

Recibido: 17 octubre 2017
Aceptado: 20 noviembre 2017

Arbitraje, vol. X, nº 2, 2017, pp. 335–386

***Límites a la autonomía de las partes en
arbitraje internacional ****

Franco FERRARI **

y

Friedrich ROSENFELD ***

Sumario: I. Introducción. II. Límites a la autonomía de las partes en interés de las propias partes. 1. Mecanismos de control ex ante. 2. Mecanismos de control ex post: A) Renuncia a la revisión en la etapa posterior al laudo; B) Expansión del ámbito de revisión en la fase posterior al laudo. III. Limitaciones a la autonomía de las partes en interés del orden público. 1. La noción de arbitraje. 2. Arbitrabilidad. 3. Políticas de orden público. IV. Límites a la autonomía de las partes en interés de los árbitros. 1. Control limitado sobre la delegación de las competencias adjudicatorias. 2. Control limitado sobre el ejercicio del poder adjudicatorio. V. Límite a la autonomía de las partes en interés de las instituciones arbitrales. VI. Conclusión.

Resumen: Límites a la autonomía de las partes en arbitraje internacional

El presente artículo examina los límites a la autonomía de las partes en el ámbito del arbitraje comercial internacional. En concreto, el artículo desafía la premisa liberal según la cual el arbitraje constituye tan solo un proceso diádico entre dos partes racionales basadas en la expresión de la autonomía de las partes. Los autores sostienen que el arbitraje genera una red de relaciones entre las partes, los árbitros, las instituciones arbitrales y el público en general. En algunos casos, los intereses de los distintos actores

* Los autores agradecen a Ana María Amador Gil, candidata al LLM de NYU School of Law, la edición del presente artículo en español.

** Director, Center for Transnational Litigation, Arbitration and Commercial Law, NYU.

*** Socio de Hanefeld Rechtsanwälte (Hamburgo).

se solapan, mientras que en otros divergen, llegando a crear tensiones que en ocasiones solo pueden resolverse limitando la autonomía de las partes. En este contexto, los autores desarrollan la taxonomía de las limitaciones distinguiendo según su finalidad de proteger los intereses de las partes, de los árbitros, de las instituciones arbitrales o bien del público en general. En opinión de los autores, una comprensión adecuada de estas limitaciones es fundamental si se pretende proteger al arbitraje de los desafíos que enfrenta su legitimidad y apoyar su papel como instrumento primario de resolución de disputas comerciales.

Palabras clave: ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL – AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES – TAXONOMÍA DE LAS LIMITACIONES.

Abstract: Limits to the Autonomy of the Parties in international arbitration

The present paper examines the limitations to party autonomy in international commercial arbitration. As such, it challenges the liberalist premise that arbitration is purely a dyadic process between two rational parties based on an expression of party autonomy. The authors submit that arbitration creates a web of relationships involving the parties, the arbitrators, arbitral institutions, and the public at large. While the interests of these different stakeholders overlap in some cases, they diverge in others, thus creating tensions that at times can only be solved by limiting party autonomy. Against this background, the authors develop a taxonomy of limitations by distinguishing between limitations to party autonomy in the interest of the parties, the arbitrators, arbitral institutions as well as the public at large. It is the authors' position that a clear understanding of these limitations is necessary to protect arbitration against legitimacy challenges and to uphold its role as the primary instrument for the resolution of business disputes.

Keywords: INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION – PARTY AUTONOMY – TAXONOMY OF LIMITATIONS.

I. Introducción

A menudo, se designa al arbitraje como una “criatura contractual”¹, entendiéndose por tal “una expresión de la autonomía de las partes”.² La autonomía de las partes se considera, en este sentido, “la columna vertebral”³ o incluso “la piedra angular” del arbitraje internacional⁴ Este planteamiento liberal parte de la premisa de que

¹ *Hall Street Associates, L.L.C. v. Mattel, Inc.*, 128 S.Ct. 1396, 1399 (2008); *United Steelworkers of America v. American Manufacturing Co.*, 80 S.Ct. 1363, 1364 (1960).

² G.B. Born, “Arbitration and the Freedom to Associate”, *Ga. J. Int'l & Comp. L.*, 38, 2009, pp. 7 ss, esp. p. 15; M.D. Ginsberg, “The Execution on an Arbitration Provision as a Condition Precedent to Medical Treatment: Legally Enforceable? Medically Ethical?”, *Mitchell Hamline L. Rev.*, 42, 2016. pp. 273 ss, esp. p. 278.

³ S. Kröll, “Arbitration”, en J. Smits (ed.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, 2ª ed., Elgar, 2012, pp. 88 ss, esp. p. 93.

⁴ *Vid., v.gr.*, E. Brunet, “The Values of Arbitration”, en E. Brunet *et al.* (eds.), *International Arbitration Law in America. A Critical Assessment*, Kluwer, 2006, pp. 3 ss, esp. p.

el arbitraje es, de acuerdo con la doctrina, un proceso diádico entre partes racionales⁵ fundamentado en la delegación de la autoridad adjudicatoria en un tribunal arbitral por medio del ejercicio de la autonomía de las partes⁶. Esta autonomía de las partes no solamente es la fuente de toda autoridad adjudicatoria de un tribunal arbitral⁷, sino que además permite a las partes decidir cómo debe ejercerse dicha autoridad adjudicatoria⁸. En otras palabras, la autonomía de las partes permite que las mismas puedan dar forma al arbitraje de la manera que mejor se ajuste a los hechos y circunstancias concretas del caso⁹. Y es esta autonomía “y la promesa de que las partes en el arbitraje internacional son libres para controlar su proceso”¹⁰ la que ha contribuido a la difusión del arbitraje internacional. Todo apunta a que sin

3; P. Shaughnessy, “The Swedish Approach Towards Arbitration”, en L. Heuman/S. Jarvin (eds.), *The Swedish Arbitration Act of 1999. Five Years On*, 2006), pp. 293 ss, esp. p. 294; O. Spiermann, “Applicable Law”, en P. Muchlinksi *et al.* (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford, 2008, pp. 89 ss, esp. p. 99. El principio fundamental según el cual el arbitraje se sustenta sobre la autonomía de las partes ha sido cuestionado por algunos autores que lo consideran un principio más retórico que real; *vid., v. gr.*, L.A. Cunningham, “Rhetoric versus Reality in Arbitration Jurisprudence: How the Supreme Court Flaunts and Flunks Contracts”, *L. & Contemp. Probl.*, 75, 2012, pp. 120 ss.

⁵ Para una referencia temprana a esta característica *vid., v. gr.*, J. Lorimer, “The ‘Three Rules of Washington’ viewed in their Relation to International Arbitration”, *J. Jurispr.*, 18, 1874, pp. 621 ss esp. p. 631 (donde se afirma que “consiguientemente, el arbitraje solo es posible entre dos partes, siendo ambas racionales, y, como tales, con voluntad para otorgar su consentimiento. Una persona totalmente irracional o inconsciente podrá llegar a comparecer ante un tribunal de justicia, y también podrá ser parte de un pleito, pero no podrá ser parte de un procedimiento arbitral”). (La traducción es nuestra).

⁶ *Vid.* W.W. Park, “Determining an Arbitrator’s Jurisdiction: Timing and Finality in American Law”, *Nevada L.J.*, 8, 2008, pp. 135 ss, esp. p. 135.

⁷ *Vid., v. gr.*, A.M. Steingruber, *Consent in Arbitration* (OUP, 2012) 1.05; *vid.* también E. Shackelford, “Party Autonomy and Regional Harmonization of Rules in International Commercial Arbitration”, *U. Pitt. L. Rev.*, 67, 2006, pp. 897 ss, esp. p. 901 (señalando que “[e]l principio fundamental de que la autonomía de las partes fundamenta el arbitraje es reconocido por la práctica totalidad de las leyes de arbitraje, normas y convenciones”). (La traducción es nuestra).

⁸ *Vid., v. gr.*, R. Frankel, “Concepcion and Mis–Concepcion: Why Unconscionability Survives ther Supreme Court’s Arbitration Jurisprudence”, *J. Disp. Resol.*, 2014, pp. 225 s, esp. p. (228, que afirma “[l]a esencia del arbitraje, si hay una, es que las partes pueden negociar la adopción de los propios términos para la resolución de una disputa de manera libre y justa”). (La traducción es nuestra). *Vid.* también E. Brunet, “The Values of Arbitration”, en E. Brunet *et al.* (eds.), *International Arbitration Law in America. A Critical Assessment* (Kluwer, 2006), p. 3, que mantiene “[l]as partes son las dueñas de la disputa”. (La traducción es nuestra).

⁹ *Vid.* V. Vadi, *Analogies in International Investment Law and Arbitration* (CUP, 2016), p. 183.

¹⁰ M.L. Livingstone, “Party Autonomy in International Commercial Arbitration: Popular Fallacy or Proven Fact?”, *J. Int’l Arb.* 25, 2008, pp. 529 ss, esp. p. 529.

la autonomía de las partes, el arbitraje no sería lo que hoy conocemos, ya que perdería su principal atractivo¹¹.

No obstante, un análisis más detallado de este principio nos lleva a matizar lo anteriormente expuesto. Ni las partes actoras involucradas potencialmente en el procedimiento de arbitraje son necesariamente agentes racionales¹², ni las partes constituyen los únicos actores en el procedimiento. El arbitraje genera toda una red de relaciones entre las partes, los árbitros, las instituciones arbitrales y el público en general. En ocasiones, los intereses de los distintos actores¹³ se solapan, mientras que en otras divergen, dando lugar a distintas tensiones a que a veces solo es posible resolver mediante una limitación a la autonomía de las partes.

El presente artículo desarrolla la taxonomía de las limitaciones a la autonomía de las partes, reflejando los distintos intereses de los actores involucrados en el arbitraje. A nuestro juicio, cabe sostener que existen limitaciones a la autonomía de las partes en interés de las mismas partes (II), del público en general (III), de los árbitros (IV) y de las instituciones arbitrales (V). Ello no quiere decir que no puedan establecerse limitaciones en interés de más de uno de los actores involucrados. El que los autores reconozcan estas limitaciones no significa que se deba restar importancia al papel y al mérito de la autonomía de las partes o que los autores pretendan distanciarse de la tradición liberal. Por el contrario, los autores consideran que una comprensión adecuada de las limitaciones de la autonomía de las partes es necesaria para proteger la legitimidad del arbitraje, y para confirmar su papel como instrumento primario de resolución de disputas comerciales. En fin, el reconocimiento de las limitaciones a la autonomía de las partes garantiza la supervivencia del arbitraje como un sistema viable para la resolución de disputas (VI).

¹¹ Vid. también J.D.M. Lew *et al.*, *Comparative International Commercial Arbitration* (Kluwer, 2003) V (afirmando que “la autonomía de las partes es una razón de peso por la que el arbitraje ha alcanzado reconocimiento a nivel mundial”). (La traducción es nuestra).

¹² F. Rosenfeld, “Limits to Party Autonomy to Protect Weaker Parties in International Arbitration”, en F. Ferrari (ed.), *Limits to Party Autonomy in International Commercial Arbitration*, Juris, 2016, pp. 419 ss.

¹³ Para una lista de los distintos actores involucrados en el arbitraje, *vid. v.gr.*, C.S. Gibson, “Arbitration, Civilization and Public Policy: Seeking Counterpoise Between Arbitral Public Policy and the Public Policy Defense of Foreign Mandatory Public Law”, *Penn St. L. Rev.*, 113, 2009, pp. 1227 ss, esp. p. 1265 (según el cual, los actores son “las partes en un arbitraje específico, los miembros de la comunidad del arbitraje en general, y [...] el Estado”). (La traducción es nuestra).

II. Límites a la autonomía de las partes en interés de las propias partes

Aunque pudiera parecer contradictorio, las partes de un acuerdo de arbitraje pueden llegar a beneficiarse de los límites impuestos a su autonomía. Si bien esto podría entenderse como una desviación fundamental de la noción liberal de la autonomía de las partes, existe una razón muy simple para que sea así: Las partes no siempre ostentan el nivel de racionalidad, previsión, voluntariedad, información y capacidad requerida por la ley para fundamentar las decisiones que aparentemente adoptan en defensa de sus propios intereses¹⁴. Algunas partes, por tanto, requieren de cierta protección. Los sistemas legales ofrecen este abrigo bajo los mecanismos de protección *ex ante* y *ex post*.

1. Mecanismos de control *ex ante*

Los mecanismos de control *ex ante* se mantienen en funcionamiento hasta el momento en el que el tribunal arbitral decide sobre la jurisdicción. En esta fase previa a la adopción del laudo, se puede solicitar a los órganos judiciales que decidan sobre la validez de un acuerdo arbitral con el fin de determinar si deben conocer el litigio o referir las partes a arbitraje¹⁵.

En esta línea de casos, el art. II de la Convención de Nueva York de 1958 (CNY) impone a los órganos judiciales la obligación de reconocer “el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se oblig[a]n a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje”¹⁶. Aunque el reconocimiento de

¹⁴ J. Raz, *The Morality of Freedom* (OUP, 2003), pp. 372 ss. (Si una persona dirige su propia vida entonces debe contar con las habilidades mentales suficientes para formar intenciones lo suficientemente complejas y planificar su ejecución. Estas incluyen un mínimo de racionalidad, la habilidad de comprender los medios necesarios para ejecutar los objetivos, las facultades mentales necesarias para planear las acciones, etc. Para que una persona pueda disfrutar de una vida autónoma debe emplear estas facultades para elegir la vida que quiere tener. En otras palabras, deben existir opciones a su disposición adecuadas para poder elegir entre ellas. Finalmente, su decisión debe ser libre de coacción y de manipulación por parte de terceros, por lo que debe ser independiente. Se trata de tres condiciones cumulativas: habilidades mentales, variedad de opciones y un nivel suficiente de independencia.) (La traducción es nuestra).

¹⁵ S. Kröll, “Party Autonomy in relation to Competence–Competence”, en F. Ferrari (ed.), *Limits to Party... op. cit.*, pp. 165 ss, esp. pp. 167 ss.

¹⁶ Art. II.1º CNY.

los acuerdos arbitrales se articula como una obligación positiva, el reverso del art. II CNY revela límites de la autonomía de las partes:

En primer lugar, las partes no pueden estar sujetas a ninguna “incapacidad” para concluir un acuerdo arbitral¹⁷. En otras palabras, las partes deben tener la capacidad jurídica suficiente para concluir acuerdos arbitrales, un requisito que refleja una condición de derecho contractual general. En este sentido, se considera, por ejemplo, que los menores y las personas incapacitadas mentalmente no están en disposición de formar un juicio libre y de gobernarse a sí mismas. Por tanto, no será válido un acuerdo arbitral concluido con su participación ni podrá ser reconocido por los órganos judiciales¹⁸. Y no hay nada que las partes puedan hacer a este respecto, ni siquiera por medio del ejercicio de su autonomía en forma de elección del derecho aplicable, “porque la capacidad legal de las partes no está sometida al derecho elegido por las partes en el contrato, sino a la ley aplicable a cada una de las partes”¹⁹.

En segundo lugar, el art. II CNY requiere que las partes consientan al arbitraje. Lo anterior exige la existencia de un acuerdo que, tal y como sucede con otros tipos de acuerdos, esté sujeto a determinadas normas destinadas a proteger a las partes de su vinculación a un acuerdo que no sea fruto de la voluntariedad²⁰ debido a vicios del consentimiento tales como la coacción, el fraude, el error o la “un-

¹⁷ De acuerdo con el art. V.1^o.a) CNY, se puede denegar el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral, cuando las partes estén “sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que les sea aplicable”. El art. II CNY debe interpretarse de manera consistente con esta disposición; *vid.* G. Born, *International Commercial Arbitration* (Kluwer, 2^a ed., 2014), p. 724; *vid.* también el art. VI. 2^o Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional.

¹⁸ *Vid.* G. Born, *International Commercial...*, *op. cit.*, p. 727.

¹⁹ G. Cordero–Moss, “Limits to Party Autonomy in International Commercial Arbitration”, *Oslo L. Rev.*, 2015, 1, pp.47 ss, esp. p. 51; *vid.* también F. Ferrari y L. Silberman, “Getting to the law applicable to the merits in international arbitration and the consequences of getting it wrong”, en F. Ferrari/S. Kröll (eds.), *Conflict of Laws in International Commercial Arbitration* (Sellier European Law Publishers, 2011), pp. 257 ss, esp. p. 264, n. 34; para un análisis más detallado *vid.* G. Cordero–Moss, “Legal capacity, arbitration and private international law”, en K. Boele–Woelki *et al.* (eds.) *Convergence and Divergence in Private International Law – Liber Amicorum Kurt Siehr* (Eleven International Publishing, 2010), p. 619.

²⁰ A. Wertheimer, *Coercion* (Princeton University Press, 1987), p. 4 (“Nuestras respuestas morales y legales a comportamientos individuales se basan habitualmente en [...] el principio de voluntariedad. La opinión general es que las promesas son vinculantes si, y solo si, las acciones con las que se relaciona son voluntarias”). *Vid.* también R.E. Scott y W.J. Stuntz, “Plea Bargaining as Contract”, *Yale L.J.*, 101, 1992, p. 1909 (“[E]l ejercicio de la elección voluntaria es la justificación normativa central para la ejecución contractual”). (La traducción es nuestra).

conscionability". Sobre este punto, el acuerdo arbitral no difiere de ningún otro tipo de acuerdo²¹. No obstante, la manera de identificar el Derecho aplicable a las cuestiones de consentimiento y, por tanto, de validez del acuerdo arbitral sí que puede variar, lo que puede generar dificultades aunque menores durante la fase posterior al laudo, es decir, en el marco de los procedimientos de reconocimiento y ejecución a los que resulta de aplicación la CNY, dado que su art. V.1º.a) conduce inequívocamente a los órganos judiciales a aplicar la ley elegida por las partes, o en ausencia de dicha elección, la ley de la sede del arbitraje. La determinación de la ley aplicable durante la fase anterior al laudo resulta más problemática²² y dependerá, entre otras cuestiones, del órgano encargado de adoptar dicha decisión.

No se trata de una cuestión meramente académica, ya que si bien las distintas reglas protegen a las partes frente a la involuntariedad, lo hacen en diferente medida. A título ilustrativo, la doctrina relativa a la *unconscionability* en Derecho americano, cuyo rol parece ir creciendo como herramienta apropiada²³ para controlar los acuerdos arbitrales (principalmente domésticos)²⁴, y los términos de análisis de la normativa alemana difieren el uno del otro. Ambos pueden tener distintos efectos respecto de la validez de un acuerdo arbitral²⁵ y, por tanto,

²¹ *Vid.* S.J. Ware, "Employment Arbitration and Consent", *Hofstra L.J.*, 25, 1996, pp. 83 ss, esp. p. 112, afirmando que "la cuestión sobre la determinación del consentimiento en derecho arbitral supone una mera derivación del mismo problema bajo derecho contractual" (la traducción es nuestra); para una afirmación similar *vid.* S.J. Ware, "Arbitration and Unconscionability after Doctor's Associates", *Wake Forest L. Rev.*, 31, 1996, pp. 1001 ss, esp. p. 1006; para un análisis más crítico de si el Derecho contractual general resulta de aplicación a los acuerdos arbitrales a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los EE UU *vid.* L.A. Cunningham, "Rhetoric versus Reality in Arbitration Jurisprudence: How the Supreme Court Flaunts and Flunks Contracts", *L. & Contemp. Probl.*, 75, 2012, p. 120.

²² *Vid.*, para una regla clara en ese sentido, el art. 178.2º de la Ley Federal Suiza sobre Derecho Privado Internacional ("En relación a su sustancia, el acuerdo arbitral es válido si resulta conforme a la ley elegida por las partes, o la ley que gobierne el objeto de la disputa, en particular la ley que rija el contrato en cuestión, o si se ajusta a la normativa suiza"). (La traducción es nuestra).

²³ T.J. Stipanowich, "The Third Arbitration Trilogy: Stolt-Nielsen, Rent-A-Center, Concepcion and the Future of American Arbitration", *Am. Rev. Int'l Arb.*, 22, 2011, pp. 323 ss, esp. p. 352 nota 174 (señalando que "[s]e estima que en torno al 40% de la defensa basada en la *unconscionability* del acuerdo arbitral ha tenido éxito en los últimos años"); *vid.* también K. Halverson Cross, "Letting the Arbitrator Decide Unconscionability Challenges", *Ohio St. J. Disp. Resol.*, 26, 2011, pp. 1 ss, esp. p. 10, nota 30).

²⁴ *Vid.*, *v.gr.*, S. Randall, "Judicial Attitudes Towards Arbitration and the Resurgence of Unconscionability", *Buffalo L. Rev.*, 52, 2004, p. 185.

²⁵ *Vid.*, *v.gr.*, T. Niedermaier, "Arbitration Agreements between Parties of Unequal Bargaining Power – Balancing Exercises on Either Side of the Atlantic", *ZDAR*, 2014, nº 1, pp. 12 ss, esp. pp. 16 ss.

respecto de la autonomía de las partes. Por citar algún ejemplo²⁶ en EE UU, aunque más recientemente el Tribunal Supremo de los EE UU²⁷ se ha –tal y como ha reconocido algún autor– “beneficiado ampliamente del concepto dúctil y expansible del Derecho arbitral federal para limitar drásticamente el uso de la *unconscionability* por parte de los tribunales inferiores como la herramienta más efectiva para controlar la extralimitación de los acuerdos arbitrales”²⁸; se considera que la *unconscionability* es una razón para rechazar el reconocimiento de cláusulas arbitrales unilaterales²⁹, cláusulas arbitrales que imponen cuotas excesivas o de traslado de los costes³⁰, y cláusulas arbitrales que limiten los daños o cualquier otro elemento de reparación³¹.

²⁶ Para más ejemplos *vid.* J.W. Stempel, “Arbitration, Unconscionability and Equilibrium: The Return of Unconscionability Analysis as a Counterweight to Arbitration Formalism”, *Ohio St. J. Disp. Res.*, vol. 19, n. 2004, pp. 803 ss.

²⁷ *Vid. Directv, Inc. v. Imburgia*, 136 S. Ct. 463 (2015); *AT&T Mobility LLC v. Concepcion*, 563 U.S. 333, 131 S.Ct. 1740 (2011); *Stolt-Nielsen S.A. v. AnimalFeeds Int'l Corp.*, 559 U.S. 662, 683, 130 S. Ct. 1758, 1774 (2010).

²⁸ T. Stipanowich, “Revelation and Reaction: The Struggle to Shape American Arbitration”, en A. Rovine (ed.), *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation*, Nijhoff, 2011, pp. 97 ss, esp. p. 139.

²⁹ *Vid. Tillman v. Commercial Credit Loans, Inc.*, 655 S.E.2d 362, 372–73 (N.C. 2008) (considerando *unconscionable* una cláusula que requiere a un prestatario someter a arbitraje cualquier demanda contra el prestamista, mientras que permite al prestamista evitar el arbitraje de las demandas); *Nagrampa v. Mailcoups, Inc.*, 469 F.3d 1257, 1285–86 (9th Cir. 2006) (considerando *unconscionable* cualquier cláusula que requiera a un trabajador someter sus demandas a arbitraje cuando permita su vez al empleador someter sus quejas ante un tribunal judicial); pero *vid. Hannon v. Original Gunite Aquatech Pools, Inc.*, 434 N.E.2d 611, 618 (Mass. 1982) (señalando que la inclusión de una cláusula en un contrato que permita a una parte, pero no a la otra, solicitar el arbitraje no es de por sí *unconscionable*). Para otros artículos sobre el tema, *vid.* L.A. Niddam, “Unilateral Arbitration Clauses in Commercial Arbitration”, *Arb. Disp. Resol. L.J.*, 1996, p. 147; H. Smit, “The Unilateral Arbitration Clause – A Comparative Analysis”, *Am. Rev. Int'l Arb.*, vol. 20, 2009, p. 391; B. van Zelst, “Unilateral Option Arbitration Clauses in the EU: A Comparative Assessment of the Operation of Unilateral Option Arbitration Clauses in the European Context”, *J. Int'l Arb.*, 33, 2016, p.365.

³⁰ *Alexander v. Anthony Int'l, L.P.*, 341 F.3d 256, 263 (3^d Cir. 2003) (señalando que una cláusula arbitral que imponga a la parte perdedora los costes del procedimiento es sustancialmente inadmisibles); *Bradford v. Rockwell Semiconductor Sys., Inc.*, 238 F.3d 549, 559 (4th Cir. 2001) (afirmando que la imposición de los costes de arbitraje a la parte adherente hace que la cláusula sea inválida); *Shankle v. B-G Maint. Mgmt. of Colorado, Inc.*, 163 F.3d 1230, 1234–35 (10th Cir. 1999) (afirmando que el traslado de las tasas del arbitraje y los costes del procedimiento a la parte perdedora hacen que el acuerdo sea inválido).

³¹ *Vid. Larry's United Super, Inc. v. Werries*, 253 F.3d 1083 (8th Cir. 2001) (señalando que la exclusión de los daños punitivos es inoperante); *Stirlen v. Supercuts, Inc.*, 60 Cal. Rptr. 2d 138, 150–52 (Cal. Ct. App. 1997) (afirmando que una cláusula arbitral que limite al trabajador tan solo a los “perjuicios derivados del incumplimiento del contrato” es abusiva en el caso de despido improcedente); en sentido contrario *vid. Farrell v. Convergent Communications, Inc.*, No. C98–2613 MJJ, 1998 U.S. Dist. LEXIS 17314, at *14 (N.D.

La conclusión que puede extraerse es que la ley aplicable a la validez del acuerdo arbitral determina el ámbito de las limitaciones a la autonomía de las partes basadas en el consentimiento. Mientras más liberal sea la ley aplicable al contrato, menos limitaciones existirán a la hora de evaluar el consentimiento al arbitraje. Mediante una elección (válida) del Derecho, las partes pueden influenciar en cierta medida sobre qué limitaciones aplican a la autonomía de las partes. Sin embargo, dado que todo el régimen contractual combate la involuntariedad, la autonomía de las partes estará siempre sujeta a un mínimo grado de control en su propio interés.

En tercer lugar, el acuerdo arbitral debe cumplir con ciertos requisitos de forma³², lo que también afecta a la autonomía de las partes en la medida en que el incumplimiento de dichas condiciones puede llevar a la invalidación del acuerdo. Los requisitos de forma se encuentran en la Convención de Nueva York así como en la legislación doméstica de arbitraje. Sobre este punto, la disposición más importante CNY es el art. II.1^o que requiere que los acuerdos de arbitraje se den por “escrito” (de acuerdo con el art. II.2^o), con el fin de garantizar, entre otros, que el acuerdo arbitral no pase desapercibido³³ dado los

Cal. Oct. 29, 1998) (que afirma que “las limitaciones respecto de la cantidad de daños no conllevan que el acuerdo arbitral sea inválido *per se*, dado que las partes son libres como regla general para vincularse como mejor les parezca”). (La traducción es nuestra).

³² *Vid.* R. Hill, “The Writing Requirement of the New York Convention Revisited: Are there Black Holes in International Arbitration?”, *Int'l Arb. Rep.*, 13, 1998, pp. 17 ss; N. Kaplan, “Is the Need for Writing as Expressed in the New York Convention and the Model Law Out of Step with Commercial Practice?”, *Arb. Int'l*, 12, 1996, pp. 27 ss; T. Landau, “The Requirement of a Written Form for an Arbitration Agreement: When ‘Written’ means ‘Oral’”, en J.A. van den Berg (ed.), *International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions*, 2003, pp. 19 ss; G. Cordero Moss, “Form of Arbitration Agreements – Current Developments with UNCITRAL and the Writing Requirement of the New York Convention”, *ICC Arb. Bull.*, 18, 2007, pp. 51 ss; F.G. Mazzotta, “The Written Form Requirement of an Arbitration Agreement in Light of New Means of Communication”, en C.B. Andersen / U. Schroeter (eds.), *Sharing International Commercial Law Across National Boundaries – Festschrift for Albert H. Kritzer on the Occasion of his Eightieth Birthday*, 2008, pp. 326 ss; J. Wang, “International Judicial Practice and the Written Form Requirement for International Arbitration Agreements”, *Pac. Rim. L & Pol'y J.*, 10, 2001, pp. 375 ss.

³³ *Vid.* J.D.M. Lew *et al.*, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer, 2003, p. 131; para una referencia sobre la función “de alarma” del requisito de forma, *ver* también R. Hausmann, en C. Reithmann/D. Martiny (eds.), *Internationales Vertragsrecht*, 8^a ed., 2016, n^o 8, p. 291; parte de la doctrina considera que esta función es anacrónica, llegando a afirmar que “el enfoque tradicional sobre la función de los requisitos de forma no ha seguido el ritmo de la relajación progresiva de dichos requisitos bajo las normas modernas de arbitraje” (la traducción es nuestra), F.T. Schwarz *et al.*, *The Vienna Rules: A Commentary on International Arbitration in Austria*, Kluwer, 2009, p. 22; para una crítica sobre la función de alarma, *vid.* también R. Wolff, en R. Wolff (ed.), *The New*

efectos asociados a los mismos³⁴. La mayor parte de las leyes domésticas sobre arbitraje contienen menos exigencias de forma, lo que lleva a plantear si la Convención de Nueva York también sustituye estos requisitos³⁵. Para ayudar a resolver esta cuestión la Uncitral recomendó en el año 2006 que el art. VII.1º CNY se aplicase de manera que permitiese a cualquier parte interesada beneficiarse de los derechos más ventajosos que ostenta bajo las leyes o tratados correspondientes al país donde se invoque el acuerdo de arbitraje para obtener el reconocimiento de la validez de ese acuerdo arbitral³⁶. La Uncitral también recomendó interpretar el art. II.2º CNY (refiriéndose al requisito de firma y, alternativamente, a la necesidad de que la cláusula arbitral o acuerdo se contenga en un intercambio de correspondencia o en un telegrama) como no exhaustivos, favoreciendo así la liberalización de las exigencias de forma³⁷ y excluyendo la cualificación del art. II.1º como “una regla de mínimos”³⁸. Sin embargo, hasta que el

York Convention on Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards – Commentary, Beck/Hart/Nomos, 2012, Art. II n.º 81 ss.

³⁴ Vid. también Tribunal Supremo de Suiza, 7 febrero 1984, *Yearb. Comm. Arb.*, t. XI, 1986, p. 532, donde se afirma que “el requisito de forma escrita establecido en el art. II de la Convención tiene como efecto proteger a las partes para que no se vinculen a compromisos excesivamente restrictivos que impliquen la renuncia al derecho de acceso a la justicia y a los órganos judiciales.” (La traducción es nuestra).

³⁵ Para una referencia sobre el estado de las discusiones tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, vid. R. Wolff, en R. Wolff (ed.), *The New York Convention...*, op. cit., art. II, n.º 76.

³⁶ Vid. Recomendación sobre la interpretación del art. II.2º, y art. VII.1º, en la Convención de Nueva York, el 10 junio 1958, adoptada por la Comisión de Naciones Unidas sobre Derecho del Comercio Internacional el 3 julio 2006 en su sesión número Treinta y Nueve.

³⁷ J. Graves, “ICA and the Writing Requirement: Following Modern Trends Towards Liberalization or Are We Stuck in 1958?”, *Belgrade L. Rev.*, 2009, n.º 3, p. 36.

³⁸ G. Born, *International Commercial Arbitration*, 2ª ed., Kluwer, 2014, p. 673; D. Di Pietro, “Validity of Arbitration Clauses Incorporated by Reference”, en E. Gaillard/D. Di Pietro (eds.), *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards*, Cameron May, 2008, pp. 355 ss, esp. pp. 371 ss; D. Di Pietro/M. Platte, *Enforcement of International Arbitration Awards: The New York Convention of 1958*, Cameron May, 2001, p. 81 note 37; S.I. Strong, “What Constitutes An ‘Agreement in Writing’ en International Commercial Arbitration? Conflicts Between the New York Convention and the Federal Arbitration Act”, *Stan. J. Int’l L.*, 48, 2012, pp. 47 ss, esp. p. 76; para jurisprudencia, vid., v.gr., Munich Court of Appeals, 12 octubre 2009, *SchiedsVZ*, 2010, p.50. *Contra vid.* A. van den Berg, “The New York Convention: Its Intended Effects, Its Interpretation, Salient Problem Areas”, en M. Blessing (ed.), *The New York Convention of 1958*, Kluwer, 1996, pp. 25 ss, esp. p. 44 (“La regla de uniformidad tiene como consecuencia que el art. II.2º sea a la vez una norma de máximos y de mínimos. Un tribunal no puede imponer requisitos de forma más estrictos que los establecidos en el acuerdo de arbitraje. A su vez, tampoco puede establecer requisitos que estén por debajo de los mínimos”); vid. también R. Wolff, en R. Wolff (ed.), *The New York Convention...*, op. cit., art. II, n.º 76; *contra* jurisprudencia, vid. Tribunal de Apelación de Schleswig, 30 marzo

proceso de liberalización no haga superfluos todos los requisitos de forma, éstos siguen teniendo un impacto en la autonomía de las partes.

No puede decirse lo mismo de los requisitos de forma más exigentes contenidos en algunas normas arbitrales y que se refieren a las relaciones de grupos de personas que habitualmente sufren algún déficit de información, de debilidad institucional o de sesgo cognitivo³⁹. En varios sistemas legales, los acuerdos arbitrales que involucran consumidores, por ejemplo, están sujetos a requisitos de forma más elevados (y no derogables). Algunas de estas normas exigen la localización del acuerdo arbitral en un lugar más destacado en un acuerdo por separado⁴⁰. La aplicabilidad de estos requisitos más estrictos dependerá de si el art. II CNY es del todo relevante. Si lo es, los requisitos más estrictos no son aplicables, dado que el art. II estatuye una “norma de máximos”⁴¹ conforme la cual se sustituyen los requisitos de forma más exigentes recogidos en el derecho doméstico⁴².

En cuarto lugar, el objeto de la cuestión debe ser susceptible de resolución por medio de arbitraje⁴³. Si bien existen áreas en las que el Estado se reserva un monopolio de justicia con vistas a proteger al

2000, *Yearb. Comm. Arb.*, t. XXXI, 2006, pp. 652 ss, esp. p. 656; Tribunal de Apelación de Basilea, 5 julio 1994, *Yearb. Comm. Arb.*, t. XXI, 1996, pp. 685 ss, esp. p. 688.

³⁹ *Vid.* también G. A. Akerlof, “The Market for ‘Lemons’: Quality Uncertainty and the Market Mechanism”, *Q.J. Econ.*, 84, 1970, pp. 219 ss, esp. p. 224.

⁴⁰ *Vid.* Sección 1031 (5) del Código Civil Alemán de Procedimiento: “Los acuerdos arbitrales que involucran a un consumidor deben reflejarse en un documento o soporte que esté firmado por las partes de su puño y letra. La forma escrita establecida en la primera fase puede sustituirse por la forma electrónica de conformidad con la sección 126a del Código Civil (*Bürgerliches Gesetzbuch*, BGB). El documento o soporte, o el documento electrónico no puede contener otros acuerdos que los que hagan referencia al procedimiento arbitral; lo anterior no resulta de aplicación en el caso de que el acuerdo haya sido formulado ante notario.” (La traducción es nuestra).

⁴¹ R. Wolff, en R. Wolff (ed.), *The New York Convention...*, *op. cit.*, Art. II, n° 76.

⁴² *Vid.* también G. Born, *International Commercial Arbitration*, 2ª ed., Kluwer, 2014, 669, señalando que “El requisito máximo de forma del art. II.2º reemplaza las reglas nacionales de los Estados Contratantes requiriendo que los acuerdos arbitrales satisfagan determinados requisitos de forma. Como ejemplos de estos requisitos de forma pueden citarse los requisitos bajo la normativa alemana de que todo acuerdo arbitral relacionado con transacciones entre consumidores se materialice en un instrumento por separado que esté firmado; los requisitos bajo la normativa americana de que los acuerdos arbitrales se redacten con letra grande o en mayúsculas; el requisito más discutible bajo la normativa griega de que los acuerdos arbitrales se aprueben por separado por los Consejos de Administración, o los requisitos de algunos países de que algunos acuerdos particulares estén escritos a mano, se formulen ante notario, o estén firmados por dos directivos de la empresa. (Se omiten las notas al pie). (La traducción es nuestra).

⁴³ *Vid.*, *v.gr.*, L. Mistelis/S. Brekoulakis (eds.), *Arbitrability: International and Comparative Perspectives*, Kluwer, 2009; J.D.M. Lew *et al.*, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer, 2003, pp. 187 ss.

público en general⁴⁴, también se dan restricciones sobre la arbitrabilidad objetiva con el fin de proteger las partes individuales. Por ejemplo, en las relaciones legales en las que típicamente existe una asimetría de poder entre las partes –como en el caso de las relaciones de trabajo⁴⁵, o de los acuerdos de arrendamiento⁴⁶– las reclamaciones pueden resultar no arbitrables en algunas jurisdicciones. De acuerdo con la normativa italiana⁴⁷, por citar otro ejemplo, la compensación que sigue a la resolución de un acuerdo comercial de agencia –tal y como se define por la legislación doméstica por la que se implementa la Directiva 86/653/CEE del Consejo de 18 diciembre 1986 relativa a la coordinación de los derechos de los Estados Miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes– no es susceptible de arbitraje⁴⁸, lo que resulta en una limitación de la autonomía de las partes en favor de una mayor protección frente las consecuencias que pueden derivarse de una capacidad negociadora desigual⁴⁹. Ello refleja la línea de pensamiento de los tribunales italianos según la cual no puede rechazarse una demanda basada en normas imperativas, pre-

⁴⁴ *Vid. infra* el texto acompañando las notas 97.

⁴⁵ *Vid. v.gr.*, Art. 10 (3) (2) (3) de la Ley Federal no 409–FZ de fecha 29 diciembre 2015 “Sobre las Enmiendas a determinados Actos Legislativos de la Federación Rusa y Derogación del Art. 6 (1) (3) de la Ley Federal sobre Organizaciones Auto–regulatorias en conexión con la adopción de la Ley Federal sobre Arbitraje en la Federación Rusa”, en vigor desde el 1 septiembre 2016; Art. 614 (3) del Código de Procedimiento Civil griego, en vigor desde el 1 enero 2016; Art. 5 (7) de la Ley de Arbitraje de Letonia de fecha 11 septiembre 2014, en vigor desde el 1 enero 2015; Art. 12 (2) (a) de la Ley de Arbitraje de Emiratos Árabes Unidos de fecha 1 septiembre 2008, en vigor desde el 15 diciembre 2013; Art. 12 (2) de la Ley Comercial de Arbitraje de fecha 1 septiembre 2008, en vigor desde el 15 diciembre 2013; Art. 12 (2) de la Ley de Arbitraje Comercial de la República de Lituania de fecha 2 abril 1996, en vigor desde el 30 junio 2012; Art. 101 de la Ley del Tribunal Alemán de lo Social.

⁴⁶ Sección 1030 (2) del Código Alemán de Procedimiento Civil (“Es inválido un acuerdo arbitral sobre los conflictos surgidos en el ámbito de una relación de arrendamiento de terreno residencial en Alemania. Lo anterior no será de aplicación en la medida en la que los locales residenciales sean del tipo determinado en la sección 549 del inciso (2) números 1 a 3 del Código Civil” (*Bürgerliches Gesetzbuch*, BGB)). (La traducción es nuestra).

⁴⁷ *Vid.* Tribunal Supremo de Italia, 30 junio 1999, n° 369, *Riv. dir. int. pr. proc.*, 2000, p.741; para decisiones más recientes, *vid.* Tribunal Supremo de Italia, 27 diciembre 2016, n° 27072 (*obiter dictum*) (no publicado); Tribunal de lo Civil de Génova, 7 agosto 2006, *Riv. dir. int. pr. proc.*, 2006, p. 1089 y Tribunal de lo Civil de Módena, 11 marzo 2009, ambos en la base de datos Pluris.

⁴⁸ De conformidad con la jurisprudencia citada en la nota anterior, la caracterización de las reglas de identidad como regla obligatoria impide que el derecho a la compensación sea disponible, por lo que una solicitud en este sentido no podrá ser objeto de arbitraje.

⁴⁹ *Vid.* F. Ragno, “Inarbitrability: A Ghost Hovering Over Europe?”, en F. Ferrari (ed.), *Limits to Party Autonomy in International Commercial Arbitration*, Juris Publishing, 2016, pp. 127 ss, esp. pp. 132 ss.

misa que ha sido recurrida⁵⁰. Hay muchos otros ejemplos de limitaciones a la autonomía de las partes en interés de las propias partes fundadas en la susceptibilidad (objetiva) del arbitraje, lo que refleja distintos grados de paternalismo⁵¹.

Finalmente, bajo el art. II.3^oCNY, los tribunales no pueden referir a las partes al arbitraje si el acuerdo arbitral es nulo, ineficaz o inaplicable. Si bien se estima que el requisito de “nulidad” no añade sustancialmente nada a las mencionadas causas de invalidez⁵², el requisito de que un acuerdo arbitral no sea eficaz o capaz de ser ejecutado constituye una limitación adicional a la autonomía de las partes (principalmente, en interés de las partes). Más específicamente, algunos tribunales han concluido que la falta de recursos⁵³ de una de las partes hace que el acuerdo sea ineficaz y/o incapaz de ser ejecutado.⁵⁴ Ello constituye una limitación a la autonomía de las partes, ya que la decisión autónoma de someter una disputa a arbitraje es ignorada en interés de asegurar que la parte sin recursos pueda ejercer su derecho de acceso a la justicia⁵⁵. No obstante, no todos los tribunales comparten esta limitación a la autonomía de las partes⁵⁶ dado que, entre

⁵⁰ *Ibid.*, p. 135.

⁵¹ *Vid.* F. Rosenfeld, “Limits to Party Autonomy to Protect Weaker Parties in International Arbitration”, en F. Ferrari (ed.), *Limits to Party...*, *op. cit.*, pp. 419 ss, esp. pp. 423 ss.

⁵² *Vid.*, *v.gr.*, G. Born, *International Commercial Arbitration*, 2^a ed., Kluwer, 2014, p. 841 (“La interpretación más adecuada es que la fórmula “nula y sin efecto” del art. II.3^o es expansiva y acoge todas las demandas basadas en la nulidad del acuerdo, incluidas las demandas de que un acuerdo no fue concluido válidamente en razón de los defectos en la validez del consentimiento”) (La traducción es nuestra); pero *vid.* F. Ferrari, “How International Should International Arbitration Be? A Plea in Favour of a Realistic Answer”, en *Eppur si muove: The age of uniform law*, UNIDROIT, 2016, pp. 847 ss, esp. pp. 851 ss.

⁵³ *Vid.* D. Kühner, “The Impact of Party Impecuniosity on Arbitration Agreements: The Example of France and Germany”, *J. Int'l Arb.*, 31, 2014, p. 807; G. Wagner, “Impecunious Parties and Arbitration Agreements”, *SchiedsVZ*, 2003, p. 206.

⁵⁴ *Vid.* Tribunal Supremo de Alemania, 14 septiembre 2000, *Neue Juristische Wochenschrift*, 2000, 3720. *Vid.* también *Green Tree Financial Corp. – Alabama et al. v. Randolph*, 531 U.S. 79 (2000) (donde se resuelve que “una parte que busca invalidar un acuerdo arbitral sobre la base de que el arbitraje resulta excesivamente caro carga con la carga de probar las probabilidades de incurrir en dichos costes”). (La traducción es nuestra).

⁵⁵ *Vid.* G. von Segesser/M. Grosz, “Inoperability of Arbitration Agreements due to Lack of Funds? Revisiting Legal Aid in International Arbitration”, disponible en <<http://kluwerarbitrationblog.com/2015/01/17/inoperability-of-arbitration-agreements-due-to-lack-of-funds-revisiting-legal-aid-in-international-arbitration/?print=pdf>>.

⁵⁶ *Vid.* *Paczy v Haendler and Natermann GmbH* [1981] 1 Lloyds Reports 302 (que declara “[l]a incapacidad de una parte [en el arbitraje] no [...] convierte el acuerdo en incapaz de ser ejecutado”). *Vid.* también *Trunk Flooring Ltd. v. HSBC Asset Finance (UK) Ltd. and Costa Rica SRL* [2015] NIQB 23, WEA 9496, 8 enero 2015 (ratificando la decisión emitida en *Paczy v Haendler and Natermann GmbH*). *Vid.* también Tribunal de Apelación de París, 26 febrero 2013, No. 12/12953 (aplicando el principio de competen-

otras razones, la incapacidad de que una parte pueda ejecutar un acuerdo de arbitraje no es sinónimo de que el acuerdo arbitral sea incapaz de ser ejecutado⁵⁷. Esta jurisprudencia divergente pone de manifiesto, una vez más, la relatividad de las limitaciones de la autonomía de las partes, pudiendo variar en las distintas jurisdicciones. Es posible realizar observaciones similares respecto a otros escenarios en los que potencialmente el acuerdo arbitral es ineficaz o incapaz de ser ejecutado. Algunos tribunales, por ejemplo, han considerado la ineficacia de un acuerdo arbitral cuya cláusula arbitral no es lo suficientemente clara o cuando se refiere a una institución arbitral inexistente⁵⁸. De conformidad con este planteamiento, la autonomía de las partes tan solo se protege en la medida en que se expresa de manera clara e inequívoca. Otros tribunales han adoptado un enfoque más favorable al arbitraje llegando a aplicar acuerdos arbitrales que se refieren a una institución arbitral inexistente⁵⁹. Los tribunales basaron su decisión en que la parte defectuosa del acuerdo arbitral únicamente afectaba a su instrumentalidad, manteniendo intacto el acuerdo general de las partes de resolver sus controversias por medio de arbitraje⁶⁰.

Los mecanismos de control *ex ante* a los que nos venimos refiriendo operan de manera distinta en cada una de las jurisdicciones. Ello se deriva de las diferentes interpretaciones de la noción competencia–competencia⁶¹. Este es un principio que reparte la responsabilidad de las decisiones sobre competencia entre los órganos judiciales (de quienes se retira el poder adjudicador) y los tribunales arbitrales (a

cia–competencia negativa en una situación en el que la parte, Lola Fleurs, invocó su falta de recursos).

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ *Swiss Singapore Overseas Enterprises Pvt Ltd v M/African Trader*, Alto Tribunal de Guarat, India, 7 febrero 2005, Demanda Civil No. 23 of 2005; Tribunal Supremo de Suiza, 25 octubre 2010, 4A279/2010; *ZAO UralEnergoGaz v OOO ABB Electroengineering*, Noveno Tribunal de Arbitraje, Rusia, 24 junio 2009, No. A40–27854/09–61–247.

⁵⁹ *Lucky Goldstar International Limited v. Ng Moo Kee Engineering Limited*, Alto Tribunal de Hong Kong, 5 mayo 1993, *Yearb. Comm. Arb.*, t. XX, 1995, p.280. *Vid.* también Tribunal de Apelación de Berlín, decisión de 15 octubre 1999, 27 Sch 17/99.

⁶⁰ *Contra vid.* Tribunal de Padua, 11 enero 2005, *Riv. dir. int. pr. proc.*, 2005, p. 791 (que asume la competencia al ser inexistente la institución arbitral referida).

⁶¹ *Vid., v.gr.*, J.J. Barcelo III, “Who Decides the Arbitrators’ Jurisdiction? Separability and Competence–Competence in Transnational Perspective”, *Vand. J. Transnat’l L.*, vol. 36, 2003, pp. 1115 ss.; M. Boucaron–Nardetto, *Le principe compétence–compétence en droit de l’arbitrage*, Presse universitaires d’Aix–Marseille, 2013; S. Kröll, “Party Autonomy in relation to Competence–Competence”, en F. Ferrari (ed.), *Limits to Party...*, *op. cit.*, pp. 165 ss.

los que se otorga el poder adjudicador). Algunas jurisdicciones únicamente reconocen una dimensión llamada “positiva” de la competencia–competencia⁶². En estas jurisdicciones, los tribunales arbitrales están autorizados a decidir sobre su propia competencia; “No están obligados a suspender [su] procedimiento para solicitar la orientación judicial”⁶³, si bien los tribunales estatales mantienen sus competencias para determinar la jurisdicción. Otras jurisdicciones adoptan un enfoque diferente y reconocen una dimensión también llamada “negativa” del principio competencia–competencia, conforme la cual los órganos judiciales no pueden determinar la jurisdicción arbitral durante la fase previa al laudo⁶⁴. En Francia, por ejemplo, los tribunales se limitan a evaluar (antes de la constitución del tribunal arbitral) si un acuerdo arbitral no es manifiestamente nulo o ineficaz durante la fase anterior al laudo⁶⁵. Si no es así, se concede prioridad a los tribunales arbitrales para realizar una evaluación jurisdiccional plena que posteriormente estará sujeta a una revisión *ex post*⁶⁶. En EE UU

⁶² *Vid.*, *v.gr.*, Sección 1032 del Código de Procedimiento Civil Alemán: (1) En el caso de que un asunto sujeto a un acuerdo arbitral se someta ante un órgano judicial, el tribunal deberá desestimar la demanda como inadmisibile siempre y cuando el demandado haya planteado la objeción con anterioridad a la celebración de la vista sobre el fondo, a menos que el tribunal determine que el acuerdo arbitral es nulo, ineficaz o inaplicable. (2) Hasta el momento en que se constituya el tribunal arbitral, es posible presentar una solicitud ante los tribunales para que éstos determinen la admisibilidad o inadmisibilidad del procedimiento arbitral. (3) Cuando un procedimiento esté pendiente en el sentido definido en los epígrafes (1) o (2), podrá iniciarse o proseguirse un procedimiento arbitral con independencia de lo anterior, pudiéndose llegar a dictar laudo arbitral”. (La traducción es nuestra).

⁶³ J.J. Barcelo III, “Who Decides the Arbitrators’ Jurisdiction?..”, *loc. cit.*, pp. 1115 ss, esp. pp. 1124 ss; *vid* también J.A.E. Pottow *et al.*, “A Presumptively Better Approach to Arbitrability”, *Can. Bus. L. J.*, vol. 53, 2013, pp. 165 ss, esp. p. 183.

⁶⁴ *Vid.* E. Gaillard/Y. Banifatemi, “Negative Effect of Competence–Competence: The Rule of Priority in Favour of the Arbitrators”, en E. Gaillard/D. Di Pietro (eds.), *Enforcement of Arbitration Agreements...*, *op. cit.*, pp. 257 ss; J. Graves, “Court Litigation over Arbitration Agreements: Is it Time for a New Default Rule?”, en D. Bray/H.L. Bray (eds.), *International Arbitration and the Courts*, Juris, 2015, pp. 203 ss, esp. p. 204.

⁶⁵ El art. 1448 CCP establece que: “(1) Cuando una disputa que esté sujeta a un acuerdo arbitral se plantee ante un órgano judicial, dicho tribunal declinará su jurisdicción, a menos que el asunto no haya sido sometido previamente a un tribunal arbitral o que el acuerdo arbitral sea manifiestamente nulo o incapaz de ser aplicado. (2) Un Tribunal no puede declinar su competencia por iniciativa propia”. (La traducción es nuestra).

⁶⁶ *Vid.* F. De Ly y A. Sheppard, “ILA Final Report on Lis Pendens and Arbitration”, *Arb. Int’l*, 25, 2009, pp. 3 ss, esp. p. 22 (“el tribunal arbitral debe ser el primero en determinar su competencia, y los juzgados nacionales deben inhibirse a favor del tribunal, si bien mantienen el derecho de revisar cualquier demanda de anulación”). (La traducción es nuestra). *Vid.* también G.A. Bermann, “Forum Shopping at the ‘Gateway’ to International Commercial Arbitration”, en F. Ferrari (ed.), *Forum Shopping in the International Commercial Arbitration Context*, Sellier, 2013, pp. 69 ss, esp. pp. 86 ss.

prevalece una posición diferente según la cual las partes pueden delegar una competencia–competencia vinculante al tribunal arbitral. Ello exige una “evidencia clara e inequívoca” de que ésta fue la voluntad de las partes⁶⁷. Además, se reconoce que “una vez que se decida sobre la jurisdicción o se adopte el laudo arbitral, los tribunales de EE UU sólo podrán llevar a cabo una revisión deferente sobre cuestiones de arbitrabilidad procesal”⁶⁸. En conclusión, los límites a la autonomía de las partes en la fase anterior al laudo también dependen de la noción competencia–competencia.

2. Mecanismos de control ex post

En la fase posterior al laudo, los órganos judiciales garantizan la aplicación de las limitaciones a la autonomía de las partes en los procedimientos de anulación o en los procedimientos de reconocimiento y ejecución. Su poder de revisión es ligeramente más amplio que en la etapa anterior a la adopción al laudo, ya que también puede abarcar ciertos defectos procesales y limitaciones a la autonomía de las partes en nombre del interés público en general. Esta cuestión está exenta de polémica ya que se deriva directamente del marco aplicable constituido por las leyes de arbitraje y las convenciones internacionales como la Convención de Nueva York. Menos clara es la cuestión de si las partes tienen derecho a modificar de manera autónoma el alcance de la revisión en la etapa posterior al laudo. ¿Están facultadas las partes para renunciar a las limitaciones a la autonomía que fueron creadas en su propio interés? ¿Pueden las partes, por el contrario, expandir el alcance de la revisión para obtener una mayor protección? Como se verá, los distintos sistemas jurídicos ofrecen respuestas alternativas a estas preguntas.

A) Renuncia a la revisión en la etapa posterior al laudo

Existen toda una serie de enfoques en cuanto a las limitaciones al derecho a recurrir un laudo arbitral⁶⁹.

⁶⁷ *Karen Howsam v. Dean Witter Reynolds Inc.*, 537 U.S. 79, 123 S.Ct. 588 (2002) (“La cuestión de si las partes han sometido una disputa concreta a arbitraje, es una “cuestión de determinación judicial [a] menos que las partes establezcan clara e inequívocamente lo contrario” [...]”); ver también *First Options of Chicago, Inc. v. Kaplan*, 514 U.S. 938, 943 (1995). (La traducción es nuestra).

⁶⁸ O. Susler, “The Jurisdiction of the Arbitral Tribunal: A Transnational analysis of the Negative Effect of Competence”, *Mq. J. B. L.*, 5, 2009, pp. 119 ss, esp. p. 139.

⁶⁹ *Vid.* M. Scherer, “The fate of parties’ agreements on judicial review of awards: a comparative and normative analysis of party–autonomy at the post–award stage”, *Arb.*

En un extremo del espectro se encuentran las jurisdicciones que reconocen limitaciones autoimpuestas para recurrir en la fase posterior al laudo. En el Derecho francés, por ejemplo, las partes pueden en cualquier momento renunciar expresamente a un procedimiento de anulación⁷⁰. *De facto*, esto significa que las partes tienen derecho a renunciar a las protecciones ofrecidas en su propio interés bajo la legislación francesa. La situación es similar en las jurisdicciones de países como Bélgica, Perú, Rusia, Suecia, Suiza y Túnez. Aun así, la doctrina ha señalado acertadamente que “las condiciones bajo las cuales las renunciaciones al derecho a recurrir son posibles y ejecutables varían en las distintas jurisdicciones, así como los efectos de las mismas”⁷¹.

En la otra ala del espectro se encuentran las jurisdicciones que rechazan la posibilidad de una renuncia absoluta a la revisión del laudo arbitral⁷². Por ejemplo, el Tribunal Supremo de la India ha apuntado que las partes no pueden excluir cualquier posible recurso contra un laudo arbitral⁷³. De manera similar, países como Brasil, Egipto, Alemania, Panamá o Emiratos Árabes Unidos no admiten las renunciaciones totales a la revisión, efectuadas con posterioridad a la adopción del laudo⁷⁴. Esta actitud refleja un enfoque más paternalista *vis-à-vis* de las partes, impidiéndoles renunciar a la protección que se les ofrece.

Frente a estos enfoques más extremos, también se dan posiciones intermedias⁷⁵. Algunas jurisdicciones permiten a las partes renunciar a los motivos de anulación que se contienen en el art. 34.2º. a) LMU pero les impiden renunciar a otros motivos dirigidos a proteger al

Int'l, 32, 2016, p. 437; M. Scherer y L. Silberman, “Limits to Party Autonomy at the Post-Award Stage”, en F. Ferrari (ed.), *Limits to Party...*, *op. cit.*, pp. 441 ss, esp. pp. 443 ss.

⁷⁰ Art. 1522 del Code Civil (“Por medio de un acuerdo específico las partes están capacitadas para, en cualquier momento, renunciar expresamente a su derecho a presentar una demanda de nulidad”) (La traducción es nuestra). El Derecho francés solo contempla las renunciaciones absolutas por lo que las partes no están autorizadas para acordar una renuncia parcial a la revisión; *vid.* M. Scherer y L. Silberman, *loc. cit.* en la nota anterior, p. 449, con referencia a E. Gaillard y P. de Lapasse, “Commentaires Analytique du Décret du 13 Janvier 2011 Portant Réforme du Droit français de l’arbitrage”, *Cahiers arb.*, 2011, p. 263.

⁷¹ M. Scherer, “The fate of parties...”, *loc. cit.*, p. 440 (se omiten las notas al pie). (La traducción es nuestra).

⁷² *Vid.* M. Scherer y L. Silberman, “Limits to Party Autonomy at the Post-Award Stage”, en F. Ferrari (ed.), *Limits to Party...*, *op. cit.*, pp. 441 ss, esp. p. 448.

⁷³ *Shin Satellite Public Co. Ltd. v. Jain Studios Ltd*, Tribunal Supremo de la India, 31 enero 2006, [2006] 2 628.

⁷⁴ *Vid.* M. Scherer, “The fate of parties...”, *loc. cit.*, p. 442 (se omiten las notas al pie).

⁷⁵ Para un análisis más detallado, *vid.* M. Scherer y L. Silberman, “Limits to Party Autonomy at the Post-Award Stage”, en F. Ferrari (ed.), *Limits to Party...*, *op. cit.*, pp. 441 ss, esp. pp. 446 ss.

público en general⁷⁶. Otras jurisdicciones solo admiten renunciaciones que no tienen ninguna vinculación con la sede arbitral⁷⁷. De acuerdo con otra visión, solo es posible declarar las renunciaciones *a posteriori* y no de antemano⁷⁸.

También existen toda una serie de matices en cuanto a las posibilidades de las partes para restringir los motivos de anulación (frente a las renunciaciones absolutas).⁷⁹ La conclusión que puede extraerse es que los Estados tienen distintas visiones respecto de la autonomía de las partes a la hora de afectar la revisión de un laudo arbitral.

B) Expansión del ámbito de revisión en la fase posterior al laudo

Las divergencias son semejantes respecto a las posibilidades que tienen las partes para expandir el ámbito de revisión en la fase posterior al laudo arbitral. Algunos sistemas permiten a las partes acordar dicha extensión mientras que otros no⁸⁰. En una decisión del año 2007, por ejemplo, que llevó a revocar la jurisprudencia anterior⁸¹, el Tribunal Supremo de Alemania ejecutó un laudo arbitral que permitía a cualquiera de las partes que quedase insatisfecha presentar un recurso ante un órgano judicial en el plazo de un mes desde su adopción⁸². En apoyo de su decisión, el Tribunal Supremo de Alemania declaró que “dado que la naturaleza vinculante de los laudos se basa

⁷⁶ *Noble China Inc. v. Lei Kat Cheong*, Tribunal de Justicia de Ontario, 13 noviembre 1998, [1998] CanLII 147908 (ON SC), publicado en (1998) 42 O.R. (3d) 69; *Methanex Motunui Ltd. v. Spellman*, Tribunal de Apelación, Wellington, Nueva Zelanda, 17 junio 2004, [2004], 3 NZLR 454.

⁷⁷ Tribunal Supremo de Túnez, 18 enero 2007, Asunto No. 4674, citado en *UNCITRAL Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration*, NU, 2012, p. 135. *Vid.* también art. 192 .2º Ley de Derecho Internacional Privado suiza (“Cuando ninguna de las partes tenga su domicilio, su residencia habitual o su establecimiento en Suiza podrá, mediante declaración expresa en el acuerdo arbitral o en un acuerdo posterior por escrito, excluir todos los procedimientos de anulación o limitar dichos procedimientos a uno o varios de los motivos enumerados en el párrafo 2 del art. 190”).

⁷⁸ Varios autores han defendido este enfoque bajo la normativa alemana. *Vid.* Münch, en *MüKo*, § 1059 ZPO para. 54; en *Musielak*, § 1059 ZPO, 2016, para. 39. *Vid.*, no obstante, Tribunal de Apelación de Fráncfort, 21 diciembre 1983, (1984) *NJW* 2768 (reconociendo la posibilidad de una renuncia por adelantado).

⁷⁹ Para un análisis más detallado, *vid.* M. Scherer y L. Silberman, “Limits to Party Autonomy at the Post-Award Stage”, en F. Ferrari (ed.), *Limits to Party...*, *op. cit.*, pp. 441 ss, esp. pp. 449 ss.

⁸⁰ *Vid.* M. Scherer, “The fate of parties...”, *loc. cit.*, pp. 437 ss, esp. pp. 444 ss..

⁸¹ Para la jurisprudencia anterior al año 2007, *vid.*, *v.gr.*, Tribunal Supremo de Alemania, 3 noviembre 1983, (1984) *WM* 380.

⁸² Tribunal Supremo de Alemania, 1 marzo 2007, *ASA Bulletin*, 25, 2008, p. 810; esta decisión no está exenta de críticas; *vid.*, *v.gr.*, R Wolff, “Party Autonomy to Agree on a Non-Final Arbitration”, *ASA Bulletin*, 2008, pp. 626-640.

en el consentimiento de las partes, las partes también son libres para restringir dicha naturaleza obligatoria sometiéndola a determinadas condiciones”, incluida la posibilidad de “una revisión en profundidad del laudo por los órganos judiciales”⁸³.

Otros tribunales mantienen posiciones distintas⁸⁴. En *Hall Street Associates v. Mattel*, por ejemplo, el Tribunal Supremo de EE UU sostuvo que las partes no eran libres para añadir nuevos motivos de anulación a los laudos arbitrales domésticos⁸⁵, más allá de los establecidos bajo la Ley Federal de Arbitraje⁸⁶. En apoyo de esta decisión, el Tribunal Supremo de los EE UU afirmó la necesidad estructural de mantener el arbitraje como un sistema con capacidad de revisión limitada, señalando concretamente que “es necesaria una política nacional que favorezca el arbitraje con una capacidad de revisión limitada con vistas a mantener una de sus características esenciales que es la resolución de disputas de manera expeditiva”⁸⁷. El Tribunal indicó a las partes que no contaban con un margen de discreción para alterar el sistema legal en el que tiene lugar el procedimiento de arbitraje. Al hacerlo, el Tribunal Supremo de los EE UU se refirió a las limitaciones a la autonomía de las partes en interés del orden público, que abordaremos en la próxima sección.

⁸³ M. Scherer, “The fate of parties...”, *loc. cit.*, p. 446. (La traducción es nuestra).

⁸⁴ *Vid. M/S Centrotrade Minerals & Metal, Inc. v. Hindustan Copper Ltd.*, Tribunal Supremo de la India, 9 mayo 2006, [2006] INSC 293; *Methanex Motunui Ltd. v. Spellman*, Tribunal de Apelación de Wellington, 17 junio 2004, [2004] 3 NZLR 454, en el párrafo 105; Tribunal Supremo de Francia, 6 abril 1994 (1994) *Rev. Arb* 264. *Ver* también *Guangzhou Dockyards Co. v. ENE Aegiali I*, [2010] EWHC 2826 (Comm) (Alto Tribunal Inglés).

⁸⁵ Aunque *Hall Street* hace referencia a un laudo doméstico más que a un laudo en el marco de la Convención de Nueva York, se considera que *Hall Street* aplica también a los casos bajo la Convención; *vid.* M. Scherer y L. Silberman, “Limits to Party Autonomy at the Post-Award Stage”, en F. Ferrari (ed.), *Limits to Party...*, *op. cit.*, pp. 441 ss, esp. pp. 453 ss; T. Tyler y A.A. Parasharami, “Finality over Choice: *Hall Street Associates, L.L.C. v. Mattel, Inc.* (U.S. Supreme Court)”, *J. Int'l Arb.*, 25, 2008, pp. 613 ss, esp. p. 614.

⁸⁶ *Hall Street Associates v. Mattel, Inc.*, 552 U.S. 576 (2008); para comentarios sobre *Hall Street*, *vid.*, *v.gr.*, C. Drahozal, “Contracting Around *Hall Street*”, *Lewis & Clark L. Rev.* 14, 2010, p. 905; S.A. Leisure, “Arbitration After *Hall Street v. Mattel*: What Happens Next”, *U. Ark. Little Rock R. L. Rev.*, 31, 2009, p. 273; para una evaluación de la situación anterior a *Hall Street*, *vid.*, *v.gr.*, L. Goldman, “Contractually Expanded Review of Arbitration Awards”, *Harv. Negot. L. Rev.*, 8, 2003, p. 171; D.C. Hulea, “Contracting to Expand the Scope of Review of Foreign Arbitral Awards: An American Perspective”, *Brooklyn J. Int'l L.*, 29, 2003, p. 313; C. Murray, “Contractual Expansion of the Scope of Judicial Review of Arbitration Awards Under the Federal Arbitration Act”, *St. John's L. Rev.* 76, 2002, p. 663.

⁸⁷ *Hall Street Associates v. Mattel, Inc.*, 552 U.S. 576 (2008). (La traducción es nuestra).

III. Limitaciones a la autonomía de las partes en interés del orden público

Las limitaciones a la autonomía de las partes en interés del orden público se refieren a un elemento público del arbitraje internacional⁸⁸. El arbitraje sólo puede operar en un sistema jurídico que reconozca que los procedimientos de arbitraje son susceptibles de generar efectos jurídicos.

Las partes no pueden disponer libremente del marco jurídico previsto por el ordenamiento, donde se establecen ciertos requisitos en interés del orden público. Desde una perspectiva normativa, ello se debe a que los órganos judiciales son competentes para examinar determinados motivos que lleven a denegar el reconocimiento y la ejecución sin que las partes realicen la correspondiente solicitud bajo el art. V.2º CNY. Más específicamente, los órganos judiciales están capacitados para examinar por iniciativa propia si la resolución de la disputa acordada por las partes puede calificarse de arbitraje (*vid.* 1), si la materia es arbitrable (*vid.* 2) y si el reconocimiento y la ejecución pueden ser contrarios al orden público (*vid.* 3).

1. La noción de arbitraje

La noción de arbitraje internacional no se deriva de la discrecionalidad de las partes. Por el contrario, corresponde a la ley aplicable (incluidos los convenios internacionales correspondientes) definir qué tipo de resolución de disputas puede calificarse de arbitraje⁸⁹.

Una decisión del Tribunal Supremo de Alemania de 2004 nos sirve para ilustrar este punto⁹⁰. Un miembro de una asociación de criadores de perros había iniciado un procedimiento ante un “tribunal arbitral” constituido conforme los estatutos de dicha asociación. Tras la adopción de un laudo desfavorable, el demandante inició un procedimiento de anulación contra la “decisión arbitral” dictada por el “tribunal arbitral” de la asociación de criadores de perros. El Tribunal Supremo sostuvo que el organismo de resolución de disputas no podía considerarse como un tribunal arbitral auténtico. Siguiendo el razonamiento del Tribunal, el tribunal arbitral fue concebido para

⁸⁸ D.J. Khambata, “Tensions Between Party Autonomy and Diversity”, en A.J. van den Berg (ed.), *Legitimacy: Myths, Realities, Challenges* (ICCA Congress Series, 2015), pp. 612 ss, esp. pp. 616 ss.

⁸⁹ Los objetivos de proteger a las partes y al público en general se solapan en este punto.

⁹⁰ *Vid.* Tribunal Supremo de Alemania, 27 mayo 2004, *SchiedsVZ*, 2004, p. 205.

resolver las disputas administrativas internas surgidas entre los miembros de los órganos de la asociación. Los estatutos de la asociación no garantizaban un procedimiento imparcial ni justo ni exigían que la decisión arbitral estuviese basada en la ley o en los principios de equidad. Además, las partes no gozaban de igualdad a la hora de participar en la constitución del tribunal arbitral. Por todo ello, el Tribunal resolvió que una decisión adoptada por lo que no constituía un tribunal arbitral no podía considerarse un laudo arbitral. Lo anterior pone de manifiesto que debe garantizarse un grado mínimo de justicia en el procedimiento para que un mecanismo de resolución de controversias sea reconocido como arbitraje, lo que resulta fundamental si se aspira a la viabilidad del arbitraje como mecanismo para la resolución de disputas.

También existen situaciones similares en la fase anterior al laudo. En el caso *Cross Brown Co. v. Nelson*, el Tribunal Supremo de Nueva York tuvo que examinar la validez de una cláusula de un contrato de trabajo conforme la cual las disputas que pudieran surgir debían ser dirimidas por la Junta Directiva del empleador⁹¹. El Tribunal consideró que el acuerdo era contrario al principio fundamental de que nadie debe ser juez de su propia causa. De acuerdo con el Tribunal, el acuerdo alcanzado por las partes constituía “no un contrato para arbitrar, sino un acuerdo de capitular”⁹². El Tribunal alcanzó esta conclusión examinando no solamente la forma, sino la sustancia del acuerdo alcanzado por las partes⁹³.

En esta línea, los sistemas legales no admiten los acuerdos o decisiones arbitrales que estén en contra de las nociones fundamentales de justicia. El Tribunal Supremo de Apelación del Oeste de Virginia

⁹¹ *Cross & Brown Co. v. Nelson*, 4 A.D.2d 501, 502, 167 N.Y.S.2d 573, 575–76 (1957) (“Además se acuerda que, en adelante, cualquier disputa entre las partes o cualquier diferencia que pueda surgir sobre cualquier aspecto contenido en el contrato debe someterse al arbitraje del Comité de Dirección de la primera parte [el empleador], cuya decisión debe ser final”) (La traducción es nuestra). Sobre esta cuestión, *vid.* también G.A. Bermann, “Limits to Party Autonomy in the Composition of the Arbitral Panel”, en F. Ferrari (ed.), *Limits to Party...*, *op. cit.*, pp. 83 ss.

⁹² *Cross & Brown Co. v. Nelson*, 4 A.D.2d 501, 502, 167 N.Y.S.2d 573, 575–76 (1957) (“Dejemos a un lado las sutilezas metafísicas sobre la personalidad corporativa y veamos el acuerdo como uno en el que una de las partes es nombrada árbitro. A menos que cerramos los ojos a la evidencia, el acuerdo aquí supone, no en un contrato para arbitrar, sino en un compromiso para capitular”). (La traducción es nuestra).

⁹³ *Cross & Brown Co. v. Nelson*, 4 A.D.2d 501, 502, 167 N.Y.S.2d., pp. 573, 575–576 (1957) (“Además de contrario a la política de orden público, dicho acuerdo es ilusorio, dado que aunque su forma disponga la celebración del arbitraje, su sustancia destina el poder de decidir sobre las disputas bajo el contrato a una parte adversa”). (La traducción es nuestra).

intentó captar esta problemática con la ayuda de una hipótesis basada en una fábula de Esopo⁹⁴:

Supongamos por un momento que, por alguna razón, todos los conejos y todos los zorros deciden celebrar un contrato para la seguridad mutua y que una de las disposiciones establece que cualquier controversia derivada del contrato será resuelta por el grupo de zorros. De alguna forma, ello conmovería nuestra conciencia, y tampoco sería de gran ayuda para los conejos⁹⁵.

Lo que el Tribunal considera como un escenario potencialmente conmovedor, es lo que determina el elemento público en juego. Ello no significa que cualquier deficiencia del acuerdo arbitral conlleve su nulidad. Muchas jurisdicciones permiten desvincularse de disposiciones defectuosas y mantener el acuerdo de arbitraje restante⁹⁶. Esta es una expresión a favor de la política de arbitraje que, no obstante, también reconoce las limitaciones de la autonomía de las partes. En cualquier caso, existen algunos criterios límite que deben cumplirse para que un determinado método de resolución de disputas pueda calificarse de arbitraje, y estos criterios no están sujetos a la autonomía de las partes.

2. Arbitrabilidad

Una limitación adicional a la autonomía de las partes en interés del orden público es la arbitrabilidad⁹⁷. Muchos legisladores han reservado el monopolio exclusivo del poder judicial ante determinados ámbitos en nombre de la defensa del orden público⁹⁸. Entre los distintos

⁹⁴ *Board of Education of Berkeley County v. W. Harley Miller, Inc.*, 160 W. Va. 473 (1977). El tribunal analizó esta cuestión bajo la doctrina de la unconscionability.

⁹⁵ *Board of Education of Berkeley County v. W. Harley Miller, Inc.*, 160 W. Va. 473, 478 (1977). (La traducción es nuestra).

⁹⁶ Vid. G.A. Bermann, "Limits to Party Autonomy in the Composition of the Arbitral Panel", en F. Ferrari (ed.), *Limits to Party...*, *op. cit.*, pp. 83 ss, esp. pp. 117 ss.

⁹⁷ Como mencionábamos anteriormente en el texto acompañando las notas 44 ss, algunas restricciones a la arbitrabilidad pueden estar orientadas a la protección de las partes.

⁹⁸ Vid. en general L.A. Mistelis y S.L. Brekoulakis (eds.), *Arbitrability: International and Comparative Perspectives* (Kluwer, 2009); A.S. Rau, "Arbitrating 'Arbitrability'" *World Arb. Med. Rev.*, 7, 2013, p.421; A. Belohlávek, "The Law Applicable to the Arbitration Agreement and the Arbitrability of a Disputes", *Yearb Int'l Arb.* 2013, p. 27; M.B. Devine, "The Arbitrability of US Antitrust and EU Competition Law Matters (With Special Reference to Lawyer-Client Privilege)", *Yearb Int'l Arb.*, 2011, p. 209; I. Bantekas, "The Foundations of Arbitrability in International Commercial Arbitration", *Australian Yearb Int'l L.*, 27, 2008, p. 193; P. Bernardini y C. May, "The Problem of Arbitrability in General", en: E. Gaillard y D. Di Pietro (ed.), *The New York Convention in Practice* (Cameron May, 2008) 503; B. Hanotiau y O. Caprasse, "Arbitrability, Due Process and Public Policy

ejemplos caben citar los asuntos penales⁹⁹, las disputas relacionadas con el estado o con la capacidad¹⁰⁰, las cuestiones sobre el derecho de familia¹⁰¹, la normativa sobre los procedimientos de insolvencia o la concesión de derechos de propiedad intelectual.

No obstante, en la mayor parte del mundo, la normativa de arbitraje es cada vez más favorable al arbitraje. La resistencia inicial que el arbitraje tenía que enfrentar en algunas partes del mundo ha dado paso a su aceptación como mecanismos de resolución de disputas que ofrece protecciones comparables a las ofrecidas por los órganos judiciales¹⁰². Los legisladores también han reconocido que el carácter privado del arbitraje no pone necesariamente en juego la implementación de las políticas de orden público. Por tanto, la arbitrabilidad de las controversias no debe excluirse necesariamente por el mero hecho

under Article V of the New York Convention Belgian and French Perspectives”, *J. Int'l Arb.*, 2008, p. 721; C. Petsimeris, “The Scope of the Doctrine of Arbitrability and the Law under which it is Determined in the Context of International Arbitration”, *Rev. hell. dr. int.*, 2005, p. 435; P.M. Baron and S. Liniger, “A Second Look at Arbitrability – Approaches to Arbitration in the United States, Switzerland and Germany”, *Arb. Int'l*, 19, 2003, p.27; H. Raeschke-Kessler, “Some Developments on Arbitrability and Related Issues”, en AJ van den Berg (ed.), *International Arbitration and National Courts – the Never Ending Story* (Kluwer, 2001), p. 44; A. Kirry, “Arbitrability – Current Trends in Europe”, *Arb. Int'l*, 12, 1996, p. 373; H. Arfazadeh, “Arbitrability under the New York Convention – The Lex Fori Revisited”, *Arb. Int'l*, 17, 2001, p. 73.

⁹⁹ *Vid.*, sin embargo, I. Bantekas, “The Foundations of Arbitrability in International Commercial Arbitration”, *Australian Yearb. Int'l L.*, 27, 2008, pp. 193 ss, esp. pp. 197 ss (“aunque la legislación penal de algunos países musulmanes consiente la privatización de algunos aspectos particulares del derecho penal bajo las normas de orden público mediante el pago del precio de la sangre, no considera, sin embargo, arbitrable la perpetración de otros crímenes, que quedan extraídos del dominio público”). (La traducción es “nuestra”).

¹⁰⁰ *Vid. v.gr.*, J. Mante, “Arbitrability and public policy: an African perspective”, *Arb. Int'l*, 2016, 1 pp. 4 ss esp. pp. 11 ss.

¹⁰¹ Pero *vid.* J. Mante, nota anterior, pp. 12 ss, refiriéndose a las normas de arbitraje de algunos países africanos, donde se permite la resolución arbitral de disputas matrimoniales y de divorcio.

¹⁰² P. Bernardini, “The Problem of Arbitrability in General”, en E. Gaillard y D. Di Pietro (eds.), *The New York Convention in Practice* (Cameron May, 2008), pp. 503 ss, esp. p. 509 (señalando que la resistencia inicial al arbitraje ha dado paso a su aceptación como mecanismo de resolución de disputas que ofrece protecciones comparables a las brindadas por el orden judicial); BGH (2004) NZG, 905 (“Sin embargo, el legislador al adoptar el Acto de Redefinición de los Procedimientos Arbitrales considera el arbitraje como una forma jurídica de protección cuya cobertura resulta asimilable a la de los órganos judiciales, que solo entrarán en acción cuando el Estado tenga el monopolio de decidir sobre ciertas disputas en interés de situaciones jurídicas particularmente dignas de protección [...]”). (La traducción es nuestra). Sobre los enfoques respecto del orden público, *ver* también F. Ghodoosi, *International Commercial Law: International Dispute Resolution and the Public Policy Exception* (Routledge, 2016), p. 61.

de que las reclamaciones incluyan cuestiones de orden público¹⁰³. Lo anterior quedó de manifiesto en el famoso asunto *Mitsubishi v. Soler Chrysler–Plymouth*¹⁰⁴, donde el Tribunal Supremo de los EE UU declaró que las reclamaciones de antitrust resultaban arbitrables a pesar del interés público existente de que la aplicación de las normas anti-trust se vea protegida en el marco de un procedimiento judicial. El Tribunal alcanzó esta conclusión sobre la base de que los órganos judiciales mantienen la oportunidad de examinar la compatibilidad de un laudo arbitral con el orden público en la fase de anulación o de ejecución. Por tanto, no puede presumirse que un tribunal arbitral fracasará en el intento de tener en cuenta consideraciones de orden público, y por consiguiente, no se les debe impedir *a priori* que decidan sobre temas que tengan connotaciones de orden público¹⁰⁵.

Un enfoque similar se refleja en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (“CJUE”), *Nordsee*¹⁰⁶. En dicha sentencia, el Tribunal concluyó que el derecho de la Unión Europea debe respetarse en el conjunto de la Unión Europea. No obstante, el Tribunal sostuvo que ello no excluye la arbitrabilidad de las disputas que impliquen cuestiones de Derecho de la Unión Europea. Por el contrario, es suficiente con que los órganos judiciales que ejerzan las funciones supervisorias o de asistencia en relación a los procedimientos de arbitraje, también controlen la aplicación del Derecho de la Unión Europea¹⁰⁷. Lo anterior fue confirmado posteriormente por la sentencia

¹⁰³ F. Ragno, “Inarbitrability: A Ghost Hovering over Europe?”, en F. Ferrari (ed.), *Limits to Party...*, *op. cit.*, pp. 127 ss, esp. p. 130.

¹⁰⁴ *Mitsubishi v. Soler Chrysler–Plymouth*, 473 U.S. 614 (1985) (“Una vez consentido el arbitraje, los órganos judiciales de los EE UU mantienen la posibilidad de asegurar los intereses legítimos relacionados con la aplicación de la normativa antitrust en la fase de ejecución del laudo arbitral”). (La traducción es nuestra).

¹⁰⁵ F. Ragno, “Inarbitrability: A Ghost Hovering over Europe?”, en F. Ferrari (ed.), *Limits to Party...*, *op. cit.*, pp. 127 ss, esp. p. 145); *contra Accentuate Ltd. v. Asigra Inc.* [2009] EWHC 2655 (QB); Tribunal de Apelación Múnich, 17 mayo 2006, *IPRax*, 2007, p. 322.

¹⁰⁶ TJUE, asunto C–102/81, *Nordsee Deutsche Hochseefischerei GmbH v Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG and Reederei Friedrich Busse Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG*, sentencia de 23 marzo 1982.

¹⁰⁷ TJUE, asunto C–102/81, nota anterior, para. 14: “Como ha recordado el Tribunal de Justicia en su sentencia de 6 octubre 1981, *Broekmeulen* (246/80, Rec. p. 2311), el Derecho comunitario debe ser respetado íntegramente en el territorio de todos los Estados miembros; por lo tanto, las partes de un contrato no son libres para desviarse del mismo. Desde este punto de vista, procede llamar la atención sobre el hecho de que, si un arbitraje convencional suscita cuestiones de Derecho comunitario, los órganos judiciales ordinarios podrían tener que examinar estas cuestiones, bien en el marco de la asistencia que prestan a los tribunales arbitrales, especialmente para asistirles en ciertos actos procesales o para interpretar el Derecho aplicable, bien en el marco del control del laudo arbitral, de mayor

Eco Swiss, en la que el TJUE sostuvo que el incumplimiento de algunas disposiciones obligatorias de derecho de la competencia europeo podría llevar a la vulneración del orden público¹⁰⁸.

3. Políticas de orden público

A diferencia de la ley sobre la arbitrabilidad que exime categóricamente ciertas cuestiones del arbitraje¹⁰⁹, el análisis del orden público tiene un efecto diferente en los procedimientos arbitrales. Así, las políticas de orden público se limitan a someter el resultado del procedimiento arbitral a una forma específica de control *ex post*. El presente artículo no entrará en un análisis minucioso de los límites concretos de este control, que ya fueron discutidos en otra parte¹¹⁰. En su lugar, examinaremos hasta qué punto el análisis del orden público genera una limitación a la autonomía de las partes.

A estos efectos, es importante señalar que la esencia del orden público es la protección de los intereses generales en sentido amplio¹¹¹; intereses que pueden estar relacionados con la vida social y económica, con las nociones básicas de moralidad y justicia o con los principios fundamentales del Derecho¹¹². El orden público no es un vehículo que

o menor entidad según el caso, que les corresponde en caso de que se interponga un recurso de apelación, un recurso de oposición, un recurso relativo al ejecutur o cualquier otro recurso admitido por la legislación nacional aplicable.”

¹⁰⁸ STJUE 1 junio 1999, asunto C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd. v. Benetton International NV*.

¹⁰⁹ D. Quinke, “Objective Arbitrability”, en R. Wolff (ed.), *The New York Convention...*, *op. cit.*, pp. 380 ss, esp. p. 382.

¹¹⁰ *Ver, v.gr.*, G. Born, *International Commercial Arbitration* (Kluwer, 2014), pp. 3646 ss; F. Ghodoosi, *International Dispute Resolution and the Public Policy Exception* (Routledge, 2016); K.H. Böckstiegel, “Public Policy and Arbitrability”, en P. Sanders et al. (eds.), *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration* (ICCA Congress Series, 1986), pp. 177 ss, esp.p. 178; R. Wolff, “Public Policy”, en R. Wolff (ed.), *The New York Convention...*, *op. cit.*, pp. 402 ss.

¹¹¹ *Vid.* J. Paulsson, *The idea of arbitration* (OUP, 2013), p. 105 (Muchas de las limitaciones [al establecimiento de un sistema de justicia privada] son cuestiones fundamentales de derecho que reflejan los valores básicos de una sociedad –como el derecho a un tribunal imparcial, la aversión al engaño y a la opresión, y el deseo de erradicar conductas especialmente graves como por e.j. el tráfico de drogas o la esclavitud”). (La traducción es nuestra).

¹¹² F. Ghodoosi, *International Commercial Law: International Dispute Resolution and the Public Policy Exception* (Routledge, 2016), pp. 63 ss. *Vid.* también *Parsons & Whittemore Overseas v. Société Générale de l’Industrie du Papier (RAKTA)*, sentencia del Tribunal de Apelación, Segundo Circuito, de fecha 23 diciembre 1974, 508 F.2d 969 (“La ejecución de un laudo arbitral extranjero puede denegarse sobre [la base del orden público] solo cuando la ejecución pueda llevar a infringir las nociones más básicas de moralidad y justicia del Estado con jurisdicción”). (La traducción es nuestra); *Traxys Europe S.A. v. Balaji Coke Industry Pvt Ltd.*, Tribunal Federal, Australia, 23 marzo 2012,

sirva para implementar todos los intereses del público en general¹¹³. En su lugar, se orienta a prevenir externalidades negativas que podrían afectar al público en general¹¹⁴. Si, por ejemplo, un tribunal arbitral yerra al aplicar las normas jurídicas que resultan obligatorias en un procedimiento judicial, ello no constituye automáticamente una violación del orden público¹¹⁵. Lo anterior es un reflejo de que el tribunal arbitral es un actor privado cuya aplicación inadecuada de la ley puede ser tolerada por los sistemas legales. La evaluación es diferente si el resultado provoca la infracción de ciertas nociones fundamentales de justicia –*v.gr.*, cuando la parte dispositiva del laudo ordena una acción que está prohibida bajo el sistema jurídico correspondiente–. En estos casos, los sistemas legales pueden optar por no reconocer los efectos jurídicos derivados del laudo arbitral. Por tanto, el orden público actúa como una “válvula de escape”¹¹⁶ o como una “excusa que lo abarca todo”¹¹⁷.

[2012] FCA 276 (“[S]on solo las cuestiones de interés general que afecten a las cuestiones de base de la moralidad y la justicia [en] la jurisdicción [donde se solicita la ejecución] dan lugar a una excepción particular a la ejecución del laudo”). (La traducción es nuestra); *Hebei Import & Export Corp. v. Polytek Engineering Co. Ltd.*, Tribunal Supremo, Hong Kong, 9 febrero 1999, [1999] 2 HKC 205 (constatando la violación del orden público cuando el laudo es “tan ofensivo frente a las nociones fundamentales de justicia [en la jurisdicción de ejecución] que, a pesar de ser parte en la Convención, no sería razonable pasar por alto la objeción”). (La traducción es nuestra); Tribunal Supremo de Suiza, 10 octubre 2011, 5A_427/2011 (que considera como una violación del orden público “los casos en los que un [laudo arbitral] desatiende valores esenciales y generalmente aceptados que, de acuerdo con las concepciones reinantes en Suiza, deben constituir las bases de cualquier orden jurídico”). (La traducción es nuestra); *Agence pour la sécurité e la navigation aérienne en Afrique et à Madagascar v. M. N'Doye Issakha*, París Tribunal de Apelación, 16 octubre 1997, Caso No. 96/84842 (definiendo el orden público como “el cuerpo de normas y valores cuya violación no es tolerable bajo el sistema normativo francés incluso en situaciones de carácter internacional”). (La traducción es nuestra). La decisión se encuentra disponible en: www.newyorkconvention1958.org.

¹¹³ Vid. también G. Cordero Moss, “Limitations on Party Autonomy in International Commercial Arbitration”, *Recueil des Cours*, t. 372, 2014, pp. 140 ss, esp. pp.175 ss) (señalando que en el contexto internacional “el orden público es negativo y se limita a aquellos principios que son fundamentales y que el juez no puede ignorar incluso cuando la cuestión discutida tenga carácter internacional” frente a “garantizar la aplicación de las disposiciones imperativas del orden legal” como una función más amplia del orden público). (Las traducciones son nuestras).

¹¹⁴ M. Renner, “Constitutionalization of International Commercial Arbitration”, en W. Mattli y T. Dietz (eds.), *International Arbitration and Global Governance: Contending Theories and Evidence* (OUP, 2014), pp. 118 ss, esp. pp. 139 ss.

¹¹⁵ Vid. D. Di Pietro, “Forum Shopping and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: Notes on Public Policy”, en F. Ferrari (ed.), *Forum Shopping... op. cit.*, pp. 297 ss, esp. p. 301; E. Gaillard/J. Savage (eds.), *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration* (Kluwer 1999), p. 995.

¹¹⁶ M.A. Garza, “When is Cross-Border Insolvency Recognition Manifestly Contrary to Public Policy”, *Fordham Int'l L. J.*, 38, 2015, pp. 1587 ss, esp. p. 1606; F.D. Strelbel, “The

Otra característica estructural del análisis del orden público es que su noción puede variar entre las distintas jurisdicciones. Aunque ha habido intentos de identificar las características comunes del orden público en las distintas jurisdicciones –lo que se conoce como “políticas de orden público transnacional”¹¹⁸–, ello no puede identificarse con la noción recogida bajo el art. V.2º.b) CNY de orden público (internacional) del Estado específico donde se pretende la ejecución¹¹⁹. En esencia, el orden público es un concepto de carácter nacional. La Convención de Nueva York simplemente demarca los límites externos de lo que los Estados deben definir como “orden público”¹²⁰. Por tanto, la conclusión que puede extraerse es que el orden público constituye una limitación de la autonomía de las partes en interés del público en general. Sin embargo, se trata de un interés relativo que puede variar en función de la jurisdicción en cuestión¹²¹.

Enforcement of Foreign Judgments and Foreign Public Law”. *Loy. L.A. Int’l & Comp. L. J.*, 21, 1999, pp. 55 ss, esp. p. 66; K.J. Tolson, “Punitive Damage Awards in International Arbitration: Does the Safety Valve of Public Policy Render Them Unenforceable in Foreign States”, *Loy. L.A. L. Rev.*, 20, 1987, p. 455; R. Wolff, en R. Wolff (ed.), *The New York Convention...*, *op. cit.*, Article V, nº 490.

¹¹⁷ K.J. Tolson, “Punitive Damage Awards in International Arbitration: Does the Safety Valve of Public Policy Render Them Unenforceable in Foreign States”, *Loy. L.A. L. Rev.*, 20, 1987, pp. 455 ss, esp. p. 507.

¹¹⁸ *Vid.* F. Mantilla Serrano, “Towards a Transnational Procedural Public Policy”, *Arb. Int’l*, 20, 2004, p. 333; A. Redfern, ‘Comments on Commercial Arbitration and Transnational Public Policy’, en J. van den Berg (ed.), *International Arbitration 2006: Back to Basics?* (Kluwer, 2007), p. 871.

¹¹⁹ *Vid.* D. Di Pietro, Forum Shopping and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: Notes on Public Policy, en F. Ferrari (ed.), *Forum Shopping...*, *op. cit.*, pp. 297 ss, esp. p. 300 (“al identificar lo que constituye el orden público a los efectos del art. V.2º.b) CNY, debe tenerse en cuenta la política internacional de orden público incluida en el derecho doméstico del país donde se pretende la ejecución del laudo. En otras palabras, las disposiciones domésticas fundamentales de orden público, excluyéndose las disposiciones que tengan un carácter eminentemente doméstico y menos contundente”). (La traducción es nuestra).

¹²⁰ R. Wolff, “Public Policy”, en R. Wolff (ed.), *The New York Convention...*, *op. cit.*, pp. 402 ss, esp. pp. 409 ss, afirmando que el art. V.2º.b) CNY prohíbe una definición del orden público en un sentido que reste importancia a la Convención de Nueva York o lleve a eludir algunas disposiciones de la misma; *ver* también D. Di Pietro, Forum Shopping and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: Notes on Public Policy, en F. Ferrari (ed.), *Forum Shopping...*, *op. cit.*, pp. 297 ss, esp. p. 301.

¹²¹ Por ejemplo, los tribunales de las distintas jurisdicciones mantienen diversas posturas respecto a si el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral que ordena el resarcimiento de daños punitivos resulta contrario al orden público. *Vid.* M. Petsche, “Punitive Damages in International Commercial Arbitration: Much Ado about Nothing?”, *J. Int’l Arb.*, 29, nº 1, 2013, pp. 89 ss.

IV. Límites a la autonomía de las partes en interés de los árbitros

Dejando al margen las limitaciones de la autonomía de las partes en interés de las partes y del público en general, también pueden mencionarse las limitaciones a la autonomía de las partes orientadas a proteger los intereses de los árbitros –incluso si estas últimas solamente son legítimas cuando se vinculan a su vez a la finalidad más amplia de mantener el arbitraje como un medio viable para la resolución de disputas¹²². Las limitaciones a la autonomía de las partes derivadas de las relaciones entre las partes y los árbitros surgen del hecho que las partes no tienen un control ilimitado respecto la delegación del poder adjudicatorio en los árbitros (*ver* 1.) ni respecto el ejercicio de dicho poder adjudicatorio por los árbitros (*ver* 2.).

1. Control limitado sobre la delegación de las competencias adjudicatorias

En relación al control de las partes sobre la delegación de las competencias adjudicatorias en los árbitros, el análisis ha puesto su acento tradicionalmente en el acuerdo arbitral, y en consecuencia, en la autonomía de las partes en tanto que pilar del arbitraje¹²³. Sin embargo, ello no puede llevar a concluir que cada manifestación de las competencias adjudicatorias ejercidas por los árbitros esté relacionada con una articulación específica de la delegación de dichas competencias por las partes en los árbitros.

En primer lugar, cabe recordar que la delegación de las competencias adjudicatorias en el acuerdo de arbitraje no tiene más consecuencias que el establecimiento de un sistema legal donde el acuerdo arbitral pueda surtir efectos¹²⁴. El papel del sistema legal no se limita a

¹²² Vid. también D.P. Fernández Arroyo, “Arbitrators’ Procedural Powers. The Last Frontier of Party Autonomy?”, en F. Ferrari (ed.), *Limits to Party... op. cit.*, p.199; M. de Boisseson, “New Tensions between Arbitrators and Parties in the Conduct of the Arbitral Procedure”, *Rev. Bras. Arb.*, 4, 2007–2008, p. 68; M. Pryles, “Limits to Party Autonomy in Arbitral Procedure”, *J. Int’l Arb.*, 24, 2007, p. 327; J.D.M. Lew, “The Tribunal’s Right and Duties: Why they should be more involved in the Arbitral Process”, en *Dossier of the ICC Institute of World Business Law: Players’ Interaction in International Arbitration* (International Chamber of Commerce, 2012), p. 11.

¹²³ Vid., *v.gr.*, N. Blackaby and C. Partasides with A. Redfern and M. Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration* (OUP, 2009), pp. 87 ss.

¹²⁴ Vid. *Coppée Levalin NV v. Ken–Ren Fertilisers and Chemicals* [1994] 2 *Lloyd’ Rel* (109) (refiriéndose al arbitraje como un sistema consensual de resolución de disputas independiente del orden judicial pero que no obstante requiere el apoyo de los tribunales:

aprobar las competencias adjudicatorias tal y como se articulan en el acuerdo arbitral. En algunos casos, el sistema legal es la fuente exclusiva del poder adjudicatorio ejercido por los árbitros. Por tanto, el sistema legal reconoce habitualmente que los tribunales arbitrales son competentes para decidir sobre su propia jurisdicción incluso en situaciones en las que el acuerdo arbitral resulta inválido. Lo anterior se deriva del principio mencionado más arriba competencia–competencia conforme al cual el tribunal arbitral ostenta autoridad adjudicatoria para decidir la jurisdicción también en situaciones en las que una de las partes contesta la jurisdicción del tribunal arbitral¹²⁵. En situaciones en las que una de las partes se opone legítimamente a la jurisdicción del tribunal arbitral sobre la base de que el acuerdo arbitral no es válido, el principio de competencia–competencia es la única fuente de los poderes adjudicatorios del árbitro para decidir sobre su jurisdicción. Por consiguiente, en dichas situaciones, no es la atribución autónoma de competencia de las partes a un tribunal arbitral la que constituye la base de la jurisdicción del tribunal arbitral¹²⁶.

Además de la situación especial de las decisiones judiciales basadas en el principio de competencia–competencia, los tribunales arbitrales ejercen toda una serie de poderes que no están explícitamente definidos en el acuerdo arbitral. La mayoría de acuerdos arbitrales son extremadamente breves y no atienden en detalle a los poderes que pueden ejercer los árbitros¹²⁷. Si acaso, lo hacen indirectamente al referirse a un conjunto de reglas arbitrales o a una sede de arbitraje que a su vez conlleva la aplicación de normas arbitrales específicas. Estas normas de arbitraje o las normas de arbitraje aplicables pueden reconocer expresa o implícitamente las competencias adjudicatorias de los árbitros¹²⁸. Muy a menudo, estas normas contienen disposiciones ge-

“Por un lado, el concepto de arbitraje en tanto que proceso consensual reforzado por la idea del transnacionalismo se distancia de los tribunales municipales. Por otro lado, lo cierto es que, guste más o no, son tan solo los órganos judiciales los que ostentan de los poderes coercitivos necesarios para socorrer al arbitraje en el caso de corra algún riesgo”. (La traducción es nuestra).

¹²⁵ *Vid.* el texto acompañando las notas 61 ss.

¹²⁶ *Vid.* también S. Kröll, “Party Autonomy in relation to Competence–Competence”, en F. Ferrari (ed.), *Limits to Party...*, *op. cit.*, p. 165.

¹²⁷ El modelo de la cláusula de arbitraje de la CCI, por ejemplo, dispone, “Todas las controversias que deriven del presente contrato o que guarden relación con éste serán resueltas definitivamente de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional por uno o más árbitros nombrados conforme a este Reglamento”.

¹²⁸ Sobre los poderes de los árbitros, *vid.* también P.A. Karrer, “Freedom of an Arbitral Tribunal to Conduct Proceedings”, *ICC Int’l Ct. Arb. Bull.*, 10, 1999, p. 14; E.A. Schwartz, “The Rights and Duties of ICC Arbitrators”, *Special Supplement 1995: The Status of the Arbitrator* (International Chamber of Commerce, 1995), p. 67.

nerales que otorgan a los árbitros la facultad discrecional de llevar a cabo los procedimientos que consideren apropiados¹²⁹. Más allá de esto, se considera que algunas facultades son inherentes al ejercicio de cualquier función adjudicatoria¹³⁰. Según el Tribunal de Reclamaciones Irán–EE UU, las facultades inherentes incluyen “aquellos poderes que no se conceden explícitamente al tribunal sino que deben considerarse como una consecuencia necesaria de la intención fundamental de las partes de crear una institución con naturaleza judicial”¹³¹. Algunas decisiones pueden adoptarse sobre la base de estos poderes inherentes. La jurisprudencia incluye ejemplos de decisiones sobre la divulgación de terceros financiadores¹³², medidas para mantener la integridad de los procedimientos¹³³ o sobre la reconsideración de las decisiones¹³⁴. En todas estas situaciones, los tribunales arbitra-

¹²⁹ *Vid.*, v.gr., arts. 19, 22 Regl. CCI; art. 17 Regl. UNCITRAL (2010); art. 19 Ley Modelo UNCITRAL sobre el Arbitraje Comercial Internacional.

¹³⁰ International Law Association, Report for the Biennial Conference in Washington D.C. (2014), disponible en: [<http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/1034>] (consultado por última vez el 12 febrero 2017).

¹³¹ *Islamic Republic of Iran v. United States of America*, IUSCT Casos Nos. A3, A8, A9, A14 and B61, Decisión No. DEC 134–A3/A8/A9/A14/B61–FT, para. 59 (1 July 2011) (citando a David D. Caron, et al., *The UNCITRAL Arbitration Rules – A Commentary* (OUP, 2006), p. 915 (se omiten las comillas)). (La traducción es nuestra)

¹³² *Muhammet Cap & Sehil Insaat Endustri ve Ticaret Ltd. Sti. v. Turkmenistan*, ICSID Caso No. ARB/12/6, Orden Procesal No. 3, 12 junio 2015, para. 6 (“Como se ha señalado en la § 9 de la Orden Procesal No. 2 el tribunal considera que ostenta los poderes inherentes necesarios para pronunciar las órdenes de la naturaleza requerida [i.e. revelación de la financiación por parte de terceros] cuando sea necesario para preservar los derechos de las partes y la integridad del procedimiento”). (La traducción es nuestra).

¹³³ *ConocoPhillips Petrozuata B.V., ConocoPhillips Hamaca B.V. and ConocoPhillips Gulf of Paria B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Caso No. ARB/07/30, Decisión sobre la solicitud de reconsideración por parte del demandado, Opinión particular de Georges Abi Saab, 10 marzo 2014, para. 56 (“Por tanto, la jurisdicción inherente de cualquier cuerpo u órgano se deriva del simple hecho de poseer una función adjudicatoria. [...] Es precisamente en el cumplimiento de esta función y del deber de salvaguardar la credibilidad e integridad de su función adjudicatoria donde radica el poder de un tribunal para reconsiderar una decisión previa, –ya sea interlocutoria o no, ya sea final o no, y con independencia de que la reconsideración esté prevista en la normativa o no, es decir, sin importar ninguna de estas distinciones– cuando el tribunal es consciente de que ha cometido un error de derecho o de hecho que le ha llevado a extraviar sus conclusiones, o en situaciones que tengan los mismos efectos como son la aparición de nuevas pruebas o un cambio de las circunstancias”). (La traducción es nuestra); *Libananco Holdings Co Ltd v Turkey*, ICSID Caso n° ARB/06/8, Decisión Preliminar, 23 junio 2008 para. 78 (“El tribunal no duda por un momento de que, como cualquier otro tribunal internacional, esté dotado de los poderes inherentes necesarios para preservar la integridad del procedimiento”). (La traducción es nuestra).

¹³⁴ VIII United Nations Reports of International Arbitral Awards 160 (2006), 189–190, (“Cualquier tribunal ostenta los poderes inherentes necesarios para la reapertura y revisión de un laudo motivado por fraude. Si está capacitado para corregir sus propios errores

les ejercen poderes que no le han sido explícitamente atribuidos por las partes. Sin duda, las partes pueden limitar algunas de estas facultades por medio de un acuerdo explícito. Sin embargo, este “consenso negativo” por el que se acuerda no otorgar a los árbitros determinadas competencias será difícil de alcanzar una vez surgida la disputa, dado que los intereses de las partes suelen diferir considerablemente en ese momento. Esta variación del consenso positivo al consenso negativo constituye una limitación a la autonomía de las partes.

El control de las partes sobre la delegación de autoridad adjudicadora en los árbitros también lo limita el hecho que los árbitros sólo presten sus servicios bajo determinadas condiciones. A veces, en los procedimientos arbitrales *ad hoc*, estas condiciones se documentan en un contrato de arbitraje por escrito¹³⁵. En arbitraje institucional, estos contratos son contraídos de manera tácita¹³⁶. En virtud de estos contratos arbitrales, los árbitros tienen derecho a percibir una remuneración por las prestaciones realizadas y, por lo general, sólo están obligados a prestar los servicios de resolución de controversias de acuerdo con las estipulaciones contenidas en el contrato arbitral. Por lo tanto, las partes no pueden decidir de manera autónoma en qué condiciones pueden beneficiarse de los servicios de los árbitros. Ello depende más bien de los términos contractuales acordados con los árbitros. En definitiva, las partes no tienen un control ilimitado sobre la delegación de la autoridad en los árbitros, al menos no después de que se concluya el contrato con los árbitros.

y fallos, *a fortiori* también podrá, mientras mantenga jurisdicción sobre la causa, corregir los errores en los que haya incurrido debido al fraude o engaño”); (la traducción es nuestra) *Biloune and Marine Drive Complex Ltd v Ghana Investments Centre and the Government of Ghana*, 95 I.L.R. (1990), p. 184 (“[U]n tribunal o un órgano judicial, incluido el presente tribunal arbitral, tiene el poder inherente suficiente para decidir, sobre la base de pruebas fehacientes y presentadas a tiempo, que sus determinaciones anteriores fueron fruto de testimonios falsos, documentos falsificados, u otros “fraudes de naturaleza flagrante cometidos ante el tribunal” [...] Indudablemente, si el fraude o engaño en las pruebas pudiese llevar a un tribunal internacional o nacional a invalidar o rechazar la ejecución del laudo, con mayor razón este tribunal puede, igualmente y en la medida en que mantenga jurisdicción sobre la disputa, adoptar las acciones correctoras necesarias”). (La traducción es nuestra).

¹³⁵ Vid. J.D.M. Lew *et al.*, *Comparative International Commercial Arbitration* (Kluwer, 2003), p. 276.

¹³⁶ Vid. G. Born, *International Commercial Arbitration* (Kluwer, 2014), p. 1967. Es posible que exista un acuerdo adicional entre los árbitros y la institución arbitral; vid. J.F. Poudret y S. Besson, *Comparative law of international arbitration* (Sweet & Maxwell, 2007), p. 370.

2. Control limitado sobre el ejercicio del poder adjudicatorio

Algunas observaciones similares pueden realizarse en el marco del control de las partes sobre el ejercicio de las competencias adjudicatorias por los árbitros. Si bien las partes pueden adaptar en gran medida el desarrollo del procedimiento¹³⁷, no puede decirse que disfruten de un control ilimitado respecto de las modalidades en las que los árbitros pueden ejercer sus funciones. Ello es indiscutible en el caso de los acuerdos entre las partes que son contrarios a las disposiciones imperativas en favor del interés público¹³⁸. Por tanto, si las partes acuerdan que tan solo una de ellas tiene el derecho a nombrar a los árbitros, el acuerdo no será aplicable dado que infringe el principio fundamental de igualdad entre las partes¹³⁹. Más allá de esto, la situación se complica. ¿Qué sucede, por ejemplo, en el caso de que después de la conclusión del contrato arbitral, las partes acuerden la presentación de observaciones escritas durante un período superior a una década? ¿Debería un tribunal arbitral respetar dicho acuerdo? ¿Qué sucede en un escenario en el que ambas partes quieren escuchar el testimonio de un testigo que el tribunal considera irrelevante para la resolución del asunto? ¿Está obligado el tribunal arbitral a interrogar estos testigos?¹⁴⁰. Existen distintos puntos de vista en relación a estas cuestiones.

Algunos autores y ponentes consideran que, en determinadas circunstancias, los árbitros no deben respetar los acuerdos de las partes. Gary Born, por ejemplo, sugiere que los tribunales arbitrales pueden, en circunstancias excepcionales, anular el acuerdo de las partes sobre la base de que los procedimientos fijados resultan “ineficaces, innecesarios, menos efectivos, o menos justos que un enfoque alternativo”¹⁴¹.

¹³⁷ Como ha señalado un tribunal en los EE UU, “a falta de autorizar un juicio por ordaña o un duelo, o más difícilmente, autorizar un panel formado por monos, las partes pueden acordar cualquier procedimiento que ellas estimen conveniente para gobernar el arbitraje de sus disputas; las partes son libres para especificar los términos y la estructura del arbitraje, en la misma manera en la que lo son para decidir sobre cualquier otra disposición del contrato”. *Ahmad Baravati v. Josephthal, Lyon & Ross, Incorporated, and Peter Sheib*, 28 F.3d 704 (7th Cir. 1994).

¹³⁸ G. Born, *International Commercial Arbitration* (Kluwer, 2nd ed., 2014) p. 2139; M. Pryles, “Limits to Party Autonomy in Arbitral Procedure”, *J. Int'l Arb.*, 24, 2007, pp. 327 ss, esp. p. 335.

¹³⁹ Ver BGH NJW 1999, 282, decisión de 24 septiembre 1998; C. Borrís y R. Hennecke, en R. Wolff (ed.), *The New York Convention...*, *op. cit.*, Article V, n^o 282.

¹⁴⁰ Para más ejemplos, ver D.P. Fernández Arroyo, “Arbitrator’s Procedural Powers...”, *loc. cit.*, pp. 199 ss, esp. pp. 217 ss.

¹⁴¹ G. Born, *International Commercial Arbitration* (Kluwer, 2nd ed., 2014), p. 2153.

A favor de esta opinión, Born sostiene que las partes no pueden coartar la discrecionalidad de la que disfrutaban los árbitros para tramitar un procedimiento de la manera que estimen más apropiada¹⁴². En la misma línea, James Carter estima que los árbitros gozan de facultades implícitas para tramitar los procedimientos con celeridad y de manera justa, incluso en contra de la voluntad de ambas partes¹⁴³. Dicho autor pone como ejemplo las situaciones en las que las partes acuerdan practicar diligencias que resultan ineficientes y excesivamente costosas. En estas situaciones, el autor considera que el tribunal arbitral está facultado para ignorar las decisiones adoptadas por las partes¹⁴⁴. Otros autores alcanzan esta misma conclusión al destacar los elementos judiciales del arbitraje. Estos elementos judiciales podrían compararse con los poderes inherentes de los árbitros que no pueden ser restringidos por las partes¹⁴⁵.

Los defensores del planteamiento contrario alegan que los árbitros están obligados en principio a respetar los acuerdos de las partes, a

¹⁴² *Ibid.*, p. 2152. (“Teniendo en cuenta la autonomía procesal de las partes, una vez que ejerzan dicha autonomía concediendo autoridad procesal a un tribunal arbitral, y nombren al tribunal de acuerdo con dichas normas, no podrán modificar su acuerdo posteriormente sin el consentimiento de los árbitros”). (La traducción es nuestra).

¹⁴³ J.H. Carter, “The Rights and Duties of the Arbitrator: Six aspects of the Rule of Reasonableness”, *ICC Special Supplement 1995: The Status of the Arbitrator* (International Chamber of Commerce, 1995), pp. 30 ss (“Lo más prudente es que, siempre y cuando sea posible, el árbitro siga el procedimiento acordado por las partes, incluso cuando opere bajo disposiciones más flexibles como las Normas Internacionales de la AAA. Sin embargo, de dichas normas se desprende implícitamente que el árbitro tiene derecho a imponer determinados procedimientos en interés de la celeridad y la justicia, siempre y cuando lo haga de manera prudente y presumiblemente no con demasiada frecuencia, incluso cuando ambas partes (o con mayor frecuencia, ambas defensas) puedan desear distintos procedimientos”). (La traducción es nuestra).

¹⁴⁴ J.H. Carter, nota anterior, pp. 24 ss.

¹⁴⁵ C. Jarrosson, “Note – Cour de cassation (1re Ch. Civile) 8 marzo 1988 – *Sociétés Sofidif et autres v. O.I.A.E.T.I.*”, *Rev. arb.*, 1989, pp. 481 ss, esp. p. 486. (“El otro límite está vinculado al componente jurisdiccional del arbitraje: las partes pueden delimitar la misión de los árbitros en la medida en la que, al hacerlo, no menoscaben la libertad mínima necesaria que todo juez debe disponer para poder ejercer las facultades de juez”) (La traducción es nuestra). E. Gaillard y J. Savage, *Fouchard, Gaillard, Goldman on International commercial arbitration* (Kluwer, 1999) p. 627 (“Aunque deban cumplir con el acuerdo de arbitraje y las normas de procedimiento, no están subordinados a las partes en la administración del procedimiento arbitral”). (La traducción es nuestra). M. Pryles, “Limits to Party Autonomy in Arbitral Procedure”, *J. Int'l Arb.*, 24, 2007, pp. 327 ss, esp. p. 332 (“Si bien el art. 19 confiere un amplio margen de discreción a las partes para acordar el procedimiento arbitral, deben hacerlo bajo las presunciones razonables que los árbitros puedan ostentar en el momento de aceptar su mandato. En otras palabras, se da por hecho que cualquier acuerdo de las partes sobre el procedimiento arbitral se inscribirá dentro de los parámetros de lo habitual de un arbitraje comercial ante un tribunal arbitral”). (La traducción es nuestra).

menos que ello conlleve una infracción de normas imperativas. Sin embargo, incluso estos autores son conscientes de que los árbitros están capacitados para renunciar a su cargo en el caso de que se enfrenten a un acuerdo de procedimiento imprevisto que se desvíe del contrato de árbitro¹⁴⁶. Este planteamiento toma su inspiración de los trabajos preparatorios de Ley Modelo de la Uncitral sobre Arbitraje Comercial Internacional (1985) (LMU).

Aunque se ha discutido sobre la necesidad de limitar la obligación de los árbitros a respetar los acuerdos de las partes bajo el art. 19 LMU en las situaciones en las que el acuerdo de las partes fue alcanzado con anterioridad a la constitución del tribunal arbitral, esta sugerencia fue finalmente rechazada. Los autores basaron su decisión en el hecho de que los árbitros siempre podían renunciar a su cargo¹⁴⁷.

Incluso llegando a aceptar que la posición de los árbitros está sujeta al acuerdo entre las partes, ello no puede llevar a concluir que las partes son dueñas del procedimiento a menos que los árbitros renuncien a su cargo. Ello es así dado que las desviaciones del acuerdo de las partes no siempre se sancionan efectivamente. Si bien el art. V.1º.d) CNY establece que la falta de respeto a un acuerdo de las partes puede

¹⁴⁶ Vid. E.A. Schwartz, "The Rights and Duties of ICC Arbitrators", *Special Supplement 1995: The Status of the Arbitrator* (International Chamber of Commerce, 1995), pp. 67 ss, esp. p. 89. Vid. también F. Fry *et al.*, *The Secretariat's Guide to ICC Arbitration* (ICC Publishing, 2012), p. 210; G. Born, *International Commercial Arbitration* (Kluwer, 2nd ed., 2014), p. 2142 (donde el autor reconoce, no obstante, que los árbitros están facultados excepcionalmente para no respetar el acuerdo de las partes).

¹⁴⁷ H.M. Holtzmann y J.E. Neuhaus, *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary*, (Kluwer, 1995) pp. 556 ss ("Una cuestión que fue debatida a fondo durante la redacción del art. 19 fue si debía existir una limitación respecto del momento en que las partes pueden decidir sobre un aspecto del procedimiento. El Secretariado sugirió al Grupo de Trabajo respecto el art. 19 que cualquier acuerdo de las partes sobre el procedimiento arbitral debía ser alcanzado antes del nombramiento del primer o único árbitro. El planteamiento de esta propuesta se basaba en que las normas de procedimiento deben ser claras desde el principio, de manera que un árbitro pueda conocer desde los inicios las normas bajo las cuales se espera que ejerza sus funciones. El Grupo de Trabajo rechazó esta idea al considerar que la libertad de las partes para adoptar un acuerdo sobre el procedimiento "debe ser continua". Así, según la interpretación del Grupo de Trabajo, el párrafo 1 reconoce la continuidad de dicha libertad. [...] [S]e señaló, en este sentido, que en cualquiera de los casos no se puede forzar a los árbitros a aceptar ningún procedimiento con el que no estén de acuerdo, dado que siempre pueden renunciar antes que continuar con términos de procedimiento indeseados. Si la cuestión resulta especialmente preocupante, el momento límite para cualquier acuerdo sobre el procedimiento puede fijarse entre las partes y los árbitros"). (La traducción es nuestra).

llegar a justificar el rechazo de su reconocimiento y ejecución¹⁴⁸, los órganos judiciales disfrutaban de cierta discreción a la hora de reconocer y/o ejecutar y han desarrollado distintas ópticas a este respecto.

Algunos tribunales, por ejemplo, examinan si existe una relación de causalidad entre el incumplimiento del acuerdo entre las partes y el resultado del caso. Este enfoque se refleja, por ejemplo, en una decisión de 2004 del Tribunal de Apelación de Baviera, en la que el Tribunal rechazó denegar el reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral, a pesar de que el tribunal arbitral se había excedido en el plazo para la adopción del laudo que fue acordado por las partes¹⁴⁹.

Según el razonamiento del Tribunal, no existían pruebas de que el tribunal arbitral hubiese podido alcanzar conclusiones distintas si el laudo arbitral hubiese sido adoptado cinco meses antes. Por tanto, no existía un vínculo causal entre el incumplimiento del acuerdo de las partes y el resultado de la decisión. El Tribunal además señaló que la parte acusada había rechazado su derecho a invocar una desviación del acuerdo de las partes dado que no había formulado ninguna objeción en el curso del procedimiento.

Otros tribunales se centran más bien en la gravedad de la desviación del acuerdo de las partes y examinan si esta ha causado un perjuicio sustancial a las partes¹⁵⁰. La decisión en el asunto *China Agribusiness Development Corporation v. Balli Trading* refleja este enfoque¹⁵¹. En este caso, el tribunal arbitral había aplicado un conjunto de normas revisadas de arbitraje que diferían de las que habían sido identificadas explícitamente en el acuerdo de las partes. De acuerdo con el tribunal encargado del execuátur, ello no constituía una desviación relevante del acuerdo de las partes, ya que el acuerdo inicial podía interpretarse en el sentido de referirse a las normas de la institución pertinente que estaban en vigor en el momento en el que fue iniciado el arbitraje¹⁵². Además de lo anterior, el Tribunal indicó que la desviación del acuerdo de las partes únicamente podría justificar la denegación del reconocimiento y ejecución en el caso de que la parte

¹⁴⁸ Respecto a interpretación del art. V.1º.d) de la Convención de Nueva York, ver C. Borris y R. Hennecke, en R. Wolff (ed.), *The New York Convention...*, op. cit., Art. V, nºs 308 ss.

¹⁴⁹ Tribunal de Apelación de Bavaria, 23 septiembre 2004, (2009) BeckRS 21310.

¹⁵⁰ Vid. C. Borris y R. Hennecke, en R. Wolff (ed.), *The New York Convention...*, op. cit., art. V, nºs 319 ss (donde los autores critican el test de gravedad).

¹⁵¹ *China Agribusiness Development Corporation v. Balli Trading*, Alto Tribunal de Justicia, Queen's Bench Division (Tribunal Comercial), 20 enero 1997, *Yearb. Comm. Arb.*, XXIV, 1999, p. 732.

¹⁵² *Id* en para. 13.

hubiese sufrido un perjuicio suficiente¹⁵³. Algunos tribunales de EE UU han adoptado una visión similar al examinar si la infracción procesal provoca un perjuicio sustancial¹⁵⁴.

En cambio, algunos tribunales han anulado laudos arbitrales por el mero hecho de que infringían el acuerdo entre las partes y se han abstenido a la hora de analizar el impacto de la gravedad de la infracción. En *Polimaster Ltd. et al. v. RAE Systems, Inc.*, por ejemplo, el tribunal arbitral se enfrentó con un acuerdo arbitral concluido entre la empresa bielorrusa Polimaster y la empresa americana RAE, conforme el cual la sede de arbitraje debía ser la ubicación geográfica donde tuvieran lugar las principales actividades comerciales del demandado¹⁵⁵. Cuando RAE presentó una contrademanda frente a la demanda inicial de Polimaster en California, ésta última afirmó que la sede de arbitraje de la contrademanda debía ser Bielorrusia. El árbitro decidió de manera conjunta sobre ambas solicitudes señalando que sería contrario a las “nociones de justicia, [economía] procesal y eficiencia, [g]estionar una reclamación con defensa afirmativa en un lugar y tramitar simultáneamente una contrademanda prácticamente idéntica a la defensa afirmativa en otro [lugar]”¹⁵⁶. Esta decisión fue finalmente anulada. El tribunal encargado de la anulación señaló que no había ninguna razón para invalidar los acuerdos alcanzados por las partes sobre la base de su ineficiencia. El tribunal señaló que incluso un acuerdo ineficiente debía ser respetado¹⁵⁷. El tribunal también re-

¹⁵³ *Id* en para. 14 ss.

¹⁵⁴ *Vid. Compagnie des Bauxites de Guinee v. Hammermills Inc.*, Tribunal de Distrito de los EE UU, Distrito de Colombia, 29 mayo 1992, *Yearb. Comm. Arb.*, XVIII, 1993, p. 566, para. 11 (“El tribunal no debe creer que el art. V.1º.d) se dirige a [...] permitir a los tribunales que revisen controlar cada decisión de procedimiento adoptada por un árbitro y anular el laudo sobre la base de cualquier violación de las normas de procedimiento de la CCI que tenga lugar. Dicha interpretación entraría directamente en conflicto con el enfoque pro-ejecutivo de la Convención y su finalidad de eliminar los obstáculos para la confirmación de un laudo arbitral [...]. Antes bien, el tribunal considera que el estándar más apropiado de revisión es la anulación de un laudo arbitral solo en el caso de que la violación del procedimiento [cause] un perjuicio sustancial a la parte demandante”). Para un enfoque similar, ver *O. T. Reasuransi Umum Indonesia v. Evanston Insurance Company and others*, Tribunal de Distrito de los EE UU, Distrito del Sur de Nueva York. 92 Civ. 4623 (MGC), 21 diciembre 1992, *Yearb. Comm. Arb.*, XIX, 1994, pp. 788 ss, esp. p. 790. (La traducción es nuestra).

¹⁵⁵ *Polimaster Ltd.; NA&SE Trading Co., Limited v. RAE Systems, Inc.*; No. 08-15708 D.C. No. 05-CV-01887-JF, 28 septiembre 2010.

¹⁵⁶ *Id.* p. 16556 (citando al tribunal arbitral).

¹⁵⁷ *Id.* p. 16565 (“[E]s cierto que puede resultar ineficiente mantener múltiples procedimientos arbitrales en relación a las transacciones de las partes en distintos foros y ante diferentes árbitros [...]. Pero no es posible ignorar los términos específicos del acuerdo

chazó la alegación de que la autoridad arbitral debía ser interpretada de manera amplia con vistas a facilitar la ejecución del laudo arbitral¹⁵⁸. De acuerdo con el tribunal, el acuerdo entre las partes sobre la sede del arbitraje había eliminado efectivamente la autoridad adjudicadora del tribunal arbitral respecto a este asunto específico¹⁵⁹. Una sentencia francesa de 1995, en la que el Tribunal de Apelación de París afirmó que el incumplimiento del acuerdo de las partes respecto el plazo máximo para la adopción de un laudo arbitral constituía una violación del orden público, también demuestra un alto grado de deferencia hacia las partes del acuerdo¹⁶⁰.

Sin embargo, el enfoque anterior continúa siendo una excepción en el ámbito del arbitraje internacional. En la mayoría de los casos, los tribunales examinan si la desviación respecto del acuerdo arbitral fue grave y dio lugar a un perjuicio significativo, o si había un vínculo causal entre la desviación del acuerdo y el resultado del arbitraje. Por esta razón, no todas las desviaciones del acuerdo de las partes son sancionadas efectivamente, lo que significa que las partes tan solo tienen un control limitado respecto del ejercicio del poder adjudicatorio por parte de los árbitros.

V. Límite a la autonomía de las partes en interés de las instituciones arbitrales

Como se ha señalado anteriormente, las instituciones arbitrales también son actoras¹⁶¹. Existen multitud de instituciones arbitrales

entre las partes, dado que éstas son libres para acordar procedimientos arbitrales ineficientes”). (La traducción es nuestra).

¹⁵⁸ *Id.* p. 16566 (“Por tanto no es posible ignorar los términos acordados sobre el procedimiento arbitral en favor de la ejecución de un laudo arbitral”). (La traducción es nuestra).

¹⁵⁹ *Ibid.* (“[L]as partes del acuerdo han eliminado efectivamente la decisión sobre el foro de las decisiones de procedimiento delegadas al árbitro. El árbitro no puede ignorar el acuerdo expreso de las partes en favor de normas generales de procedimiento”). (La traducción es nuestra).

¹⁶⁰ Tribunal de Apelación de París, *Société Dubois & Vanderwalle S.A.R.L. c. Société Boots Frites BV (Países Bajos)*, número de caso 94.4957, 22 septiembre 1995 (“Considerando el principio según el cual las partes pueden fijar directamente, como en el presente caso, el límite temporal para que los árbitros puedan cumplir con su misión, dicha duración no puede ser prorrogada por los propios árbitros, lo que traduce una exigencia de orden público tanto interna como internacional que es inherente al carácter contractual del arbitraje”). *Vid.* también F. Mantilla-Serrano, “Towards a Transnational Procedural Public Policy”, *Arb. Int'l*, 20, 2004, pp. 333 s, esp. p. 347.

¹⁶¹ *Vid.* también H.A. Grigera Naón, “The Powers of the ICC International Court of Arbitration vis-à-vis Parties and Arbitrators”, *Special Supplement 1999: Arbitration in the Next Decade: Proceedings of the International Court of Arbitration's Anniversary Con-*

que ofrecen servicios de resolución de disputas a las partes. Con vistas a garantizar una administración eficiente del procedimiento, las instituciones arbitrales han diseñado unas normas de arbitraje que establecen el marco básico de los procedimientos arbitrales. Si bien las normas de arbitraje suelen respetar la autonomía de las partes y otorgar a las partes un grado considerable de flexibilidad para adaptar los procedimientos de la manera que estimen más adecuada¹⁶², también se dan ciertos límites. Por ejemplo, la mayoría de las instituciones arbitrales establecen determinadas condiciones en cuya ausencia es imposible la administración del procedimiento¹⁶³.

De conformidad con el art. 19 Regl. CCI (2017), por ejemplo, las partes solo pueden celebrar un acuerdo relativo al procedimiento arbitral en la medida en que las normas “no dispongan nada al respecto”¹⁶⁴. Si bien este requisito se ha aplicado con cierta generosidad¹⁶⁵, lo cierto es que algunas características del arbitraje de la CCI no son derogables¹⁶⁶. Un ejemplo lo constituye la participación del Tribunal, que se trata de un órgano administrativo con determinadas competencias relacionadas con el procedimiento arbitral¹⁶⁷— Por ejemplo, el Tribunal debe decidir sobre la confirmación o el nombramiento de los árbitros con vistas a garantizar algún tipo de control de calidad sobre la constitución del tribunal arbitral y la CCI “ha rechazado examinar casos en los que las partes tienen la intención de eludir este requisito”¹⁶⁸, lo que supone una limitación a la autonomía de las partes en interés tanto de las partes mismas como de la CCI en sí.

El Tribunal también tiene poder de decisión respecto de los plazos máximos en los que el tribunal arbitral debe emitir el laudo¹⁶⁹. Aun-

ference (International Chamber of Commerce, 1999), p. 55; A. Carlevaris, ‘Limits to Party Autonomy and Institutional Rules’, en F. Ferrari (ed), *Limits to Party...*, *op. cit.*, p. 1.

¹⁶² *Vid.* A. Carlevaris, “Limits to Party Autonomy and Institutional Rules”, *loc. cit.*, pp. 1 ss, esp. p. 19.

¹⁶³ *Vid.* también Y. Derains y F. Schwartz, *A Guide to the ICC Rules of Arbitration* (Kluwer 2005) 6–7; D.P. Fernández Arroyo, “Arbitrator’s Procedural Powers...”, *loc. cit.*, pp. 199 ss, esp. p. 204; F. Fry *et al.* *The Secretariat’s Guide to ICC Arbitration* (ICC Publishing 2012) p. 18.

¹⁶⁴ Art. 19 Regl. CCI.

¹⁶⁵ *Vid.* F. Fry *et al.*, *The Secretariat’s Guide to ICC Arbitration* (ICC Publishing 2012) pp. 209 ss.

¹⁶⁶ *Vid.* A. Carlevaris, “Limits to Party Autonomy and Institutional Rules”, *loc. cit.*, pp. 1 ss, esp. pp. 19 ss; H. Smit, ‘Mandatory ICC Arbitration Rules’, en G. Aksen *et al.* (eds.), *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liber Amicorum in honour of Robert Briner* (ICC Publishing 2005), pp. 845 ss, esp. p. 845.

¹⁶⁷ Art. 1 de las Regl. CCI y Apéndice I de las Reglas CCI.

¹⁶⁸ D.P. Fernández Arroyo, “Arbitrator’s Procedural Powers...”, *loc. cit.*, p. 205.

¹⁶⁹ *Ibid.*

que el Tribunal rara vez rechaza la concesión de una prórroga, en ocasiones puede establecer un límite temporal inferior al reconocido por el tribunal arbitral¹⁷⁰. El Tribunal por tanto contribuye a la eficacia de los procedimientos. Asimismo, el Tribunal no examinará los casos en los que las partes intentan excluir la “característica esencial” de independencia e imparcialidad de los árbitros¹⁷¹. Durante la fase final del procedimiento arbitral, el Tribunal también es responsable de supervisar el borrador de laudo arbitral elaborado por el tribunal arbitral¹⁷²; elemento que no puede excluirse, y que se impone a las partes tanto en su propio interés como en el de la CCI¹⁷³. Este control está orientado a mejorar la eficacia jurídica de los laudos arbitrales e identificar cualquier defecto que pueda poner en peligro la ejecución del laudo arbitral¹⁷⁴ (empañando así la reputación de los árbitros y de las instituciones). Más allá de la participación del Tribunal, existen otros aspectos del arbitraje de la CCI que también son obligatorios, como son el régimen de los costes administrativos¹⁷⁵, o el requisito de firmar los Términos de Referencia¹⁷⁶ al concluir el arbitraje.

La CCI no es la única institución cuyas reglas de arbitraje contienen disposiciones obligatorias. Existen limitaciones similares a la autonomía de las partes en las normas de otras instituciones arbitrales. Las normas del Centro Internacional de Arbitraje de Singapur (“normas CIAS”), en vigor desde el 1 agosto 2016, por ejemplo, prevén la posibilidad de instruir procedimientos abreviados en determinados casos en los que el importe del litigio es inferior, cuando las partes así lo acuerden, o en casos de urgencia excepcional¹⁷⁷. Los efectos que

¹⁷⁰ F. Fry *et al.*, *The Secretariat's Guide to ICC Arbitration* (ICC Publishing 2012), pp. 315 ss.

¹⁷¹ *Id.* p. 18.

¹⁷² Vid. H. Smit, ‘Mandatory ICC Arbitration Rules’, en G. Aksen *et al.*, *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liber Amicorum in honour of Robert Briner* (ICC Publishing 2005) pp. 845 ss, esp. p. 865.

¹⁷³ A. Carlevaris, “Limits to Party Autonomy and Institutional Rules”, *loc. cit.*, pp. 1 ss, esp. pp. 28 ss.

¹⁷⁴ F. Fry *et al.*, *The Secretariat's Guide to...*, *op. cit.*, pp. 327 ss.

¹⁷⁵ Vid. A. Carlevaris, “Limits to Party Autonomy and Institutional Rules”, *loc. cit.*, pp. 1 ss, esp. pp. 22 ss; H. Smit, ‘Mandatory ICC Arbitration Rules’, en G. Aksen *et al.*, *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liber Amicorum in honour of Robert Briner* (ICC Publishing, 2005), pp. 845 ss, esp. p. 866.

¹⁷⁶ Vid. H. Smit, “Mandatory ICC Arbitration Rules”, en: G. Aksen *et al.*, *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liber Amicorum in honour of Robert Briner* (ICC Publishing, 2005), pp. 845 ss, esp. pp. 862 ss, donde el autor cuestiona la naturaleza obligatoria de los Términos de Referencia.

¹⁷⁷ Art. 5.2º Reglas del Centro de Arbitraje Internacional de Singapur, disponibles en: http://siac.org.sg/our-rules/rules/siac-rules-2016#siac_rule5 (consultado por última vez: 12 febrero 2017).

puede llevar aparejado el procedimiento abreviado son: (i) la reducción del plazo por parte del secretario; (ii) la asignación del caso a un solo árbitro por norma general; (iii) la decisión de la disputa por parte del tribunal únicamente sobre la base de pruebas documentales; (iv) la adopción del laudo arbitral en el plazo de seis meses desde la constitución del tribunal; (v) la formulación de las razones que llevaron al tribunal a adoptar su decisión de manera sumaria¹⁷⁸. Las disposiciones sobre los procedimientos abreviados son obligatorias. Las normas CIAS disponen expresamente que los procedimientos abreviados prevalecerán en el caso de que el acuerdo arbitral contenga términos contradictorios¹⁷⁹.

Estas disposiciones obligatorias ayudan a los tribunales arbitrales a desarrollar una “marca”. Por consiguiente, las partes pueden confiar en las distintas características del procedimiento arbitral elegido –*v.gr.*, en su calidad o su eficiencia– debido a la existencia de disposiciones obligatorias. Los costes de transacción de identificar una institución arbitral de reconocido prestigio se reducen para estos actores de mercado¹⁸⁰. Sin embargo, técnicamente hablando, estas disposiciones son solo de naturaleza privada¹⁸¹. No son creadas por el Estado, sino por la institución arbitral correspondiente, y su aplicación se deriva de la decisión de las partes de llevar a cabo el procedimiento arbitral¹⁸². Al acudir al arbitraje de la CCI o del CIAS, las partes aceptan las limitaciones a la autonomía que se derivan del conjunto de normas de arbitraje en cuestión.

Dada su naturaleza privada, estas disposiciones obligatorias son difíciles de ejecutar. En efecto, una disposición imperativa bajo un conjunto de normas arbitrales no tiene que considerarse necesariamente preceptiva por un órgano judicial. Los tribunales franceses confirma-

¹⁷⁸ *Idem*.

¹⁷⁹ Art. 5.3º Reglas del Centro de Arbitraje Internacional de Singapur, disponibles en: http://siac.org.sg/our-rules/rules/siac-rules-2016#siac_rule5 (consultado por última vez: 12 febrero 2017).

¹⁸⁰ *Vid.* J. Fry et al., *The Secretariat's Guide...*, *op. cit.*, p. 66 (“El valor y las ventajas del arbitraje de la CCI no se derivan únicamente del contenido de sus normas, sino también del *know-how* de la CCI a la hora de aplicar las normas y tramitar el arbitraje, la experiencia del tribunal y de la Secretaría, la cualificación del personal, y la confianza depositada en el arbitraje bajo la consigna CCI”).

¹⁸¹ D.P. Fernández Arroyo, “Arbitrator’s Procedural Powers...”, *loc. cit.*, pp. 199 ss, esp. pp. 204 ss.

¹⁸² *Vid.* también A. Carlevaris, “Limits to Party Autonomy and Institutional Rules”, *loc. cit.*, pp. 1 ss, esp. 22 ss (“la noción de reglas “imperativas” de arbitraje [...] es por supuesto una denominación errónea, porque, tal y como se ha señalado, las normas son aplicables en virtud de la voluntad de las partes y no tienen una naturaleza legal”).

ron este punto en su decisión *Nykcool*, en la que tuvieron que decidir sobre la anulación de un laudo arbitral que había sido adoptado por la *Chambre Arbitrale Maritime de Paris*¹⁸³. Las reglas de dicha institución arbitral establecían que las reclamaciones contra un árbitro debían producirse 15 días después del inicio del procedimiento arbitral independientemente de que la parte respectiva hubiera tenido conocimiento de las circunstancias que habiendo dado lugar a dicha reclamación en ese momento. El Tribunal de Apelación señaló que el plazo de 15 días era inválido. En última instancia, el Tribunal de Casación confirmó la decisión del Tribunal de Apelación¹⁸⁴.

El poder de las instituciones arbitrales de controlar y ejecutar las normas arbitrales también tiene como límite el caso de que las partes decidan sobre la aplicación de un conjunto de normas arbitrales, como las Regl. CCI, por una institución arbitral que no es la CCI¹⁸⁵. Lo que podría parecer un escenario hipotético se ha dado en la realidad. En una decisión del año 2009, el Tribunal de Apelación de Singapur tuvo que analizar, en el marco del caso *Insignia v. Alstom*, un acuerdo arbitral por el que el CIAS debía tramitar un procedimiento arbitral bajo las Regl. CCI¹⁸⁶. El tribunal arbitral había confirmado la validez de esta disposición sobre la base de su fuerte inclinación pro-arbitral. De acuerdo con el tribunal arbitral, el acuerdo arbitral no resultaba ilícito a pesar de que no fuese coherente con las reglas de arbitraje de la CCI. Para fundamentar su opinión, el tribunal sostuvo que “las normas de una institución arbitral pueden estar legalmente separadas de las de la administración del arbitraje por dicha institución” (la traducción es nuestra). Por otro lado, el tribunal arbitral consideró que el acuerdo arbitral no era inoperante, dado que el CIAS había acordado llevar a cabo *mutatis mutandis* las funciones de la Secretaría de la CCI, el Secretario General de la CCI y el Tribunal de la CCI través de

¹⁸³ *Cour d'appel* París, 30 de octubre 2012, *Chambre Arbitrale Maritime Paris* (CAMP) y *Generali Iard v Nykcool AB* [2013], No 11/08277 8 Gaz Pal 15.

¹⁸⁴ Tribunal Supremo de Francia, 31 marzo 2016, caso número 14-20396, disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000032353128&fastReqId=1377872291&fastPos=1>.

¹⁸⁵ *Vid.*, en general, A.C. Nicholls y C. Bloch, ‘ICC Hybrid Arbitrations Here to Stay: Singapore Courts’ Treatment of the ICC Rules Revisions in Article 1(2) and 6(2)’, *J. Int’l Arb.*, 2014, p.393.

¹⁸⁶ *Insignia Technology Co Ltd v Alstom Technology Ltd* [2009] 3 SLR 936; [2009] SGCA 24, Tribunal de Apelación de Singapur, referencia del caso CA 155/2008, decisión de 2 junio 2009 (La cláusula de arbitraje dispone: “Todas y cada una de las disputas deben resolverse mediante arbitraje ante el Centro Internacional de Arbitraje de Singapur, de acuerdo con las Reglas de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, teniendo por sede el procedimiento Singapur y por lengua oficial el inglés”). (La traducción es nuestra).

la Secretaría del CIAS, el Registro del CIAS y el Órgano de Administración de CIAS. El Tribunal de Apelación de Singapur apoyó este razonamiento. Tras invocar el principio de interpretación efectiva, el Tribunal mostró su compromiso por una interpretación que es “comercialmente lógica y razonable”¹⁸⁷. El Tribunal fundó su razonamiento en el carácter “intrínsecamente privado y consensual de la naturaleza del arbitraje”, que tan sólo tiene por límite las consideraciones de orden público¹⁸⁸. El Tribunal rechazó el argumento del demandante según el cual sería inaceptable admitir la tramitación del asunto por una institución arbitral de categoría inferior. De acuerdo con el Tribunal, no existía ninguna indicación de que las partes en el momento de redactar el acuerdo arbitral no fuesen conocedoras de las respectivas categorías de arbitraje¹⁸⁹. El Tribunal adoptó el mismo enfoque pro-arbitral en una decisión de 2013¹⁹⁰, en la que admitió una cláusula arbitral por la que las disputas debían resolverse “por un comité de arbitraje en Singapur bajo las normas de la Cámara de Comercio Internacional cuyos laudos arbitrales son definitivos y obligatorios para ambas partes”¹⁹¹. Si bien el tribunal señaló que la cláusula arbitral no ofrecía seguridad sobre la institución arbitral que debía tramitar el procedimiento, las partes podían dirigirse a cualquier institución arbitral en Singapur que estuviese capacitada para la tramitación bajo la normativa de la CCI¹⁹².

El Tribunal Supremo de Nueva York adoptó una posición similar en un auto del año 2014¹⁹³. En el acuerdo arbitral en cuestión, las partes habían acordado que cualquier arbitraje sería resuelto por la Asociación Americana de Arbitraje de conformidad con las Regl. CCI. El Tribunal remitió el asunto a arbitraje e instó a las partes a solicitar

¹⁸⁷ *Id.* en párr. 33 (“[C]uando las partes han demostrado la clara intención de resolver una disputa por medio de arbitraje, el tribunal debe reconocer dicha intención, incluso si algunos de los aspectos del acuerdo pudieran ser ambiguos, inconsistentes, incompletos o puedan carecer de algunos detalles [...]. Ello siempre y cuando el arbitraje pueda llevarse a cabo sin perjuicio de los derechos de alguna de las partes y el reconocimiento de dicha intención no resulte en un arbitraje que no ha sido contemplado por ninguna de las partes”). (La traducción es nuestra).

¹⁸⁸ *Id.* en párr. 34.

¹⁸⁹ *Id.* en párr. 36.

¹⁹⁰ *HKL Group Co Ltd v. Rizq International Holdings PTE Ltd* [2013] SGHCR 5, referencia 972 de 2012/P, decisión de 19 de febrero 2013; para comentarios *vid.* J. Fry, “HKL Group Ltd c. Rizq International Holdings Pte. Ltd. y HKL Group Co. Ltd. c. Rizq International Holdings Pte Ltd.” *J. Int. Arb.*, 30, 2013, p. 453.

¹⁹¹ *Id.* en párr. 1.

¹⁹² *Id.* en párr. 28.

¹⁹³ *Exxon Neftegas Ltd. v. WoleyParsons Ltd.*, Index No. 654405/2013, contraorden de 14 marzo 2014.

asistencia del Tribunal en el caso de que no fuesen capaces de acordar las modificaciones de la normativa CCI que fuesen necesarias para facilitar la tramitación del procedimiento por la Asociación Americana de Arbitraje. Además, el Tribunal afirmó que, el hecho que la Asociación Americana de Arbitraje no asumiese la tramitación del procedimiento bajo la normativa de la CCI, no convertía el acuerdo en inoperante. En su lugar, la referencia a las reglas de arbitraje de la CCI podía ser separada y suprimida. La parte remanente de la cláusula arbitral podía conservarse, con lo que las partes podrían llevar a cabo el arbitraje de conformidad con las normas designadas por la Asociación Americana de Arbitraje.

Otro ejemplo de dicha política pro-arbitral lo representa una decisión francesa del año 2010¹⁹⁴. Dos partes habían celebrado un acuerdo de licencia y patentes cruzadas que incluía una cláusula arbitral a favor de la CCI. Sin embargo, las partes alcanzaron un acuerdo en el que se derogaban algunas de las características principales del arbitraje CCI tales como la participación del Tribunal en la constitución del tribunal arbitral, así como la revisión de los laudos arbitrales por lo que la CCI rechazó asumir el caso. Aunque era de esperar que el Tribunal decidiese que dicha cláusula arbitral era inoperante, el *Tribunal de Grande Instance* confirmó su capacidad para contribuir a la constitución del tribunal arbitral facilitando así la iniciación del procedimiento sin la asistencia de la institución arbitral. No obstante lo anterior, no debe alentarse a las partes para que deroguen algunas de las características principales de las reglas de arbitraje institucional acordando y la aplicación de las reglas de una institución arbitral por una institución arbitral distinta¹⁹⁵. Lo más posible es que los casos en los que los tribunales acepten acuerdos arbitrales en los que prevé la aplicación de normas de arbitraje por una institución arbitral diferente estén cargados de incertidumbre. Por ejemplo, en el mencionado caso *Insigma v. Alstom*, un tribunal chino denegó el reconocimiento y la aplicación de un laudo arbitral debido a que la composición del tribunal arbitral no era conforme con el acuerdo de las partes. El árbitro presidente había sido designado por los dos co-árbitros de acuerdo con las Regl. SIAC y no por el Tribunal de la CCI tal y como prevén las Regl. CCI¹⁹⁶. De acuerdo con el Tribunal chino, este error justifica-

¹⁹⁴ Tribunal de Grande Instance, 22 enero 2010, *Samsung Electronics Co. Ltd. v. M. Jaffe, Administrateur-liquidateur de la société Qimonda AG*.

¹⁹⁵ Vid. también A. Carlevaris, "Limits to Party Autonomy and Institutional Rules", *loc. cit.*, pp. 1 ss, esp. pp. 22 ss.

¹⁹⁶ *Alstom Technology Ltd. V. Insigma Technology Co. Ltd.*, Tribunal Popular intermedio de Hangzhou, 6 febrero 2013, *Yearb. Comm. Arb.*, XXXIX, 2014, pp. 380 ss.

ba el no reconocimiento y ejecución del laudo en cuestión. A la vista de todo lo anterior, puede concluirse que existen ciertas limitaciones a la autonomía de las partes en interés de las instituciones arbitrales. Aunque las normas de las instituciones arbitrales sean por lo general muy flexibles, algunos de sus elementos no resultan derogables. Estas normas son de naturaleza privada y la única forma en la que un tribunal arbitral puede aplicarlas es a través del rechazo de la administración de un caso.

VI. Conclusión

El análisis aquí expuesto demuestra que la autonomía de las partes está sujeta a determinados límites. Los autores son conscientes de que pueden existir otras limitaciones más allá de las que abarca el presente artículo. Lo que los autores han pretendido destacar ha sido que las limitaciones a la autonomía de las partes obedecen a distintas razones y protegen distintos actores en el procedimiento.

Es posible mantener distintas posturas respecto de las conclusiones que de aquí deben extraerse. Habitualmente la doctrina distingue tres modelos de arbitraje internacional: El modelo contractual, que identifica el consentimiento de las partes como la única fuente de poder arbitral¹⁹⁷. El modelo judicial, que reconoce que el poder de decisión de los árbitros está restringido por intereses más amplios como los de orden público¹⁹⁸. El modelo constitucional, que adopta una posición similar pero que sugiere que el arbitraje se ha convertido en parte de la estructura económica internacional¹⁹⁹.

Los autores del presente artículo reconocen que un modelo puramente contractual del arbitraje en el que la elección autónoma de las partes es considerada invulnerable no refleja adecuadamente las limi-

¹⁹⁷ A.S. Sweet y F. Grisel, 'The Evolution of International Arbitration: Delegation, Judicialization, Governance', en W. Mattli y T. Dietz (eds.), *International Arbitration and Global Governance: Contending Theories and Evidence* (OUP, 2014), pp. 22 ss, esp. p. 31.

¹⁹⁸ *Ibid.*

¹⁹⁹ *Ibid.* p. 34; ver también M. Renner, "Constitutionalization of International Commercial Arbitration", en W. Mattli y T. Dietz (eds.), *International Arbitration and Global Governance: Contending Theories and Evidence* (OUP, 2014), pp. 118 ss, esp. p. 133 ("El concepto de política de orden público transnacional puede considerarse como el comienzo de la constitucionalización del arbitraje comercial internacional, y es exactamente la intersección entre sus funciones negativas y positivas lo que permite el proceso de constitucionalización . [...] [E]l término puede utilizarse de manera funcional para referirse a dos aspectos distintos de los regímenes legales: (1) la jerarquía de las normas, y (2) el "acoplamiento estructural" entre el derecho y la política").

taciones a la autonomía de las partes²⁰⁰. En el peor de los casos, este modelo corre el riesgo de crear una crisis de legitimidad del arbitraje internacional. Sin embargo, al mismo tiempo, un modelo puramente judicial o constitucional del arbitraje internacional podría llevar romper con la tradición liberal, dejando atrás las ventajas que han permitido el florecimiento del arbitraje internacional. En el peor de los casos, estos modelos llevan a una asimilación indeseada del arbitraje internacional a los litigios del sistema doméstico²⁰¹.

A la vista de lo anterior, es necesario seguir investigando para poder resolver el dilema sobre la correcta conceptualización del arbitraje internacional. En la opinión de los autores, cualquier conceptualización no solamente debe reflejar el rol fundamental de la autonomía de las partes en el contexto del arbitraje, sino también los límites a la misma, tal y como se han expuesto en el presente artículo. El reconocimiento de estas limitaciones favorece la protección del arbitraje contra los desafíos a su legitimidad y apoyan su función como instrumento primario para la resolución de las disputas comerciales internacionales. Al fin y al cabo, las limitaciones a la autonomía de las partes también aseguran la persistencia del arbitraje como un mecanismo viable para la resolución de disputas.

Bibliografía

- AKERLOF, G.A.: "The Market for 'Lemons': Quality Uncertainty and the Market Mechanism", *Q.J. Econ.*, 84, 1970, pp. 219 ss.
- AKSEN, G. *et al.*, *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liber Amicorum in honour of Robert Briner* (ICC Publishing, 2005), pp. 845 ss.
- ARFAZADEH, H.: "Arbitrability under the New York Convention – The Lex Fori Revisited", *Arb. Int'l*, 17, 2001, pp. 73.ss.
- BANTEKAS, I.: "The Foundations of Arbitrability in International Commercial Arbitration", *Australian Yearb. Int'l L.*, 27, 2008, pp. 193 ss.

²⁰⁰ F. Ghodoosi, *International Commercial Law: International Dispute Resolution and the Public Policy Exception* (Routledge, 2016), p. 57.

²⁰¹ *Vid.* M. Renner, "Constitutionalization of International Commercial Arbitration", en W. Mattli y T. Dietz (eds.), *International Arbitration and Global Governance: Contending Theories and Evidence* (OUP, 2014), esp. pp. 118 ss, esp. p. 138 ("En relación a la función de gobernanza del arbitraje comercial internacional, la asimilación de la práctica arbitral al sistema legal doméstico es de la máxima importancia"). (La traducción es nuestra).

- BARCELO III, J.J.: “Who Decides the Arbitrators’ Jurisdiction? Separability and Competence—Competence in Transnational Perspective”, *Vand. J. Transnat’l L.*, vol. 36, 2003, pp. 1115 ss.
- BARON, P.M. y LINIGER, S.: “A Second Look at Arbitrability – Approaches to Arbitration in the United States, Switzerland and Germany”, *Arb. Int’l*, 19, 2003, pp. 27 ss.
- BELOHLÁVEK, A.: “The Law Applicable to the Arbitration Agreement and the Arbitrability of a Disputes”, *Yearb. Int’l Arb.* 2013, pp. 27 ss.
- BERMANN, G.A.: “Forum Shopping at the ‘Gateway’ to International Commercial Arbitration”, en F. Ferrari (ed.), *Forum Shopping in the International Commercial Arbitration Context*, Sellier, 2013, pp. 69 ss.
- BERMANN, G.A.: “Limits to Party Autonomy in the Composition of the Arbitral Panel”, en F. Ferrari (ed.), *Limits to Party Autonomy in International Commercial Arbitration*, Juris, 2016, pp. 83 ss.
- BERNARDINI, P.: “The Problem of Arbitrability in General”, en E. Gaillard y D. Di Pietro (eds.), *The New York Convention in Practice* (Cameron May, 2008), pp. 503 ss.
- BERNARDINI, P. y MAY, C.: “The Problem of Arbitrability in General”, en E. Gaillard y D. Di Pietro (ed.), *The New York Convention in Practice* (Cameron May, 2008) pp. 503 ss.
- BLACKABY, N., PARTASIDES, C., REDFERN, A. y HUNTER, M.: *Redfern and Hunter on International Arbitration* (OUP, 2009).
- BÖCKSTIEGEL, K.H.: “Public Policy and Arbitrability”, en P. Sanders *et al.* (eds.), *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration* (ICCA Congress Series, 1986), pp. 177 ss.
- BOISSESON, M. de: “New Tensions between Arbitrators and Parties in the Conduct of the Arbitral Procedure”, *Rev. Bras. Arb.*, 4, 2007–2008, pp. 68 ss.
- BORN, G.: *International Commercial Arbitration*, 2ª ed., Kluwer, 2014.
- BORN, G.B.: “Arbitration and the Freedom to Associate”, *Ga. J. Int’l & Comp. L.*, 38, 2009, pp. 7 ss.
- BOUCARON–NARDETTO, M.: *Le principe compétence–compétence en droit de l’arbitrage*, Presse universitaires d’Aix–Marseille, 2013.
- BRUNET, E.: “The Values of Arbitration”, en E. Brunet *et al.* (eds.), *International Arbitration Law in America. A Critical Assessment* (Kluwer, 2006), pp. 3 ss.
- CARLEVARIS, “Limits to Party Autonomy and Institutional Rules”, en F. Ferrari (ed.), *Limits to Party Autonomy in International Commercial Arbitration*, Juris, 2016, pp. 1 ss.
- CARTER, J.H.: “The Rights and Duties of the Arbitrator: Six aspects of the Rule of Reasonableness”, *ICC Special Supplement 1995: The Status of the Arbitrator* (International Chamber of Commerce, 1995), pp. 30 ss.
- CORDERO MOSS, G.: “Form of Arbitration Agreements – Current Developments with UNCITRAL and the Writing Requirement of the New York Convention”, *ICC Arb. Bull.*, 18, 2007, pp. 51 ss.
- CORDERO MOSS, G.: “Limitations on Party Autonomy in International Commercial Arbitration”, *Recueil des Cours*, t. 372, 2014, pp. 140 ss.
- CORDERO–MOSS, G.: “Legal capacity, arbitration and private international law” en K. Boele–Woelki *et al.* (eds.) *Convergence and Divergence in Private International*

- Law – Liber Amicorum Kurt Siehr* (Eleven International Publishing, 2010), pp. 619 ss.
- CORDERO–MOSS, G.: “Limits to Party Autonomy in International Commercial Arbitration”, *Oslo L. Rev.*, 2015, 1, pp.47 ss.
- CUNNINGHAM, L.A.: “Rhetoric versus Reality in Arbitration Jurisprudence: How the Supreme Court Flaunts and Flunks Contracts”, *L. & Contemp. Probl.*, 75, 2012, pp. 120 ss.
- DE LY, F. y SHEPPARD, A.: “ILA Final Report on Lis Pendens and Arbitration”, *Arb. Int'l*, 25, 2009, pp. 3 ss.
- DERAINS, Y. y SCHWARTZ, F.: *A Guide to the ICC Rules of Arbitration* (Kluwer 2005).
- DEVINE, M.B.: “The Arbitrability of US Antitrust and EU Competition Law Matters (With Special Reference to Lawyer–Client Privilege)”, *Yearb Int'l Arb.*, 2011, pp. 209 ss.
- DI PIETRO, D. y PLATTE, M.: *Enforcement of International Arbitration Awards: The New York Convention of 1958*, Cameron May, 2001.
- DI PIETRO, D.: “Forum Shopping and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: Notes on Public Policy”, en F. Ferrari (ed.), *Forum Shopping in the International Commercial Arbitration Context*, Sellier, 2013, pp. 297 ss.
- DI PIETRO, D.: “Validity of Arbitration Clauses Incorporated by Reference”, en E. Gaillard/D. Di Pietro (eds.), *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards*, Cameron May, 2008, pp. 355 ss.
- DRAHOZAL, C.: “Contracting Around *Hall Street*”, *Lewis & Clark L. Rev.* 14, 2010, pp. 905 ss.
- FERNÁNDEZ ARROYO, D.P.: “Arbitrators’ Procedural Powers. The Last Frontier of Party Autonomy?”, en F. Ferrari (ed.), *Limits to Party Autonomy in International Commercial Arbitration*, Juris, 2016, pp. 199 ss.
- FERRARI, F. y SILBERMAN, L.: “Getting to the law applicable to the merits in international arbitration and the consequences of getting it wrong”, en F. Ferrari/S. Kröll (eds.), *Conflict of Laws in International Commercial Arbitration* (Sellier European Law Publishers, 2011), pp. 257 ss.
- FERRARI, F.: “How International Should International Arbitration Be? A Plea in Favour of a Realistic Answer”, en *Eppur si muove: The age of uniform law*, UNIDROIT, 2016, pp. 847 ss.
- FRANKEL, R.: “Concepcion and Mis–Concepcion: Why Unconscionability Survives ther Supreme Court’s Arbitration Jurisprudence”, *J. Disp. Resol.*, 2014, pp. 225 ss
- FRY, F. *et al.*: *The Secretariat’s Guide to ICC Arbitration* (ICC Publishing 2012).
- FRY, J.: “HKL Group Ltd c. Rizq International Holdings Pte. Ltd. y HKL Group Co. Ltd. c. Rizq International Holdings Pte Ltd.” *J. Int'l Arb.*, 30, 2013, pp. 453 ss.
- GAILLARD, E. y BANIFATEMI, Y.: “Negative Effect of Competence–Competence: The Rule of Priority in Favour of the Arbitrators”, en E. Gaillard/D. Di Pietro (eds.), *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards*, Cameron May, 2008, pp. 257 ss.
- GAILLARD, E. y LAPASSE, P. de: “Commentaires Analytique du Décret du 13 Janvier 2011 Portant Réforme du Droit français de l’Arbitrage”, *Cahiers arb.*, 2011, pp. 263 ss.

- GAILLARD, E. y SAVAGE, J. (eds.): *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration* (Kluwer 1999).
- GAILLARD, E. y SAVAGE, J.: *Fouchard, Gaillard, Goldman on International commercial arbitration* (Kluwer, 1999).
- GARZA, M.A.: “When is Cross–Border Insolvency Recognition Manifestly Contrary to Public Policy”, *Fordham Int’l L. J.*, 38, 2015, pp. 1587 ss.
- GHODOOSI, F.: *International Commercial Law: International Dispute Resolution and the Public Policy Exception* (Routledge, 2016).
- GIBSON, C.S.: “Arbitration, Civilization and Public Policy: Seeking Counterpoise Between Arbitral Public Policy and the Public Policy Defense of Foreign Mandatory Public Law”, *Penn St. L. Rev.*, 113, 2009, pp. 1227 ss.
- GINSBERG, M.D.: “The Execution on an Arbitration Provision as a Condition Precedent to Medical Treatment: Legally Enforceable? Medically Ethical?”, *Mitchell Hamline L. Rev.*, 42, 2016. pp. 273 ss.
- GOLDMAND, L.: “Contractually Expanded Review of Arbitration Awards”, *Harv. Negot. L. Rev.*, 8, 2003, pp. 171 ss.
- GRAVES, J.: “Court Litigation over Arbitration Agreements: Is it Time for a New Default Rule?”, en D. Bray/H.L. Bray (eds.), *International Arbitration and the Courts*, Juris, 2015, pp. 203 ss
- GRAVES, J.: “ICA and the Writing Requirement: Following Modern Trends Towards Liberalization or Are We Stuck in 1958?”, *Belgrade L. Rev.*, 2009, n° 3, pp. 36 ss.
- GRIGERA NAÓN, H.A.: “The Powers of the ICC International Court of Arbitration vis–à–vis Parties and Arbitrators”, *Special Supplement 1999: Arbitration in the Next Decade: Proceedings of the International Court of Arbitration’s Anniversary Conference* (International Chamber of Commerce, 1999), pp. 55 ss.
- HALVERSON CROSS, K.: “Letting the Arbitrator Decide Unconscionability Challenges”, *Ohio St. J. Disp. Resol.*, 26, 2011, pp. 1 ss.
- HANOTIAU, B. y CAPRASSE, O.: “Arbitrability, Due Process and Public Policy under Article V of the New York Convention Belgian and French Perspectives”, *J. Int’l Arb.*, 2008, pp. 721 ss.
- HILL, R.: “The Writing Requirement of the New York Convention Revisited: Are there Black Holes in International Arbitration?”, *Int’l Arb. Rep.*, 13, 1998, pp. 17 ss.
- HOLTZMANN, H.M. y NEUHAUS, J.E.: *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary*, (Kluwer, 1995).
- HULEA, D.C.: “Contracting to Expand the Scope of Review of Foreign Arbitral Awards: An American Perspective”, *Brooklyn J. Int’l L.*, 29, 2003, pp. 313 ss.
- KAPLAN, N.: “Is the Need for Writing as Expressed in the New York Convention and the Model Law Out of Step with Commercial Practice?”, *Arb. Int’l*, 12, 1996, pp. 27 ss.
- KARRER, P.A.: “Freedom of an Arbitral Tribunal to Conduct Proceedings”, *ICC Int’l Ct. Arb. Bull.*, 10, 1999, pp. 14 ss.
- KHAMBATA, D.J.: “Tensions Between Party Autonomy and Diversity”, en A.J. van den Berg (ed.), *Legitimacy: Myths, Realities, Challenges* (ICCA Congress Series, 2015), pp. 612 ss.
- KIRRY, A.: “Arbitrability – Current Trends in Europe”, *Arb. Int’l*, 12, 1996, pp. 373 ss.

- KRÖLL, S.: "Arbitration", en J. Smits (ed.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, 2ª ed. Elgar, 2012, pp. 88 ss.
- KRÖLL, S.: "Party Autonomy in relation to Competence–Competence", en F. Ferrari (ed.), *Limits to Party Autonomy in International Commercial Arbitration*, Juris, 2016, pp. 165 ss.
- KÜHNER, D.: "The Impact of Party Impecuniosity on Arbitration Agreements: The Example of France and Germany", *J. Int'l Arb.*, 31, 2014, pp. 807 SS.
- LANDAU, T.: "The Requirement of a Written Form for an Arbitration Agreement: When 'Written' means 'Oral'", en J.A. van den Berg (ed.), *International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions*, 2003, pp. 19 ss.
- LEISURE, S.A.: "Arbitration After Hall Street v. Mattel: What Happens Next", *U. Ark. Little Rock R. L. Rev.*, 31, 2009, pp. 273 ss.
- LEW, J.D.M. et al.: *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer, 2003.
- LEW, J.D.M.: "The Tribunal's Right and Duties: Why they should be more involved in the Arbitral Process", en *Dossier of the ICC Institute of World Business Law: Players' Interaction in International Arbitration* (International Chamber of Commerce, 2012), pp. 11 ss.
- LIVINGSTONE, M.L.: "Party Autonomy in International Commercial Arbitration: Popular Fallacy or Proven Fact?", *J. Int'l Arb.* 25, 2008, pp. 529 ss
- LORIMER, J.: "The 'Three Rules of Washington' viewed in their Relation to International Arbitration", *J. Jurispr.*, 18, 1874, pp. 621 ss.
- MANTE, J.: "Arbitrability and public policy: an African perspective", *Arb. Int'l*, 2016, 1, pp. 4 ss.
- MANTILLA SERRANO, F.: "Towards a Transnational Procedural Public Policy", *Arb. Int'l*, 20, 2004, pp. 333 ss.
- MAZZOTTA, F.G.: "The Written Form Requirement of an Arbitration Agreement in Light of New Means of Communication", en C.B. Andersen / U. Schroeter (eds.), *Sharing International Commercial Law Across National Boundaries – Festschrift for Albert H. Kritzer on the Occasion of his Eightieth Birthday*, 2008, pp. 326 ss.
- MISTELIS, L. y BREKOULAKIS, S (eds.): *Arbitrability: International and Comparative Perspectives*, Kluwer, 2009.
- MURRAY, C.: "Contractual Expansion of the Scope of Judicial Review of Arbitration Awards Under the Federal Arbitration Act", *St. John's L. Rev.* 76, 2002, pp. 663 ss.
- NICHOLLS, A.C. y BLOCH, C.: "ICC Hybrid Arbitrations Here to Stay: Singapore Courts' Treatment of the ICC Rules Revisions in Article 1(2) and 6(2)", *J. Int'l Arb.*, 2014, pp. 393 ss.
- NIDDAM, L.A.: "Unilateral Arbitration Clauses in Commercial Arbitration", *Arb. Disp. Resol. L.J.*, 1996, pp. 147 ss.
- NIEDERMAIER, T.: "Arbitration Agreements between Parties of Unequal Bargaining Power – Balancing Exercises on Either Side of the Atlantic", *ZDAR*, 2014, n° 1, pp. 12 ss.
- PARK, W.W.: "Determining an Arbitrator's Jurisdiction: Timing and Finality in American Law", *Nevada L.J.*, 8, 2008, pp. 135 ss.
- PAULSSON, J.: *The idea of arbitration* (OUP, 2013).

- PETSCHKE, M.: "Punitive Damages in International Commercial Arbitration: Much Ado about Nothing?", *J. Int'l Arb.*, 29, n° 1, 2013, pp. 89 ss.
- PETSIMERIS, C.: "The Scope of the Doctrine of Arbitrability and the Law under which it is Determined in the Context of International Arbitration", *Rev. hell. dr. int.*, 2005, pp. 435 ss.
- POTTOW, J.A.E. *et al.*: "A Presumptively Better Approach to Arbitrability", *Can. Bus. L. J.*, vol. 53, 2013, pp. 165 ss.
- POUDRET, J.F. y BESSON, S.: *Comparative law of international arbitration* (Sweet & Maxwell, 2007).
- PRYLES, M.: "Limits to Party Autonomy in Arbitral Procedure", *J. Int'l Arb.*, 24, 2007, pp. 327 ss.
- QUINKE, D.: "Objective Arbitrability", en R. Wolff (ed.), *The New York Convention on Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards – Commentary*, Beck/Hart/Nomos, 2012, pp. 380 ss.
- RAESCHKE–KESSLER, H.: "Some Developments on Arbitrability and Related Issues", en AJ van den Berg (ed.), *International Arbitration and National Courts – the Never Ending Story* (Kluwer, 2001).
- RAGNO, F.: "Inarbitrability: A Ghost Hovering Over Europe?", en F. Ferrari (ed.), *Limits to Party Autonomy in International Commercial Arbitration*, Juris Publishing, 2016, pp. 127 ss.
- RANDALL, S.: "Judicial Attitudes Towards Arbitration and the Resurgence of Unconscionability", *Buffalo L. Rev.*, 52, 2004, pp. 185 ss.
- RAU, A.S.: "Arbitrating 'Arbitrability'", *World Arb. Med. Rev.*, 7, 2013, pp. 421 ss.
- RAZ, J.: *The Morality of Freedom* (OUP, 2003).
- REDFERN, A.: "Comments on Commercial Arbitration and Transnational Public Policy", en J. van den Berg (ed.), *International Arbitration 2006: Back to Basics?* (Kluwer, 2007), pp. 871 ss.
- RENNER, M.: "Constitutionalization of International Commercial Arbitration", en W. Mattli y T. Dietz (eds.), *International Arbitration and Global Governance: Contending Theories and Evidence* (OUP, 2014), pp. 118 ss.
- ROSENFELD, F.: "Limits to Party Autonomy to Protect Weaker Parties in International Arbitration", en F. Ferrari (ed.), *Limits to Party Autonomy in International Commercial Arbitration*, Juris, 2016, pp. 419 ss.
- SCHERER, M. y SILBERMAN, L.: "Limits to Party Autonomy at the Post–Award Stage", en F. Ferrari (ed.), *Limits to Party Autonomy in International Commercial Arbitration*, Juris, 2016, pp. 441 ss.
- SCHERER, M.: "The fate of parties' agreements on judicial review of awards: a comparative and normative analysis of party–autonomy at the post–award stage", *Arb. Int'l*, 32, 2016, pp. 437 ss.
- SCHWARTZ, E.A.: "The Rights and Duties of ICC Arbitrators", *Special Supplement 1995: The Status of the Arbitrator* (International Chamber of Commerce, 1995), pp. 67 ss.
- SCHWARZ, F.T. *et al.*: *The Vienna Rules: A Commentary on International Arbitration in Austria*, Kluwer, 2009.
- SCOTT, R.E. y STUNTZ, W.J.: "Plea Bargaining as Contract", *Yale L.J.*, 101, 1992, pp. 1909 ss.

- SHACKELFORD, E.: "Party Autonomy and Regional Harmonization of Rules in International Commercial Arbitration", *U. Pitt. L. Rev.*, 67, 2006, pp. 897 ss
- SHAUGNESSY, P.: "The Swedish Approach Towards Arbitration", en L. Heuman/S. Jarvin (eds.), *The Swedish Arbitration Act of 1999. Five Years On*, 2006, pp. 293 ss.
- SMIT, H.: "Mandatory ICC Arbitration Rules", en G. Aksen *et al.* (eds.), *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liber Amicorum in honour of Robert Briner* (ICC Publishing 2005), pp. 845 ss.
- SMIT, H.: "The Unilateral Arbitration Clause – A Comparative Analysis", *Am. Rev. Int'l Arb.*, vol. 20, 2009, pp. 391 ss.
- SPIERMANN, O.: "Applicable Law", en P. Muchlinksi *et al.* (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford, 2008, pp. 89 ss.
- STEINGRUBER, A.M.: *Consent in Arbitration* (OUP, 2012).
- STEMPEL, J.W.: "Arbitration, Unconscionability and Equilibrium: The Return of Unconscionability Analysis as a Counterweight to Arbitration Formalism", *Ohio St. J. Disp Res.*, vol. 19, n 2004, pp. 803 ss.
- STIPANOWICH, T.: "Revelation and Reaction: The Struggle to Shape American Arbitration", en A. Rovine (ed.), *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation*, Nijhoff, 2011, pp. 97 ss.
- STIPANOWICH, T.J.: "The Third Arbitration Trilogy: Stolt–Nielsen, Rent–A–Center, Concepcion and the Future of American Arbitration", *Am. Rev. Int'l Arb.*, 22, 2011, pp. 323 ss
- STREBEL, F.D.: "The Enforcement of Foreign Judgments and Foreign Public Law". *Loy. L.A. Int'l & Comp. L. J.*, 21, 1999, pp. 55 ss.
- STRONG, S.I.: "What Constitutes An 'Agreement in Writing' en International Commercial Arbitration? Conflicts Between the New York Convention and the Federal Arbitration Act", *Stan. J. Int'l L.*, 48, 2012, pp. 47 ss.
- SUSLER, O.: "The Jurisdiction of the Arbitral Tribunal: A Transnational analysis of the Negative Effect of Competence", *Mq. J. B. L.*, 5, 2009, pp. 119 ss.
- SWEET, A.S. y GRISEL, F.: "The Evolution of International Arbitration: Delegation, Judicialization, Governance", en W. Mattli y T. Dietz (eds.), *International Arbitration and Global Governance: Contending Theories and Evidence* (OUP, 2014), pp. 22 ss.
- TOLSON, K.J.: "Punitive Damage Awards in International Arbitration: Does the Safety Valve of Public Policy Render Them Unenforceable in Foreign States", *Loy. L.A. L. Rev.*, 20, 1987, pp. 455 ss.
- VADI, V.: *Analogies in International Investment Law and Arbitration* (CUP, 2016).
- VAN DEN BERG, A.: "The New York Convention: Its Intended Effects, Its Interpretation, Salient Problem Areas", en M. Blessing (ed.), *The New York Convention of 1958*, Kluwer, 1996, pp. 25 ss.
- VAN ZELST, B.: "Unilateral Option Arbitration Clauses in the EU: A Comparative Assessment of the Operation of Unilateral Option Arbitration Clauses in the European Context", *J. Int'l Arb.*, 33, 2016, pp. 365 ss.
- VON SEGESSER, G. y GROSZ, M.: "Inoperability of Arbitration Agreements due to Lack of Funds? Revisiting Legal Aid in International Arbitration", disponible en <<http://kluwer-arbitrationblog.com/2015/01/17/inoperability-of-arbitration-agreements-due-to-lack-of-funds-revisiting-legal-aid-in-international-arbitration/?print=pdf>>.

- WAGNER, G.: "Impecunious Parties and Arbitration Agreements", *SchiedsVZ*, 2003, pp. 206 ss.
- WANG, J.: "International Judicial Practice and the Written Form Requirement for International Arbitration Agreements", *Pac. Rim. L. & Pol'y J.*, 10, 2001, pp. 375 ss.
- WARE, S.J.: "Arbitration and Unconscionability after Doctor's Associates", *Wake Forest L. Rev.*, 31, 1996, pp. 1001 ss.
- WARE, S.J.: "Employment Arbitration and Consent", *Hofstra L.J.*, 25, 1996, pp. 83 ss.
- WERTHEIMER, A.: *Coercion* (Princeton University Press, 1987).
- WOLFF, R. (ed.): *The New York Convention on Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards – Commentary*, Beck/Hart/Nomos, 2012.
- WOLFF, R.: "Party Autonomy to Agree on a Non-Final Arbitration", *ASA Bulletin*, 2008, pp. 626–640.
- WOLFF, R.: "Public Policy", en R. Wolff (ed.), *The New York Convention on Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards – Commentary*, Beck/Hart/Nomos, 2012, pp. 402 ss.