se ha interpretado en ocasiones como incluyendo la obligación de presentarla conforme a las condiciones formales del art. II CNY – por oposición a la presentación de una prueba *prima facie*¹⁰¹.

Finalmente, algunos tribunales han optado por prescindir de la traducción de los documentos cuando eran capaces de entender el texto pese a

concerning evidence', que solo se aplica cuando se discute la autenticidad del laudo. *Vid.* también, en EE UU, *Hewlett-Packard, Inc. v Berg*, 867 F.Supp. 1126, 1130, n. 11 (D. Mass. 1994).

⁹⁶ *Lampart Vegypary Gepgyar (Hungary) v Srl Campomarzio Impianti (Italy)*, Corte di Cassazione, Italia, de 20 septiembre de 1995, *Yearb. Comm. Arb.* 1999 – vol. XXIVa, 699. Otros ejemplos en la explicación al art. IV en la *Guide sur la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, Secrétariat de la CNUDCI, para. 15.

⁹⁷ En Brasil, art. 40 Lei n° 9.307, 23 septiembre 1996.

⁹⁸ Austria, *D SA (Spain) v. W GmbH (Austria)*, 26 abril 2006, 3 Ob 211/05h, *Yearb. Comm. Arb.* 2007 – vol. XXXII, 259. *Vid.* también Corte d'Appello de Bolonia, 4 febrero 1993, *Yearb. Comm. Arb.*, 1994 – vol. XIX, 700, sobre el no reconocimiento de la sentencia que establece la indemnización por no estar acompañada de la que previamente imputa la responsabilidad.

⁹⁹ Rechazando el reconocimiento en ausencia de la firma autenticada del tercer árbitro: *SODIME v Schuurmans & Van Ginneken BV*, Corte di Cassazione, Italia, 14 marzo 1995, *Yearb. Comm. Arb.* 1996 – vol. XXI, 607.

¹⁰⁰ *O Limited (Chipre) v M Corp (EE UU) et al.*, OG, Austria, 3 septiembre 2008, 3 Ob35/08f, *Yearb. Comm. Arb.*, 2009 – vol. XXXIV, 409.

¹⁰¹ En España. *vid.* entre otras *Satico Shipping Company (Chipre) v Maderas Iglesias (España)*, TS, 1 abril 2003, *Yearb. Comm. Arb.*, 2007 – vol. XXXII, 582.

que el idioma empleado no era el oficial¹⁰². Ahora bien, se insiste en que la traducción debe aportarse además de los documentos mismos, y no en sustitución de estos; y no se admite la traducción por persona privada¹⁰³.

3. La perspectiva de los usuarios

Existe consenso generalizado en cuanto al porqué de la elección del arbitraje como medio de solución de controversias en el contexto del comercio internacional, especialmente en comparación con los mecanismos judiciales: la neutralidad del foro, la confidencialidad, la competencia especializada de los árbitros y la facilidad de ejecución a través de las fronteras son las ventajas clave del arbitraje¹⁰⁴. La *International Arbitration Survey* llevada a cabo por Queen Mary (Universidad de Londres) / White & Case en 2018 sobre la base de un cuestionario dirigido a los usuarios concluye que la ejecutabilidad del laudo es la característica más valorada, seguida de la intención de evitar determinados sistemas legales, de la flexibilidad del proceso, y de la posibilidad de seleccionar a los árbitros¹⁰⁵.

A pesar de lo anterior el arbitraje no está exento de desventajas. Más allá de las que derivan de su carácter consensual, que impiden (en principio) sumar partes adicionales al arbitraje, o consolidar arbitrajes conexos¹⁰⁶, otras de las características del arbitraje institucional contemporáneo contrarias a las expectativas típicas – en términos de margen o libertad de acción– de quienes recurren a él son las que siguen:

A) Judicialización

a) De las instituciones de arbitraje

Así sucede en particular con la tendencia a la formalización del arbitraje, a veces denominada “judicialización” para indicar de forma

¹⁰² *R SA v A Ltd*, ATF, Suiza, 15 abril 1999, *Yearb. Comm. Arb.* 2001 – vol. XXVI, 863. Rechazando el reconocimiento por falta de indicación de los nombres de los árbitros, con excepción del Presidente, OLG Colonia, 17 junio 1976, *Yearb. Comm. Arb.* 1979– vol. IV, 258.

¹⁰³ *Vid.* en el comentario al art. IV en *Guide sur la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, Secrétariat de la CNUDCI, para. 77.

¹⁰⁴ S. Menon, “International Arbitration: The Coming of a New Age for Asia (and Elsewhere)”, discurso pronunciado en el Congreso de la ICCA 2012, 11 junio 2012.

¹⁰⁵ 2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration, available at <https://www.whitecase.com/sites/whitecase/files/files/download/publications/qmul-international-arbitration-survey-2018-18.pdf>.

¹⁰⁶ *Vid.* no obstante G. Smith, “Comparative Analysis of Joinder and Consolidation Provisions Under Leading Arbitral Rules”, 35(2) *J. Int'l Arb.* 173.

gráfica que el arbitraje se parece cada vez más a un proceso ante tribunales nacionales¹⁰⁷. A decir verdad, en gran medida la judicialización se debe a la complejidad creciente de las disputas referidas al arbitraje internacional; como reacción y con el fin de aumentar la eficiencia del proceso arbitral, en los últimos años varias instituciones de arbitraje han revisado sus reglas y prácticas¹⁰⁸. Desde este punto de vista, y en una perspectiva objetiva, la tendencia no merece una evaluación negativa: es el resultado de una preocupación por ofrecer un servicio acorde con las necesidades del usuario, y por la calidad. Ahora bien, tiene una consecuencia inmediata sobre el pilar del arbitraje, la autonomía de la voluntad: las instituciones arbitrales han promulgado reglas que limitan directa o indirectamente la autonomía de las partes restringiendo su margen de maniobra para diseñar un procedimiento a medida, ya desde la constitución del tribunal¹⁰⁹.

b) Del procedimiento arbitral

Más allá de las instituciones arbitrales, los propios tribunales “practican” la judicialización, con el fin de salvaguardar la futura validez y exigibilidad del laudo, en lo que se ha dado en llamar la “paranoia del debido proceso” (*due process paranoia*)¹¹⁰. La etiqueta se relaciona con la reticencia de los tribunales arbitrales a tomar determinadas decisiones por temor a que el laudo sea impugnado sobre la base de que una de las partes no tuvo la oportunidad de defender su caso completamente. La repetida prolongación de los plazos, la admisión de pruebas en una etapa tardía del proceso, o la permisividad en

¹⁰⁷ Existe una segunda acepción de “judicialización”, relativa a un creciente control y escrutinio judicial sobre el arbitraje: Ch.N. Brower, “W(h)ither international commercial arbitration?” (Goff Lecture 2007), *Arb. Intl*, 2008, 181–198, p. 183. En una tercera acepción, “judicialización” es la denominación de la teoría que ofrece “an abstract, deductive account of how a legal system evolves and reproduces itself” (A.S. Sweet, F. Grisel, 20, y Cap. I, *passim*).

¹⁰⁸ *Vid.*, *v.gr.* LCIA en 2014 (en http://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx) y 2016 (<http://www.difc-lcia.org/arbitration-rules-2016.aspx#9c>); la CCI en 2017 (<https://iccwbo.org/publication/arbitration-rules-and-mediation-rules/>); o al SIAC en 2016 (<http://www.siac.org.sg/our-rules/rules/siac-rules-2016>).

¹⁰⁹ *Vid.* A. Carlevaris, “Limits to Party Autonomy and Institutional Rules”, en F. Ferrari (ed.), *Limits to Party Autonomy in International Commercial Arbitration*, Juris, NYU, 2016, 8; S. Sills, “Party Autonomy, the “Right” to Appoint, and the Rise of Strategic Challenges”, *id. loc.*, 37.

¹¹⁰ La “Due process paranoia” había sido denunciada en el 2015 Queen Mary/White & Case International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration, accesible en http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2015_International_Arbitration_Survey.pdf, at 10. La situación no ha cambiado desde entonces, como demuestra el Survey de 2018, 24–28.

relación conductas perturbadoras de la marcha del proceso por parte de un abogado, por miedo a la futura vulnerabilidad del laudo, son signos típicos de la “enfermedad”. Sin duda, la otra cara de la moneda es un procedimiento arbitral más complejo, costoso y largo. El impacto en los usuarios potenciales se refleja en afirmaciones como esta (que, hay que admitir, es hiperbólica): “*International arbitration is on the brink of extinction!*”¹¹¹. La encuesta del Queen Mary / White & Case de 2018 a la que nos referíamos más atrás informa que los costes elevados figuran como la peor característica del arbitraje, mientras que la lentitud y tardanza ocupan la cuarta posición¹¹². La deferencia del árbitro con el derecho al debido proceso se puede analizar desde el ángulo de la necesidad de encontrar un equilibrio entre lo que esperan los usuarios por un lado, y el papel de los árbitros como guardianes del debido proceso y garantes de la legitimidad del arbitraje, pero es percibida por los primeros como una amenaza a las propiedades por excelencia del arbitraje (la promesa de procedimientos rápidos a bajo costo)¹¹³.

B) La delegación de tareas

Junto al fenómeno de la judicialización, que como acabamos de señalar es posible justificar objetivamente, otro que también amenaza su buena fama y su lugar destacado es menos fácil de explicar: a saber, la delegación de los árbitros de sus tareas en sus asistentes o secretarios.

Las preguntas relativas al papel de la secretaría de los tribunales arbitrales pasaron a primer plano en el conocido caso de arbitraje de inversiones *Yukos Universal Limited c. Federación de Rusia*¹¹⁴. Desde entonces ha sido sometida a mayor escrutinio. Un ejemplo reciente es el asunto *In P v Q*¹¹⁵, donde el juez Popplewell debió resolver sobre una solicitud de remoción de árbitros, basada, entre otras cosas, en la delegación indebida de su rol al secretario del tribunal. Para decidir sobre la demanda Popplewell tuvo en cuenta varias fuentes: el art. 14

¹¹¹ R. Gerbay, “Is the End Nigh Again? An Empirical Assessment of the ‘Judicialization’, of International Arbitration”, *Am. Rev. Int’l Arb.*, 2014, pp. 223, 223. *Vid.* también B. Warsaw, 108, sobre la percepción y descontento del “usuario medio” del arbitraje institucional.

¹¹² En 8.

¹¹³ K. P. Berger, J. O. Jensen, “Due process paranoia and the procedural judgment rule: a safe harbour for procedural management decisions by international arbitrators”, 2016 *Arb. Int’l*, 415.

¹¹⁴ UNCITRAL, PCA Case No AA. 227.

¹¹⁵ [2017] EWHC 194.

reglas LCIA 1998; las *Notes for Arbitrators* de la LCIA, de 29 junio 2015; el documento sobre Preguntas Frecuentes de la LCIA; o la *Young ICCA Guide on Arbitral Secretaries* de 2014. Su conclusión fue que no existe una opinión común ni entre los profesionales ni los académicos sobre el uso apropiado de los secretarios de los tribunales. Ello no obstante, la exigencia del consentimiento de las partes (o la falta de objeción) a la identidad de un secretario del tribunal, a su remuneración, y (a veces) la definición y la delimitación de sus tareas, está cada vez más presente en los textos de arbitraje institucional, atestiguando la relevancia del tema en cuestión. Si bien no todas las reglas institucionales lo abordan en sus Reglas (no se hace referencia específica a los secretarios en las Reglas CCI 2017, ni en la LCIA 2016), sí aparecen en otros documentos como en la sección XVII de las *Notes to parties and arbitrators on the conduct of the arbitration* bajo las reglas de la CCI, octubre 2017. También en 2017, la LCIA actualizó sus *Notes for Arbitrators* para señalar expresamente (sección 8, párrafo 68) que "en ninguna circunstancia un tribunal arbitral puede delegar su función fundamental de toma de decisiones". Otros párrafos se relacionan con los deberes del tribunal con respecto a las partes: por ejemplo, tiene que asegurarse de que el secretario solo lleva a cabo las tareas que hayan sido acordadas por las partes. En cualquier caso, ni estas Notas ni las de la CCI tienen fuerza vinculante.

C) Falta de transparencia e información

La encuesta de Queen Mary / White & Case 2015 destacó la ausencia de datos sobre la eficiencia y el desempeño de los árbitros, así como la falta de transparencia en la toma de decisiones institucionales en relación con el nombramiento y la impugnación de los árbitros¹¹⁶. Ha habido una rápida reacción por parte de las instituciones arbitrales: la LCIA ha comenzado recientemente a publicar resúmenes de las decisiones relativas a impugnaciones de árbitros, mejorando la previsibilidad y permitiendo a los usuarios del arbitraje tomar decisiones informadas a la hora de contestar o no la formación

¹¹⁶2015 Queen Mary/White & Case International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration, accessible en http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2015_International_Arbitration_Survey.pdf, 22. Es interesante señalar que bajo determinadas reglas como las de la ICC de 2017, art. 22(3), la confidencialidad solo se aplica si es demandada por las partes: en otras palabras, la falta de transparencia de la que se quejan los usuarios es consecuencia de su propia preferencia por la confidencialidad.

de un tribunal arbitral¹¹⁷. La CCI ha aprobado una nueva política para publicar los nombres y ciertos detalles del árbitro activos en casos registrados después del 1 enero 2016¹¹⁸. Tres años después la situación general parece haber mejorado: el 70% de los encuestados en el marco del Queen Mary / White & Case Survey 2018 afirmaron haber tenido acceso a suficiente información a la hora de decidir sobre el nombramiento de los árbitros¹¹⁹. En cualquier caso, las fuentes de información que mejor funcionan parecen ser “*word of mouth*”, “*internal colleagues*”, y “*publicly available information*”; la que proveen las propias instituciones de arbitraje se menciona también, pero a gran distancia respecto a las citadas. Por otra parte sigue habiendo quejas con respecto a otros datos de información relevante: el acceso a los laudos anteriores de los árbitros, a fin de conocer más sobre su enfoque de las cuestiones de procedimiento y de fondo, sigue siendo un problema.

III. Tribunales para asuntos de comercio internacional

La voz “tribunales para el comercio internacional”, o “para asuntos de comercio internacional”, designa en el presente estudio el conjunto de instituciones judiciales, pertenecientes a jurisdicciones diversas, aparecidas en los últimos quince años con voluntad de responder a las necesidades y realidades del comercio internacional,¹²⁰ dotadas de características únicas en comparación con los tribunales nacionales, importadas con frecuencia del mundo del arbitraje pero también de la *London Commercial Court*¹²¹. La expresión “tribunales para el comercio internacional” traduce la etiqueta inglesa “international commercial courts” a sabiendas de la falta de correspondencia exacta.

¹¹⁷ Challenge Decision Database en <http://www.lcia.org/challenge-decision-database.aspx>.

¹¹⁸ *Vid.* ICC Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration pursuant to the ICC Rules, sección III.B, en <https://iccwbo.org/publication/note-parties-arbitral-tribunals-conduct-arbitration/>. Las partes pueden proscribir la publicación, no obstante.

¹¹⁹ Pp. 20–23.

¹²⁰ Chief Justice Sundaresh Menon, “International Commercial Courts: Towards a Transnational System of Dispute Resolution”, Dubai International Financial Centre (DIFC) Courts Lecture Series 2015 (Discurso de apertura), Dubai, 19 enero 2015, en: <https://www.supremecourt.gov.sg/docs/default-source/default-document-library/media-room/opening-lecture---difc-lecture-series-2015.pdf>.

¹²¹ Que data de 1985. Sus antecedentes, se dice, pueden hallarse bastante más atrás: *vid.* Lord Chief Justice John Thomas, “Commercial Justice in the Global Village: the Role of Commercial Courts”, *DIFC Academy of Law*, Dubai, 1 febrero 2016, para. 41–43.

Pretendemos de este modo evitar la confusión acerca de la naturaleza de las instituciones, que si bien son internacionales por su composición y por el tipo de asuntos de que se ocupan, se encuentran integradas en un cuerpo jurídico nacional concreto y son creadas por leyes exclusivamente nacionales. Por comodidad, emplearemos las siglas TCI para referirnos a todos los tribunales, ya sean propiamente tales, cámaras especiales en el seno de una corte, con carácter permanente o constituidas *ad hoc*.

El paradigma de los TCIs se encuentra en Londres, en la *London Commercial Court* creada en 1895. Recientemente otros tribunales han visto la luz, primero en Asia y Oriente Medio, y actualmente en Europa. El debate sobre la oportunidad de un tribunal de este tipo ha alcanzado a otras jurisdicciones¹²².

1. Asia. Presentación general

Desde comienzos de siglo existen en Asia varios centros de resolución de conflictos con tribunales específicamente concebidos para el comercio internacional: en los Emiratos Árabes Unidos, las *Dubai International Financial Centre Courts* (DIFC Courts)¹²³ y las *Abu Dhabi Global Market Courts* (ADMG Courts)¹²⁴; en Qatar, la *Civil and Commercial Court of the Qatar Financial Centre* (QFC)¹²⁵; en Singapur, la *Singapore International Commercial Court* (SICC)¹²⁶. En China la posibilidad de crear tribunales internacionales de comercio ha sido reconocida al Tribunal Supremo Popular en julio de 2018, y a nuestro conocimiento se han establecido ya al menos dos en Shenzhen y Xi'an. También en Rusia existe un movimiento en ese sentido.

En este estudio no vamos a ocuparnos del caso chino por su carácter muy reciente y las dificultades para acceder a literatura sobre el mismo

¹²² Vid. para Australia Chief Justice Marilyn Warren, "An Australian international commercial court", (2016) 90(7) ALJ 453. En España la posibilidad de crear un tribunal (o de dedicar una sala) para asuntos mercantiles internacionales, en particular en el ámbito marítimo, con jueces con conocimientos avanzados de inglés, fue discutida en ámbitos académicos y judiciales al hilo del Brexit, sin alcanzar, que sepamos, ninguna concreción específica. Sobre otros foros, vid. referencias en P. Bookman, "The Adjudication Business", en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3338152, nota al pie nº 15.

¹²³ Web oficial: <https://www.difccourts.ae>.

¹²⁴ <https://www.adgm.com/doing-business/adgm-courts/home/>.

¹²⁵ <https://www.qicdrc.com.qa/about-us>.

¹²⁶ <https://www.sicc.gov.sg/>

en el idioma original¹²⁷; lo mismo ocurre con el modelo ruso¹²⁸. Sobre el resto, a grandes rasgos los tribunales mencionados comparten una serie de características tendentes a hacer de ellos polos de atracción para litigantes en controversias internacionales. Esencial es que el idioma del proceso es el inglés, y que todos buscan inspiración en la *common law*, lo que tiene sentido en el contexto por cuanto varios de los núcleos financieros más importantes – Londres, Nueva York o Hong-Kong– se encuentran en jurisdicciones pertenecientes a esta tradición, y por tanto la misma es conocida por los inversores – litigantes en potencia. Consecuencia de ello es la incorporación directa de Derecho inglés en el ordenamiento nacional – en Abu Dhabi, a través de la *Application English Law Regulation 2015*–, o en el “trasplante” y codificación masiva de legislación elaborada en países de *common law* – en Dubai–, dejando a un lado la propia, que se inspira en la Sharia y en la *civil law*. Una segunda consecuencia es que la composición de los tribunales no esté limitada a jueces locales, sino abierta a personalidades internacionales, incluyendo en ocasiones a académicos, siguiendo la praxis de países de *common law* de designar para las formaciones judiciales a miembros de jurisdicciones “hermanas”. Hay más elementos compartidos que iremos detallando para cada caso: relativos a la representación y consejo legal, al principio de publicidad, el aseguramiento de pruebas; el uso de formularios para iniciar la demanda y responder a ella, reconvenir, o solicitar autorización para apelar; las reglas procedimentales son claras, breves, y suelen encontrarse en documentos separados del resto de la normativa local, y de fácil acceso¹²⁹. Ello

¹²⁷ A 9 enero 2018 las reglas de procedimiento, en vigor desde el 5 diciembre 2018, solo son accesibles en chino: <http://cicc.court.gov.cn/html/1/218/149/192/1122.html>. Para una primera aproximación en inglés *Vid.* W. Sun, “International Commercial Court China: Innovations, Misunderstandings and Clarifications”, Kluwer Arbitration Blog, 4 julio 2018, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/07/04/international-commercial-court-china-innovations-misunderstandings-clarifications/>. M. S. Erié, “The China International Commercial Court: Prospects for Dispute Resolution for the *Belt and Road Initiative*”, <https://www.asil.org/insights/volume/22/issue/11/china-international-commercial-court-prospects-dispute-resolution-belt>, 31 agosto 2018; y S. Wilske, “International Commercial Courts and Arbitration – Alternatives, Substitutes or Trojan Horse?”, 11(2) *Contemp. Asia Arb. J.* 153, 174–180. El análisis doctrinal permite indicar que pese a que se han utilizado como referentes modelos en vigor de tribunales internacionales, los chinos no lo son realmente; se trata más bien de “court[s] of limited jurisdiction built within the existing hierarchy of PRC courts”. Igualmente se destaca la incertidumbre sobre un buen número de aspectos relativos a su funcionamiento en la práctica. *Vid.* M. S. Erié, *passim*. P. Bookman, 35–38.

¹²⁸ Para una primera aproximación *vid* Ruling of the Plenary Session of the Supreme Court of the Russian Federation”, 27 junio 2017, en <http://test.vsrfr.ru/Ruling/2017-23.pdf>

¹²⁹ Es frecuente que el cuerpo normativo básico se acompañe de “orders”, “practice directions”, “guidance notes”, que complementan a aquel y orientan en su aplicación práctica:

no obstante, más allá de los aspectos comunes, los TCIs de Asia presentan elementos diferenciales, en su concepción¹³⁰ y en su funcionamiento, que también veremos brevemente.

2. *En particular*

A) *Dubai International Financial Center Courts*

El Centro Financiero de Dubai es una zona franca situada físicamente en Dubai City, dotada de su propia administración civil y financiera, su propio sistema legal y un sistema judicial independiente donde los procesos están presididos por el principio de contradicción

El año 2004 señala la fecha de establecimiento oficial de los tribunales para el comercio internacional del Centro, aunque no fueron plenamente operativos hasta 2006. El complejo judicial comprende las *Court of First Instance* y la *Court of Appeal*, y cuenta en su seno con un Small Claims Tribunal, para disputas comerciales que no superen determinada cuantía –500.000 EAD, algo más de 100.000 euros–, y determinados litigios –empleador y trabajadores, o derechos reales–, solo relacionados con el centro financiero. Desde 2017 los Tribunales del Centro Financiero Internacional de Dubai y la Fundación Futuro de Dubai están trabajando en la creación de los “Tribunales del Foro del Futuro”, con el objeto de supervisar la tecnología disruptiva, como autos sin conductor, drones, blockchain y seguridad cibernética dentro de la jurisdicción del DIFC.

En su diseño original la institución poseía una finalidad específica, consistente en servir de soporte a las actividades económicas del Centro; durante los primeros años de su funcionamiento y hasta 2011 su competencia estuvo limitada a controversias con vínculos físicos con él. En este marco el sistema del DIFC no pretendía tanto reproducir un modelo de éxito para litigios de comercio internacional, como separarse –y complementar al mismo tiempo– el sistema local de los Emiratos, basado en la Sharia y en la tradición de *civil law*, y donde el

por ejemplo, las Singapore International Commercial Court Practice Directions; o los doce documentos bajo el nombre de Practice Directions para las ADGM Courts, en <https://www.adgm.com/doing-business/adgm-courts/adgm-courts-procedures/practice-directions/>.

¹³⁰ En su muy interesante estudio, P. Bookman, parte II, 21–26, se refiere a los tribunales del Centro de Dubai, Abu Dhabi y Qatar como “investment-minded courts”, y pone de manifiesto cómo otras iniciativas – en particular Singapur– no responden en cambio a esa necesidad, por cuanto sus tribunales locales y su infraestructura jurídica ofrecen suficientes garantías a los inversores (*id. loc.*, 29).

idioma oficial es el árabe. De inspiración anglosajona, como dijimos, el uso del inglés se ha convertido en un factor esencial: por ejemplo, la versión auténtica de la reglamentación aplicable al proceso es la inglesa; los procedimientos se desarrollan en inglés; las órdenes y decisiones que deban notificarse en los Emiratos deben traducirse, pero en caso de divergencia entre las versiones prevalece la inglesa¹³¹.

A partir de 2011 la jurisdicción de las cortes del DFIC se amplió a litigios carentes de conexión física con el Centro, sobre la base de la elección de foro por las partes¹³². El volumen de litigios de las *DFIC Courts* se sitúa en 2017 en 54 ante el Tribunal de Primera Instancia, por un valor de AED 471, 212, 695. El *Small Claims Tribunal* se acercó a la cifra de 400¹³³.

La apertura a litigios sin relación con el Centro financiero (*offshore*) en 2011, las amplias facultades de gestión otorgadas a los tribunales para lograr el objetivo esencial de las reglas, que se define como “*enabling the Courts to deal with cases justly*”¹³⁴, la posibilidad de representación a través de abogados extranjeros –aunque colegiados en la *DIFC Dispute Resolution Authority Academy of Law*¹³⁵ –, de derogar a la regla general de publicidad y transparencia (Part 35– *Court Rules*, en cuanto a la audiencia; Part 28, para los documentos), de invitar a las partes a participar en la gestión o agenda del proceso (Part 26 *Court Rules*), o de dar al Derecho extranjero un tratamiento especial (el tribunal posee discrecionalidad para aplicar las reglas sobre prueba de la manera que considere más oportuno en función de las circunstancias del asunto: Part 29 *Court Rules*), explican el éxito de las Cortes del DIFC: estadísticas elaboradas por la *Singapore Academy of Law for disputes*

¹³¹ Part 2 de las Court Rules (Authentic Texts and Language of Proceedings). Las Rules pueden encontrarse en <https://www.difccourts.ae/court-rules/>.

¹³² <https://www.difccourts.ae/2011/10/31/law-no-16-of-2011-amending-certain-provisions-of-law-no-12-of-2004-concerning-dubai-international-financial-centre-courts/>. En la doctrina, los comentarios de D. H. Wong, “The Rise of the International Commercial Court: What is it and will it Work?”, (2014) 33 *Civil Justice Quarterly* 205, 208; comparando con la *SICC*, Chef Justice S. Menon, para. 19–21.

¹³³ A tenor de las estadísticas publicadas por el propio Centro para 2017, <https://annualreview.difccourts.ae/#case-statistics>.

¹³⁴ Donde “justly” comprende la igualdad de las partes, la economía de esfuerzos, la conducción del caso de forma ajustada a la luz del montante en juego, la importancia y la complejidad del asunto, así como la posición financiera de cada parte; con rapidez y eficiencia, y dedicando los recursos necesarios teniendo en cuenta la existencia de otros casos: Part 1, regla 1.6 Rules of the Courts.

¹³⁵ *Vid.* DRA Order No. 1 of 2016 in Respect of Rights of Audience and Registration in Part II of the Academy of Law’s Register of Practitioners (<https://www.difccourts.ae/2016/09/20/dra-order-no-1-2016-respect-rights-audience-registration-part-ii-academy-laws-register-practitioners/>).

in Asia en 2015 indicaban que el 52% de los contratos redactados en inglés en la región de Oriente Medio y Norte de África elegían Londres para resolver los litigios; a finales de 2016 el porcentaje era de 25%; el correspondiente a las *DIFC Courts* se había elevado a 42%.¹³⁶.

Hay además un elemento de distinción relevante que juega desde 2015 a favor de Dubai, y que no existe en ninguno de los otros foros: la opción de “convertir” una decisión del tribunal en laudo arbitral, en los términos indicados por la *DIFC Courts, Amended Practice Direction No 2 of 2015*, conforme a la cual

*“If parties who have submitted (or have agreed to submit) to (or are bound by) the jurisdiction of the DIFC Courts wish further to agree that any dispute arising out of or in connection with the non-payment of any money judgment given by the DIFC Courts may, at the option of the judgment creditor ... be referred to arbitration under the Arbitration Rules of the DIFC LCIA Arbitration Centre, they may to that end adopt an arbitration clause in the terms of the recommended arbitration agreement”*¹³⁷.

“Convertir” aparece entrecomillado para subrayar –como hace siempre la doctrina– que no se trata de una transformación en sentido estricto, sino, como se deduce del texto reproducido, del sometimiento a arbitraje de cualquier disputa que surja una vez pronunciada la decisión del tribunal, lo que incluye desde luego la falta de cumplimiento voluntario del deudor (y ello incluso aunque el motivo sea la falta de liquidez, y no el desacuerdo en cuanto al fondo)¹³⁸.

La posibilidad de remitir a arbitraje supone que la decisión finalmente revestirá la forma de laudo arbitral. No está exenta de dudas conceptuales¹³⁹. En la práctica, en la medida en que suponga la apertura del régimen de reconocimiento de laudos del Convenio de NY 1958, representa una ventaja importante por el elevado número de estados parte, y por el régimen favorable de reconocimiento al que ya nos referimos más atrás; y es que uno de los mayores obstáculos a la eficacia real de los TCI radica en el *enforcement*, en un contexto internacional que sigue jurídicamente fragmentado, y donde no hay tampoco un acuerdo global ni sobre el procedimiento de exequatur, ni sobre sus

¹³⁶ Fuente: <https://www.difccourts.ae/wp-content/uploads/2018/03/Thomson-Reuters-Answers-Magazine.pdf>.

¹³⁷ Teóricamente las partes podrían elegir la sumisión a arbitraje de cualquier otra institución frente a la del Centro de arbitraje del DIFC, pero ello parece poco probable.

¹³⁸ La expresión “convertir” fue utilizada por primera vez por el Chief Justice M. Hwang, oralmente, y por escrito en “Commercial Courts and International Arbitration – Competitors or Partners”, 31 *Arb. Int'l.* 205 (2015).

¹³⁹ *Vid.* por todos D. Demeter, K.M. Smith, “The Implications of International Commercial Courts on Arbitration” (2016) 33 *J. Int'l Arb.* 441, apdo. 4.

condiciones. Es pertinente añadir que lo que el sistema del *DIFC* ofrece al vencedor en el juicio es una opción adicional, que no afecta al resto de sus derechos en ningún sentido.

B) *Civil and Commercial Court of the Qatar Financial Centre*

En bastantes aspectos el caso de Qatar es similar al de Dubai: la *Civil and Commercial Court*, operativa a partir de 2010 en dos instancias – la *First Instance Circuit* y la *Appellate Division*–, se estableció ligada al *Qatar Financial Center*. Si bien a diferencia de Dubai (y de Abu Dhabi) el Centro no es realmente una zona franca sino una plataforma de servicios financieros, el tribunal *ad hoc* es comparable a los de Dubai en numerosos aspectos, tales como la apertura mediando una cláusula de elección a supuestos internacionales sin vinculación al Centro; de hecho, esto fue posible en Qatar antes que en Dubai. Como allí, el dato más relevante es la diferencia de los tribunales respecto al sistema judicial local, aun cuando en el tribunal para el comercio internacional de Qatar el inglés no es el idioma exclusivo: y los procesos pueden ser también en árabe (art. 2 Law No (2) of 2009, amending Law No (7) of 2005¹⁴⁰). La actividad del tribunal está presidida por el objetivo esencial de “*deal with all cases justly*”, lo que significa – igual que en los tribunales para el DFIC– asegurar que los procesos se llevan a cabo de manera expeditiva y efectiva; con las partes en pie de igualdad; dando un tratamiento de los casos proporcional a su valor económico, su importancia y complejidad; atendiendo a la posición financiera de las partes; y haciendo uso de la tecnología de la información (art. 4). El procedimiento es flexible, con un tribunal dotado de amplios poderes de dirección “*to take all steps that are necessary or expedient for the proper determination of a case*” (arts. 10, 31 y 33 Law No (2) of 2009, amending Law No (7) of 2005), que se traducen en la adopción de directrices para la gestión del proceso concreto (“*case management directions*” relativas a la presentación de documentos o a la notificación de los mismos, con sanciones severas en caso de incumplimiento: art. 15). El derecho local aplicable se inspira en la *common law*, lo que permite que los jueces se basen en precedentes tomados de cualquier jurisdicción de esta tradición; no obstante las partes pueden elegir otro ordenamiento, que se aplicará siempre que no sea contrario al orden público qatarí (art. 11). Se admite la representación en juicio por parte de profesionales extranjeros (art. 29). La presentación de los

¹⁴⁰ http://www.qicdrc.com.qa/sites/default/files/s3/wysiwyg/qfc_civil_and_commercial_court_regulations_date_of_issuance_15_december_2010_0.pdf.

documentos puede ser realizada a través de un sistema de e-filing accesible desde la página web, o por medio de email dirigido al registro del tribunal; este tiene capacidad para operar virtualmente, con las partes, abogados, testigos y jueces compareciendo de forma remota desde cualquier parte del mundo. Las decisiones de primera instancia suelen ser finales, ya que la apelación solo se admite de forma excepcional (art. 35). Las sentencias se publican en la página web.

Un dato diferencial de las QFC es que de conformidad con la información publicada en la página web “*There are no fees associated with bringing a case to Court*”.

C) *Abu Dhabi Global Market Courts*

Abu Dabi es uno de los siete emiratos de los Emiratos Árabes Unidos, y el más amplio en extensión geográfica. Como sucede en Dubai, los tribunales especiales de Abu Dabi de nacieron directamente vinculados a la creación en 2013 de una zona franca financiera, la *Abu Dhabi Global Market*. La institución comprende un tribunal de primera instancia y otro de apelación, operativos desde mayo de 2016, para litigios civiles y mercantiles de cualquier montante¹⁴¹, lo que comprende también los laborales pero deja fuera los relacionados con la familia y sucesiones¹⁴². La competencia judicial internacional puede venir dada por elección de las partes. El idioma del proceso y de los documentos es el inglés; se admite la representación por un abogado extranjero que haya sido autorizado a ejercer en cualquier jurisdicción y tenga más de cinco años de ejercicio¹⁴³.

Como en los demás tribunales de la zona, las *ADGM Courts* gozan de amplias facultades de dirección del proceso, incluyendo la de acordar con las partes al comienzo del mismo una hoja de ruta para una óptima gestión del caso concreto. Desde su creación, y especialmente desabril 2018, la institución ofrece un servicio electrónico a través de la

¹⁴¹ Una sala para *small claims* se ocupa de los iguales o inferiores a 100.000 \$; los que superen esa cantidad se encomiendan a una sala “civil”: *vid.* Divisions and Jurisdiction (Court of First Instance) Rules 2015, en http://adgm.complinet.com/en/display/display_main.html?rbid=4503&element_id=5648.

¹⁴² Las reglas aplicables son las *ADGM Courts, Civil Evidence, Judgments, Enforcement and Judicial Appointments Regulations 2015* (modificadas en varias ocasiones): *Vid.* http://adgm.complinet.com/net_file_store/new_rulebooks/a/d/ADGM_Courts_Regulations_2015_Amended_18_December_2018.pdf. Se complementan con Directrices Prácticas relativas a aspectos singulares: *Vid.* por ejemplo, sobre el “case management”, las *Practice Direction 5 – Case Management and Papers for Trial*, <https://www.adgm.com/media/402303/pd-5-case-management-and-papers-for-trial-clean-11-dec-2018.opdf>.

¹⁴³ S. 219 de las *ADGM Courts, Civil Evidence, Judgments, Enforcement and Judicial Appointments Regulations 2015*.

plataforma eCourt, para una gestión digital de los procesos. Los usuarios pueden iniciar, administrar y hacer un seguimiento de sus casos desde cualquier lugar del mundo, utilizando el dispositivo que prefieran; pueden archivar documentos y recibir notificaciones por SMS relacionadas con el progreso de su expediente. Las pruebas electrónicas se incluyen en el mismo sin costo adicional, y las audiencias judiciales se llevan a cabo a través de videoconferencias. En diciembre de 2018 se presentó públicamente una sala de audiencias a medida totalmente digitalizada. A día de hoy el número de asuntos de las ADGMC es limitado: en primera instancia el número de asuntos en 2018 era de 13; el total desde 2016 es de 20; sólo se han pronunciado tres decisiones¹⁴⁴.

D) *Singapore International Commercial Court*

La *Singapore International Commercial Court* fue creada en 2015. Se trata en realidad de una sección de la *Singapore High Court* (a su vez parte de la *Singapore Supreme Court*¹⁴⁵), creada específicamente para resolver litigios de comercio internacional – y solo estos –, en vista del crecimiento exponencial del comercio transnacional en Asia. El tribunal es parte de una estrategia para hacer de Singapur, de por sí un centro principal de arbitraje más allá de la región¹⁴⁶, un núcleo vital en el ámbito de la resolución de litigios: por ello ofrece los servicios de profesionales con experiencia, sumando a sus filas a jueces o expertos de procedencia diversa –desde Australia a Francia, pasando por el Reino Unido o Hong Kong–.

La propuesta de la SICC, que comprende dos instancias, se explica en gran medida en la preocupación por abordar debilidades del arbitraje como mecanismo alternativo de resolución de controversias, y ello no solo en lo relativo al servicio que se ofrece a las partes, sino también desde la perspectiva del desarrollo y de la armonización legislativos¹⁴⁷. Se reconoce expresamente que los tribunales comerciales interna-

¹⁴⁴ Vid. <https://www.adgm.com/doing-business/adgm-courts/cases/court-of-first-instance/>, y <https://www.adgm.com/doing-business/adgm-courts/judgments/court-of-first-instance/>. No consta ningún caso o decisión en apelación.

¹⁴⁵ Vid. *Supreme Court of Judicature Act (Cap 322)*, s. 18A a 18M, en <https://sso.agc.gov.sg/ACT/SCJA1969>.

¹⁴⁶ El *Singapore International Arbitration Center* fue creado en 1991. Singapur es una de las sedes preferidas del arbitraje internacional, a la par, o solo por detrás de París, Londres y Ginebra, tal como se desprende del Survey de 2018 del Queen Mary/White Case; en 2017 recibió 452 nuevos casos, por un valor de 4.07 billones de dólares.

¹⁴⁷ H.H. Tee, J. Yeo y C. Seow, "The Singapore International Commercial Court in Action", (2016) 28 *Singapore Academy of L.J.* 692, 693. Chief Justice S. Menon, para. 14, 15.

cionales brindan una oportunidad para la armonización de principios jurídicos sustantivos y procedimientos civiles¹⁴⁸.

En su configuración y funcionamiento la SICC adopta características distintivas respecto a los tribunales locales: entre otros, las mayores facilidades a la hora de notificar en el extranjero, normalmente supeditada a una autorización previa¹⁴⁹; la inaplicación de la doctrina *forum non conveniens*, a las que se asocian en general estrategias de litigación tendientes a ganar tiempo, y que se acompañan de un cierto grado de imprevisibilidad¹⁵⁰; la admisión en el proceso de abogados no colegiados en la jurisdicción¹⁵¹; la relajación de las reglas sobre prueba¹⁵²; y la consideración del Derecho extranjero como Derecho, y no como un hecho, lo que tiene consecuencias relevantes en cuanto a su prueba¹⁵³.

Relevantes para los efectos de este estudio son los elementos diferenciales de la SICC respecto a los otros tribunales de comercio de la zona, que explican, quizá, el rápido éxito (por el momento) de estas cortes: a día de hoy la SICC ha resuelto ya una treintena de casos¹⁵⁴. En primer lugar lo que interesa destacar no es tanto un dato de los tribunales mismos como de su entorno: Singapur, antigua colonia británica, con el inglés como una de las lenguas oficiales, posee una economía abierta y un elevado grado de estabilidad política¹⁵⁵. Jurídicamente pertenece a la familia de países de *common law*: ello significa que no ha sido necesario importar reglas procedentes de una tradición y cultura diferentes, y se han evitado todos los problemas que derivarían de ello. Su sistema judicial goza de buena reputación y los tribunales de comercio no son instituciones aparte, sino integradas en él: la apelación corresponde a la

¹⁴⁸ Report of the Singapore International Commercial Court Committee, noviembre 2013, para. 11, 13 (<https://www.mlaw.gov.sg/content/dam/minlaw/corp/News/Annex%20A%20-%20SICC%20Committee%20Report.pdf>). Chief Justice Sundaresh Menon, para. 14, 15.

¹⁴⁹ Así sucede ante la SICC, *vid. Rules of the Court* O. 110 r. 6(2). Las *Rules* desarrollan la *Supreme Court of Judicature Act (Cap 322)*. Se pueden consultar en <https://sso.agc.gov.sg/SL/SCJA1969-R5>. Se completan con las Singapore International Commercial Court Practice Directions, cuya última edición data de marzo 2018.

¹⁵⁰ *Id.*, *Rules of the Court* 110 r 8 (2), al menos en los casos de cláusula atributiva de competencia exclusiva.

¹⁵¹ *Vid. Supreme Court of Judicature Act (Cap 322)*, s 18M, y *Rules of the Court*, O. 110 r. 25.

¹⁵² *Rules of the Court*, O. 110, r. 23.

¹⁵³ *Vid.* s. 18K, 18L, *Supreme Court of Judicature Act (Cap 322)*, *Rules of the Court* O. 110, r. 25, r. 28. No es preciso, en particular, el recurso al testimonio de expertos, ni su examen cruzado.

¹⁵⁴ Pueden consultarse en <https://www.sicc.gov.sg/hearings-judgments/judgments>.

¹⁵⁵ *Vid.* no obstante la reciente valoración del sistema de G. L. Benton, "The Whispered Conversation: Hong Kong v Singapore", en <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/01/02/whispered-conversation-hong-kong-v-singapore/>, 2 enero 2019.

Singapore Court of Appeal; desde la perspectiva del reconocimiento y ejecución de la decisión en el extranjero se beneficia automáticamente de la red de convenios firmados por el Estado (sin necesidad, por tanto, de pasar por un tribunal local como sucede en el DFIC). Finalmente, como se ha dicho Singapur es una de las sedes preferidas para las partes en litigios sometidos a arbitraje internacional.

Finalmente, merece la pena mencionar que en la medida en que está integrada en la *Supreme Court*, la SICC se beneficia del sistema de archivo electrónico instaurado en 2000, que permite que los documentos judiciales se preparen y archiven electrónicamente. Reconociendo la importancia de mantener el sistema relevante y flexible para satisfacer las demandas actuales, el Tribunal Supremo ha dado el siguiente paso para aprovechar las tecnologías modernas y ampliar las capacidades del sistema de archivo electrónico con la implementación de un sistema de litigio electrónico integrado (“eLitigation”).

3. *El caso europeo. Presentación general*

Hasta el momento son cuatro los países del continente europeo que han puesto en marcha –o han anunciado la intención de hacerlo– una jurisdicción para litigios internacionales de comercio, dotados de un procedimiento –o variaciones procedimentales– ad hoc, y donde el idioma sea el inglés: Alemania, Bélgica, Francia y Países Bajos. Debe además sumarse el caso de Irlanda.

Aunque la idea de cara a crear tribunales –o salas dentro de los existentes– para asuntos de comercio internacional no es nueva en Europa, se ha materializado especialmente en estos últimos dos años. El principal motor de la promoción de estas instituciones en la UE parece ser uno muy distinto al que ha originado el movimiento en Asia, encontrándose en particular en el Brexit. No se discute que en el Espacio Judicial Europeo Londres es el centro esencial de resolución de los conflictos comerciales transfronterizos¹⁵⁶. Según un estudio que da cobertura a ocho años –entre 2008 y 2016–, en alrededor del 80% de todos los casos comerciales al menos una de las partes es extranjera, mientras que casi el 50% de todas las reclamaciones resueltas en el tribunal de Londres se refieren únicamente a extranjeros, procedentes de los cinco continentes. El valor de las disputas ante la *London Commercial Court*

¹⁵⁶ Vid. B. Hess, “The Justice Initiative Frankfurt am Main 2017”, entrada en el blog *Conflict of Laws*, 31 marzo 2017; *id.*, con T. Boerner, “Chambers for International Commercial Disputes in Germany – The State of Affairs”, conferencia pronunciada en Rotterdam, 10 julio 2018, pendiente de publicación en *Erasmus Law Review*.

es regularmente del orden de 6 a 7 dígitos, siendo los sectores bancario y financiero los que cuentan con mayor representación¹⁵⁷. Con frecuencia, la jurisdicción del Tribunal Superior de Londres se basa en acuerdos de elección de foro conforme al art. 25 del Reglamento Bruselas I bis¹⁵⁸.

Es frecuente la opinión conforme a la cual el Brexit cambiará esta situación, en la medida en que en el futuro el Reino Unido no tenga acceso a los beneficios del Espacio Europeo de Justicia y a la cooperación judicial en materia civil tal como se ha desarrollado al amparo de los Tratados¹⁵⁹. Desde el anuncio del Brexit las partes en disputas civiles han debido empezar a considerar si prefieren elegir otros tribunales dentro del Espacio Judicial Europeo; se observa ya que en los contratos financieros las cláusulas de jurisdicción no solo estipulan Londres, sino también otros tribunales del Espacio Judicial Europeo¹⁶⁰.

4. *En particular*¹⁶¹

A) Alemania

La iniciativa alemana para dotarse de un TCI encuentra precedentes en áreas altamente especializadas como las patentes, donde destacan a nivel europeo Düsseldorf, Mannheim y Múnich. En 2010 hubo ya un intento de incentivar el recurso a los tribunales de Colonia y Bonn –vía cláusulas de elección de foro–, ofreciendo a las partes la posibilidad de litigar parcialmente en inglés. El intento no prosperó, probablemente porque ninguna de las dos ciudades tiene una tradición fuerte en materia de comercio internacional; y porque, por virtud de una limitación

¹⁵⁷ *Vid. Portland Commercial Courts Report 2018*, en: <https://portland-communications.com/publications/commercial-courts-report-2018-portland/>.

¹⁵⁸ Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 diciembre 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, DO L 351, 20 diciembre 2012.

¹⁵⁹ ISDA, <https://www.isda.org/2018/01/08/brexit-and-the-isda-master-agreement/>, 2018; CityUK, <https://www.thecityuk.com/research/legal-excellence-internationally-renowned-uk-legal-services-2017/>, Foreword. Como es sabido, la negociación para la una salida ordenada del RU de la UE ha tropezado con numerosos obstáculos jurídicos y políticos, y a día de hoy (5 marzo 2018) no está cerrada – mucho menos, la de un acuerdo para el futuro.

¹⁶⁰ *Vid.* <https://www.isda.org/2018/07/03/isda-publishes-french-and-irish-law-master-agreements/>.

¹⁶¹ No abordaremos el caso de Bélgica, en la medida en que la adopción de la ley necesaria está pendiente, y no se prevé en un futuro próximo por la situación política del país.

establecida en la *Gerichtsverfassungsgesetz, GVG*¹⁶², solo la audiencia podía desarrollarse en inglés.

La “*Justice Initiative Frankfurt*” nace en 2016 en un contexto académico con contactos a nivel de la judicatura y del Ministerio de Justicia en el *Land* de Hesse; representantes de la abogacía y de las Cámaras de Industria y Comercio también han tomado parte expresando las necesidades, expectativas y preferencias de los principales interesados. La elección de Frankfurt se debe tanto a su importancia como plaza comercial y financiera, que determina la presencia de los bufetes de abogados más renombrados, como a la experiencia en el área mercantil –especialmente banca y finanzas– de sus tribunales y jueces (es pertinente señalar, no obstante, que ya existen propuestas similares en otras ciudades alemanas, como Hamburgo). En 2017, la iniciativa recibió el refrendo del Ministerio, y es oficialmente operativa desde el 1 enero 2018, aunque la ley que regulará el funcionamiento de la sala es aún un proyecto¹⁶³. Conceptualmente aprovecha en gran medida las estructuras existentes, modificando simplemente el modo de reparto de asuntos y posibilitando la formación de una sala específica dentro del *Landsgericht* para audiencias en inglés. El personal de esta sala comprende jueces de carrera con un manejo fluido del inglés y experiencia en asuntos de comercio, que actuarán siempre como presidentes; y jueces legos procedentes del sector empresarial. El diseño del proceso se apoya en la ZPO, pero “saca lo mejor” de esta, indagando a fondo en posibilidades hasta el momento no aprovechadas, y sumando las *best practices* de los tribunales especializados aludidos más atrás, en particular del de Düsseldorf. Así, por ejemplo, las facultades de dirección del proceso que la s. 139 ZPO atribuye al juez son utilizadas por el tribunal para establecer una “hoja de ruta” con las partes al comienzo del proceso, estructurando el curso del litigio en forma óptima y eficiente; y la primera audiencia funciona como una “conferencia para la gestión de casos” con las partes.

La propuesta acaba de materializarse y por consiguiente no es posible evaluarla; a nuestro conocimiento, su primer y único caso hasta el momento acaba de llegar al tribunal¹⁶⁴. Sin duda la opción por

¹⁶² La s. 184 impone el alemán como idioma de los tribunales. Para una traducción oficial al inglés de la GVG en su redacción actual *vid.* http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gvg/englisch_gvg.html#p0490.

¹⁶³ Entwurf eines Gesetzes zur Einführung von Kammern für internationale Handelssachen (KfiHG), Bundestagdrucksache 19/1717, 18 abril 2018. Puede consultarse en <http://dipbt.bundestag.de/doc/btd/19/017/1901717.pdf>.

¹⁶⁴ A finales noviembre 2018, según información recibida por email desde el propio tribunal.

integrarla dentro del marco judicial y jurídico preexistente tiene elementos positivos: a diferencia de otros países no ha planteado la necesidad de reformas legislativas, siempre lentas, y tampoco va a generar costes adicionales al Ministerio de Justicia u otros que deban repercutirse sobre las partes. Sin embargo, un cierto pesimismo parece autorizado a la vista de varios elementos aptos para pesar en contra de su éxito, y necesitados en ocasiones de una reforma legal. Una rémora esencial es el idioma: resulta cuando menos curioso que la página web del LG de Frankfurt haya hecho hasta hace poco su oferta solo en alemán. Por otra parte, decíamos hace un momento que por imperativo legal el idioma de los tribunales es el alemán; el recurso al inglés queda todavía limitado a la audiencia y a la presentación de documentos, mientras que las decisiones y la sentencia del tribunal han de redactarse en alemán, siendo potestativa la traducción al inglés. Hasta el momento se han propuesto al Parlamento tres reformas (en 2012, 2016 y 2018), la última de las cuales posibilitaría la conducción de todo el proceso en inglés primera y segunda instancia (no en casación, donde tal posibilidad quedaría a la discreción del Tribunal) contando, por supuesto, con el consentimiento de las partes¹⁶⁵.

Un segundo dato en contra del TCI alemán es la falta de infraestructura técnicas modernas: Alemania en general se encuentra por detrás de otras jurisdicciones europeas en cuanto a equipamiento tecnológico en ese sentido. La doctrina reconoce que hay mucho por hacer en este sentido¹⁶⁶.

B) Francia

En el seno del Tribunal de Commerce de París existe una Cámara de Derecho Internacional desde 1995. En 2011, como reacción al movimiento en Alemania en 2010 que hemos descrito hace un momento, pasa ser la tercera sala del Tribunal, que hoy se conoce bajo la denominación de “*Chambre Internationale*”. En febrero de 2018 se inauguró una Cámara correspondiente en la *Cour d'Appel* de París, la *CICAP*, que conocerá de los recursos en apelación; está operativa desde marzo¹⁶⁷. Ambas instituciones se describen y regulan a través de dos Protocolos *ad hoc*, aplicables a las demandas posteriores al 1 de

¹⁶⁵ Vid. *Entwurf eines Gesetzes zur Einführung von Kammern für internationale Handelssachen* (KfiHG), de 20 febrero 2018.

¹⁶⁶ B. Hess, *loc. cit.*

¹⁶⁷ La *Gazette du Palais* de 10 julio 2018, n° GPL329d9, 8, indica ya una *audience de mise en état* y cinco *dossiers* pendientes.

marzo¹⁶⁸. Los elementos más destacables de estas instituciones se refieren a su composición, al idioma, y a ciertas particularidades en las reglas procesales, en especial en materia de prueba. Sobre lo primero, la Sala en el tribunal de Comercio se compone de diez magistrados expertos en comercio internacional, y anglófonos. Acerca de lo segundo, la lectura de los Protocolos no permite afirmar que los procesos – tanto en instancia como en apelación– serán en inglés, sino que sugiere una combinación en la cual los *actes de la procédure* –lo que comprende la sentencia– se redactarán en francés; documentos que estén en inglés podrán ser presentados sin traducción; por defecto, la audiencia se desarrollará en francés, aunque los comparecientes, testigos, peritos y abogados extranjeros, podrán expresarse en inglés, pero este caso será necesario proveer la traducción simultánea a cargo de quien emplea el idioma extranjero. La sentencia se redactará en francés, acompañada de una traducción al inglés por un traductor jurado. Los gastos del juicio se incrementarán en consonancia.

Desde la perspectiva del procedimiento los Protocolos descansan en gran medida en las reglas generales del *Code de la Procédure Civile*, con alguna derogación y previsiones de adaptación, especialmente en materia de prueba en el sentido de otorgar un peso especial a la testimonial y a la de peritos. Como en Alemania, el Tribunal debe fijar con las partes al comienzo del procedimiento un calendario de actuaciones a la luz de las circunstancias y complejidad del caso concreto.

C) Irlanda

El Tribunal de Comercio (una *commercial division*) se creó en enero de 2004 en el seno de la *High Court*, como respuesta al crecimiento económico experimentado por el país desde la década de los 90, y de la consolidación de Dublín como centro financiero. Los datos económicos no encontraban correspondencia en el ámbito procesal: los litigios comerciales eran onerosos y prolongados; el sistema carecía de capacidad para hacer frente al volumen y las necesidades específicas de litigios complejos. Actualmente la Cámara utiliza un sistema detallado de gestión de casos concebido para agilizar la preparación para el juicio, eliminar costos innecesarios y tácticas de bloqueo, y garantizar la *disclosure* completa previa al juicio. El diseño se

¹⁶⁸ Protocole relatif à la procédure devant la chambre internationale du Tribunal de Commerce de Paris, de 7 febrero 2017; Protocole relatif à la procédure devant la chambre internationale de la *Cour d'Appel* de Paris, de 7 febrero 2018.

acompaña de posibilidades de sanción por incumplimiento que hasta el momento no se ha dudado en aplicar¹⁶⁹.

En la práctica los instrumentos de gestión del proceso se han revelado útiles, y su funcionamiento parece ser satisfactorio. Dos años después de su creación, en 2006, el 50% de los asuntos en la lista se habían concluido en menos de catorce semanas, y un 90% en menos de un año. En 2012, la media se calculaba en veinte semanas, con un 25% concluidos en tres semanas, 50% en menos de doce, y un 60% en menos de cincuenta y una; un porcentaje elevado de supuestos se resuelve por acuerdo de las partes en un estadio más o menos avanzado del proceso¹⁷⁰. No hay un desglose de los supuestos que permita conocer el origen de los litigios y valorar si realmente Irlanda tiene capacidad de atracción en el ámbito del comercio internacional; en todo caso, a favor de la Cámara irlandesa juegan el hecho de pertenecer a un sistema de *common law*, con el idioma inglés como lengua nativa; y que recurre cada vez a las posibilidades ofrecidas por las nuevas tecnologías, empleando video conferencias, así como el registro e intercambio de documentos por vía electrónica.

D) Países Bajos

La propuesta de creación de un TCI en Holanda echó a andar con la presentación de un proyecto de ley en julio de 2017 al Parlamento nacional; en julio de 2018 el texto estaba pendiente de aprobación en el Senado, lo que ha sucedido finalmente en diciembre de 2018. El tribunal ha abierto sus puertas a comienzos de 2019¹⁷¹, y acaba de tener su primera audiencia¹⁷².

¹⁶⁹ Las reglas de funcionamiento – *Order 63A of the Rules of the Superior Courts* – se pueden consultar en <http://www.courts.ie/rules.nsf/8652fb610b0b37a980256db700399507/71b5764f57d3440980256f340064227a?OpenDocument>. Para una introducción sobre la Cámara y su funcionamiento en los primeros diez años *Vid. A guide to Ireland's commercial court* en https://www.mccannfitzgerald.com/uploads/MCFG_Ireland%20%80%99s_Commercial_Court.pdf.

¹⁷⁰ R. Peeples, H. Nyheim, “Beyond the Border. An International Perspective on Business Courts”, *Business L. Today*, vol. 17, 4 marzo 2008; presentación oral de Hon. Mr. Justice Peter Kelly, Fundación Francisco Manuel dos Santos, Lisboa, 6 junio 2013. Cifras relativas al número de casos desde 2008 hasta 2017 pueden encontrarse en <http://www.courts.ie/Courts.ie/Library3.nsf/pagecurrent/59879281937E527180257FF7005190C1?opendocument>.

¹⁷¹ *Vid.* una presentación general, con vínculos a la historia legislativa, en <https://www.rechtspraak.nl/English/NCC>. Las reglas de procedimiento se pueden encontrar en inglés en el documento diciembre 2018 “Rules of Procedure for the International Commercial Chambers of the Amsterdam District Court (NCC District Court) and the Amsterdam Court of Appeal (NCC Court of Appeal)” (link desde la página indicada).

¹⁷² *Elavon Financial Services DAC v. IPS Holding B.V. and others*. Source: <https://www.rechtspraak.nl/English/NCC/news/Pages/Inaugural-hearing-of-the-Netherlands-Commercial-Court-is-a-fact.aspx> (última visita 19 febrero 2019).

El TCI de los países bajos se integra en la estructura existente: será en realidad una cámara especial para el comercio internacional en el Tribunal de Ámsterdam, con otra en el Tribunal de Apelación de la misma ciudad. En su composición participarán jueces seleccionados entre los que se hallan en activo en distintos tribunales del país.

Desde la perspectiva del desarrollo del proceso, la oferta de un TCI de los Países Bajos parte con ventaja sobre otros países europeos: la jurisdicción destaca ya ahora por la diligencia en la resolución de litigios, con una media de 130 días desde la notificación hasta la sentencia –por delante de Alemania, y solo por detrás de Lituania y Luxemburgo¹⁷³. El idioma del proceso, entendiéndose que ello comprende tanto los documentos, como la audiencia y la sentencia en primera y segunda instancia pero no la casación, será el inglés si así lo acuerdan las partes. En principio no es precisa la traducción de los documentos en alemán u holandés. Las reglas procedimentales son las generales; se ofrece a las partes la posibilidad de “personalizarlas” de forma, no obstante, limitada: así, en lo relativo a la grabación (vídeo o audio), de la audiencia; a la transcripción de los debates, a la presentación de determinadas pruebas, o a la valoración de los medios de prueba conforme a reglas diferentes de las vigentes en la jurisdicción. Una conferencia previa al proceso es posible para fijar los aspectos que serán objeto de debate, hechos a investigar, y un calendario. Las reglas de procedimiento prevén expresamente en el art. 3.4.1 que a solicitud de parte o de oficio el tribunal adopte cualquier decisión que pueda facilitar una resolución justa y rápida del litigio.

Los TCIs de Ámsterdam estarán dotados de un equipamiento tecnológico de vanguardia, a través del recurso a un sistema específico –conocido como eNNC– que permite las comunicaciones y el intercambio de información y documentos por vía electrónica; se ofrece también una sala de juicios virtual. Conforme a las reglas de procedimiento, excepto que el tribunal indique lo contrario la comunicación con él y la presentación de documentos solo podrá hacerse a través del eNNC.

En la práctica, el mayor obstáculo al éxito de los TCIs de Ámsterdam serán probablemente los costes: como en el caso de Bélgica se pretende que la institución se autofinancie, lo que significa el encarecimiento de las tasas. De hecho, la cuestión de las tasas fue uno de los argumentos que mantuvo la ley en suspenso hasta diciembre de 2018: lo elevado de las mismas –15.000 euros en primera instancia y 20.000 euros para

¹⁷³ T. Evas, “Expedited settlement of commercial disputes in the European Union. European Added Value Assessment”, PE 627.120 – Diciembre 2018, tabla 6 (fuente: CEPEJ, retomado por la Comisión Europea en el *Study on the functioning of judicial systems in the EU Member States*, 2018).

los procedimientos de apelación–, mucho más que en casos habituales, condujo a sostener que la NCC está en desacuerdo con el sistema en vigor por su aptitud para crear un obstáculo al acceso a la justicia de pequeñas y medianas empresas.

E) ¿Un tribunal de comercio a nivel regional (y/o un procedimiento expeditivo para litigios comerciales internacionales)?

a) Una propuesta doctrinal controvertida

“*The establishment of fully blown regional international courts for commercial disputes is further away*”¹⁷⁴. La afirmación, de carácter general, podría necesitar de matices en el caso de Europa si hemos de atender a la opinión de algún sector de la doctrina. La idea encuentra su origen en la propuesta de T. Pfeiffer de una “*Handelsgerichtshof*” para Europa cuya finalidad sería promover el desarrollo del derecho privado europeo¹⁷⁵. En su versión –doctrinal– más reciente¹⁷⁶, se trataría de un tribunal europeo para el comercio, complementario (y no sustitutivo) de los sistemas judiciales nacionales; tomaría inspiración del Tribunal Unificado de Patentes¹⁷⁷. Su competencia estaría limitada a disputas comerciales con carácter transfronterizo, con independencia del domicilio de los litigantes, y vendría dada por el acuerdo de sumisión anterior o posterior al nacimiento del litigio. El derecho aplicable debería ser el doméstico designado a través de los reglamentos europeos al efecto; en defecto de solución en ellos (por tratarse de una materia excluida de los reglamentos), el tribunal debería aplicar principios generales de DIPr. comunes a los Estados Miembros, identificados a través de un análisis comparativo de los diferentes ordenamientos. El proceso se desarrollaría en inglés; los jueces serían originarios de distintos Estados miembros y poseerían experiencia en materia comercial, así como en la comunicación con partes con diferentes *backgrounds* jurídicos y culturales. La flexibilidad en el procedimiento sería una característica imprescindible, lo mismo que la dotación de personal, medios e infraestructura tecnológica. A decir de la misma doctrina, la UE goza de competencia –sobre la

¹⁷⁴ F. Tiba, “The Emergence of Hybrid International Commercial Courts and the Future of Cross Border Commercial Dispute Resolution in Asia”, (2016) 14 *Loy. U. Chi. Int'l L. Rev.* 31, 42–51, 32.

¹⁷⁵ T. Pfeiffer, “Ein europäischer Handelsgerichtshof und die Entwicklung des europäischen Privatrechts”, *ZEuP* 2016, 795.

¹⁷⁶ Que describe G. Rühl, “Building Competence in Commercial Law in the Member States”, Study, PE 604.980– September 2018, bajo 4.4.

¹⁷⁷ *Vid.* el Acuerdo sobre un Tribunal Unificado de Patentes, de 19 febrero 2013, DO C 175, 20 junio 2013.

base de un entendimiento amplio del art. 81 TFUE– para crear un tribunal de este tipo, cuya relación con el TJUE no debería ser fuente de fricción: el tribunal comercial

“... would primarily be responsible for settling international disputes between commercial parties – and not for interpreting EU law. It would – like any national court and any arbitral tribunal – primarily apply national law. And as a Court set up by the EU it would be entitled and obliged to refer matters concerning EU law to the CJEU by way of a preliminary reference”¹⁷⁸.

La idea de una *“European Commercial Court to supplement the courts of the Member States and offer litigants an additional, international forum specialised in settlement of commercial disputes”*, aparece igualmente en el documento del Parlamento Europeo de 21 de septiembre, *“Draft Report with recommendations to the Commission on expedited settlement of commercial disputes”*, en el Anexo (*“Annex to the Motion for a Resolution: Recommendations for Measures to Introduce and Support a European Expedited Civil Procedure”¹⁷⁹*), y se retoma en el Informe final aprobado en diciembre de 2018. En ambos casos es solo una recomendación en el sentido de que se realice un *“further study”*; figura entre las *“otras medidas”* para mejorar la competencia de los Estados miembros de la UE en materia mercantil, y aparece junto con una sugerencia a los Estados mismos para que fomenten la adquisición de competencias de sus judicaturas en este ámbito, por ejemplo *“by designating or reinforcing existing commercial courts or chambers”*. En la misma línea hay que referirse a la mención en la sesión oral en el Parlamento Europeo el 9 julio 2018, que precedió a la adopción del Informe y contó con la presencia de varios expertos en Derecho procesal y DIPr¹⁸⁰, y donde no suscitó mayores comentarios. Esta falta de entusiasmo casa con la postura de autores que, sin desconocer el interés y los efectos beneficiosos potenciales de un tribunal regional de este tenor (*“[The idea] is interesting and could contribute to bundling expertise on commercial law and commercial dispute resolution”*), cuestiona su lugar entre las prioridades políticas de la UE, y subrayan la inversión de ciertos Estados Miembros para crear sus propios tribunales de comercio, que se acompaña lógicamente del interés por mantener los casos relevantes y la especialización de los profesionales dentro del sistema local. No menos importante es la pregunta sobre la necesidad y el apoyo de los propios actores e interesados a *“otro”* tribunal más, presidido por la pretensión de concentrar la litigación en Europa,

¹⁷⁸ G. Rühl, *loc. ult. cit.* El texto entrecomillado se encuentra bajo 4.4.1.2.

¹⁷⁹ 2018/2079(INL).

¹⁸⁰ B. Hess, R. Fentimann, S. Courmeloup y G. Rühl.

en un escenario dominado por el arbitraje y donde recientemente han hecho ya aparición tribunales (nacionales) especializados para asuntos de comercio internacional¹⁸¹.

b) ¿Un procedimiento expeditivo común?

La propuesta de un tribunal europeo para el comercio internacional encuentra en general escepticismo; la adopción por la UE de un procedimiento expeditivo para la resolución de litigios en la materia tiene en cambio más adeptos. Pocos meses después de la audiencia a la que nos hemos referido en el apartado anterior, el Parlamento Europeo ha publicado un Informe, al que se adjunta como recomendación central a la Comisión Europea la de crear

*“... a voluntary European Expedited Civil Procedure in order to provide European companies a possibility to reach a settlement of purely commercial business-to-business disputes of a cross-border nature within a reasonable time frame”*¹⁸².

Igualmente se ha realizado un estudio sobre el valor añadido de tal procedimiento, que concluye que

*“... procedural rules, especially time limits and procedural steps for appeal, offer significant economic potential for the EU litigation market. By reducing the time necessary to settle high-value commercial cases the EU can become a more attractive jurisdiction for the judicial settlement of disputes. Procedural rules to expedite the settlement of commercial disputes would also bring considerable cost savings for EU businesses and potentially generate efficiency gains for national judicial systems. The EAVA estimates that reducing the length of the procedure necessary to settle a commercial dispute at a court of first instance could save EU businesses €0.9 to 1.3 billion annually”*¹⁸³.

En realidad, la UE ya posee un procedimiento específico y expeditivo para resolver litigios en materia civil y mercantil, que funciona a través de la opción de las partes: el creado a través del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 julio 2007 por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía¹⁸⁴, modificado por el Reglamento 2015/2421¹⁸⁵. La opinión doctrinal más extendida apunta a que se trata de un procedimiento poco empleado en la práctica: por una parte, porque la limitación a 5000 euros del montante del litigio reduce

¹⁸¹ X. Kramer, entrada en el blog conflictoflaws.net, 23 septiembre 2018.

¹⁸² Vid. nota 179.

¹⁸³ T. Evas, “Expedited settlement of commercial disputes in the European Union. European Added Value Assessment”, PE 627.120 – Diciembre 2018.

¹⁸⁴ DO L 199 de 31.7.2007.

¹⁸⁵ DO L 341 de 24.12.2015.

notablemente su interés; por otra, porque en realidad es desconocido por sus destinatarios (ya sean usuarios, abogados o jueces)¹⁸⁶. En su Informe diciembre 2018 el Parlamento Europeo mantiene una postura curiosamente distinta: véase el párrafo 3, en el que alude a

“... the successful implementation of the European small claims procedure (ESCP), which provided a way of solving consumer and other cross-border disputes regarding small amounts within the Union in a swift and cost-effective way while upholding protection for the rights of the parties”; y el punto 1 del Anexo, conforme al cual el nuevo procedimiento se aplicará “to cross-border commercial disputes to which the European Small Claims Procedure does not apply”.

Es demasiado pronto para emitir cualquier juicio sobre un “proceso expeditivo europeo”. Sin embargo, sí parece oportuno indicar ya dudas sobre la oportunidad de reproducir elementos tales como la definición de “internacional” del reglamento sobre litigios de escasa cuantía – excesivamente reducida–, o la exclusión implícita de litigios que requieran o impliquen la intervención de terceros¹⁸⁷. En cambio, resulta aconsejable mirar a los tribunales de comercio que ya empiezan a funcionar en Europa y a cómo pretenden delimitar sus competencias, y elaborar un procedimiento con estos datos a la vista.

IV. Oferta y competencia en los servicios de tutela de los derechos

La idea de “mercado de servicios legales” global no se discute¹⁸⁸. Dentro del mismo se alude ya abiertamente al “mercado de la litigación”, un sector más cuya descentralización (globalización) corre paralela a la del comercio mismo¹⁸⁹, y en que la competición se valora en tanto que factor externo apto para mejorar la oferta y la innovación en el área considerada¹⁹⁰. En este contexto la capacidad de los TCIs, en general, y de cada uno de ellos en singular, para atraer un volumen de litigios que justifique

¹⁸⁶ Vid. por todos A. Ontanu, *Cross-Border Debt Recovery in the EU. A Comparative and Empirical Study on the Use of the European Uniform Procedures (Ius Commune Europaeum, 159)*, Amberes, Intersentia, 2017.

¹⁸⁷ Vid. STJUE, C-627/17, ECLI:EU:C:2018:941.

¹⁸⁸ Vid., *v.gr.*, el Informe “Legal Services Global Market Opportunities and Strategies to 2021”, julio 2018, elaborado por Reportlinker.

¹⁸⁹ T. Evas, 10, 11.

¹⁹⁰ No siempre ha sido así: la competición se ha observado como un fenómeno negativo porque puede conducir a un descenso de la calidad del servicio, o/y conducir a que se cuestione la autoridad de los “prestadores” del servicio (los jueces).

su existencia, va a depender de las ventajas que ofrezcan en relación con el arbitraje.

1. “Commercial courts and international arbitration—competitors or partners?” *Primeras impresiones*¹⁹¹

El arbitraje internacional y los TCIs están llamados a resolver el mismo tipo de litigio. Se aprecia, además, una tendencia a converger en la “oferta” y las características del “servicio” – los TCIs adoptan formas de operar propias del arbitraje; algún modelo de TCI apoya directamente sus reglas procedimentales en la Ley Modelo UNCITRAL (será el caso de Bélgica, si prospera); el personal es intercambiable (los jueces de las *Global Market Courts* de Abu Dabi pueden actuar como árbitros bajo reglas de arbitraje adoptadas en 2015¹⁹²); el arbitraje tiende a asimilar elementos más propios de una administración de justicia estatal; el “saber hacer” judicial se incorpora al mundo del arbitraje en las reglas de las instituciones arbitrales¹⁹³. Todo ello sugiere que los TCIs y el arbitraje institucional son competidores en el sector de la resolución de litigios internacionales de comercio.

Y sin embargo esta primera percepción es rechazada por la mayoría de la doctrina, que prefiere hablar de complementariedad¹⁹⁴ – si bien en algunos casos la misma se describe como “forzosa”, resultado de fallos en el arbitraje¹⁹⁵. Una prueba de la realidad de las afirmaciones podría ser el hecho de que Londres, la *London Commercial Court* comparte el terreno con la *London Court of International Arbitration*, por una parte, y con otros arbitrajes en tanto que sede elegida con alta frecuencia en arbitrajes bajo reglas de otras instituciones o *ad hoc*. En Europa,

¹⁹¹La frase entrecomillada corresponde al título de la publicación de M. Hwang, en 2015 *Arb. Int'l* 193.

¹⁹² *Vid.* <https://www.adgm.com/doing-business/adgm-courts/arbitration/>.

¹⁹³ *Vid. supra* bajo II.

¹⁹⁴ A. Godwin, I. Ramsay, M. Webster, “International Commercial Courts: The Singapore Experience”, (2017) 18 *Melbourne J. Int'l L.* 15, retomando las palabras de los Chief Justices M. Warren y C. Drott, Commercial CPD Seminar Series, Melbourne, 13 abril 2016.

¹⁹⁵ D. Demeter, K.M. Smith, *esp.* bajo aptdo 2, “Arbitration and its Weaknesses: the Context”. Justice Quentin Loh, Supreme Court of Singapore, inauguración del Regional Arbitral Institutional Forum (RAIF) en Singapore 1 de agosto de 2014, conferencia reproducida en la Singapore Institute of Arbitrator’s September 2014 newsletter, <http://www.siarb.org.sg/pdf/SIARB%20September%20Issue%20Newsletter%202014.pdf>. *Vid.* también A. Saito, “International Commercial Arbitration and International Commercial Courts: Towards a Competitive and Cooperative Relationship”, en *Harmonising Trade Law to Enable Private Sector Regional Development*, Victoria University (Nueva Zelanda), Special Issue, 2016, 33–58, *passim*, para quien la competición sería justamente un incentivo para la mejora del arbitraje.

propuestas como la alemana para Frankfurt, considerada en su totalidad, revelan una estrategia amplia con pretensiones de convertir la ciudad en un *hub* o núcleo para la resolución controversias internacionales de conflictos: por ello se enuncia como un elemento clave el fortalecimiento del arbitraje¹⁹⁶.

La cuestión, sin duda, es compleja. Desde luego serán en definitiva las circunstancias del caso concreto las que determinarán la preferencia por el arbitraje o por un TCI, y dentro de estos cuál será finalmente elegido. En abstracto, el análisis de la relación entre los tribunales de comercio y el arbitraje debe realizarse a nuestro juicio desde dos planos distintos: el de la atracción de “usuarios”, por una parte; y el institucional, o relativo a las funciones de los mecanismos para la resolución de conflictos más allá del caso concreto, por otra. Es la segunda en la que cabe hablar de complementariedad: sólo los tribunales domésticos poseen entre sus funciones la nomofiláctica y (con mayor o menor intensidad según la tradición jurídica) de creación de Derecho, que en cambio no competen a los árbitros en tanto que carentes de vinculación con un ordenamiento preciso, y dado que la razón de su prestación está en la voluntad de las partes para un supuesto específico. Por otra parte, incluso aunque dichas funciones fueran de su competencia teórica, encontrarían muy difícil satisfacerla mientras los laudos no se publiquen y no creen precedente. En la primera perspectiva— la de los usuarios—, el juego entre TCI y arbitraje se declina en cambio en gran medida en términos de competición. Pero, en realidad, en ningún caso la relación es pura en un sentido u otro, sino que tanto la competencia como la complementariedad se darán en grados distintos, variables en función del concreto tribunal y de la institución de arbitraje bajo examen. En lo que sigue apuntamos algunos datos, desde una perspectiva que, por lo expuesto, solo puede ser general.

2. Complementariedad

Como veíamos en la parte II de este estudio, en la última década se ha hecho patente un estado de ánimo de desconfianza pública hacia el arbitraje — más de inversiones, pero también comercial. Uno de los motivos es que la pérdida de asuntos por parte de los tribunales estatales a favor del arbitraje actúa *de facto* como freno al desarrollo del Derecho; la percepción es más aguda en los países de *common law*, donde más allá de la doctrina lo acusan los propios operadores jurídicos.

Esto no ocurre con los TCIs. Por el contrario, en tanto que integrados en la estructura judicial general, a través de la resolución de

¹⁹⁶ B. Hess, entrada en el blog Conflict of Laws, 31 marzo 2017, supra nota 156.

controversias *inter partes* estas instituciones desarrollan todas las funciones características de los tribunales estatales, lo que incluye la de ser fuente del Derecho –con uno u otro alcance en función del sistema examinado–. Tratándose de ordenamientos de *civil law*, en un contexto en cambio rápido y constante como es el del comercio internacional el papel de los tribunales en la interpretación de las normas es esencial para evitar su obsolescencia. Sin duda, que esto ocurra depende de que haya disputas ante los tribunales: su actuación es solo por reacción. Es por ello por lo que resulta esencial atraer a litigantes y abrir vías que resulten en adquisición de competencia: cuanto más ampliamente se definan los criterios atributivos mayores serán las oportunidades de ejercicio de la jurisdicción; y lo mismo en relación con la delimitación de las materias sobre las que existe jurisdicción. La breve experiencia del TCI de Singapur revela la importancia de no dejar la cuestión de la competencia del TCI solo en manos de las partes y de una directa elección de foro *ex ante* o una vez existe el litigio, y de aceptar que pueda adquirirse competencia por transferencia desde otra jurisdicción, o desde otro juez o tribunal nacional.

3. Competencia. La oferta a los usuarios

A) Igualar y mejorar

Damos por buena, como punto de partida, la afirmación conforme a la cual el arbitraje internacional es el mecanismo preferido de resolución de litigios internacionales¹⁹⁷. Siendo ello así, la capacidad de los tribunales de comercio para imponerse sobre el arbitraje va a depender de su habilidad para igualar o mejorar al arbitraje en cuanto a las características típicas de este: la resolución de litigios con rapidez y en un tiempo breve, con procesos simples y flexibles, y con costes razonables. No poseemos demasiados datos a este respecto todavía – y tampoco es sencillo obtenerlos en relación con el otro término de la comparación–, pero sí algunos relativos a la duración de procesos ante la SICC¹⁹⁸: en su primer asunto, *BCBC Singapore Pte Ltd & Anor v PT Bayan Resources TBK & Anor*¹⁹⁹, la acción se planteó originalmente ante la High Court de Singapur, que la transfirió al SICC el 4

¹⁹⁷ *Supra*, texto a nota 4.

¹⁹⁸ *Vid.* sobre Qatar *supra*, nota 140. No tenemos datos sobre la duración de los procedimientos en Dubai; el Annual Report relativo a 2017 se limita a indicar el tiempo en relación con casos que terminan por acuerdo entre las partes (y el porcentaje de los mismos, que asciende al 88%).

¹⁹⁹ [2016] SGHC(I) 01.

marzo 2015, donde tuvo lugar la audiencia en noviembre de 2015. La SICC dictó sentencia el 12 mayo 2016 – justo un año después del reenvío desde la High Court, y menos de seis meses después de la audiencia. En *Teras Offshore Pte Ltd v Teras Cargo Transport (America) LLC*²⁰⁰, la decisión fue pronunciada quince días después de la audiencia. En *Telemedia Pacific Group Ltd & Anor v Yuanta Asset Management International Ltd & Anor*²⁰¹, la sentencia, de unas 200 páginas, fue dictada catorce meses después de que el caso fuera transferido a la SICC, y cuatro meses después del debate oral.

En relación con las propuestas europeas, estadísticas sobre la duración de un litigio civil en primera instancia en general apuntan a que entre las jurisdicciones que ofrecen tribunales de comercio la más veloz es Holanda, seguida de Alemania –cerca de 200 días desde la notificación hasta la sentencia– y Francia –casi un año–²⁰². Aunque no es posible predecir cuál será la pauta en la praxis de las salas o tribunales especiales para asuntos de comercio internacional, sí cabe recordar que los preside la idea de procesos rápidos, con jueces facultados para adoptar las directrices de impulso necesarias; facilitados por el acuerdo entre jueces y partes acerca del tiempo de las actuaciones al comienzo del proceso; lo mismo, sobre los elementos de prueba, en la convicción de que conocer este dato cuanto antes puede facilitar la resolución del asunto por acuerdo de las partes; y con un recurso al máximo posible a tecnología para las comunicaciones y las actuaciones procesales. Si el procedimiento expeditivo para litigios de comercio sigue el modelo del reglamento de la UE para litigios de escasa cuantía, varios de estos elementos estarán incorporados ya de entrada en el instrumento: así, lo relativo a los plazos para las actuaciones clave, que serán breves y cuya extensión estará fijada por el legislador europeo; o el uso de las tecnologías.

La calidad de las sentencias dependerá de la experiencia o sensibilidad de quienes juzgan en relación con las particularidades de la materia juzgada. Como vimos más atrás este es un dato al que en general los legisladores nacionales han prestado atención en el diseño de los TCIs, sumando expertos en comercio internacional a los jueces.

A partir de ahí, los TCIs poseen capacidad para mejorar el servicio eludiendo las rémoras del arbitraje y añadiendo posibilidades que no están al alcance de los árbitros, en particular: la incoherencia de las decisiones y la

²⁰⁰ [2016] SGHC(I) 02.

²⁰¹ [2016] SGHC(I) 03.

²⁰² T. Evas, tabla 6 – fuente: CEPEJ, retomado por la Comisión Europea en el *Study on the functioning of judicial systems in the EU Member States*, 2018.

ausencia de precedentes; las acusaciones sobre falta de legitimidad u otras cuestiones éticas que hoy pesan sobre el arbitraje; la inexistencia de una instancia de apelación; la imposibilidad de crear litisconsorcios activos o pasivos llamando a un tercero ante el tribunal en calidad de demandado (*joinder*)²⁰³; limitaciones relacionadas con la arbitrabilidad, a través de una definición amplia (y abierta) de lo que sea “comercial”.

B) Facilidades de acceso. Competencias objetiva y funcional

Los TCIs se ocupan de asuntos de comercio internacional: cuanto más amplia sean estas categorías “comercio” e “internacional”, más probabilidades hay de que puedan ejercer su jurisdicción. La cuestión se aborda en algunas reglamentaciones, como por ejemplo en Singapur (conforme a la *Rules of the Supreme Court*, O. 110, de forma muy amplia: el carácter comercial puede resultar del pacto entre las partes; y cualquier litigio, incluso carente de todo elemento de conexión con el territorio, puede ser llevado al tribunal por voluntad de las partes) o en los Países Bajos (art. 1.3.1), mientras que ha quedado abierta en otras, como sucede en París. Cada sistema es libre para adoptar la delimitación que estime conveniente; los europeos pueden seguir la interpretación de “civil y mercantil” e “internacional” correspondientes a los Reglamentos comunitarios – en otro caso estos no serán aplicables. Es interesante señalar que las reglas de la NCC proporcionan una definición de internacional que difiere de la europea, lo que ha llevado a la doctrina a presentar la norma como atributiva de competencia solo funcional²⁰⁴.

La competencia judicial internacional de los TCIs puede resultar de una elección de foro, o derivar de un elemento objetivo que represente conexión con el foro. Ahora bien, es discutible que los TICs puedan conocer de un supuesto por la mera voluntad de las partes: otros elementos suelen ser precisos, relativos al reparto funcional de competencia. En este sentido hay que indicar que entrar en la lista de la Commercial Division de Dublin es una decisión discrecional del tribunal; respecto a la

²⁰³ *Vid.* <https://www.sicc.gov.sg/about-the-sicc>. Se evita de este modo la pluralidad de procesos paralelos. Al mismo tiempo, lo cierto es que la ventaja se pierde desde el momento en que el afectado, que por definición no ha pactado la cláusula de elección de foro (excepto en el caso de que las partes en el contrato en la base de la demanda hayan tenido el cuidado de incorporar cláusulas de sumisión a la jurisdicción del tribunal de comercio en todas las relaciones contractuales de la cadena vinculadas a la controvertida) no acepta la jurisdicción, por cuanto el reconocimiento y ejecución de cualquier decisión contra ella dependerá de las reglas en vigor en el estado requerido sobre competencia judicial internacional y notificación (en general, sobre el derecho de defensa).

²⁰⁴ G. Antonopoulou, ‘Defining international disputes– Reflections on the Netherlands Commercial Court proposal’, 2018 *Nederlands Internationaal Privaatrecht* 740, 750.

Chambre Internationale de Paris, depende de la “*Chambre de placement*” y las reglas internas de reparto de asuntos. En Países Bajos no pueden ser referidos a la NCC los casos sujetos a la competencia exclusiva de otras salas o tribunales (art. 1.3.1 Rules of Procedure); lo mismo sucede en Alemania²⁰⁵.

C) En detrimento de los TCIs

Existen en todo caso aspectos “menos favorables” de los tribunales para los asuntos de comercio internacional a tener en cuenta a la hora de elegir su jurisdicción o preferir el arbitraje.

a) Sobre el proceso

Hay elementos típicos, casi consustanciales al arbitraje, que en los modelos de TCIs analizados no se reproducen, y parece dudoso que puedan llegar a hacerlo con la misma extensión que en aquel. Así sucede en primer lugar con la libertad de las partes para diseñar el procedimiento – aun cuando todos los TCIS examinados admiten cierto grado de autonomía, así como la participación en la elaboración de la agenda del proceso. Otros elementos con la representación legal y, sobre todo, con la confidencialidad. En relación con lo primero, las partes en un procedimiento arbitral seleccionan libremente a sus asesores legales. En el caso de los TCIs en principio juegan las limitaciones generales que pesan sobre los abogados extranjeros para el ejercicio de la profesión, aunque los modelos de Asia son receptivos a una mayor flexibilidad, como vimos más atrás.

Sobre la confidencialidad, la publicidad es la regla en los TCIs en la línea de lo que sucede con la administración estatal de justicia en general; lo contrario es la excepción, prevista de forma específica en alguno de los TCIs, o por referencia a la regla básica. Lo segundo ocurre en el art. 8.4.2 de las Reglas de procedimiento de la NCC. Lo primero, en Singapur, donde la regla nº 30 de la *Order* 110 de las Rules of the Court autoriza a la SICC a acordar la confidencialidad a petición de la parte interesada en casos *off-shore*, concurriendo el acuerdo de la otra parte. Ahora bien, se trata de una confidencialidad limitada, que no alcanza a la existencia misma en otras palabras, la existencia misma del litigio: solo posibilita la audiencia *in camera*, y puede comprender la

²⁰⁵ <https://ordentliche-gerichtsbarkeit.hessen.de/sites/ordentliche-gerichtsbarkeit.hessen.de/files/LG%20FFM%20Gesch%C3%A4ftsverteilung%202018%20Stand%2001.01.2018.pdf>, 35.

prohibición a cualquier persona de publicar o revelar información o documentación relativa al caso y el sello del expediente judicial. Además, la regla nº 31 indica que la decisión pronunciada en un procedimiento presidido por la confidencialidad puede no obstante ser publicada si el tribunal estima que posee un interés legal relevante²⁰⁶.

b) Sobre la ley aplicable

En relación con el fondo del asunto los TCIs pueden estar sujetos –como tribunales estatales que son– al sistema de reglas de DIPr local²⁰⁷; para los órganos sitos en Europa ello significa la aplicación de las normas de conflicto de los Reglamentos 593/2008, Roma I, y 864/2007, Roma II²⁰⁸. De este modo, si resulta designada como aplicable una ley extranjera surgirán todos los problemas asociados a su determinación y prueba²⁰⁹. En los TCIs de Asia la situación es un poco distinta: de entrada, porque al incorporar las reglas típicas de *common law* (incluso directamente las vigentes en el RU, como sucede en Abu Dhabi) al ordenamiento propio, las expectativas de que las partes optarán por el Derecho local son más que razonables. En segundo lugar, como indicamos más atrás las regulaciones facilitan la determinación y prueba del Derecho extranjero. Por el momento nada de esto existe en Europa. Los reglamentos Roma I y II apoyan en gran medida la autonomía de la voluntad de las partes, pero le imponen más límites de los que experimentan en el marco del arbitraje²¹⁰. De conformidad con los arts. 9 del Reglamento Roma I, y 16 del Reglamento Roma II²¹¹, los TCI deberán aplicar las reglas imperativas del foro: reglas que los tribunales

²⁰⁶ La publicidad como regla aparece también en la s. 98(1) de las *ADGM Courts, Civil Evidence, Judgments, Enforcement and Judicial Appointments Regulations 2015*, seguida de las circunstancias en las que el tribunal puede autorizar una excepción; para Qatar *vid.* art. 28 (3) de las *Regulations and Procedural rules*, que se limita a establecer la regla de publicidad de la audiencia, y la posibilidad genérica del tribunal de decidir lo contrario “*where there is a good reason to do so*”.

²⁰⁷ *Vid.* expresamente el art. 1.2.1 de las Reglas de Procedimiento para el TCI de los Países Bajos, diciembre 2018.

²⁰⁸ DO L 177/6, de 4 julio 2008, DO L 199/40, de 31 julio 2007, respectivamente.

²⁰⁹ *Vid.* para Europa, a pesar del marco que ofrece la cooperación jurídica internacional, M. Requejo Isidro, “The application of European Private International Law and the ascertainment of foreign law”, en E.M. Kieninger, J. von Hein, G. Rühl, *How European is European Private International Law?*, pendiente de publicación.

²¹⁰ P. de Miguel Asensio, “The Rome I and Rome II Regulations in International Commercial Arbitration”, en F. Ferrari (ed.), *The Impact of EU Law on International Commercial Arbitration*, Juris, Nueva York, 2017, 177.

²¹¹ Eventualmente también entrarán en juego los arts 3 del Reglamento Roma I, y 14 del Reglamento Roma II, para las normas con el carácter imperativo allí indicado.

arbitrales no tienen que seguir, aunque exista un interés en hacerlo para proteger el laudo en caso de escrutinio ulterior antes los tribunales.

c) Sobre el laudo arbitral y su “exportabilidad”

Una tercera dificultad ineludible, intrínseca al funcionamiento de los tribunales internacionales y apta para decantar la balanza a favor del arbitraje, aparecerá si se da la necesidad de ejecutar la decisión en el extranjero: y es que no hay en este contexto un instrumento equiparable al Convenio de Nueva York de 1958 para los laudos arbitrales²¹². Hoy todavía se trata de un aspecto dependiente de que existan o no convenios o acuerdos internacionales entre los Estados donde se dicta la sentencia y aquel donde se pretende ejecutar. Ello determina la ventaja competitiva del Centro Financiero Internacional de Dubai, donde como vimos se ha procurado una solución específica (la de “conversión” de la decisión en laudo), o aquellas cuyas resoluciones tengan más opciones de circulación²¹³.

V La competición se juega (también) entre tribunales

1. En general

La tarea esencial de los tribunales – resolver controversias– ha sido tradicionalmente concebida como un servicio del Estado, y no como un producto apto para la comercialización en competencia con otros proveedores. Sin embargo no es posible ignorar que, al menos a ciertos niveles, la justicia es un elemento más en la atracción de las fuentes de riqueza, y en absoluto irrelevante; como indicábamos *supra*, se habla ya abiertamente de un “mercado de la litigación”. Tribunales independientes, rápidos, con personal cualificado, capacitados para pronunciar decisiones de calidad, son esenciales en la creación de confianza; y esta es un soporte fundamental de las inversiones y el comercio.

²¹² *Vid.* entre otros A. Saito, 48; D. Demeter, K.M. Smith, 452.

²¹³ En este punto consideramos de interés mencionar la iniciativa *Foro Internacional Permanente de Tribunales Comerciales* (<https://www.sifocc.org/>), cuyo objetivo es promover la calidad de los servicios de resolución de disputas que se brindan a la comunidad empresarial internacional mediante el fomento y el intercambio de *best practices* y experiencias. Hasta el momento se han producido dos reuniones, y se han sentado las bases para, entre otros, trabajar en un memorando multilateral para el reconocimiento y ejecución recíproco de sentencias.

En el ámbito específico del comercio internacional la idea de competición entre jurisdicciones estatales no es nueva, aunque como hemos visto ha adquirido intensidad a partir del nuevo milenio. Como muestra, el folleto publicado por la Law Society London en 2007, “England and Wales, The jurisdiction of choice”²¹⁴, y la reacción alemana “*Law-made in Germany*”²¹⁵; ambos documentos tienden a promover el recurso a sus sistemas judiciales.

Expresiones como *forum shopping* o *forum selling* resumen las consecuencias de la competencia entre jurisdicciones en términos que evocan la selección (o promoción, según el protagonista de la acción) de un producto de consumo. En la UE, antes de la fecha en que el RU comunicó oficialmente su intención de retirarse de la Unión, el 29 marzo 2017, los competidores más serios del RU eran Alemania y los Países Bajos, por motivos que tenían tanto que ver con el temor a futuras modificaciones en el ámbito de la justicia en el RU –en particular en relación con el incremento de las costas– como con las mejoras introducidas en los sistemas de los dos últimos países al nivel de marketing. A ello se añadía, en relación con Alemania, la mayor certeza en relación con los honorarios de abogados, procesos menos largos y costosos que los ingleses, y las (limitadas) iniciativas en el sentido de admitir el inglés como idioma alternativo en juicio en determinados litigios– los de comercio internacional. Por su parte, los tribunales holandeses se distinguían por su eficiencia en la gestión de litigios complejos y de elevada cuantía, así como por ofrecer mecanismos de recurso colectivo inexistentes en cualquier otra parte de Europa²¹⁶. El anuncio de la retirada del Reino Unido de la UE ha impulsado los proyectos de establecer tribunales comerciales internacionales e incentivado el progreso de otros. La reacción puede ser descrita en términos de competencia; refleja en todo caso la necesidad de llenar el vacío que deja Londres en el panorama intra-europeo, en ausencia de un acuerdo entre UK y la UE a propósito del período transitorio a partir de la fecha de retirada, y sobre todo, de un acuerdo futuro que asegure el valor de las decisiones inglesas en el resto de los Estados miembros²¹⁷.

²¹⁴ Accesible en <https://www.eversheds-sutherland.com/documents/LawSocietyEnglandAndWalesJurisdictionOfChoice.pdf>. La “batalla” fue comentada por S. Vogenauer, ‘Regulatory Competition through Choice of Contract Law and Choice of Forum in Europe: Theory and Evidence’, 21 *European Rev. Priv. L.* 13 (2013), 30 ss.

²¹⁵ www.lawmadeingermany.de.

²¹⁶ R. McCorquodale, L. McNamara, H. Kupelyants, J. del Rio, *Factors Influencing International Litigants’ Decisions to Bring Commercial Claims to the London Based Courts*, Ministry of Justice Analytical Series–BIICL, Londres, 2015, 26–27.

²¹⁷ *Supra*, nota 159 sobre el Draft Withdrawal Agreement. En diciembre de 2018 el RU depositó el documento de ratificación del Convenio de La Haya sobre elección de foro de

Fuera de Europa, el argumento fundamental en la base de la creación de los tribunales para asuntos de comercio internacional no ha sido en primera instancia la competición con Londres. Ello no obstante, el deseo de que en algún momento esa competición se produzca y culmine con la repartición de los asuntos está presente: *'it is hoped that the SICC will compete with the English Commercial Court for a share of the international commercial cases now drawn to London'*²¹⁸.

2 Factores a considerar

Es demasiado pronto para opinar sobre cuál de los tribunales de comercio alternativos a Londres tendrá más éxito: a día de hoy ni siquiera es posible valorar la eficacia o ineficacia de dos de los europeos, dado que no están en marcha. En el plano teórico, no obstante, algunos elementos apuntan a favor de los tribunales de Asia y Oriente Medio como mejor posicionados que los europeos.

A) Apertura (internacional, a la voluntad de las partes, y a las nuevas tecnologías)

Entre los elementos determinantes de la preferencia por un TIC sobre otro están facilidades que ofrecen a las partes en cuanto al idioma, la flexibilidad del proceso (la intervención mayor o menor de las partes en su diseño para el caso concreto; los instrumentos de que se dota al juez para gestionarlo de forma rápida y eficaz), o el equipamiento técnico. La limitación del uso del inglés y el retraso en el uso de las nuevas tecnologías pesan en contra de los tribunales europeos, en particular de Alemania y Francia. La sujeción a las reglas sobre ley aplicable de los reglamentos europeos, descritas más atrás, favorece sin duda a los de Asia y Oriente Medio; no sorprende que entre las recomendaciones del Parlamento Europeo a la Comisión en diciembre de 2018 aparezca, además de la relativa a la creación de un procedimiento expeditivo, otra sobre la oportunidad de modificar los reglamentos Roma I y Roma II *"to afford the parties to purely commercial contracts further autonomy while ensuring the protection of the weaker parties in business-to-business relations"*²¹⁹.

2005, que entrará en vigor en caso de acuerdo UK/UE el 1 abril 2019. https://verdragen-bank.overheid.nl/en/Verdrag/Details/011343/011343_Notificaties_13.pdf.

²¹⁸ Justice Anselmo Reyes, "Recognition and Enforcement of Interlocutory and Final Judgments of the Singapore International Commercial Court" (2015) 2 *J. Int'l Comp. L.* 337, 339. Vid también *Portland Commercial Courts Report* 2018, 3.

²¹⁹ Report with recommendations to the Commission on expedited settlement of commercial disputes (2018/2079(INL)), Anexo, punto II.

Se añade que no hay en los modelos europeos apertura a jueces internacionales (solo la propuesta belga incorpora jueces de otras jurisdicciones), lo que puede jugar en detrimento de la adecuada comprensión de los condicionamientos del comercio internacional. El dato no es irrelevante: la incorporación de juristas con experiencia en *common law* puede tener un impacto decisivo a la hora de la adaptación a tales condicionamientos. La acostumbrada asociación de las jurisdicciones de *civil law* a reglas escritas, fijas y precisas ha planteado serios obstáculos a la resolución de supuestos jurídico–privado transnacionales cuando las autoridades encargadas de la aplicación del Derecho no han encontrado un apoyo literal en las norma– como ocurrió por ejemplo en el ámbito de la insolvencia transfronteriza, donde es esencial la comunicación y cooperación entre tribunales a cargo de la insolvencia de un mismo deudor; hasta la adopción del reglamento europeo 2015/848 sobre procedimientos de insolvencia²²⁰ tal cooperación se vivía como imposible en numerosas jurisdicciones de la UE, y ello porque el reglamento previo, el 1346/2000, solo preveía expresamente tal obligación entre los síndicos (art. 31). En cambio, en el RU el déficit de previsión legal era superado con facilidad²²¹.

La incorporación a la oferta de servicios de nuevas tecnologías es la tónica en los tribunales de Asia y Oriente Medio, mientras que se produce de manera desigual en Europa. Es pertinente señalar que la apertura tecnológica debe hacerse en el propio tribunal, pero también en relación con otros. La facilidad con que los tribunales de distintas jurisdicciones funcionan interconectados y comparten información de forma segura va a ser un elemento esencial de la justicia en el futuro inmediato. Pertener o no a una red de interoperabilidad (así como el alcance geográfico y funcional de esta), tendrá consecuencias en forma de costes y rapidez de las actuaciones judiciales (en sentido amplio) en los litigios transfronterizos. Desconocemos si existen iniciativas en Asia; en la UE son aún de carácter experimental y limitado²²².

²²⁰ OJ L/19 141, 5 junio 2015.

²²¹ *Vid.* High Court of Justice de Birmingham, de 11 mayo 2005, en el asunto *MG Rover*, 2005 [EWHC] 874; In *Re Nortel Group SA* [2009] EWHC 206 (Ch). M. Requejo Isidro, “Cooperation, Communication, Coordination”, in *The Implementation of the New Insolvency Regulation*, Hess/Oberhammer/Bariatti/Koller/Laukemann/Requejo Isidro/Villata (eds.), Nomos–Hart, 2017, 139.

²²² Con el apoyo de la Comisión Europea se está investigando en las tecnologías al servicio de la justicia, y poniendo en marcha un entorno de E–justice en el que destaca el proyecto e–CODEX relativo al intercambio transfronterizo de documentos.

B) “Exportabilidad” de las decisiones

La existencia o no de obstáculos al reconocimiento y ejecución fuera de la jurisdicción puede resultar un elemento esencial. En el momento actual, lo cierto es que la red de instrumentos bilaterales o multilaterales sobre reconocimiento y ejecución propicia la fragmentación por regiones geográficas: para quienes realizan negocios en los EAU, o en la zona del Golfo, el interés por los tribunales de Dubai y Abu Dabi se explica por el hecho de que los Emiratos son parte del *Gulf Cooperation Council Convention for the Execution of Judgments, Delegations and Judicial Notifications 1996*²²³ y del *Riyadh Arab Agreement for Judicial Cooperation 1983*²²⁴. Singapur se encuentra en una situación más ventajosa: por un lado como Estado parte del Convenio de La Haya de 2005, que vincula también a los Estados Miembros de la UE (incluyendo a Dinamarca, donde está en vigor desde el 1 septiembre 2018), México y Montenegro; por otro, gracias al conjunto de países con los que ha concluido convenios de reconocimiento mutuo de decisiones²²⁵. Conviene señalar no obstante que el alcance material del Convenio de La Haya 2005 puede limitar notablemente su éxito en la práctica: la lista de exclusiones del art. 2 es importante, y se añade la posibilidad de reservas respecto a otras materias específicas al amparo del art. 21. Importa también recordar que las cláusulas de elección que desencadenan la aplicación del Convenio son las exclusivas – a salvo lo dispuesto en el art. 22, conforme al cual un Estado contratante podrá declarar que sus tribunales reconocerán y ejecutarán las resoluciones dictadas por los tribunales de otro Estado contratante designados en virtud de un acuerdo de elección no exclusivo²²⁶. Habrá que resolver, además, si la competencia de un TCI que viene dada por la transferencia de otro tribunal (nacional o extranjero) dotado de competencia objetiva es clasificable como “cláusula de elección exclusiva” en el sentido del Convenio, teniendo en cuenta que es preciso en todo caso el consentimiento de las partes.

²²³ Son parte Bahrain, Arabia Saudí, Oman, Qatar, Kuwait, y los EAU.

²²⁴ Son parte Jordania, Bahrain, Túnez, Algeria, Djibouti, Arabia Saudí, Sudán, Siria, Somalia, Iraq, Omán, Palestina, Qatar, Kuwait, Líbano, Libia, Marruecos, Mauritania y Yemen.

²²⁵ En octubre de 2018, Australia, Brunei Darussalam, Hong Kong, India, Malasia, Nueva Zelanda, Pakistán, Papua New Guinea, Sri Lanka, Reino Unido, Islas de Barlovento.

²²⁶ Por otra parte, salvo indicación en otro sentido de las partes se entiende que la cláusula es exclusiva. *Vid.* sobre este punto B. Campuzano Díaz, *Los acuerdos de elección de foro. Un análisis comparado de su regulación en el Convenio de La Haya de 2005 y en el reglamento 1215/2012*, Comares, 2018, 74–80.

Por lo que respecta a los TCI europeos, se encuentran en buen lugar siempre y cuando el destino de las decisiones en juego sea otro país de la UE, o de la EFTA. La promesa del Convenio de La Haya de 2005 no se ha materializado en la práctica desde la perspectiva europea, ya que al margen de los propios Estados de la UE solo México, Montenegro y Singapur son parte²²⁷; ha sido firmado, pero no ratificado, por Ucrania, EE UU y China.

Bibliografía

- BENEDETELLI, M.: “Human rights as a litigation tool in international arbitration: reflecting on the ECHR experience”, 2015 *Arb. Int'l* 631.
- BENTON, G. L.: “The Whispered Conversation: Hong Kong v Singapore”, en <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/01/02/whispered-conversation-hong-kong-v-singapore/>, 2 enero 2019
- BERGER, K.P., JENSEN, J.O.: “Due process paranoia and the procedural judgment rule: a safe harbour for procedural management decisions by international arbitrators”, 2016 *Arb. Int'l* 415.
- BERMANN, G.A.: *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, Springer, 2017.
- BLACKABY N., PARTASIDES, C.: *Redfern & Hunter on International Arbitration (Student Version)*, 6ª ed., OUP, 2018
- BOOKMAN P.: “The Adjudication Business”, en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3338152.
- BORN, G.A.: *International arbitration: law and practice*, Kluwer, 2016.
- BORN, G.A.: *International arbitration* Kluwer, 2014.
- BROWER, CH. N.: “W(h)ither international commercial arbitration?”, (Goff Lecture 2007), 2008 *Arb. Int'l* 181.
- CAMPUZANO DÍAZ, B.: *Los acuerdos de elección de foro. Un análisis comparado de su regulación en el Convenio de La Haya de 2005 y en el Reglamento 1215/2012*, Comares, 2018.
- CARLEVARIS, A.: “Limits to Party Autonomy and Institutional Rules”, en F. Ferrari (ed.), *Limits to Party Autonomy in International Commercial Arbitration*, Juris, NYU, 2016, 8.
- CHIEF JUSTICE M. HWANG: “Commercial Courts and International Arbitration – Competitors or Partners”, 2015 *Arb. Int'l* 205.
- CHIEF JUSTICE MARILYN WARREN: “An Australian international commercial court”, (2016) 90 (7) *Australian L. J.* 453.
- CHIEF JUSTICE SUNDARESH MENON: “International Commercial Courts: Towards a Transnational System of Dispute Resolution”, Dubai International Financial

²²⁷ El 12 junio 2018 se reconocía la primera decisión de un EM (el Reino Unido) al amparo del Convenio en Singapur: *Ermgassen & Co Ltd v Sixcap Financials Pte Ltd* [2018] SGHCR 8.

- Centre Courts Lecture Series 2015 (Discurso de apertura), Dubai, 19 enero 2015, en <https://www.supremecourt.gov.sg/docs/default-source/default-document-library/media-room/opening-lecture---dific-lecture-series-2015.pdf>.
- DE MIGUEL ASENSIO P.: "The Rome I and Rome II Regulations in International Commercial Arbitration", en F. Ferrari (ed.), *The Impact of EU Law on International Commercial Arbitration*, Nueva York, Juris, 2017, 177.
- DEMETER D.R., M SMITH K.: "The Implications of International Commercial Courts on Arbitration" (2016) 33 *J. Int'l Arb.* 441.
- DORONINA, N.G., SEMILYUTINA, N.G.: "Interpretation and Application of the New York Convention in the Russian Federation", en G.A. Bermann, *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, Springer, 2017, 795.
- EINHORN, T.: "Interpretation and Application of the New York Convention in Israel", en G.A. Bermann, *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, Springer, 2017, 523.
- EL AHADAB, A.H.: "La nouvelle loi jordanienne sur l'arbitrage", 2002 *Rev. arb.* 301.
- ERIE M. S.: "The China International Commercial Court: Prospects for Dispute Resolution for the Belt and Road Initiative", <https://www.asil.org/insights/volume/22/issue/11/china-international-commercial-court-prospects-dispute-resolution-belt>, 31 agosto 2018.
- EVAS, T.: "Expedited settlement of commercial disputes in the European Union. European Added Value Assessment", PE 627.120 – Diciembre 2018.
- GERBAY, R.: "Is the End Nigh Again? An Empirical Assessment of the "Judicialization" of International Arbitration", 2014 *American Rev. Int'l Arb.* 223.
- GHIKAS, W.: "A Principled Approach to Adjourning the Decision to Enforce under the Model Law and the New York Convention", 2006 *Arb. Int'l* 53.
- GODWIN, A., RAMSAY, I., WEBSTER, M.: "International Commercial Courts: The Singapore Experience", (2017) 18 *Melbourne J. Int'l L.* 1.
- GREENWOOD, L.: "The Rise, Fall and Rise of International Arbitration: A View from 2030", 2011 *Arbitration* 435.
- Guide sur la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, Secrétariat de la CNUDCI, París, Pedone, 2017.
- HARB, P., JEVENTHAL, A.G.: "The New Saudi Arabian Law: Modernization to the Tune of the Shari'a", 30 *J. Int'l Arb.* 127.
- HEINZE, C.: "Antitrust Damages Claims and Arbitration Agreements", en F. Ferrari (ed.), *The Impact of EU Law on International Commercial Arbitration*, Juris, NY, 2017, 383-420.
- HESS, B.: "Chambers for International Commercial Disputes in Germany – The State of Affairs", conferencia pronunciada en Rotterdam, 10 julio 2018, pendiente de publicación en *Erasmus L. Rev.*.
- HESS, B.: "The Justice Initiative Frankfurt am Main 2017", entrada en el blog *Conflict of Laws*, 31 marzo 2017
- HIGGINBOTHAM, P.E.: "Judge Robert A. Ainsworth, Jr., Memorial Lecture, Loyola University School of Law: So Why Do We Call Them Trial Courts?", 55 *Smu. L. Rev.* 1405.

- JOURDAN–MARQUES, J.: *Le contrôle étatique des sentences arbitrales internationales*, LGDJ, 2017.
- JUSTICE ANSELMO REYES: ‘Recognition and Enforcement of Interlocutory and Final Judgments of the Singapore International Commercial Court’ (2015) 2 *J. Int’l Comp. L.* 337.
- KARAMANIAN, S.L.: “Courts and arbitration: reconciling the public with the private”, 9 *Arb. L. Rev.* 65
- KRÖLL, S.: “Party Autonomy in relation to Competence–Competence”, en F. Ferrari (ed.), *Limits to Party Autonomy in International Commercial Arbitration*, Juris, NYU, 2016, 165.
- KUMAR, A., UPADHYAY, R., JEGADEESH, A., CHHEDA, Y.: “Interpretation and Application of the New York Convention in India”, en G.A. Bermann, *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, Springer, 2017, 445.
- LEE, J.: “The evolving role of institutional arbitration in preserving parties’ due process rights”, 10 (2) *Contemp. Asia Arb. J.* 234.
- LEIN, E., MCCORQUODALE, R., MCNAMARA, L., KUPELYANTS, H., DEL RIO, J.: *Factors Influencing International Litigants’ Decisions to Bring Commercial Claims to the London Based Courts*, Ministry of Justice Analytical Series–BIICL, Londres, 2015.
- LORD CHIEF JUSTICE JOHN THOMAS: “Commercial Justice in the Global Village: the Role of Commercial Courts”, DIFC Academy of Law, Dubai, 1 febrero 2016.
- LORD THOMAS OF CWMGIEDD: “Developing Commercial Law through the Courts: Rebalancing the Relationship between the Courts and Arbitration,” Bailii Lecture, 9 marzo 2016, en: <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2016/03/lcj-speech-bailii-lecture-20160309.pdf>.
- MENON, S.: “International Arbitration: The Coming of a New Age for Asia (and Elsewhere)”, discurso pronunciado en el Congreso de la ICCA 2012, 11 junio 2012.
- MOURRE, S.: “La Soft law como condición para el desarrollo de la confianza en el arbitraje internacional”, X Conferencia Internacional Hugo Grocio de arbitraje, Fundación Universitaria San Pablo CEU, 2018.
- NEGM, M.H., BUSTANJI, H.: “Particularity of Arbitration in International Intellectual Property Disputes: Fitting Square Peg into Round Hole”, 2018 *Asian Int’l Arb. J.* 88.
- ONTANU, A.: *Cross–Border Debt Recovery in the EU. A Comparative and Empirical Study on the Use of the European Uniform Procedures (Ius Commune Europaeum, 159)*, Intersentia, 2017
- PEEPLES, R., NYHEIM, H.: “Beyond the Border. An International Perspective on Business Courts”, *Business Law Today*, vol. 17, 4 marzo 2008
- PFEIFFER, T.: “Ein europäischer Handelsgerichtshof und die Entwicklung des europäischen Privatrechts“, *ZEuP* 2016, 795
- PORTLAND COMMERCIAL COURTS REPORT 2018, en: <https://portland-communications.com/publications/commercial-courts-report-2018-portland/>.
- RADICATI DI BROZZOLO, L.: “EU Merger Control Commitments and Arbitration: Reti Televisive Italiane v. Sky Italia”, 2013 *Arb. Int’l* 223.

- RAGNO, F.: “Inarbitrability: A Ghost Hovering over Europe?”, en F. Ferrari (ed.), *Limits to Party Autonomy in International Commercial Arbitration*, Juris, NYU, 2016, 127.
- RAMESH, K.: “International Commercial Courts: Unicorns on a Journey of a Thousand Miles”, conferencia, Doha, 13 mayo 2018.
- REPORTLINKER: Informe Legal Services Global Market Opportunities and Strategies to 2021, julio de 2018.
- REQUEJO ISIDRO, M.: “Claims for Damages and Arbitration: The Directive 2014/104/EU”, en F. Ferrari (ed.), *The Impact of EU Law on International Commercial Arbitration*, Juris, NY, 2017, 421.
- REQUEJO ISIDRO, M.: “Cooperation, Communication, Coordination”, en The Implementation of the New Insolvency Regulation, Hess/Oberhammer/Bariatti/Koller/Laukemann/Requejo Isidro/Villata (eds.), *Nomos–Hart*, 2017, 139.
- REQUEJO ISIDRO, M.: “The application of European Private International Law and the ascertainment of foreign law”, en E.M. Kieninger, J. von Hein, G. Rühl, *How European is European Private International Law?*, Internsentia 2019 (pendiente de publicación).
- RÜHL, G.: “Building Competence in Commercial Law in the Member States”, Study, PE 604.980– September 2018.
- SAITO, A.: “International Commercial Arbitration and International Commercial Courts: Towards a Competitive and Cooperative Relationship”, en Harmonising Trade Law to Enable Private Sector Regional Development, Victoria University (Nueva Zelanda), Special Issue, 2016, 33.
- SCHERER, M., SILBERMANN, L.: “Limits to party autonomy in international commercial arbitration”, en F. Ferrari (ed.), *Limits to Party Autonomy in International Commercial Arbitration*, Juris, NYU, 441.
- SCHMITZ, A–J.: “Secrecy and Transparency in Dispute Resolution: Untangling the Privacy Paradox in Arbitration”, 54 *Kan. L. Rev.* 1211.
- SELVA KORKMAZCAN İŞIK, R.: *The monitoring and enforcement of commitments by way of arbitration in EU competition law*, Schulthess Verlag, 2015.
- SILLS, S.: “Party Autonomy, the “Right” to Appoint, and the Rise of Strategic Challenges”, en F. Ferrari (ed.), *Limits to Party Autonomy in International Commercial Arbitration*, Juris, NYU, 2016, 37.
- SMITH, G.: “Comparative Analysis of Joinder and Consolidation Provisions Under Leading Arbitral Rules”, 35(2) *J. Int’ Arb.* 173.
- SOLOMON, D.: “International Commercial Arbitration: The New York Convention”, en S. Balthasar, *International Commercial Arbitration– A Handbook*, Hart–Nomos, 2015, 45.
- SOLOMON, D.: “Interpretation and Application of the New York Convention in Germany”, en G.A. Bermann, *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, Springer, 2017, 329.
- SUN W.: “International Commercial Court China: Innovations, Misunderstandings and Clarifications”, Kluwer Arbitration Blog, 4 julio 2018, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/07/04/international-commercialcourt-china-innovations-misunderstandings-clarifications/>.

- SWEET, A.S., GRISEL, F.: *The Evolution of International Arbitration. Judicialization, Governance, Legitimacy*, OUP, 2017.
- TEE, H.H., YEO, J. y SEOW, C.: “The Singapore International Commercial Court in Action”, (2016) 28 *Singapore Academy of L. J.* 692.
- TIBA, F.: “The Emergence of Hybrid International Commercial Courts and the Future of Cross Border Commercial Dispute Resolution in Asia”, (2016) 14 *Loy. U. Chi. Int’l L. Rev.* 31.
- TRAIN, F.X.: “Interprétation et Application de la Convention de New York en France”, en G.A. Bermann, *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, Springer, 2017, 281.
- VOGENAUER, S.: “Regulatory Competition through Choice of Contract Law and Choice of Forum in Europe: Theory and Evidence”, 21 *European Rev. Priv. L.* 13.
- WARWAS, B.: *The Liability of Arbitral Institutions: Legitimacy Challenges and Functional Responses*, Springer, 2017.
- WILSKE, S.: “International Commercial Courts and Arbitration — Alternatives, Substitutes or Trojan Horse?”, 11(2) *Contemp. Asia Arb. J.* 153.