

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

PRINCIPIA

No. 10 - 2024



Principia

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



PRINCIPIA

No. 10-2024



Universidad Monteávila



CIERC
Centro de Investigación y Estudios para
la Resolución de Controversias

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

Reservados todos los derechos

Principia No. 10-2024 / Octubre 2024

Envío de convocatoria 10 de julio de 2024

Recepción de artículos 30 de septiembre de 2024

Los trabajos se evaluaron mediante arbitraje doble ciego

Hecho en Depósito de Ley: MI2020000591

ISSN-L: 2739-0055

ISSN: 2739-0055 (En línea)

ISSN: 2790-377X (Impresa)

Caracas, Venezuela

RIF Universidad Monteávila: J-30647247-9

Principia es una Revista de publicación bianual

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

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

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



Principia

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

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

cierc@uma.edu.ve

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

web: www.cierc.com

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

Fernando Sanquírigo Pittevil

Director del CIERC

Rodrigo Farías Díaz

Subdirector de Investigación

Adriana Vaamonde Marcano

Subdirector de Estudios

DIRECCIÓN EDITORIAL

Alejandro Ramírez Padrón

Director

Carlos Carieles Bollet

Subdirector Editorial

Andrés Eloy Alarcón

Asistente del Consejo Editorial

Caterina Jordan Procopio

Coordinadora Consejo Editorial

Asesor de la Dirección Editorial

Diego Castagnino

CONSEJO EDITORIAL

Krystle Baptista Serna

Mario Bariona Grassi

Ricardo Chirinos

Ramón Escovar Alvarado

Rodrigo Farías Díaz

Magdalena Maninat Lizarraga

Carmine Pascuzzo S.

Harout Samra

Fernando Sanquírigo Pittevil

Carlos Soto Coaguila

Principia

Nota Editorial

¡Bienvenido a *Principia No. 10!*

Les presentamos la décima edición de *Principia*, que, como ya es tradición, incluye una selecta colección de artículos y una entrevista que abordan temas relevantes tanto en el ámbito académico como profesional del arbitraje y la resolución de controversias. En esta ocasión, incorporamos una nueva sección denominada “*Precedente*”, cuyo objetivo es complementar nuestra propuesta de valor mediante la inclusión de resúmenes de casos que son de interés global en la materia.

Iniciamos con una entrevista exclusiva al Dr. Miguel A. Zaldivar, Jr., y al Dr. Richard C. Lorenzo, quienes, desde una perspectiva global, comparten sus reflexiones sobre las habilidades necesarias para resolver controversias de manera exitosa. Además, comparten anécdotas y experiencias de sus prácticas profesionales que, sin duda, cautivarán al lector.

Esta edición cuenta con la participación de autores de diversas nacionalidades, entre ellos el Dr. David Alejandro García Hellebuyck, cuyo artículo, titulado “*Breves reflexiones en cuanto al dictado de laudos arbitrales electrónicos en el arbitraje comercial internacional*”, aborda los potenciales obstáculos que pueden enfrentar los árbitros al dictar un laudo arbitral electrónico. Para ello, examina tanto la Convención de Nueva York como diversas leyes extranjeras, con el fin de proponer recomendaciones prácticas orientadas a garantizar la ejecución del laudo.

Asimismo, el Dr. Jorge Hernán Gil Echeverry, en su artículo “*El principio pro arbitraje en Iberoamérica*”, presenta un análisis comparado de este principio, que ha consolidado su importancia en el arbitraje contemporáneo y que, además, reviste un valor práctico al momento de definir la existencia, validez, eficacia o extensión del acuerdo arbitral.

Por su parte, la Dra. Lucy Objío escribe el artículo “*El apoyo judicial en el proceso arbitral. Visión general y particularidades en República Dominicana*”, que profundiza en la relación entre la jurisdicción estatal y la arbitral, evaluando su interacción en las distintas etapas del proceso y considerando tanto sus complicaciones como posibles soluciones.

También se incluye un artículo elaborado por los doctores Soham Panchamiya, Pankhuri Malhotra y Abhay Raj, titulado “*The Fitness of Arbitration in Resolving Crypto Disputes: An Uneasy Fit*”, que ofrece interesantes reflexiones sobre un tema de actualidad: el uso del arbitraje para resolver controversias relacionadas con criptomonedas, buscando determinar si este medio de resolución de controversias es el más eficiente para este tipo de disputas.

Finalmente, contamos con la participación del Dr. Enrique J. Urdaneta Cordido-Freytes, cuyo artículo, “*Las inferencias adversas en el arbitraje internacional*”, analiza en detalle las inferencias adversas y su impacto en el arbitraje internacional, con especial énfasis en la carga de la prueba y la garantía del debido proceso, desde una perspectiva teórico-conceptual y mediante un análisis práctico de cómo los tribunales han interpretado y resuelto estas situaciones.

Esperamos que esta décima edición de Principia, con su diversidad de temas y enfoques, sea de gran interés y utilidad para todos nuestros lectores. Agradecemos a los autores sus valiosas contribuciones, así como al equipo editorial de Principia y colaboradores, cuyo esfuerzo es fundamental para la realización de esta publicación.

¡Los esperamos en la siguiente edición!

Alejandro Ignacio Ramírez Padrón

Director Editorial de *Principia*

Contenido

Habilidades para resolver conflictos

Entrevista del director de Principia a Miguel A. Zaldívar y a Richard C. Lorenzo

pág 1

Breves reflexiones en cuanto al dictado de laudos arbitrales electrónicos en el arbitraje comercial internacional

David Alejandro García Hellebuyck

pág 11

El principio pro arbitraje en Iberoamérica

Jorge Hernán Gil Echeverry

pág 35

El apoyo judicial en el proceso arbitral. Visión general y particularidades en República Dominicana

Lucy Objío

pág 57

The fitness of arbitration in resolving crypto disputes: an uneasy fit

Soham Panchamiya, Pankhuri Malhotra y Abhay Raj

pág 71

Las inferencias adversas en el arbitraje internacional

Enrique J. Urdaneta Cordido-Freytes

pág 97

Precedente

pág 135

Decisión del 11 de febrero de 2022 del Tribunal de Comercio Internacional de Singapur

Relator: Claudia Madrid Martínez

pág 137

Decisión del 20 de junio de 2024 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia

Relator: Claudia Madrid Martínez

pág 145

Normas Editoriales de Principia

pág 151

Habilidades para resolver conflictos

Entrevista del director de Principia a Miguel A. Zaldívar Jr.* y a Richard C. Lorenzo**

Principia No. 10-2024 pp. 1-9

Primera Parte: Miguel A. Zaldívar

1. Como líder de una firma de abogados global, ¿puede hablarnos del equipo de resolución de disputas de la firma y de sus clientes?

Nuestra firma representa a Estados soberanos, así como a empresas públicas y privadas de prestigio mundial en disputas de alta complejidad y relevancia. Nos destacamos especialmente por nuestra sólida práctica en arbitraje y litigios internacionales, abarcando sectores como energía, construcción, infraestructura, tecnología, ciencias de la salud, servicios financieros, y la industria automotriz, entre otros.

Hogan Lovells cuenta con una amplia trayectoria en el manejo de asuntos de derecho internacional público y ar-

bitrajes de inversión en América Latina. Disponemos de un equipo altamente experimentado de abogados hispanoparlantes, formados y con experiencia profesional en sistemas jurídicos de derecho común y de derecho civil. Nos hemos consolidado como socios estratégicos de nuestros clientes, reconocidos por nuestra comprensión de las particularidades y la idiosincrasia de la región. Prueba de ello es el notable crecimiento que ha experimentado nuestra práctica de arbitraje de inversión dentro de la región en los últimos años.

Recientemente, hemos representado tanto a inversionistas como a Estados de América Latina, incluyendo Colombia, Chile, Ecuador y Panamá. También, a países como Egipto,

* Miguel A. Zaldívar, Jr. es el Director Ejecutivo (CEO) de Hogan Lovells, una firma legal internacional con más de 2.600 abogados. Miguel es uno de los pocos latinos que lidera grandes firmas de abogados a nivel mundial, fue elegido CEO por primera vez en el año 2020 y fue reelegido por unanimidad en el año 2023. Antes de asumir este puesto, ocupó varios cargos en la dirección de la firma, incluyendo Socio Director Regional para Asia, Pacífico y Oriente Medio, Codirector de la práctica de Infraestructura, Energía, Recursos y Proyectos, miembro del Consejo de Administración y Codirector de la práctica de Latinoamérica. Ha sido profesor de Derecho en la Universidad Católica Andrés Bello (Venezuela) y en la Facultad de Derecho de la Universidad de Miami (Estados Unidos). Asimismo, frecuentemente es conferencista en seminarios jurídicos alrededor del mundo.

** Richard C. Lorenzo es el Regional Managing Partner for the Americas de Hogan Lovells, y como miembro del equipo de liderazgo de la firma, se enfoca en desarrollar los objetivos del despacho en la región Latinoamericana. Anteriormente ocupó varios cargos directivos, entre ellos, el de miembro del Consejo de Administración y el de Socio Director de la oficina de Miami de Hogan Lovells. Richard se especializa en litigios comerciales internacionales y en arbitrajes de inversión para clientes extranjeros y nacionales con intereses en Estados Unidos, América Latina y Europa. Asimismo, estudió su Juris Doctor en la Escuela de Derecho de la Universidad de Miami (cum laude, 1995) y el Bachelor of Science en el Rollins College (magna cum laude, honors degree, 1992).

Eslovaquia, India, Vietnam, Hungría y Mongolia. Además, hemos asesorado a importantes empresas estatales en sectores estratégicos, reafirmando nuestra posición como líderes en esta área.

Del mismo modo, contamos con un equipo de litigantes alrededor del mundo, que asesoran a nuestros clientes en todo el espectro de litigios civiles, comerciales y contencioso-administrativos, así como en publicaciones, delitos de cuello blanco, antitrust, disputas laborales y procesos de quiebra e insolvencia.

Frecuentemente nuestros clientes acuden a nosotros en situaciones de manejo de crisis corporativas y en la implementación de nuevas estrategias de negocio. Una asesoría efectiva exige la habilidad de ofrecer soluciones pragmáticas y creativas, respaldadas por nuestra experiencia. Por ello, los clientes destacan que estas cualidades son algunas de las principales razones por las que confían en nosotros.

2. ¿Cuáles son algunas de las tendencias claves que afectarán cómo los negocios operarán en el futuro?

En los próximos años, la transición energética y la digitalización serán dos tendencias transformadoras que impactarán de manera transversal todos los sectores de la economía. Como firma de abogados, nos hemos enfocado en la innovación, tanto en la

gestión de nuestro propio negocio como en la manera en que asesoramos a nuestros clientes para capitalizar nuevas oportunidades. Estamos convencidos de que contamos con una posición excepcional para brindar asesoramiento estratégico en relación con estas dos tendencias clave.

Hoy vivimos un momento sin precedentes. El mundo se encuentra en un punto de inflexión, donde la Inteligencia Artificial promete generar cambios económicos, sociales y culturales de dimensiones inimaginables. En el futuro, los negocios serán completamente diferentes y el ejercicio de nuestra profesión se transformará de manera radical. Actualmente, estamos en una etapa inicial de colaboración entre máquinas predictivas y seres humanos. Sin embargo, en las próximas décadas, las máquinas asumirán tareas cada vez más complejas, superando incluso las proyecciones de los grandes futuristas.

Conscientes del futuro que nos aguarda con la Inteligencia Artificial, en Hogan Lovells hemos creado a Eltemate, una empresa especializada en tecnología. El objetivo de Eltemate es facilitar la vida de nuestros clientes ofreciendo soluciones prácticas a sus problemas cotidianos. Combinamos un profundo conocimiento de las necesidades jurídicas de nuestros clientes con la velocidad e innovación de un *start-up* de tecnología jurídica.

Eltemate ofrece una amplia gama de soluciones de tecnología jurídica, tales como: Inteligencia Artificial generativa, chatbots, aprendizaje automatizado, eDiscovery, análisis de información, actualizaciones normativas, bases de datos, salas de negociación, flujos de trabajo, gestión de casos, automatización de documentos, evaluación de riesgos, informes y aplicaciones.

3. Basado en su experiencia profesional, ¿cuáles son las 3 lecciones más importantes para negociar exitosamente una transacción internacional, especialmente en Latinoamérica?

La clave de una negociación exitosa, especialmente en Latinoamérica, tiene que ver con tres lecciones fundamentales:

i. La confianza y construcción de relaciones personales es fundamental. No se trata sólo de analizar y negociar lo que está en un contrato, sino que es indispensable atender el aspecto humano. La fuerza de las relaciones personales y profesionales muchas veces adquiere una importancia equivalente o a veces mayor que el propio negocio. Siempre he priorizado crear conexiones genuinas, que sirvan de base para obtener soluciones, inclusive en las circunstancias más desafiantes.

ii. La importancia de la adaptabilidad y sensibilidad cultural. Habiendo trabajado en cuatro continentes, entiendo

de primera mano que respetar y entender las diferencias culturales puede solventar una negociación. Cada país y comunidad tiene su forma particular de cómo conducir una negociación. He comprobado que ser flexible y receptivo de esas diferencias –además de demostrar un genuino respeto cultural– conlleva a mejores resultados.

iii. He aprendido siempre a pensar con una mirada estratégica en el largo plazo. En las negociaciones nunca me enfoco exclusivamente en lo inmediato, sino que siempre considero cómo un acuerdo comercial encaja en el contexto de los objetivos del cliente, considerando también las tendencias que afectan al mercado.

4. ¿Qué factores considera para decidir si mantenerse en una negociación o recurrir a los mecanismos adversariales de resolución de disputas?

Los objetivos del cliente son siempre mi prioridad. Por esta razón, la decisión tiene que siempre estar alienada con sus objetivos estratégicos a largo plazo y con su apetito o aversión al riesgo. Siempre se va a tratar de obtener el mejor resultado para el cliente en el largo plazo.

5. En tu experiencia, ¿cuáles son las habilidades que definen a un negociador excepcional?

A un negociador excepcional lo define una combinación de inteligencia emocional con una visión estratégica, aunado con la capacidad de mantener la calma bajo presión.

Otra habilidad indispensable es ser capaz de comunicarse con claridad, combinada con el saber escuchar activamente. Los grandes negociadores entienden que no se trata sólo de presentar su posición, sino también de verdaderamente escuchar y comprender lo que busca la otra parte. Entendiendo sus necesidades, preocupaciones y objetivos, se puede encontrar terreno común de manera más efectiva.

También es fundamental ser pragmático y estratégico. Si bien un análisis jurídico sólido es indispensable, el objetivo principal debe ser proporcionar soluciones ejecutables y orientadas al éxito del negocio, integrando un alto nivel de asesoría jurídica con resultados prácticos y efectivos.

6. ¿Cuál considera ha sido la negociación más difícil en la que ha participado?

Una de las negociaciones más difíciles en la que participé fue la representación de la República del Ecuador en la resolución extrajudicial de una disputa con Occidental Petroleum Corporation (“Oxy”) relacionada con la resolución de un contrato de participación para la producción de hidrocarburos.

A través de esta negociación se pretendía resolver uno de los mayores arbitrajes de la historia decididos por el centro de resolución de disputas del Banco Mundial: CIADI, en el cual nuestra firma no había participado como abogado de las partes en ese proceso.

El laudo arbitral condenaba al Estado a pagar a Oxy un monto neto de aproximadamente 1.400 millones de dólares más intereses de forma inmediata.

Por la visibilidad pública del tema, internamente y en el extranjero, y ante la ejecutoriedad inmediata del Laudo, las partes insistían en que si se iba a resolver extrajudicialmente el asunto se debía llegar a un resultado satisfactorio en un lapso brevísimo.

Como resultado de la negociación, se logró una reducción de 420 millones de dólares del monto que el Ecuador debía pagar a Oxy, con la correspondiente reducción proporcional de los intereses, y se logró diferir el pago en el tiempo para realizarlo en cuotas mensuales que no comprometerían la solvencia económica del Estado.

Durante el periodo de pago, el Ecuador fue azotado por un terremoto devastador y en una negociación posterior se logró acordar, amigablemente con Oxy, un diferimiento adicional de las cuotas pendientes.

Aparte del tema arbitral, a través de esta negociación se lograron solventar múltiples disputas adicionales pendientes entre las partes relacionadas con la ejecución del contrato de participación (incluyendo temas impositivos, laborales, ambientales y administrativos) otorgándose mutuamente finiquitos recíprocos.

Segunda Parte: Richard C. Lorenzo

7. ¿Qué aspectos deben considerarse al negociar una cláusula de resolución de controversias y qué factores claves determinan para usted la elección entre un medio de resolución u otro?

La ejecución de contratos internacionales enfrenta múltiples incertidumbres cuando las partes tienen nacionalidades y contextos legales y culturales distintos. Por ello, la negociación de las cláusulas de resolución de controversias debe centrarse en minimizar esas incertidumbres. En esa línea, el arbitraje continúa siendo la alternativa que mejor se ajusta a la realidad internacional.

Es fundamental que las partes elijan un procedimiento efectivo que garantice una sentencia o laudo ejecutable sobre los bienes o activos del deudor. La extensa implementación de la Convención de Nueva York asegura que el arbitraje internacional sea el método más efectivo para resolver disputas internacionales desde esta perspectiva.

Otra ventaja clave del arbitraje es que permite a las partes elegir a los miembros del tribunal arbitral. Esto no afecta la imparcialidad o independencia de los árbitros, pero permite seleccionar árbitros con experiencia en la industria en disputa. Así, las partes se aseguran de que los hechos serán evaluados con una perspectiva realista, lo que además otorga mayor legitimidad a la decisión final del tribunal arbitral.

Por último, el arbitraje les otorga libertad y flexibilidad a las partes para diseñar procedimientos que mejor se ajusten a sus necesidades. Esto es importante porque cada controversia tiene elementos específicos que hacen más atendibles algunas formas de procedimiento que otras. De este modo, las partes pueden acordar la bifurcación de procedimientos en dos o más etapas, la necesidad de incorporar un proceso de exhibición documental en el arbitraje, la realización de audiencias presenciales o por Zoom, entre otras variantes.

8. Desde su perspectiva como abogado consultor, ¿Cuáles son las estrategias y recomendaciones más efectivas para anticipar y prevenir conflictos potenciales?

La clave para anticipar y prevenir conflictos potenciales radica en un contrato sólido que distribuya de forma balanceada los riesgos entre las partes contratantes, e identifique cuáles son las consecuencias en caso de incum-

plimiento. Por ejemplo, el uso de cláusulas de limitación de responsabilidad o cláusulas penales que delimiten las responsabilidades de las partes de forma clara otorga previsibilidad y transparencia sobre la cuantía de los conflictos, lo que también permite resolver estas disputas de forma más rápida.

Sin embargo, es importante que las partes acuerden mecanismos para controlar el cumplimiento del contrato. El objetivo de estos mecanismos es permitir la identificación temprana de conflictos y la apertura de espacios de comunicación para resolverlos ágilmente. En la práctica, es usual que en la ejecución de proyectos las partes creen comités para supervisar el cumplimiento del contrato, o que contemplen rondas de negociación en caso de existir diferencias entre las partes. Estas instancias permiten mantener el diálogo y evitan que los conflictos escalen a mecanismos de resolución adversariales.

9. En su opinión, ¿Cómo debería ser la interacción entre una firma legal contratada para conducir un proceso arbitral y los abogados internos de la empresa-cliente?

Los abogados internos, al igual que cualquier otro representante de las partes, merecen una interacción ágil, fluida, y propositiva. Esta interacción es un componente esencial en la rep-

resentación exitosa de nuestros clientes.

Los abogados internos contribuyen de múltiples formas a la conducción del proceso arbitral debido a su posición privilegiada dentro de la estructura del cliente. Por ejemplo, los abogados internos son los primeros llamados a responder al conflicto, incluso antes del inicio del arbitraje. Generalmente esto se materializa a través de cartas contractuales u otros medios similares. En consecuencia, ellos son la primera fuente de información sobre el estado de la disputa entre las partes.

A su vez, desde el punto de vista probatorio, los abogados internos manejan la administración documental del cliente y permiten identificar y obtener pruebas relevantes para el arbitraje en conjunto con el equipo externo. Los abogados internos también pueden estar en una buena posición para identificar potenciales testigos que tengan conocimiento personal de los hechos de la disputa. Por ello, los abogados internos contribuyen decisivamente a una representación exitosa. Su rol también se extiende a las etapas de producción de documentos en un arbitraje internacional, que suelen ser ejercicios muy complejos y que requieren de una rápida reacción de parte del cliente.

Los abogados internos también cumplen un rol fundamental en

aquellos casos en que los conflictos del cliente se deben resolver por la ley local. En dichos casos, los abogados internos, calificados para ejercer como abogados en sus jurisdicciones, agilizan el entendimiento de la ley y contribuyen al diseño de estrategias basadas en la realidad del caso.

10. ¿Cuáles son las dificultades que ha encontrado al momento de conducir equipos de arbitraje multiculturales? ¿Cómo las ha solventado?

Hogan Lovells cuenta con un equipo de arbitraje internacional completamente multicultural que se extiende a lo largo de continentes y que reúne nacionalidades, idiomas y perspectivas culturales únicas. Esto se diseñó así intencionalmente ya que las necesidades de nuestros clientes nos llaman a presentar un servicio de excelencia alrededor del mundo. Es difícil liderar una práctica de arbitraje internacional sin esta inherente diversidad de perspectivas, porque el mismo arbitraje internacional es una fusión de realidades jurídicas diversas.

Décadas atrás, cuando la práctica del arbitraje internacional era mucho más pequeña, se hacía más difícil conciliar ciertos aspectos en la formación profesional de abogados de distintas tradiciones jurídicas. La mentalidad de los abogados estaba muy determinada por su formación local en mate-

rias tan diversas como el acercamiento a la presentación de la prueba, la redacción de las presentaciones escritas, la relativa importancia de ciertas fuentes del derecho por sobre otras, las expectativas sobre la amplitud de los procesos de exhibición de documentos, entre muchos otros aspectos.

En el mundo actual, estas diferencias se han matizado ya que muchos de los abogados que trabajan en arbitraje han cursado maestrías en el extranjero, y especialmente en Estados Unidos. Esto ha resultado en una armonización en la formación profesional de los abogados que practican arbitraje internacional.

11. ¿Podría compartir una experiencia memorable en un proceso de resolución de disputas (negociación, mediación o arbitraje) que haya dejado un aprendizaje significativo en usted?

Hace unos años atrás, Hogan Lovells tuvo el honor de representar a la República de Panamá en un arbitraje de inversión relacionado con el desarrollo de un proyecto inmobiliario ecoturístico. Las fincas adquiridas para la realización del proyecto estaban ubicadas en la Comarca de Ngöbe-Buglé, una reserva indígena localizada en una zona muy remota del país. El inversionista reclamó que Panamá había expropiado su inversión en el proyecto. Sin embargo, dado que las fincas en dicho caso se habían adquirido en vi-

olación de la legislación indígena de la zona, el tribunal arbitral dio la razón a Panamá y declinó jurisdicción sobre la disputa.

Uno de los grandes puntos de contención entre las partes era la ubicación exacta de las fincas en disputa. Resolver esta pregunta era esencial para el caso, porque de ello dependía la aplicación de la legislación indígena a la adquisición de las fincas. Por ello, parte fundamental de nuestra estrategia del caso fue solicitar al tribunal arbitral que se realizara una inspección ocular de las fincas. No es frecuente que un tribunal internacional conduzca este tipo de diligencias probatorias, y la contraparte ciertamente se opuso a su realización.

No obstante, el tribunal arbitral concedió la inspección. Por ello, las partes, sus representantes legales, los peritos y los miembros del tribunal arbitral viajamos a la Comarca de Ngöbe-Buglé a inspeccionar las fincas. La inspección fue una verdadera odisea, de comienzo a fin. Dos días antes de siquiera iniciar la inspección, Miami fue azotado por el Huracán Irma, lo que impidió nuestro traslado a Panamá de forma oportuna. Una vez que arribamos a Panamá, la República debió proveer helicópteros del ejército para acceder a la Comarca. Una vez en la Comarca, el transporte entre las fincas en disputa se debió realizar en canoas. La zona era un lugar de una

belleza extraordinaria, pero su ubicación era realmente remota.

La desafiante logística de la inspección solo acrecentó el impacto de la diligencia en el tribunal arbitral. Las fincas, en efecto, no estaban ubicadas en un lugar cualquiera, sino que estaban en medio de una reserva indígena completamente alejada de la realidad de las ciudades. Desde la perspectiva de la presentación de nuestro caso, la “evidencia” habló por sí sola y fue altamente efectiva.

Nuestra experiencia inspeccionando fincas en Panamá es un ejemplo radical, pero efectivo, de cómo presentar la evidencia del caso de una forma novedosa y persuasiva. Cada caso tiene hechos únicos, por lo que el desafío del equipo legal es descifrar el método más persuasivo de presentar la evidencia frente a los miembros del tribunal arbitral. Este enfoque requiere creatividad y, a veces, de aceptar el reto de experimentar con nuevos métodos probatorios.

12. Desde su punto de vista, ¿Cuál es el futuro del sistema de protección de inversión en Latinoamérica? ¿Es necesaria una reestructuración?

El sistema de protección de inversiones en Latinoamérica lleva varios años inmerso en una crisis de legitimidad que ha llevado a varios países de Latinoamérica, incluyendo Honduras, Venezuela y Ecuador, a denunciar

el Convenio CIADI. Si bien se ha avanzado en aumentar la transparencia de los arbitrajes inversionista-Estado en un esfuerzo por aumentar su legitimidad, siguen existiendo desafíos importantes por resolver.

Uno de esos desafíos dice relación con el excesivo costo y duración de un arbitraje inversionista-Estado en la actualidad. Sin embargo, existen medidas concretas que los usuarios del arbitraje (los despachos de abogados) pueden usar para atacar los problemas de costos. La primera medida es reducir el tamaño de los escritos presentados en el arbitraje. En ciertos casos, los mismos tribunales arbitrales están ordenando a las partes ceñir sus escritos a un número límite de páginas. Nuestro equipo recientemente participó en una ronda de escritos en un arbitraje inversionista-Estado donde el tribunal arbitral solicitó que el escrito no tuviera más de 60 páginas. Medidas sencillas como esta reducen el tiempo de tramitación de los arbitrajes, los costos incurridos por el tribunal arbitral en resolver la disputa, y los costos incurridos por las partes en litigar la controversia.

Un segundo desafío del sistema de protección de inversiones es la “monetización” de las disputas inversionista-Estado por parte de fondos de inversión que financian los costos de litigación de inversionistas y Estados. La participación de estos fondos de in-

versión se ha vuelto una realidad común y pueden ser muy útiles para permitir a algunas partes litigar reclamos con verdadero mérito, pero que no tienen los medios para ello. Sin perjuicio de estos casos, la participación de estos “terceros financistas” presionan los costos del arbitraje al alza. En los últimos meses hemos visto opiniones disidentes de árbitros experimentados que han lamentado la incapacidad de emitir decisiones de costos contra estos terceros que financian la posición de una parte pero que, estrictamente hablando, no forman parte del arbitraje.

En el futuro cercano, anticipo que las disputas inversionista-Estado se seguirán produciendo en el continente. Sin embargo, la salud del sistema de protección de inversiones en el largo plazo depende de la acción decisiva y colectiva de los usuarios del arbitraje por “poner orden en la casa” y responder a estos desafíos.

Breves reflexiones en cuanto al dictado de laudos arbitrales electrónicos en el arbitraje comercial internacional

David Alejandro García Hellebuyck*

Principia No. 10-2024 pp. 11-34

Resumen: El presente artículo tiene como propósito determinar cuáles serán los obstáculos con los que se podrían enfrentar los árbitros para emitir un laudo arbitral electrónico y qué consideraciones prácticas o elementos deben considerar para hacerlo. Para lograr ese propósito, se analizará la CNY y diferentes leyes extranjeras, a fin de verificar los requisitos que se deben satisfacer para poder dictar un laudo ejecutable en formato electrónico; así mismo, se proponen ciertas soluciones prácticas para que dicho laudo goce de la autenticidad necesaria para su posterior ejecución y con ello lograr el fin del arbitraje comercial para la solución de controversias.

Abstract: The purpose of this article is to determine what obstacles arbitrators could face in issuing an electronic arbitration award and what practical considerations or elements they must consider to do so. To achieve this purpose, the CNY and different foreign laws will be analyzed to verify the requirements that must be satisfied in order to issue an enforceable award in electronic format; Likewise, certain practical solutions are proposed so that said award enjoys the necessary authenticity for its subsequent execution and thereby achieve the end of commercial arbitration for the resolution of disputes.

Palabras Claves: Laudo arbitral electrónico | Arbitraje electrónico | Arbitraje internacional | Nuevas tecnologías

Keywords: Electronic arbitration award | Electronic arbitration | International arbitration | New technologies

* Abogado y Notario de la República de El Salvador. Doctor en Derecho Privado por la Universidad Dr. José Matías Delgado en convenio con la Universidad Autónoma de Barcelona (España). Máster en Derecho de los Negocios por la Universidad Autónoma de Barcelona (España), Máster en Propiedad Intelectual y Derecho de las Nuevas Tecnologías por la Universidad Internacional de la Rioja (España) y Maestro en Derecho de Empresa por la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas, UCA (El Salvador). Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Universidad de El Salvador. Actualmente, Presidente del Club Español e Iberoamericano de Arbitraje (CEIA) Capítulo El Salvador. En el ámbito profesional, socio de la firma GH Abogados, firma especializada en Derecho de Empresa, Arbitraje y Litigios.

Sumario: I. Introducción, II. Breves reflexiones en cuanto al dictado de laudos arbitrales electrónicos, A. El laudo arbitral: concepto, B. Requisitos de fondo y forma del laudo arbitral electrónico, C. Formalidad escrita y autenticidad del laudo. Algunas reflexiones sobre la posibilidad de dictar laudos arbitrales electrónicos en el arbitraje internacional, 1. La formalidad escrita vs. la forma electrónica, 2. Autenticidad del laudo arbitral dictado en forma electrónica en el marco de un arbitraje internacional, D. Posibilidad de dictar laudos electrónicos en El Salvador, III. Conclusiones

I. Introducción

Hace más de 60 años se tuvo la iniciativa de crear la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (CNY) la cual finalmente fuera aprobada en 1958, gracias a la Cámara de Comercio Internacional (CCI) en 1953.

La aludida convención, a los ojos de muchos, ha resultado ser la más exitosa de la historia, al haber sido ratificada por 172 países hasta la fecha¹. Y es que, su importancia radica en que los Estados signatarios a través de su ratificación garantizan la validez de los laudos arbitrales dictados en el extranjero dentro de su ámbito jurisdiccional interno.

Con motivo de la vigencia de la CNY en tantos Estados, en muchos foros académicos suele hablarse de la seguridad como una de las ventajas del arbitraje comercial internacional, la que usualmente es percibida por las partes

como un mecanismo ágil y eficiente para hacer valer los derechos proferidos en el laudo arbitral. Así, los tribunales nacionales de los estados que son parte de la CNY harán cumplir el laudo resultante del arbitraje, a menos que se configure alguno de los limitados motivos de denegatoria que contempla dicha Convención.

En ese contexto, el amplio número de Estados que han ratificado la CNY constituye el núcleo normativo para la efectividad del sistema de arbitraje internacional. Esto significa que un laudo arbitral que satisfaga las condiciones de la CNY logra una especie de “pasaporte” o “pase” para ser válido en otra parte del mundo, dado que el laudo dictado en un Estado contratante es un título potencialmente ejecutable en los 172 Estados signatarios, en contraste con las resoluciones judiciales que no tiene esa misma ventaja².

¹ https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards/status2. En este enlace puede visualizarse el estado actual de la CNY, el cual fue consultado al 7 de agosto de 2024.

² Ramón Mullerat Obe, “Los Segundos 50 años del Convenio de Nueva York: reflexiones sobre la falta de interpretación uniforme de algunos de sus preceptos,” *Spain arbitration review: revista del Club Español del Arbitraje*, n° 5 (2009): 111-128.

Este elemento no solo constituye el éxito de la CNY en cuanto al objetivo inmediato que perseguía con relación a facilitar el reconocimiento y ejecución de laudos, sino que sus soluciones representan un mínimo común denominador a escala mundial. Se ha dicho que la CNY es “el pilar donde descansa el edificio del arbitraje” y también que es “la instancia más efectiva en cuanto a legislación internacional en la historia del derecho comercial”.

Ahora bien, habiendo transcurrido tanto tiempo desde su aprobación, es lógico que los precursores de esta iniciativa no tuvieran una idea tan clara de hasta dónde llegaría la tecnología y cómo ciertas exigencias formales para dictar el laudo arbitral podrían convertirse en verdaderos obstáculos para la consecución de los fines de la Convención. Y es que la tecnología actual promete cambios significativos en la forma de hacer las cosas y nuevos retos para el arbitraje internacional: sin papeles, rentable y rápida alternativa para algunas o todas las etapas de los procedimientos arbitrales internacionales, lo que ha dado lugar a los “arbitrajes verdes”.

Sin embargo, como señala Reinmar Wolff “el potencial de la tecnología encuentra obstáculos cuando los instru-

mentos legales niegan su reconocimiento jurídico, en especial lo que se refiere para el caso concreto a los convenios arbitrales y los laudos, pues ambos están sujetos a requisitos de forma específicos: los acuerdos de arbitraje a menudo se celebran por escrito y los laudos arbitrales generalmente deben hacerse por escrito y ser firmados por los árbitros”³.

Pero, a pesar de los requisitos formales tanto del convenio arbitral como del laudo arbitral, se puede observar que la misma CNY contempla el intercambio de telegramas como un reflejo de la apertura hacia las tecnologías en ambos casos, siendo el telegrama la más moderna forma para concluir convenios arbitrales en 1958, así podemos confrontar esta aseveración con lo dispuesto en el artículo II.2 CNY. En todo caso, también cabe mencionar que cuanto más la tecnología progresa, más apremiante se ha hecho la pregunta de si estas viejas disposiciones evolucionan con la tecnología o si impiden efectivamente el uso de medios digitales para el dictado de laudos arbitrales electrónicos.

Esto es particularmente relevante, pues como ya se explicaba, la CNY ha demostrado ser demasiado exitosa como para formularse una nueva, por lo que la

³ Reinmar Wolff, “E-Arbitration Agreements and E-Awards: Arbitration Agreements Concluded in an Electronic Environment and Digital Arbitral Awards” en *Arbitration in the Digital Age: The Brave New World of Arbitration*, ed. Piers, Maud, y Aschauer, Christian, (Cambridge: Cambridge University Press, 2018), 174-181. El autor concluye que en el contexto internacional es posible el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral electrónico, siendo la aplicación de la doctrina de la ley más favorable una de las alternativas para proceder al cumplimiento del laudo.

vía que tomó la CNDUMI para su actualización, ha sido la creación de instrumentos como la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional (LMACI) del 2006 y la integración normativa con otras convenciones que se van generando en su seno.

Tomando en consideración lo anterior, el presente artículo tiene como propósito generar algunas reflexiones en cuanto a la posibilidad y por que no decirlo, conveniencia de dictarse un laudo arbitral en formato electrónico o en su defecto, continuar dictándolo en formato tradicional; asimismo, proponemos ciertas soluciones que podrían tomarse en cuenta por parte de los tribunales arbitrales para generar su laudo final en dicho formato, lo cual, por supuesto, depende muchas veces de la ley de la sede del arbitraje.

En ese orden de ideas, uno de los puntos principales de las presentes líneas, se centra en el dictado del laudo y la posibilidad de que se materialice por medio del uso de Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC's), pues la misma no es más que la genuina y auténtica forma en que se soluciona un conflicto de carácter transigible, ya que el laudo

arbitral es el fin último del arbitraje: poner fin a una controversia.

En este artículo pretendemos efectuar un análisis del uso de las TIC's en lo que se refiere a la toma de decisiones de los árbitros, estrictamente en cuanto al ámbito de su formalización y autenticidad.

Así las cosas, el punto medular es el examen de los alcances, prohibiciones y limitaciones para dictar un laudo electrónico, a través de un análisis de los instrumentos del Derecho Uniforme del Comercio Internacional (DUCI), de los sistemas legales vigentes y lo regulado en los principales reglamentos de arbitraje, así como lo dispuesto en la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje (LMCA) para el caso de El Salvador⁴. Sobre dichos puntos se pretende ahondar en las siguientes líneas.

II. Breves reflexiones en cuanto al dictado de laudos arbitrales electrónicos

A. *El laudo arbitral: concepto*

En términos generales, se puede definir el laudo arbitral como la resolución final

⁴ Pedro Martínez González, *El nuevo régimen del arbitraje*, (Barcelona: Bosch, 2011), 135. En el caso de España el art. 37.3 LA expresamente prevé la posibilidad de dictar el laudo electrónico. En cambio, una de las limitantes que contiene la LMCA es el carácter formal del laudo, al encontrarse diseñado para que éste se confeccione por escrito y que su notificación se haga a través de una "audiencia" que para tal efecto convoquen los árbitros. No obstante, con la vigencia de la Ley de Firma Electrónica y Ley de Comercio Electrónico se solucionan ciertas limitaciones en favor del uso de las nuevas tecnologías pues al integrarlas adecuadamente con las disposiciones procesales de la LMCA, pueden llevarnos a concluir que es posible el uso de las TIC's al momento de dictarse el laudo.

emanada de los árbitros mediante la cual se pone fin a un litigio⁵.

Por su parte, la jurisprudencia ha sostenido que el término laudo implica la decisión de un tribunal arbitral que resuelve parte o la totalidad de las controversias entre las partes⁶.

Por otra parte, el laudo arbitral pretende la satisfacción de una pretensión, pues al igual que una sentencia judicial, sus efectos pueden ir encaminados a crear, modificar o extinguir derechos, configurándose así la manera normal de dar por terminado el proceso arbitral, ya que es el objeto final por el cual las partes someten la solución de su conflicto a este método alternativo de solución de controversias⁷.

En ese sentido, el concepto general de laudo es aplicable al laudo electrónico o llevado a cabo por medio de TIC's, pues en el fondo tiene la misma funcionalidad

y validez, aunque su formación y materialización se haga por medio del uso de tecnología⁸.

Dicha premisa también le es aplicable a aquellos laudos que se emiten por voluntad de las partes, es decir, los llamados laudos homologados o laudos transaccionales como se les conoce en la doctrina y que se refieren al acuerdo convenido por las partes y elevado a la categoría de laudo con idénticos efectos que aquel que se hubiese dictado conociendo del fondo de la controversia⁹.

Partiendo de lo anterior, al margen de que sea un laudo propiamente dicho u homologado, hay concepciones de laudo que toman en cuenta los caracteres de la estructura formal del mismo, así podría hablarse de una conceptualización sus-

⁵ El concepto de lo que es laudo ha sido objeto de mucho debate, pues no existe una definición internacionalmente aceptada sobre ello y ninguno de los instrumentos que rigen el arbitraje internacional incluyen una definición.

⁶ *Infórica Inc. v. CGI Information Systems & Management Consultants Inc.*, Corte de apelaciones de Ontario, Canadá del 11 de septiembre de 2009. Caso referencia: [2009] ONCA 642 (Ont. C.A.)

⁷ José Carlos Fernández Rozas, *Tratado del Arbitraje Comercial en América Latina*, (Madrid: iustel, 2008), 786. El autor menciona que el laudo es el acto del árbitro decidiendo la cuestión sometida a litigio. A nuestro parecer efectivamente, es la esencia o razón de ser de la función arbitral: dirimir una disputa de carácter disponible al caso concreto con efectos de cosa juzgada material o sustancial.

⁸ Iciar Cordero Cutillas, "Artículo 37. Plazo, forma, contenido y notificación del laudo" en *Comentarios Prácticos a la Ley de Arbitraje*, ed. Guilarte Gutiérrez, (Valladolid: Lex Nova, 2004), 594-595. El autor señala que la LA introduce estos medios, equiparándolos al papel, como soporte para hacer constar el contenido del laudo, debiéndose tomar en cuenta que su utilización no introduce cambios en la naturaleza del laudo. Expone que el soporte electrónico que actúa de marco del laudo tendrá el valor de documento privado. En nuestra opinión lo único que cambia es los "medios" de deliberación utilizados en vez de una reunión presencial de los árbitros, así como el uso de programas de ordenador o de inteligencia artificial para la toma de decisiones, así como la materialización del laudo. No obstante, electrónico o no, el laudo conserva su naturaleza y esencia que es la de resolver y poner fin a un conflicto con efectos de cosa juzgada.

⁹ En El Salvador, esta categoría de laudo se encuentra regulado en los arts. 47 número 3 y 54 incs. 2° y 3° LMCA, que reconocen el laudo homologado con efectos de título de ejecución una vez firme.

tantiva, documental o no jurisdiccional del laudo arbitral¹⁰.

El concepto sustantivo de laudo obedece a la sustancia o materia a la que pertenece el laudo, es decir, a la materia arbitral.

Para dicha tesis, el laudo es aquel que resuelve las controversias sometidas a arbitraje, siendo la disputa arbitrable y cumpliendo para su pronunciamiento con las premisas y reglas del proceso arbitral, so pena que dicho laudo pueda impugnarse mediante las causales señaladas en la ley de arbitraje elegida por las partes.

Por su parte, la visión documental del laudo hace referencia a la forma del laudo, la cual debe constar por escrito generalmente o a través de medios electrónicos; por lo que el laudo, para esta conceptualización, se define como el documento por el cual se pone fin al proceso arbitral, el cual ha sido elaborado por el tribunal arbitral.

En cuanto a la conceptualización no jurisdiccional, el laudo hace alusión a la resolución final pronunciado por un tribunal arbitral, quien a raíz de un arbitraje

tiene una función procesal, más no jurisdiccional; ya que no se introduce en una segunda instancia, sino que está sujeto a una acción de nulidad.

En definitiva, independientemente de las posturas o criterios que se utilicen para conceptualizar al laudo, no cabe duda de que su formación exige una delicada y difícil tarea del tribunal arbitral, ya que de todas las actuaciones es la que requiere una mayor responsabilidad. Este compromiso se ve reflejado en la concentración de los hechos, pruebas y derecho aplicable para la solución del conflicto, a los cuales se suma un exhaustivo cumplimiento de las reglas pertinentes para su emisión, para evitar la nulidad del laudo por medio de su impugnación a través del recurso o acción de nulidad¹¹.

B. Requisitos de fondo y forma del laudo arbitral electrónico

La forma del laudo no es más que la exteriorización o presentación que legal-

¹⁰ Antonio María Lorca Navarrete, *Tratado de Derecho de Arbitraje*, (San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2003), 320.

¹¹ José Merino Merchán y José María Chillón Medina, *Tratado de Derecho Arbitral*, (Madrid: Civitas, 2006), 648. Los autores mencionan que el laudo es la labora más difícil y espinosa de todo el proceso, y es donde se materializa el aforismo jurídico “el arbitraje vale lo que vale el árbitro”. En ese sentido, para dictar un laudo, los árbitros tienen una triple tarea: emitir un juicio resolutorio, que tal juicio verse sobre la controversia sometida y que sea dictado en el plazo fijado por las partes. Los árbitros deben, de manera concurrente y no aislada, desarrollar una operación intelectual y realizar un acto de carácter volitivo, ya que de lo contrario se abriría la posibilidad de que sea impugnado. Para una visión práctica de la confección del laudo véase a Roque Caivano, “La elaboración de un laudo arbitral” en *Destrezas legales en el litigio arbitral*, ed. Bullard González, (Lima: Palestra Editores, 2018), 241-252.

mente debe adquirir la decisión final de los árbitros¹².

La forma de este “documento” generalmente es determinado por la legislación respectiva o *lex arbitri* designada por las partes desde el convenio arbitral, por tratarse de la solución más importante en un proceso de arbitraje¹³.

En el contexto internacional, si bien la vigente Ley Modelo de 2006 de la CNDMI incorporó modificaciones referentes a la forma electrónica del convenio arbitral no hizo cambios significativos en lo que se refiere a la forma del laudo arbitral.

El art. 31 párr. 1) de la LMACI dispone que el laudo se dictará por escrito y será firmado por el árbitro o los árbitros, sin referirse al laudo electrónico, y, esta redacción es adoptada por ordenamientos jurídicos en América Latina como el caso de Costa Rica, Panamá, Argentina, Chile

y Uruguay que han copia textualmente la LMACI en su versión 2006. Incluso, en Europa, leyes de arbitraje como la de Escocia¹⁴ y de Suecia¹⁵ adoptaron dicha redacción.

Otras leyes como el caso Bolivia¹⁶, en América Latina, y Francia¹⁷, en el caso de Europa, se limitaron a manifestar que el laudo será firmado por los árbitros sin exigir que el mismo sea escrito, lo que permite un margen más amplio de interpretación respecto a la posibilidad de dictar laudos electrónicos.

Ahora bien, países como España si bien adoptaron lo dispuesto en LMACI, fueron más allá, y, por ejemplo, el art. 37.3 párr. 2° de la Ley de Arbitraje (LA) menciona que el laudo consta por escrito cuando de su contenido y firmas quede constancia y sean accesibles para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo¹⁸.

¹² Francisco González de Cossío, *Arbitraje*, (México: Porrúa, 2018), 898. El autor resalta que la mayoría de los derechos arbitrales requieren que el laudo arbitral tenga forma por escrito y que esté firmado y que dicha formalidad también es reflejada en diversos reglamentos de arbitraje. De la misma manera -señala- también existen legislaciones que requieren una formalidad mayor que la escrita.

¹³ José Carlos Fernández Rozas, *Abogacía internacional*, (Madrid: Rasche, 2014), 288-289. El autor señala que en la generalidad de las legislaciones arbitrales modernas se dispone, en orden de los requisitos formales, que el laudo arbitral debe constar por escrito, siendo suficiente que sea firmado por la mayoría requerida para formar la decisión.

¹⁴ El art. 51 (1) de la Ley de Arbitraje de Escocia (Arbitration Scotland Act 2010) manifiesta que el laudo debe constar por escrito y firmado por los árbitros.

¹⁵ Sección 31 The Swedish Arbitration Act (SFS 1999:116)

¹⁶ El art. 103 de Ley de Arbitraje de Bolivia, Ley de 25 de junio de 2015, N° 708-2015 (forma) se limita a mencionar que: “El laudo deberá ser motivado y suscrito por la o el árbitro único o por la mayoría de los miembros del tribunal arbitral, aunque exista disidencia”.

¹⁷ El art. 1480 LEC que introdujo la regulación del arbitraje el 13 de enero de 2011, se limita a decir que: “El laudo arbitral será dictado por mayoría de votos. Estará firmado por todos los árbitros.”

¹⁸ Ana Montesinos García, *Arbitraje y Nuevas Tecnologías*, (Navarra: Thomson Civitas, 2007), 353. Para la autora, el citado art. 37 LA es de suma importancia a la hora de defender un arbitraje electrónico, pues supera la necesidad de protocolización del laudo, difícilmente cumplida por medios electrónicos.

Esa misma redacción se encuentra en el art. 55.2 de la Ley de Arbitraje de Perú (LAP), siendo la ley más moderna en la materia en América Latina, lo que potencia la equivalencia de la escritura con el formato electrónico del laudo¹⁹.

Por su parte, respecto de los Reglamentos de Arbitraje, el único que expresamente regula el dictado de laudos electrónicos es el art. 26.2 de la LCIA²⁰, mientras que otros como la CCI o el CAM optan por una opción abierta sin requerir ningún requisito específico de forma.

Sobre este último punto, es necesario tener en cuenta cuál es la ley de arbitraje subsidiaria al Reglamento del Centro, pues si las partes seleccionaron una ley que requiere formalidades especiales como decir que conste por escrito y que dicho laudo sea firmado por los árbitros, tales requisitos deben cumplirse.

Por esa razón, la opción abierta del CAM o CCI restringen a los árbitros de facultades para dictar laudos electrónicos, pues el laudo debe ser dictado de acuerdo con la ley de arbitraje aplicable

en defecto de lo regulado en el Reglamento, y si de hecho se hace, se corre el riesgo de que dicho laudo no sea ejecutable, si se dicta por medios electrónicos.

En el caso de El Salvador, la LMCA señala los requisitos de forma y fondo que todo laudo debe cumplir para tener la eficacia necesaria como título de ejecución, siendo en síntesis que el laudo se pronunciará por escrito.

Aclarada la situación actual en lo que atañe a las formalidades que reviste el laudo arbitral en muchas jurisdicciones y en especial lo establecido en la LMCA, en las próximas líneas, se pretende explorar si la formalidad escrita es absoluta o puede efectuarse una interpretación extensiva que permita su formalización exterior en formato electrónico²¹.

¹⁹ Mario Castillo Freyre, *Comentarios a la ley de arbitraje*, (Lima: ECB Ediciones, 2014), 877. Se permite la legalidad de cualquier tecnología que surja, o haya surgido, distinta de la tradicional forma escrita y del carácter electrónico u óptico, por supuesto mostrando una mínima dosis de fehabiciencia en el tráfico jurídico, habida la exigencia de seguridad jurídica.

²⁰ El art. 26.2 del Reglamento de la LCIA dice: "A menos que las partes acuerden lo contrario, o el Tribunal Arbitral o la Corte de la LCIA decida de forma diferente, cualquier laudo puede firmarse electrónicamente y/o en partes, uniéndose en un solo instrumento."

²¹ Leonel Pereznieto Castro y James A. Graham, *Tratado de Arbitraje Comercial Internacional Mexicano*, (México: Limusa, 2013), 282-283. Los autores señalan que en derecho mexicano el laudo tiene que ser por escrito y firmado, incluyendo la posibilidad de que el laudo sea en forma y con firma electrónica, ya que el tribunal puede rendir el mismo en aplicación del art. 93 bis del Código de Comercio.

C. *Formalidad escrita y autenticidad del laudo. Algunas reflexiones sobre la posibilidad de dictar laudos arbitrales electrónicos en el arbitraje internacional*

1. **La formalidad escrita vs. la forma electrónica**

En cuanto a la formalidad del laudo, esta varía de país a país. Algunas jurisdicciones no exigen una forma determinada para el laudo como por ejemplo el art. 52, capítulo 23 de la *Arbitration Act* 1996 (UK) del 17 de junio de 1996, mientras que otras exigen la forma escrita del laudo por expresa disposición normativa, por ejemplo, el caso de El Salvador, tal como se regula en el art. 60 inc. 1° LMCA²².

Pero, también ocurre que ciertas leyes, iberoamericanas contemplan la posibilidad de dictar laudos electrónicos, por

ejemplo, el art. 37.3 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, Ley de Arbitraje de España, donde se menciona que se entenderá que el laudo consta por escrito cuando de su contenido y firmas quede constancia y sean accesibles para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo, lo que potencia la equivalencia de la escritura con el formato electrónico del laudo²³.

No obstante, la generalidad es que tanto la LMCAI como muchas otras leyes que le siguen, exigen que el laudo sea pronunciado por escrito y sea firmado por los árbitros²⁴.

Como puede advertirse, puede ocurrir que en el país donde se ha llevado el arbitraje reconozca la posibilidad de dictar laudos arbitrales electrónicos, mientras que el lugar de ejecución del laudo no reconozca esta posibilidad.

²² David Alejandro García Hellebuyck, “Problemas y retos para la ejecución de laudos arbitrales electrónicos con relación al artículo IV.1 CNY de 1958” en *Arbitraje y nuevas tecnologías*, ed. Chipana Catalán, J., y Duarte Lau, M., (Lima: Themis, 2021), 187-216.

²³ Ignacio Colomer Hernández, “Art. 37. Plazo, forma, contenido y notificación del laudo” en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, ed. Lorenzo Pratz Albetosa, (Madrid: La Ley, 2013), 851. En el caso de España, el carácter escrito del laudo se puede cumplir a través de las nuevas tecnologías de la información haciendo constar el contenido del laudo y las firmas en soporte electrónico, óptico o de otro tipo que permita el acceso y la consulta por las partes, es decir, que los laudos se hagan constar en documento electrónicos o en soporte que garanticen el acceso a las partes, así como la intangibilidad de su contenido.

²⁴ Cordero Cutillas, “Artículo 37. Plazo, forma, contenido y notificación del laudo,” 594. El autor señala que el contenido documental descansa casi exclusivamente en el papel, ya que se consideraba que reunía condiciones apropiadas como su duración, economía, comunicación, archivo especialmente, el fácil reconocimiento de las alteraciones que hubiesen podido sufrir y la posibilidad de ser firmado por sus autores. Sin embargo, éste no es el único medio perdurable de la exteriorización de la voluntad. Junto con él, coexisten otros, como las cintas de audio, de vídeo, en CD-ROM, sin perjuicio de aquellos otros que en el futuro se puedan crear. En el caso de El Salvador, la LMCA, regula en los arts. 60, 61 y 62 la forma que debe adoptar el laudo arbitral, así como sus aspectos de contenido. Al parecer, la formalidad de que el laudo se haga constar por escrito responde a la necesidad que se tiene en términos de plasmar la decisión de manera exacta, inalterable y válida, a fin de que pueda cumplirse y ejecutarse sin alteración por las partes, ya que consta en un soporte que facilita las ulteriores consultas.

En nuestra opinión, un laudo internacional puede dictarse electrónicamente cuando: a) la ley de arbitraje del lugar de emisión del laudo lo permita, siendo ejemplos claros las leyes de arbitraje de España y Perú; b) que el Reglamento del Centro de Arbitraje expresamente lo contemple, como el caso del 26.2 de la LCIA; c) que la ley del lugar de ejecución permita laudos electrónicos por ser la ley más favorable a tales propósitos; y, d) que en el lugar de ejecución del laudo se contemplen leyes de comercio electrónico que por integración normativa, bajo el principio de equivalencia funcional equiparen los efectos jurídicos de los actos electrónicos a los de papel²⁵.

En cualquiera de los casos anteriores, sería posible a la luz de las pautas interpretativas permitir la ejecución de un laudo electrónico procedente del extranjero.

Así las cosas, para el primer y segundo caso, basta remitirse al texto de la ley de arbitraje o al reglamento del centro para inferir que la ley o residualmente por la voluntad de las partes al haber seleccionado dicho reglamento, es suficiente para que se autorice el dictado del laudo electrónico²⁶.

Para el caso del tercer y cuarto supuesto, el punto de partida para reconocer un laudo electrónico es que el Estado donde se ejecuta el laudo, la *lex arbitri* o la ley aplicable donde se lleva a cabo el arbitraje sea signatario de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales (CNUCECI)²⁷.

Según el art. 9.2 CNUCECI, cuando la ley requiera que una comunicación o un contrato conste por escrito o prevea con-

²⁵ García Hellebuyck, “Problemas y retos para la ejecución de laudos arbitrales electrónicos con relación al artículo IV.1 CNY de 1958,” 193.

²⁶ Alejandro López Ortiz, “Arbitraje y nuevas tecnologías,” *Revista de Contratación electrónica*, n° 51 (2004):18. La norma da validez tanto al laudo emitido en papel con firma manuscrita que se archiva en formato electrónico, como el laudo emitido en formato electrónico y firmado digitalmente, cumpliendo los requisitos legales de la firma electrónica.

²⁷ María Blanca Noodt Taquela y Julio César Córdova, “La forma escrita del acuerdo arbitral según la Convención de Nueva York de 1958 y la recomendación de la UNCITRAL de 2006” en *Tratado de Derecho Arbitral*, ed. Soto Coaguila, Carlos Alberto, (Bogotá: Grupo editorial Ibañez, 2011), 199-221; Juliana Rodríguez Rodrigo, “Aplicación de la Convención de Nueva York de 1958 al Arbitraje de Inversiones” en *Reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras en España y Latinoamérica*, ed. López Rodríguez, Ana Mercedes y Fach Gómez, Katia, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2019), 285-302 y Reinmar Wolff, “The UN Convention on the use of electronic communications in international contracts: And overlooked remedy for outdated form provisions under the New York Convention?” en *60 Years of the New York Convention: Key Issues and Future Challenges*, ed. Fach Gómez, Katia y López Rodríguez, Ana Mercedes. (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2019), 101-120. Un aspecto interesante de la CNUCECI es su carácter universal, según los arts. 1º y 19º, lo que significa que los Estados Parte la aplicarán con relación a otros Estados Parte y a Estados no Parte, es decir en casos vinculados con cualquier país del mundo. No obstante, sólo trece países son suscriptores de la CNUCECI, siendo esta solución incompleta.

secuencias en el caso de que eso no se cumpla, una comunicación electrónica cumplirá ese requisito si la información consignada en su texto es accesible para su ulterior consulta. Por consiguiente, un Estado debe aceptar la aplicación de dicha Convención a la formalización de un laudo electrónico, por ser equivalentemente funcional al que se pueda emitir en papel²⁸.

Siempre en el marco de la tercera solución propuesta, esto es que la ley del lugar de ejecución permita laudos electrónicos, nuestra conclusión es que la doctrina de la ley más favorable de acuerdo con el párrafo 1 del art. VII CNY, puede ser utilizada cuando en el marco de un arbitraje internacional, la ley de arbitraje del lugar de ejecución reconozca la forma electrónica del laudo arbitral²⁹.

Y es que la misma CNY establece que si una de las partes ejecuta un laudo arbitral en una jurisdicción arbitral más amigable con el sistema de arbitraje, cabe la

posibilidad de aplicar la ley interna si resulta más favorable para la parte solicitante; esto se conoce como cláusula de mayor favorabilidad contenida en el art. VII CNY³⁰.

En consecuencia, la doctrina de la ley más favorable puede ser utilizada por un tribunal judicial frente a la objeción de la otra parte del incumplimiento de la formalidad del laudo arbitral cuando, en el marco de un arbitraje internacional, la ley de arbitraje aplicable a dicho arbitraje disponga elementos más favorables para el reconocimiento de la forma electrónica de un laudo arbitral.

Pero a pesar de que dicha posibilidad está en la CNY, los miembros de la CNDUMI preocupados por la disparidad de criterios y por la poca recepción de ciertas cortes judiciales para reconocer que la formalidad del laudo se ha cumplido en un país donde no se reconoce el convenio electrónico, colocó una “recomendación” relativa a la

²⁸ José Luis Borgoño Torrealba, “Arbitraje comercial internacional online”, *anuario de derecho internacional*, n° 13 (2007), 259-260. El requisito de constar por escrito y ser firmado por las partes encontraría asidero legal en esta convención; por consiguiente, los requisitos exigidos quedarían suplidos mediante la aplicación automática de dicha convención.

²⁹ Yves Derains, “Aplicación de la ley más favorable en la ejecución de laudos”, *Spain arbitration review: revista del Club Español del Arbitraje*, n° 5 (2009):15-20. Este principio permite a toda parte interesada acogerse a los derechos que puedan corresponderle, en virtud de las leyes o los tratados del país donde se invoque el acuerdo de arbitraje, para obtener el reconocimiento de un laudo arbitral. Así las cosas, se aplicaría para aquellos países cuyas normas internas de arbitraje, son más favorables para la formalización del laudo arbitral.

³⁰ Miguel Gómez Jene, *Arbitraje Comercial Internacional*, (Navarra: Civitas, 2018), 168. En idéntico sentido, Fernández Rozas, *Tratado del Arbitraje Comercial en América Latina*, 561 y Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard y Berthold Goldman, *On International Commercial Arbitration*, (Kluwer Law International, 1999), 137. Estos autores convergen en la idea que el objetivo de la CNY que es la de facilitar la ejecución de laudos arbitrales en el ámbito internacional es coherente con la interpretación flexible del art. VII que permita la remisión fragmentada al ordenamiento jurídico más favorable. De esta forma se pueden aplicar leyes más favorables que las normas de la propia CNY.

interpretación del párrafo 2 del art. II y del párrafo 1 del art. VII CNY.

Esta recomendación reconoce que las circunstancias que describe la CNY no son exhaustivas y que dicho convenio debe aplicarse de forma tal, que permita a toda parte interesada acogerse a los derechos que puedan corresponderle, en virtud de las leyes o los tratados del país donde se invoque el acuerdo de arbitraje³¹.

A nuestra consideración, si un tribunal de ejecución adopta el criterio de la ley nacional más favorable del Art. IV.1.b CNY, debe permitir a toda parte interesada acogerse a los derechos que puedan corresponderle, en virtud de las leyes o los tratados del país donde se invoque, lo cual es extensivo a la forma del laudo arbitral electrónico³².

En el caso de El Salvador, debemos comentar que la CSJ ha acatado dicha recomendación en diversos casos³³, lo que implica un reconocimiento expreso del Estado de El Salvador, de ser amigable con el arbitraje siguiendo los estándares internacionales muy a pesar de que este instrumento interpretativo no tiene carácter vinculante para los Estados y por tanto su eficacia práctica a la hora de lograr una interpretación uniforme y más flexible del art. II CNY es bastante limitada.

En consecuencia, la doctrina de la ley más favorable puede ser utilizada por un tribunal judicial frente a la objeción de la otra parte del incumplimiento de la formalidad del laudo arbitral, cuando en el marco de un arbitraje internacional, la ley de arbitraje aplicable a dicho arbitraje

³¹ Recomendación relativa a la interpretación del párrafo 2 del artículo II y del párrafo 1 del artículo VII de la CNY, el 10 de junio de 1958, aprobada por la CNUMI el 7 de julio de 2006, en su 39º período de sesiones. Consultado el día 18/06/2019 en: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/a2s.pdf>. El Grupo de Trabajo sobre Arbitraje de la CNUDMI estudió la posibilidad de aprobar un protocolo por el que se enmendara el texto del art. II CNY. Pero se observó que la aprobación de un protocolo por un número apreciable de países requeriría además el transcurso de muchos años, lo que contribuiría a agravar la incertidumbre en el intervalo, ya que se dispondría de dos regímenes potencialmente aplicables. Así mismo se hizo referencia al riesgo que un protocolo de enmienda al texto del art. II CNY pudiese abrir innecesariamente el debate sobre la enmienda de alguna otra de sus disposiciones.

³² A/CN.9/WG.II/WP.108/Add.1, párrs. 20-22 (Informe del Secretario General: Posible régimen uniforme sobre determinadas cuestiones relativas al arreglo de controversias comerciales: conciliación, medidas provisionales de protección, forma escrita del acuerdo de arbitraje) Grupo de trabajo sobre Arbitraje en su 32º período de sesiones, Viena, 20 a 31 de marzo de 2000. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/CN.9/WG.II/WP.108/Add.1>. Fecha de consulta: 29 de julio de 2024. En las reuniones del grupo de trabajo de la CNUDMI, que elaboró finalmente la recomendación de 2006 que venimos analizando, se expresó que, si la ley del país en el que va a ejecutarse el laudo o la ley aplicable al acuerdo de arbitraje prevé un requisito de forma menos restrictivo que la CNY, la parte interesada puede atenerse a esa ley nacional.

³³ SCSJ, ref. 8-P-2010, del 22 de septiembre de 2011. En igual sentido, SCSJ, ref. 99-P-2014, del día 03 de marzo de 2016. En estos precedentes se hace mención del acatamiento expreso de la recomendación de la Ley Modelo de 2006 respecto de la interpretación de la CNY.

disponga elementos más favorables que satisfagan la formalización de aquél³⁴.

En todo caso, otra solución para superar dicho inconveniente es integrar las leyes aplicables del lugar de ejecución relacionados con el comercio electrónico, pues perfectamente puede aplicarse el principio de equivalencia funcional entre los actos electrónicos con los documentos en papel.

De no requerirse firma electrónica para la formalización del laudo, bastaría con que los árbitros coloquen cualquier signo mecánico, electrónico o digital para cumplir tal requisito, incluso mediante scan de la firma o similar. Pero, si la ley del lugar de ejecución solicita firma, la misma debería quedar satisfecha mediante firma electrónica³⁵.

En el cuarto supuesto, para aquellas sedes donde la parte victoriosa pida el reconocimiento y ejecución del laudo, y en su legislación interna resulten aplica-

bles las leyes de comercio electrónico³⁶, serán dichas leyes las que se aplicaran para satisfacer los requisitos de que el laudo conste por escrito y firmado por los árbitros³⁷.

En nuestra opinión, no habría inconveniente en adoptar el último criterio para el caso de El Salvador, en tanto que la remisión a esa ley favorable la efectúa la misma CNY de 1958, resultandos aplicables la Ley de Comercio Electrónico (LCE) y La Ley de Firma Electrónica (LFE) para la formalización o eventual ejecución de un laudo en el contexto de un arbitraje internacional³⁸.

Ahora bien, a pesar de que la casuística resulta sumamente atractiva para interpretar favorablemente la emisión de laudos electrónicos internacionales, instituciones como la CCI advierten con recelo la posibilidad de dictar laudos electrónicos basándose en ciertos aspectos

³⁴ Fernández Rozas, *Tratado del Arbitraje Comercial en América Latina*, 662 y Derains, “Aplicación de la ley más favorable en la ejecución de laudos,” 15-20. Para el caso en estudio, que reconozca la forma electrónica de un laudo arbitral.

³⁵ García Hellebuyck, “Problemas y retos para la ejecución de laudos arbitrales electrónicos con relación al artículo IV.1 CNY de 1958,” 194.

³⁶ Jana Herbočková, “Certain Aspects of Online Arbitration” (Actas de la conferencia Law Days, Facultad de Derecho de la Universidad Masaryk, 2008), 620–631. La autora señala que el art. IV CNY debe leerse junto con el art. III de la Convención, lo que significa que, si el estado de ejecución acepta una forma electrónica de escritura, no debería haber barrera a la ejecución del laudo electrónico.

³⁷ Wolff, “E-Arbitration Agreements and E-Awards: Arbitration Agreements Concluded in an Electronic Environment and Digital Arbitral Awards,” 173. El autor menciona que los requisitos de forma bajo el art. II.2 CNY se alivian mediante la dependencia de leyes nacionales más favorables a partir del art. VII.1 CNY, resultando aplicable directamente para el reconocimiento y ejecución de laudos.

³⁸ Noodt Taquela, “La forma escrita del acuerdo arbitral según la Convención de Nueva York de 1958 y la recomendación de la UNCITRAL de 2006”, 221. Estos autores arriban a la conclusión que el art. VII efectivamente no restringe la aplicación conjunta de las distintas normas aplicables, pues esa interpretación es la línea seguida en el numeral 2 de la Recomendación de la CNUDMI, como una política favorable que implícitamente también reconoce la propia CNY.

críticos³⁹, uno de ellos es que la CNY no define ni proporciona orientación sobre lo que constituye un laudo electrónico “original” o cuál sería una “copia” electrónica aceptable de tal laudo en cumplimiento del art. IV.1.a) CNY y, además, no define lo que es una firma electrónica, dado que el escáner de una firma física a un archivo digital por su naturaleza es una copia⁴⁰.

Aunado a lo anterior, la CCI menciona problemas para que la firma electrónica cumpla con las condiciones legales establecidas en el Estado miembro en el que se efectuará el procedimiento de reconocimiento o la ejecución del laudo. Así mismo señala que existen problemas prácticos asociados al archivo electrónico del laudo, principalmente porque la autoridad judicial del país de ejecución puede que no esté equipada adecuadamente para procesar la solicitud sobre la base de dicho documento electrónico.

Por las razones anteriores, la CCI recomienda que los laudos originales deben continuar siendo firmados en papel y notificados físicamente a las partes, lo cual también es respaldado por algunos árbitros y practicantes del arbitraje internacional⁴¹.

Sin embargo, la objeción que plantea la ICC, en nuestra humilde opinión, podría superarse analizando lo que debe entenderse por “original” a la luz del art. IV.1.a) CNY y 31 párr. 1) LMACI. Así el papel del original es esencialmente un punto de referencia y un medio de medición la fidelidad de las copias.

En estas circunstancias, un documento electrónico, cuya integridad está garantizada por terceros y por tecnología, puede ser considerado un original y, por tanto, una interpretación conforme satisfaría dicho requisito⁴². Por otra parte, se considera que hay más elementos favorables que desfavorables para concluir

³⁹ Reporte de la Comisión de la CCI sobre información y tecnología en el arbitraje internacional, 2017. Disponible en: <https://iccwbo.org/publication/information-technology-international-arbitration-report-icc-commission-arbitration-adr/>

⁴⁰ André Lucas, Jean Devèze y Jean Frayssinet, *Derecho informático e Internet*, (Paris: PUF, 2001), 870. El autor señala que el requisito del original del laudo no se puede cumplir con la presentación de un archivo de computadora, ya que no existe una copia o un original de tales archivos, pues son infinitamente reproducibles.

⁴¹ Ihab Amro, *Online Arbitration in Theory and in Practice: A Comparative Study of Cross-Border Commercial Transactions in Common Law and Civil Law Countries* (Newcastle: Cambridge Scholars Publishing, 2019). En las jurisdicciones donde se exija que el laudo arbitral sea por escrito, es preferible que los árbitros emitan una copia firmada e impresa del laudo electrónico. Si se aplica el arbitraje institucional en línea, la institución del proveedor de ODR debe emitir una copia impresa firmada por los árbitros, sellada por la institución y remitirla a las partes por correo ordinario.

⁴² Cachard, O. “Electronic Arbitration” Module of the UNCTAD on dispute Settlement in International Trade, Investment and Intellectual Property, UNCTAD/EDM/Misc. 232/Add.20, United Nations Publications, Geneva, 2006, https://unctad.org/en/Docs/edmmisc232add20_en.pdf. En la práctica, es suficiente que los árbitros apliquen su firma electrónica al documento, con una autoridad de certificación garantizando que el par de llaves pertenece al árbitro. De manera que se puede concluir que se pueden superar

válidamente, en el contexto de un arbitraje internacional, de que es posible que se dicte un laudo arbitral electrónico, especialmente porque la mayoría de los países han adoptado en sus legislaciones internas regulación sobre el uso de firma y comercio electrónico⁴³.

Lo anterior implica que la hipótesis residual de la ley más favorable vendría a complementar los vacíos de la CNY a fin de dotar de ejecutividad al laudo y sobre todo porque la CNY tan sólo exige el original autenticado sin mencionar la necesidad de que se encuentre firmado ni que conste por escrito como lo hace la LMACI⁴⁴.

2. Autenticidad del laudo arbitral dictado en forma electrónica en el marco de un arbitraje internacional

En lo que atañe a la autenticidad del laudo, este es el proceso por medio del cual las firmas que consten en este son

confirmadas como genuinas por una autoridad competente⁴⁵.

El propósito de la autenticación del laudo original o de la copia certificada es confirmar que es el texto auténtico que ha sido emitido por los árbitros designados.

La CNY no especifica la ley que rige el requisito de autenticación. Tampoco indica si los requisitos de autenticación son aquellos del país en donde el laudo haya sido emitido o aquellos del país en donde se persigue el reconocimiento y ejecución.

A la fecha, la jurisprudencia se encuentra dividida, algunos aceptan que la autenticación debe llevarse a cabo en la sede del lugar del arbitraje, en tanto que otros en el lugar de ejecución⁴⁶ y finalmente otros, aceptan cualquier forma de autenticación de acuerdo con la ley de cualquiera de las dos jurisdicciones⁴⁷. También se ha sostenido que la autenti-

los obstáculos legales y cuando se requiere un original del laudo, la producción de un documento electrónico es suficiente si una firma electrónica segura garantiza su integridad y atribución a los árbitros.

⁴³ López Ortiz, “Arbitraje y nuevas tecnologías,” 18. Este autor señala que si bien la regla de la “disposición más favorable”, contenida en el art. VII CNY, puede resolver la cuestión, la inseguridad jurídica es bastante en aquellos países que no han incorporado los principios de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, por lo que recomienda la emisión de un protocolo interpretativo para solventar dichos inconvenientes.

⁴⁴ Borgoño Torrealba, “Arbitraje comercial internacional online”, 271. Este autor sostiene que el art. IV.1.a) CNY no exige, específicamente, que el laudo sea firmado por los árbitros, por lo que es perfectamente posible argumentar que un realizado y escriturado electrónicamente y firmado digitalmente por los árbitros puede calificar perfectamente como una copia del laudo original.

⁴⁵ Guía del ICCA para la interpretación de la Convención de Nueva York de 1958.

⁴⁶ *Società Distillerie Meridionali v. Schuurmans & Van Ginneken BV*, del 14 de marzo de 1995, no. 2919, Corte de Casación de Italia.

⁴⁷ *O Limited, et al. v. C Limited*, Sentencia del Tribunal Supremo de Austria de 3 de septiembre de 2008. En esta sentencia expresamente reconoció que la autenticación puede hacerse bajo la ley del país en donde el laudo se emitió o bajo la ley del país en donde se solicita la ejecución.

cación no es requerida cuando la autenticidad del laudo no está en disputa⁴⁸.

Por otra parte, muchos tribunales siguen el criterio que una vez la parte interesada presente los documentos para ejecución a que se refiere el art. IV CNY, ha obtenido un derecho *prima facie* al reconocimiento y la ejecución del laudo, situación que provocaría una admisión inicial de laudos electrónicos, salvo impugnación en el transcurso del procedimiento de ejecución⁴⁹.

Finalmente, se ha considerado que los funcionarios consulares, los notarios públicos, el presidente del tribunal arbitral, los Centros de Arbitraje y los tribunales nacionales son autoridades competentes para realizar una autenticación⁵⁰.

Para el caso de la autenticación de firmas de los laudos electrónicos, si la ley aplicable al lugar del arbitraje o el de ejecución no exigen firmas, bastaría con cualquier señal inequívoca de que el árbitro es el autor de dicho laudo, pudiéndose autenticar en algunas jurisdicciones por notario público, así ocurre en

muchas ciudades de Estados Unidos donde el notario puede dar fe de dichos datos en la web y en otro caso, deberá ser la autoridad competente para realizar dicha tarea como agentes consulares, tribunales o ministerios según las reglas de cada país.

Por otra parte, de no requerirse firma electrónica para la formalización del laudo, bastaría con que los árbitros coloquen cualquier signo mecánico, electrónico o digital, para cumplir tal requisito, incluso mediante firma escaneada o similar; empero, si la ley del lugar de ejecución solicita firma, la misma debería quedar satisfecha mediante firma electrónica o en las formas antes expresadas.

Especial atención merece la apostilla del documento, aunque dicho tratado no aplique directamente para dar fe de la firma del árbitro, sí aplicaría para el funcionario que autentica la firma del árbitro, pues esta última es la que finalmente deberá apostillarse para tener certeza de que se trata de funcionario com-

⁴⁸ *Seller v. German Assignee*, OLG, del 17 de diciembre del 2008 y *Carrier v. German Customer*, OLG del 27 de febrero del 2009, ambos del Tribunal Superior de Justicia de Alemania.

⁴⁹ El Tribunal de Apelación, Inglaterra y Gales sostuvo dicho criterio en el caso: *Yukos Oil Co. v. Dardana Ltd.*, de 18 de abril de 2002, [2002] EWCA Civ. 543. Esta misma línea es seguida por Italia, en *Walter Thostl Boswau Bauaktiengesellschaft v. Costruire Coop. S.R.L.*, del 7 de junio de 1995, no. 6426, Corte de Casación. En Japón destaca el caso *Buyer v. Seller*, del 27 de enero de 1994, del Tribunal Superior de Tokio. En España el caso *Cominco France S.A. v. Soquiber S. L.*, del TSJ de 24 de marzo de 1982 y en Estados Unidos de América, *Czarina, L.L.C. v. W.F. Poe Syndicate*, 358 F.3d 1286, del 4 de febrero de 2004, Tribunal de Apelaciones del Undécimo Circuito.

⁵⁰ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Secretaría de la CNUDMI Guía relativa a la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958). Recuperado de: http://newyorkconvention1958.org/pdf/guide/2016_NYCG_Spanish.pdf.

petente y hacer vale el documento en otro país distinto a donde ha sido firmado.

En algunas jurisdicciones aplica la apostilla electrónica, por ejemplo: España, Colombia y El Salvador, entre otros países que son parte de la Convención, lo que facilita cumplir con este requisito para surtir efectos en el lugar donde se ejecutará el laudo y así evitar el trámite consular tanto del lugar del dictado del laudo como del lugar de ejecución.

En relación con la frase utilizada en el Art. IV.1.a) CNY sobre una copia del laudo o certificación de este, dicha tarea generalmente es de naturaleza notarial, por lo que, en principio, un notario de la jurisdicción donde se dicta el laudo o en su caso del lugar de ejecución deberá seguir la traducción y posteriormente certificar el laudo para su validez.

Finalmente, algunas jurisdicciones pueden ser estrictos en cuanto a la validez de los certificados de firmas electrónicas procedentes del extranjero.

En El Salvador, el Art. 45 LFE establece que los certificados emitidos por prestadores de servicios de certificación

de firma electrónica extranjeros, podrán ser reconocidos en los mismos términos y condiciones establecidos por esa ley para los certificados nacionales siempre que cumplan determinados requisitos. Situación similar podría presentarse en otros países para la autenticidad de los certificados de firmas electrónicas certificadas o avanzadas.

Por las razones que anteceden, nuevamente traemos a colación que algunos tratadistas llegan a la conclusión que por las dificultades que se presentan, es preferible que los árbitros emitan el laudo arbitral en formato de papel y una copia electrónica del mismo⁵¹, aunque en nuestra opinión, volvemos a insistir, que si bien hay varios obstáculos, consideramos que los avances tecnológicos cada vez más sobrepasan las barreras impuestas por ciertos tribunales judiciales y cederán de una u otra forma, el avance de las TIC's no va a detenerse.

D. Posibilidad de dictar laudos electrónicos en El Salvador

En el caso de laudos arbitrales domésticos, para nuestro caso, aquellos dictados en El Salvador,⁵² surge la interrogante

⁵¹ Borgoño Torrealba, "Arbitraje comercial internacional online", 273. Este autor destaca que la mayoría de la doctrina, por razones eminentemente prácticas, sugieren que el laudo debería escriturarse en papel y firmarse a manos por los árbitros, al menos hasta que las leyes y tribunales nacionales acepten los formatos electrónicos.

⁵² En el caso de El Salvador, la LMCA atiende a un criterio geográfico o territorial para calificar lo que se entiende por laudo arbitral extranjero, diciendo que es "arbitraje extranjero": "Aquél cuyo laudo arbitral no ha sido pronunciado en El Salvador". A contrario sensu, si el tribunal arbitral dicta su laudo en El Salvador, el laudo será considerado como nacional, aunque el arbitraje haya sido un arbitraje internacional. La determinación del lugar o "sede" del arbitraje es la que decide el carácter nacional o extranjero del laudo y para ello se debe tener en cuenta lo dispuesto en el arts. 3 letra i) y 79 LMCA siguiendo las pautas establecidas por los arts. 20.1 y 31.3 de la LMCA del 21 de junio de 1985. Siempre que el laudo no sea nacional, en el

de si es posible dictar un laudo electrónico, ya que el art. 60 LMCA no sólo exige que el laudo conste por escrito y que sea firmado por los árbitros, sino que además impone requisitos adicionales de autenticidad lo que vuelve mucho más complejo suplirlos mediante la integración normativa de dicha ley con la LCE y LFE⁵³.

Para el caso, en el arbitraje institucional, la LMCA no sólo exige que el laudo sea firmado por los árbitros que han intervenido en el proceso arbitral, sino que, además, impone como requisito de autenticidad que contenga el sello del Centro de Arbitraje en el cual se haya llevado a cabo el arbitraje.

El art. 43 del Reglamento del Centro de Mediación, Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de El Salvador (RCMACCIES) estipula que, con respecto al laudo, su ejecución y sus recursos se aplica lo establecido en la

Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje, por lo que dicha regla anterior sería la aplicable.

Para el caso de arbitrajes *ad-hoc*, la ley exige que el laudo arbitral además de constar por escrito y ser firmado por los árbitros, impone la solemnidad de ser protocolizado ante notario para que el mismo sea tenido por auténtico y así poderlo llevar a la fase de ejecución forzosa⁵⁴.

Partiendo lo de expuesto, surge la duda si ante el exceso de formalidades contenidas en la LMCA, cabría la posibilidad de que se dicte un laudo por medios electrónicos o tecnológicos, a lo que afirmamos que sí es posible⁵⁵.

Sobre el particular en cuanto al requisito de que conste por escrito y sea firmado por los árbitros, si se integra dicho requisito contenido en los arts. 60 y 62 inc. 1° LMCA, con lo establecido en el art.

supuesto de que se pretenda el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral extranjero en nuestro país, será requisito necesario proceder a su autorización u homologación conforme al procedimiento de ejecución y para ello debemos tener presente lo preceptuado en el segundo apartado del art. 46.

⁵³ El art. 62 LMCA dice: “El laudo arbitral en el caso de arbitraje institucional será tenido por auténtico con la firma del árbitro o árbitros que hubieren intervenido y el sello del Centro respectivo, sin necesidad de trámite judicial o notarial alguno. En caso de arbitraje ad-hoc, el laudo se protocolizará notarialmente.”

⁵⁴ Fernández Rozas, *Tratado del Arbitraje Comercial en América Latina*, 793. El autor critica fuertemente la exigencia de protocolización del laudo, haciendo alusión que es un requisito ausente en la LMCAI y que causa enormes problemas en España durante la vigencia de la LA de 1988, pues no es habitual en las regulaciones de arbitraje de América Latina. No obstante, menciona que existen excepciones, y cita como ejemplos el art. 159.1° de la Ley de Arbitraje de Colombia y el art. 62 de la LMCA. Esto como puede observarse, nos coloca como parte de los pocos países que exige la protocolización del laudo restando con ello competitividad frente a otras legislaciones que relajan los requisitos de autenticidad del laudo.

⁵⁵ López Ortiz, “Arbitraje y nuevas tecnologías,” 17-18. Este autor señala que, con la LA de 1988, el laudo arbitral debía dictarse por escrito, ser firmado por los árbitros, protocolizado notarialmente y notificado de modo fehaciente a las partes. Este rígido formalismo cerrada las puertas a la posibilidad de dictar y notificar un laudo en formato electrónico, a pesar de que el derecho español fuera evolucionando hacia el principio de equivalencia funcional en relación con las exigencias de forma escrita y firma.

10 LFE⁵⁶ se puede concluir que el laudo, que, en principio, es un documento privado al ser firmado mediante firma electrónica certificada tiene el mismo valor que el reconocido de manera tradicional. Además, a tenor del art. 8 LFE⁵⁷ el documento electrónico en estas circunstancias tiene una equivalencia con el documento tradicional, esto es, en papel, lo que conlleva a que pueda generarse certeza jurídica para el juez de ejecución del laudo respecto al cumplimiento de estos requisitos.

Como puede observarse, no se advierte impedimento para que con la vigente LMCA en El Salvador pueda dictarse un laudo electrónico; no obstante, en lo que sí existe problema es en cuanto al tema de la autenticidad, pues las tan variadas interpretaciones pueden causar inseguridad jurídica para las partes por la forma en el que el legislador de El Salvador ha dispuesto o concentrado los requisitos sobre este punto tan esencial para la posterior ejecución del laudo⁵⁸.

No obstante, comentamos que, en un reciente caso de arbitraje internacional, bajo el RCMACCIES, el laudo fue dictado electrónicamente, se imprimió y luego se estampó el sello del Centro de Arbitraje, entregándose a cada parte un ejemplar impreso y para corroborar los datos de la firma electrónica también se envió en formato electrónico a las partes, sin que en dicho caso existiera objeción por parte de los litigantes⁵⁹.

Y es que, en lo que se refiere a la autenticidad del laudo cuando se trata de arbitrajes institucionales, iniciaremos por establecer que en relación con el requisito del “sello” el mismo está pensado para efectuarse bajo un estándar escrito.

En ese sentido, bajo una interpretación restringida el sello lo constituye el utensilio que sirve para estampar las imágenes en él grabadas y se emplea para autorizar documentos, cerrar pliegos y otros usos análogos lo que significaría que únicamente es aplicable a aquella representación física de un documento. Sin embargo, esta palabra también tiene como

⁵⁶ El art. 10 LFE dice: “Cuando el documento privado fuera generado con firma electrónica certificada y se refiera a actos jurídicos que no se encuentren excluidos por la presente Ley, el valor será el mismo que el reconocido en manera tradicional.”

⁵⁷ El art. 8 LFE menciona: “Los documentos en soporte electrónico utilizando firma electrónica, tendrán el mismo valor que los consignados de manera tradicional...”

⁵⁸ María Jesús Molina Caballero, “Terminación de las actuaciones arbitrales” en *Estudios sobre el arbitraje: los temas claves*, ed. González Montes, J., (Madrid: La Ley, 2008), 167. En derecho español según este autor, el tema de la autenticidad se resuelve acudiendo a la firma electrónica como medio seguro de autenticar estas resoluciones que pueden adoptarse en los llamados arbitrajes on line, o en general en los casos en los que los laudos se contengan en soportes electrónicos o de otro tipo que impidan la verificación de su autenticidad por medios tradicionales. En este mismo sentido, Ana Montesinos García, “Arbitraje on line,” *Revista vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, t. XVII (enero 2005).

⁵⁹ Arbitraje Institucional referencia: AI-01-2023 ante el Centro de Mediación, Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de El Salvador.

acepción ser un signo grabado que se coloca en ciertos documentos para darles valor y eficacia, lo que significaría darle un sentido más amplio al concepto, pudiéndose aplicar al formato electrónico en tanto que constituiría la forma virtual de autenticidad por parte del centro de arbitraje⁶⁰.

Al respecto, pensamos que otra solución al caso práctico ya relatado, pasa por interpretar adecuadamente la frase seleccionada por el legislador salvadoreño “sello”, y así, dicho requisito podría ser cumplido por el centro de arbitraje respectivo, mediante la utilización de *time stamping* o sellado de tiempo que certifique la autenticidad del laudo, por haberse llevado bajo las reglas de dicho centro⁶¹. Pero, para que dicha opción sea aplicable, el mismo reglamento debe establecer la posibilidad de emisión de laudos electrónicos estipulando que se entenderá que el laudo se dicta por escrito y es firmado por los árbitros si estos utilizan firma electrónica; y, respecto de la autenticación, se debe establecer el procedimiento electrónico que suplirá el sello a que se refiere la LMCA, debiéndose adquirir las licencias y certificaciones de

software necesarias para dotar de fehaciencia al laudo.

Sobre la solución propuesta se puede pensar que se estaría regulando un aspecto en contra de ley expresa y que ni siquiera la voluntad de las partes puede omitir una norma de naturaleza imperativa⁶², ya que la expresión utilizada por el legislador en el art. 62 inc. 1° LMCA es mandatoria y no facultativa. Sin embargo, tal objeción se ve superada en la medida en que una redacción para el reglamento como se ha propuesto, más que desatender el tenor de la ley se estaría cumpliendo con la misma, pues lo único que se está haciendo es encontrar una solución tecnológica para un aspecto de forma para la autenticidad del laudo, tomando en consideración que hay otras normas reguladoras de la actividad electrónica.

De manera que, el reglamento bajo esa redacción tan sólo estaría dotando de fehaciencia al laudo, auxiliándose de la posibilidad de autointegración normativa permitida en la misma ley salvadoreña.

En cuanto al arbitraje *ad-hoc* y la protocolización del laudo electrónico, se estima que la misma podría llevarse a cabo

⁶⁰ Diccionario de la Real Academia Española versión en línea, disponible en: <https://dle.rae.es/?w=sello&m=form>. Consultada el día: 09/7/2024.

⁶¹ La autoridad del sellado de tiempo actúa como tercera parte de confianza, asegurando, dando fe y testificando que esos datos electrónicos existían en un terminado instante de tiempo, es decir, en una fecha y hora concretos, garantizando que el parámetro de tiempo de ese sello es correcto y corresponde a la realidad.

⁶² Fernández Rozas, *Tratado del Arbitraje Comercial en América Latina*, 738. La única limitación para el dictado del laudo provendrá de lo dispuesto con carácter imperativo por la ley de la sede del arbitraje.

por medio de notario salvadoreño, ya que según el art. 55 de la Ley de Notariado (LN)⁶³ pueden protocolizarse aquellos documentos cuya protocolización se ordene por ley, siendo este uno de los casos. Además, parece que no habría problema para efectuar la transcripción y hacer constar la conformidad de la transcripción con el original, tal como lo establece el art. 56 LN⁶⁴, pues bastaría que el notario tenga a la vista en su ordenador el documento firmado electrónicamente por los árbitros y efectúe la transcripción.

Ahora bien, uno de los problemas que sí podría causar dificultades es la exigencia del art. 57 LN⁶⁵ que menciona que protocolizado el documento, se devolverá al interesado con una razón firmada y se-

llada por el notario en la que indicará el número del instrumento, folios y libro en que se hizo la protocolización y su fecha, a menos que los comparecientes convengan en que quede agregado al legajo de anexos del protocolo, en cuyo caso se hará mención de esta circunstancia en el instrumento de protocolización⁶⁶.

La solución sería solicitar una certificación del documento electrónico en los términos que indica el art. 16 LFE⁶⁷ y entregarlo al notario para que coloque la razón firmada y sellada por el notario en la que indicará el número del instrumento, folios y libro en que se hizo la protocolización y su fecha, o en su caso, para que sea agregada al legajo de anexos del protocolo del notario en formato impreso.

⁶³ El Art. 55 LN establece: “Art. 55.- Podrán protocolizarse: (...) 2º Los documentos o diligencias cuya protocolización se ordene por ley o por resolución de tribunal competente. En estos casos el notario actuará por sí y ante sí.”

⁶⁴ El Art. 56 LN menciona: “Las protocolizaciones se harán con las formalidades de los instrumentos públicos, transcribiendo íntegramente el documento de que se trate y haciendo constar la conformidad de la transcripción con el original.”

⁶⁵ El Art. 57 LN dice: “Protocolizado un documento, se devolverá al interesado con una razón firmada y sellada por el notario en la que indicará el número del instrumento, folios y libro en que se hizo la protocolización y su fecha, a menos que los comparecientes convengan en que quede agregado al legajo de anexos del protocolo, en cuyo caso se hará mención de esta circunstancia en el instrumento de protocolización.”

⁶⁶ SCTCSS, ref. 2-EFQM-11 del 17/02/2011. En ese caso particular se analizaban diversos agravios e interpretaciones que el recurrente alegaba en la interposición de un recurso de apelación contra el auto que había rechazado la oposición a una ejecución forzosa de laudo arbitral. En esta sentencia el apelante aducía que el laudo debía reunir requisitos para su protocolización, entre ellos, se alegaba que el notario no había utilizado la fórmula “ante mí y por mí”; además, una supuesta falta de comparecencia de los interesados al acto de protocolización y que no fue protocolizado dos veces ni razonado ni agregado a los anexos del protocolo del notario; sin embargo, todos los agravios fueron rechazados por la Cámara, en virtud de no tener asidero legal. Como puede observarse, la protocolización a que se refiere la ley lejos de beneficiar al ejecutante termina colocándolo en una situación de incertidumbre jurídica y supeditado a requisitos *in extrinisis* por cuanto la ley no dejó claro ciertos aspectos de la protocolización, como quien debe comparecer al acto, si debe protocolizarse la sentencia de nulidad del laudo o el rechazo de dicho recurso, entre otros aspectos de forma que en la práctica cada vez alloran más los criterios.

⁶⁷ El art. 16 LFE dice: “Las reproducciones, microfichas, discos o certificaciones que resultaren de la utilización de algún sistema de almacenamiento de documentos electrónicos permitido por esta ley, serán certificados por el responsable del archivo u oficina pública o privada que ostenta la custodia.”

Las soluciones planteadas para un arbitraje doméstico o local parecen poco atractivas, por lo que continuar considerando el papel no debería ser una opción; de ahí que lo lógico es que la ley fuera reformada en el sentido de permitir la forma del laudo en formato electrónico sin mayores requisitos y esta fue la solución que motivó al legislador español a reformar la LA de 1988 por la LA vigente, al incorporar en el art. 37.3 párr. 2° que se entenderá que el laudo consta por escrito cuando de su contenido y firmas quede constancia y sean accesibles para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo⁶⁸, sin más

requisitos, y, además, a suprimir la exigencia imperativa de protocolización del laudo arbitral⁶⁹.

No obstante, algunos autores critican algunas confusiones que causa la redacción, pues la forma escrita del laudo se mantiene sea en papel o electrónico⁷⁰.

Esta misma solución fue adoptada por Perú con su vigente ley de arbitraje, disponiendo en su art. 55 que se entenderá que el laudo conste por escrito cuando de su contenido y firmas quede constancia y sean accesibles para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo; y es que, en dicho país, el do-

⁶⁸ Ricardo Yáñez Velasco, *Comentarios sistemáticos a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2004), 713. La expresión “de otro tipo” no hace más que permitir la legalidad de cualquier nueva tecnología que surja, o hay surgido, distinta de la tradicional forma escrita y del carácter electrónico u óptico, por supuesto mostrando una mínima dosis de fehaciencia en el tráfico jurídico, habida la exigencia de seguridad jurídica.

⁶⁹ Frederic Munné Catarina, *El arbitraje en la Ley 60/2003: Una visión práctica para la gestión eficaz de conflictos*, (Barcelona: Ediciones experiencia, 2004), 148. El autor señala que tras la aprobación de la LA de 2003 los requisitos formales del laudo prácticamente coinciden con los del convenio arbitral y que el legislador español al incorporar la posibilidad de laudos electrónicos, sumados a que se suprimió el requisito imperativo de protocolización notarial, se ha atenuado el requisito de la escritura del laudo, dando con ello cabida al uso de las nuevas tecnologías y permitiendo llevar a cabo arbitrajes virtuales, hasta la conclusión de todas las actuaciones arbitrales.

⁷⁰ José Garberí Llobregat, *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre de Arbitraje*, (Barcelona: Bosch, 2004), 874. Este autor señala que el texto del art. 37.3 LA encierra algunos errores conceptuales y contradicciones, pues por un lado confunde la existencia de un soporte material e indeleble (disco duro de ordenador, DVD, etc.) con el carácter escrito, o más bien, manuscrito, de la idea representada, por cuanto a pesar de que esa idea no disponga del referido sustrato material (Ej. Documento de internet) siempre consistirá en un conjunto de signos gráficos, y por lo tanto escritos o manuscritos, también aunque eventualmente se encontraran encriptados. En consecuencia, con o sin soporte material, el laudo deberá figurar siempre por escrito. Al respecto, compartimos la idea del autor, en cuanto el documento debe ser apto para poderse considerar “escrito” en su forma electrónica. Así mismo se considera que en principio, deben ser formatos electrónicos que puedan ser compatibles por firma electrónica certificada. En el documento explicativo de la Ley de Firma Electrónica se explica que toda herramienta de procesamiento y edición de texto que tenga la funcionalidad de realizar tal acción, como por ejemplo el paquete de software Microsoft Office, Lotus Document, Adobe Acrobat (No así Adobe Acrobat Reader) será apto para ser firmado electrónicamente. Véase el Documento Explicativo del Anteproyecto de Ley de Firma Electrónica, Secretaría de Asuntos Legislativos y Jurídicos de la Presidencia, Ministerio de Economía, Dirección de Innovación Tecnológica e Informática del Gobierno de El Salvador: <http://www.gigapp.org/index.php/comunidad-gigapp/publication/show/586> consultado el día: 7 de agosto de 2024.

cumento escrito en papel, ya de por sí, puede suplirse con el documento electrónico y la firma manuscrita con la firma digital⁷¹.

En el caso de El Salvador, el art. 60 del Anteproyecto de Ley de Arbitraje consigna la solución española y peruana, pues manifiesta que se entenderá que el laudo consta por escrito cuando de su contenido y firmas quede constancia y sean accesibles para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo, por lo que el Anteproyecto soluciona de *lege ferenda* los problemas que se tienen con la LMCA para la viabilidad de laudos electrónicos, con la diferencia del sistema español y peruano que incluye en forma específica que la autenticidad del laudo electrónico se logra con firma electrónica certificada, prescindiendo de la autointegración normativa, pues ella misma contiene la regla y solución en relación con el requisito de autenticidad.

III. Conclusiones

De lo expuesto, podemos concluir como premisa básica que, a pesar de interpretaciones restrictivas de las que puede ser objeto el art. IV.1 CNY, la misma con-

tiene los elementos mínimos para permitir el dictado de laudos electrónicos.

Para dictar un laudo electrónico, habrá que considerar: a) que la ley de arbitraje del lugar de emisión del laudo lo permita; b) que el Reglamento del Centro de Arbitraje expresamente lo contemple; c) que la ley del lugar de ejecución permita laudos electrónicos por ser la ley más favorable a tales propósitos; y, d) que en el lugar de ejecución del laudo se contemplen leyes de comercio electrónico que por integración normativa, bajo el principio de equivalencia funcional equiparen los efectos jurídicos de los actos electrónicos a los de papel.

La autenticidad del laudo electrónico se logra al integrar las leyes aplicables del lugar de ejecución relacionados con el reconocimiento y eficacia de los mensajes de datos, comercio electrónico o similares, pues perfectamente puede aplicarse el principio de equivalencia funcional entre los actos electrónicos con los documentos en papel.

En ese sentido, de no requerirse firma electrónica para la formalización del laudo, bastaría con que los árbitros coloquen cualquier signo mecánico, electrónico o digital, para cumplir tal requisito, incluso mediante *scan* de la firma

⁷¹ Rebaza González, Alfonso, “Art. 55. Forma del Laudo” en *Tratado de Derecho Arbitral*, ed. Soto Coaguila, Carlos Alberto. (Bogotá: Grupo editorial Ibañez, 2011), 608-610. Este autor señala que según el art. 1° de la Ley N° 27269, Ley de Firmas y Certificados Digitales otorga a la firma electrónica la misma validez y eficacia jurídica que el uso de una firma manuscrita u otra análoga que conlleve manifestación de voluntad, y, además, el art. 141 C.C., reconoce que la manifestación de voluntad puede ser expresada a través de algún medio electrónico, dotan de mayor validez a dicha disposición de la LPA para conferirle mayor eficacia y seguridad jurídica.

o similar. Empero, si la ley del lugar de ejecución solicita “firma”, la misma debería quedar satisfecha mediante firma electrónica, ya sea bajo las reglas del lugar del arbitraje o conforme se dicte en el lugar de ejecución.

Sobre este último punto, debe tomarse en consideración la regulación de la ley del lugar de ejecución en torno a los “certificados” de firma electrónica procedentes del extranjero para que la firma electrónica se entienda válida.

Por su parte, para la autenticidad del laudo, bastaría con cualquier señal inequívoca de que el árbitro es el autor de dicho laudo, pudiéndose autenticar en algunas jurisdicciones por el Centro de Arbitraje como el caso de El Salvador. En otro caso, deberá ser la autoridad competente para realizar dicha tarea como agentes consulares, tribunales o ministerios según las reglas de cada país, sin perjuicio de los efectos de firmas electrónicas avanzadas o certificadas.

Como conclusión general, el art. IV.1.a CNY permite tener una interpretación progresista, apoyada por la recomendación de la CNUDMI de 2006 y la regla de las normas más favorables a la ejecución. Además de la integración normativa con otras leyes internas sobre comercio y firma electrónica que generan cierta seguridad jurídica de que el laudo pueda ser proferido en formato electrónico.

El principio pro arbitraje en Iberoamérica

Jorge Hernán Gil Echeverry*

Principia No. 10-2024 pp. 35-55

Resumen: El principio pro arbitraje, según el cual, las dudas se definen en favor del arbitraje, ha venido tomando fuerza a nivel de derecho comparado como una institución autónoma al denominado principio de la conservación de los contratos. Su ámbito de aplicación adquiere gran importancia cuando el juez estatal o los árbitros deban definir la existencia, validez, eficacia o extensión del convenio arbitral respecto a un caso determinado, debiendo decidirse en favor de la jurisdicción arbitral en caso de duda sobre la existencia, validez, eficacia o extensión del pacto arbitral.

Abstract: The pro-arbitration principle, which mandates that doubts be resolved in favor of arbitration, has been gaining prominence in comparative law as an autonomous doctrine distinct from the principle of contract preservation. Its scope of application becomes critically important when a state judge or arbitrator must determine the existence, validity, effectiveness, or scope of an arbitration agreement in a specific case. In instances of doubt regarding these factors, the decision must favor arbitral jurisdiction.

Palabras Claves: Convenio arbitral | Existencia | Validez | Interpretación | Extensión

Keywords: Arbitration agreement | Existence | Validity | Interpretation | Scope

* Abogado de la Universidad del Cauca, Colombia, profesor universitario, tratadista y árbitro nacional e internacional.

Sumario: I. Introducción, II. Suregulación en Iberoamerica, A. España, B. Venezuela, C. Argentina, D. Ecuador, E. Colombia, F. Mexico, G. Panamá, H. Peru, I. Chile, J. Brasil. III. Conclusiones

I. Introducción

El principio pro arbitraje o *favor arbitri*, inicialmente fue desarrollado por la doctrina como una especie diferente al principio general conocido como la preservación o conservación de los contratos consagrado en la mayoría de los códigos civiles iberoamericanos, pero en los últimos años ha sido refrendado por la jurisprudencia, adquiriendo un estatus general. De manera excepcional, ha sido recogido normativamente en Argentina y Ecuador.

El principio pro arbitraje en derecho comparado ha venido ocupando un lugar preferencial en el arbitraje internacional, situándose al mismo nivel de los principios de competencia-competencia y autonomía o separabilidad del convenio arbitral, pese a no figurar expresamente en la Ley modelo de la UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional, como tampoco en la mayoría de las legislaciones.

La gran importancia del principio pro arbitraje se evidencia al tener aplicabilidad en tres instancias o actuaciones diferentes relacionadas con el proceso arbitral, a saber:

- a. Cuando el juez estatal deba decidir sobre la excepción de

pacto arbitral (cláusula compromisoria o compromiso);

- b. Cuando los árbitros deben definir su propia competencia;
- c. Cuando el juez o tribunal estatal deba resolver la petición de nulidad o anulación de un laudo arbitral.

En el presente artículo se tratará básicamente sobre los dos primeros numerales, bastando agregar que los recursos de nulidad o anulación contra el laudo arbitral están estructurados bajo causales taxativas y relacionadas con graves vicios de procedimiento, partiendo del principio de la intangibilidad o presunción de la validez y eficacia del laudo.

De otra parte, el principio en favor del arbitraje no puede confundirse con los principios de separabilidad del pacto arbitral, ni de competencia-competencia como equivocadamente lo sostiene alguna doctrina; más bien resulta complementario.

El principio de la separabilidad o autonomía del pacto arbitral conforme a lo previsto en el artículo 16 de la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI¹, adoptado en la mayoría de las legislaciones iberoameri-

¹ Artículo 16. Facultad del tribunal arbitral para decidir acerca de su competencia:

canas, en esencia, dispone que la cláusula compromisoria es independiente al contrato en el cual se haya incorporado, razón por la cual, cuando se pretenda la inexistencia, nulidad o ineficacia del negocio jurídico principal, si el juez o árbitro declara la inexistencia, nulidad o ineficacia de dicho contrato, el pacto arbitral no se verá afectado por tales vicios puesto que se entenderá que el convenio arbitral corresponde a un acuerdo independiente o separado del negocio jurídico en que se incorpora.

Por lo tanto, el principio de la autonomía del pacto arbitral tiene como finalidad que los vicios de inexistencia o validez del contrato principal no se extiendan a la cláusula compromisoria que forma parte del mismo, pero nada más.

Por el contrario, el principio pro arbitraje va mucho más allá, pues determina que cuando el juez estatal o el árbitro deban definir la inexistencia, validez, eficacia o extensión del pacto arbitral –no del contrato principal–, ante las dudas, deben darle plena aplicación al respectivo convenio arbitral, sea una cláusula compromisoria o un contrato de compromiso. Aquí, no se entra a determinar la existencia, eficacia o validez del contrato principal lo cual habrá de re-

solverse a luz del principio conocido como de la conservación o preservación de los contratos.

Adicionalmente, el principio favor arbitri tiene un alcance superior al de la conservación del contrato en razón a que se aplica cuando los árbitros o el juez deban definir el alcance o extensión del convenio arbitral dado que no se pone en duda su existencia o validez, procediendo a la interpretación de la respectiva cláusula compromisoria o compromiso de suerte que, en caso de duda, el pacto arbitral produzca efectos. Esto es lo que sucede en relación con las denominadas cláusulas arbitrales patológicas puesto que, si la patología no es radical en el sentido que “eliminados” los acuerdos incorporados en esta afectados de patología, parezca razonable que subsiste la intención de las partes de acudir a la vía arbitral para solucionar sus controversias, evento en el cual se debe aplicar el principio en favor del arbitraje y habilitar el proceso arbitral.

También suele confundirse el principio pro arbitraje con el principio competencia-competencia, en su efecto negativo, regulado el artículo 8º de Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI², igualmente acogido en las

El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará ipso jure la nulidad de la cláusula compromisoria.

² Artículo 8. Acuerdo de arbitraje y demanda en cuanto al fondo ante un tribunal

El tribunal al que se someta un litigio sobre un asunto que es objeto de un acuerdo de arbitraje remitirá a las partes al arbitraje si lo solicita cualquiera de ellas, a más tardar, en el momento de presentar el primer escrito

legislaciones iberoamericanas. En efecto, el principio de la competencia-competencia simplemente indica que cuando se excepcione clausula compromisoria o compromiso ante el juez estatal, dicho funcionario debe remitir a las partes a la jurisdicción arbitral a menos que compruebe que, el convenio arbitral invocado es nulo, ineficaz o de ejecución imposible.

Ciertamente, para que el juez defina cualquiera de estos aspectos, ante la duda, debe aplicar el principio pro arbitraje y remitir a las partes al juicio arbitral. Sin embargo, se reitera, este no es el único alcance del principio favor arbitri, pues el efecto negativo de la competencia se restringe a autorizar al juez a verificar la existencia o validez del pacto arbitral, solo que, para cumplir con dicha labor, debe acudir, de manera complementaria, al principio pro arbitraje y en consecuencia, solo confirmará su competencia, cuando tales vicios aparezcan de manifiesto, así la ley no disponga expresamente que la inexistencia o invalidez deban aparecer de forma protuberante. De manera excepcional, el ar-

tículo 1.656 del CCCN argentino, dispone que la nulidad o inaplicabilidad del pacto arbitral, debe aparecer de manifiesto, lo mismo expresa el artículo 14 de la Ley Peruana de arbitraje 1071.

Finalmente, el principio pro arbitraje, tiene relación estrecha con el principio universal de la buena fe el cual se consigna expresamente en el artículo 2° de la Ley modelo de la UNCITRAL³. En efecto, tanto la doctrina como la jurisprudencia arbitral invocan con frecuencia la teoría de los actos propios – la cual corresponde a una de las aplicaciones prácticas de la buena fe – como fundamento para disponer la aplicabilidad del convenio arbitral en diferentes eventos en los cuales quien alega la inoponibilidad o falta del vinculación de la cláusula compromisoria, ha asumido comportamientos precedentes de los cuales se puede inferir su aceptación y vinculación tácita al convenio arbitral.

Efectivamente, la jurisprudencia, de manera acertada, ha aplicado la teoría de los actos propios para justificar la vinculación al juicio arbitral de la parte que invoca la inoponibilidad de la cláusula

sobre el fondo del litigio, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible.

³ Artículo 2 A. Origen internacional y principios generales

1) En la interpretación de la presente Ley habrán de tenerse en cuenta su origen internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe.

De manera expresa, en la ley General de Arbitraje del Perú, artículo 14 se dispone la vinculación u oponibilidad del pacto arbitral a no signatarios, por virtud del principio de la buena fe y en consideración a sus comportamientos previos, en los siguientes términos:

Artículo 14° . - Extensión del convenio arbitral. El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos.

compromisoria, cuando en diversas ocasiones ha firmado el contrato que la contiene sin objeción alguna:

...puesto que el documento en donde se consignará la cláusula arbitral fue suscripto, se reitera, en dos ocasiones distintas por la actora y con un intervalo de cuatro meses (véase fs. 804/16).

Ello torna difícil sostener en el caso que la accionante se vio “sorpresa” con la inclusión de la cláusula en cuestión o que pudo haber incurrido en error sobre el alcance de su compromiso, no siendo dable admitir reservas mentales en el que quiere contratar, habida cuenta que ello iría en contra de los actos propios⁴.

Igual conclusión se ha derivado del hecho de haber participado activamente en la fase precontractual y contractual, pese a no haber suscrito el contrato que contiene la cláusula compromisoria que se le hace extensiva:

Lo anterior, por cuanto si bien es cierto que la ahora impugnante no aparece suscribiendo el contrato APT, y por ende, tampoco el acuerdo de arbitraje inserto en él, lo argumentado por el tribunal para tener como parte o vinculada a Monómeros Colombo Venezolanos S.A. en cada uno de esos acuerdos de voluntades se muestra razonable, ya que siendo indiscutida su activa participación en la etapa precontractual y en la ejecución del negocio jurídico de APT, era imprescindible hacer operar el principio de buena fe, la confianza legítima, la teoría

de los actos propios, y la primacía de la realidad sobre las formas, para acoger a dicha sociedad colombiana como genuino sujeto del negocio de adquisición de plataforma tecnológica y de cada uno de los convenios que incorporaba, entre ellos, entre ellos, el de llevar a los árbitros las eventuales disputas futuras que con ocasión del contrato se presentaran entre las partes⁵.

En conclusión, cuando se aplica el principio de la buena fe, en cualquiera de sus derivaciones, para hacer útil y efectivo el pacto arbitral, de manera indirecta se está dando aplicación del principio favor arbitris.

II. Su regulación en Iberoamérica

A. España

En España, desde principios de la década de 2010, tanto la jurisprudencia como la doctrina han venido predicando el principio pro arbitraje destacándose, al respecto, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. En reciente sentencia de marzo del 2024, dicha corporación reiteró que lo relativo a designación de árbitros no corresponde a un elemento esencial del convenio arbitral por lo cual debía predicarse la existencia del convenio arbitral, aunque se hubiera establecido una cláusula prohibida por la ley en este sentido, por virtud del principio en favor del arbitraje:

Existencia de convenio arbitral.

⁴ Argentina, CNCom., Sala A, “Abre s.r.l. c/Telecom personal s.a. s/ Ordinario”, sentencia del 30/8/19

⁵ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia SC5288-2021/2021-00766 de diciembre 1º de 2021

El artículo 15. 5 de la Ley de Arbitraje, establece que: “El tribunal únicamente podrá rechazar la petición formulada cuando aprecie que, de los documentos aportados, no resulte la existencia de un convenio arbitral”.

El artículo 9º de la misma norma establece los elementos esenciales de la voluntad del convenio arbitral, entre los cuales no se encuentra la forma concreta de designar a los árbitros, prevaleciendo, en su interpretación, el principio de conservación del acuerdo de arbitraje o “favor arbitri”. Para ello basta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9º 1, que, en la cláusula, “ya sea incorporada al contrato o en acuerdo independiente”, conste la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determina relación jurídica, contractual o no contractual⁶.

De igual manera, trayendo en su auxilio el principio favor arbitri, la misma sala judicial, en enero 25 del 2024, en relación al nombramiento de árbitros y la definición de si el fallo debe ser en derecho o equidad, expresó:

El art. 15.5 LA señala que el Tribunal únicamente podrá rechazar la petición formulada cuando aprecie que, de los documentos aportados, no resulte la existencia de convenio arbitral, aunque hemos de añadir igualmente que también podrá ser rechazada cuando la cuestión no sea ma-

teria susceptible de arbitraje conforme lo dispuesto en el art. 2 LA.

[...]El art. 9 LA establece los elementos esenciales de la voluntad del convenio arbitral entre los cuales no se encuentra ni la forma de designar a los árbitros ni si el arbitraje debe ser de derecho o de equidad, prevaleciendo en su interpretación el principio de conservación del acuerdo de arbitraje o favor arbitri. (España, Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala Civil y Penal, Sección Primera, Sent. 2/2024, del 25 de enero de 2024. Esta misma línea jurisprudencial fue reiterada en las sentencias STSSJ Cataluña 65/2023 del 23 de noviembre del 2023, 15/2023 del 6 de marzo de 2023, 24/2023 del 17 de abril del 2023, 7/2020 del 30 de enero del 2023 y 65/2022, 22 de diciembre de 2022. Igualmente, en parecidos términos se ha pronunciado la STSJ de Asturias 1/2022 del 30 de marzo del 2022, 65/2022 del 22 de diciembre del 2022. En el mismo sentido se ha pronunciado la STSJ de Canarias en sentencia 4/2020 del 25 de mayo del 2020 y sentencia 5/2020 de noviembre 5 del 2020, sentencia 1-2018 del julio 13 del 2018; STSJ de Barcelona, sentencia del 1º de febrero de 2018)⁷.

En España, en virtud de lo establecido en artículo 15.5 de la ley de arbitraje de 2003 (LA.), el juez solamente puede denegar la excepción del convenio arbitral cuando no se acredite la existencia de dicho acuerdo por lo que lo relativo a la validez, eficacia o extensión del mismo,

⁶ España, Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala Civil y Penal, Sección Primera, Sentencia 10/2024, del 7 de marzo de 2024

⁷ España, Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala Civil y Penal, Sección Primera, Sentencia 2/2024, del 25 de enero de 2024

no corresponde definirlo al juez estatal, salvo a través de recursos contra el laudo. En este orden de ideas, resulta muy acertado que este texto normativo se haya convertido en el pilar fundamental del principio pro arbitraje, pues dicha institución efectivamente tiene como finalidad privilegiar el efecto útil del pacto arbitral.

En la siguiente sentencia del Tribunal Superior de Justicia del país vasco, se aplicó el principio pro arbitraje considerando que al haberse convenido una cláusula arbitral omnicomprendiva o de alcance general, cualquier conflicto societario se debería entender incluido dentro del pacto arbitral, incluso, respecto a un pacto parasocial, por estar íntimamente ligado al contrato social:

Téngase en cuenta que las cláusulas de sumisión a arbitraje omnicomprendivas son mucho más habituales en la práctica que las delimitativas. Precisamente por ello no puede considerarse involuntaria la expresa constricción del Convenio Arbitral a las controversias de naturaleza intrasocietaria que pudieran surgir entre la Sociedad y/o sus órganos de gobierno y los socios.

[...]También hemos justificado la conexión entre las cláusulas 3.6 y 2 del acuerdo entre socios y por qué el acuerdo que refiere la cláusula 3.6 atañe o incumbe al Consejo de Administración al que se refiere la cláusula 2. Y hemos justificado así-

mismo por qué el acuerdo comercial de la cláusula 3.6 tiene carácter de pacto organizativo *uti socii* con trascendencia para la sociedad y no puede ser reducido a un simple pacto de relación o de atribución⁸.

Igualmente se ha considerado que no es indispensable que en el pacto arbitral se indique si el laudo debe ser en derecho o en equidad, pues en caso de duda se debe aplicar el principio sobre conservación del acuerdo de arbitraje.

B. *Venezuela*

En Venezuela, el principio en favor del arbitraje ha sido sustentado por la doctrina y la jurisprudencia acudiendo a la interpretación y aplicación de la norma más favorable o principio *pro actione*:

Los medios alternativos de solución de conflictos son una expresión de la tutela judicial efectiva, de manera que si en un caso concreto surge el arbitraje como el mecanismo más eficaz para tutelar una situación jurídica, y siempre que se cumplan los requisitos de procedencia para su aplicación, el criterio debe ser la tendencia a una interpretación de la norma legal más favorable conforme al principio *pro actione*, que “...si se traduce en el ámbito de los medios alternativos de resolución de conflictos, se concreta el principio *pro arbitraje*[...]”⁹.

Pretender establecer con carácter general la solución planteada en el Código de Procedimiento Civil, desconocería tal como

⁸ España, Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala Civil y Penal, Sección Primera, Sentencia 5/2020 del 5 de mayo de 2020.

⁹ Venezuela, Tribunal Supremo de Justicia Sala de Casación Civil, Sentencia de julio 16 de 2015. Expediente N° 2013-000757.

se afirmó con anterioridad la esencia del arbitraje como un medio alternativo (al Poder Judicial) de resolución de conflictos, ya que la práctica demostró que los esfuerzos como la reforma del Código de Procedimiento Civil en la materia, resultaron infructuosos, en tanto que bajo la normativa del Código de Procedimiento Civil, no ha solucionado mediante arbitraje casi ninguna controversia.

En ese sentido, es que se ha reconocido el carácter constitucional del arbitraje y que “(...) el imperativo constitucional de que la Ley promoverá el arbitraje (artículo 258) y la existencia de un derecho fundamental al arbitraje que está inserto en el derecho a la tutela jurisdiccional eficaz, lo que lleva a la Sala a la interpretación de la norma legal conforme al principio pro actione que, si se traduce al ámbito de los medios alternativos de resolución de conflictos, se concreta en el principio pro arbitraje (...)” -Vid. Sentencia de esta Sala N° 192/08-; pero dejando a salvo que lo anterior no significa la promoción de un sistema de sustitución de los remedios naturales de control sobre el arbitraje, por los mecanismos propios de la jurisdicción¹⁰.

De manera especial, se ha venido aplicando el principio pro arbitraje cuando el juez ordinario deba definir la nulidad del laudo arbitral, y en dicha tarea se extralimite en sus facultades:

La Sala determinó que la juez de alzada menoscabo el derecho de defensa de las partes, los principios pro actione y pro ar-

bitraje, el debido proceso y la tutela judicial eficaz, de raigambre constitucional. Concluyó la Sala que la juez superior debió circunscribirse a revisar si lo expuesto por el recurrente en nulidad se encuentra dentro del marco de las causales taxativas previstas en la ley y Convenciones Internacionales aplicables al caso, que es lo que realmente atañe al juez que actúa en conocimiento de un recurso de esta índole, y no entrar a analizar sobre la legalidad del acuerdo arbitral, que fue lo que en definitiva hizo, demostrando con ello asumir un criterio absolutamente contrario al principio pro arbitraje¹¹.

Igualmente se ha considerado que, debiéndose promover el arbitraje por virtud de lo previsto en la constitución, la tutela jurisdiccional eficaz implica la aplicación del principio pro arbitraje:

En ese sentido, es que se ha reconocido el carácter constitucional del arbitraje y que “(...) el imperativo constitucional de que la Ley promoverá el arbitraje (artículo 258) y la existencia de un derecho fundamental al arbitraje que está inserto en el derecho a la tutela jurisdiccional eficaz, lo que lleva a la Sala a la interpretación de la norma legal conforme al principio pro actione que, si se traduce al ámbito de los medios alternativos de resolución de conflictos, se concreta en el principio pro arbitraje (...)”. Vid. Sentencia de esta Sala N° 192/08; pero dejando a salvo que lo anterior no significa la promoción de un sistema de sustitución de los remedios naturales de control sobre el arbitraje, por

¹⁰ Venezuela, Tribunal Supremo de Justicia – Sala Constitucional, Sentencia 1773 del 30 de noviembre de 2011.

¹¹ Venezuela, Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de fecha 8-8-2012 – TS1.

los mecanismos propios de la jurisdicción¹².

En lo que respecta al carácter taxativo de las causales de nulidad que trae para el arbitraje comercial el artículo 44 de la LAC, la sentencia afirma que es unánime la doctrina nacional y extranjera en cuanto a la taxatividad y criterio restrictivo que debe imperar en la labor de interpretación de las normas que regulan el tema de las nulidades de laudos arbitrales, lo cual descansa en el llamado principio del favor arbitratís¹³.

De manera precisa, en relación al alcance de una cláusula compromisoria de contenido general que dispuso que cualquier controversia relacionada con el contrato social debía someterse a un tribunal arbitral, se dijo:

Según la sentencia que decidió el recurso de nulidad del laudo arbitral, la cuestión se reduce a determinar si el tribunal arbitral infringió o no la ley al rechazar en su laudo arbitral su competencia para conocer del arbitraje, sobre la base de que el acuerdo arbitral comprendía solamente cuestiones derivadas del contrato de sociedad, es decir, del documento constitutivo/estatutario de la empresa, y no se extendía a supuestos de responsabilidad extracontractual por hecho ilícito como los reclamados por el demandante. La sentencia sostuvo que la locución “Cualquier controversia” empleada en la cláusula arbitral no se refiere a algún tipo de controversia en particular, sino más bien a todas las que pudieran presentarse, por lo que

en criterio de la sentencia, la cláusula arbitral abarca toda controversia en general que pudiera presentarse en relación con la ejecución de lo acordado en el pacto social, incluyendo el hecho ilícito que pudiera cometer el administrador si éste violara las disposiciones estatutarias. La sentencia concluyó que en el laudo había violación de la normativa constitucional que consagra el principio pro arbitraje, establecido además en sentencias de carácter vinculante y obligatorio, lo cual por sí sólo conduce a la nulidad del laudo arbitral. En tal sentido la sentencia declaró que la demanda arbitral en cuestión podía ser conocida por un tribunal arbitral conforme al Reglamento del CEDCA, según lo acordado por las partes en la cláusula arbitral referida¹⁴.

Si bien, previamente se había determinado que el tribunal arbitral no resultaba competente para resolver el conflicto por involucrar asuntos de responsabilidad extracontractual, la corte, aplicando el principio pro arbitraje determinó que el tribunal arbitral sí resultaba competente.

C. Argentina

En Argentina, en el Libro Tercero, Capítulo 29, correspondiente al contrato de arbitraje, el artículo 1.656 del CCCN expresamente consagra el principio pro arbitraje, en los siguientes términos: “En caso de duda ha de estarse

¹² Venezuela, Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 21 de noviembre 2014. Exp. Nro. AA20-C-2014-000392

¹³ Venezuela, Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de fecha 13-5-2002 – TS4

¹⁴ Venezuela, Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de fecha 16-9-2015 – TS7

a la mayor eficacia del contrato de arbitraje”

En relación al alcance de la norma anterior la jurisprudencia argentina se ha pronunciado reiteradamente sobre la aplicación de este principio, prefiriendo el efecto útil del convenio arbitral. Así, en un proceso en el cual se alegaba que se trataba de un contrato de consumo y, por lo tanto, conforme al artículo 1.651 literal c) del CCCN, correspondía a un asunto no susceptible de arbitraje, se aplicó el principio pro arbitraje en razón a la duda que existía respecto a la naturaleza del contrato que contenía la cláusula compromisoria¹⁵.

Con posterioridad, se manifestó: “[...]pudiera existir alguna vacilación respecto de la solución del caso, debe optarse por la validez del laudo conforme el principio de favor arbitri hoy además receptado normativamente por el artículo 1656 CCCN [...]”¹⁶.

La jurisprudencia, igualmente ha invocado el efecto negativo del principio competencia-competencia y el principio en favor del arbitraje, para darle aplicación efectiva al convenio arbitral:

A su juicio, al interpretar el convenio arbitral, se debe tener en cuenta el principio general consistente en que son arbitrables

todos los conflictos contractuales, salvo aquellos que la ley expresamente prohíba [...].

[...]Pero aún con estos reparos terminológicos, y la consecuencia que avizora este autor, entiendo claro que el nuevo código unificado prioriza la validez y autonomía del pacto de arbitraje pues amén de requerir el artículo 1656 para su tacha judicial que tal convenio sea “manifiestamente nulo o inaplicable”; a renglón seguido dispone que en caso de duda deberá estarse “a la mayor eficacia del contrato de arbitraje”¹⁷.

Tal como se precisó en la introducción, una de las varias formas de dar aplicación del principio pro arbitraje se habilita cuando se pretende la nulidad o anulación del laudo: “Si a pesar de ello pudiera existir alguna vacilación respecto de la solución del caso, debe optarse por la validez del laudo conforme al principio de favor arbitri hoy además receptado normativamente en el artículo 1656 CCCN”¹⁸.

De igual forma, en virtud del principio en favor del arbitraje, según reiterada doctrina, se debe abandonar la tesis jurisprudencial dominante en argentina, según la cual, el convenio arbitral hay que interpretarlo con criterio restrictivo:

Así, mal puede sostenerse que las pretensiones de la accionante se encuentran incluídas dentro del alcance de la cláusula

¹⁵ Argentina, CNCiv., Sala C, 22/5/2018, “T.. P. I. y otro c/ J. Á. 646 Sociedad Civil y otros s/ Resolución de contrato”, expte. CIV 33277/2017.

¹⁶ Argentina, CNCom., Sala D, “Pan American Energy LLC (Sucursal Argentina) c. Metrogas S.A. (Chile), pronunciamiento del señor Juez Gerardo G. Vassallo”, 19/12/17.

¹⁷ Argentina, CNCiv. y Com. Fed., Sala D, “Francisco Cúbor Sacifia c/ Wall art Argentina S.R.L. s/. Voto del M señor Juez Gerardo G. Vassallo”, 20/12/2016.

¹⁸ Argentina, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Nacional. Sala D. “Banamerica Energy LLC c- Metro GAS S.A., organismos externos”, 19/12/2017.

arbitral, ya que la misma refiere exclusivamente a “toda cuestión que surja con motivo de la celebración, cumplimiento, incumplimiento, prórroga o rescisión del presente boleto”, sin que pueda entenderse que los otrora contratantes procuraron someter todo conflicto o controversia vinculado a la relación comercial que los vinculó ante jueces árbitros. En definitiva, ninguna duda cabe en punto al alcance material del acuerdo arbitral y ello resulta dirimente aquí, de modo tal que lo normado por el artículo 1656 del Código Civil y Comercial de la Nación, en cuanto refiere que “[e]n caso de duda ha de estarse a la mayor eficacia del contrato de arbitraje”, carece de toda incidencia para resolver la excepción de incompetencia.

Ello no implica soslayar esa innovación que presenta la nueva legislación -ni emitir juicio de mérito alguno sobre la misma-, en función de la cual algunos autores incluso han sostenido que la consagración del principio relativo a la eficacia de la cláusula compromisoria (art. 1656) implicó abandonar en forma definitiva el criterio de interpretación restringida del acuerdo arbitral (conf. Sagrario, R., El acuerdo de arbitraje en el proyecto de Código, publicado en LL, Sup. Act. del 29/8/2013; Viña, G., El convenio arbitral: su interpretación y efectos ante una deficiente redacción, publicado en RDCO 275, p. 1845; Caputo, L., Algunas características de la cláusula arbitral frente a una excepción de incompetencia, publicado en LL2016-E, p. 512), pero -como ya se dijo- tal regla resulta ajena al caso pues la relación jurídica determinada a la que hizo específica

referencia el convenio arbitral contenido en el boleto de compraventa hizo las veces de límite convencional de la jurisdicción arbitral¹⁹.

Si bien, el principio favor arbitris, corresponde a una institución autónoma e independiente al principio de conservación del contrato, pues se reitera, tiene alcances sustantivos, también los tiene de carácter procesal como sucede con los recursos de nulidad o anulación de laudos. Al respecto, en los fundamentos del anteproyecto del actual CCCN de Argentina, se deja constancia que el principio en favor del arbitraje se corresponde con el principio general de la conservación de los contratos.

Ciertamente, el principio favor arbitri consignado en el artículo 1.656 del CCCN argentino, se aplica con un doble alcance al cobijar el pacto arbitral -efecto sustantivo-, así como el procedimiento consignado en el convenio de arbitraje y el recurso de nulidad del laudo arbitral -efecto procesal-, que determina el proceder de los árbitros y del juez en estas materias.

D. Ecuador

En Ecuador, desde la promulgación de la Ley de Arbitraje y Mediación del año 2006, se ha consignado el principio en favor del arbitraje en el artículo 7º, en los siguientes términos:

Art. 7º. El convenio arbitral, que obliga a las partes a acatar el laudo que se expida,

¹⁹ Rep. Argentina, CNCom, sala D, “Norcereal s.a. c/Curcija s.a. s/Ordinario”, 6/2/20.

impide someter el caso a la justicia ordinaria.

Cuando las partes hayan convenido de mutuo acuerdo someter a arbitraje sus controversias, los jueces deberán inhibirse de conocer cualquier demanda que verse sobre las relaciones jurídicas que las hayan originado, salvo en los casos de excepción previstos en esta Ley. En caso de duda, el órgano judicial respectivo estará a favor de que las controversias sean resueltas mediante arbitraje. Toda resolución a este respecto deberá ser notificada a las partes en el término de dos días.

Al respecto, la jurisprudencia ha manifestado que cuando se formule la excepción de pacto arbitral, los jueces deben aplicar el principio pro arbitraje establecido en el artículo 7° de la Ley de Arbitraje y Mediación (LAM):

De acuerdo con la misma disposición, en caso de duda se debe preferir al arbitraje – en aplicación del principio pro arbitri – lo que implica que, en tal escenario, el juez ordinario debe declinar su competencia para que un tribunal arbitral pueda conocer el caso”²⁰.

“[...]efectivamente, la Ley de Arbitraje y Mediación, en su artículo 16, contiene disposiciones sobre determinación y designación del árbitro (s), así como procedimientos para llevar adelante el arbitraje y ejecutar sus decisiones (...) y en vista de que la ley suple lo que no se ha estipulado en la cláusula arbitral, es impropio determinar a la misma como

patológica, por lo tanto, la misma surte los efectos jurídicos respectivos [...]”²¹.

Pese a que el citado artículo 7° no se refiere expresamente a la existencia o validez del convenio arbitral, por virtud del principio en favor del arbitraje, si el vicio no aparece de manifiesto y se ha excepcionado pacto arbitral, el juez debe remitir a las partes al tribunal de arbitramento para que sean los árbitros quienes definan tales asuntos:

En este sentido, la ley obliga a que la controversia sea enviada a los árbitros a fin de que sean ellos quienes, de declararse competentes, administren justicia en el caso concreto, aun cuando el juez ordinario tenga duda respecto de la validez del acuerdo de arbitraje (in dubio pro arbitri)²².

Igualmente se ha manifestado que los jueces ordinarios no tienen competencia para pronunciarse en relación a la eficacia y alcance del convenio arbitral, salvo lo relativo a su existencia:

39. Los jueces accionados frente a la alegación de incompetencia por la existencia de la cláusula arbitral, debieron remitir de forma inmediata el expediente al Tribunal Arbitral, con la finalidad de que este tribunal se pronuncie sobre su propia competencia.

40. Ni la jueza de primera instancia ni los jueces provinciales están facultados para pronunciarse sobre el convenio arbitral en sí mismo, al resolver la excepción de

²⁰ Ecuador, Corte Constitucional, Sentencia 1754-18-EP/23 de 30-08-2023

²¹ Ecuador, Corte Constitucional, Sentencia 0006-10-del 24 de febrero de 2010

²² Ecuador, Corte Constitucional, Sentencia N° 2520-18-EP de 24-05-2023

incompetencia debieron solamente verificar la existencia del convenio arbitral, entendiendo que ante la duda debe prevalecer el arbitraje, bajo el principio in dubio pro arbitri, recogido en los artículos 7 y 8 de la LAM²³.

En relación a la extensión del convenio arbitral respecto a la competencia objetiva y su oponibilidad a la parte demandada, en caso de ser sometido tal asunto a consideración del juez estatal, este debe aplicar el principio pro arbitraje:

Cuando un juez conoce y resuelve la excepción de convenio arbitral, no le corresponde entrar a pronunciarse sobre el convenio en sí mismo (alcance y validez), sino únicamente determinar si la materia de la litis se enmarca en el objeto del convenio o no, entendiendo que ante la duda debe prevalecer el arbitraje, bajo el principio in dubio pro arbitri, recogido en los artículos 7 y 8 de la LAM²⁴.

Adicionalmente, se ha aclarado que el juez estatal no tiene ni jurisdicción ni competencia para conocer del asunto, cuando se ha pactado convenio arbitral, por virtud de lo establecido en el referido artículo 7° que consagra el principio pro arbitraje:

Sobre la competencia para resolver una controversia que surja de un Convenio de Administración de Manejo de la compañía INGESA S. A., que contiene cláusula ar-

bitral, el artículo 7 de la Ley de Arbitraje y Mediación expresa... [...]Aplicando esta disposición, y una vez que, como quedó establecido, se configuró un convenio arbitral con todos sus efectos, la justicia ordinaria estaba impedida, por no tener jurisdicción ni competencia para este caso, de conocerlo y resolverlo²⁵.

En resumen, el principio favor arbitri obliga al juez estatal a remitir a las partes al juicio arbitral cuando se haya convenido un pacto arbitral pese a que la eficacia, validez y oponibilidad del acuerdo de arbitraje sea dudosa.

E. Colombia

Pese a que en Colombia no existe norma expresa que consagre el principio pro arbitraje, la sala civil de la Corte Suprema de Justicia reiteradamente ha expresado que, cuando ante el juez se excepciona pacto arbitral, este debe aplicar el principio denominado pro-arbitraje. Al respecto se ha manifestado que para: [...]determinar el alcance del pacto deberá acudirse a las reglas de interpretación del negocio jurídico, así como al principio pro-arbitraje, teniendo en cuenta su amplitud o limitación, al igual que la remisión que hagan las partes a las reglas que han de gobernarlos²⁶.

Igualmente se ha considerado que, en caso de duda sobre el alcance del con-

²³ Ecuador, Corte Constitucional, Sentencias 707-16-EP/21 del 18 de diciembre de 2021 y 1737 -16-EP/21 del 24 de agosto de 2021.

²⁴ Ecuador, Corte Constitucional, Sentencia 1758-15-EP/20, 25 de noviembre de 2020

²⁵ Ecuador, Corte Constitucional, Sentencia 006-10-SEP-CC de 24 de febrero de 2010

²⁶ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia. SC4887-2021, del 03 de noviembre de 2021.

venio arbitral, serán los árbitros los llamados a definir tal asunto y no los jueces estatales:

En lo que respecta a la excepción previa estimada, dejó en claro que “al haberse convenido y estipulado la cláusula de maras de modo general y omnicompreensivo, abarcando, como ya se expuso, tres momentos para su aplicación, es al Tribunal de Arbitramento que se convoque para el efecto a quien le corresponde autónomamente asumir la competencia frente a las súplicas de la demanda, y de acuerdo al análisis del pacto arbitral y la realidad del caso, adoptar las decisiones de rigor, asunto que, entonces, excede la órbita funcional de esta Corporación como juez institucional de segunda instancia. Y es que ante la existencia de un pacto arbitral comprensivo de las controversias surgidas entre la sociedad y los socios, o entre estos últimos, en tres etapas diferentes, y memorando que de conformidad con el inciso 1° del artículo 29 de la Ley 1563 de 2012, los Tribunales de Arbitramento gozan de autonomía para fijar su propia competencia, tal cuestión no puede ser resistida u obviada en este escenario o en cualquier otro”; es decir, hizo una interpretación del convenio surgido entre las partes, ejercicio hermenéutico que le permitió concluir, que la cláusula compromisoria había sido pactada para resolver las controversias surgidas entre los accionistas con la sociedad o a los accionistas entre sí, i) durante el contrato social, ii) al tiempo de la disolución, o iii) en el periodo de liquida-

ción, por lo que, puntualizó, “claro que a quien corresponde definir los alcances de la cláusula compromisoria referida es, ante todo, al Tribunal arbitral que se constituya²⁷.

Cuando se trata de cláusulas compromisorias patológicas, también se ha determinado que, en caso de duda sobre su aplicabilidad, se debe aplicar el principio en favor del arbitraje:

[...](d) Doctrinariamente se exige que el pacto arbitral sea preciso, de suerte que no haya vacíos o contradicciones que lo hagan inaplicable, porque en este caso deberá rehusarse la eficacia de la estipulación por su patología. Los demás defectos son superables en virtud del principio pro-arbitraje, que obliga a preferir la interpretación que favorezca la validez de este mecanismo y de prevalencia a la intención de las partes de sustraer la controversia de la justicia estatal²⁸.

Por su parte, el Consejo de Estado, apelando al principio sobre interpretación de los contratos que determina el efecto útil de las estipulaciones, de manera indirecta, aplica el principio pro arbitraje:

En contraste, en la interpretación de los contratos prevalece la voluntad interna y no la voluntad declarada (artículo 1618 CC), dado el carácter relativo de los contratos (vincula solo a las partes). De ahí que no puede apelarse -como sucede con las leyes- a una interpretación textual,

²⁷ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia. STC6172-2020, del 26 de agosto de 2020.

²⁸ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia SC1-2019/2016-03020 del 15 de enero de 2019

sino que es preciso desentrañar la intención de los contratantes. Además, en los contratos, como en las leyes, prevalece la interpretación que prefiere el efecto útil, es decir, aquella en que el sentido de una cláusula que pueda producir algún efecto debe preferirse a aquel en que no sea capaz de producirlo (artículo 1620 CC).

[...]De manera que, cuando las partes acordaron que podrían someter las disputas que surgieran a partir del contrato de concesión n.º. 001 de 1999 a la decisión de árbitros, su intención fue sustraerse de la justicia institucional y someterse a la decisión de los árbitros para definir la controversia (artículo 1618 CC), interpretación que da eficacia a la estipulación pactada (artículo 1620 CC). Esta interpretación, pues, implica favorecer los efectos de la cláusula compromisoria y reconoce la intención de las partes de sustraer la controversia de la justicia institucional²⁹.

En conclusión, la jurisprudencia colombiana también ha sido favorable respecto a la aplicación del principio pro arbitraje, pese a que el legislador nacional nada regula al respecto.

F. México

En México, pese a que la ley tampoco ha consagrado expresamente el principio favor arbitri, ha sido la jurisprudencia la encargada de reiterar la aplicación de dicho postulado:

El convenio arbitral constituye la piedra angular de este mecanismo de solución de conflictos puesto que en él queda plasmada la voluntad de las partes para acceder al sistema arbitral y resolver controversias que hayan surgido o puedan surgir como producto de una determinada relación jurídica, por tanto, cobra especial importancia para interpretar la voluntad de las partes plasmada en la cláusula arbitral el principio pro-arbitraje que influye en la resolución de controversias de este tipo [...]³⁰.

El principio en favor del arbitraje, igualmente se aplica para definir la forma en la que se puede manifestar el consentimiento para que la clausura compromisoria resulte vinculante:

Es irrelevante que la apelante no haya participado en el acto o contrato que dio origen a la cláusula compromisoria, debido a que se encuentra vinculada al haberse adherido a los estatutos sociales y pretender que se le restituya su calidad de socia.

Que la actora demandó la nulidad de las cláusulas que fundamentaron su expulsión, y que de ser fundado su planteamiento los efectos serían que conservaría su calidad de socia.

Es verdad que el mero hecho de que la demandante ostente tener el status de socia, hace aplicable la cláusula compromisoria, pues la misma concierne a toda cuestión litigiosa que se genere entre los asociados y la sociedad.

²⁹ Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 10 diciembre de 2021 Radicación número: 66001-23-33-000-2017-00341-01(64409).

³⁰ México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, Sentencia 7790-2019, del 05 de agosto de 2020.

En esa línea de pensamiento, el tribunal de apelación transcribió la cláusula vigésima séptima, del pacto social que contiene la estipulación arbitral y estableció que de ella se aprecia que los miembros de la misma establecieron con el carácter preferente un procedimiento conciliatorio para resolver las controversias que existan entre las partes con motivo de la interpretación y cumplimiento del contrato social y que en caso de que dicho procedimiento no derivara en un acuerdo, la controversia se dirimiría por medio del arbitraje, por lo que debido a la calidad de socia que la actora tuvo y (que aduce seguir teniendo), se concluye que se encuentra vinculada por esa estipulación, desde que pretende que se interprete el contrato (declarando la nulidad de algunas cláusulas) y se le dé cumplimiento (restituyéndole sus derechos de accionista.

[...]Más allá de eso, es importante destacar que el Tribunal Colegiado que conoció del recurso de revisión, avaló y dio por buena la respuesta que se dio a los agravios por parte del tribunal de apelación [...]³¹.

Adicionalmente se ha considerado que, para la debida interpretación del pacto arbitral, cobra suma importancia el principio pro arbitraje, como mecanismo idóneo para conocer la voluntad de las partes:

El convenio arbitral constituye la piedra angular de este mecanismo de solución de conflictos, puesto que en él queda plasmada la voluntad de las partes para ac-

ceder al sistema arbitral y resolver controversias que hayan surgido o puedan surgir como producto de una determinada relación jurídica, por tanto, cobra especial importancia para interpretar la voluntad de las partes plasmada en la cláusula arbitral el principio pro arbitraje que influye en la resolución de controversias de este tipo, pues cuando media un conflicto o controversia de tipo jurídico entre dos o más personas, puede ser compuesto por ellas mismas a través de la transacción, o pueden invocar el derecho a la tutela judicial que reconoce la constitución y solicitar de la autoridad judicial su resolución. Pero el derecho admite que, en lugar de esta última posibilidad, acuerden llevar su conflicto ante árbitros, para que den una decisión o laudo que han de acatar por haberse sometido previamente a él. Los árbitros ejercen funciones análogas a las de la autoridad judicial.

[...]Conforme a esta implicación, cuando se resuelva sobre la validez o nulidad “de un acuerdo arbitral” o sobre “el exceso en la competencia de un tribunal arbitral sobre lo pactado en el acuerdo arbitral”, la autoridad judicial, ante una duda razonable sobre la actualización de la competencia del tribunal arbitral, no debe preferir fallar en favor de la jurisdicción del Estado, esto es, no cabe afirmar ex ante la existencia de un principio pro actione en favor de la jurisdicción del Estado, pues, a diferencia de antes de la reforma de junio de dos mil ocho, ahora lo que se busca es la optimización de dos derechos de naturaleza constitucional –de acceso a la justicia y de acceso a los medios alternativos de

³¹ México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, sentencia del 7 de diciembre de 2016, registro 1366/2015.

solución de conflictos cuando la legislación lo permita³².

De manera que, cuando el juez estatal deba definir lo relativo a la existencia o validez del pacto arbitral, la extensión o aplicabilidad del mismo al caso controvertido, o su oponibilidad a las partes procesales, debe aplicar el principio pro arbitraje.

G. Panamá

La Corte Suprema de Panamá, igualmente ha invocado el principio en favor del arbitraje, como una forma especial del principio pro-actione, relativo a la tutela judicial efectiva:

Por otro lado, en cuanto al requisito de la firma de la cláusula arbitral, el mismo es considerado un requisito "probationem", es decir que solo constituye un medio probatorio de la existencia del acuerdo de arbitraje, más no del consentimiento de las partes, quienes en su momento pueden considerar a un no firmante como sujeto del contrato y en consecuencia someterlo al arbitraje sin la necesidad de que haya firmado la cláusula arbitral. La tutela judicial efectiva consagrada en la Constitución Nacional, establece el derecho a la efectividad de las decisiones y el principio "pro actione", siendo su equivalente en el área de los medios de resolución de conflictos el principio "pro arbitraje". La doctrina constitucional panameña conceptúa que la tutela judicial efectiva constituye el derecho

fundamental que asiste a toda persona para obtener, como resultado de un proceso sustanciado con todas las garantías previstas en el ordenamiento jurídico, la protección jurisdiccional de sus derechos e intereses legítimos. Este instituto involucra cuatro derechos a saber: el derecho de acción, el derecho a obtener una sentencia congruente fundada en derecho, el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales y el derecho al recurso legalmente previsto. En materia de arbitraje, como se mencionó en líneas anteriores, ésta tutela judicial efectiva se verifica en el principio "pro arbitraje", que permite concluir que los efectos del acuerdo arbitral son extensibles a los terceros no firmantes, en aquellos casos en los cuales de no hacerse, se dejaría sin efecto el arbitraje por existir el peligro de que una controversia sea decidida de modo diferente en sede arbitral y judicial cuando se reclame al tercero no firmante el cumplimiento de la misma conducta que a la parte signataria demandada³³.

De manera muy acertada, en Panamá, se ha resuelto el problema relativo a la vinculación de no firmantes o no signatarios al convenio arbitral que se invoca como base del proceso arbitral, aplicando el principio pro arbitraje.

H. Perú

En Perú, el Decreto Legislativo N° 1071 o Ley de Arbitraje, regula en su ar-

³² México, Sentencia de la Corte Suprema de Justicia. Primera sala, sentencia del 05 de agosto de 2020. Amparo directo en revisión 7790/2019.

³³ Panamá, Corte Suprema de Justicia Sala de Negocios Generales, Sentencia del 27 de mayo de 2015. EXP 868-13.

título 16³⁴ la excepción del convenio arbitral, y alrededor de dicha norma se ha estructurado el principio en favor del arbitraje:

[...]SÉPTIMO. - Que asimismo se verifica de los referidos contratos que se ha establecido de manera uniforme en la cláusula Décimo Primero un convenio arbitral, en donde se estipula: Por la presente cláusula las partes acuerdan que cualquier controversia que surja desde la celebración del contrato será resuelta mediante arbitraje de derecho [...].

Siendo ello así, las partes contratantes renunciaron al fuero judicial, sometiéndose a la vía arbitral, por lo tanto se ajusta a derecho el auto recurrido que declara fundada las excepciones de convenio arbitral³⁵.

El artículo 14³⁶ de la Ley de Arbitraje que regula la extensión del convenio arbitral y que obliga a tener presente el principio de la buena fe, igualmente ha servido de sustento para aplicar el principio de la efectividad del convenio arbitral:

Asimismo, Mario Castillo Freyre, ha expresado en cuanto a la cláusula obligatoria de arbitraje, que frente a las discrepancias que surjan en la ejecución o interpre-

tación de los contratos de adquisiciones y contrataciones del Estado, ha significado un cambio trascendental para la administración pública, no solo peruana, sino de toda América Latina. Esto demuestra y destaca la eficacia de la vía arbitral como medio alternativo de solución de conflictos, disminuyendo tiempo, costos y riesgos en las relaciones contractuales entre Estado y los particulares, asegurando de este modo la inversión nacional y extranjera.

[...]siendo que el sometimiento de un conflicto a arbitraje supone excluir tal asunto del conocimiento de los jueces ordinarios, quienes solo excepcionalmente, por motivos preestablecidos podrían decidir sobre la validez o nulidad del laudo. Como bien señala el propio Caivano, la jurisdicción que ejercitan los árbitros está sostenida por el ordenamiento legal que respalda la institución del arbitraje, permitiendo que los particulares, dentro de la esfera de la libertad negocial, sustraigan determinadas contiendas de la jurisdicción de los jueces estatales para otorgarlas a otros particulares³⁷.

Décimo Segundo: De la interpretación sistemática de las cláusulas que contienen los medios probatorios antes mencionados, se determina que la controversia la-

³⁴ El artículo 16 inciso 3 del Decreto Legislativo N° 1071 dispone que: “La excepción de convenio arbitral, sea que se formule antes o después de iniciado el arbitraje, será amparada por el solo mérito de la existencia del convenio arbitral, salvo en el primer caso, cuando el convenio fuese manifiestamente nulo”.

³⁵ Perú, Corte Suprema De Justicia, Sala Civil Permanente, sentencia del 8 de noviembre DE 2018, causa número 5691-2017

³⁶ Artículo 14: “Extensión del convenio arbitral. El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos”.

³⁷ Perú, Corte Suprema De Justicia, Sala Civil Permanente, sentencia del 13 de abril de 2023. Expediente 002156-2019

boral sobre el reconocimiento de remuneración variable y compensación extraordinaria, si bien es cierto, son beneficios reconocidos en el contrato de trabajo y anexo ya citados, también es cierto, que constituyen un conflicto de naturaleza laboral posterior a la suscripción del Convenio de Cese por Mutuo Disenso, por lo que conforme a la cuarta y sexta cláusula de dicho convenio correspondía resolverse esta controversia mediante el arbitraje³⁸.

Ciertamente, el principio de la buena fe como elemento determinante para verificar la extensión del convenio arbitral resulta sustancial en la aplicación del principio pro arbitraje respecto a los no signatarios.

I. Chile

En Chile, por vía jurisprudencial, la Corte Suprema de Justicia igualmente ha venido aplicando el principio en favor del arbitraje, cuando se controvierte la eficacia o validez del convenio arbitral: “[...]la juicio de la informante las ambigüedades contenidas en una cláusula arbitral contenida en un contrato no acarrea su nulidad sino que obligan a su interpretación de acuerdo a los artículos 1560 y siguientes del Código Civil”³⁹.

Acudiendo a los principios sobre interpretación de los contratos y el efecto útil de las estipulaciones, se privilegia el con-

venio arbitral, como manifestación del principio pro arbitraje:

Dicho de otro modo, no está en discusión la intensión de las partes de someter el conflicto a una decisión arbitral, sino más bien se cuestiona la aplicabilidad en Chile por un supuesto problema práctico para implementar la cláusula arbitral conforme al ordenamiento interno.

[...]Encontrándose esa estipulación incorporada en un contrato explican que corresponde estarse a las normas de interpretación previstas en el código civil y especialmente a lo dispuesto por los artículos 1545 y 1546 del referido texto legal debiendo primar siempre la buena fe contractual, declarando enseguida que resulta evidente que... la voluntad de las partes fue sustraerse de la justicia ordinaria y radicar el conocimiento de cualquier asunto relativo a dicho contrato en la justicia arbitral⁴⁰.

De igual forma se ha procedido para darle eficacia a las denominadas cláusulas arbitrales patológicas, aplicando el principio en favor del arbitraje:

“VIGÉSIMO PRIMERO: Que, sentado lo anterior, la profesora María Fernanda Vásquez Palmas enseña que “la mejor solución radicaría, sin duda, en una adecuada depuración del contenido del convenio arbitral para excluir directamente estos defectos, pero si ya se han incluido, deberá procederse a interpretar el convenio arbitral para determinar si, pese al

³⁸ Perú, Corte Suprema De Justicia, Sala Civil Permanente, Sentencia del 22 de mayo de 2017, Expediente: 009654-2016.

³⁹ Chile, Corte Suprema - Sala Primera Civil, Sentencia del 15 de septiembre de 2008, causa Rol 6.615-2007, informe de la Sra. Fiscal Judicial de la Corte Suprema.

⁴⁰ Chile, Corte Suprema - Sala Primera Civil, Sentencia del 17-07-2023, Causa N° 63437-2021

error, aun puede producir sus efectos o si la trascendencia del error es tal que determina la ineficacia del convenio. En general, esta interpretación se encuentra caracterizada por su carácter estricto pro validate, ya que en muchos casos se trataría de efecto subsanables⁴¹.

Como se observa, en Chile, se recurre a los principios sobre interpretación de los contratos, especialmente el efecto útil de las cláusulas, cuando se objete la validez y extensión del convenio arbitral.

J. Brasil

En Brasil, tampoco se ha establecido de manera expresa el principio en favor del arbitraje, sin embargo, alguna que otra jurisprudencia lo ha venido aplicando tal como lo expresa la doctrina:

La empresa demandada alegó la existencia de cláusula compromisoria en los contratos indicados y la incompetencia del estado para valorar el hecho. Ahora examinamos los extractos del argumento utilizado por la mayoría de los ministros del tribunal Superior de Justicia: se afirma además que está vigente en la jurisdicción privada el principio básico de competenciaz, consagrado en los artículos 8º y 20 de la ley de arbitraje que establece que es el propio arbitro quien decide, con prioridad respecto al juez Togado, sobre su competencia para apreciar su existencia, validez, o eficacia del contrato que contiene la cláusula compromisoria. Basándose en esta premisa el Tribunal de

Arbitraje demuestra ser el competente para analizar su propia competencia para resolver la competencia. Negar la aplicación del acuerdo de arbitraje significa en última instancia, violar el principio de la autonomía de la voluntad de las partes y la presencia de idoneidad del propio arbitraje, generando inseguridad jurídica.

[...]Es evidente que el tribunal reconoció la autonomía de la voluntad de las partes mediante la cláusula de competencia como forma de salvaguardar la seguridad jurídica y la idoneidad del instituto del arbitraje⁴².

Resulta interesante el argumento esgrimido en Brasil respecto a la idoneidad del convenio arbitral y la seguridad jurídica, pues en últimas, tales argumentos también corresponden a la aplicación del principio en favor del arbitraje.

III. Conclusiones

El principio pro arbitraje en los últimos años ha venido ganando terreno a nivel internacional. Si bien, inicialmente se desarrolló como construcción doctrinal muy prontamente empezó a ser acogido por la jurisprudencia.

Hoy en día corresponde a uno de los principios fundamentales del derecho arbitral pese a no figurar en la ley modelo de la UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional y no haber sido ex-

⁴¹ Chile, Corte Suprema - sala Primera Civil, Sentencia del 20 de diciembre de 2022. Causa N° 21291-2019

⁴² Baccon Gehlen, Bernardo, Marion Spengler, Fabiana y Spengler Neto, Theobaldo. *“La autonomía de la voluntad y las perspectivas actuales del arbitraje en Brasil”*. Revista electrónica de derecho procesal Rio de Janeiro año 2015. Volumen XXII. Número 3. Septiembre a diciembre de 2021. Pags 122 a 142.

presamente regulado en la mayoría de las legislaciones

El principio en favor de arbitraje, aunque cuenta vasos comunicantes con el principio general de la conservación de los contratos tiene un alcance muy superior por su aplicación como institución de naturaleza sustantiva, así como de naturaleza procesal.

La teoría de los actos propios –derivada del principio de la buena fe- cumple una labor muy importante en la debida interpretación y oponibilidad del pacto arbitral, sobre todo en relación a los no signatarios o suscriptores, correspondiendo a una forma efectiva de aplicación del principio pro arbitraje.

El apoyo judicial en el proceso arbitral. Visión general y particularidades en República Dominicana

Lucy Objío*

Principia No. 10-2024 pp. 57-69

Resumen: La finalidad de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo Mercantil Internacional (CNUDMI) de 1985, como lo prueban recientes modificaciones de las leyes de arbitraje en Iberoamérica, es con tendencia a limitar la intervención judicial en el arbitraje comercial internacional. Al parecer, esta tendencia se justifica porque las partes en un acuerdo de arbitraje adoptan deliberadamente la decisión de excluir la competencia judicial, con el interés de otorgar practicidad a sus procesos y evitar las prolongadas batallas judiciales.

En esta oportunidad, revisaremos aspectos relativos al arbitraje, ese mecanismo en donde la autonomía de la voluntad de las partes prima y en el que se faculta a los particulares para que transitoriamente administren justicia, previa habilitación de las partes.

Nos enfocaremos en esa danza inevitable, esa coexistencia con los tribunales jurisdiccionales pues, aunque el tribunal arbitral se encuentre revestido de poderes y facultades similares a la de un tribunal ordinario, es innegable que carecen de las facultades coercitivas, que el legislador ha reconocido a los tribunales judiciales. Especialmente, si las decisiones que toman inciden en los intereses de terceros.

Abstract: The purpose of the Model Law of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), as evidenced by recent amendments to arbitration laws in Ibero-America, is to limit judicial intervention in international commercial arbitration. It seems that this trend is justified because the parties to an arbitration agreement deliberately decide to exclude judicial jurisdiction, in the interest of making their proceedings more practical and avoiding lengthy court battles.

In this opportunity, we will review aspects related to arbitration, that mechanism in which the autonomy of the will of the parties prevails and in which individuals are empowered to temporarily administer justice, prior authorization of the parties.

* Abogada y Árbitro de la Corte de Arbitraje de Santo Domingo y del Centro de Resolución Alternativa de Controversias de Santiago, República Dominicana. Socia de la Firma Pellerano & Herrera, encargada de la dirección de la práctica de litigios y arbitraje. Autora de artículos y conferencista internacional.

We will focus on this inevitable dance, this coexistence with the jurisdictional courts, because although the arbitral tribunal is vested with powers and faculties similar to those of an ordinary court, it is undeniable that they lack the coercive powers that the legislator has recognized to the judicial courts. Especially if the decisions they take affect the interests of third parties.

Palabras Claves: Apoyo judicial | Medidas Cautelares | Homologación de Laudo

Keywords: Judicial support | Precautionary Measures | Homologation of Award

Sumario: I. Introducción, II. Convivencia de la justicia judicial y la arbitral, III. Fases de asistencia de los tribunales ante un proceso arbitral, A. Etapa pre-arbitral, 1. Nombramiento del árbitro, 2. Sustitución del árbitro, B. Etapa de instrucción arbitral, 1. Producción de pruebas, 2. Medidas cautelares y provisionales, C. Etapa post-laudo, 1. Las vías disponibles para atacar un laudo, 2. Otorgamiento de exequátur del laudo, IV. Conclusiones

I. Introducción

La justicia judicial y la arbitral guardan similitudes, en tanto ambas cumplen con la función social de impartir justicia y mantener la paz social¹, mientras que se diferencian en que la primera depende del Estado y la arbitral, de los particula-

Entre similitudes y diferencias, el rol de impartir justicia provoca que ambas instituciones se entiendan, que la estatal reconozca la facultad y validez de la privada y, en esa aceptación, coadyuve para que los procesos y procedimientos de esta última cumplan con la finalidad de paz social antes dicha.

En lo adelante, analizamos las diferentes etapas en las que interviene el Poder Judicial, en ocasión de un proceso arbitral: el tratamiento que recomienda la Ley Modelo CNUDMI y la normativa que rige en la República Dominicana, incluyendo el tratamiento que ha dado la jurisprudencia local sobre esos aspectos.

II. Convivencia de la justicia social y la arbitral

La mayoría de las legislaciones reconoce la facultad y legalidad de la justicia privada, quedando con mayor discusión o definición el alcance de sus facultades y sus límites. Es en esos límites donde entra en juego el papel de los tribunales, con su función de apoyo. Esta función de apoyo, aunque debería entenderse de manera natural y puntual para la asistencia requerida, a veces se encuentra con la limitante de la falta de reconocimiento de la jurisdicción arbitral, lo cual provoca retenciones y dilaciones innecesarias en su procedimiento. De ahí que, las actuales legislaciones en torno al arbitraje hayan incorporado en su articulado disposiciones claras sobre el rol de asistencia de los tribunales.

La Ley Modelo CNUDMI en su artículo 6, señala la posibilidad para que cada Estado especifique cuál tribunal sería el competente para realizar las actividades judiciales de colaboración ante un proceso arbitral.

En República Dominicana, la ley 489-08, sobre arbitraje comercial internac-

¹ Roque J. Caivano, “El rol del Poder Judicial en el Arbitraje Comercial Internacional”, en *Arbitraje Comercial Internacional. Reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales extranjeros* (Washington, D.C.: Organización de Estados Americanos, s/f), 98.

ional establece cuáles son las actividades específicas en que puede intervenir el tribunal para dar apoyo a un proceso arbitral, pues en este país el reconocimiento y validez de la institución arbitral no se encuentra en discusión y así lo ha dejado claro el Tribunal Constitucional dominicano, en un par de decisiones al respecto.

En sentencia TC/0026/12 del Tribunal Constitucional, se destacó la importancia del arbitraje como mecanismo alternativo de resolución de conflictos y su contribución a la descongestión del sistema judicial. El Tribunal reafirmó la validez de los laudos arbitrales y su ejecución en el país, resaltando que los tribunales deben actuar en apoyo del arbitraje y no en sustitución de este.

En una segunda decisión se reafirmó la validez y aplicabilidad de los acuerdos de arbitraje en la República Dominicana, destacando la autonomía de la cláusula arbitral y el principio de favor *arbitrandum*. El Tribunal Constitucional subrayó que los acuerdos de arbitraje deben ser respetados y que los tribunales deben abstenerse de intervenir en disputas que las partes han decidido someter a arbitraje, salvo en casos excepcionales².

Estas sentencias reflejan el compromiso de la República Dominicana con el arbitraje como un medio eficiente y efectivo para la resolución de disputas, aline-

ado con las normas internacionales y la legislación nacional.

III. Fases de asistencia de los tribunales ante un proceso arbitral

Indiscutible e ineludiblemente, las partes que han convenido el pacto arbitral pueden necesitar el auxilio judicial, ya sea para apoyo o para control del arbitraje, auxilio que se escenifica en las diferentes etapas del mismo, ya sea en la etapa pre-arbitral, durante la instrucción o en la etapa post-laudo.

A. Etapa pre-arbitral

En la etapa pre-arbitral, que no es más que aquella donde las partes están tomando las medidas de organización de lo que será el tribunal arbitral, las actividades variarán en tanto y medida que se trate de un arbitraje institucional o ad-hoc.

Para la mayoría de las legislaciones, estas son las actividades propias de la etapa pre-arbitral:

- La solicitud de arbitraje o convocatoria del tribunal
- Nombramiento de los árbitros
- Instalación del tribunal
- Admisión de la demanda
- Audiencia de conciliación

² Sentencia TC/0032/13 del Tribunal Constitucional

Considera Román Solís Zelaya³, que un momento de intervención judicial, por no decir el primero, lo constituye el conocimiento de la cláusula o pacto arbitral por el juez estatal y la consecuente remisión de las partes al arbitraje. Caso típico en el que adquiere relevancia la aplicación del principio *Kompetenz-Kompetenz* que obliga al juez a remitir a las partes al arbitraje, cuando así lo hubieren pactado.

Fuera de ese primer escenario, las actividades pre-arbitrales, donde suele surgir la intervención judicial es para apoyo al nombramiento, recusación y sustitución de los árbitros. Esta intervención es muy limitada, ya que es innegable el criterio de que la intervención judicial debe ser mínima y con vocación a apoyar el arbitraje. Esta intervención, a manera de apoyo, tiene lugar cuando las partes no hayan pactado el mecanismo de nombramiento de los árbitros o cuando teniéndolos, no se pongan de acuerdo para la elección de uno de ellos. En principio, este trámite no se llevará a cabo cuando el arbitraje sea institucional, ya que los reglamentos de las instituciones administradoras de los arbitrajes deben tener previstas estas situaciones para resolverlas del modo más favorable para las partes y para la realización, fuera de ese caso, si no se llega a consenso, queda abierta la posibilidad de asistencia judicial.

1. Nombramiento del árbitro

En lo adelante, destacamos algunas características y actividades procesales que se deben tener presentes en caso de asistencia judicial para el nombramiento y sustitución de los árbitros.

Lo primero que destacamos es que el juicio debe ser oral y contradictorio, de acuerdo con la Ley Modelo y a las diversas legislaciones que se basan en ella. La solicitud de nombramiento del árbitro debe expresar la falta de acuerdo entre las partes y es necesario aportar la prueba de la existencia del convenio arbitral.

Por su parte, los tribunales tienen parámetros para la designación de árbitros, por ejemplo, en función del número de árbitros. En primer lugar, si se trata de un único árbitro, este será nombrado por el tribunal a petición de cualquiera de las partes. Si se trata de un arbitraje de tres árbitros, cada parte nombrará a un árbitro, y serán estos los que procedan a elegir al tercero, que será el presidente del colegio arbitral. En este caso, el tribunal interviene a petición de cualquiera de las partes si estas no proceden al nombramiento, y también en el caso de que los árbitros nombrados por las partes no logren ponerse de acuerdo en la designación del tercer árbitro, dentro de los plazos establecidos desde la última aceptación.

³ Román Solís Zelaya, “El Papel del Juez en el Arbitraje Comercial Internacional. Arbitraje Comercial Internacional”, en *Arbitraje Comercial Internacional. Reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales extranjeros* (Washington, D.C.: Organización de Estados Americanos, s/f). 131.

La decisión de nombramiento no suele ser susceptible de recurso. En República Dominicana, por el contrario, sí se permite el recurso, solo si la decisión rechaza la solicitud por no haberse probado la existencia del convenido arbitral. En tanto no suele ser susceptible de recurso, al nombrar árbitros, el juez o los jueces deben tomar cualquier medida que sea necesaria con el propósito de preservar la objetividad e imparcialidad de los árbitros, ya sea que el árbitro a nombrar sea de una nacionalidad diferente a la de las partes o a la de los demás árbitros nombrados, en el caso de arbitraje internacionales y en el caso de arbitrajes nacionales, verificar que el arbitraje reúna las características idóneas y que esté exento de conflicto de intereses. En igual orden, reforzar la obligación del árbitro de revelar a las partes cualquier circunstancia susceptible de poner en duda su imparcialidad. Es por esto que se recomienda que el árbitro deba permanecer independiente antes de su nombramiento, es decir, no debe promover activamente su designación, y desde ese momento deberá informar a las partes de cualquier circunstancia sobrenvenida.

De igual manera, para reforzar la imparcialidad de los árbitros se recomienda tener en consideración diversas directrices de asociaciones reconocidas como las de la International Bar Association (IBA), así como las recomendaciones del Club Español de Arbitraje, o las reglas del centro o del modelo de la normativa

que regula el arbitraje en cuestión. En ese mismo orden, se recomienda que la designación provenga del listado de árbitros del Centro que administra el arbitraje, o del Colegio de Abogados que corresponda, o de los colegios profesionales, cuando se necesite especialidad de una profesión o práctica en específico.

Una vez designado el árbitro por parte del juez, se recomienda –y así lo prevén la principales normativas– que el árbitro designado tramite el arbitraje dentro de los plazos establecidos, de lo contrario podría comprometer su responsabilidad, ya sea de índole penal, civil o disciplinaria.

2. **Sustitución del árbitro**

Puede ocurrir que, una vez conformado el tribunal arbitral haya que sustituir o remover a un árbitro, por situaciones de hecho sobrenvidas, como son renuncia, muerte, inhabilidad o por recusación, para ese caso, se debe agotar el mismo procedimiento establecido para el nombramiento, en tanto se debe celebrar un juicio oral y contencioso, con la salvedad de que estas decisiones tampoco son susceptibles de recurso y esto tiene su lógica que es no eternizar los procesos fuera del foro arbitral y que el auxilio judicial sea puntual y no se constituya en un despropósito.

Para la designación del árbitro sustituto, en principio, se deben aplicar las reglas que hayan pactado las partes al respecto, si no lo han hecho, se hará por las reglas

del centro donde se celebre el arbitraje y si aun así esto es deficiente o falla, se procederá con la designación judicial.

Tanto para la designación como para la sustitución de un árbitro, el juez apoderado debe estar muy consciente de que su apoderamiento es limitado y su análisis se limita a verificar la falta de acuerdo entre las partes. De manera que, el Juez tiene impedido realizar análisis del fondo de la controversia, sin embargo, sí puede analizar la validez de la cláusula arbitral, ya que su función de apoyo siempre debe tener como norte la legalidad del arbitraje y disminuir la posibilidad de que el laudo resulte anulado a posteriori.

Continuando con los detalles del procedimiento, destacamos que la solicitud de nombramiento o sustitución de un árbitro se conoce en única instancia y se asimila a una sentencia preparatoria.

Ya en la mayoría de las legislaciones iberoamericanas de arbitraje comercial internacional, la competencia para conocer este tipo de solicitudes es el Juzgado de Primera Instancia del lugar donde se celebra el arbitraje, tal como lo establece nuestra Ley No. 489-08 sobre arbitraje comercial. En caso de no estar aún determinado el domicilio del arbitraje, se hará por ante el Tribunal del domicilio de cualquiera de los demandados; si ninguno de ellos tuviere domicilio en la República Dominicana, el del domicilio del demandante, y si éste

tampoco lo tuviere en la República Dominicana, el de su elección.

Vale destacar que esta posibilidad de analizar la validez de la cláusula no se permite para su asistencia en materia probatoria. Tal como abordaremos más adelante.

B. Etapa de instrucción arbitral

1. Producción de pruebas

En lo concerniente a la asistencia judicial en materia probatoria, queremos resaltar la misma tiene lugar o razón de existir por la falta de potestad de los árbitros para obligar a los terceros y a las partes en la práctica de prueba. Su necesidad radica en esa ausencia de poder coercitivo de sus decisiones, como anotamos en nuestra introducción. En palabras de Roque J. Caviano, la función de cooperación del Poder Judicial es justificada en razón de la falta de *imperium* de los árbitros⁴. Es en este orden, que la instrumentación de la prueba se debe dar, en principio, ante el foro arbitral, sin embargo, si hay necesidad, se recurre al auxilio judicial.

Las partes pueden hacer este tipo de solicitudes, luego de haberlas planteado al tribunal arbitral, órgano que tramita la solicitud.

A diferencia de la asistencia que dan los jueces en la fase de nombramiento de los árbitros, para la asistencia en materia probatoria los jueces no tienen que ex-

⁴ Caviano, “El rol del Poder Judicial en el Arbitraje Comercial Internacional”, 104.

aminar la validez de la cláusula arbitral, basta con que determinen si la prueba solicitada es contraria a la ley o no. Autores consideran que la decisión de un o los árbitros denegando la posibilidad de tramitación de una prueba debe estar contenida en un laudo, sobre el cual se puedan someter las acciones de nulidad correspondientes, si se considera que ha sido violatoria del derecho de defensa.

Al igual que para los nombramientos, la competencia será del Tribunal de Primera Instancia del lugar del arbitraje o del lugar donde se deba prestar la asistencia.

La asistencia judicial en materia probatoria se puede dar en dos vertientes: (i) mediante la práctica de la prueba que el árbitro no ha podido implementar o (ii) mediante la adopción de las medidas necesarias para que el árbitro pueda practicar directamente. Entre los casos más comunes se citan la producción forzosa de documentos por las partes o por un tercero, la audición de un testigo o experto, que se niegue a comparecer ante el tribunal arbitral y siempre que la normativa procesal ordinaria prevea la posibilidad de conminar a un testigo en esas circunstancias.

A grandes rasgos, se parte del principio de que el árbitro puede practicar todas las medidas probatorias que se le soliciten y si las partes se niegan o no apoyan la tramitación, siempre se podrán aplicar las reglas de la carga probatoria. Y es entendible, porque las partes que pactan el

arbitraje, es con la finalidad inicial de alejarse de los tribunales y colaborar para que todos los elementos estén reunidos y se pueda dictar laudo sin mayores dilaciones.

2. Medidas cautelares y provisionales

En la República Dominicana, los tribunales desempeñan un papel de apoyo esencial en los procesos arbitrales. En ese orden, los tribunales pueden otorgar medidas cautelares y provisionales en sustento de los procedimientos arbitrales. Esto incluye la protección de bienes, la preservación de pruebas, y otras medidas que garanticen la efectividad del proceso arbitral.

Si bien la Ley 489-08 sobre Arbitraje Comercial parte de una prohibición general, ella misma deja la puerta abierta para necesidades especiales, cuando señala en su artículo 8 que, en los asuntos que se rijan por esa ley, no intervendrá tribunal judicial alguno, salvo en los casos en que esa ley así lo disponga.

Es así como la habilitación legal para la toma de medidas conservatorias y provisionales queda dispuesta de manera expresa por el artículo 9, que refiere en general a la asistencia de los tribunales, y de manera específica el numeral 3 de ese artículo señala, que para la adopción judicial de medidas cautelares es competente el tribunal del lugar en que el laudo deba ser ejecutado y, en su defecto, el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia, o donde se encontrasen los

bienes sobre los que se tomarán las medidas.

Por su parte, la jurisprudencia dominicana⁵ abordó el tema de las medidas cautelares en apoyo de procedimientos arbitrales. La Corte sostuvo que los tribunales dominicanos pueden otorgar medidas cautelares para garantizar la efectividad del arbitraje, siempre y cuando se cumplan ciertos requisitos y se respete el principio de mínima intervención judicial en el arbitraje.

En cuanto a las medidas cautelares que se pudieren ordenar, están las siguientes, según la Ley Modelo de la CNUDMI, se pueden ordenar medidas que:

- a. mantenga o restablezca el *status quo* en espera de que se dirima la controversia;
- b. adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del procedimiento arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo al procedimiento arbitral;
- c. proporcione algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar todo laudo subsiguiente; o

- d. preserve elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia.

C. *Etapa post-laudo*

Los tribunales dominicanos pueden ser solicitados para reconocer y ejecutar los laudos arbitrales, tanto nacionales como internacionales. La República Dominicana es parte de la Convención de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, lo que facilita la ejecución de estos laudos en el país.

Asimismo, en República Dominicana, para la ejecución forzosa del laudo es competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se reputa dictado. En caso de un laudo a ser ejecutado en el extranjero, las normas procesales y los tratados internacionales determinarán dicha competencia⁶.

1. **Las vías disponibles para atacar un laudo**

A nivel general, apunta Roque J. Caviano que las vías procesales por las cuales puede ejercerse el control judicial post-laudo son, básicamente tres: Una primera, disponible, es el recurso de apelación, que otorga a los jueces una autoridad revisora amplia, que incluye el fondo o los méritos del laudo. Una segunda, usualmente indisponible, es la impugnación por nulidad, que permite a los

⁵ Sentencia SCJ-SS-18-0228 de la Suprema Corte de Justicia

⁶ Artículo 9, numeral 4, de la Ley 489-08 sobre Arbitraje Comercial

jueces revisar únicamente la validez del laudo, controlando si se da en el caso alguna de las situaciones, taxativamente, la ley consagra como causales de nulidad. En este caso, el control judicial no puede extenderse al fondo o a los méritos del laudo, limitándose su jurisdicción a decidir sobre la validez o nulidad del laudo. Una tercera, inevitable, es el trámite de exequátur, a través del cual los jueces nacionales controlan ciertos aspectos de los laudos extranjeros cuya ejecución se pretende en el país⁷.

Según la normativa dominicana, el único recurso – que no es un recurso *per se*, sino una acción – habilitado en contra de un laudo es la impugnación por nulidad, de cuyo conocimiento es competente la Corte de Apelación correspondiente al Departamento donde se haya dictado⁸.

Es común que surjan discusiones en cuanto a la posibilidad de renunciar a todo recurso que se pueda interponer contra un laudo, incluyendo las acciones en nulidad, sin embargo, el criterio sobre esta posibilidad ha sido desechada por los tribunales dominicanos. Este criterio ha quedado establecido en decisión de Corte de Apelación⁹ que ha afirmado lo siguiente: “Considerando, que sobre el particular es obvio que la acción en nulidad, como desembarco natural del arbitraje y único mecanismo de control utilizable en este caso, tratándose de un ar-

bitraje doméstico administrado por una Cámara de Comercio y Producción, ni constituye un recurso ni una “vía” cualquiera a la que se pueda renunciar así no más en transgresión al principio constitucional de la tutela efectiva; que lo que se ha previsto con todas sus letras en la disposición reglamentaria precedente es una posible renuncia a “vías de recurso” propiamente dichas, no a la facultad constitucional de acceder a la justicia con ocasión de un apoderamiento principal y directo para pedir no la revisión al fondo de la disputa ya resuelta o pretender prolongar la Litis arbitral a otro escenario, sino la ponderación de alguno o algunos de los motivos de anulación contemplados taxativamente en el artículo 39.2 LAC.”

En esos mismos intereses, quien procura la declaratoria de nulidad de un laudo, también procura que en el ínterin los efectos de dicho laudo queden suspendidos, a cuyos fines, en el caso dominicano, habrá de solicitarse la suspensión al presidente de la Corte de Apelación. La sola solicitud tiene efectos suspensivos desde la notificación de la demanda en suspensión y hasta la celebración de su primera audiencia. Le corresponde al juez establecer si los efectos del laudo continuarán suspendidos hasta la intervención de sentencia respecto a lo principal, o si por el contrario la ejecución de

⁷ Caivano, “El rol del Poder Judicial en el Arbitraje Comercial Internacional”. 107

⁸ Artículo 9, numeral 5, de la Ley 489-08 sobre Arbitraje Comercial

⁹ Corte de Apelación del Distrito Nacional, Cámara Civil y Comercial, 1ª Sala, 5 de septiembre 2017, No. 026-02-2017-SCIV-00629, inédito. Expediente 026-02-2016-ECIV-00935

la decisión arbitral continuará su curso¹⁰. En nuestra experiencia, los jueces suelen ser conservadores y mantener la suspensión provisional hasta la decisión del fondo.

Es destacable que las sentencias sobre nulidad de laudos pueden ser recurridas en casación, sin embargo, aquellas ordenanzas dictadas por el presidente de la Corte sobre la suspensión no pueden ser objeto de dicho recurso¹¹.

En resumen, Los tribunales dominicanos tienen la autoridad para anular laudos arbitrales en casos específicos, como cuando se demuestra que el laudo fue obtenido mediante fraude, corrupción, o cuando el tribunal arbitral excedió su jurisdicción.

2. Otorgamiento de exequátur del laudo

Puede que las partes no ejerzan ninguna acción recursiva ni de impugnación con-

tra el laudo, y, por el contrario, el beneficiario pretenda ejecutar el laudo en el lugar donde se justifique su interés. Para esos fines, se habilita el procedimiento de homologación u obtención de exequátur del laudo, con el que el solicitante persigue que un tribunal ejerza una función de control de la legalidad, revisando si durante la instrucción de ese proceso arbitral y con la emisión del laudo se han cumplido las reglas de orden público y debido proceso que establezcan las normativas como requisitos de su validez.

Esta labor de control no implica una instancia adicional para discusión de los méritos de los reclamos de las partes, no. Las indicaciones de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras¹², son bastante específicas sobre las confirmaciones que debe realizar el juez o tribunal al que se le solicite la homolo-

¹⁰ Tribunal Constitucional, TC/0421/19, 9 de octubre de 2019

¹¹ Suprema Corte de Justicia, 1.ª Sala, 19 de abril del 2013, núm. 300-2013, B. J. 1229

¹² Artículo V. Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución: a) Que las partes en el acuerdo a que se refiere el artículo II estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que les es aplicable o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia; o b) Que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del 10 procedimiento de arbitraje o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa; o c) Que la sentencia se refiere a una diferencia no prevista en el compromiso o no comprendida en las disposiciones de la cláusula compromisoria, o contiene decisiones que exceden de los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria; no obstante, si las disposiciones de la sentencia que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no han sido sometidas al arbitraje, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras; o d) Que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado a la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje; o e) Que la sentencia no es aún obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia. 2. También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la

gación u otorgamiento de exequátur de un laudo.

En palabras del Magistrado Édynson Alarcón¹³, con el acto declarativo del reconocimiento se obtiene la “nacionalización” del laudo extranjero. Es, por tanto, un acto de asimilación que transmite a ese veredicto efecto de cosa irrevocablemente juzgada. La ejecución, como fase posterior y culminante, convierte al laudo en un título ejecutorio, situación que virtualmente permitirá proceder a su cumplimiento forzoso. Ya otorgada, mediante la figura del reconocimiento, carta de ciudadanía al laudo extranjero, se asume con la ejecución la prestación del auxilio de la fuerza pública para que este pueda desplegar la plenitud de su poder coactivo.

En República Dominicana, el tribunal competente para este encargo es la Cámara Civil y Comercial del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Nacional. Se conoce en jurisdicción graciosa en primera instancia y la decisión que se rinda puede ser objeto de recurso de apelación, sin embargo, se ha juzgado que en el ámbito arbitral las partes pueden renunciar a cualquier recurso, siempre que no se viole el orden público. De manera específica, señala esta juris-

prudencia¹⁴ que las partes “conviniere renunciar al derecho de apelar en cualquier corte en conexión con cualesquiera asuntos de ley surgidos en el curso del arbitraje o con respecto a la adjudicación arbitral”, de donde coligió que el exequátur otorgado, no es susceptible de apelación por acuerdo de las partes; que, las partes tienen la facultad de renunciar por adelantado al derecho de apelar, como efectivamente lo hicieron.

IV. Conclusiones

Corresponde afirmar que la interacción entre el Poder Judicial y el arbitraje, aunque trae cuestionantes, es necesaria. Su interlocución persigue una misma finalidad que es la impartición de justicia y con ello, la consecución de la llamada paz social.

El norte es conseguir que las discusiones sobre el alcance y límites del tribunal judicial sean cada vez menores. Para esto, se necesita pactos arbitrales más robustos y claros. De igual manera, lograr que la autonomía que se pregona como atractivo de la jurisdicción arbitral no se erija como una limitante para intentar retener actuaciones que, por su falta de efecto coercitivo, no arrojarían el resultado deseado para beneficio de las partes en litis. Es decir, que cada institu-

ejecución, comprueba: a) Que, según la ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje; o b) Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país.

¹³ Édynson Alarcón, “Reconocimiento y Ejecución de Laudos Extranjeros en la República Dominicana”, *Gaceta Judicial*, núm. 425 (2024).

¹⁴ Suprema Corte de Justicia, 1.º Sala, 1.º de agosto de 2012, núm. 776, B. J. 1221

ción, por su cuenta y por lo que le corresponda, entienda cuáles son sus límites y necesidades.

Si bien es cierto, que se entiende que una renuncia previa a intervención judicial es beneficiosa, la misma no debe ser absoluta, pues como ya hemos visto, el tribunal judicial puede lograr objetivos de ejecutabilidad que, al traste, conllevarían a poder obtener el fin ulterior de una decisión que produzca efectos ante las partes y ante terceros.

La interacción de jueces y árbitros debe fluir y evitar antagonismos, sobre todo en tiempos actuales, donde ya nos andamos cuestionando si es posible llevar un arbitraje en el metaverso¹⁵.

Se han realizado ingentes esfuerzos y, en República Dominicana, ya se aprecia una consolidación de una auténtica cultura arbitral que trae consigo una mejor interacción con el Poder Judicial, el cual a través de decisiones rendidas por las altas cortes, ha reconocido la validez de la institución arbitral y ha indicado las oportunidades que tiene los litisconsortes en un arbitraje de acudir a la jurisdicción ordinaria para obtener el apoyo, que se traduzca en suplemento a las atribuciones y facultades encomendadas al árbitro.

Independientemente de la fase en que se encuentre el proceso arbitral, que como ya se ha indicado, puesta ser pre-arbitral, durante la instrucción o post-laudo, es

importante que el tribunal entienda y reconozca las características del arbitraje, a fin de que su análisis y solución compagine con las mismas, y no se convierta la necesidad de intervención judicial en un dolor de cabeza y retranca para las partes ante un arbitraje.

¹⁵ Ver Juan de Dios Moronta, “¿Arbitraje en el Metaverso?”, *Gaceta Judicial*, núm. 425 (2024).

The fitness of arbitration in resolving crypto disputes: an uneasy fit

Soham Panchamiya* Pankhuri Malhotra** Abhay Raj***

Principia No. 10–2024 pp. 71–95

Resumen: En la última década el arbitraje se ha convertido en el método preferido para resolver disputas comerciales, en comparación con el litigio tradicional. Esta tendencia se extiende al sector de las criptomonedas, en donde las disputas que involucran activos virtuales y la tecnología blockchain van incrementando su presencia en arbitraje. Mientras los académicos han discutido ampliamente los beneficios y preocupaciones generales asociadas al arbitraje y los conflictos de criptos, los autores, mediante este artículo, presentan un punto de vista desde la práctica que no ha sido aun explorada dentro de la encrucijada del arbitraje y los conflictos de criptos. En este sentido, los autores sostienen que, a pesar de los beneficios que pueden perverse, el arbitraje no es el ‘método ideal’ para resolver disputas de criptos.

Abstract: Over the past decade, arbitration has become a preferred method for resolving commercial disputes compared to traditional litigation. This trend extends to the cryptocurrency sector, where disputes involving virtual assets and blockchain technology are increasingly submitted to arbitration. While scholars have widely discussed the benefits and general concerns associated with arbitration and crypto disputes, the authors through the present article, present a practitioner’s viewpoint that has not yet been explored within the crossroads of arbitration and crypto disputes. As such, the authors argue that despite the perceived benefits of arbitration, it is not ‘fit for purpose’ for resolving crypto disputes.

* Soham Panchamiya is a co-founder of TLP Advisors. He specialises in technology and regulation, focusing on regulatory matters and dispute resolution. Soham has provided counsel on regulatory issues within the Abu Dhabi Global Market (ADGM) and the Dubai International Financial Centre (DIFC). He has also worked with regulatory authorities such as the Virtual Asset Regulatory Authority (VARA), the Central Bank of the United Arab Emirates (CBUAE), and the Securities and Commodities Authority (SCA). His expertise lies in advising blockchain companies and financial services providers on the complexities of emerging technology matters. Soham was also the recipient of the 2024 Lexology Client Choice Award for Fintech in the UAE.

** Pankhuri Malhotra, co-founder of TLP Advisors, works across diverse domains, including her previous role at Mobile Premier League (MPL), India’s largest eSports and mobile gaming unicorn. She served as Chief Compliance Officer at Illuvium DAO, the world’s largest gaming DAO, where she focused on addressing legal, licensing, and compliance issues. With a diverse background in corporate law, mergers and acquisitions, capital markets, and the intersection of technology with the legal landscape, she specialises in navigating complex regulatory frameworks and establishing business operations for clients in the gaming, Web3, and frontier technology sectors.

*** Abhay Raj, an O.P. Jindal Global University graduate, is an Associate at TLP Advisors. His interest lies in the Web3 space, regulatory matters, commercial arbitration, and dispute resolution. He has previously served as the General Editor at the Queen Mary’s Business and Law Journal.

Palabras Claves: Criptomonedas | Resolución de conflictos | Entidades de Criptos | Adecuado | Litigio de Cripto

Keywords: Cryptocurrency | Dispute Resolution | Crypto Entities | Fit for Purpose | Crypto Litigation

Sumario:

I. Introducción

Over the last decade, arbitration has emerged as a preferred method of dispute resolution among commercial parties due to its flexibility, confidentiality, low costs, and efficiency compared to traditional dispute resolution mechanisms, such as litigation¹. These attributes have made arbitration an attractive option for various commercial companies, including those involved in crypto businesses. Consequently, disputes arising from cryptocurrency activities, agreements, and transactions have increasingly been submitted to arbitration for resolution².

Similarly, scholars have argued for arbitration as the most reliable mechanism to resolve crypto disputes³. However, the authors of this article contend that, despite the advertised benefits, arbitration is not well-suited to resolve crypto disputes. We argue that such crypto disputes require traditional dispute resolution mechanisms.

Given this backdrop, the purpose of this article is to challenge prevalent literature

and launch a discussion on why arbitration is ‘not fit for purpose’ in effectively resolving crypto disputes. In Part II, the authors provide a framework of what constitutes a crypto business and a crypto dispute and what would need to be achieved for arbitration to be a ‘fit for purpose’ forum for resolution. In Part III, the authors categorise various crypto disputes and analyse whether arbitration is fit to resolve them. In Part IV, the authors explore various online dispute resolution forums, such as Kleros, and assess whether these forums are ‘fit for purpose’ in resolving crypto disputes. In Part V, the authors suggest the proper recourse for resolving crypto disputes and highlight the benefits of litigation.

II. Understanding the scope

A. *Crypto Businesses*

The rapid and inherently globalist nature of the virtual assets sector has catalysed a transformative trend, prompting businesses to incorporate some crypto as-

¹ Keith N. Hylton, “Arbitration: Governance Benefits and Enforcement Costs,” *Notre Dame Law Review* 80, no. 2 (January 2005): 489-500.

² Tamar Meshel; Moin A. Yahya, “Crypto Dispute Resolution: An Empirical Study,” *University of Illinois Journal of Law, Technology & Policy* 2021, no. 2 (Fall 2021): 187-256.; J Chaisse and J Kirkwood, “Smart Courts, Smart Contracts, and the Future of Online Dispute Resolution” *Stanford Journal of Blockchain Law & Policy* (2022) 5: 62.

³ Jared Bond, “Crypto and Arbitration: The Perfect Pair,” *Cardozo Journal of Conflict Resolution Blog*, February 2, 2024, 78, [https://larc.cardozo.yu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1078&context=cjer-blog](https://larc.cardozo.yu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1078&context=cjer-blog;); Amy J. Schmitz, “Resolving NFT and Blockchain Disputes,” *Stanford Journal of Blockchain Law & Policy*, (June 2023); Maxime Chevalier, “From Smart Contract Litigation to Blockchain Arbitration, a New Decentralized Approach Leading Towards the Blockchain Arbitral Order,” *Journal of International Dispute Settlement* 12, no. 4 (December 2021): 558-584, <https://doi.org/10.1093/jnlids/idab025>.

pects into their operations⁴. This shift has led to a significant increase in cryptocurrency usage over the past decade. According to the Report published by Triple-A on Crypto Ownership Data, currently, there are over 560 million cryptocurrency users worldwide, representing a substantial increase from merely 18 million in 2018⁵. Further, the global crypto market capitalisation has surpassed USD 2.5 trillion⁶, highlighting the acceptance of cryptocurrency and digital assets into traditional finance and businesses.

This rapid growth has fostered the emergence of a diverse array of crypto businesses, ranging from wallets and ex-

changes to blockchain-based applications (dApps) and decentralised finance (DeFi) platforms. In particular, they include cryptocurrency exchanges that facilitate the buying, selling, and trading of virtual assets⁷; investment platforms offering opportunities to invest in cryptocurrencies and related projects;⁸ blockchain development firms creating and maintaining blockchain infrastructure and applications to create more efficiencies and reduce costs⁹; and various service providers offering products and services related to cryptocurrencies, such as

⁴ See for instance, Starbucks in 2022 entered into the digital space by launching its NFT, that offer customers unique experiences, rewards, and exclusive content (“Starbucks Brewing Revolutionary Web3 Experience for its Starbucks Rewards Members,” *Starbucks*, September 2022, <https://stories.starbucks.com/press/2022/starbucks-brewing-revolutionary-web3-experience-for-its-starbucks-rewards-members/>). Tesla in 2021 announced that it would start accepting Bitcoin as a payment method for its cars, while it was later paused due to environmental concerns, it demonstrates a significant step towards the adoption of cryptocurrencies in mainstream commerce (Noor Zainab Hussain, Nivedita Balu, “Tesla will ‘most likely’ restart accepting bitcoin as payments, says Musk,” *Reuters*, July 22, 2021, <https://www.reuters.com/business/autos-transportation/tesla-will-most-likely-restart-accepting-bitcoin-payments-says-musk-2021-07-21/>). Major retail sites, including, Amazon, while not officially adopted, have depicted possible integration of cryptocurrency payment options on such platforms, including third-party services like BitPay. Various Payment Service Providers, such as PayPal, have included crypto services into their platform, allowing users to buy, hold, and sell cryptocurrencies directly through their PayPal account, and can even use these cryptocurrencies to pay for goods and services (PayPal, “Buy, sell, and hold cryptocurrency,” <https://www.paypal.com/manage-money/crypto>).

⁵ “Cryptocurrency Ownership Data – Triple-A,” *Triple*, June 5, 2024, <https://www.triple-a.io/cryptocurrency-ownership-data>.

⁶ Dipen Prabhan, “Top Cryptocurrency Statistics and Trends in 2024,” *Forbes*, May 21, 2024, <https://www.forbes.com/advisor/in/investing/cryptocurrency/cryptocurrency-statistics/#Sources>.

⁷ See for instance, Binance, Bybit, Coinbase Global Inc., OKX, and Crypto.com. Benjamin Taubman, “Bybit Is Now the World’s Second-Largest Crypto Exchange,” *Bloomberg*, June 25, 2024, <https://www.bloomberg.com/news/articles/2024-06-25/bybit-is-now-the-world-s-second-largest-crypto-exchange>

⁸ See for instance, the biggest digital currency asset management company, Multicoin Capital, Digital Currency Group, Grayscale Investments, Galaxy Digital.

⁹ See for instance, the biggest digital currency asset management company, Blockchain Studioz, the NineHertz, Altoros, Intellectsoft, and Aspired. Ankur Shrivastav, “Top 20 Blockchain Development Companies”, *Entelligens Technologies*, <https://www.etelligens.com/blog/top-blockchain-development-companies/>.

wallets¹⁰, consultancy services, and payment processors¹¹.

With the rise of any industry comes the inevitable rise of complex legal difficulties, resulting in novel forms of crypto disputes. Due to the decentralised, pseudonymous, and largely unregulated nature of the crypto sector, these disputes can encompass a wide range of issues. While crypto disputes might involve familiar legal matters, they frequently demand innovative application of established legal principles due to the unique characteristics of distributed ledger technology (DLT), virtual assets, and the broader Web3 environment¹². These conflicts often involve assets and stakeholders from different jurisdictions and occur in dynamic markets where prompt action is crucial.

B. *Crypto Disputes*

Despite the diverse nature of these disputes—whether related to ownership and governance of a project, legal rights linked to virtual assets, responsibility for stolen cryptocurrency, or the impact of

regulatory changes—these disputes share common elements—*i.e.*, the usage of virtual assets in the underlying business. Some of these disputes present novel challenges, such as determining which law applies to a blockchain transaction without a governing law clause or whether a binding dispute resolution clause can be incorporated into a smart contract. However, when the relationship between the disputing parties is defined by a traditional contract, which is sometimes the case, lawyers will recognise many of the issues involved, similar to those encountered in non-crypto disputes¹³.

However, an important question arises: should all disputes involving a crypto aspect in the underlying business be considered crypto disputes? Specifically, does a dispute qualify as a crypto dispute merely because the company uses cryptocurrency? For example, if a construction company accepts cryptocurrency as a form of payment, does a resulting dispute fall under the category of a crypto dispute? Another example is if a DeFi

¹⁰ See, for instance, MetaMask, Coinbase Wallet, Trust Wallet, Crypto.com, and Blue Wallet.

¹¹ See, for instance, Circle Internet Financial (promoting USDC stablecoin and payment solutions), Tether (a blockchain-enabled platform designed to use fiat currency digitally), BitPay, Coinbase Commerce, and CoinGate.

¹² Web3 is the third generation of the World Wide Web (WWW), which involves direct immersion into the digital world. Web 3.0 encompasses individual control of personal data and the use of cryptocurrencies and blockchain. Jason G. Allen, et. al., “Legal and Regulatory Consideration for Digital Assets,” *Cambridge Centre for Alternative Finance Report*, <https://www.jbs.cam.ac.uk/wp-content/uploads/2020/10/2020-ccaf-legal-regulatory-considerations-report.pdf>.

“DLT, Digital Assets and Web3 - the Decentralization of the Digital World,” *Zeb*, accessed July 16, 2024, <https://zeb-consulting.com/en-DE/topics/digital-assets-DLT>.

¹³ Edward Taylor, et. al., “Crypto Arbitration: A Survival Guide,” *Kluwer Arbitration Blog*, September 29, 2022. <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2022/09/29/crypto-arbitration-a-survival-guide/>.

platform hires service providers and there is a contractual dispute with a provider over compensation, would that constitute a crypto dispute? Potentially yes, but likely no. As this article will further explain, only disputes where the core issue directly involves cryptocurrency or blockchain technology should be classified as crypto disputes. This distinction is crucial to understanding the appropriate mechanisms for resolution. Put another way, if the cryptocurrency element of a dispute (that may or may not involve a crypto business) is tangential or irrelevant to the facts of the dispute, it would not constitute a crypto dispute.

To further clarify what constitutes a crypto dispute, we examine the types of conflicts that typically arise in this sector. For example, investment disputes can stem from various issues, such as venture capital firms investing in upcoming crypto projects and shareholder disputes associated with such investments would be no different from any ordinary investment-related dispute. However, where the investment involves compensation for the investor in the form of the project's proprietary token, the facts acquire the kind of novel element that makes it a crypto dispute. Financial transaction disputes might include margin calls against traders, forced close-outs of trades by crypto exchanges, and the failure of crypto platforms to return non-fungible tokens (NFTs) or other

crypto assets provided as collateral for cryptocurrency loans. Service supply issues, like service outage claims by crypto exchange users and the sale of goods, such as defective or delayed delivery of bitcoin mining equipment, also contribute to potential conflicts where the core issue relates to cryptocurrency. Fraud and mis-selling disputes are common, including misrepresentations about the nature or value of reserve assets behind stablecoins. Outstanding debts, such as the failure of crypto hedge funds to repay loaned crypto assets, and intellectual property disputes, including using artworks for NFTs without copyright licences, are additional sources of contention within the industry¹⁴.

Against this backdrop, the authors have categorised crypto disputes into the following categories: (i) Scams and Induced Investments; (ii) Exchange Platform Disputes; (iii) Service Provider Contract Disputes; (iv) Intellectual Property Disputes; (v) Theft and Hacking Disputes; (vi) Deficient KYC- and AML-related Disputes; (vii) Taxation Disputes; (viii) Investor Disputes; (ix) Custody, Ownership, and Control of Tokens Disputes; and (x) Consumer Protection Disputes. These shall be analysed in Part III in greater detail. Addressing these disputes effectively is essential for maintaining stability and fostering trust within the crypto sector, underscoring the need for robust and

¹⁴ Taylor, "Crypto."

adaptable dispute resolution mechanisms – where arbitration has tried to establish itself as a preferred forum.

C. Arbitration – A Dispute Resolution Mechanism and Understanding ‘Fit for Purpose’

With blockchain arbitration—both on-chain and off-chain—becoming a mainstay in this evolving field¹⁵, arbitration tribunals have emerged as the preferred forums for resolving crypto disputes. Scholars argue that arbitration’s confidential and specialised nature aligns well with the innovative and dynamic environment of the cryptocurrency industry¹⁶. They further assert that arbitration is an integral part of the dispute resolution landscape for crypto disputes¹⁷, and its ability to resolve them efficiently and privately has contributed to a more stable

and predictable business environment for crypto businesses¹⁸. Likewise, scholars have, on the other hand, also argued upon the general concerns raised by relying on arbitration, such as transparency, accountability, and the enforceability of arbitral awards across different jurisdictions¹⁹.

Despite the theoretical benefits and challenges associated with arbitration, from a practitioner’s perspective, arbitration is not fit for the purpose of resolving crypto disputes. To understand this, we must define what “fit for purpose” means in this context. For any individual²⁰ filing a request for arbitration against a crypto business, three primary concerns arise: achieving justice, obtaining a favourable award, and securing the outcome—specifically, recovering the lost or claimed funds. The critical ques-

¹⁵ Hiroo Advait, *et. al.*, “Smart Contracts and Blockchain Arbitration: Smart Solutions Paving the Way for a Better Dispute Resolution Mechanism,” *SCC Times*, April 25, 2022, <https://www.seconline.com/blog/post/2022/04/25/smart-contracts-and-blockchain-arbitration-smart-solutions-paving-the-way-for-a-better-dispute-resolution-mechanism/>.

¹⁶ Darshan Bhora and Aisiri Raj, “Blockchain Arbitration – the Future of Dispute Resolution Mechanisms?,” *Cambridge International Law Journal Blog*, December 16, 2020, <https://cilj.co.uk/2020/12/16/blockchain-arbitration-the-future-of-dispute-resolution-mechanisms/>; Armand Terrien, *et al.*, “Blockchain and Cryptocurrencies: The New Frontier of Investment Arbitration?,” *Kluwer Arbitration Blog*, November 5, 2018, <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/10/18/blockchain-and-cryptocurrencies-the-new-frontier-of-investment-arbitration/>.

¹⁷ Nilava Bandyopadhyay and Moonmoon Nanda, “Resolving Disputes in the Globalised and Technological Landscape,” *The Financial Express*, September 29, 2023, <https://www.financialexpress.com/business/digital-transformation-resolving-disputes-in-the-globalised-and-technological-landscape-3257880/>.

¹⁸ Joyce W. Chen, “Dispute Resolution in the New Digital Era—Exploring Arbitration as a Suitable Mechanism to Resolve Disputes Over Crypto Assets,” *Contemporary Asia Arbitration Journal* 15, no. 2 (November 2022): 255–282.

¹⁹ Rana Sajjad Ahmad, “Blockchain Arbitration: Promises and Perils”, *American Review of International Arbitration*, March 23, 2023, <https://aria.law.columbia.edu/blockchain-arbitration-promises-and-perils/>.

²⁰ In this article, the term ‘individual’ is an umbrella term for any party filing a case against a crypto business. As such, it includes both individual entities and individual persons.

tion then arises: which of these goals is most important to the individual?

Firstly, an individual may achieve justice through a fair hearing and a justified decision, but this does not guarantee they would obtain the practical relief they seek. *Secondly*, obtaining a favourable award from an arbitral tribunal is not synonymous with achieving the desired outcome if the award cannot be enforced efficiently. Practical enforcement challenges include cross-border enforcement concerns, locating a jurisdiction where the award can be enforced with minimal friction from local courts and identifying the assets of the crypto business, given the unique structuring of such businesses that is commonplace in the sector. *Thirdly*, as such, the ultimate aim for any individual involved in a crypto dispute is often to get the outcome, *i.e.*, the recovery of lost, stolen or unpaid funds. Therefore, practically, obtaining an award does not necessarily equate to recovering the lost money and thus achieving justice. This pragmatic understanding then questions whether arbitration can provide meaningful relief to individuals in a crypto dispute, *i.e.*, recovery of funds or any other kind of efficiently enforceable outcome.

III. Arbitration: Not ‘fit for purpose’ for crypto disputes

In Part IV, we will explore the different types of disputes categorised in Part II above and critically analyse why arbitration fails to address the specific needs and intricacies of individuals embroiled in these matters.

A. Exchange Platform and Trading Disputes

Exchange platforms, or cryptocurrency exchanges, are online platforms where users may trade virtual assets for traditional fiat money or other virtual assets²¹. However, disputes often arise related to the performance and reliability of these exchanges²², which can significantly impact users’ financial interests, returns and experience.

Exchange Platform and Trading Disputes usually concern the exchange’s functionality or the underlying transaction being executed by the exchange. For instance, a dispute may arise when the exchange experiences a complete shutdown, leaving individuals unable to perform trades. Such failures can result in significant financial loss to the user since they prevent the user’s access to their funds or to execute time-sensitive transactions. Other disputes, for instance, may arise from the non-perfor-

²¹ Rashi Maheshwari, “What Are Crypto Exchanges And How Do They Work,” *Forbes*, January 10, 2024, <https://www.forbes.com/advisor/in/investing/cryptocurrency/what-is-a-crypto-exchange/>.

²² Nell Perks, “Crypto disputes on the rise – a 2024 look at litigation, arbitration and regulation,” *Finextra*, January 31, 2024, <https://www.finextra.com/the-long-read/926/crypto-disputes-on-the-rise-a-2024-look-at-litigation-arbitration-and-regulation>.

mance of contractual obligations, such as when a party fails to meet a margin call in time, leading to the liquidation of their investment portfolio²³. For instance, in 2021, Binance, one of the world's leading crypto trading platforms, suffered a service outage that left multiple users unable to trade during a period of falling

crypto prices, ultimately leading to a crypto dispute between the individuals and Binance²⁴. This event, along with other crypto businesses' collapses after the crypto-catastrophe year²⁵, such as Voyager Digital²⁶, Celsius²⁷, Terraform Labs²⁸, FTX²⁹, and BlockFi³⁰, resulted in

²³ Tamar Meshel, and Moin A. Yahya, "Crypto Dispute Resolution: An Empirical Study," *Journal of Law, Technology and Policy* 2021, no. 2 (2021).

²⁴ Matthew Leising, "Coinbase and Binance's Outages Show the Fragility of Crypto Exchanges," *Fortune*, February 8, 2022, <https://fortune.com/2021/05/19/coinbase-binance-outage-crypto-bitcoin-crash/>.

²⁵ The crypto-catastrophe year, also referred to as the 'crypto winter', the 'bloodbath', was a period of significant drop in the prices of cryptocurrencies. This was primarily in 2022. This event exemplifies the significant challenges within the crypto industry. This further led to a fallout of major players in the market. See for instance, "The Final Crypto Crash? It's Not Looking Good," *Readers Digest*, Accessed July 18, 2024, [https://www.readersdigest.co.uk/money/investment/the-final-crypto-crash-its-not-looking-good](https://www.readersdigest.co.uk/money/investment/the-final-crypto-crash-its-not-looking-good;);

Medha Singh and Lisa Pauline Mattackal, "Cryptoverse: Forget Crypto Winter, This Is a Bitcoin 'Bloodbath,'" *Reuters*, December 7, 2022, <https://www.reuters.com/technology/cryptoverse-forget-crypto-winter-this-is-bitcoin-bloodbath-2022-12-06/>; Joshua Oliver, "Year in a Word: Crypto Winter," *Financial Times*, December 28, 2022, <https://www.ft.com/content/9ccc707e-e5a5-409e-978e-e72934fabaca>.

²⁶ In July 2022, Voyager Digital, a cryptocurrency brokerage company suspended "trading, deposits, withdrawals and loyalty rewards". The fall of major crypto tokens TerraUSD and Luna led to the collapse of hedge fund Three Arrows Capital, to which Voyager was exposed. Voyager entered bankruptcy and faced a class action suit for selling unregistered securities and misleading customers. Anirudh Saligrama and Niket Nishant, "Binance to Relaunch Bid to Buy Bankrupt Voyager Digital - CoinDesk," *Reuters*, November 17, 2022, <https://www.reuters.com/technology/binance-relaunch-bid-buy-bankrupt-voyager-digital-coindesk-2022-11-17/>.

²⁷ In June 2022, Celsius Network LLC, a major crypto lender decided to pause all withdrawals and transfers due to: "extreme market conditions" as the values of different coins fluctuated. Celsius's fall led to a loss of US\$4.7 billion for their users. A former investment manager at Celsius Network sued the crypto lender alleging that it used customer deposits to rig the price of its own crypto token and failed to properly hedge risk, causing it to freeze customer assets and accused Celsius of running a Ponzi scheme. Jonathan Stempel, "Lawsuit Accuses Troubled Crypto Lender Celsius Network of Fraud," *Reuters*, July 8, 2022, <https://www.reuters.com/technology/lawsuit-accuses-troubled-crypto-lender-celsius-network-fraud-2022-07-08/>.

²⁸ Terraform Labs set up the TerraUSD, a stablecoin whose price was designed to be pegged to US\$. Before collapsing in May 2022, TerraUSD was the third-largest stablecoin by market capitalisation. In May 2022, after TerraUSD began to break its peg to the US dollar, the price dropped from US\$119.51 to 10 cents. This led to a loss of almost \$45 billion in market capitalisation within a week. The co-founder of Terraform Labs, the creator of the algorithmic stablecoin TerraUSD, faces two class-action lawsuits and an arrest warrant in South Korea. Shashank Bhardwaj, "Terraform Labs' Employees Probed for Intentional Luna, UST Price Manipulation," *Forbes India*, accessed July 18, 2024, <https://www.forbesindia.com/article/crypto-made-easy/terraform-labs-employees-probed-for-intentional-luna-ust-price-manipulation/76861/1>.

²⁹ In November 2022, FTX, the world's second-largest cryptocurrency exchange, filed for bankruptcy in the US. David Yaffe-bellany, "Embattled Crypto Exchange FTX Files for Bankruptcy," *The New York Times*, November 11, 2022, <https://www.nytimes.com/2022/11/11/business/ftx-bankruptcy.html>.

³⁰ BlockFi, a digital assets lender which was valued at \$3 billion, ended up filing for bankruptcy in November 2022. BlockFi suspended withdrawals and limited activity on its platform after being affected by the down-

significant financial distress³¹. According to a report, exchange platform failures and outages are common, affecting approximately 10% of all active cryptocurrency traders worldwide³².

1. Arbitration: An Uneasy Fit

Usually, exchanges include arbitration clauses in their terms and conditions (“T&C”) for dispute resolution³³. As such, any dispute arising between an individual and the exchange must be resolved through arbitration. However, the question then arises, which is the thesis of this article, whether arbitration is truly fit for the purpose of resolving these disputes.

Binance, for instance, provides a clear reference to arbitration under the rules of the Hong Kong International Arbitra-

tion Centre (“HKIAC”), with both the seat and governing law set to be Hong Kong³⁴. Binance’s User Terms include an arbitration agreement between the user and “Binance Operators,” an open-ended definition that includes legal entities (e.g., Binance UAB), unincorporated organisations, and teams that provide Binance services and are responsible for such services. When any dispute arises, it is upon the claimant to determine the “counterparties”, i.e., to identify the specific parties against whom the claim is made “*depending on the specific services you [the user] use and the particular actions that affect your [the users’] rights or interests*”. Further, since Binance uses an opaque organisation structure³⁵, wherein Binance has several corporate

fall of FTX. In February 2022, BlockFi settled with the SEC and 32 states over similar claims, for an amount of \$ 100 for failing to register the offers and sales of its retail crypto lending. “BlockFi Agrees to Pay \$100 Million in Penalties and Pursue Registration of Its Crypto Lending Product,” *U.S. Securities and Exchange Commission*, February 14, 2022, <https://www.sec.gov/news/press-release/2022-26>.

³¹ Sophie Nappert and Mihaela Apostol, “How national courts in several jurisdictions are approaching the emerging field of Digital Assets litigation,” *Principia Journal of the Research and Studies Center for Dispute Resolution of Montevideo University*, No. 8 (2023): 67-93.

³² Yuxi Chen, et. al., “A Review of Crypto-Trading Infrastructure,” *World Federation of Exchanges*, August 29, 2023, <https://www.world-exchanges.org/storage/app/media/Crypto%20Infrastructure%20Review.pdf>.

³³ Crypto exchanges usually include arbitration clauses in their T&Cs for dispute resolution. For instance, Crypto.com under its U.S. T&Cs mentions in Clause 13.3 that “*you and crypto.com waive your rights to a jury trial and to have any dispute resolved in Court*”; Binance, under its Terms of Use, references HKIAC arbitration, with Hong Kong as the seat of arbitration and Hong Kong law as the governing law; Coinbase, under Clause 7.3 (“Arbitration”), states, “*You agree to be bound by the Arbitration Agreement in Appendix 5 to this Agreement*”; Bybit also mentions arbitration, as a preferred method of dispute resolution, designating Singapore as the seat of arbitration.

³⁴ “Terms,” *Binance*, accessed July 18, 2024, <https://www.binance.com/en/terms>.

³⁵ Binance’s global corporate structure, for instance, currently involves the main entity incorporated as ‘Binance Limited’ in Hong Kong, and other as ‘Binance Holdings Limited’ in Cayman Islands, with other entities unclear. Binance’s global corporate structure continues to be opaque and unknown, even to regulators such as the UK’s FCA, who reportedly requested this information and was refused by Binance’s UK entity. Scott Chipolina, “UK Regulator: Binance ‘Not Capable’ of Being Supervised,” *Decrypt*, August 26, 2021, <https://decrypt.co/79456/uk-regulator-binance-not-capable-of-being-supervised>.

vehicles, it becomes difficult for individuals to determine the counterparty.

Similar concerns were raised during the *Liti Capital* dispute³⁶. Following the shutdown of Binance's online trading platform on 19 May 2021, traders faced significant losses due to their inability to access their accounts. Liti Capital, a third-party funder based in Switzerland, planned to fund a class action-style arbitration through the HKIAC on behalf of potentially up to 700 claimants³⁷. After the Liti dispute, Binance changed its Terms of Use, to explicitly provide for a waiver of class arbitrations, ultimately not allowing small users to file an arbitration claim against the exchange collectively.

As such, given the intricate challenge of identifying the parties to the arbitration agreement, a fundamental flaw arises in using arbitration to resolve crypto disputes. Owing to the unique and opaque organisational structures comprising various corporate entities, the process of pinpointing the correct counterparty is complicated for individuals. Piercing the

corporate veil, which allows courts to hold the controlling entities accountable despite the nominal separation, becomes increasingly relevant in such scenarios³⁸. This legal mechanism can help ensure the true controlling parties behind complex corporate structures are held accountable. However, the courts have been reluctant to apply this mechanism, given it challenges the inherent principles of corporate form, such as limited liability, monitoring of assets and liabilities, and separate legal entity.

Moreover, arbitration's confidential nature and the inherent power imbalance between individual users and large platforms like Binance further impedes justice. Unlike court proceedings, which are often public and create reputational pressure that can encourage settlements, arbitration lacks this transparency. This confidentiality can ultimately disadvantage the individual who lacks the bargaining power to negotiate a fair resolution compared to the exchange platform. Public court cases can potentially motivate large corporations to set-

³⁶ Sean McCarthy, et al., "The Impending Binance Arbitration: A Primer on the World of Cryptocurrencies, Derivatives Trading and Decentralised Finance on the Blockchain," *Kluwer Arbitration Blog*, October 7, 2021, <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/10/13/the-impending-binance-arbitration-a-primer-on-the-world-of-cryptocurrencies-derivatives-trading-and-decentralised-finance-on-the-blockchain>.

³⁷ Of the 700 potential traders as claimants, six individuals allege losses of over US\$20 million in aggregate, with the size of the total claims possibly reaching more than US\$100 million. "Crypto Investors Seek Damages from Binance," *CNBC*, August 19, 2021, <https://www.cnn.com/video/2021/08/19/crypto-investors-seek-damages-from-binance.html>; Greg Thomson, "Binance Lawsuit: Claimants Mount up in Arbitration for Decentralization," *Cointelegraph*, August 27, 2021, <https://cointelegraph.com/news/binance-lawsuit-claimants-mount-up-in-arbitration-for-decentralization>.

³⁸ Yarik Kryvoi, "Piercing the Corporate Veil and Enforcement", *Kluwer Arbitration Blog*, May 3, 2010, <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2010/05/03/piercing-the-corporate-veil-and-enforcement/#:~:text=>.

tle disputes to avoid negative publicity, a dynamic absent due to the inherently confidential nature of arbitral proceedings.

These limitations highlight why arbitration, in its current form, is not suitable for resolving the unique challenges posed by crypto disputes. The need to pierce the corporate veil, identify the correct counterparty, and lack of public accountability underscores the limitation of arbitration in such disputes.

B. Fraud, Scams, Theft, and Hacking Disputes

The number of crypto fraud, theft, scams and asset recovery disputes is rising, with crypto crime reaching a record \$20 billion in 2022³⁹. The majority of these disputes stem from fraud-related cases⁴⁰,

including, Ponzi and pyramid schemes⁴¹, hacking⁴², rug pulls⁴³, and inducing investment into certain cryptocurrencies⁴⁴. These crypto disputes often involve ‘unknown defendants’⁴⁵ because the scammers fake their identities before defrauding someone, making it difficult for claimants to seek justice.

In such crypto disputes, claimants typically attempt to identify fraudsters by seeking information from exchanges through which these fraudulent activities are usually routed. To support their claims, they can pursue several types of court orders, including disclosure orders to support injunctions like freezing or interim injunctions, Bankers Trust orders to request documents from non-parties for tracing claims, and Norwich Pharmacal orders to obtain information

³⁹ Elizabeth Howcroft, “Crypto Crime Hits Record \$20 bln in 2022, Report Says,” *Reuters*, January 13, 2023, <https://www.reuters.com/business/finance/crypto-crime-hits-record-20-bln-2022-report-says-2023-01-12/>.

⁴⁰ In 2021 scammers stole US\$ 6.2bn from victims worldwide. The UK authorities report that from October 2021 to September 2022 users lost £226 million through fraudulent transactions (32 % more than the previous year). Kate Beioley and Siddharth Venkataramakrishnan, “Crypto Fraud Jumps by a Third in UK,” *Financial Times*, November 28, 2022, <https://www.ft.com/content/c7d2eeae-9a66-4dc4-a10e-11dcd2807600>.

⁴¹ A Ponzi scheme is an investment scam that involves the payment of purported returns to existing investors from funds contributed by new investors. Examples include BitConnect (US\$ 2.4 billion). David Voreacos, “BitConnect Promoter Gets 38 Months in \$2.4 Billion Ponzi Scam,” *Bloomberg*, September 17, 2022, <https://www.bloomberg.com/news/articles/2022-09-17/bitconnect-promoter-gets-38-months-in-2-4-billion-ponzi-scam>.

⁴² Gaining authorised access to a person’s computer usually followed by a ransom request.

⁴³ Rug pull involves advertising a project, raising money to develop it and then disappearing with the funding and shutting down the project. Examples include: Onecoin (US\$ 4 billion); Africacrypt (US\$ 3.6 billion); Thodex (2 billion). Rebecca Moody, “Worldwide Crypto & NFT Rug Pulls and Scams Tracker,” *Comparitech*, August 17, 2022, <https://www.comparitech.com/crypto/cryptocurrency-scams/>. Roxanne Henderson and Loni Prinsloo, “South African Brothers Vanish, and So Does \$3.6 Billion in Bitcoin,” *Bloomberg*, June 23, 2021, <https://www.bloomberg.com/news/articles/2021-06-23/s-african-brothers-vanish-and-so-does-3-6-billion-in-bitcoin>.

⁴⁴ Nappert, “How National Courts,” 67.

⁴⁵ Wendy Lin and Leow Jiamin, “Enforcement Issues and Strategies in Crypto-Related Fraud and Asset Recovery Disputes,” *NUS Centre for Technology, Robotics, AI, and the Law*, September 2023, https://law.nus.edu.sg/trail/enforcement_issues_strategies_crypto-related_fraud/#_ftn3.

from non-parties involved in wrongdoing. However, such orders can only be issued by courts. Recognising the increasing number of crypto disputes, courts have progressively allowed for serving these orders outside their jurisdiction, effectively aiding in tracing and addressing fraudulent activities in the crypto sector⁴⁶.

This pragmatic approach has led to more instances of the courts in various jurisdictions addressing legal issues related to crypto assets and granting injunctions and orders over them. For example, the case of *Fetch.ai Ltd and Anr v Persons Unknown Category A and Ors*,⁴⁷ in which the fraudster gained access to the private keys associated with cryptocurrency accounts held by the claimant. This breach allowed the fraudster to withdraw and sell the assets from these accounts. In response, the Court granted a proprietary injunction to freeze the assets or their proceeds, a worldwide freezing injunction against any individuals knowingly involved in the fraud, and disclosure orders against third parties believed to have infor-

mation that could help trace the stolen assets.

Another such example is *ByBit Fintech Ltd v Ho Kai Xin and Ors*⁴⁸, where the claimant was defrauded by an unauthorised transfer of USDT by the defendant to addresses controlled by the defendant. In its judgment, the Singapore High Court recognised crypto assets as ‘property’ and found that wrongdoers held the stolen assets on constructive trust for the claimants. Various jurisdictions, including courts in Hong Kong (see, for instance, *Yan Yu Ying v Leung Wing Hei; Nico Constantijn Antonius Samara v Stive Jean Paul Dan*), Singapore (see, for instance, *CLM v CLN and others*), and England & Wales (see, for instance, *AA v Persons Unknown*) have been willing to grant such injunctions over crypto assets, specifically against ‘Unknown Persons’⁴⁹.

However, given the scope of this article is limited to whether arbitration is ‘fit for purpose’ in resolving crypto disputes, the underlying question arises – whether arbitration could assist in resolving such disputes. To initiate arbitral proceed-

⁴⁶ In *LMN v Biflyer Holdings Inc and ors*, [2022] EWHC 2954 (Comm) at [35-37], the English High Court has allowed Bankers Trust orders to be served outside of its jurisdiction in exceptional circumstances, emphasizing that it is impractical and unjust to require victims to file speculative applications in various jurisdictions to locate relevant exchange companies and seek disclosure.

⁴⁷ *Fetch.ai Ltd and another v Persons Unknown Category A and others* [2021] EWHC 2254 (Comm).

⁴⁸ *ByBit Fintech Ltd v Ho Kai Xin and ors*, [2023] SGHC 199.

⁴⁹ Although the legal question of whether crypto assets are considered “property” is still debated in many regions, courts in Hong Kong (see for instance, *Yan Yu Ying v Leung Wing Hei*, [2022] HKCFI 1660; *Nico Constantijn Antonius Samara v Stive Jean Paul Dan*, [2022] HKCFI 1254.) and Singapore (see for instance, *CLM v CLN and others*, [2022] SGHC 46.) have nevertheless issued proprietary injunctions over crypto assets. English courts (see for instance, *AA v Persons Unknown*, [2019] EWHC 3556 (Comm).) have similarly been willing to grant such injunctions.

ings, the first requirement is for the parties to choose arbitration as a forum based on mutual consent. However, since the defrauding party is usually ‘unknown’ in such a case, it is impossible to establish an arbitration agreement in place with unknown fraudsters. As such, these disputes are ultimately left for resolution through traditional litigation forums, *i.e.*, courts for both final and interim relief, as provided above, since there is no way or method for arbitration to be validly invoked, making it unfit for purpose for these kinds of disputes.

C. Custody, Control, Ownership of Tokens, and Induced Investment Disputes

While a subset of fraud and scams, Custody, Control, and Illegal Ownership of Tokens Disputes involve defrauders taking custody of tokens without the individual’s knowledge. These disputes can arise in various forms, including unauthorised access to wallets, transferring tokens to unauthorised addresses, and inducing individuals to invest in certain tokens under false pretences.

Furthermore, scholars have argued that if fraud or scams were induced by influential individuals engaged by crypto firms to market and endorse certain investments that later turned out to be fraudulent, claimants might seek relief

from these influencers based on fraudulent or negligent misrepresentation⁵⁰. However, the question again arises whether a valid arbitration agreement exists between the influencer and the user. The straightforward answer is no, making arbitration an unviable option for dispute resolution in such cases.

Similar to fraud disputes, these disputes also lack an underlying arbitration agreement between the parties. Instead, they fall under the jurisdiction of traditional litigation, where courts can issue orders and injunctions to trace and recover the assets, providing a legal pathway to justice for the victims.

Another question is whether a defrauded user can file an arbitration against the underlying central network owner. As was observed in *Tulip Trading Limited (A Seychelles Company) v Bitcoin Association for BSV and Ors*⁵¹, the crypto-asset software developers owed fiduciary and tortious duties to crypto asset owners utilising their network. However, such a matter could only be decided ‘during the trial’, *i.e.*, litigation⁵². This, *firstly*, rules out the possibility of seeking relief through arbitration. *Secondly*, even if the defrauded user sought arbitration as a preferred mode of dispute resolution, there needed to be an underlying arbitration agreement, which would be unavailable for such crypto dis-

⁵⁰ Lin, “Enforcement Issues and Strategies.”

⁵¹ *Tulip Trading Limited (A Seychelles Company) v Bitcoin Association For BSV & Ors*, [2023] EWCA Civ 83.

⁵² “Tulip” at [91].

putes. Thus, arbitration is unsuitable for resolving crypto disputes involving fraud, inducement, scams, theft, and hacking.

D. Service Provider Contract Dispute

Service provider contract disputes involve disagreements between crypto businesses and their service providers, such as consultants, developers, marketing firms, *etc.* These disputes usually arise because of issues like breach of contract, non-payment, failure to deliver agreed-upon goods and services or other general claims. In a broader sense, these service provider contracts could also be understood as general commercial disputes, wherein one party engages another to provide goods or services related to a specific aspect of their business. They sometimes contain arbitration clauses.

As Part II of this article explained, such disputes are not inherently crypto disputes simply because one of the parties is a crypto business. An illustrative example of a service provider dispute in the crypto sector would be where a claim arises between a crypto business and its service provider engaged in marketing and promotional services for the crypto business. However, if any dispute arises over the quality and delivery of the services, such a dispute, while adjudicated through arbitration, would inherently be

concerned with interpreting general commercial contracts. As such, it would not constitute a crypto dispute. Since the scope of this article is to assess whether arbitration is fit for resolving crypto disputes, the question of arbitration's suitability for general commercial contract disputes does not arise, as these are not inherently crypto disputes because the element of cryptocurrency is unlikely to be a core feature of the dispute in most instances.

E. Intellectual Property Disputes

Crypto businesses frequently develop software, create algorithms, or design blockchain-based solutions. These projects often involve significant Intellectual Property (IP) concerns, and disputes sometimes arise regarding the ownership or use of this IP, including patents, trademarks, copyrights, and trade secrets. These disputes usually arise when it is unclear which party would ultimately be entitled to the IP or when a third party infringes on a crypto business's IP by illegally using it as part of its business operations⁵³. In most cases, no arbitration clause would exist in such disputes.

IP usage or development may play a role in some agreements with certain service providers or general commercial arrangements, such as when influencers use a crypto business's logo as part of promotional content or when a developer house uses a crypto business's pro-

⁵³ Birgit Clark, "Blockchain and IP Law: A Match Made in Crypto Heaven?," *WIPO*, February 2018, https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2018/01/article_0005.html.

prietary code to help with bug fixes or for backend development for new features. These service provider agreements may include arbitration clauses.

While these disputes involve the crypto industry, the core issues remain tied to general and commercial IP concerns. For example, a crypto business might hire a software developer to create a new blockchain protocol under contract with an arbitration clause. If a dispute arises over who owns the IP rights to this protocol, the matter will be referred to arbitration. However, this does not make it a crypto dispute. The fact that the business operates within the crypto sector does not fundamentally alter the nature of the dispute—it remains a contractual disagreement with an IP component, as observed in service provider agreement disputes discussed above. The fact that the IP in question concerns blockchain technology is tangential.

A pertinent case illustrating the crossroads of crypto businesses and IP disputes is the *Hermès v. Mason Rothschild* case⁵⁴. Here, Rothschild created NFTs featuring Hermès' Birkin handbags, named "MetaBirkins". Hermès sued Rothschild for trademark infringement, trademark dilution, and cybersquatting. The Court noted that consumers would be confused about the source of the MetaBirkins, potentially thinking Hermès was associated with the project. The court ultimately banned the Meta-

Birkins NFTs, citing potential consumer confusion and irreparable harm to Hermès.

Another example is the case of *Juventus Football Club v. Blockeras S.r.l.*, where the Court granted a preliminary injunction against Blockeras to stop minting, advertising, and selling NFTs featuring Juventus' trademarks. Blockeras argued that Juventus' trademark rights were limited to a different class of goods, but the court rejected this argument, protecting Juventus' trademark rights in the digital realm.

These cases underscore that when this kind of dispute occurs in the crypto sector, it revolves around traditional IP issues and, as such, does not inherently qualify as a crypto dispute. These are similar to any IP dispute that any technology company would encounter as part of the usual course of business. As such, *firstly*, since they do not qualify as crypto disputes, the inherent question of whether these disputes are 'fit for purpose' for arbitration does not arise. *Secondly*, arbitration may not always be suitable for resolving these disputes, especially when an arbitration agreement is absent, or the nature of the dispute requires court intervention for adequate resolution. Courts are often better equipped to provide comprehensive remedies, such as injunctions and orders to trace or remove infringing content as

⁵⁴ *Hermès International Hermès of Paris Inc v. Mason Rothschild Sonny Estival*, 22-cv-384 (JSR).

well as create publicly available precedents to deter similar future conduct.

F. *Investor Disputes*

Investor disputes in crypto often arise from agreements like Token Warrant Agreements, Simple Agreements for Future Tokens (SAFTs), and Simple Agreements for Future Equity (SAFEs). These agreements assist crypto businesses in raising money on their equity or tokens issued to the investor at a future date. A SAFT would typically require the crypto business to deliver tokens at a later stage usually on a schedule following the Initial Coin Offering (ICO). These agreements often contain arbitration clauses. For instance, where the crypto business does not issue the required tokens to the investor, the investor may file a request for arbitration against the crypto business.

However, there are concerns about arbitration's efficacy in realising investors' rights. In particular, the practicality and cost of choosing arbitration to achieve the investor's goal, *i.e.*, receiving the to-

kens, are difficult to realise through arbitration.

Firstly, arbitration can be an extremely high-cost dispute resolution mechanism⁵⁵. For an investor to obtain an award in their favour, they might need to spend hundreds of thousands of dollars by the time the arbitration has run its course (assuming that the project does not engage in guerrilla tactics)⁵⁶. This high cost can be prohibitive, especially for individual investors or when the disputed tokens represent smaller investment amounts – it would not make sense to spend hundreds of thousands of dollars on an arbitral proceeding when the underlying investment is usually for USD 50,000-200,000 on average⁵⁷. *Secondly*, the primary concern for an investor is to obtain a practical outcome—receiving their tokens or a monetary equivalent in a timely manner—rather than merely obtaining an arbitration award. Even if an award is granted in the investor's favour, the actual delivery and value of the tokens post-dispute are compromised. This often happens because the market value of the tokens can fluctuate significantly, and delays caused by

⁵⁵ Raphael Ng'etich, "The Current Trend of Costs in Arbitration: Implications on Access to Justice and the Attractiveness of Arbitration," *Alternative Dispute Resolution* 5, no. 2 (2017): 111-129.

⁵⁶ Phillip Landolt, "Controlling Costs in International Arbitration," Bloomberg, October, 2023, <https://www.bloomberglaw.com/external/document/XABGU4JK000000/litigation-professional-perspective-controlling-costs-in-interna>; Ashish Sharma, "Guerrilla Tactics in Arbitration vis-a-vis International Arbitration," *International Journal of Law Management and Humanities* 4, no. 2 (2021): 670-677, <http://doi.org/10.1732/IJLMH.26131>.

⁵⁷ See, for instance, Lennart Ante, Ingo Fiedler, Marc von Meduna, and Fred Steinmetz, "Individual Cryptocurrency Investors: Evidence from a Population Survey," *International Journal of Innovation and Technology Management* 19, No. 9 (2022).; José Almeida, Tiago Cruz Gonçalves, "A systematic literature review of investor behaviour in the cryptocurrency markets," *Journal of Behavioral and Experimental Finance* 37, (2023): 100785.

the arbitration process can lead to substantial depreciation in their value by the time the dispute is resolved. As such, the tokens of a crypto project may not retain their value and frequently lose value soon after ICO⁵⁸. If the tokens are not sold timeously, the investors may realise a loss on their initial investment through no fault of their own.

A practical solution (a practitioner's one) would typically involve the investor leveraging public pressure to achieve a favourable resolution. This is particularly impactful in the earlier days of a project's lifecycle, usually before ICO or soon after. Arbitration typically includes confidentiality obligations, which prevent investors from publicly disclosing the details of the dispute. A more effective approach may involve private negotiation and leveraging market dynamics through public disclosure of the dispute. Every crypto business, especially those with proprietary tokens, is at least somewhat sentiment-driven⁵⁹. The risk of public disclosure and the impact this could have on fundraising, especially when the investor's claim may have merit, would incentivise the parties to come to an equitable solution faster.

Arbitration provides a mechanism to resolve investor disputes but is not 'fit for purpose'. The high costs, potential devaluation of tokens while resolution is sought, loss of value of the underlying investment, and confidentiality requirements make arbitration less suited to achieving the ultimate objective of the parties, *i.e.*, to realise justice timeously.

G. *KYC and AML Procedure Failures Disputes*

Compliance with regulations is an increasingly essential yet complex process for crypto businesses. They must adhere to the Know Your Customer (KYC) requirements, perform anti-money laundering (AML) screening, and implement preventive measures against fraud. Non-compliance may result in substantial fines, as evidenced in 2024 when Binance settled a deal with the U.S. courts for failing to maintain an effective anti-money laundering programme⁶⁰. In India, the Delhi High Court has stated that transactions in cryptocurrency must comply with the general law in force in India and with the Reserve Bank of India's regulations regarding KYC, Combating of Financing of Terrorism, and AML requirements⁶¹. The Court held

⁵⁸ P. De Andrés, D. Arroyo, R. Correia, & A. Rezola, "Challenges of the market for initial coin offerings," *International Review of Financial Analysis* 79 (2022): 101966.

⁵⁹ Ahmet Faruk Aysan, Massimiliano Caporin, Oguzhan Cepni, "Not all words are equal: Sentiment and jumps in the cryptocurrency market", *Journal of International Financial Markets, Institutions and Money* 91, (2024):101920, <https://doi.org/10.1016/j.intfin.2023.101920>

⁶⁰ Sabrina Willmer, Anna Edgerton, "Binance's \$4.3 Billion Payment in US Plea Deal Approved by Judge," *Bloomberg*, February 24, 2024, <https://www.bloomberg.com/news/articles/2024-02-23/binance-4-3-billion-payment-in-us-plea-deal-approved-by-judge>.

⁶¹ Hitesh Bhatia v Kumar Vivekanand, Case No. 3207 of 2020.

that KYC is the responsibility of the intermediary and is crucial to ensuring the legitimacy of the source and destination of money, and the establishment of the parties' real identities.

The regulatory requirement includes the following key compliance activities: customer identification and identity verification, performing risk-based assessments, ongoing monitoring (including transaction monitoring), and screening against sanctions lists, Politically Exposed Persons (PEP) lists, and other relevant sources⁶². However, crypto businesses may try to expedite these onboarding processes, ultimately creating disputes through negligence.

These disputes are inherently regulatory and are subject to the jurisdiction of governmental and regulatory authorities⁶³. As such, arbitration is not fit for the purpose of resolving such crypto disputes. Public disclosure and 'naming and shaming' of non-compliant companies are a part of regulatory enforcement activity in any jurisdiction to deter other companies from following the example set by the penalised entity.

IV. Online dispute resolution: not 'fit for purpose' for majority of crypto disputes

Arbitration is a structured method of dispute resolution where parties agree to

submit their conflict to one or more arbitrators whose decision is binding. The process begins with an arbitration agreement, often stipulated in a contract. Next, the parties mutually select the arbitrator(s), either through agreement or via an arbitral institution. The claimant initiates the process by filing a statement of claim, outlining the facts, the legal bases, and the reliefs sought. The respondent then submits a statement of defense, which may include counterclaims. The claimant can reply to the defense, and the respondent may respond to this reply. Given the technical nature of crypto disputes, expert evidence is often crucial, with both parties presenting expert testimony and reports. The proceedings typically start with opening submissions from both parties, followed by an evidentiary hearing where evidence, witness testimony, and expert reports are presented and challenged. The parties then make closing hearing submissions, summarising their arguments. Finally, the arbitrator(s) deliberate and issue an award. This process usually spans over a period of six (6) to eighteen (18) months.

Given the large volume of disputes arising out of the blockchain and Web3 sector, various autonomous dispute resolution forums have emerged, promoting arbitration through innovative technologies like Kleros, Aragon Court, and

⁶² "Navigating KYC in Crypto: Your Key to Secure Transactions," *LexisNexis*, May 17, 2023, <https://www.lexisnexis.com/blogs/gb/b/compliance-risk-due-diligence/posts/kyc-in-crypto>.

⁶³ A. A. Papantoniou, "RegTech: steering the regulatory spaceship in the right direction?," *Journal of Banking and Financial Technology* 6, no. 1 (2022): 1-16, <https://doi.org/10.1007/s42786-022-00038-9>.

OpenCourt. These platforms leverage Web3 capabilities to create a fast, automated online dispute resolution model. Some may argue that despite what has been set out in the article, individuals may always seek arbitration through these platforms to resolve disputes. However, we argue that these platforms also fail to resolve crypto disputes effectively.

To understand this, it is first important to understand how these platforms function. As a decentralised third party, Kleros, as mentioned in its Whitepaper⁶⁴, offers on-chain arbitration primarily for smaller disputes, arguably with the potential to handle both simple and highly complex cases. For Kleros to function as an optional judicial system, parties in a smart contract must actively choose Kleros as their forum for arbitration⁶⁵. Once selected, any dispute arising is adjudicated by ‘jurors’—randomly chosen individuals from a larger ‘juror pool’⁶⁶. One can become a Kleros juror without any formal screening or permission, though it requires an investment of

capital⁶⁷. A majority vote among the selected jurors determines the outcome of a dispute⁶⁸.

Further, Kleros’s Whitepaper clarifies that it uses ‘game-theoretic incentives’ to ensure jurors rule cases correctly⁶⁹. The game-theoretic incentives mean that the arbitrators must rule honestly because after a dispute concludes, jurors whose votes are inconsistent with the majority will not be paid their arbitration fees and further will lose some of their staked tokens⁷⁰. As such, this system relies not on the honesty of a few individuals but on economic incentives grounded in game theory. Once Kleros reaches a decision, tokens are unfrozen and redistributed among the jurors. This entire arbitration process usually spans one (1) to two (2) hours⁷¹.

However, from a practitioner’s perspective, this raises significant concerns regarding the effectiveness of platforms like Kleros. *Firstly*, unlike traditional arbitration, where arbitrators are qualified and experienced, Kleros jurors are cho-

⁶⁴ Clément Lesaege, Federico Ast, and William George, “Short Paper v1.0.7,” *Kleros WhitePaper*, September 2019, https://kleros.io/static/whitepaper_en-8bd3a0480b45c39899787e17049ded26.pdf. Since there is not much existing scholarship on the challenges associated with Kleros, the authors have done a first-hand practitioner’s analysis to formulate the arguments.

⁶⁵ Luis Bergolla, Karen Seif, and Can Eken, “Kleors: A Socio-Legal Case Study of Decentralised Justice and Blockchain Arbitration”, *Ohio Journal on Dispute Resolution* 37, No. 1 (2022): 56-98.

⁶⁶ Alesia Zhuk, “Applying blockchain to the modern legal system: Kleros as a decentralised dispute resolution system,” *International Cybersecurity Law Review* 4, (2023): 351-364.

⁶⁷ Clément Lesaege, Federico Ast, and William George, “Long Paper v1.0.0,” *Kleros WhitePaper*, March 2020, https://kleros.io/whitepaper_long_en.pdf.

⁶⁸ Lesaege, “Long Paper Kleros Whitepaper” at [11].

⁶⁹ Lesaege, “Long Paper Kleros Whitepaper” at [16].

⁷⁰ Bergolla “Kleros”. See The Kleros Juror Starter Kit, *Kleros*, <https://blog.kleros.io/the-kleros-juror-starter-kit/>.

⁷¹ Bergolla “Kleros”.

sen without formal screening and are driven by financial incentives. This random selection of jurors means they may lack the necessary technical knowledge and legal expertise. *Secondly*, since jurors receive their fees only if they vote with the majority, the decisions may be swayed by the desire to align with the majority rather than seeking a just outcome. This system also fundamentally challenges the principle of arbitrator neutrality, as jurors may prioritise financial rewards over unbiased judgment. *Thirdly*, since jurors make decisions within a set time frame, this limits their ability to examine claims thoroughly and excludes the consideration of expert evidence – this presupposes that the jurors already have this technical knowledge or is a situation where a resolution timeously received is prioritised over a thorough examination of the facts and applicable legal precedents.

As such, this raises questions about the platform’s ability to impartially and competently resolve complex crypto disputes, suggesting a potential compromise in the quality and integrity of the arbitration process.

A. ODR: A Solution for Small Value Disputes

While the effectiveness of platforms like Kleros for resolving medium- to high-

stake disputes remains questionable, they present a viable option for small-value disputes. Traditional arbitration and dispute resolution mechanisms, such as litigation, can be costly and time-consuming, making it impractical for smaller-value cases⁷². In contrast, Kleros offers a cost-effective and swift dispute resolution mechanism where the stakes are lower and the jurors provide some resolution.

For smaller-value disputes, the random selection of jurors without formal screening might not pose significant risks, as the simplicity of these cases often does not require technical legal expertise. Kleros’s financial incentives can potentially ensure juror participation and engagement in these scenarios, providing a means for achieving resolution where it might otherwise be inaccessible⁷³. Further, the rapid decision-making process of these platforms eliminates the need for time-extensive traditional dispute resolution mechanisms, which

⁷² Herbert B. Evans, William A. Bulman, “Small Claims and Arbitration - Parallel Alternative Methods of Dispute Resolution,” *Pace Law Review* 3, No. 2 (1983): 183.; Robert Schur, “Keeping Dispute Resolution Costs Smaller Than Your Small Business: The Case for International Commercial Arbitration under the New York Convention,” *Loyola University Chicago International Law Review* 14, No. 1 (2016): 73.

⁷³ Zhuk, “Applying”.

span over six to eight months⁷⁴, and usually incur substantial costs⁷⁵.

Kleros and similar platforms fill an important niche in the broader dispute resolution ecosystem by offering an efficient and economical alternative for small-value disputes. Therefore, while Kleros may not be suitable for resolving high-value disputes, it plays an important role in resolving small-value crypto disputes that may otherwise never see any formal resolution process as the costs involved would make traditional arbitration or other resolution methods or fora prohibitive. This does not, however, take away that such solutions do not guarantee the quality or suitability of the outcomes or that the decisions have been examined and tested against the ordinary expectations for applicable laws of evidence. The resolutions and decisions are made at face value by examination of provided evidence with little time or incentive for deeper or more rigorous analysis.

V. Suggestion

Given the inherent problems associated with arbitration, litigation is evolving to

adapt to crypto disputes⁷⁶. Courts, with time, have deployed various pro-consumer/ user remedies against the larger crypto business network. Traditional substantive and procedural legal principles have been adapted to the new landscape, requiring judges to address issues such as the classification of Bitcoin as ‘personal property’ (court answered: yes)⁷⁷, the acceptability of Bitcoin as security for costs (court answered: no, for now)⁷⁸, the eligibility of individuals trading crypto assets as consumers under consumer protection laws (court answered: yes)⁷⁹, and whether a crypto business owed fiduciary duties towards its users (court answered: yes)⁸⁰.

A. *Comparing Traditional Litigation and Arbitration: Challenges and Limitations*

Traditional dispute resolution mechanisms ultimately assist in achieving just outcomes. For instance, courts have successfully granted injunctions against crypto businesses, as was observed in the Hong Kong case of *Nico Constantijn Antonius Samara v Steve Jean Paul Dan*⁸¹.

⁷⁴ Amit Moza, Virendra Kumar Paul, “Review of the Effectiveness of Arbitration,” *Journal of Legal Affairs and Dispute Resolution in Engineering and Construction* 9, No. 1 (2016).; “Arbitration vs. Litigation: the differences,” *Thomas Reuters*, October 4, 2022, <https://legal.thomsonreuters.com/blog/arbitration-vs-litigation-the-differences/>

⁷⁵ Christopher R. Drahozal, “Arbitration Costs and Form Accessibility: Empirical Evidence,” *University of Michigan Journal of Law Reform* 41, no. 4 (Summer 2008): 813-842

⁷⁶ Farshad Ghodoosi, “Crypto Litigation: An Empirical View,” *Yale Journal on Regulation Bulletin*, November 28, 2022, <https://www.yalejreg.com/bulletin/crypto-litigation-an-empirical-view/>.

⁷⁷ *AA v Persons Unknown & Ors, Re Bitcoin*, [2019] EWHC 3556 (Comm).

⁷⁸ “Tulip” at [153].

⁷⁹ *Lochan v. Binance Holdings Limited*, 2023 ONSC 6714.

⁸⁰ “Tulip” at [83].

⁸¹ *Nico Constantijn Antonius Samara v Steve Jean Paul Dan*, [2022] HKCFI 1254.

The court granted a freezing and proprietary injunction since there was a real risk of dissipation of assets. Similarly, in the Singapore case of *CLM v CLN & others*⁸², an action was commenced to trace and recover crypto assets that unidentified persons had allegedly misappropriated. The Singapore High Court determined no obstacles to issuing injunctions, including proprietary injunctions, against unknown persons based on existing legal precedents. The court held that cryptocurrencies met the definition of ‘property’, that there was a serious question to be tried, and that the balance of convenience favoured granting the injunction. This was due to the real risk of dissipation of the stolen crypto assets, which would hinder recovery even if a judgment was obtained.

Courts have demonstrated a willingness to support innocent parties by granting applications for tracing and recovery assistance, including Mareva injunctions⁸³ and disclosure orders⁸⁴. While the courts have gone above and beyond to enforce these interim remedies⁸⁵, these are not

readily available to obtain and enforce through arbitral proceedings. National courts have established legal frameworks that allow for immediate and enforceable interim relief, which is important for preventing asset dissipation and ensuring justice. In contrast, arbitration often lacks the procedural rigour and powers necessary to enforce interim measures effectively⁸⁶, leading to potential delays and complications.

Further, as observed in various cases, courts have also not themselves supported arbitration as a dispute resolution mechanism in crypto disputes. For instance, as observed in the case of *Lochan v. Binance Holdings Limited*⁸⁷, the Court declined to stay a class proceeding against a cryptocurrency trading platform in favour of arbitration. The Court held that the arbitration agreement embedded in the trading platform’s website—requiring arbitration in Hong Kong under Hong Kong law—was both unconscionable and contrary to public policy. The Court determined that the arbitration clause effectively turned arbitration

⁸² In *CLM v CLN*, [2022] SGHC 46, the General Division of the Singapore High Court expressed: cryptocurrencies ‘are susceptible to being transferred by the click of a button, through digital wallets that may be completely anonymous and untraceable to the owner, and can be easily dissipated and hidden in cyberspace’.

⁸³ The landmark case of *Mercedes Benz AG v Leiduck*, [1996] AC 284, 305 observed that Mareva Injunctions are granted so that the defendant does not reach to a ‘black hole’, where he is out of sight and becomes unreachable.; *CLM v CLN*, [2022] SGHC 46.

⁸⁴ *CLM v CLN*, [2022] SGHC 46.

⁸⁵ See, for instance, *Fetch.ai Ltd and another v Persons Unknown Category A and others* [2021] EWHC 2254 (Comm); *LMN v Bitflyer Holdings Inc and ors*, [2022] EWHC 2954 (Comm) at [35-37].; *AA v Persons Unknown*, [2019] EWHC 3556 (Comm).

⁸⁶ James E. Castello, Rami Chahine, “Enforcement of Interim Measures,” *Global Arbitration Review*, May 17, 2023, <https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-challenging-and-enforcing-arbitration-awards/3rd-edition/article/enforcement-of-interim-measures>.

⁸⁷ *Lochan v. Binance Holdings Limited*, 2023 ONSC 6714.

into a vehicle for circumventing the consumer protection provisions of Ontario's securities legislation. This case underscored the limitations and challenges of relying on arbitration for resolving crypto disputes, particularly when consumer protection and public policy considerations were at stake.

Similar views were also observed in *Payward Inc v. Chechetkin*⁸⁸, where the English Commercial Court refused to enforce an arbitration award issued by an arbitration tribunal seated in California on the basis it would be contrary to UK public policy. The award had favoured the trading platform operator against a UK-based lawyer who had incurred losses of £600,000 trading cryptocurrency. The Court determined that the investor qualified as a consumer and thus had a statutory duty to assess the fairness of the terms. Specifically regarding arbitration clauses in crypto agreements, the Court concluded that although such clauses were not inherently unfair, it was unreasonable for this consumer to agree to arbitration in California. This was due to the high cost and inconvenience of hiring US counsel, the lack of an appeals process for errors in English law, and the unsuitability of United States federal

courts for overseeing matters of English law.

However, an obvious question arises regarding the global enforcement of court judgments, which is often considered more challenging than arbitration due to arbitration's advantage through instruments like the New York Convention. While we acknowledge that global enforcement of court judgments can be challenging, it is far from impossible. As suggested above, courts have progressively adapted to the unique demands of the crypto space, as evidenced by their willingness to grant cross-jurisdictional injunctions. As observed in the landmark case of *Joseph Keen Shing Law v Persons Unknown and Huobi Global Limited*⁸⁹, the Court facilitated the recovery of crypto assets by ordering the crypto exchange to transfer assets into England and Wales to facilitate enforcement of the judgement. This case exemplifies how cross-border recovery can be facilitated through traditional litigation procedures. Despite this, if scholars argue that arbitration is a better mechanism for cross-border enforcement⁹⁰, these scholars themselves argue that blockchain arbitration for crypto disputes raises significant concerns for enforce-

⁸⁸ *Payward Inc v. Chechetkin*, [2023] EWHC 1780 (Comm).

⁸⁹ *Joseph Keen Shing Law v Persons Unknown & Huobi Global Limited*, [2023] 1 WLUK 577.

⁹⁰ Michael Black QC, Wendy Kennedy Venoit, George J. Pierson, "Arbitration of Cross-Border Disputes," *The Construction Lawyer* 27, No. 5 (2007): 5-15.; Neil Hannan, "International Commercial Arbitration and Cross Border Insolvency", *International Trade and Business Law Review*, 17, No. 447 (2014).; Niuscha Bassiri, Pratyush Panjwani, "Cross-border Enforcement of Arbitral Awards Rendered in ODR," *BCDR International Arbitration Review* 8, No. 1 (2021): 145-174.;

ment in various parts of the world⁹¹. Thus, while arbitration may be ‘fit for purpose’ for resolving crypto disputes in theory, its practical application often falls short.

VI. Conclusion

In conclusion, while arbitration theoretically offers a streamlined and potentially effective avenue for resolving crypto disputes, it faces significant practical limitations. Despite its slower pace, traditional litigation provides robust mechanisms for ensuring just outcomes, supported by established legal frameworks and the ability to grant effective remedies. Courts have shown adaptability to the unique challenges posed by the crypto sector, including cross-jurisdictional enforcement of judgments. Moreover, platforms like Kleros, leveraging Web3 technology, promise speed and decentralisation but may fall short in neutrality, following expected standards for evidence examination and processes and depth of expertise.

⁹¹ Ahmad, “Blockchain”.; Pietro Ortolani, “Chapter 21 Recognition and Enforcement of the Outcome of Blockchain-Based Dispute Resolution,” In *Blockchain and Private International Law*, (Leiden, The Netherlands: Brill | Nijhoff, 2023).; Yannick Gabuthy, “Blockchain-Based Dispute Resolution: Insights and Challenges,” *Games* 14, no. 3 (2023): 34.

Las inferencias adversas en el arbitraje internacional

Enrique J. Urdaneta Cordido-Freytes*

Principia No. 10–2024 pp. 97-133

Resumen: El autor examina las inferencias adversas y su impacto en el arbitraje internacional. Analiza su origen y evolución, así como su marco normativo y las condiciones requeridas para su aplicación. Ofrece una perspectiva global sobre los efectos de estas inferencias, haciendo hincapié en su relación con la carga de la prueba. La investigación se complementa con un examen de cómo los tribunales han interpretado y aplicado este figura en la práctica arbitral. Finalmente, examina las repercusiones de las inferencias en la garantía del debido proceso.

Abstract: The author examines adverse inferences and their impact on international arbitration. He explores their origin, regulatory framework, and the conditions required for their implementation. In this article, he provides a comprehensive overview of the effects of adverse inferences, emphasizing their relationship with the burden of proof. The research is further complemented by an analysis of how arbitral tribunals have interpreted and applied this concept. Lastly, the article explains the implications of adverse inferences on due process.

Palabras Claves: Arbitraje | Inferencias adversas | Producción de documentos | Carga de la prueba

Keywords: Arbitration | Adverse inferences | Document production | Burden of proof

* Abogado graduado de la Universidad Católica Andrés Bello con la mención summa cum laude. Posteriormente, obtuvo un Máster en Leyes. (LL.M) en la Universidad de Nueva York. El autor, además de ser abogado venezolano, es miembro de la Barra del Estado de Nueva York, donde ha ejercido el derecho por más de diez años en asuntos corporativos, derecho comercial internacional, arbitraje comercial y de inversiones. Actualmente es asociado senior en el departamento de arbitraje internacional de Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle, con sede en Nueva York. Este artículo refleja la opinión del autor y no necesariamente la de la firma donde trabaja o la de sus clientes.

Sumario: I. Introducción, II. Antecedentes, III. Marco regulatorio, IV. Requisitos, A. Reglas de la IBA, 1. Requerimiento previo, 2. Garantía del derecho a la defensa, B. Test Sharpe, 1. Corroboración de la inferencia, 2. Custodia de la evidencia omitida, 3. Razonabilidad, consistencia y relación lógica, 4. Demostración *prima facie*, 5. Conocimiento real o presunto de las consecuencias de la omisión, V. Consecuencias, A. Consideraciones generales, B. Carga de la prueba, C. Prueba indirecta, VI. Jurisprudencia Arbitral, A. Rechazo a las inferencias adversas, 1. Bayindir v. Pakistán, 2. Glamis Gold v. Estados Unidos, 3. Glencore v. Colombia, 4. Sehil v. Turkmenistán, 5. MOL v. Croacia, B. Adopción de inferencias adversas, 1. Rumeli v. Kazajistán, 2. Metal-Tech v. Uzbekistán, 3. MPI v. Xerox, C. Falta de pronunciamiento sobre las inferencias adversas, 1. Fleming Duty Free v. Polonia, 2. Fynerdale v. República Checa, VII. Debido proceso, VIII. Conclusiones

I. Introducción

La producción y exhibición de documentos es una de las incidencias procesales que más impacta la duración y costos del arbitraje ya que las partes deben dedicar cuantiosos recursos en la recolección y presentación de la información solicitada¹. Esta situación se agrava cuando el tribunal ordena la producción de determinados instrumentos probatorios pero una de las partes se niega a cumplir con dicha orden.

Los árbitros carecen de poder coercitivo para obligar a las partes a acatar sus decisiones, sin embargo, disponen de ciertas herramientas que pueden servir como elementos disuasorios frente a posibles

incumplimientos. Así, pueden tomar en consideración la conducta omisiva de las partes al momento de determinar la distribución de las costas del proceso, imponiendo eventualmente una carga mayor a la parte que ha descatado las directrices². Igualmente, pueden amonestar formalmente a la parte que contraviene la orden del tribunal, dejando constancia de esta falta de cooperación en el expediente³. No obstante, quizás la consecuencia más significativa es la posibilidad de que el tribunal infiera que el medio de prueba omitido o no presentado es contrario a los intereses de la parte renuente.

Las inferencias adversas son herramientas probatorias que permiten a los ár-

¹ Al respecto, véase: Universidad Queen Mary y White & Case, “2021 International Arbitration Survey: Adapting arbitration to a changing world” (2021), 13, <https://bit.ly/3Azqez7>.

² Peter Ashford, *The IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration: A Guide* (Cambridge University Press, 2013), 167.

³ Algunos tribunales han impuesto sanciones económicas a las partes que incumplen con la obligación de presentar los documentos requeridos. Un ejemplo relevante es el caso *Superadio LP v. Winstar Radio Productions, LLC* donde la Corte Suprema de Massachusetts convalidó las multas aplicadas por el tribunal arbitral. Corte Suprema de Massachusetts, Worcester, sentencia de fecha 28 de marzo de 2006, caso *Superadio LP v. Winstar Radio Prods*; <https://bit.ly/3CLvRfl>.

bitros extraer una conclusión de la falta de producción de pruebas que están bajo el control de una de las partes⁴. Para ello el tribunal parte de la premisa que la parte a la que se le ordena presentar un documento específico cumpliría con dicha orden si las pruebas solicitadas fueran favorables a su posición. Al incumplir, el tribunal asume que la prueba es perjudicial para la posición de dicha parte⁵.

Estas inferencias pueden ser útiles para suplir lagunas probatorias, promover la transparencia en el arbitraje e incentivar al cumplimiento de las órdenes de producción de documentos y otros instrumentos probatorios. No obstante, su aplicación también plantea desafíos desde la perspectiva del debido proceso y la igualdad entre las partes. Por ello consideramos pertinente examinar su marco regulatorio y requisitos, el tratamiento de la jurisprudencia arbitral internacional sobre la materia y las consecuencias de su uso por parte de los árbitros.

II. Antecedentes

Las inferencias adversas en el arbitraje internacional tienen su origen en el *common law*. En dicho sistema, a diferencia

del *civil law*, las partes tienen la obligación de producir todas las pruebas que tengan en su poder, incluso aquellas que puedan ser desfavorables para su caso. Además, pueden solicitar a la contraparte la exhibición de documentos específicos⁶. Cuando una parte incumple estas obligaciones o se niega a presentar las pruebas solicitadas, el juez puede extraer inferencias adversas y presumir que la evidencia omitida sería desfavorable para la parte que se negó a producirla.

El primer caso conocido de inferencias adversas lo encontramos en el derecho anglosajón en *Armory v. Delamirie* decidido por el *King's Bench* en 1722. Los hechos del caso guardan relación con una acción por apropiación indebida de bienes muebles en la que el demandado, luego de determinar el valor de una joya con piedras preciosas que había sido sometida a su avalúo, se negó a devolverla. El tribunal condenó al demandado e instruyó al jurado que, para determinar los daños y perjuicios, podía tomar como medida del daño el valor de las joyas de mejor calidad, salvo que el demandado produjera las piedras preciosas y demostrara que no eran de la mejor calidad. En esencia, ante la omisión del demandado de presentar la

⁴ La doctrina utiliza indistintamente los términos inferencias adversas/negativas, presunciones adversas/negativas, adverse inferences, negative inferences; en el presente trabajo nos inclinamos por el uso del vocablo inferencias adversas, salvo en caso de citas textuales.

⁵ Para un examen de la definición de inferencias adversas, consúltese: Alexander Sevan Bedrosyan, "Adverse Inferences in International Arbitration: Toothless or Terrifying?," *University of Pennsylvania Journal of International Law*, Vol. 38 (2016): 247-248.

⁶ Enrique J. Urdaneta Cordido-Freytes, "La producción de documentos en el arbitraje internacional," *Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional*, No. 2 (2021), 279.

joya como prueba, el jurado podía inferir que estas podían ser de la más alta calidad posible⁷.

A lo largo de los años, la jurisprudencia y el parlamento anglosajón reafirmaron la facultad de los jueces de extraer inferencias adversas. En materia penal, por ejemplo, la *Criminal Justice and Public Order Act* de 1994 estableció la posibilidad de que un tribunal extraiga las inferencias que considere adecuadas cuando, durante un interrogatorio, el acusado omite mencionar hechos relevantes en los que posteriormente basará su defensa, siempre que haya sido previamente advertido de las posibles consecuencias de su omisión y que, dadas las circunstancias, fuera razonable esperar que hubiera mencionado dichos hechos⁸.

En materia civil, la Corte de Apelaciones del Reino Unido en el caso *Wisniewski v. Central Manchester Health Authority* ratificó la facultad del tribunal de extraer inferencias adversas ante la falta de presentación de una testigo clave. En este caso de negligencia médica, la Corte estableció tres criterios para evaluar la pertinencia de las inferencias adversas: (i) la relevancia del testimonio omitido, (ii) la existencia de pruebas que corrob-

oren la inferencia solicitada, aunque sean débiles, y (iii) la justificación de la ausencia del testigo. La Corte concluyó que las circunstancias justificaban una inferencia adversa a favor del demandante⁹. Este estándar ha sido ampliamente citado en sentencias posteriores, proporcionando un marco para que los tribunales evalúen cuándo son apropiadas las inferencias adversas¹⁰.

En el arbitraje internacional la potestad de los árbitros para extraer inferencias adversas es inherente al proceso de valoración de las pruebas presentadas. Esta doctrina no sólo ha sido influenciada por el *common law*, sino también por decisiones de tribunales internacionales, quienes desde principios del siglo XX han tenido que dilucidar aspectos de la producción de documentos y las consecuencias de omitir información relevante.

Así, por ejemplo, en 1926 la Comisión General de Reclamaciones (México-Estados Unidos) decidió el caso *Parker v. Estados Unidos Mexicanos*. El demandante solicitó daños y perjuicios por haber sido supuestamente detenido y maltratado por autoridades mexicanas. Lo significativo fue que México, país del cual se esperaba que tuviera pruebas que

⁷ Sam Luttrell, “Ten Things to Consider When Seeking Adverse Inferences in International Arbitration,” en *40 Under 40: International Arbitration*, ed. Carlos González-Bueno (Dykinson, 2018), 283-284, citando la sentencia recaída en el caso *Armorie v. Delamirie* (1722), K.B., 93 Eng. Rep., 664.

⁸ Criminal Justice and Public Order Act, 1994, §§ 34-37, <https://bit.ly/3X1poJF>.

⁹ Corte de Apelaciones del Reino Unido (Cámara Civil), sentencia de fecha 1 de abril de 1998, caso *Wisniewski v. Central Manchester Health Authority* (1998), EWCA (Civ) 596, <https://bit.ly/4cmulRu>.

¹⁰ Por ejemplo, véase: King’s Bench, sentencia de fecha 5 de julio de 2023, caso *Bekoe v. Mayor and Burgesses of the London Borough of Islington* (2023), EWHC 1668 (KB), ¶ 53, <https://bit.ly/3YALcgi>.

explicaran el motivo de la detención, omitió presentarlas. Ante ello, la Comisión concluyó que el órgano decisorio podía “tomar en cuenta” la ausencia de elementos probatorios de quien presumiblemente poseía información relevante sobre el tema¹¹.

Esta decisión sentó las bases de la doctrina de las inferencias adversas en el ámbito arbitral, reflejando principios que más tarde se codificarían en instituciones arbitrales. Notablemente, el lenguaje utilizado en esta decisión de 1926 guarda semejanza con el que posteriormente se adoptaría en las Reglas de Arbitraje del CIADI de 2006¹².

En esta materia, el arbitraje internacional también se ha nutrido de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia (CIJ). Un ejemplo destacado es el caso del Canal de Corfú entre Reino Unido y Albania derivado del choque de dos buques de guerra británicos con minas en aguas territoriales albanesas.

El Reino Unido alegó que Albania estaba al tanto de la presencia de las minas. La Corte reconoció la dificultad de obtener pruebas directas debido al control terri-

torial exclusivo de Albania y permitió al Reino Unido recurrir a inferencias y pruebas circunstanciales¹³. Luego de examinar el acervo probatorio, la Corte concluyó que Albania conocía de la existencia de las minas y violó el derecho internacional al no advertir a los buques británicos sobre su presencia¹⁴.

Por su parte, Albania alegó que el Reino Unido violó su soberanía al enviar buques de guerra sin su autorización¹⁵. La Corte solicitó al Reino Unido producir ciertos documentos a los que hizo referencia el comandante de uno de los buques. Aunque el Reino Unido se negó a producirlos alegando secreto naval, la Corte no extrajo conclusiones adversas y, sobre la base de otras pruebas del expediente, concluyó que el Reino Unido no había violado la soberanía albanesa¹⁶. Este caso decidido a mediados del siglo XX es frecuentemente citado en la práctica arbitral al examinar las justificaciones para no producir documentos y las circunstancias que ameritan una inferencia¹⁷.

Por último, conviene resaltar la influencia de la jurisprudencia del Tribunal de

¹¹ Comisión General de Reclamaciones (México-Estados Unidos), decisión de fecha 31 de marzo de 1926, caso *William A Parker (U.S.A.) v. Estados Unidos Mexicanos*, ¶ 7, <https://bit.ly/4lJZHoi>.

¹² Véase: sección III, *infra*.

¹³ Corte Internacional de Justicia, sentencia de fecha 9 de abril de 1949, caso *Canal de Corfú (Reino Unido v. Albania)*, 18, <https://bit.ly/4lCYSNL>.

¹⁴ *Canal de Corfú*, 19, 23.

¹⁵ *Canal de Corfú*, 11, 12.

¹⁶ *Canal de Corfú*, 23.

¹⁷ Véase, por ejemplo: *Bayındır İnşaat Turizm Ticaret ve Sanayi A.Ş. v. República Islámica de Pakistán*, CIADI (Caso No. ARB/03/29), Laudo de fecha 27 de agosto de 2009, ¶ 141, <https://bit.ly/3YlOpQ>; *Rumeli Telekom A.S., Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. v. República de Kazajistán*, CIADI (Caso No. ARB/05/16), Laudo de fecha 29 de julio de 2008, ¶ 444, <https://bit.ly/3Sj1mjX>.

Reclamaciones Irán – Estados Unidos en la aplicación de inferencias adversas. Como se evidencia de los 40 volúmenes publicados, el Tribunal ha enfrentado numerosos desafíos probatorios, muchos derivados de la falta de documentación como consecuencia de la Revolución Iraní. El Tribunal, operando bajo el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), que -al igual que la mayoría de las reglas de arbitraje- no proporcionan directrices específicas sobre inferencias adversas, ha examinado diversas situaciones en las que estas podrían aplicarse¹⁸.

Luego de un análisis exhaustivo de esta jurisprudencia, el profesor Jeremy Sharpe formuló un conjunto de requisitos procesales y sustantivos para la aplicación de las inferencias adversas¹⁹. Este conjunto de criterios, conocido comúnmente como el “test de Sharpe” se ha convertido en un referente en el ámbito del arbitraje, como veremos en detalle más adelante.

III. Marco regulatorio

La facultad de los árbitros para extraer inferencias adversas es ampliamente reconocida en la jurisprudencia arbitral internacional²⁰. Antes de examinar las circunstancias y requisitos para su aplicación, conviene examinar su base legal.

En primer lugar, esta potestad emana principalmente del acuerdo entre las partes, lo cual refleja la naturaleza consensual del arbitraje como método de resolución de controversias. Cuando las partes explícitamente autorizan al tribunal a extraer tales inferencias, ya sea en el acuerdo de arbitraje o en los términos de referencia, se elimina toda ambigüedad sobre la capacidad del tribunal para deducir consecuencias negativas ante un incumplimiento injustificado en la producción de pruebas.

En segundo lugar, la mayoría de las legislaciones nacionales de arbitraje no regulan expresamente las inferencias adversas sino que prevén disposiciones genéricas que confieren amplios poderes a los árbitros en la conducción del

¹⁸ Al respecto, véase: Ana Morales Ramos, “La deducción de inferencias negativas de la no producción de prueba. La práctica en Litigios y Arbitrajes Internacionales y, en particular, la experiencia del Irán U.S. Claims Tribunal,” *Spain Arbitration Review*, No. 28 (2017): 38-42.

¹⁹ Jeremy Sharpe, “Drawing Adverse Inferences from the Non-production of Evidence,” *Arbitration International*, Vol. 22, No. 4 (2006): 551.

²⁰ *OPIC Karimun Corporation v. República Bolivariana de Venezuela*, CIADI (Caso No. ARB/10/14), Laudo de fecha 28 de mayo de 2013, ¶ 145, <https://bit.ly/4cnsXhq>; *Metal-Tech Ltd. v. República de Uzbekistán*, CIADI (Caso No. ARB/10/3), Laudo de fecha 4 de octubre de 2013, ¶ 245, <https://bit.ly/3YHDOjm>; Jeffrey Waincymer, *Procedure and Evidence in International Arbitration* (Kluwer Law International, 2012), 775.

procedimiento y en materia probatoria²¹. Estas disposiciones permiten implícitamente la extracción de inferencias adversas ya que confieren a los árbitros la discreción necesaria para evaluar la conducta de las partes y las pruebas presentadas. Por ejemplo, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional prevé la facultad del tribunal para determinar la admisibilidad, pertinencia y el valor de las pruebas²². Además, establece que si una parte no presenta pruebas documentales el tribunal podrá continuar el procedimiento y dictar el laudo basándose en las pruebas a su disposición²³.

Entre las pocas legislaciones que abordan explícitamente las inferencias adversas, destaca la Ley de Arbitraje del Reino Unido. El artículo 41.7(c) de dicha ley establece que, ante un incumplimiento de una orden de producción de documentos, el tribunal arbitral “podrá extraer las consecuencias desfavorables que las circunstancias justifiquen”²⁴. Ello queda a discreción de los árbitros. Además, el tribunal podrá condenar a la parte remisa a los costos incur-

ridos por la falta de producción de las pruebas requeridas o prohibirle que presente alegatos sobre temas relacionados con la evidencia que se le ordenó producir y no produjo²⁵.

En materia judicial, el Código Procesal Civil y Comercial de Argentina permite que los jueces infieran consecuencias desfavorables contra la parte que, sin justificación razonable, omite presentar documentos esenciales para la solución de la controversia siempre que hayan sido previamente solicitados por el tribunal²⁶. Ello, con el objeto de disuadir este tipo de comportamientos.

En tercer lugar, al igual que las leyes nacionales, la mayoría de los reglamentos de los centros de arbitraje no otorgan expresamente a los árbitros la facultad de extraer inferencias adversas. Algunos reglamentos, como los de la Cámara de Comercio Internacional (CCI)²⁷, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)²⁸, la Corte de Londres de Arbitraje Internacional (LCIA por sus siglas en inglés)²⁹ y el del Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong

²¹ Para un examen de la regulación de las inferencias adversas en la legislación nacional, véase: Guilherme Rizzo Amaral, “Burden of Proof and Adverse Inferences in International Arbitration: Proposal for an Inference Chart,” *Journal of International Arbitration*, Vol. 35, No. 1 (2018): 3-4.

²² Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (1985, reformada en 2006), artículo 19.2, <https://bit.ly/3yyPgDc>.

²³ Ley Modelo de la CNUDMI, artículo 25(c).

²⁴ Arbitration Act (1996), § 41.7(b), <https://bit.ly/4dzN6lm>.

²⁵ Arbitration Act (1996), §§ 41.7(a) y 41.7(d).

²⁶ Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina (1968, reformado en 1981), artículos 387 y 388, <https://bit.ly/3X2q0yu>.

²⁷ Reglamento de Arbitraje de la CCI (2021), artículo 25.5, <https://bit.ly/4eIzSQ>.

²⁸ Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (2021), artículo 27.3, <https://bit.ly/4cpYBLn>.

²⁹ Reglamento de Arbitraje de la LCIA (2020), artículo 22.1(v), <https://bit.ly/3M160G3>.

(HKIAC, por sus siglas en inglés)³⁰ establecen la potestad del tribunal arbitral de requerir a las partes aportar pruebas en cualquier instancia del procedimiento. Sin embargo, no regulan las consecuencias de un eventual incumplimiento.

En materia de arbitraje de inversiones, las Reglas de Arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) permiten al tribunal requerir pruebas adicionales e imponen a las partes la obligación de cooperar en su producción³¹. El artículo 34 de las Reglas de Arbitraje de 2006 establecía que, en caso de incumplimiento, el tribunal tomaría “nota formal” de esta situación y las razones aducidas³². Esta fórmula ambigua generó interpretaciones divergentes. La mayoría de la jurisprudencia arbitral reconoció que la disposición facultaba a los árbitros para extraer inferencias adversas³³. No obstante, otros tribunales adoptaron enfoques más cautelosos. Así,

por ejemplo, el tribunal en el caso *Rompetrol v. Rumania* señaló que la fórmula utilizada en las Reglas de Arbitraje no implicaba necesariamente la extracción de inferencias adversas en caso de incumplimiento ya que si la Secretaría del CIADI hubiera tenido la intención de que así lo fuera, lo habría establecido de manera explícita en las Reglas de Arbitraje³⁴.

Significativamente, esta expresión fue omitida en las nuevas Reglas de Arbitraje del CIADI vigentes desde julio de 2022, tras un proceso de reforma iniciado en 2016. A pesar de ello, se entiende que los tribunales arbitrales aún pueden extraer inferencias adversas basándose en sus poderes inherentes de ponderación y valoración de pruebas³⁵.

La Comisión Internacional de Arbitraje Económico y Comercial de China (CIETAC por sus siglas en inglés), por su parte, dictó su nuevo Reglamento de Arbitraje de Inversiones. Este instru-

³⁰ Reglamento de Arbitraje de la HKIAC (2024), artículo 22.3, <https://bit.ly/3SKHMUz>.

³¹ Reglas de Arbitraje del CIADI (2022), regla 36.3, <https://bit.ly/4dwaDE8>; Reglas de Arbitraje del CIADI (2006), regla 34.2, <https://bit.ly/3qWMa4A>.

³² Reglas de Arbitraje del CIADI (2006), regla 34.3.

³³ *Muhammet Çap & Şehil İnşaat Endüstri ve Ticaret Ltd. Şti. v. Turkmenistan*, CIADI (Caso No. ARB/12/6), Laudo de fecha 4 de mayo de 2021, ¶¶ 732-733, <https://bit.ly/4fCfLbn>; *Europe Cement Investment & Trade SA v. República de Turquía*, CIADI (Caso No. ARB(AF)/07/2), Laudo de fecha 13 de agosto de 2009, ¶ 152, <https://bit.ly/37xact2>; Michael Polkinghorne y Charles Rosenberg, “The Adverse Inference in ICSID Practice,” *ICSID Review*, Vol. 30, No. 3 (2015): 744.

³⁴ *Rompetrol Group NV v. Rumania*, CIADI (Caso No. ARB/06/3), Laudo de fecha 6 de mayo de 2013, ¶ 185 (“Finalmente, la fórmula utilizada (‘tomar nota formal de’) es antigua y se remonta a la Convención de La Haya de 1907, y no implica necesariamente consecuencias específicas en la extracción de inferencias adversas que la Regla de Arbitraje 34(3) podría haber establecido, pero no lo hizo.”), <https://bit.ly/3WWg5dl>; Jeffery Commission y Rahim Maloo, *Procedural Issues in International Investment Arbitration* (Oxford University Press, 2018), ¶ 7.20.

³⁵ La ausencia de esta disposición resulta particularmente llamativa ya que no se ofreció ninguna explicación para ello. Véase: Alexander Witt, “Don’t infer adverse inferences – the curious omission of adverse inferences from the 2022 ICSID Arbitration Rules,” (Efila Blog, 12 de abril de 2023), <https://bit.ly/4DFtncn>.

mento establece que, salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá aplicar total o parcialmente las Directrices sobre Pruebas de la CIETAC³⁶. Aunque estas Directrices no son parte integral del Reglamento, ofrecen lineamientos para abordar la materia probatoria de manera eficiente. En el tema que nos ocupa, prevén que el tribunal podrá extraer inferencias adversas contra una parte que, sin razones justificadas, se niegue a presentar documentos previamente solicitados y ordenados por el tribunal arbitral³⁷.

Finalmente, entre los reglamentos arbitrales que regulan expresamente la facultad de extraer inferencias adversas se encuentran el Reglamento de Arbitraje del Centro Internacional de Arbitraje de Madrid³⁸, el Reglamento de Arbitraje del Centro Internacional de Resolución de Disputas (CIRD)³⁹ y el Reglamento de Arbitraje Comercial de la Asociación Americana de Arbitraje (AAA)⁴⁰. Estos instrumentos establecen, en líneas generales, que si una parte se rehúsa injustificadamente a presentar o dar acceso a un medio probatorio bajo su control, los

árbitros podrán extraer inferencias adversas o las conclusiones que estimen procedentes sobre los hechos objeto de prueba.

En cuarto lugar, ante la ausencia de normas explícitas sobre las inferencias adversas, las partes y tribunales arbitrales suelen recurrir a las directrices del *soft law*. En este contexto, las Reglas sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional de la *International Bar Association* (Reglas de la IBA)⁴¹ y las Reglas sobre la Tramitación Eficiente de los Procedimientos en el Arbitraje Internacional (Reglas de Praga)⁴² cobran especial relevancia. Estas reglas ofrecen parámetros para guiar la actividad probatoria, complementar las regulaciones existentes y promover procesos arbitrales más eficientes y económicos.

En el tema que nos ocupa, las Reglas de la IBA disponen que si una parte no presenta los documentos o pruebas relevantes solicitados por la otra parte sin una explicación justificada y sin haber objetado la solicitud de producción en el tiempo oportuno, o no presenta los in-

³⁶ Reglamento de Arbitraje de Inversiones de la CIETAC (2024), artículo 41.4, <https://bit.ly/3XIyQwg>.

³⁷ Directrices sobre Pruebas de la CIETAC (2015), artículo 23, <https://bit.ly/3M15wjm>.

³⁸ Reglamento de Arbitraje del Centro Internacional de Arbitraje de Madrid (2020), artículo 24.2(d), <https://bit.ly/3LYjqTs>.

³⁹ Reglamento de Arbitraje Internacional del CIRD (2021), artículo 24.9, <https://bit.ly/3yAb94Z>. El CIRD es la división internacional de la Asociación Americana de Arbitraje.

⁴⁰ Reglamento de Arbitraje Comercial de la AAA (2022), regla 24(d), <https://bit.ly/3LZdU2Z>.

⁴¹ Reglas de la International Bar Association sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional (2020), <https://bit.ly/3WAgLUQ>. Para un examen de la evolución de las Reglas de la IBA, véase: Roman Khodykin, et al., *A Guide to the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration* (Oxford University Press, 2019), 1–20.

⁴² Reglas sobre la Tramitación Eficiente de los Procedimientos en el Arbitraje Internacional (Reglas de Praga) (2018), <https://bit.ly/3iBfwC3>.

strumentos probatorios que el tribunal arbitral le haya ordenado producir, el tribunal podrá inferir que dichos instrumentos probatorios son contrarios a los intereses de esa parte⁴³.

Por su parte, las Reglas de Praga establecen que si una parte incumple, sin razón justificada, la orden del tribunal arbitral, el órgano decisorio puede cuando lo considere apropiado extraer una inferencia adversa en relación con esa circunstancia específica⁴⁴.

Como se observa, la facultad de extraer inferencias adversas bajo las Reglas de la IBA y las Reglas de Praga no se limita a incumplimientos en la producción de documentos, sino que abarca cualquier tipo de instrumento probatorio requerido, incluyendo declaraciones de testigos⁴⁵. Esta amplitud busca incentivar la cooperación de las partes con el tribunal y fortalecer la integridad del proceso probatorio⁴⁶.

Por último, es común que los tribunales arbitrales dicten órdenes procesales donde establezcan expresamente que los

árbitros están autorizados a extraer inferencias adversas como consecuencia de la falta de producción de documentos o pruebas requeridas⁴⁷. Además, es frecuente que en sus órdenes procesales los tribunales adoptan expresamente los requerimientos establecidos por el *soft law*⁴⁸.

IV. Requisitos

La normativa que faculta al tribunal arbitral para extraer inferencias adversas, sea de manera explícita o implícita, no suele especificar las circunstancias necesarias para su aplicación. Sin embargo, de la redacción de las Reglas de la IBA se deducen dos condiciones formales mínimas que deben satisfacerse. Adicionalmente, la jurisprudencia arbitral ha adoptado una serie de criterios procesales y sustantivos, formulados por el profesor Jeremy Sharpe, para determinar la procedencia de estas inferencias.

A. Reglas de la IBA

De acuerdo con las Reglas de la IBA, el tribunal arbitral puede inferir que determinados elementos probatorios son des-

⁴³ Reglas de la IBA, artículo 9.6 y 9.7.

⁴⁴ Reglas de Praga, artículo 10. Para un análisis de esta disposición, véase: Miroslav Dubovský y Pavlína Trchalíková, "Adverse Inferences Drawn In International Arbitration under The Prague Rules," *Revista Română de Arbitraj*, Vol. 13, No. 2 (2019): 30-35, <https://bit.ly/3M2VM8i>.

⁴⁵ Al respecto, véase la jurisprudencia examinada en la sección VI.B, *infra*.

⁴⁶ En Venezuela, las Reglas de la Asociación Venezolana de Arbitraje sobre Pruebas facultan al tribunal arbitral a extraer inferencias ante el incumplimiento injustificado de presentar pruebas. La parte que solicite tal inferencia debe fundamentar su petición y precisar la conclusión que se desprende de dicha omisión. Véase: Reglas AVA sobre Pruebas (2021), artículo 4.3 <https://bit.ly/3YAOY9s>.

⁴⁷ Así, por ejemplo: *Churchill Mining PLC y Planet Mining Pty Ltd v. República de Indonesia*, CIADI (Caso No. ARB/12/14), Orden Procesal No. 1 de fecha 6 de diciembre de 2012, ¶ 15.9, <https://bit.ly/3SHI-JwI>.

⁴⁸ *Dresser-Rand Group Inc. et al. v. Société Diana Capital et al.*, Corte de Apelación de París, Sentencia No. 15/06036 de fecha 28 de febrero de 2017, ¶ 19, <https://bit.ly/4fzgEllb>.

favorables para la parte que rehúsa presentarlos en dos escenarios: (i) cuando una parte solicita la exhibición de un documento o prueba específica, y la contraparte, sin objetar oportunamente, rehúsa producirlo y no presenta una justificación razonable para ello; y (ii) cuando el tribunal ordena la presentación de material probatorio y la parte incumple injustificadamente dicha orden⁴⁹.

En ambos supuestos es imperativo que opere un requerimiento previo y que se le garantice a la parte requerida su derecho a la defensa. Pasamos a referirnos a cada uno de estos requisitos.

1. Requerimiento previo

Para que un tribunal arbitral pueda extraer una inferencia adversa es necesario que exista una solicitud previa de producir un determinado instrumento probatorio. Este requerimiento puede provenir de la contraparte o del tribunal arbitral. La mera omisión de aportar voluntariamente un elemento probatorio, sin que haya mediado una exigencia previa, resulta insuficiente para justificar tal inferencia⁵⁰.

Si se trata de una solicitud de una parte, esta debe versar sobre documentos específicos, relevantes para el caso y sustanciales para su resolución⁵¹. Además, estos instrumentos deben estar en posesión o control de la parte a la que se le solicita la producción y no estar protegidos por privilegios o impedimentos legales⁵². En caso de que existan diferencias entre las partes, el tribunal decidirá acerca de la admisibilidad y disponibilidad de los documentos solicitados⁵³.

En caso de que el tribunal estime que la solicitud cumple con los requisitos y que no son aplicables las causales de exclusión, ordenará la producción de los documentos. El tribunal puede, además, por iniciativa propia, requerir a las partes que produzcan determinados instrumentos probatorios. Por tanto, la orden del tribunal puede dictarse a solicitud de parte o de oficio⁵⁴.

Con relación a este punto, existe un debate doctrinal sobre si es imprescindible el incumplimiento de una orden directa del tribunal⁵⁵, o si basta con desatender una solicitud de producción de documentos de parte para extraer inferencias

⁴⁹ Reglas de la IBA, artículo 9.6 y 9.7.

⁵⁰ Reglas de la IBA, artículo 9.6 y 9.7. Al respecto, véase: Vera Van Houtte, "Adverse Inferences in International Arbitration," *ICC Dossier: Written Evidence and Discovery in International Arbitration: New Issues And Tendencies*, Vol. 6 (2009): 201.

⁵¹ Reglas de la IBA, artículo 3.3(a), y (b).

⁵² Reglas de la IBA, artículos 3.3(c) y 9.2.

⁵³ Reglas de la IBA, artículo 3.5-3.7.

⁵⁴ Reglas de la IBA, artículo 3.10.

⁵⁵ La autora Van Houtte sostiene que una parte no está obligada a producir pruebas a menos que el tribunal arbitral así lo ordene. En consecuencia, no procede la aplicación de inferencias adversas contra la parte que se abstiene de producir las pruebas solicitadas, salvo que exista una orden específica del tribunal en tal sentido y esta haya sido desatendida. Van Houtte, "Adverse Inferences," 202.

adversas⁵⁶. Nuestra interpretación, basada en la redacción textual de las Reglas de la IBA, se inclina por la segunda opción. El artículo 9.6 establece:

Si una Parte no suministra, sin explicación satisfactoria, un Documento requerido en una Solicitud de Exhibición de Documentos que ella no hubiera objetado a su debido tiempo o no presenta un Documento que el Tribunal Arbitral hubiera ordenado aportar, el Tribunal Arbitral podrá inferir que ese Documento es contrario a los intereses de esa Parte⁵⁷.

Esta formulación sugiere que la mera inobservancia de una solicitud de exhibición documental, sin necesidad de una orden expresa del tribunal, es suficiente para dar por cumplida esta exigencia y justificar una inferencia adversa. No obstante, esta condición por sí sola no basta. Deben concurrir otros requisitos, que analizaremos a continuación, para que el tribunal pueda legítimamente extraer tales inferencias.

2. Garantía del derecho a la defensa

Además de la solicitud previa, es imperativo que la parte requerida tenga la oportu-

dad de oponerse al pedido de exhibición probatoria⁵⁸. Esta objeción puede fundamentarse en el incumplimiento de los requisitos básicos para la producción de documentos (especificidad, relevancia, custodia y control, etc.) o en la existencia de un obstáculo legal o físico que impida su producción (privilegios legales, secretos comerciales, excesiva onerosidad, pérdida o destrucción del material probatorio, economía procesal, falta de proporcionalidad, entre otros)⁵⁹.

La no objeción por parte del requerido se interpreta como una aceptación tácita de la solicitud de producción probatoria. Por el contrario, una objeción válida impide que el tribunal pueda extraer inferencias adversas⁶⁰.

Por otro lado, el solicitante tiene la posibilidad de explicar los motivos por los cuales no le es posible producir el documento o la prueba solicitada, salvaguar-

⁵⁶ Por su parte, los autores Greenberg y Lautenschlager señalan que según los artículos 9.6 y 9.7 de las Reglas de la IBA, en principio, podría proceder una inferencia adversa sin que medie una orden expresa del tribunal arbitral para la producción de pruebas. Esta situación podría ocurrir cuando una parte solita la producción de pruebas y su contraparte, habiendo recibido dicha solicitud, no presenta objeciones ni cumple voluntariamente con la producción solicitada. Simon Greenberg y Felix Lautenschlager, "Adverse Inferences in International Arbitral Practice," *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 22, No. 2 (2011): 48.

⁵⁷ Reglas de la IBA, artículo 9.6.

⁵⁸ Reglas de la IBA, artículo 9.2. Véase: Urdaneta, "La producción de documentos," 292-295.

⁵⁹ Reglas de la IBA, artículo 9.2-9.3.

⁶⁰ Nigel Blackaby, Constantine Partasides y Alan Redfern, *Redfern and Hunter on International Arbitration* (Oxford University Press, 2022), ¶ 6.117.

dando así su derecho a la defensa⁶¹. En la práctica arbitral, cuando una parte omite producir la evidencia solicitada y no presenta objeciones, el tribunal suele concederle un plazo adicional para aportar los medios probatorios requeridos o justificar su omisión, advirtiéndole sobre la posibilidad de que se extraigan inferencias adversas en caso de incumplimiento.

Por supuesto, si el tribunal considera razonable o válida la justificación proporcionada, se abstendrá de extraer inferencias negativas. El caso *Apotex v. Estados Unidos* ilustra esta situación. Durante el proceso arbitral, la parte demandante instó al tribunal a extraer una inferencia adversa contra la demandada, alegando una producción probatoria insuficiente. En su defensa, la demandada alegó que la legislación estadounidense prohibía a la US Food and Drug Administration (FDA) divulgar cierta información de terceros, restricción aplicable incluso a los propios abogados de la demandada. Tras evaluar esta justificación, el tribunal decidió no aplicar la inferencia adversa solicitada⁶².

B. Test Sharpe

Luego de analizar la jurisprudencia del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados

Unidos, el profesor Sharpe identificó una serie de directrices para orientar el análisis del tribunal sobre las inferencias adversas. Estos criterios, conocidos como el “test Sharpe” son los siguientes: (i) corroboración de la inferencia, (ii) custodia de la evidencia omitida; (iii) razonabilidad, consistencia y relación lógica de la inferencia con el contenido de la prueba omitida; (iv) demostración *prima facie* de los alegatos; y (v) conocimiento real o presunto de las consecuencias de la omisión y de la necesidad de aportar evidencias que refuten la inferencia solicitada⁶³. A continuación, examinaremos brevemente estos elementos, destacando su aplicación en la práctica arbitral.

1. Corroboración de la inferencia

El solicitante debe proporcionar todas las pruebas disponibles que corroboren la inferencia solicitada. Los árbitros no extraerán consecuencias negativas que conduzcan a un laudo contra una parte que no haya presentado pruebas si el propio solicitante tiene o puede tener acceso a elementos que respalden la inferencia solicitada, pero se rehúsa a presen-

⁶¹ De acuerdo con los artículos 9.6 y 9.7 de las Reglas de la IBA, la aplicación de inferencias adversas requiere que la parte requerida no haya proporcionado una “explicación satisfactoria” por su falta de producción de documentos.

⁶² *Apotex Holdings Inc y Apotex Inc v. Estados Unidos de América*, CIADI (Caso No. ARB(AF)/12/1), Laudo de fecha 25 de agosto de 2014, ¶¶ 8.72 (solicitud de inferencia), 3.205 (defensa), 8.72 (decisión del tribunal), <https://bit.ly/46HGuiG>.

⁶³ Sharpe, “Drawing Adverse,” 551.

tarlos⁶⁴. Con ello se pretende evitar las llamadas “*fishing expeditions*”⁶⁵.

Por ejemplo, en el caso *American Farm Products v. Irán*, el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos ordenó a la demandada producir los documentos de propiedad de una determinada empresa. La demandada alegó que no podía encontrar estos documentos y que además los mismos no estaban bajo su control. Ante ello, el demandante solicitó que el tribunal infiriera que Irán era propietario del 40% de la compañía en cuestión. El tribunal rechazó la inferencia ya que concluyó que el demandante no había proporcionado otras pruebas a las que pudo tener acceso para corroborar la inferencia solicitada⁶⁶.

En otro caso, bajo los auspicios de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), el tribunal arbitral se negó a extraer inferencias adversas de la falta de presentación de determinados libros de contabilidad, ya que quien solicitó la inferencia había rechazado previamente la

oferta de la otra parte para inspeccionar los documentos en cuestión⁶⁷.

2. Custodia de la evidencia omitida

Las pruebas no aportadas deben estar en poder de la parte que no las presentó o ser accesibles a ella. Este requerimiento opera también como límite al alcance de la producción de documentos ya que es necesario que el solicitante demuestre que lo solicitado está o debería estar, bajo el poder, custodia o control de la otra parte⁶⁸.

Al examinar si una prueba no presentada está bajo el poder, custodia o control de la parte requerida, los tribunales deben aplicar el criterio de razonabilidad. De lo contrario, pueden comprometer la validez del eventual laudo por violación al debido proceso y al principio de igualdad entre las partes.

En este sentido, los tribunales arbitrales pueden inferir que una parte tiene o podría tener acceso a elementos probatorios específicos sobre la base de los hechos y circunstancias del caso, las

⁶⁴ Sharpe, “Drawing Adverse,” 554; Nathan O’Malley, *Rules of Evidence in International Arbitration: An Annotated Guide* (Informa Law, 2012), 217.

⁶⁵ Este término proviene de la analogía con un pescador que lanza su red al agua sin saber exactamente qué podrá pescar, si es que consigue hacerlo. El solicitante de la inferencia debe demostrar al tribunal que existen bases razonables para la misma. Por tanto, debe presentar elementos, aunque sean circunstanciales, que respalden su solicitud o explicar por qué no puede aportarlos.

⁶⁶ *American Farm Products International, Inc. v. Cyrus Consulting Engineers y la República Islámica de Irán*, Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, Laudo No. 356-190-2 de fecha 5 de abril de 1988, ¶ 8, <https://bit.ly/4dGZ78Z>.

⁶⁷ Caso CCI No. 10166, Laudo Final, ¶ 12.28 parcialmente citado en Jeremy Sharpe, “Adverse Inferences,” en *Handbook of Evidence in International Commercial Arbitration: Key Concepts and Issues*, Franco Ferrari y Friedrich Rosenfeld eds. (Kluwer Law International, 2022), 377.

⁶⁸ Véase: Sharpe, “Adverse Inferences,” 378-379 y los laudos ahí citados. Véase también: Reglas de la IBA, artículo 3(c).

declaraciones previas de las partes o sus obligaciones legales y tributarias. Por ejemplo, el tribunal arbitral en un caso ante la CCI concluyó que la declaración de una parte sobre la inexistencia de ciertos documentos contradecía sus obligaciones bajo la *Foreign Corrupt Practices Act*. Esta ley le exigía a la parte mantener registros fidedignos de las operaciones de su empresa. En consecuencia, el tribunal extrajo una inferencia adversa a los intereses de dicha parte⁶⁹.

Por su parte, el arbitraje *FREIF v. España*, ofrece importantes lineamientos sobre la importancia de la precisión y especificidad en las solicitudes de inferencias adversas. En dicho caso, el tribunal, previa solicitud de la demandante, ordenó a España producir los cálculos utilizados para establecer los incentivos en sus leyes sobre energía renovable. La demandada afirmó que al fijar los incentivos siempre contempló una tasa de retorno del 7%, sin embargo, omitió presentar los soportes por no haber podido localizarlos. En la audiencia, un testigo de la demandada se refirió a su participación en la elaboración de dichos cálculos. Ello llevó a la demandante a so-

licitar una inferencia adversa sugiriendo que España pretendía superar la tasa del 7% de retorno. El tribunal rechazó esta solicitud al considerar que la demandante no especificó qué documentos existían ni cómo España podría tendría acceso a ellos⁷⁰.

Los tribunales deben evaluar si existe una justificación razonable para la falta de presentación de pruebas aun cuando las mismas estén o pudieron estar a disposición de la parte requerida⁷¹. Esto puede ocurrir, por ejemplo, en caso de destrucción de documentos por una causa extraña no imputable o debido a una política de retención de documentos establecida antes del inicio de la controversia. Ahora bien, si esta política fue recientemente adoptada o si el documento se destruyó después de surgida la controversia, es lógico suponer que el tribunal se muestre escéptico ante la justificación proporcionada⁷².

Por último, en la práctica arbitral internacional surge la cuestión de si se puede exigir a una parte la presentación de documentos en posesión de sus empresas subsidiarias o afiliadas, y en su caso, las

⁶⁹ Caso CCI No. 9333, Laudo Final, parcialmente citado en *ASA Bulletin*, Vol. 19, No. 4 (2001): 769.

⁷⁰ *FREIF Eurowind Holdings Ltd v. Reino de España*, Cámara de Comercio de Estocolmo (Caso No. 2017/060), Laudo de fecha 08 de marzo de 2017, ¶¶ 117-124 (solicitud de la inferencia), 125-128 (alegatos de España contra la inferencia), 563 (decisión del Tribunal), <https://bit.ly/3YGrmQK>.

⁷¹ Sharpe, "Adverse Inferences," 378.

⁷² Un árbitro formado en el sistema del *common law* podría además extraer conclusiones adversas de la destrucción de evidencias, aplicando la doctrina de la destrucción o alteración de material probatorio. Para aplicar esta doctrina, generalmente se consideran los siguientes elementos: (i) la destrucción o alteración de una prueba, (ii) la relevancia de esa prueba para el procedimiento, (iii) la intencionalidad de la destrucción, (iv) la temporalidad de la destrucción y su cercanía con los procedimientos y (v) la imputabilidad de la destrucción a la parte o sus agentes. Véase: Margaret Koesele y Tracey Turnbull eds., *Spoilation of Evidence* (American Bar Association, 2006), 58-63.

consecuencias de incumplir con dicha solicitud. La jurisprudencia ha interpretado extensivamente el término “control”, para abarcar no solo los archivos de la parte directamente involucrada, sino también los de su grupo corporativo y empresas asociadas⁷³. Los tribunales suelen solicitar a las partes que produzcan estos documentos o, como mínimo, demuestren haber realizado sus mejores esfuerzos para obtenerlos. En casos donde se alega la inexistencia del documento o falta de control sobre el mismo, es habitual que los árbitros requieran un informe detallado de las gestiones realizadas, incluyendo las fuentes consultadas, so pena de inferir que el documento es desfavorable para los intereses de esa parte⁷⁴.

3. Razonabilidad, consistencia y relación lógica

La inferencia debe ser razonable, consistente con los hechos documentados en el expediente y guardar una relación lógica con el contenido probable de la prueba no presentada⁷⁵.

En primer lugar, la razonabilidad implica que la inferencia se derive de hechos y circunstancias generalmente conocidos mediante un razonamiento coherente y fundamentado. La inferencia no puede

basarse en meras conjeturas o en la intuición de los árbitros. Sólo debe inferirse la existencia de un hecho determinado si están presentes las circunstancias que normalmente acompañan a tal acto⁷⁶. Por ejemplo, un tribunal puede examinar el retardo prolongado e injustificado de una parte en objetar una cantidad de dinero e inferir que si dicho monto hubiese sido incorrecto, probablemente la parte no habría tardado en cuestionarlo. Esta inferencia sería válida a menos que la parte impugnante proporcione una explicación convincente o presente pruebas que justifiquen su retardo.

En segundo lugar, la inferencia debe ser congruente y consistente con los hechos establecidos en el expediente. Esto implica que debe existir una correspondencia entre la consecuencia inferida y la información probada. La inferencia debe reforzar o complementar los hechos documentados en el expediente, pero no contradecirlos⁷⁷.

La razonabilidad y la consistencia son dos aspectos distintos pero complementarios en la evaluación de inferencias adversas. La razonabilidad se refiere a la coherencia con hechos conocidos en términos generales, mientras que la congruencia con las pruebas examina cómo

⁷³ Por ejemplo, consúltese: *CME Czech Republic B.V. v. República Checa*, CNUDMI, Laudo de fecha 14 de marzo de 2003, ¶ 65, <https://bit.ly/3fU4XIG>.

⁷⁴ *Tidewater Inc et al., v. República Bolivariana de Venezuela*, CIADI (Caso No. ARB/10/5), Orden Procesal No. 1 de fecha 29 de marzo de 2011, 8-9, <https://bit.ly/3sbrsgN>.

⁷⁵ Sharpe, “Drawing Adverse,” 558.

⁷⁶ Rizzo Amaral, “Burden of Proof,” 9.

⁷⁷ Sharpe, “Drawing Adverse,” 560-651.

la inferencia se alinea específicamente con la evidencia concreta introducida en el expediente.

La importancia de la congruencia entre las inferencias solicitadas y los hechos documentados en el expediente se pone de manifiesto en la decisión recaída en el caso *Methanex v. Estados Unidos*. En este caso, Methanex acusó a California de implementar regulaciones sobre aditivos de gasolina para favorecer intereses locales en violación del entonces vigente Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Además, alegó que el Gobernador de California fue indebidamente influenciado por donaciones políticas efectuadas por productores de etanol. La demandante solicitó inferencias adversas contra Estados Unidos por no proporcionar documentos sobre la negociación del Tratado de Libre Comercio y omitir presentar declaraciones testimoniales de quienes tuvieran conocimiento sobre la materia. El tribunal efectuó un análisis exhaustivo de las pruebas y, si bien reconoció la dificultad de proporcionar evidencias directas de corrupción, concluyó que no existía un patrón que permitiera inferir corrupción. Por tanto, determinó que las inferencias solicitadas no eran consistentes

con los hechos que constaban en el expediente⁷⁸.

Por último, debe existir una conexión lógica entre la inferencia y la prueba omitida. El tribunal debe abstenerse de extraer una inferencia adversa si no está convencido de que la prueba, de ser producida, corroboraría la conclusión que se pretende inferir⁷⁹.

En consecuencia, es importante que quien solicite la inferencia indique claramente qué conclusión desea que se extraiga. Además, deben existir en el expediente elementos o indicios que permitan determinar el contenido general de la prueba omitida. Por ello, es importante que la solicitud de producción de documentos sea específica e identifique, en la medida de lo posible, los autores y el supuesto contenido de la evidencia requerida⁸⁰.

La doctrina, al examinar este requisito, cita la decisión *INA Corporation v. República Islámica de Irán* del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos. En este caso, la demandada alegó que la demandante no tenía derecho a compensación por la expropiación de sus acciones en una compañía iraní ya que la empresa tenía un patrimonio neto negativo. Para respaldar su valuación, presentó un informe de auditoría que ha-

⁷⁸ *Methanex Corporation v. Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo de fecha 3 de agosto de 2005, Parte II, Capítulo B, ¶ 22 (solicitud de producción documental), Parte II, Capítulo C, ¶ 23 (solicitud de inferencias adversas), Parte III, Capítulo B, ¶ 57 (decisión del tribunal sobre las inferencias), <https://bit.ly/4dGp8Fp>.

⁷⁹ Rizzo Amaral, "Burden of Proof," 9-10.

⁸⁰ Reglas de la IBA, artículo 3(a).

cía referencia a ciertas prácticas contables cuestionables. A la demandada se le ordenó producir los soportes del informe, pero se negó. Ante ello, el tribunal infirió que sin examinar estos documentos, no podía evaluar el informe de auditoría. Por tanto, concluyó que el informe carecía de valor probatorio. Esta fue, en criterio del tribunal, la conclusión lógica derivada de la relación entre la inferencia y la prueba omitida⁸¹.

4. Demostración *prima facie*

La parte que solicita la inferencia adversa debe proporcionar prueba *prima facie* de las pretensiones o defensas alegadas. Se entiende por prueba *prima facie* aquella que, a simple vista, es suficiente para establecer un hecho, a menos que sea refutada o contradicha⁸². El profesor Sharpe sostiene que la evidencia para el estándar *prima facie* debe ser razonablemente coherente, completa y detallada, aunque no necesariamente concluyente o definitiva. Este estándar no se cumple si la prueba se contradice a sí misma o no concuerda con lo que afirma el solicitante⁸³.

Por ejemplo, en el caso *Marvin Feldman v. Mexico*, el demandante –un revendedor de cigarrillos– alegó haber

recibido un trato discriminatorio por habersele negado ciertos reembolsos por exportaciones que, según él, sí se le habían otorgado a un número de revendedores mexicanos. México, optó por no presentar ninguna prueba que documentara que a las empresas locales también se les habían negado las devoluciones. Ante esta omisión y dados los elementos probatorios proporcionados por el demandante, el tribunal concluyó que el actor había proporcionado pruebas *prima facie* de sus alegatos e infirió discriminación por parte de la demandada⁸⁴.

Por el contrario, en el caso *Serafín García Armas v. Venezuela*, el tribunal rechazó la solicitud de extraer inferencias adversas. Si bien la demandada no cumplió con la orden de producir los libros de contabilidad que, en criterio del solicitante, permitirían establecer los préstamos reclamados; el tribunal concluyó que el demandante no aportó pruebas que permitieran establecer, con un mínimo de probabilidad, una relación de débito y crédito entre las partes. Por tanto, determinó que el solicitante de la

⁸¹ *INA Corporation v. República Islámica de Irán*, Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, Laudo No. 184-161-1 de fecha 13 de agosto de 1985, ¶¶ 37 (omisión de la demandada a presentar los soportes del informe), 35-36 (decisión del tribunal sobre el valor probatorio del informe), <https://bit.ly/3WXSn0E>. Para un examen de esta decisión, véase: Sharpe, “Adverse Inferences,” 381-382.

⁸² Para un examen de la evidencia *prima facie*, véase: O’Malley, *Rules of Evidence*, 211-214.

⁸³ Sharpe, “Adverse Inferences,” 382-383.

⁸⁴ *Marvin Feldman v. Estados Unidos Mexicanos*, CIADI (Caso No. ARB(AF)/99/1), Laudo de fecha 16 de diciembre de 2002, ¶¶ 177-178, <https://bit.ly/4fC173Z>.

inferencia no había acreditado *prima facie* sus pretensiones⁸⁵.

Por último, un sector de la doctrina, al examinar la naturaleza *prima facie* de la prueba, distingue entre inferencias “impropias” y “propias”. Las inferencias “impropias” se producen cuando la evidencia *prima facie* presentada es suficiente por sí sola para probar el hecho, en tanto no se aporten elementos probatorios que la rebatan. En contraste, las inferencias “propias” surgen cuando la prueba, aunque insuficiente para establecer el hecho por sí misma, proporciona una base que hace que el hecho alegado sea plausible⁸⁶. En este último caso, quienes respaldan esta teoría, sostienen que el tribunal podrá alcanzar una conclusión razonada sobre la base de la inferencia adversa y la evidencia *prima facie* proporcionada, aunque esta última no sea suficiente para establecer el hecho⁸⁷.

5. Conocimiento real o presunto de las consecuencias de la omisión

La parte contra la que se pretende aplicar una inferencia debe estar al tanto, o tener fundamentos razonables para estarlo, de la necesidad de aportar evidencias que refuten la inferencia solicitada.

El tribunal arbitral debe, en la medida de lo posible, advertir a la parte requerida sobre sus cargas probatorias y las consecuencias de incumplir una orden o una solicitud de producción de pruebas⁸⁸.

Una decisión que ordena la producción de determinados documentos se considera, por sí misma, motivo suficiente para que la parte requerida comprenda que su inobservancia podría generar inferencias adversas, aun cuando no advierta expresamente las consecuencias del eventual incumplimiento⁸⁹. Sin embargo, si la solicitud de producción o exhibición documental es rechazada, el solicitante no podrá posteriormente requerir una inferencia adversa por la falta de presentación de tales documentos.

Este principio se ilustra claramente en el caso *Transportes Ferreos de Venezuela, C.A. et al. v. CVG Ferrominera Orinoco*. En este procedimiento, el tribunal, habiendo rechazado previamente la solicitud de requerir a uno de los demandantes la producción de registros financieros sobre el mantenimiento y reparación de un buque, se negó a extraer inferencias adversas contra ese demandante. El razonamiento fue que, al no existir la obligación de producir estos documentos, la demandada carecía de

⁸⁵ *Serafín García Armas y Karina García Gruber v. República Bolivariana de Venezuela*, Corte Permanente de Arbitraje (Caso No. 2013-3), Laudo de fecha 26 de abril de 2019, ¶¶ 504-507, <https://bit.ly/3MOEPeF>.

⁸⁶ Al respecto, véase: Greenberg y Lautenschlager, “Adverse Inferences,” 45-47.

⁸⁷ Greenberg y Lautenschlager, “Adverse Inferences,” 46-47.

⁸⁸ Sharpe, “Drawing Adverse,” 568-569.

⁸⁹ O’Malley, *Rules of Evidence*, 220-221.

fundamento para solicitar tal inferencia⁹⁰.

Ahora bien, la mera ausencia de una advertencia específica sobre las consecuencias de no producir una prueba relevante no constituye fundamento suficiente para que las partes impugnen la extracción de eventuales inferencias adversas. Así, como examinaremos posteriormente, lo dejó establecido la Corte de Apelaciones de París en el caso *Dresser-Rand Group* al rechazar una solicitud de anulación parcial de un laudo arbitral por supuestas irregularidades procesales en materia de inferencias adversas⁹¹.

En nuestro criterio, en aras de preservar la integridad del laudo y evitar ulteriores procedimientos de anulación, el tribunal arbitral debe ofrecer a las partes la oportunidad de justificar cualquier incumplimiento en la producción de instrumentos probatorios y advertirles de las posibles consecuencias de su inacción. Asimismo, al momento de extraer una inferencia adversa, es recomendable que el tribunal deje constancia detallada del proceso seguido. Esto incluye documentar la solicitud u orden de producción de documentos, el incumplimiento de la parte requerida y la advertencia previa sobre las consecuencias de dicho incumplimiento. Esta documentación minuciosa no sólo refuerza el fundamento de

la inferencia adversa, sino que también minimiza el riesgo de impugnaciones posteriores del laudo.

V. Consecuencias

Una vez establecidas las condiciones que guían la discrecionalidad del tribunal para extraer una inferencia adversa, procedemos a analizar las consecuencias de tal decisión y especialmente su relación con la distribución de la carga de la prueba.

A. Consideraciones generales

La decisión sobre si extraer o no inferencias adversas forma parte del proceso de valoración probatoria del tribunal arbitral y generalmente se reserva para el laudo o decisión final. Esta práctica permite a los árbitros examinar la totalidad del material probatorio antes de determinar el peso que se debe otorgar a la falta de presentación de evidencias específicas.

En este contexto, las inferencias adversas juegan un papel importante al subsanar lagunas probatorias y facilitar la comprobación, de manera circunstancial o indirecta, de los hechos alegados. Aunque por sí mismas no constituyen pruebas concluyentes, su impacto en el procedimiento arbitral no debe subestimarse. Las inferencias, además de complementar y fortalecer otras pruebas del

⁹⁰ *Transportes Ferreos de Venezuela C.A., Transferven Ltd. y Segmar Ltd v. CVG Ferrominera Orinoco*, Sociedad de Arbitraje Marítimo, Laudo de fecha 10 de enero de 2007 (consultado en original), 29 (solicitud de inferencia), 30-31 (decisión del tribunal sobre la inferencia).

⁹¹ *Dresser-Rand Group Inc. et al. v. Société Diana Capital et al.*, Corte de Apelación de París, Sentencia No. 15/06036 de fecha 28 de febrero de 2017, <https://bit.ly/4fzgElb>. Véase: sección VII, *infra*.

expediente, pueden influir en el análisis del tribunal sobre el estándar probatorio requerido para establecer determinados hechos. Ello podría, eventualmente inclinar la balanza a favor de la parte que las solicita⁹².

La relevancia de la inferencia está estrechamente relacionada con la pertinencia de la información no producida. De ahí la importancia de que el solicitante establezca de manera inequívoca la consistencia de la inferencia con los hechos documentados en el expediente y su conexión lógica con el contenido probable de la prueba no presentada.

En este sentido, el caso *Europe Cement v. Turquía* es significativo. En la etapa jurisdiccional, se discutió si las demandantes habían adquirido participaciones en dos empresas turcas lo que, en criterio de los actores, constituía su inversión. Las demandantes afirmaron haber adquirido dicha participación y tener los libros de accionistas que así lo evidenciaba. El tribunal ordenó su producción, sin embargo, las demandantes incumplieron. Ante ello, el tribunal infirió que la falta de presentación se debía a una de dos razones: o bien las demandantes no tenían los libros en su

poder, o, de tenerlos, estos no habrían resistido una auditoría forense⁹³.

Tras examinar el conjunto de pruebas, el tribunal concluyó que las demandantes no eran propietarias de las acciones en las empresas turcas y, por tanto, carecía de jurisdicción para decidir el caso. Si bien el tribunal enfatizó explícitamente que el expediente probatorio por sí mismo fundamentaba su decisión, resulta complejo determinar el grado de influencia que la inferencia adversa pudo haber ejercido en el laudo final⁹⁴. Este caso ilustra la sutil pero potencialmente significativa interacción entre las inferencias adversas y el resto del material probatorio en la formación del criterio del tribunal arbitral.

B. Carga de la prueba

La convergencia de diversas tradiciones jurídicas en el arbitraje internacional se pone de relieve en el ámbito de la carga de la prueba. Es común que se extrapolen nociones y conceptos propios del *common law* o del *civil law* a la materia probatoria lo que genera cierta confusión ya que los conceptos no siempre son directamente transferibles entre sistemas. Por ello conviene abordar de manera sumaria y clara el impacto de las

⁹² Para una visión panorámica de los efectos de las inferencias adversas, puede consultarse: Menalco Solís, “Adverse inferences in investor–state arbitration,” *Arbitration International*, Vol. 44, No. 1 (2018): 87–91.

⁹³ *Europe Cement Investment & Trade SA v. República de Turquía*, CIADI (Caso No. ARB(AF)/07/2), Laudo de fecha 13 de agosto de 2009, ¶¶ 48 (solicitud de producción de documentos), 63, 99 (solicitud de inferencia adversa), 152 (decisión del tribunal sobre la inferencia), <https://bit.ly/37xact2>.

⁹⁴ *Europe Cement v. Turquía*, ¶ 164.

inferencias adversas en la carga probatoria y el estándar probatorio.

El punto de partida, se encuentra en la máxima “*onus probandi actori incumbit*”: cada parte tiene la carga de probar los hechos que alega. La insuficiencia probatoria conlleva el riesgo de que las reclamaciones o defensas sean desestimadas. Lógicamente, el riesgo inicial de no producir pruebas suficiente recae sobre el demandante, aunque el derecho aplicable puede contener presunciones o reglas específicas sobre la distribución de la carga de la prueba que afecten la manera como el tribunal determine quién asume dicho riesgo⁹⁵.

Por su parte, el estándar probatorio permite determinar si las pruebas aportadas son suficientes para establecer los hechos en cuestión. Como hemos señalado, la parte que presenta una reclamación o defensa debe proporcionar las pruebas que respalden su afirmación. Una vez que aporte evidencias *prima facie*, es decir, pruebas que proporcionen al tribunal el nivel mínimo de certeza admisible para justificar que un

alegato es más probable que improbable, corresponderá a la otra parte rebatir dichas pruebas so pena de que el hecho se considere probado⁹⁶.

En este sentido, una parte puede requerir que los árbitros extraigan inferencias adversas para complementar el vacío probatorio causado por el incumplimiento de su contraparte a presentar instrumentos que están en su poder. Ahora bien, en nuestro criterio la inferencia adversa no implica una inversión de la carga de la prueba para hacerla recaer sobre la parte contra quien se extrae la inferencia. A lo sumo, la inferencia flexibiliza el estándar probatorio, permitiendo a una parte cumplir con su carga probatoria mediante pruebas indirectas o circunstanciales. No obstante, las inferencias no eximen a esa parte de su carga de probar sus alegatos a través de otros medios tanto más cuanto quien solicita la inferencia debe proporcionar pruebas *prima*

⁹⁵ El derecho sustantivo añade una capa adicional de complejidad al análisis de la distribución de la carga de la prueba en el arbitraje internacional. En el Derecho venezolano, por ejemplo, la distribución de la carga de la prueba se encuentra regulada en los artículos 506 del Código de Procedimiento Civil y 1354 del Código Civil. Se admite, no sin discusiones, que para la determinación de la distribución del riesgo probatorio debe tomarse en cuenta además la disponibilidad y facilidad que puedan tener las partes para tener o aportar al proceso la prueba de los hechos debatidos. Respecto a la inversión de la carga de la prueba, esta puede producirse por la inasistencia del demandado al acto de contestación de la demanda (Código de Procedimiento Civil, art. 362) y también cuando el hecho alegado o excepcionado por alguna de las partes se encuentra amparado por una presunción *iuris tantum*. En tal caso, la parte que afirme el hecho no asumirá la carga probatoria sino que será la contraparte quien tenga la carga de aportar pruebas que desvirtúen el hecho amparado por la presunción.

⁹⁶ Para un examen detallado de la carga de la prueba y el estándar probatorio en el arbitraje internacional, puede consultarse: Gary Born, “On Burden and Standard of Proof,” en *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*, Meg Kinnear et al. eds. (Kluwer Law International, 2015), 43 – 54.

facie de sus pretensiones o defensas alegadas⁹⁷.

En contraste con nuestra posición, un sector de la doctrina y algunas decisiones arbitrales han sugerido que extraer una inferencia adversa es similar a trasladar la carga de la prueba. Así, en palabras de un tribunal CCI:

La regla general en el arbitraje internacional, así como en cualquier procedimiento, es que cada parte tiene la carga de probar los hechos que fundamentan su caso. Es decir, la parte que afirma un hecho tiene la carga de su prueba. No obstante, cuando la parte que tiene la carga de la prueba presenta pruebas suficientes para presumir que lo alegado es cierto, la carga de la prueba puede trasladarse a la otra parte para refutar dicha evidencia⁹⁸.

Ahora bien, como indicamos poco antes, la carga de probar los elementos de una pretensión o defensa recae sobre la parte que la afirma. Si el tribunal no queda convencido de la veracidad o respaldo probatorio de su afirmación, será la parte que la presentó y que, por tanto, tiene la carga de su prueba, quien asuma las consecuencias desfavorables de esta falta de convicción. Además, el incumplimiento

de una parte de una orden de producir documentos y la consiguiente extracción de una inferencia adversa en su contra, no necesariamente satisface la carga probatoria de la otra parte para establecer un hecho o alegato específico⁹⁹.

Por estas razones, algunos tribunales arbitrales han concluido que la carga de la prueba nunca se transfiere a la parte que incumple con la orden de presentar determinadas pruebas¹⁰⁰. Desde esta perspectiva, una vez que el solicitante proporciona pruebas *prima facie* de los hechos que alega, la contraparte podrá presentar sus propias evidencias que contradigan dichos hechos. Si no presenta pruebas, asume el riesgo de las consecuencias de ello y que el tribunal concluya que el solicitante satisfizo su carga de la prueba. Por el contrario, en caso de presentar elementos probatorios, el solicitante deberá aportar evidencias suplementarias, puesto que es él quien mantiene la carga de demostrar ese hecho.

⁹⁷ Al respecto, véase: *Apotex Holdings Inc y Apotex Inc v. Estados Unidos de América*, CIADI (Caso No. ARB(AF)/12/1), Laudo de fecha 25 de agosto de 2014, ¶ 8.72, <https://bit.ly/46HGUiG>.

⁹⁸ Laudo CCI dictado por un árbitro único, citado en: Greenberg y Lautenschlager, “Adverse Inferences,” 51.

⁹⁹ En este sentido, véase: Solis, “Adverse inferences,” 88-90 y la jurisprudencia ahí citada.

¹⁰⁰ *Rompetrol Group NV v. Rumania*, CIADI (Caso No. ARB/06/3), Laudo de fecha 6 de mayo de 2013, ¶ 178 (“El Tribunal no comparte aquellos alegatos que pretendan demostrar que la carga de la prueba puede, bajo ciertas circunstancias, trasladarse de la parte que originalmente la tenía a la otra parte, y luego quizás en determinadas circunstancias revertir de nuevo a la parte original. En criterio del Tribunal, estos argumentos confunden dos cuestiones distintas: por un lado, a quién corresponde la carga probatoria de una alegación particular y, por otro, si dicha alegación ha sido efectivamente acreditada mediante los medios de prueba aportados”), <https://bit.ly/3WWg5dl>.

C. *Prueba indirecta*

Las inferencias adversas se consideran pruebas indirectas o circunstanciales¹⁰¹. La evidencia directa ofrece una constatación inmediata de los hechos, en cambio las pruebas indirectas requieren un proceso deductivo adicional. Por ejemplo, una prueba directa es el testigo que declara haber visto a un niño comiendo un helado en la heladería. Por el contrario, si el testigo afirma haber observado al niño saliendo de la heladería con los labios y las manos sucias de helado, sosteniendo una servilleta usada, estamos ante una prueba indirecta que requiere un razonamiento lógico para inferir que el niño se comió un helado.

La naturaleza indirecta de las inferencias adversas implica que su peso probatorio es menor que el de las evidencias directas. Cuando el tribunal observa que una parte no presenta cierta información que está en su poder y que le fue requerida, presume que esta omisión se debe a que su contenido podría perjudicar su posición en el caso¹⁰².

Ahora bien, la inferencia de que un instrumento probatorio no presentado es contrario a los intereses de una parte no significa necesariamente que el mismo prueba las afirmaciones de hecho de quien solicita la inferencia. El caso *INA Corporation v. Iran* ejemplifica esta dis-

tinción. Como se señaló, el tribunal ordenó a la demandada presentar los documentos que respaldaban un informe de auditoría. Ante la negativa de la demandada, el tribunal concluyó que el informe carecía de valor probatorio pero se abstuvo de inferir detalles sobre el patrimonio neto de la compañía¹⁰³.

Asimismo, las inferencias adversas no son por sí mismas suficientes para determinar el resultado de un caso. Su impacto depende de la existencia de otras pruebas y de su relación con ellas. Por lo cual, el resto de las evidencias presentadas pueden perfectamente contener elementos suficientes para contrarrestar o mitigar los efectos de una inferencia adversa.

El caso *OPIC Karimun Corp. v. Venezuela* demuestra lo anterior. En este arbitraje se discutió si el artículo 22 de la ley de protección de inversiones de Venezuela contenía el consentimiento de Venezuela a la jurisdicción del CIADI. La demandante respaldó su posición con las declaraciones de un testigo que supuestamente había participado en la redacción de la ley y que señaló la existencia de un expediente administrativo que no fue producido por Venezuela. Aunque el tribunal contempló la posibilidad de inferir que el contenido de dicho expediente no favorecía la postura

¹⁰¹ Dubovský y Trchalíková, “Adverse Inferences,” 34-35.

¹⁰² Sobre la naturaleza indirecta de las inferencias adversas, véase: Van Houtte, “Adverse Inferences,” 198-199.

¹⁰³ *INA Corporation v. República Islámica de Irán*, Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, Laudo No. 184-161-1 de fecha 13 de agosto de 1985, ¶ 37, <https://bit.ly/3WXS0E>.

de Venezuela, subrayó que tales inferencias resultaban insuficientes para concluir que el país había consentido a la jurisdicción del CIADI. El tribunal hizo hincapié en que una conclusión de tal trascendencia requeriría evidencia directa y, en el caso concreto, determinó que no se habían aportado pruebas suficientes para demostrar dicho consentimiento por parte de Venezuela¹⁰⁴.

Finalmente, aunque las inferencias adversas no tienen el mismo peso probatorio que la evidencia directa, son un recurso valioso para evitar que los litigantes se vean perjudicados por la negativa injustificada de sus adversarios a presentar pruebas que están exclusivamente en su posesión. Esta negativa puede abarcar documentos, testimonios de personas con conocimiento relevante sobre los hechos en disputa y otros tipos de pruebas¹⁰⁵. Al permitir que el tribunal presuma que la evidencia no presentada sería desfavorable para quien la retiene, se pretende desalentar el incumplimiento de las órdenes de producción de pruebas y equilibrar las desventajas en el acceso a las pruebas en el proceso arbitral. Constituyen, en fin, elementos disuasivos para evitar que las partes omitan hechos esenciales a la causa o contrarios a la verdad.

VI. Jurisprudencia arbitral

La extracción explícita de inferencias adversas en el arbitraje internacional es poco frecuente, sin embargo, consideramos pertinente examinar los casos excepcionales donde se ha considerado esta posibilidad ya que ilustran las circunstancias y criterios que influyen en la decisión de los árbitros¹⁰⁶. Para ello abordaremos tres enfoques arbitrales: el rechazo, la aceptación y la falta de pronunciamiento sobre las inferencias adversas.

A. Rechazo a las inferencias adversas

Un número significativo de decisiones arbitrales rehúsa extraer inferencias adversas. Algunos tribunales consideran las inferencias poco razonables, inconsistentes con los hechos, o insuficientes para refutar otras pruebas. En otros casos, las pruebas disponibles contradicen directamente la inferencia solicitada. También se observan instancias donde los tribunales aceptan las justificaciones de las partes, rechazan invertir la carga probatoria, o consideran que la mera ausencia de un testigo no justifica conclusiones desfavorables. A continuación, haremos referencia a algunos casos que ilustran estas posiciones.

¹⁰⁴ *OPIC Karimun Corporation v. República Bolivariana de Venezuela*, CIADI (Caso No. ARB/10/14), Laudo de fecha 28 de mayo de 2013, ¶¶ 144 (falta de producción de documentos) 145 (extracción de inferencia adversa), 146 (conclusión sobre la insuficiencia de las inferencias), <https://bit.ly/4cnsXhq>.

¹⁰⁵ Véase el análisis de la jurisprudencia en la sección VI.B, *infra*.

¹⁰⁶ Este análisis se centrará en los casos donde la inferencia está directamente vinculada a la presentación de pruebas, omitiendo aquellos ya discutidos en este artículo.

1. Bayındır v. Pakistán

Los hechos del caso guardan relación con una empresa turca que fue contratada para la construcción de una autopista en Pakistán, sin embargo, la obra estuvo plagada de desacuerdos entre las partes. La situación llegó a su punto crítico cuando la autoridad nacional de carreteras rescindió el contrato y el ejército tomó el control del proyecto. La demandante inició un arbitraje bajo el Tratado Bilateral de Inversión entre Pakistán y Turquía alegando que Pakistán violó el trato justo y equitativo, el principio de nación más favorecida y la obligación de pagar una compensación justa en caso de expropiación¹⁰⁷.

La demandante denunció una supuesta conspiración del gobierno del General Musharraf para expulsar a todos los inversionistas turcos. En su criterio, la decisión de terminar su contrato fue adoptada por el propio General en una reunión del proyecto cuyo acta Pakistán no aportó al expediente. Ante ello y citando la decisión de la Corte Internacional de Justicia en el caso del *Canal de Corfú*, solicitó al tribunal inferir que la recisión contractual y su ulterior expulsión fue una decisión personal del General Musharraf por razones políticas¹⁰⁸.

El tribunal rechazó la solicitud, señalando que las pruebas disponibles demostraban que la participación del General Musharraf en el proyecto había sido limitada. Además, amonestó a la demandante por citar de manera incompleta la decisión del Canal de Corfú. En palabras del tribunal: “[E]n su referencia al caso del Canal de Corfú, la demandante ha omitido mencionar que la [CIJ] sostuvo expresamente que ‘la prueba puede extraerse de inferencias de hechos, siempre que estas no dejen lugar a dudas razonables’”¹⁰⁹. Por último, señaló que no era procedente extraer inferencias ya que el expediente probatorio ponía en duda el grado de implicación del General Musharraf en la exclusión de la demandante¹¹⁰.

2. Glamis Gold v. Estados Unidos

La demandante, una empresa minera canadiense, solicitó permisos a las autoridades estatales de California para desarrollar un proyecto en la Reserva del Desierto de California, Estados Unidos. No obstante, la obtención de dichas autorizaciones se vio obstaculizada por la implementación de nuevas regulaciones y procesos exhaustivos de evaluación de impacto ambiental y cultural. Ante este impedimento, la empresa inició un pro-

¹⁰⁷ *Bayındır Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. República Islámica de Pakistán*, CIADI (Caso No. ARB/03/29), Laudo de fecha 27 de agosto de 2009, ¶¶ 36-38 (recisión contractual y toma forzosa de la obra), 47, 96-97 (pretensiones), <https://bit.ly/3YItOpQ>.

¹⁰⁸ *Bayındır v. Pakistán*, ¶ 141.

¹⁰⁹ *Bayındır v. Pakistán*, ¶ 142.

¹¹⁰ *Bayındır v. Pakistán*, ¶¶ 141-143, 238-239.

cedimiento arbitral, alegando que Estados Unidos había violado las protecciones a los inversionistas extranjeros establecidas en el Tratado de Libre Comercio de Norteamérica¹¹¹.

En la etapa de exhibición documental, la demandante solicitó documentos que detallaran las comunicaciones entre el gobierno federal y el gobernador de California sobre la adopción de regulaciones a operaciones mineras en sitios cercanos a las tribus indígenas. En su criterio, estos documentos probarían que las medidas tomadas por California que obstaculizaron la obtención de los permisos tenían un propósito oculto: hacer que el proyecto de Glamis Gold fuera económicamente inviable, evitando así el pago de una indemnización por expropiación¹¹².

Estados Unidos presentó los documentos solicitados pero omitió ciertos fragmentos lo que, a juicio de la demandante, equivalía a la falta de presentación de los mismos. Por tanto, la parte actora solicitó al tribunal inferir que la información omitida era contraria a los intereses de la demandada. El tribunal desestimó la solicitud ya que consideró que los documentos, incluso sin dichas omisiones, no

tenían el peso necesario para contrarrestar el expediente probatorio del caso¹¹³.

3. **Glencore v. Colombia**

Glencore, una empresa suiza, adquirió una compañía colombiana que era parte en un contrato para la exploración y explotación de carbón con la agencia estatal minera colombiana. Después de varias renegociaciones y disputas, las partes firmaron una enmienda que, con el paso del tiempo, desencadenó el inicio de procedimientos administrativos sancionatorios y multas fiscales a los inversionistas¹¹⁴.

Glencore y su empresa incoaron un arbitraje contra Colombia bajo el Tratado Bilateral de Inversión entre Suiza y Colombia alegando, entre otras pretensiones, violaciones el trato justo y equitativo. Por su parte, la demandada sostuvo que las demandantes ocultaron y tergiversaron información durante la renegociación del contrato. Además, Colombia acusó a las demandantes de actuar en connivencia con funcionarios públicos e incurrir en prácticas corruptas, sugiriendo una manipulación deliberada para obtener ventajas en la negociación. Como soporte, presentó pruebas de un pago significativo a un funcionario del Gobierno. Colombia alegó que, ante la

¹¹¹ *Glamis Gold, Ltd. v. Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo de fecha 8 de junio de 2009, ¶¶ 31-33, 88, 175-182, 184-186, <https://bit.ly/3fR2WNa>.

¹¹² *Glamis Gold v. Estados Unidos*, ¶ 252.

¹¹³ *Glamis Gold v. Estados Unidos*, ¶¶ 707 (solicitud de inferencia), 822 (decisión del tribunal).

¹¹⁴ *Glencore Internacional A.G. y C.I. Prodeco S.A. v. República de Colombia*, CIADI (Caso No. ARB/16/6), Laudo de fecha 27 de agosto de 2019, ¶¶ 145 (contrato original), 157-159 (adquisición por parte de Glencore), 321 (firma de enmienda), 398, 410 (procedimientos administrativos), <https://bit.ly/46EDfSp>.

falta de explicaciones creíbles por parte de las demandantes, el tribunal debía inferir que el pago tuvo como propósito el soborno de funcionarios públicos¹¹⁵.

El tribunal rechazó la inferencia adversa propuesta por Colombia, al considerar que las evidencias disponibles no respaldaban la acusación de corrupción. En particular, se demostró que las demandantes efectuaron los pagos a cuentas bancarias colombianas a nombre de los propios funcionarios gubernamentales, lo cual sugería cierta transparencia en las transacciones. Además, el tribunal consideró significativo que ni el fiscal ni los tribunales colombianos hubieran iniciado una investigación sobre la supuesta corrupción. Ello motivó al tribunal a desestimar la solicitud de inferencias adversas¹¹⁶.

4. *Schil v. Turkmenistán*

La empresa turca Schil İnşaat y su dueño Muhammet Çap incoaron un arbitraje contra Turkmenistán solicitando daños y perjuicios por la expropiación ilegal de su inversión en numerosos proyectos de infraestructura en Turkmenistán y por la violación al Tratado Bilateral de Inversión entre Turquía y Turkmenistán. La demandada, por su parte, sostuvo que

se trataba de disputas contractuales cuya resolución correspondía a los tribunales nacionales y que sus acciones respondían a incumplimientos de los demandantes¹¹⁷.

Durante el procedimiento arbitral, los demandantes señalaron que no tenían documentación suficiente para sustentar sus pretensiones debido a la confiscación de sus oficinas por las autoridades de Turkmenistán. Por ello, solicitaron la producción de documentos y la inversión de la carga probatoria sobre hechos relacionados con supuestos incumplimientos contractuales. Turkmenistán se opuso a la solicitud, alegando que todo inversionista prudente debe conservar copias de sus registros comerciales fuera del país anfitrión. Además, señaló que las propias solicitudes de los demandantes revelaban que habían tenido acceso previo a los documentos que solicitaban producir. El tribunal estuvo de acuerdo con los argumentos de la demandada y desestimó la solicitud de inversión de la carga de la prueba¹¹⁸.

Por otro lado, Turkmenistán solicitó a los demandantes a producir una copia del acuerdo de financiamiento por terceros que habían celebrado para conocer

¹¹⁵ *Glencore et al. v. Colombia*, ¶¶ 547 (resumen de las pretensiones), 199 (alegato de corrupción), 563 (prueba de pagos), 133 y 566 (solicitud de inferencia).

¹¹⁶ *Glencore et al. v. Colombia*, ¶¶ 734 (pago a cuentas bancarias), 738 (ausencia de investigación), 735-736 (decisión).

¹¹⁷ *Muhammet Çap & Schil İnşaat Endüstri ve Ticaret Ltd. Sti. v. Turkmenistán*, CIADI, (Caso No. ARB/12/6), Laudo de fecha 4 de mayo de 2021, ¶¶ 375-383 (pretensiones), 384-395 (defensas), <https://bit.ly/4fCfLbn>.

¹¹⁸ *Schil et al. v. Turkmenistán*, ¶¶ 514-518 (solicitud inversión carga probatoria), 520-524 (defensas de Turkmenistán), 729-731 (decisión del tribunal).

su alcance y determinar quién tenía el control de la reclamación. Los demandantes no produjeron el acuerdo y Turkmenistán solicitó al tribunal inferir que el financista era quien controlaba efectivamente la reclamación. El tribunal desestimó esta petición, señalando que Turkmenistán no había aportado pruebas que demostrara o siquiera sugiriera que los demandantes hubieran cedido su reclamación¹¹⁹.

5. MOL v. Croacia

MOL, una empresa energética húngara, adquirió una participación significativa en INA, la petrolera estatal croata. Luego de que Croacia revocara las licencias de INA y acusara a MOL de sobornar al ex Primer Ministro Ivo Sanader, MOL inició un arbitraje CIADI contra Croacia alegando violaciones al Tratado sobre la Carta de la Energía¹²⁰. Por su parte, Croacia incoó un arbitraje conforme a las Reglas de la CNUDMI sobre la base del acuerdo de accionistas. El Estado argumentó que ciertas modificaciones al acuerdo entre INA y MOL eran nulas de pleno derecho por haber sido obtenidas mediante prácticas corruptas¹²¹.

En el curso del procedimiento CIADI, ambas partes alegaron que su contraparte podría haber presentado testigos y, al no hacerlo, solicitaron inferencias adversas. El tribunal manifestó su disposición a extraer inferencias siempre y cuando estas fueran convincentes y permitieran complementar lagunas probatorias de otro modo insalvables¹²². Sin embargo, el tribunal puntualizó que la mera ausencia de una declaración testimonial no justificaba inferir “cuál habría sido su contenido ni el impacto que hubiera tenido la declaración en el acervo probatorio”¹²³. En consecuencia, el tribunal se abstuvo de extraer inferencias ante la ausencia de testigos.

Por otro lado, la demandante sostuvo que la decisión de revocar las licencias de INA ocurrió en paralelo al deterioro de las relaciones entre MOL y Croacia. Por tanto, solicitó al tribunal inferir que la revocatoria fue una represalia estatal y no una decisión basada en fundamentos legítimos. El tribunal desestimó esta solicitud al considerar que la mera coincidencia temporal era insuficiente para sustentar tal inferencia. Ello, en criterio del tribunal, era una base muy débil para extraer conclusiones negativas que

¹¹⁹ *Sehil et al. v. Turkmenistán*, ¶¶ 683-685 (solicitud de producción e inferencia), 691 (decisión del tribunal).

¹²⁰ *MOL Hungarian Oil and Gas Company Plc v. República de Croacia*, CIADI (Caso No. ARB/13/32), Laudo de fecha 5 de julio de 2022, ¶¶ 352, 361, 365, 370, <https://bit.ly/3MmnblX>.

¹²¹ *República de Croacia v. MOL Hungarian Oil and Gas Company Plc*, CNUDMI (Caso No. 2014-15), Laudo de fecha 23 de diciembre de 2016, ¶¶ 13, 81-83, <https://bit.ly/46KfpeE>.

¹²² *MOL Hungarian Oil and Gas Company Plc v. República de Croacia*, CIADI, Laudo de fecha 5 de julio de 2022, ¶¶ 515 (solicitud de inferencias), 508 (disposición del tribunal a extraer inferencias).

¹²³ *MOL v. Croacia*, ¶ 516.

sirvieran de base a reclamaciones millonarias¹²⁴.

B. Adopción de inferencias adversas

Tal como hemos señalado, los tribunales arbitrales son cautelosos al momento de aplicar inferencias adversas en sus laudos, siendo escasos los precedentes en esta materia. A continuación, examinaremos tres casos donde se extraen expresamente inferencias adversas. Este análisis complementa el de los arbitrajes *Europe Cement v. Turquía y OPIC v. Venezuela*, cuyas implicaciones ya han sido abordadas en secciones anteriores del presente trabajo.

1. Rumeli v. Kazajistán

La controversia surgió cuando Kazajistán rescindió un contrato de inversión para una red de telefonía móvil operada por una empresa kazaja, en la cual las demandantes —empresas turcas— tenían una participación accionaria mayoritaria. Los inversionistas iniciaron un arbitraje alegando que la rescisión del contrato, las decisiones judiciales relacionadas y la adquisición forzosa de sus acciones constituían una expropiación indirecta y violaban el principio de trato justo y equitativo establecido en el Tratado Bilateral de Inversión entre Ka-

zajistán y Turquía. Además, acusaron a su socio local de conspirar con diversos organismos kazajos. Por su parte, Kazajistán alegó que las demandantes no presentaron pruebas *prima facie* de sus pretensiones ni vincularon sus acusaciones de corrupción con los hechos específicos del caso¹²⁵.

En la audiencia, la demandada, en contravención a una orden del tribunal, omitió presentar la declaración de dos testigos clave que podrían haber aclarado el rol de la empresa kazaja en la rescisión del contrato de inversión. Las demandantes solicitaron inferencias adversas basadas en esta negativa y en presuntas declaraciones falsas de otros testigos¹²⁶.

El tribunal examinó la solicitud en el contexto de la prueba indirecta. Primero, evaluó la conducta procesal de las partes y la posibilidad de inferir consecuencias adversas de la actuación de la demandada. Segundo, ponderó la dificultad de obtener pruebas directas sobre la presunta colusión lo que se exacerbó por la falta de cooperación de la demandada¹²⁷. Tras este análisis y el examen del expediente probatorio, el órgano decisorio concluyó que el proceso judicial que resultó en la expropiación de las acciones de las demandantes fue re-

¹²⁴ *MOL v. Croacia*, ¶¶ 665 (solicitud de inferencia), 668 (decisión del tribunal).

¹²⁵ *Rumeli Telekom A.S. y Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. v. República de Kazajistán*, CIADI (Caso No. ARB/05/16), Laudo de fecha 29 de julio de 2008, ¶¶ 120, 588, 688 (pretensiones), 355-358 (alegato de corrupción), 301-304 (alegato de falta de pruebas *prima facie*), <https://bit.ly/3SJ1mjX>.

¹²⁶ *Rumeli et al. v. Kazajistán*, ¶¶ 337-441.

¹²⁷ *Rumeli et al. v. Kazajistán*, ¶ 444.

sultado de una confabulación indebida entre el Estado y la empresa kazaja. Finalmente, el tribunal condenó a Kazajistán por violar el trato justo y equitativo y expropiar la inversión de las demandantes¹²⁸.

Kazajistán solicitó la nulidad del laudo, argumentando que la conclusión sobre la confabulación carecía de fundamento. El comité de anulación desestimó la solicitud, considerando que la valoración de las pruebas del tribunal no constituía un quebrantamiento grave de una norma de procedimiento. Además, señaló que, en todo caso, la cuestión de la colusión no fue determinante para el resultado del caso¹²⁹.

2. Metal-Tech v. Uzbekistán

Metal-Tech, una empresa israelí, constituyó un *joint venture* con entidades estatales uzbekas para operar una planta química en Uzbekistán. En virtud del acuerdo, Metal-Tech aportaría tecnología y conocimientos, mientras las empresas uzbekas proporcionarían instalaciones y materias primas. Posteriormente, el gobierno uzbeko revocó los derechos exclusivos del *joint venture* para adquirir materias primas, lo que llevó a la terminación anticipada de los

contratos y la liquidación de la empresa¹³⁰.

La demandante inició un arbitraje alegando que las acciones de la demandada violaban la ley uzbeka y el Tratado Bilateral de Inversión entre Israel y Uzbekistán. La demandada objetó la jurisdicción del tribunal, argumentando que la inversión de Metal-Tech se obtuvo mediante corrupción en violación de la legislación uzbeka¹³¹.

En el transcurso de la audiencia sobre los méritos, un testigo de Metal-Tech reveló que la empresa había efectuado pagos significativos a “consultores” uzbekos, entre los que se encontraban un alto funcionario de la oficina presidencial y el hermano de un ex Primer Ministro. Ante esta declaración, el tribunal solicitó a Metal-Tech acreditar la legitimidad de los servicios prestados por dichos consultores. No obstante, la empresa no aportó prueba documental ni declaraciones testimoniales, alegando que ciertos testigos se negaban a declarar por temor a represalias¹³².

El tribunal rechazó la justificación de la demandante ya que los testigos no residían en Uzbekistán. Además, consideró que la escasa documentación aportada corroboraba la ilicitud de los pagos

¹²⁸ *Rumeli et al. v. Kazajistán*, ¶¶ 446, 615-616, 707-08.

¹²⁹ *Rumeli Telekom A.S. y Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. v. República de Kazajistán*, CIADI (Caso No. ARB/05/16), Decisión del Comité Ad Hoc de Anulación de fecha 25 de marzo de 2010, ¶¶ 100, 104, 106, <https://bit.ly/3WYrNVh>.

¹³⁰ *Metal-Tech Ltd. v. República de Uzbekistán*, CIADI (Caso No. ARB/10/3), Laudo de fecha 4 de octubre de 2013, ¶¶ 32-42, <https://bit.ly/3YHDOjm>.

¹³¹ *Metal-Tech v. Uzbekistán*, ¶¶ 107 (pretensiones), 110 (defensas).

¹³² *Metal-Tech v. Uzbekistán*, ¶¶ 246-258 y 264.

y, por ello, infirió que la demandante había realizado pagos ilícitos a funcionarios públicos¹³³. Finalmente, declaró su falta de jurisdicción al determinar que la inversión se había obtenido mediante corrupción¹³⁴.

3. MPI v. Xerox

Xerox Canada y MPI Technologies celebraron una serie de contratos para el desarrollo y uso de un determinado *software* de impresión. Estos acuerdos otorgaban a Xerox el derecho de utilizar los programas creados por MPI a cambio del pago de regalías por cada impresora vendida.

El conflicto surgió cuando MPI exigió regalías por las actualizaciones en los equipos vendidos, lo cual fue rechazado por Xerox¹³⁵.

MPI inició un arbitraje reclamando el pago de regalías y acusando a Xerox de violar sus derechos de propiedad intelectual al crear un *software* supuestamente derivado del suyo. Xerox negó las acusaciones pero, durante la audiencia, no presentó como testigos a varios de sus empleados que habían participado en el desarrollo del *software* de MPI con Xerox y en el programa de Xerox. Esta omisión privó al tribunal de testimonios

cruciales sobre la presunta infracción y, por ello, infirió que los testimonios omitidos habrían perjudicado a la demandada¹³⁶. Finalmente, el tribunal falló a favor de MPI, condenando a Xerox al pago de una indemnización por el uso no autorizado de información confidencial en la creación de su programa y a pagar las regalías pendientes¹³⁷.

Xerox interpuso una acción de nulidad contra el laudo arbitral. El tribunal canadiense que decidió el recurso, sin embargo, determinó que la inferencia negativa extraída por el tribunal arbitral era adecuada. Fundamentó su decisión en que la demandada no había presentado como testigos a empleados que estaban a su disposición y que poseían conocimiento directo de los hechos controvertidos. Esta omisión, según el tribunal, justificó la inferencia¹³⁸.

C. Falta de pronunciamiento sobre las inferencias adversas

Algunos tribunales eluden sutilmente las inferencias adversas propuestas por las partes y optan por fundamentar sus laudos en otros elementos probatorios o consideraciones jurídicas que resultan suficientes para dirimir la disputa sin recurrir a dichas inferencias. Examina-

¹³³ *Metal-Tech v. Uzbekistán*, ¶¶ 264-266.

¹³⁴ *Metal-Tech v. Uzbekistán*, ¶¶ 372-375.

¹³⁵ Corte Superior de Ontario, sentencia de fecha 30 de noviembre de 2006, caso *Xerox Canada Ltd. y Xerox Corporation v. MPI Technologies, Inc. y MPI Tech S.A.*, ¶¶ 12-16, <https://bit.ly/4cldPBk>.

¹³⁶ *Xerox et al. v. MPI et al.*, ¶¶ 19-20 (pretensiones) y 116 (cita a la § 204 del Laudo CCI objeto del procedimiento de nulidad).

¹³⁷ *Xerox et al. v. MPI et al.*, ¶ 2.

¹³⁸ *Xerox et al. v. MPI et al.*, ¶ 144.

remos dos casos que ejemplifican esta situación.

1. **Flemingo Duty Free v. Polonia**

La demandante, una empresa india, adquirió acciones en una compañía polaca que operaba tiendas en el Aeropuerto de Varsovia mediante contratos de arrendamiento con la empresa estatal aeroportuaria. Tras la resolución de estos acuerdos por presuntos incumplimientos, la demandante inició un arbitraje contra Polonia, alegando que las acciones de la empresa estatal eran atribuibles al Estado polaco. En criterio de la demandante, estas acciones constituían una expropiación indirecta de su inversión y violaban el principio de trato justo y equitativo establecido en el Tratado Bilateral de Inversión entre India y Polonia¹³⁹.

Durante el procedimiento arbitral, la demandante solicitó la exhibición de documentos de la empresa aeroportuaria. Polonia se negó a presentar los documentos, aduciendo restricciones legales que exigían el consentimiento de la entidad aeroportuaria, la cual, a su vez, rehusó autorizar su divulgación. El tribunal desestimó esta justificación y ordenó la producción documental¹⁴⁰. Ante la negati-

va de Polonia, la demandante solicitó al tribunal inferir que los documentos omitidos debilitarían la posición polaca sobre la independencia de la empresa aeroportuaria. Polonia, en cambio, argumentó que las inferencias adversas solo deberían aplicarse en casos de ocultamiento deliberado e injustificado de pruebas¹⁴¹.

El tribunal analizó la documentación disponible y concluyó que las acciones de la empresa aeroportuaria eran atribuibles al Estado polaco. Si bien se abstuvo de aplicar inferencias adversas y de examinar su estándar legal, señaló que la reiterada negativa de la demandada a acatar las órdenes de exhibición documental habría justificado su aplicación¹⁴².

2. **Fynerdale v. República Checa**

Fynerdale, una empresa holandesa, inició un arbitraje contra la República Checa basado en el Tratado Bilateral de Inversión entre ambos países, debido a un conflicto surgido por préstamos de Fynerdale a empresas checas y maltesas para el comercio de semillas. La demandante acusó al gobierno checo de negligencia al investigar su querrela contra socios locales, lo que le ocasionó cuantiosas pérdidas económicas¹⁴³. Por su

¹³⁹ *Flemingo Duty Free Shop Private Ltd. v. República de Polonia*, CNUDMI, Laudo de fecha 12 de agosto de 2016, ¶¶ 6, 351, 562, <https://bit.ly/3AvsMTZ>.

¹⁴⁰ *Flemingo v. Polonia*, ¶¶ 18-19.

¹⁴¹ *Flemingo v. Polonia*, ¶¶ 401-404 (solicitud de inferencia), 412 (defensa de Polonia).

¹⁴² *Flemingo v. Polonia*, ¶ 448.

¹⁴³ *Fynerdale Holdings BV v. República Checa*, CPA (Caso No. 2018-18), Laudo de fecha 29 de abril de 2021, ¶¶ 5-10, <https://bit.ly/3YBqOeY>.

parte, la República Checa rechazó las acusaciones, alegando que la supuesta "inversión" de Fynerdale era en realidad un intento de blanqueo de capitales¹⁴⁴.

Durante la exhibición de documentos, Fynerdale incumplió la mayoría de las solicitudes de producción, especialmente las relacionadas con la presunta ilegalidad de sus inversiones. Ante la falta de pruebas sobre el origen de los fondos, la República Checa pidió al tribunal que extrajera inferencias adversas, específicamente que concluyera que los préstamos que constituían la supuesta inversión provenían de actividades delictivas¹⁴⁵.

El tribunal arbitral falló a favor de la República Checa sin recurrir a inferencias adversas. El tribunal concluyó que Fynerdale no cumplió con su carga de probar la licitud de los fondos. Por ello, desestimó el caso por falta de jurisdicción, sin necesidad de considerar los argumentos adicionales de la República Checa¹⁴⁶.

En conclusión, la práctica arbitral revela una tendencia predominante de los tribunales a abstenerse de extraer inferencias adversas. Esta reticencia se fundamenta principalmente en la falta de razonabilidad de las inferencias solicitadas, su inconsistencia con el acervo probatorio, su insuficiencia para contrarrestar otras evidencias, o la aceptación de

las justificaciones ofrecidas por las partes para explicar la omisión de ciertas pruebas. No obstante, existen casos en los que los tribunales consideran que se cumplen las condiciones necesarias para extraer inferencias adversas basadas en la falta de presentación de documentos o testigos con conocimiento directo de los hechos controvertidos. Por último, otros tribunales adoptan un enfoque más sutil, evitando abordar directamente las inferencias propuestas y prefiriendo basar sus decisiones en otros elementos probatorios que consideran suficientes para resolver la controversia.

VII. Debido proceso

Al abordar la cuestión de la inferencia adversa, el tribunal arbitral debe respetar el debido proceso y salvaguardar el derecho a la defensa de las partes. Ello implica que ambas partes deben tener la oportunidad de ser escuchadas, presentar sus argumentos y evidencias, y refutar los alegatos en su contra en igualdad de condiciones.

La aplicación de inferencias adversas requiere un equilibrio cuidadoso entre la búsqueda de la verdad y la protección del debido proceso y el derecho a la defensa. Para lograrlo, el tribunal debe otorgar a la parte requerida un plazo adecuado para presentar los instrumentos probatorios solicitados, permitir la impugnación u objeción a las solicitudes y facil-

¹⁴⁴ *Fynerdale v. República Checa*, ¶ 410.

¹⁴⁵ *Fynerdale v. República Checa*, ¶¶ 408-412.

¹⁴⁶ *Fynerdale v. República Checa*, ¶¶ 572-574.

itar que las partes justifiquen la imposibilidad de proporcionar los elementos requeridos ya sea por destrucción accidental, confidencialidad, o impedimentos físicos y legales. Esto no solo fortalece la integridad del proceso arbitral, sino que también garantiza que la aplicación de inferencias adversas, en caso de ser ello necesario, sea el resultado de un procedimiento equitativo que respete plenamente los derechos de todas las partes involucradas¹⁴⁷.

Asimismo, consideramos que el tribunal arbitral debería advertir sobre las posibles consecuencias de no presentar las pruebas requeridas. Esta práctica fomenta la transparencia del proceso, evita sorpresas indeseadas y permite a las partes tomar decisiones informadas sobre su estrategia probatoria. No obstante, es importante señalar que la Corte de Apelaciones de París, al resolver el recurso de nulidad contra el laudo Dresser, adoptó una posición contraria, concluyendo que tal advertencia previa no es necesaria.

El procedimiento arbitral contra Dresser se inició a raíz de una disputa sobre el precio de venta de unas acciones. Durante la fase de exhibición documental, la demandada no presentó los informes de diligencia debida previos a la com-

praventa, los cuales habían sido solicitados por la demandante. El tribunal arbitral, tras valorar la omisión de la demandada, aplicó una inferencia adversa en virtud de las Reglas de la IBA y concluyó que el contenido de los informes habría sido perjudicial para la posición de la demandada. En base a esta y otras consideraciones, el tribunal emitió un laudo condenando a la demandada¹⁴⁸.

Frente a esta decisión, la demandada interpuso una acción de anulación alegando que el tribunal se extralimitó en sus funciones al aplicar las Reglas de la IBA sin haber consultado previamente a las partes. Igualmente, sostuvo que el tribunal violó el debido proceso al extraer la inferencia adversa ya que nunca ordenó explícitamente la presentación de los informes ni solicitó la opinión de las partes sobre esta materia¹⁴⁹.

La Corte de Apelaciones de París declaró sin lugar la solicitud de nulidad del laudo. En su decisión, determinó que las partes habían consentido implícitamente a la aplicación de las Reglas de la IBA, las cuales fueron mencionadas en la orden procesal número 1¹⁵⁰. En cuanto a la supuesta violación del debido proceso, la Corte concluyó que el tribunal no estaba obligado a invitar a las partes a comentar sobre si el tribunal podía extraer una in-

¹⁴⁷ Para un examen de las implicaciones del debido proceso en el contexto de las inferencias adversas a la luz de la jurisprudencia judicial, véase: Greenberg y Lautenschlager, "Adverse Inferences," 54.

¹⁴⁸ *Dresser-Rand Group Inc. et al. v. Société Diana Capital et al.*, Corte de Apelación de París, Sentencia No. 15/06036 de fecha 28 de febrero de 2017, ¶¶ 5-7, <https://bit.ly/4fzgElb>.

¹⁴⁹ *Dresser et al. v. Société Diana Capital et al.*, ¶¶ 11 y 12.

¹⁵⁰ *Dresser et al. v. Société Diana Capital et al.*, ¶ 19-23.

ferencia adversa ya que este mecanismo estaba previsto en las Reglas de la IBA¹⁵¹. Además, determinó que no era necesaria una orden del tribunal para la producción del documento, ni una advertencia sobre las posibles consecuencias adversas de la omisión ya que la solicitud de documentos fue “clara y precisa” y la demandada, teniendo la oportunidad de objetar, decidió no hacerlo¹⁵².

En nuestro criterio, para salvaguardar la integridad del procedimiento arbitral, consideramos que los tribunales deben adoptar un enfoque riguroso en la aplicación de las inferencias adversas. Así, es importante documentar de manera exhaustiva todas las etapas del proceso: la solicitud de exhibición de pruebas, la respuesta o falta de ella por parte del requerido, las advertencias sobre las potenciales consecuencias y la fundamentación jurídica para la aplicación de la inferencia. Esta práctica fortalece la base legal de la inferencia y reduce el riesgo de una eventual impugnación del laudo arbitral.

Por último, es fundamental que las partes dispongan de la oportunidad de refutar cualquier inferencia adversa que pudiera derivarse de la no presentación de pruebas. Esto implica permitirles aportar pruebas alternativas o exponer argumentos que puedan contrarrestar las potenciales conclusiones desfavora-

bles, garantizando así su derecho a una defensa efectiva¹⁵³.

VIII. Conclusiones

Las inferencias adversas son mecanismos que permiten a los árbitros deducir conclusiones negativas cuando una parte no presenta pruebas bajo su control que le han sido previamente solicitadas. Se asume que la evidencia no presentada perjudica la posición de dicha parte, ya que de ser favorable, la habría aportado.

La facultad de los árbitros para extraer inferencias es ampliamente reconocida en la jurisprudencia arbitral internacional y forma parte del proceso de valoración probatoria del tribunal arbitral. Las inferencias funcionan como pruebas circunstanciales, complementando vacíos probatorios y permitiendo la verificación indirecta de los hechos alegados.

La aplicación de una inferencia adversa requiere que exista una solicitud previa de la prueba omitida, que esta esté bajo el control de la parte renuente o sea razonablemente accesible para ella, y que se le garantice su derecho de defensa. Adicionalmente, quien solicita la inferencia debe aportar evidencias que la respalden y establecer un caso *prima facie*. La inferencia debe ser razonable, coherente con los hechos probados y la parte contra quien se pretende aplicar debe

¹⁵¹ *Dresser et al. v. Société Diana Capital et al.*, ¶ 29.

¹⁵² *Dresser et al. v. Société Diana Capital et al.*, ¶ 30.

¹⁵³ Al respecto, véase: Van Houtte, “Adverse Inferences,” 208-209.

tener conocimiento real o presunto sobre las consecuencias de su omisión.

La escasez de precedentes sobre inferencias adversas refleja la cautela de los árbitros en esta materia. Al extraer una inferencia se debe garantizar el debido proceso y el derecho a la defensa. Esto requiere que las partes tengan igualdad de oportunidades para presentar argumentos, pruebas y rebatir los alegatos en su contra.

Precedente

Decisión del 11 de febrero de 2022 del Tribunal de Comercio Internacional de Singapur

Claudia Madrid Martínez*

Principia No. 10-2024 pp. 137-144

1. Institución o tribunal que dicta o administra la decisión

Tribunal de Comercio Internacional de Singapur (*Singapore International Commercial Court*)

2. País y/o lugar de la decisión

Singapur

3. Fecha de la decisión

11 de febrero de 2022

4. Número del expediente o caso:

[2022] SGHC(I) 3

5. Tipo de decisión

Sentencia de nulidad de laudo ICC Case No. 23705 EIG Ltd v. McNally Engineering

6. Materia de la decisión

Nulidad de laudo – orden público

7. Partes

Demandantes: (i) McNally Bharat Engineering Company Limited (MBECL)

(ii) McNally Sayaji Engineering Limited (MSEL)

Demandados EIG (Mauritius) Limited

* Doctora en Ciencias Mención Derecho; *Magister Scientiarum* en Derecho Internacional Privado y Comparado y Abogado de la Universidad Central de Venezuela (UCV); *Postdoctoral researcher* becada por la Fundación Alexander von Humboldt en la Universidad de Colonia (2012-2014); Profesora Titular en la UCV y en la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB); Profesora en la Universidad Autónoma Latinoamericana; parte del Grupo de Investigaciones Globalización y Derecho Privado (GLOPRI). Profesora de Derecho internacional privado y de Contratos Internacionales en la Universidad de Antioquia.

8. Derecho y normas aplicables aplicable

Forma del arbitraje: Reglas de Arbitraje ICC 2017

Fondo del arbitraje: Derecho de India

Recurso de nulidad: normas de arbitraje de Singapur que incorporan la Ley Modelo de UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional

9. Resumen de la controversia

(i) Resumen breve de lo que trata el caso

En este caso se resuelve un recurso de nulidad contra el laudo que resolvió una disputa contractual entre EIG (Mauritius) y MBECL (India), y que fue dictado en el marco de un arbitraje bajo los auspicios de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), llevado a cabo en Singapur.

Los antecedentes del caso se remontan a 2010, cuando EIG acordó invertir en las empresas demandantes, adquiriendo el 14,91% del capital social de MBECL. Este acuerdo, se documentó en el Acuerdo de Accionistas —y en una carta acuerdo—, que incluía una cláusula que obligaba a los demandantes a cotizar la empresa en la Bolsa de Bombay o en la Bolsa Nacional antes de junio de 2012. Si no lo hacían, EIG tendría el derecho de vender sus acciones a MSEL o a un tercero por un precio que incluía el monto invertido más un rendimiento anual del 22%. Además, se estableció que, en caso de que el precio de venta calculado fuera inferior al precio acordado, MSEL pagaría la diferencia a EIG como una comisión por un acuerdo de no competencia. El acuerdo estaba regido por la ley india.

La disputa surgió cuando las demandantes cuestionaron la legalidad de la opción de venta notificada por EIG debido al incumplimiento del Acuerdo de Accionistas, alegando que la operación era contraria a las leyes de India, en particular, a la regulación que prohíbe ciertos acuerdos de compraventa de acciones en el contexto de inversiones extranjeras. Esto llevó EIG a la presentación de una solicitud de arbitraje en 2018 para hacer valer la opción de venta, lo cual culminó en un laudo arbitral en 2020.

En ese laudo, el tribunal arbitral analizó las alegaciones de ambas partes, así como la aplicabilidad de las leyes indias en el contexto del contrato internacional en cuestión. Tras un examen detallado, el tribunal concluyó que la opción de venta era válida y exigible, desestimando los argumentos de las demandantes sobre la ilegalidad del acuerdo bajo la legislación india.

Como resultado, le ordenó cumplir con las obligaciones derivadas de la opción de venta y compensar a EIG por los daños sufridos.

(ii) Resumen procesal del caso

La disputa comenzó con la presentación por EIG de una solicitud de arbitraje ante un tribunal arbitral ICC el 15 de junio de 2018. El tribunal arbitral se constituyó el 29 de noviembre de 2018 y emitió un laudo el 9 de julio de 2020, fallando en su mayoría a favor de la demandante, declarando que la demandada impugnó indebidamente la validez y exigibilidad de la opción de venta. Se ordenó a la demandada pagar daños a la demandante, quien debía transferir sus acciones tras recibir el pago. Un árbitro discrepó, considerando la opción inválida bajo la Ley de Gestión de Divisas de la India de 1999 (*Foreign Exchange Management Act, FEMA*).

El 8 de octubre de 2020, los demandantes iniciaron un procedimiento para anular el Laudo, el cual fue transferido al Tribunal Comercial Internacional de Singapur en enero de 2021.

En paralelo, se intentó impedir la ejecución del laudo en India. Al respecto, el Tribunal Superior de Calcuta declaró que el Laudo era ejecutable, aunque las demandantes en este proceso expresaron su desacuerdo e intentaron apelar, sin éxito, ante el Tribunal Supremo de la India.

10. Argumentos de las Partes

(i) Demandantes

Los demandantes argumentaron que el laudo debe ser anulado porque es contrario al orden público de Singapur. Sostienen que el laudo les obliga a pagar a EIG rendimientos garantizados por la venta de acciones, lo cual es ilegal según la FEMA y los expone a sanciones penales. Alegan que un laudo arbitral que obliga a las partes a cometer un acto ilegal, sancionable penalmente en un Estado extranjero, contradice el orden público de Singapur y, por lo tanto, debe ser anulado.

(ii) Demandados

EIG argumenta que la solicitud de los demandantes debe ser rechazada por varias razones: (i) la “ilegalidad” de la opción de venta ya fue examinada y resuelta en el laudo, y los tribunales de Singapur no tienen la autoridad para intervenir en decisiones sobre derecho extranjero tomadas por un tribunal arbitral; (ii) los demandantes en

realidad están cuestionando la interpretación de la cláusula 11.2 del Acuerdo de Accionistas, lo cual no es motivo para anular el Laudo; (iii) las cuestiones de orden público no alcanzan el umbral necesario para anular laudos arbitrales según la legislación de Singapur; (iv) la opción de venta y el laudo no son ilegales bajo el derecho indio ni contrarios al orden público de India; y (v) es falso que el laudo no haya considerado adecuadamente la prueba de la pérdida necesaria para conceder daños según la Ley de Contratos de la India, y esto no plantea ningún problema de orden público en Singapur.

11. Motivación de la decisión

El tribunal afirma su competencia para conocer del recurso de nulidad sobre la base del artículo 34(2)(b)(ii) de la Ley Modelo de UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional, incorporada a las leyes de Singapur. Esta norma permite al juez anular el laudo cuando compruebe que este es contrario a su orden público.

Bien, considerando decisiones previas, el tribunal de Singapur estimó que para examinar la contrariedad con el orden público podría volver sobre las conclusiones de derecho establecidas en el laudo, pero, salvo casos de fraude u otras circunstancias viciosas, no podría reabrir las conclusiones de hecho realizadas por el tribunal arbitral.

La distinción entre cuestiones de hecho y cuestiones de derecho resulta entonces fundamental, pero no es sencilla. Para determinar cuando se está ante una u otra cuestión, el tribunal divide el proceso de razonamiento del árbitro en tres etapas: (i) determinación de los hechos: el árbitro formula conclusiones sobre cualquier hecho que sea objeto de controversia; (ii) determinación del derecho: proceso que comprende no solo la identificación de normas legales y consuetudinarias aplicables, sino también la identificación e interpretación de las partes relevantes del contrato y la indentificación de los hechos que deben ser tomados en cuenta al adoptar la decisión; y, (iii) toma de decisión por el árbitro, a la luz de los hechos y el derecho determinados.

Respecto de estas tres fases, el tribunal afirma que la primera implica una apreciación de hecho y la segunda una apreciación de derecho. La tercera fase, sin embargo, es menos clara y obliga a distinguir entre los casos en que resulta aplicable el derecho propio y aquellos en los que se aplica derecho

extranjero. Así, cuando la conclusión de derecho supone la aplicación de derecho extranjero, entonces se trata de una cuestión de hecho. Se acepta así la clásica tesis inglesa de Dicey & Morris, según la cual el derecho extranjero es un hecho, de lo cual se sigue que “*a representation of foreign law is a representation of fact for the purposes of the law of misrepresentation, and a finding upon foreign law made by arbitrators is a finding of fact which may not form the basis of an appeal on a point of law*”.

Así, en virtud de que en este caso los acuerdos entre las partes se rigen por el derecho indio y no por el derecho de Singapur, las conclusiones de hecho y las conclusiones del derecho indio, consideradas como conclusiones de hecho, no pueden ser revisadas en esta solicitud en virtud del artículo 34(2)(b)(ii) de la Ley Modelo.

Según observa el tribunal de Singapur, las demandantes argumentaron que el Acuerdo de Accionistas y la carta acuerdo infringían la FEMA, pero no aclararon que también impugnaban las medidas cautelares bajo la premisa de que la concesión de daños y la transferencia de acciones constituirían, en sí mismas, una violación de la FEMA. Así, incluso si hubieran planteado este argumento, la decisión del tribunal arbitral se basaba en una interpretación del derecho indio y no podría ser revisada bajo el artículo 34(2)(b)(ii), por ser una cuestión de hecho.

En efecto, en el proceso quedó claro que la queja de los demandantes se centraba en que el tribunal arbitral había calculado los daños de manera incorrecta y no había considerado la mitigación. Los demandantes confirmaron que no habrían tenido ninguna objeción si los daños se hubieran evaluado de otra manera, lo que evidenció que estaban cuestionando el laudo basándose en hechos y en la aplicación del derecho indio, impugnación que —reitera el tribunal— no es válida de conformidad con el artículo 34(2)(b)(ii). Por lo tanto, los demandantes no pueden impugnar el laudo argumentando que la concesión de daños y la transferencia de acciones eran contrarias a la FEMA.

Finalmente, el tribunal de Singapur se pregunta si, en el hipotético caso de poder revisar la decisión del tribunal arbitral, los alegatos de las demandantes podrían encajar en una violación del orden público, razón por la cual, el tribunal inició un breve análisis de esta figura.

Así, aunque ambas partes aceptan que el alcance del orden público en virtud de la Ley Modelo es limitado y que la nulidad por su vulneración se limita a

situaciones en las que la confirmación del laudo podría “sacudir la conciencia”, ser “claramente perjudicial para el bien público”, violar nociones básicas de moralidad y justicia del foro, o tratarse de una “ilegalidad palpable e indiscutible”, las demandantes van más allá y afirman que en este caso existe una “ilegalidad palpable e indiscutible”. Así, consideran que reconocer un laudo que obliga a la ejecución de un acto ilegal en la India sería contrario al orden público de mantener la cortesía internacional y de proteger y defender la integridad de los tribunales de Singapur.

Respecto del orden público, el tribunal se muestra en desacuerdo con los argumentos de las demandantes y estima que mantener la cortesía internacional no implica comprometer el orden público a menos que exista una actividad delictiva como corrupción, soborno o fraude, que viole las nociones básicas de moralidad y justicia. Por ello, incluso si la ejecución del Acuerdo de Accionistas o la Carta Acuerdo, o la concesión de daños y la transferencia de acciones hubieran sido contrarias a las regulaciones de la FEMA, esto no habría comprometido el orden público de Singapur de manera que justificara la anulación del laudo, en aplicación del artículo 34(2)(b)(ii) de la Ley Modelo. Incluso si se hubiera incumplido el requisito de prueba de la pérdida según la Ley de Contratos de la India, no habría razón para anular el laudo.

12. Decisión

El tribunal desestimó la solicitud de nulidad del laudo arbitral.

13. Breve opinión del relator

La decisión del tribunal de Singapur respecto al recurso de nulidad contra un laudo arbitral se centra en la aplicación del artículo 34(2)(b)(ii) de la Ley Modelo de UNCITRAL, que permite la anulación de un laudo cuando este resulte contrario al orden público. El tribunal destacó la importancia de distinguir entre cuestiones de hecho y cuestiones de derecho. Según la interpretación del tribunal, las conclusiones de hecho y las conclusiones de derecho extranjero, como el derecho indio en este caso, se consideran cuestiones de hecho y no pueden ser revisadas bajo dicho artículo.

Se trata de una afirmación que cobra envergadura si pensamos que, en arbitraje internacional, todos los ordenamientos jurídicos son, de alguna manera, extranjeros para el árbitro. Pero es también una concepción muy propia del *Common Law* que no se vería de la misma forma en la mayoría de

los sistemas del *Civil Law*, en los que el Derecho extranjero sí es considerado como Derecho.

En efecto, como en este caso los demandantes alegaron que los acuerdos infringían las regulaciones de la FEMA, el tribunal concluyó que en tanto la queja de los demandantes se basaba en la incorrecta evaluación de daños y en la aplicación del derecho indio —ambas cuestiones de hecho—, no existe una base válida para anular el laudo bajo el artículo 34(2)(b)(ii).

Además, el tribunal ensayó un análisis para el caso de poder revisar la decisión del tribunal arbitral, por violación del orden público. Aunque reconoció que el orden público tiene un alcance limitado, el tribunal determinó que lo relativo a la cortesía internacional no compromete el orden público a menos que existan actos delictivos que violen las nociones básicas de moralidad y justicia. Finalmente, concluyó que la ejecución de los acuerdos y la concesión de daños, incluso si fueran contrarias a las regulaciones de la FEMA o a la Ley de Contratos de la India, no comprometían el orden público de Singapur, por lo que no había motivos para anular el laudo.

Esta parte es muy interesante debido a que el concepto de orden público, particularmente en el contexto del arbitraje internacional, es una de las herramientas más complejas y, al mismo tiempo, más delicadas a disposición de los tribunales estatales. Su uso implica, de alguna manera, cierto equilibrio entre la autonomía de las partes —al decidir ir a arbitraje— y la integridad del sistema judicial del Estado en el que se busca la anulación o, incluso, el reconocimiento de un laudo arbitral. Es quizá por esta razón por la que se ha ido consolidando una tendencia hacia una interpretación aún más restringida y excepcional del orden público, que debe ser mantenida para asegurar que la intervención judicial en los laudos arbitrales sea limitada y no socave la eficacia del arbitraje como mecanismo de resolución de disputas.

El tribunal de Singapur, en su análisis, refuerza esta interpretación excepcional del orden público. La intervención judicial basada en el orden público debe reservarse para situaciones extremas, como actos de corrupción, fraude o soborno, que contravienen las nociones más básicas de moralidad y justicia del foro.

Esta perspectiva coincide con la jurisprudencia internacional y las mejores prácticas en el arbitraje comercial internacional, que sugieren que el orden

público debe entenderse como un umbral alto y difícil de alcanzar. La propia decisión afirma –y ello es admitido por ambas partes– que solo las violaciones que “sacudirían la conciencia” o serían “claramente perjudiciales para el bien público” deberían justificar la anulación de un laudo. Además, la aplicación del orden público no debe ser utilizada para reabrir cuestiones de hecho o de derecho ya resueltas por el tribunal arbitral, a menos que estas involucren situaciones de ilegalidad patente y grave.

Permitir que los tribunales nacionales anulen laudos arbitrales por razones menos graves erosionaría la confianza en el arbitraje como un mecanismo final y vinculante de resolución de disputas. Por ello, el tribunal de Singapur se reafirma en su posición entendiendo que, incluso si la ejecución de los acuerdos o la concesión de daños hubieran sido contrarias a las regulaciones indias, esto no comprometería el orden público de Singapur de manera que justificara la anulación del laudo.

En definitiva, la intervención judicial –excepcional– debe proteger la integridad del arbitraje sin transformarse, con la excusa del orden público, en una instancia revisora del fondo de la decisión arbitral.

Decisión del 20 de junio de 2024 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia

Claudia Madrid Martínez*

Principia No. 10-2024 pp. 145-150

1. Institución o tribunal que dicta o administra la decisión
Corte Suprema de Justicia de Colombia, en Sala de Casación Civil
2. País y/o lugar de la decisión
Colombia
3. Nombre de los Jueces o Árbitros
Francisco Ternera Barrios, Magistrado ponente
4. Fecha de la decisión
20 de junio de 2024
5. Número del expediente o caso:
SC1453-2024 (Radicación No. 11001-02-03-000-2022-03860-00)
6. Tipo de decisión
Reconocimiento de laudo arbitral dictado el 22 de agosto de 2016, en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), con sede en París.
7. Materia de la decisión
Reconocimiento de laudo. Arbitraje de Inversión

* Doctora en Ciencias Mención Derecho; *Magister Scientiarum* en Derecho Internacional Privado y Comparado y Abogado de la Universidad Central de Venezuela (UCV); *Postdoctoral researcher* becada por la Fundación Alexander von Humboldt en la Universidad de Colonia (2012-2014); Profesora Titular en la UCV y en la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB); Profesora en la Universidad Autónoma Latinoamericana; parte del Grupo de Investigaciones Globalización y Derecho Privado (GLOPRI). Profesora de Derecho internacional privado y de Contratos Internacionales en la Universidad de Antioquia.

8. Partes

Demandantes: Rusoro Mining Limited

Demandados República Bolivariana de Venezuela

9. Derecho y normas aplicables

Acuerdo entre el Gobierno de Canadá y el gobierno de la República de Venezuela para la promoción y la protección de inversiones

Ley 1563 de 2012 mediante la cual se establece el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional (Colombia)

10. Resumen de la controversia

(i) Resumen breve de lo que trata el caso

El caso resuelve la solicitud de Rusoro para el reconocimiento del laudo arbitral dictado el 22 de agosto de 2016, en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), con sede en París.

La solicitud de arbitraje fue hecha por Rusoro con con fundamento en el tratado bilateral con Canadá, el cual consideró violado debido a las expropiaciones ejecutadas en 2011, con ocasión del Decreto 8.413, que reservó al Estado las actividades de extracción y exploración de oro. Esto supuso la modificación ilegal del régimen de exportaciones de oro, operada mediante la Resolución BCV 10-07-01 del Banco Central de Venezuela.

En laudo dictado el 22 de agosto de 2016, el tribunal arbitral afirmó que Venezuela “expropió ilícitamente la empresa de la Demandante en Venezuela y también impuso una restricción ilícita sobre la exportación del oro producido por la Demandante”, de manera que condenó al Estado al pago de una indemnización fijada en USD 966.500.000, los flujos de caja netos de impuestos perdidos por Rusoro que alcanzan un total de USD 1.277.002, más intereses a la tasa Libor en USD para los depósitos a un año más un margen del 4% anual, con un mínimo del 4% anual, los cuales deben capitalizarse anualmente, entre el 16 de septiembre de 2011 y la fecha de pago

En junio de 2021, Venezuela solicitó ante un tribunal francés la nulidad del laudo, solicitud que fue rechazada y terminó con una condena de pago por USD 150.000, como indemnización equitativa más las costas derivadas del recurso.

(ii) Resumen procesal del caso

La solicitud de reconocimiento fue admitida por la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, en fecha 6 de octubre de 2023 y se procedió a notificar del proceso a Venezuela, a través del Ministerio de Relaciones Exteriores, en aplicación de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas. Venezuela no hizo presencia en el proceso.

El proceso continuó su curso hasta dictarse la sentencia comentada.

11. Argumentos de las Partes

(i) Demandantes

Solicita el reconocimiento del laudo afirmando que “Un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se haya proferido, es ejecutable ante la autoridad competente, previo su reconocimiento”.

(ii) Demandados

Ausente

12. Motivación de la decisión

La Sala empieza por afirmar que, de conformidad con el artículo 54 del Convenio CIADI, Colombia como Estado parte está obligada a reconocer el carácter vinculantes de los laudos dictados en virtud del citado convenio.

A continuación entra en un análisis relativo a la inmunidad de jurisdicción, figura aceptada en Colombia como una costumbre internacional. “Empero, ha sido objeto de salvedades, a propósito de las notas diferenciales de la centenaria teoría de las actuaciones *ius imperii* e *ius gestionis*. He aquí una primera regla: la *inmunidad de jurisdicción* es restrictiva –en tratándose de actividades de imperio–. Y, por otro lado, podría flexibilizarse con respecto a precisos actos de gestión. Todo lo anterior, según el puntual concepto de *Orden Público Internacional*” (cursivas en el original).

La inmunidad de ejecución, por su parte, “es una prerrogativa a favor del estado, su propósito es evitar que se adopten medidas coercitivas en contra de los *agentes* o bienes por parte del –*Estado receptor*–” (cursivas en el original). Así, la inmunidad de ejecución es “estricta” –aunque la Sala admite que es posible que pueda haber una “subregla” consuetudinaria que desestime esta garantía– tanto que una renuncia a la inmunidad de jurisdicción no alcanzaría a la inmunidad de ejecución. El “quiebre” de la

inmunidad de ejecución supone un “significativo esfuerzo probatorio del actor”.

En opinión de la Sala, este caso concreto debe estudiarse “bajo la sombrilla de la muy restrictiva inmunidad de ejecución”, pues el propósito de la solicitud es que se adopten medidas coercitivas contra Venezuela.

La Sala también reconoce que las reglas sobre inmunidad de ejecución no pueden resultar desplazadas por el Convenio CIADI, ello de conformidad con el artículo 55 del propio Convenio. Por tal razón, concluye la Sala “las normas de la Convención CIADI no podrían quebrar la costumbre internacional de la inmunidad de ejecución, conforme al concepto colombiano de Orden Público Internacional. *Mutatis mutandis*, las consideraciones vertidas sobre el reconocimiento y la inmunidad de jurisdicción tampoco podrían lacerar la referida inmunidad de ejecución – para Colombia infranqueable–”.

13. Decisión

Sobre la base de los fundamentos antes señalados, la Sala decide denegar el reconocimiento del laudo y no condena en costas, debido a que las mismas no aparecen causadas.

14. Breve opinión del relator

Esta decisión fue objeto de una aclaración de voto, por parte de la Magistrada Martha Guzmán, cuyo argumento compartimos. La magistrada está de acuerdo con denegar el reconocimiento al laudo, sin embargo, estimó que la Corte pudo haber esgrimido razones más sólidas y claras que justificaran la decisión. En su opinión, la Sala debió profundizar en la distinción entre actos *iure imperii* y actos *iure gestionis*. Cabe destacar que, en Colombia, tanto la Corte Suprema de Justicia como el Consejo de Estado e incluso la Corte Constitucional, han aceptado el carácter relativo de la inmunidad de ejecución.

Por ejemplo, la Corte Constitucional, en la sentencia de unificación SU443 de 2016, afirmó que “de conformidad con el derecho internacional consuetudinario un bien perteneciente a un Estado está sujeto a la inmunidad de ejecución, salvo que se cumpla alguna de las siguientes condiciones: 1), que el bien no sea utilizado para desarrollar actividades que no persigan fines de servicio público no comerciales, 2) que el Estado haya expresado su consentimiento frente al embargo o a la medida coercitiva

sobre sus bienes, o 3) que haya destinado el bien al pago de la acreencia judicial respectiva”. Así las cosas, “solo pueden ser objeto de ejecución los bienes destinados a actos de gestión”.

Esta decisión de la Corte Constitucional contradice la afirmación de la sentencia según la cual la inmunidad de ejecución es “infranquable”.

De hecho, la propia Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, en sentencia de 13 de julio de 2023 (Radicado 11001-02-03-000- 2022-02569-00), afirmó que aunquer la inmunidad de ejecución tendría el carácter de una “regla prerrogativa absoluta”, admite excepciones cuando se pruebe la existencia de “una práctica generalizada o particular de dichos entes que les permitiera desestimar la prerrogativa de inmunidad de ejecución, la cual ha sido desarrollada a través de la costumbre internacional”. Así, algunos bienes del Estados, siempre que sean “ajenos a fines del servicio público”, que pueden ser objeto de ejecución. Además, también es posible que “el Estado ejecutado hubiese expresado su consentimiento en la medida coercitiva”. Esto último opera como una especie de renuncia a la inmunidad de ejecución, tal como ocurre con la inmunidad de jurisdicción.

Precisamente, admitiendo el paralelismo entre ambas figuras, el Consejo de Estado ha admitido que, al evolucionar a la par de la inmunidad de jurisdicción, la inmunidad de ejecución también se ha ido relativizando y permitiendo que ciertos bienes de un Estado sean objeto de ejecución (Sentencia del 26 de marzo de 2009, Radicado 25000-23-26-000- 2006-02062-01[34460]).

Considerando la evolución de esta figura en la jurisprudencia colombiana, la magistrada Guzmán estima —acertadamente— que “se imponía dilucidar si en el caso examinado se acreditaron o no restricciones a esas inmunidades estatales, en atención a que, en la solicitud de marras, se indicó que [d]espués de surtir el trámite de rigor para la aprobación del acceso al mecanismo, la integración del panel, la contestación por la parte demandada y una serie de actuaciones previas, las partes llegaron a una serie de acuerdos de orden procesal (...); realidad relevante para precisar el alcance de tales acuerdos sobre el aludido reconocimiento, que, en últimas, apunta a la ejecución del laudo arbitral, ante su incumplimiento voluntario por parte la República Bolivariana de Venezuela; supuesto no acreditado en esta actuación, pese que la sociedad Rusoro Mining Limited indicó en su petición que el Tribunal Arbitral dijo que ‘si bien es indiscutible que Venezuela realizó una oferta para compensar a Rusoro,

dicha oferta resultó insuficiente y nunca se pagó o depositó el monto mínimo ofrecido”.

La Sala no verificó la naturaleza de los bienes sobre los cuales recaerían las medidas, ni analizó si los mismos podrían subsumirse o no en la categoría de bienes que, en la antes citada decisión de la Corte Constitucional, podrían ser objeto de ejecución.

Normas Editoriales de Principia

Normas Editoriales para la presentación de artículos académicos para Principia Revista del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias de la Universidad Monteávila

I. Sobre los artículos

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

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

II. Sobre las citas, pies de página y referencias

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

III. Arbitraje doble ciego

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



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

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

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