

## EL CONCEPTO DE ARBITRAJE

**Autor:**

*Lenin Navarro Moreno<sup>1</sup>*

### INDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. EL ARBITRAJE Y SUS CONCEPTOS
3. CONCLUSIONES

### BIBLIOGRAFÍA

### RESUMEN

La pregunta ¿qué es arbitraje? resulta recurrente. En algunos casos la respuesta es evidente, en otros menos. Un abogado litigante o árbitro sabe que la palabra arbitraje no tiene una definición única, de hecho, el arbitraje difiere sustancialmente en razón de la materia, de si éste es local, internacional, llevado en sede extranjera, si es comercial o de inversión, si es dado entre privados o entidades públicas, resuelto en derecho o *ex aequo et bono*, etc. A lo dicho se agregan las dificultades propias del derecho comparado y la intervención de partes o abogados de diversas culturas jurídicas.

En otras palabras, tras la utilización de la expresión “arbitraje”, existen diversas nociones, realidades y elementos sustanciales, lo que implica las existencias de diversas concepciones. En correspondencia se anota la existencia de una heterogénea formación y experticia de árbitros y abogados, quienes tiene una estructura conceptual distinta.

---

<sup>1</sup> Doctor en Derecho (PhD/SJD), Universidad de Castilla La Mancha UCLM. Doctor en Derecho Económico Internacional, UISEK. Master of Laws LLM in International and Comparative Dispute Resolution, Queen Mary University of London (QMUL-U.K.). Master of Laws LLM in International Law and U.S. Legal Studies, Dickinson School of Law, Pennsylvania S. University (PSU). Associate Editor, PSU Journal of Law & International Affairs. Visiting Researcher, Georgetown University Law Center, Washington D.C. Master en Administración Pública c. (MPA), Universidad de Castilla La Mancha. Magíster en Derecho Administrativo UTPL. Abogado, UISEK. Licenciado en Ciencias Sociales, UISEK. Ingeniero en Administración, especialidad Administración en Gestión Pública UTPL. Diplomado en Arbitraje Internacional, Washington College of Law, American University. Diploma en International Investment Law, UNCTAD. Certificado en Consejería Legal en Arbitraje Internacional y Reglas Estatutarias del Arbitraje Internacional, Dickinson School of Law. Miembro activo en varias organizaciones profesionales y académicas. Profesor de derecho, árbitro, administrador público, consultor internacional y guitarrista clásico.

En tal sentido, el presente artículo está principalmente dirigido a quienes inician su práctica en arbitraje, en especial dentro del arbitraje internacional o en jurisdicción extranjera, y buscan consolidar nociones básicas.

**PALABRAS CLAVES:** concepto, arbitraje, arbitrabilidad, internacionalidad, separabilidad, caracterización.

## 1. INTRODUCCIÓN<sup>2</sup>

A diferencia de lo que sucede en las ciencias exactas donde los conceptos encarnan nociones uniformes respecto a certezas generales, en derecho los conceptos no son universales. Materialmente se consolidan en medio de doctrinas como el realismo, constructivismo, idealismo, etc., sin mencionar los principios propios a cada materia o disciplina. Aquello matizado por cuestiones de técnica jurídica<sup>3</sup> y bajo el prisma constitucional<sup>4</sup> imperante en un tiempo, territorio o jurisdicción (en lo local), y con límites objetivos presentes en el *ius cogens* internacional.<sup>5</sup>

Sin duda es paradójico que el concepto, siendo piedra angular de conocimiento, se encuentre sometido a importantes complejidades, entre otras puede decirse: relación al lenguaje-objeto y metalenguaje,<sup>6</sup> el concepto del estado de cosas frente a la diacronía y sincronía; el paradigma y la doxa; relación entre pensamiento, lógica y lenguaje; los significados compositivos y el simbolismo; adjudicación y determinación del derecho, etc. Todo esto atravesado por posibles valoraciones de exégesis y eiségesis que pueden limitar, extender o modificar el sentido de las cosas.

---

<sup>2</sup> El asunto propuesto representa un problema complejo que argumentativamente desborda a aquellos referidos a la determinación de la norma aplicable, cuestión probatoria o de interpretación en sentido estricto. Conceptualmente no se limita a problemas de lenguaje, tales como: a la vaguedad, ambigüedad o carga emotiva, ya que representa elementos cognitivos de relevancia.

<sup>3</sup> La norma escrita, debidamente promulgada, se entiende legítima y justa. Esto no necesariamente es así, pueden existir leyes violatorias de principios o del sistema en general, razón por la cual deben ser expelidas del ordenamiento. El sentido común marca un equilibrio entre la lógica y la ética.

Ver: Navarro Moreno, Lenin. (2018). *Introducción al Derecho*. Universidad del Loja UTPL.

<sup>4</sup> El derecho constitucional comparado puede prever distintas modalidades de creación del derecho junto a remedios para mantener la constitucionalidad.

Ver: Navarro Moreno, Lenin (2016). *Judicial Review en el Constitucionalismo*. Casa de La Cultura del Ecuador.

<sup>5</sup> Ver: Shelton Dinah (2006). *Normative Hierarchy in International Law*. The American Journal of International Law, vol. 100, N.2, American Society of International Law, 2006.

<sup>6</sup> Ver: Solórzano Peña, M. A. (2005). *Filosofía del Derecho*. Guadalajara, Jal: Universidad de Guadalajara. P. 18

Así, el conocimiento sin categorización lógica aceptada potencialmente abre la puerta a cuestiones igualmente complejas como: el hecho filosófico, el error de concepto, el concepto primitivo, el sinónimo, la idea, la definición, la percepción, etc.

La lógica proposicional y la tautología pretenden otorgar certezas a través de la asignación de valores; sin embargo, en derecho definir un concepto jurídico sobre la enunciación de sus propios elementos no representa avance estructural alguno. Más aún, cuando los conceptos al ser creados en diversos contextos de poder público conllevan elementos subjetivos, y en los casos menos afortunados representan intereses del poder móviles, que en cuanto a su fondo y forma pueden ser contrarios al derecho local o internacional.

Tratar sobre las diferencias entre el derecho positivo y natural, junto a otras precisiones de filosofía jurídica, desbordan el presente trabajo; sin embargo, su enunciación es inevitable para entender y justificar la creación del derecho y la definición de sus institutos.

Por un lado, tenemos la razón natural<sup>7</sup> de las cosas (*naturalis ratio auctoritate*) o *recta ratio*,<sup>8</sup> y en otro extremo indeterminaciones junto a la posibilidad de que un concepto tenga diversa amplitud, significación y objeto, dependiendo del sistema legal que lo instituya o reconozca, por el mero hecho de que haya sido manifestado.

Pese a que el poder soberano instituye la potestad de crear normas y conceptos jurídicos,<sup>9</sup> el sistema formal y la lógica proposicional establece parámetros mínimos de racionalidad que deben ser respetados, sin perjuicio de su vertiente política. Dicho de otro modo, en sistemas jurídicos civilizados las diferencias conceptuales deberían estar dentro del problema jurídico de la

---

<sup>7</sup> “A law is essentially the work of reason and not an expression of an inclination of the will, unless in this sense that a rule or command of reason requires a previous act of the will, from which it derives its ordering power.”

- Elders, Leo J (2019). *Law in General: The Eternal Law, Natural Law, Human Law*. The Ethics of St. Thomas Aquinas: Happiness, Natural Law, and the Virtues, Catholic University of America Press. P.198.

<sup>8</sup> Ver: O’Sullivan, James P (2014). *Josef Fuchs’ Revised Natural Law: Possibilities for Social Ethics*. New Blackfriars. Vol. 95, N. 1058. P. 379-96,

<sup>9</sup> La ley es una manifestación de poder soberano, y la soberanía la esencia del poder político. EL poder constituyente en principio es ilimitado, incontrolado, originario, indivisible, eficaz, y fundacional. En teoría cualquier conceptualización jurídica podría ser incluida, sin los límites o control de un poder constituyente derivado, por ejemplo. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el derecho es una ciencia cuya naturaleza y contenido debe respetarse conceptualmente sin perjuicio de las diversas inspiraciones políticas.

calificación, sin desbordar cuestiones de orden ontológico, epistemológico o deontológico, es decir, del sentido común.<sup>10</sup>

El presente artículo realizará un análisis del concepto de arbitraje a través del análisis de diversos aspectos fundamentales, sin pretender ser exhaustivo en razón de su extensión.

## **2. EL ARBITRAJE Y SUS CONCEPTOS**

El análisis del concepto de arbitraje, *prima facie*, parecería no tener relevancia por presumirse su entendimiento general o uniforme. Sin embargo, aquello no es absoluto, ya que subyacentemente al problema del concepto se suma la dificultad de su naturaleza.

El arbitraje es un lienzo en blanco, lo que paradójicamente se convierte en su mayor atributo y debilidad. En teoría la regulación del arbitraje debe ser mínima, o adquiriría el matiz de un procedimiento adjetivo particular, propio del derecho procedimental, que generalmente se intenta evitar.

En principio, no es admisible pensar que el arbitraje representa un concepto jurídico indeterminado o encarna valores supremos que no puedan ser definitivos taxativamente. Sin embargo, podría verse a la falta de definición un efecto útil, no sobre la base de una estructura referida a la gnoseología, sino por conveniencia práctica. Por otro lado, podría pensarse en el desarrollo de modelos<sup>11</sup> antes que en nociones conceptuales.

La enunciación más allá de su asimilación lingüística tiene un valor jurídico intrínseco. Aunque teóricamente no es justificable, en la práctica potencialmente existen tantas definiciones como legislaciones o sistemas jurídicos.<sup>12</sup> El tema del arbitraje, incluso ha tenido un reconocimiento constitucional,<sup>13</sup> sin necesidad jurídica de ello.

---

<sup>10</sup> Por ejemplo, en Ecuador el Decreto Ejecutivo No. 813 de 2011 instituyó la “renuncia obligatoria”, concepto que iba contra el sentido común y la lógica del leguaje. Recién el 28 octubre de 2020, mediante sentencia Nro. 26-18-IN/20, la Corte Constitucional declaró su inconstitucionalidad.

<sup>11</sup> Ver: Edward, Brunet (199). Replacing Folklore Arbitration with a Contract Model of Arbitration. 74 TUL. L. REV. 39, P. 42-47, 1999.

<sup>12</sup> Lo dicho sin perjuicio de los importantes esfuerzos de unificación del derecho.

<sup>13</sup> Constitución de la Republica del Ecuador, 2008. Art. 190.- “Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir. En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley.”

De forma general podría decirse que el arbitraje encarna un mecanismo o procedimiento a través del cual las partes voluntariamente deciden otorgar el poder de decidir sobre una disputa transigible a un árbitro o panel. Sin embargo, no existe determinación general sobre cuáles deberían ser sus elementos esenciales, naturales y accidentales, partiendo de una lógica contractualista. La validez de un acuerdo arbitral, *per se*, no está vinculado al concepto de arbitraje.

Cuestiones tan obvias como la manifestación de voluntad a arbitrar pueden causar problemas. Dependiendo de la jurisdicción, como en el *class arbitration*<sup>14</sup> anglosajón, determinar si las partes han elegido voluntariamente el proceso, representa una cuestión compleja.

Otro tema complejo es si el arbitraje necesariamente requiere de partes contractuales. El arbitraje de inversión es un ejemplo donde el consentimiento no consta en un contrato y la decisión del tribunal no versa primigeniamente sobre el contrato.<sup>15</sup> A tal efecto, la misma noción de separabilidad pierde sentido.

La regla general establece que el arbitraje es voluntario, sobre compromisos o cláusulas arbitrales respecto de disputas actuales o futuras. Sin embargo, la teoría y práctica reconoce en ciertas jurisdicciones la existencia de un arbitraje obligatorio,<sup>16</sup> entre otros, en temas de consumo. Este podría ser dado por mandato de ley o de alguna autoridad.

Otrora, temas como los laborales se consideraban no transigibles al afectar posibles derechos irrenunciables, en la actualidad no solamente son aceptados, sino que en ciertas legislaciones se

---

-Pese al contenido de la referida norma han existido declaratorias de inconstitucionalidad sin precedentes en el derecho comparado. Ver: Navarro Moreno, Lenin (2020). *The Experience of Ecuador in Investment Arbitration*. Queen Mary University of London.

<sup>14</sup> Entre otros casos que grafican destaca: *Mohamed v. Uber Technologies*, 109 F. Supp. 3d 1185 (N.D. Cal. 2015).

Sobre el punto en particular se anota: “Uber argues on appeal (1) that the district court erroneously considered whether the arbitration provisions were enforceable when that question was clearly delegated to an arbitrator, and (2) that even if the district court properly considered arbitrability, it erred in concluding that the arbitration provisions were invalid and in declining to compel arbitration. We conclude that the district court erred at the first step and improperly assumed the authority to decide whether the arbitration [\*5] agreements were enforceable.”

Ver: <https://www.lexisnexis.com/community/case-opinion/b/case/posts/mohamed-v-uber-techs-inc>

<sup>15</sup> Del mencionado hecho deriva, entre otros, el tema de las contrademandas. En principio las garantías dadas por el Estado son unilaterales, las contrademandas deberían darse sobre cuestiones contractuales.

Ver: Hoffmann, Anne K. (2013). *Counterclaims in investment arbitration*. ICSID review 28.2 (2013): P. 438-453. Kalicki, Jean E. *Counterclaims by states in investment arbitration*. Investment Treaty News 3

<sup>16</sup> Sobre arbitraje obligatorio y renuncia de derechos, ver:

<https://www.consumerfinance.gov/es/obtener-respuestas/que-es-un-arbitraje-de-cumplimiento-obligatorio-es-739/>

admite la posibilidad de que existan arbitrajes obligatorios.<sup>17</sup> Resulta interesante la figura conocida como: “*bargaining agreements*.”<sup>18</sup>

Otro tema complejo es la posibilidad de arbitraje de equidad y la participación de árbitros legos que no conocen el derecho ni son abogados. Esto implica una categoría conceptualmente distinta que a su vez abre la oportunidad para el ejercicio internacional de la profesión de abogado.<sup>19</sup>

La denominación de alternativo también abre inquietudes temporales y materiales. El rol alternativo ¿existe frente al poder soberano de juzgar? ¿La facultad es un tema derivado más que una facultad alternativa o paralela?

Además, los llamados métodos alternativos autocompositivos y heterocompositivos pueden preceder demandas judiciales en el ámbito práctico. En el ámbito histórico la negociación, mediación y arbitraje estuvieron presentes antes de la consolidación del Estado moderno y la división de poderes.

Identificar al arbitraje por su “ventajas” es otro medio de caracterizarlo.<sup>20</sup> Es partir del paradigma de que el arbitraje es más rápido y menos costoso que un proceso judicial. En temas internacionales, la sofisticación y especialización demuestran que aquello no es absoluto.

## 2.1 Conceptos positivos de Arbitraje

El positivismo,<sup>21</sup> sin perjuicio de sus diversas vertientes, recoge la práctica romana del *ius scriptum*, junto al hecho de aceptar lo escrito, luego de cumplirse con las formalidades y solemnidades procedimentales del caso, bajo presunción de validez y/o legalidad.<sup>22</sup>

---

<sup>17</sup> Ver: [https://www.ilo.org/legacy/spanish/dialogue/ifpdial/lfg/noframes/ch4.htm#note\\_1](https://www.ilo.org/legacy/spanish/dialogue/ifpdial/lfg/noframes/ch4.htm#note_1)

<sup>18</sup> Labor Arbitration and the Law of Collective Bargaining Agreements. *The Labor Lawyer* (1991). Vol. 7, No. 3, American Bar Association. P. 747–70, <http://www.jstor.org/stable/40862150>.

<sup>19</sup> Ver: Navarro Moreno, Lenin (2018). *The International Lawyer*. International Bar Association, Legal Practice Division, London.

<sup>20</sup> También han existido autores que han identificado falencias, verbigracia: Grisel, Florian (2017). *Marginals and Elites in International Arbitration*. Oxford Handbook of International Arbitration, Olivet, C., & Eberhardt, P. (2012). *Profiting from injustice: How law firms, arbitrators and financiers are fuelling an investment arbitration boom*. Transnational Institute. etc.

<sup>21</sup> No se puede desconocer la carga extrajurídica del concepto. Así se ha expresado, “In its primary sense, the name “legal positivism” designates not a philosophical or legal doctrine, but the historic movement by which the power of command rises to the rank of supreme source of law, thus inaugurating the reign of positive law. Nietzsche is the thinker and prophet of legal positivism. With Nietzsche, the relation between positive law (Gesetz) and higher law (Recht) is

Lo anterior implica el hecho objetivo de que el arbitraje y su práctica potencialmente difieren de jurisdicción a jurisdicción. Su definición, alcance, naturaleza y aplicación pueden variar. Más allá de la legalidad, ¿tiene aquello un sentido nomológico? Por otro lado, ¿un procedimiento adjetivo se encasilla en un derecho moral?<sup>23</sup>

La lógica expresa la existencia de universales, tanto en una esfera inmanente como trascendente. Las cosas y sus categorías existen en un contexto universal que desborda la percepción de quien observa o valora sus atributos.

Cabría preguntarse, ¿estamos o no ante procesos inconclusos que requieren de una interpretación evolutiva permanente? En principio la respuesta debería ser negativa. No cabe una retórica de parábolas y analogías, que en muchos casos instituyen más excepciones que similitudes.

Los universales y los conceptos representan problemas separados, recurrir al nominalismo de conceptos tampoco brinda una respuesta absoluta, sino que potencialmente abre nuevas interrogantes que además pueden ser objeto de interpretación gramatical, sistemática, teleológica, etc.

Interesantemente puede verse que las legislaciones locales prefieren evitar realizar definiciones exhaustivas o categóricas. Verbigracia, en la Ley de arbitraje de la India, en su capítulo I, se expresa: (a) “arbitraje” significa cualquier arbitraje, sea o no administrado por árbitros permanentes.<sup>24</sup>

En el Reino Unido el Arbitration Act<sup>25</sup> no ofrece una definición de arbitraje, sino que se concreta a describir la noción de convenio arbitral, expresando que “la referencia en un acuerdo a una forma escrita de cláusula compromisoria o a un documento que contenga una cláusula compromisoria constituye un acuerdo arbitral si la referencia hace que esa cláusula forme parte del acuerdo.”

---

turned upside down. Recht is brought down from its eminent place as higher Law of the land and reduced to the standing of a mere creature of Gesetz.”

- Nonet Philippe (1990). *What Is Positive Law?*. The Yale Law Journal, Vol. 100. N. 3. The Yale Law Journal Company, Inc., P. 669.

<sup>22</sup> Se trata de una presunción *juris tantum* que integra el conjunto de privilegios unilaterales y potestades exorbitantes de la administración pública. Corresponde al administrado iniciar un proceso que reconozca la invalidez del acto, junto con la carga de la prueba (*onus probandi*). La presunción es uno de los pilares del derecho administrativo y derecho público en general.

<sup>23</sup> Ver: Hart, H. L. A. (1958). *Positivism and the Separation of Law and Morals*. *Harvard Law Review*. Vol. 71, N. 4, The Harvard Law Review Association. P. 593–629.

<sup>24</sup> The Arbitration and Conciliation Act, 1996.

<sup>25</sup> U.K. Arbitration Act 1996.

La falta de definición de arbitraje se encuentra igualmente presente en el Arbitration Act de Ontario,<sup>26</sup> que concentra únicamente a la definición de convenio arbitral, expresando: “un acuerdo de arbitraje significa un acuerdo para someter a arbitraje disputas presentes o futuras (sean o no contractuales)”.

En Perú la Ley<sup>27</sup> que regula el arbitraje no incluye un concepto de arbitraje. En su parte general pone énfasis en cuestiones trascendentes como: ámbito de aplicación (Art. 1), materias susceptibles de arbitraje (Art. 2), principios y derechos de la función arbitral (Art. 3).

La Ley Modelo Uncitral manifiesta que: “a) “arbitraje” significa cualquier arbitraje con independencia de que sea o no una institución arbitral permanente la que haya de ejercerlo.”<sup>28</sup> Esta mención implícitamente admite toda posible definición, pero no hace categorización alguna, lo que podría producir conflicto de DIPr.

Las reglas de arbitraje Uncitral<sup>29</sup> en su denominada Sección I, establece un marco de disposiciones introductorias y ámbito de aplicación, constante en el Art. 1. Dentro de los cuatro párrafos que componen dicho artículo no se incluye una definición de arbitraje. Cabe resaltar la amplitud y versatilidad de la aplicación de las Reglas que incluyen varias modalidades de arbitraje, como el de inversión.

La Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras<sup>30</sup> tampoco incorpora una definición de arbitraje.

Otras legislaciones incluyen definiciones que, si bien están lejos de prever toda la casuística posible y servir como modelo a una definición general o concepto uniforme, dentro del ámbito local establecen límites conceptuales. Así, en Ecuador la Ley de Arbitraje, en su Art. 1, expresa que el sistema arbitral constituye un “mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo, las controversias susceptibles de transacción, existentes o futuras para que sean resueltas por los tribunales de arbitraje administrado o por árbitros independientes que se conformaren para conocer dichas controversias.”<sup>31</sup>

---

<sup>26</sup> Ontario Arbitration Act, S.O. 1991.

<sup>27</sup> D.L. N° 1071 Decreto Legislativo que norma el arbitraje, 2008.

<sup>28</sup> Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional 1985, Enmiendas 2006

<sup>29</sup> UNCITRAL Arbitration Rules, 2013.

<sup>30</sup> Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, Nueva York, 1958.

<sup>31</sup> Ley de Arbitraje y Mediación y Reformas, Registro Oficial 417, 2006.

## 2.2 Arbitrabilidad

La arbitrabilidad teóricamente debería seguir al concepto de arbitraje como la sombra al cuerpo. En tal sentido, el hipotético ideal es la existencia de una correlación y proporcionalidad entre ambos elementos, entendiendo que no son lo mismo. La arbitrabilidad encierra elementos de orden público local e internacional.<sup>32</sup>

En principio la arbitrabilidad debe obedecer el mandato de normas positivas respecto a la materia que puede ser libremente dispuesta y que además no está prevista como competencia exclusiva de la función judicial. Particular importancia tiene la arbitrabilidad de actos administrativos.<sup>33</sup> En América Latina existe una gradación diversa sobre la valoración de actos de derecho administrativo que pueden ser arbitrables, sin embargo, ese es un tema de derecho público y no del arbitraje propiamente. Lo mismo puede decirse respecto de materias de orden público como control de mercado y sistema financiero.

El conocimiento de disputas internacionales sobre la base del derecho administrativo local tiene importantes complejidades, principalmente por parte de exponentes anglosajones.<sup>34</sup>

En sistemas de derecho positivo la cuestión es más simple, es decir, es arbitrable lo que la ley permite. La voluntad de las partes no otorga jurisdicción a los árbitros fuera del marco legal de arbitrabilidad.

En sistemas jurisprudenciales la noción de *arbitrability* ha sido desarrollada por precedentes de la Suprema Corte, como consta del caso Mitsubishi,<sup>35</sup> con incidencia directa en materia de competencia y antitrust.

El caso Wilko<sup>36</sup> estableció la posibilidad de arbitrar en materia de *securities fraud claims*. conforme a reglas del Securities Act of 1933.<sup>37</sup> La respuesta fue dada en el sentido de que la ley especial

---

<sup>32</sup> Ver: Navarro M, Juan Agustín (1982). *El Orden Público y el Orden Privado*. Casa de la Cultura Ecuatoriana. Colección Rumichaca. Vol. 12.

<sup>33</sup> En la sentencia C-457 de 2015, la Corte Constitucional de Colombia menciona: “el verdadero sentido del precepto acusado no es el de regular la arbitrabilidad objetiva, sino el de establecer el régimen normativo que resulta aplicable cuando interviene una entidad pública o quien desempeña funciones administrativas.”

<sup>34</sup> Navarro Moreno Lenin (2017). *The Future of Administrative Law*. International Bar Association. Legal Practice Division London.

<sup>35</sup> Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc., 105 S. Ct. 3346 (1985)

<sup>36</sup> Wilko v. Swan, 346 U.S. 427 (1953),

<sup>37</sup> Securities Act of 1933, 15 U.S.C. §§ 77a-77mm

dejaba sin efecto las reglas de arbitraje del Federal Arbitration Act. Esta decisión mereció la oposición del juez asociado Felix Frankfurter.

En el caso Scherk<sup>38</sup> se sostuvo que la cláusula de arbitraje debe ser respetada y ejecutada por los tribunales federales en los términos del Arbitration Act, es decir, se entiende que será válido, irrevocable y exigible, salvo por motivos legales o de equidad.

En Moses H. Cone Memorial Hospital v. Mercury Construction Corp.<sup>39</sup> se expresó que la Federal Arbitration Act prevalece sobre leyes estatales, lo cual también tuvo relevancia respecto de la doctrina conocida como: *abstention doctrine*.

En Shearson/American Express Inc.<sup>40</sup> es una decisión compleja de 5 a 4, se ratificó la decisión de Wilko v. Swan. Se sostiene además que los temas derivados de la Ley RICO<sup>41</sup> no son arbitrables.

Sin perjuicio de otra casuística y normativa que podría ser referida, queda claro que la arbitrabilidad y el concepto de arbitraje, si bien deberían tener correspondencia, tienen diversas dimensiones al ser cosas distintas. Al final, depende de decisiones políticas<sup>42</sup> el permitir o recurrir a arbitraje en cuestiones ajenas a la noción comercial de transigibilidad. Lo que se conoce como *subject-matter inarbitrability* tendrá diversa valoración política dependiendo del tiempo y latitud donde se presente.

### 2.3 El Contrato, Jurisdicción y Lex Arbitri

El hecho de expresar que el *acuerdo arbitral* es un contrato podría tener una acogida general en el ámbito local. En derecho comparado la dificultad se amplía ya que la concepción de contrato continental romanista no tiene paralelo con el contrato del *common law* basado en la noción de *consideration*.<sup>43</sup> El contrato de compraventa por antonomasia es transacción UCC<sup>44</sup> que difiere de la

---

<sup>38</sup> Scherk v. Alberto-Culver Co., 417 U.S. 506 (1974)

<sup>39</sup> Moses H. Cone Memorial Hospital v. Mercury Construction Corp., 460 U.S. 1 (1983),

<sup>40</sup> Shearson/American Express Inc. v. McMahon, 482 US 220, 1987.

<sup>41</sup> Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act, 1970.

<sup>42</sup> Ver: Navarro Dávila, Edgar Fabián (1982). La Política Exterior, Casa de la Cultura Ecuatoriana.

<sup>43</sup> Se trata de una noción compleja y difusa que sin embargo es la piedra angular del derecho contractual en el common law. Su conceptualización no se fundamenta en teorías romanistas.

Ver: Horwitz, Morton J. (1974) *The Historical Foundations of Modern Contract Law*. Harvard Law Review, Vol. 87. N. 5. The Harvard Law Review Association. P. 917–56

<sup>44</sup> El Uniform Commercial Code (UCC), fue adoptado en 1952, siendo un hito en el derecho estatuario. Territorios de Estados Unidos con influencia del derecho romano (*civil law*) no lo han adoptado en su totalidad, tal es el caso de Louisiana y Puerto Rico.

concepción contractual consuetudinaria. Por este, y otros motivos, la asimilación de la doctrina contractualista ha causado análisis teóricos y prácticos.<sup>45</sup> *Contrario sensu*, los anglosajones no conocen ni aplican la doctrina contractual sobre objeto lícito, causa lícita, consentimiento libre de vicios y capacidad.

Manifiestar que el arbitraje conceptualmente es un contrato<sup>46</sup> representa más complejidad, y en correlación una menor posibilidad de aceptación. En países anglosajones existe resistencia al asimilar al arbitraje como contrato<sup>47</sup>; sin embargo, se acercan a dicha concepción.<sup>48</sup> Principalmente subyace el hecho de que son participantes de un convenio las partes que lo han firmado; no obstante, existen acuerdos amplios de delegación,<sup>49</sup> que dificultan estimar la validez y exigibilidad del acuerdo.<sup>50</sup>

El arbitraje, en rasgos generales, al depender de la legislación aplicable, y en caso de ser administrado, de las reglas del centro, tiene diversas fases a las que se podría atribuir distinta naturaleza. Así, consta el registro, la presentación de demanda, contestación/reconvencción (postulatoria), la integración del tribunal y verificación de su competencia (*kompetenz-kompetenz*), la solicitud de medidas provisionales, la fase probatoria, resolutoria y ejecutoria.

La ejecución si bien no compete al tribunal arbitral, por haber terminado sus funciones y dejar de tener competencia, es parte integrante del arbitraje, siendo probablemente la de mayor relevancia práctica y complejidad por recurrir de órganos judiciales.

Es claro que la teoría del contrato no cubre todas las fases descritas. Sin embargo, sin consentimiento válido plasmado en un acuerdo o cláusula arbitral no existe arbitraje. Lo dicho, salvo que el procedimiento conste como mandato de una norma internacional o local, lo que se traduce en un arbitraje no voluntario, que en principio no es la regla.

---

<sup>45</sup> Por ejemplo, ver: Charles L. Knapp (2002). *Taking Contracts Private: The Quiet Revolution in Contract Law*. 71 Fordham L. Rev. 761, P. 782.

<sup>46</sup> El arbitraje por regla general parte de un convenio arbitral, sin embargo, no se limita a él.

<sup>47</sup> Así se ha expresado, “Recent Supreme Court decisions such as *American Express v. Italian Colors Restaurant*, 133 S. Ct. 2304 (2013), and *AT&T Mobility v. Concepcion*, 131 S. Ct. 1740 (2011), represent dramatic developments with implications that extend far beyond the arbitration context. These decisions are a product of what the author refers to as the “contract model””.

Hiro N. Aragaki (2014). *The Federal Arbitration Act as Procedural Reform*. 89 N.Y.U. L. REV. P. 1939.

<sup>48</sup> Entre otros ver: Stephen J. Ware (1994). *Punitive Damages in Arbitration: Contracting Out of Government’s Role in Punishment and Federal Preemption of State Law*. N. 63 Fordham L. Rev. P 529- 547.

<sup>49</sup> *Binh v. King & Spalding LLP*, No. 4:21-CV-02234 (S.D. Tex. Jan. 10, 2022)

<sup>50</sup> Entre casos recientes ver: *Stauber v. Per Mar Security and Research Corp*, No. 20-CV-00775-JDP (W.D. Wis. 2021); *Phillips v. Weatherford US, LP*, No. 20-CV-01104 -RP (W.D. Tex. 2021); *Healey v. Elliot, P.C.*, No. 20-CV-13209-MAG-RSW (E.D. Mich. 2021)

El contrato no solo es una teoría explicativa, sino que tiene implicaciones no tan evidentes a la luz del derecho comparado, como se ha expresado: “*the contract model has had profound ramifications*”.<sup>51</sup> En tal sentido cuestiones relacionadas al derecho de cada Estado de la Federación han debido ser resueltos por la Suprema Corte.

En contraparte, el arbitraje existe vinculado a la jurisdicción, potestad soberana que corresponde al Estado.<sup>52</sup> El Estado podría limitar o impulsar legislativamente el arbitraje, o mediante decisiones judiciales.<sup>53</sup> En algunos casos existen leyes autónomas, en otros se le dedica un espacio dentro de códigos procedimentales generales civiles o comerciales.

Ciertos autores han relacionado la mayor o menor regulación del Estado con la vigencia de arbitraje.<sup>54</sup> Aquello equivale, en cierta medida, a decir que el concepto de arbitraje depende de las libertades que Estado otorga en su operación. Esta libertad siempre está limitada por el orden público.

La utilización de contratos procedimentales representa algo más que una postura ecléctica, ya que evidencia la práctica dada en ciertos segmentos, donde no sólo se acuerda el sometimiento a un foro de resolución de disputas, sino que se incluyen temas probatorios, que en algunos casos se relacionan con nociones de orden público. Así, se ha expresado: “*procedural contracts may be understood as contracts in which parties regulate not merely their commercial relations but also the procedures by which disputes over those relations will be resolved.*”<sup>55</sup>

Salvo en el arbitraje de inversión CIADI y algún sistema que excluya por completo la intervención judicial, la historia muestra una relación permanente entre arbitraje y la función judicial. En ciertas jurisdicciones la interacción entre árbitros y jueces es más o menos compleja que otras, hecho que lleva a una distinta valoración del arbitraje.

---

<sup>51</sup> Hiro N. Aragaki, *Ibidem*, P. 1841.

<sup>52</sup> Por ejemplo, el Art. 190 de la Constitución de Ecuador, caso *sui generis* dentro del derecho constitucional comparado, reconoce el arbitraje. En Perú el arbitraje representa una excepción a la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, conforme al segundo párrafo del numeral 1 del Art. 139 de la Constitución Política de 1993, sin embargo, esto no representa una aceptación o negación de la institución *per se*.

Teóricamente podría entenderse que un Estado podría desconocer el arbitraje, y que en la práctica su existencia no es más que una dispensa del poder público.

<sup>53</sup> Entre otros casos, ver: *Moses H. Cone Mem'l Hosp. v. Mercury Constr. Corp.*, 460 U.S. 1, 24 (1983)

<sup>54</sup> Ver: Paul D. Carrington (2002). *Self-Deregulation, the National Policy of the Supreme Court.* 3 NEV. L.J. P 259- 288.

<sup>55</sup> Christopher R. Drahozal & Peter B. Rutledge (2011). *Contract and Procedure.* 94 MARQ. L. REV. P. 1103.

La interacción con la esfera judicial se hace evidente en la *lex loci arbitri*, que en derecho internacional privado<sup>56</sup> tiene características propias.<sup>57</sup> La *lex loci arbitri* trata sobre la ley aplicable al procedimiento arbitral, es decir, no versa sobre la ley aplicable al fondo de la controversia, ya que aquello corresponde a la *lex causae*.<sup>58</sup> Aquello tampoco sirve como punto de conexión relevante respecto a la determinación de capacidad y estado de las personas o empresas envueltas en arbitraje, cuestión relevante en derecho internacional privado.

La *lex arbitri* determina la competencia de los tribunales ordinarios encargados de la ejecución y de la supervisión judicial en caso de nulidad. En tal sentido es importante la distinción entre la noción de “asiento” del arbitraje, y la noción de “lugar” donde puede acontecer. El contenido de la *lex arbitri* podría depender de lo que cada Estado en particular pueda decidir al respecto, habiendo diferencias entre el arbitraje local e internacional.<sup>59</sup>

Dentro de este proceso de establecer la naturaleza conceptual del arbitraje, se ha analizado desde tiempo atrás la posibilidad de que exista un arbitraje “anacional”, sin vínculo alguno con una ley sustantiva, procesal o sistema judicial. En tal sentido se han expresado diversos autores, *inter alia*, “scholars and practitioners alike have questioned the traditional view that the *lex loci arbitri* governs the validity of an arbitration. Proponents of "de-nationalised" or "floating" arbitration assert that arbitral awards may be detached from the law of the country of the proceedings and yet remain enforceable.”<sup>60</sup>

La existencia de *smart contracts*,<sup>61</sup> junto al uso de criptografía asimétrica, funciones de *hash*,<sup>62</sup> y registros contables *ledger*,<sup>63</sup> potencialmente abre la puerta a la existencia de arbitrajes en los cuales

---

<sup>56</sup> Navarro Moreno, Lenin (2011). *Derecho Internacional Privado*. Enciclopedia Jurídica Omeba. Libro III. Tomo IX-I

<sup>57</sup> La utilización de elementos de conexión personales, reales o conductistas, puede estar presente sobre temas en disputas.

<sup>58</sup> “In Dicey and Morris on the Conflict of Laws, the authors wrote: “*Lex causae* is a convenient shorthand expression denoting the law (usually but not necessarily foreign) which governs the question. It is used in contradistinction to the *lex fori*, which always means the domestic law of the forum.”

- Duhaime's Law Dictionary, 2020.

<sup>59</sup> Ver: Alan Redfern, Martin Hunter, Nigel Blackaby, Constantine Partasides (2007), *Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional*. La Ley; 4ª Ed. P. 155

<sup>60</sup> Park, W. W. (1983). *The Lex Loci Arbitri and International Commercial Arbitration*. The International and Comparative Law Quarterly, 32(1), P. 22

<sup>61</sup> El contrato inteligente se compone por protocolos de transacciones informáticas que ejecutan los términos de cumplimiento automáticamente, sobre la base de un conjunto de condiciones lógicas. Esto dista de la noción tradicional de contrato donde la voluntad humana y el consentimiento son esenciales.

Ver: Ng, Tsui S. (2017). *Blockchain and Beyond: Smart Contracts*. *Business Law Today*, American Bar Association.

<sup>62</sup> La función extracto o *digest function* opera sobre la criptografía. A través de operaciones cifradas operan sobre códigos de detección de modificaciones y autenticación de mensajes.

no solamente se carezca de conexiones relevantes, sino que incluso se desconozca quienes son las partes. El proceso de *machine learning*<sup>64</sup> en poco tiempo permitirá que las disputas puedan ser adjudicadas por máquinas, las cuales además podrían ordenar registros u operaciones como resultado de su decisión, es decir, no requerir de terceros en la ejecución. Estos elementos darán paso a una realidad que será fundamental en la redefinición de arbitraje, o en su defecto en la creación de una nueva categoría. Lo dicho, décadas atrás, hubiese sido totalmente inimaginable, ya que sin lazos sustanciales el arbitraje conlleva complejos problemas.<sup>65</sup>

## 2.4 Separabilidad y Kompetenz-Kompetenz

La separabilidad, conocida internacionalmente como *severability*, *separability*, o *autonomy* es uno de los elementos esenciales del arbitraje. El compromiso o cláusula arbitral subsiste por sí mismo de forma autónoma, y no sigue la suerte del instrumento en el cual pueda constar, es decir, representa una excepción al principio romano *accessorium sequitur principale*. A pesar de tener una existencia ideal autónoma es claro que no puede haber compromiso arbitral y arbitraje sin materia arbitrable, esto es, en referencia de una relación que pueda generar conflictos actuales o futuros.

La decisión sobre la validez del arbitraje no es algo excepcional, por el contrario, es común que el tribunal arbitral deba analizar y conocer sobre su propia competencia. La doctrina de separabilidad es aceptada en la práctica del arbitraje local así como el internacional.

Esta es una regla sustancial para la existencia y eficacia del arbitraje, que sin embargo, no es universal. Así por ejemplo, se anota: “Art. 16 of the Qatari Arbitration Law likewise incorporates the doctrine of separability by making it clear that, even though an arbitration clause may be contained within a broader substantive contract between parties, it is nevertheless considered a separate agreement. As such, the arbitration clause may (and, most of the time, will) continue to be valid even though the substantive contract within which the arbitration clause is contained is found

---

<sup>63</sup> En razón de que cada registro está vinculado en cadena con los registros anteriores y posteriores, el tema de seguridad se hace integral, es decir la alteración de un registro implica necesariamente afectar la integridad y autenticidad de toda la cadena.

Ver: IBM, What are smart contracts on blockchain?, (2021).

<https://www.ibm.com/topics/smart-contracts>

<sup>64</sup> El concepto se relaciona a otros, como: *deep learning*, *transfer learning*, y *cloud robotics*.

Ver: Dellot, Benedict., & Balaram, B. (2018). *Machine Learning*. RSA Journal, 164.3 (5575). P. 44–47.

<sup>65</sup> Sobre las concepciones existentes hace décadas atrás, ver:

Paulsson, Jan (1983). *Delocalisation of International Commercial Arbitration: When and Why It Matters*. The International and Comparative Law Quarterly, 32(1), P. 53–61.

to be invalid. This enables an arbitral tribunal to decide a dispute even if the substantive contract is invalid (or terminated or non-existent).<sup>66</sup>

En el sistema anglosajón los denominados *ancillary agreements* han generado inquietudes respecto a la separabilidad, tema que por su importancia se vincula a la misma definición de arbitraje. La categoría de *multi-contract arbitration*<sup>67</sup> abre la puerta a una noción de “arbitraje complejo” que conceptualmente desborda al arbitraje generalmente conceptuado. En tales hipótesis la separabilidad no es tan elemental como en arbitrajes tradicionales conformados por dos partes. En otros casos se debe levantar el velo corporativo para identificar la correlación entre las partes que efectivamente participan en el arbitraje y quienes suscribieron el convenio arbitral.<sup>68</sup>

En cuestiones tecnológicas, existen posiciones contrarias respecto a cómo debería presentarse un contrato y su correlación con un compromiso arbitral. Así, por ejemplo, ¿el hecho de conocer las condiciones de uso representa un contrato? Hacer un *click* en el proceso de acceder a un software,<sup>69</sup> ¿representa o no manifestación de voluntad sobre un compromiso arbitral? La separabilidad se vuelve compleja en contratos de adhesión donde la manifestación de voluntad está condicionada.<sup>70</sup> De este modo se han expresado críticas<sup>71</sup> ante un posible uso inadecuado del arbitraje, lo cual podría afectar su concepción general.

El *kompetenz-kompetenz* significa que los propios árbitros deciden sobre su competencia, evitándose la intervención de terceros, ya sean estos autoridades judiciales o administrativas. El principio *kompetenz-kompetenz* no tendría existencia sin la separabilidad; correlativamente, la separabilidad carecería de efecto útil sin el principio *kompetenz-kompetenz*. Ambos se consideran parte de la naturaleza del arbitraje y uno de sus principales elementos.<sup>72</sup>

---

<sup>66</sup> Thomas R., Snider (2017). *Qatari Court of Cassation Thickens the Fog on the Heels of the New Qatari Arbitration Law*. Kluwer Arbitration Blog.

<sup>67</sup> Leboulanger, P. (1996). *Multi-Contract Arbitration*. J. Int'l Arb., 13, 43.

<sup>68</sup> Entre otros ver: Notes, Piercing the Corporate Law Veil: The Alter Ego Doctrine under Federal Common Law. (1982). Harvard Law Review, 95(4), P. 853–871.

<sup>69</sup> Inter alia, ver: Mohamed v. Uber Technologies, 109 F. Supp. 3d 1185 (N.D. Cal. 2015).

<sup>70</sup> Ver: Paul D. Carrington & Paul H. Haagen. (1996). *Contract and Jurisdiction*. Supreme Court Review P. 402

<sup>71</sup> “Our legal sensibilities tell us that where waiver of so important a right as access to the courts is imposed through a contractual form infamous for the absence of real consent, courts should draw a protective line by holding the form term at least presumptively unenforceable. But no: in a series of cases culminating in 1991 with *Gilmer v. Interstate/Johnson Lane Corp.*,<sup>1</sup> the Supreme Court has broadly endorsed the enforcement of adhesive pre-dispute arbitration agreements.”

-Schwartz, David S. (1997). *Enforcing Small Print to Protect Big Business: Employee and Consumer Rights Claims in an Age of Compelled Arbitration*. Wisconsin Law Review. Vol. 1.

<sup>72</sup> Ver: General Principles of Law in International Commercial Arbitration. (1988). Harvard Law Review, 101(8), 1816–1834. <https://doi.org/10.2307/1341437>

En paralelo, dentro de la compleja determinación de la noción de arbitraje se ha indagado si este procedimiento conceptualmente debe garantizar o no el debido proceso como reflejo de la judicialidad local, entre otras cosas con la garantía de instancia doble.<sup>73</sup> En razón a estas nociones, el uso de la expresión “*due process paranoia*” ha sido referido en el reporte de QMUL<sup>74</sup>, que ha generado reacciones de diverso tipo en el ámbito profesional y académico. A lo dicho se suman varios aspectos, entre otros, el hecho de que sean los mismos árbitros los que conocen y resuelven sobre objeciones al proceso en general.

El hecho de utilizar el arbitraje como medio de evitar la justicia ordinaria y no por una elección genuina es otro punto que abre inquietudes,<sup>75</sup> sobre la conceptualización ontológica y deontológica del arbitraje. El tema se agrava si es utilizado por entidades económicamente predominantes.<sup>76</sup>

En nuestra concepción resulta difícil conceptuar la noción de arbitraje fuera de los principios de separabilidad y *kompetenz-kompetenz*, lo cual, sin embargo, puede suceder en la práctica. Aquello trae la reflexión ontológica del ser y deber ser de una entidad, frente a la caracterización de prácticas de diversa connotación.

## 2.5 Elemento Comercial e Internacional

La denominación *arbitraje comercial internacional* tiene una aceptación y utilización extendida. Sin embargo, es evidente que bajo esta designación no constan únicamente disputas puramente comerciales.<sup>77</sup>

---

<sup>73</sup> La implementación de apelación en el arbitraje es una cuestión sustancial que modifica su esencia y sus características. A pesar de que conceptualmente muchos pueden considerar que su discusión no es pertinente, se lo está haciendo en foros de alcance mundial como Naciones Unidas.

Ver: Comments: Appointment of Arbitrators, Appellate Mechanism, and Enforcement Submitted by the Corporate Counsel International Arbitration Group and the United States Council for International Business December 4, 2020 [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/120420\\_cciag\\_and\\_uscib\\_comments\\_on\\_december\\_15\\_uncitral\\_papers.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/120420_cciag_and_uscib_comments_on_december_15_uncitral_papers.pdf)

<sup>74</sup> The 2018 International Arbitration Survey conducted by the School of International Arbitration, Queen Mary University of London (2018).

Disponble en: [http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey---The-Evolution-of-International-Arbitration-\(2\).PDF](http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey---The-Evolution-of-International-Arbitration-(2).PDF)

<sup>75</sup> Así se ha anotado: “Then, starting in 2011, the Justices decided *AT&T Mobility LLC v. Concepcion*, 30 *American Express Co. v. Italian Colors Restaurant*, 31 and *DIRECTV, Inc. v. Imburgia*, 32 cases that effectively allowed businesses to use arbitration clauses as a shield against class action liability.”

- Horton, David (2018). *Arbitration About Arbitration Stanford Law Review*. Vol. 70., P. 367

<sup>76</sup> Ver: Sternlight, Jean R. (1996). *Panacea or Corporate Tool?: Debunking the Supreme Court's Preference for Binding Arbitration*.

Definir las múltiples doctrinas, muchas de ellas no armónicas, sobre la definición de comerciante<sup>78</sup> y acto de comercio desborda la extensión del presente artículo; sin embargo, es algo que debe tenerse presente para discernir el tema conceptual propuesto.

Podría decirse que las expresiones comercial e internacional representan, *prima facie*, conceptos básicos que por su evidente significado no requerirían de una conceptualización. Quienes han tenido una práctica jurídica transfronteriza conocen que aquello está muy lejos de la realidad.

En el ámbito positivo ni la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías,<sup>79</sup> pese a su relevancia,<sup>80</sup> ha logrado establecer definiciones universales sobre qué significa “internacional” y “comercial”, de ahí que buena parte de la casuística gire sobre estas cuestiones conceptuales.<sup>81</sup> De este modo, aunque la expresión “mercaderías” denota un sentido comercial, para efectos de aplicación no se tiene en cuenta el carácter civil o comercial de las partes o del contrato. Con respecto a la internacionalidad, la nacionalidad de las partes no tiene relevancia. La internacionalidad no se encuentra conceptualizada, para efectos de aplicación se recurre a las normas de derecho internacional privado que prevean la aplicación de la ley de un Estado Contratante.<sup>82</sup>

Dentro del proceso de consolidar definiciones, la utilización de la expresión comercial causa complicaciones. Si bien es claro que el arbitraje internacional tiene su principal antecedente en la antigua *lex mercatoria*,<sup>83</sup> no es óptimo encasillar en tal categoría a una casuística que desborda el concepto.

Respecto a la ley aplicable, el uso de la *lex mercatoria* implica un concepto general en cuanto a la posibilidad de someterse a mandatos distintos de la ley local directamente aplicable o por remisión de derecho internacional privado. Conceptualmente, aquello abre otro punto de análisis sobre su

---

<sup>77</sup> Entidades de arbitraje comercial de hecho conocen sobre disputas referidas a contratos de consumo, negocios jurídicos civiles, actos administrativos con impacto o no en la esfera económica, entre un sinnúmero de temas jurídicos que podrían citarse como ejemplo.

<sup>78</sup> Se ha entendido que el arbitraje comercial interesa al comerciante, lo cual es acertado en cierta medida, sin embargo, aquello no es absoluto ni excluyente.

<sup>79</sup> U.N. Convention on the International Sale of Goods (CISG), 1980.

<sup>80</sup> Cuenta con ochenta y nueve Estados miembros de diversas culturas y tradiciones jurídicas.

<sup>81</sup> Navarro Moreno, Lenin (2011). *Contratación Internacional*. Enciclopedia Jurídica Omeba, Libro VII. Tomo IX-II.

<sup>82</sup> Art. 1.1.b, *ibidem*.

<sup>83</sup> Aunque se establece como cierto la existencia de una *nova lex mercatoria* sobre la base de una antigua, sus orígenes y aplicación han tenido diversas interpretaciones, entre otros ver: Michaels, Ralf (2007). The True Lex Mercatoria: Law Beyond the State. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 14(2), 447–468. Volckart, Oliver, & Mangels, A. (1999). Are the Roots of the Modern Lex Mercatoria Really Medieval? *Southern Economic Journal*, 65(3), 427–450. <https://doi.org/10.2307/1060808>

definición. Dentro de una interpretación teológica y evolutiva la expresión *lex mercatoria* no podría limitarse a una *law merchant*,<sup>84</sup> que si bien comparte su concepción, en litigios internacionales la supera. A lo dicho se suma además la posibilidad de que la *lex mercatoria* pueda actuar conjuntamente con el derecho local,<sup>85</sup> aunque aquello no sea regla porque la motivación principal es evitar el tecnicismo y ritualismo del derecho local.<sup>86</sup>

La Naturaleza pública y privada de los entes que participan en el comercio es otra cuestión compleja, la teoría de derecho administrativo de la doble personalidad<sup>87</sup> (sin aceptación general) frente a las nociones *ius imperi* y *ius gestionis* de derecho internacional sirven para delimitar conceptualmente cada caso. La alegación de privilegios o inmunidades locales, junto al principio *state immunity*<sup>88</sup> en cuestiones relevantes de extranjería pueden causar problemas de derecho internacional.<sup>89</sup> Con la evolución del derecho internacional se ha planteado la actualización del concepto,<sup>90</sup> sin embargo, aquel sigue sustentándose en temas políticos. El tema de inmunidad está presente en el arbitraje y en sus posibles objeciones.

De forma general, el arbitraje comercial internacional por exclusión abarca a todo arbitraje que no sea Estado-Estado e Inversionista-Estado, tema que trae aparejado la necesidad de utilizar nuevos conceptos y categorías, como sucede con las especialidades de arbitraje de construcción, arbitraje de energía, arbitraje deportivo, etc.

## 2.6 Cuestiones de Inversión

Existen ostensibles diferencias entre el procedimiento de arbitraje de inversión y arbitraje comercial, se trata de dos nociones distintas. Lo dicho, pese a que tradicionalmente los acuerdos de

---

<sup>84</sup> Este tampoco es un concepto libre de dificultades, ver: Burdick, Francis. M. (1902). What Is the Law Merchant? *Columbia Law Review*, 2(7), P 470–485.

<sup>85</sup> Ver: Lando, Ole. (1985). *The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration*. *The International and Comparative Law Quarterly*, 34(4), 747–768

<sup>86</sup> Ver: Fouchard, Philippe (1965). *L'Arbitrage*. Commercial International.

<sup>87</sup> Urbina, Salvador. (1930). *Doble Personalidad del Estado*. *La. Rev. Gen. D. & Juris.*, 1, P. 497.

<sup>88</sup> En litigios internacionales destaca The Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA) of 1976, a la luz del cual se han discutido importantes casos presentados contra Estados soberanos en territorios de Estados Unidos.

<sup>89</sup> Por ejemplo, lo sucedido en el caso *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening)*, 2012, donde el tema de inmunidades es tratado a la luz del *ius congés*.

<sup>90</sup> Entre otras propuestas de reforma, ver: Feldman, Mark. B. (1986). *Amending the Foreign Sovereign Immunities Act*. *The ABA Position. The International Lawyer*, 20(4), 1289–1306. Atkeson, T. B., & Ramsey, S. D. (1985). *Proposed Amendment of the Foreign Sovereign Immunities Act*. *The American Journal of International Law*, 79(3), 770–789.

comercio han incluido provisiones sobre inversión,<sup>91</sup> y que no exista un fundamento conceptual o económico más allá de la práctica arbitral.

Como concepto, el arbitraje de inversión tiene más diferencias que similitudes con el arbitraje comercial internacional.<sup>92</sup> El consentimiento, procedimiento, contenido, etc., son diferentes, pese a tener el mismo nombre.

Esto conlleva un cuestionamiento lógico importante. Así se ha dicho, por ejemplo, “*you don’t think that international arbitration is arbitration because it has “arbitration” in its name, do you? Do you think a sea elephant is an elephant?*”<sup>93</sup> Esto abre un análisis entre el nominalismo y el hecho de valorar la real diferencia existente entre la esencia y naturaleza de las cosas. Evidentemente se trata de temas y conceptos diferentes.<sup>94</sup>

A la complejidad conceptual expuesta se agrega el hecho de que no existe una definición de inversión.<sup>95</sup> La indefinición, en parte, ha pretendido ser suplida con el llamado *test salini*,<sup>96</sup> hecho que en vez de aminorar la deficiencia conceptual la acentúa, ya que se abre a un análisis con posturas contradictorias.<sup>97</sup> La primera pregunta es si aquello es efectivamente un *test*, e incluso en caso de serlo qué autoridad tiene lo expuesto frente a futuros casos, partiendo del hecho de que no existe un *stare decisis*.

Sobre lo dicho se agrega la existencia de interpretaciones conocidas como *deductive* y *intuitive approach*, que ha generado la valoración de casos CIADI en diversos sentidos. Respecto de otros casos, entre los que destacan procedimientos *ad-hoc*, la indefinición de inversión absoluta. Esto puede ser conceptualmente menos difícil que abrir la puerta al análisis conceptual de inversión con cuestiones más complejas.

---

<sup>91</sup> Ente otros ejemplos destacan las demandas propuestas en base al NAFTA y DR-CAFTA.

<sup>92</sup> Hacer una exposición exhaustiva del tema desborda el sentido del presente artículo, sin embargo, puede ahondarse en el tema en: Navarro Moreno, Lenin (2015). *Noción de Inversión Extranjera*, Casa de La Cultura del Ecuador.

<sup>93</sup> Paulsson, Jan (2009). *International Arbitration is not Arbitration*. Stockholm International Arbitration Review (SIAR) February.

<sup>94</sup> Ver: Lim, C. (2021). *Development of the Principal Forms from Antiquity to Arbitromania*. In C. Lim (Ed.), *The Cambridge Companion to International Arbitration, Companions to Law*. P. 3-37

<sup>95</sup> Ver: Navarro Moreno Lenin (2021). *La Inversión en el Arbitraje Internacional*. Desarrollos Modernos del Derecho Internacional Privado, Libro Homenaje a Leonel Pereznieta Castro, Coordinador Lenin Navarro Moreno, Tirant lo Blanch.

<sup>96</sup> *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco [I]*, ICSID Case No. ARB/00/4

<sup>97</sup> Un ejemplo de la defensa del llamado *test* puede verse en:

Grabowski, Alex. (2014). *The Definition of Investment under the ICSID Convention: A Defense of Salini*. *Chicago Journal of International Law*: Vol. 15: N 1.

Tratar de definir el concepto de inversión con cuatro conceptos más complicados y ajenos a la materia implica un reto. De este modo, precisar conceptualmente cuestiones como: contribución, riesgo, duración, desarrollo, abren la puerta a una espiral interminable de criterios<sup>98</sup> tanto jurídicos como históricos, políticos, económicos, sociales, etc.

Dentro de una dimensión conceptual, la indefinición magnificada con nociones más complejas e igualmente indefinidas configuran la existencia de un gigante con pies de barro.<sup>99</sup>

## 2.7 La Calificación

Pese a la evolución de los negocios internacionales y cuestiones de la ley aplicable,<sup>100</sup> las tradicionales cuestiones de derecho internacional privado (DIPr)<sup>101</sup> siguen presentes, principalmente en relación al estado actual de unificación del derecho. Así, destaca la calificación y la necesidad de definir los términos empleados. La presencia de normas indirectas en relaciones jurídicas referidas a arbitraje puede variar, y en tal medida la utilización y eficacia del DIPr.

La calificación representa la predeterminación de una institución.<sup>102</sup> La calificación permite determinar la naturaleza de la relación jurídica y su ubicación dentro de las categorías pertenecientes a un sistema jurídico determinado. Esto en relación con reglas de orden técnico que asignan un contenido jurídico a un concepto en particular, a través de una determinación cuantitativa y cualitativa de sus atributos.<sup>103</sup>

Pese a la importancia del tema, no se ha creado una definición “tipo” de carácter universal, y el tema conceptual permanece abierto. El concepto puede diferir según la ley aplicable.

## 3. CONCLUSIONES

---

<sup>98</sup> La cuestión es evidente, que autores han considerado la relación entre identificar y definir.

Ver: Gaillard, Emanuel. (2009). *Identify or Define? Reflections on the Evolution of the Concept of Investment in ICSID Practice*. Binder Ed., International Investment Law for the 21st Century, Oxford.

<sup>99</sup> Analogía tomada de Daniel 2:31-35.

<sup>100</sup> La ley aplicable puede referirse a la que gobierna el contrato sustantivo, el procedimiento de arbitraje, el acuerdo de arbitraje, y de ejecución del laudo

<sup>101</sup> En sistemas anglosajones existe la noción de conflictos de leyes.

Entre otros ver: *Conflict of Laws. Arbitration Agreement. Governing Law* (1930). Columbia Law Review, Vol. 30, N. 8, Columbia Law Review Association, Inc., P. 1198-99, <https://doi.org/10.2307/1115009>.

<sup>102</sup> Niboyet, Jean.P. (1960). *Principios de Derecho Internacional Privado*. México D.F., Editorial Nacional.

<sup>103</sup> Navarro Moreno, Lenin (2011). *La Calificación*. Enciclopedia Jurídica Omeba, Editorial Omeba, Libro III, Tomo IX-I.

- 1.- Es impostergable el consolidar conceptos generales, y bajo ellos subcategorías que identifiquen prácticas que son distintas en cuanto a su operatividad y naturaleza.
- 2.- La certidumbre promoverá la confianza en el sistema y por otro lado evitará que sea objeto de interpretaciones que vayan contra su propósito y potencialmente afecten su vigencia.
- 3.- La gran cantidad de excepciones y particularidades del proceso arbitral, en sus diversas modalidades, lo hace en extremo sofisticado, y agrega una dificultad que podría ser evitada.
- 4.- La consolidación de un concepto general definido permite determinar una frontera objetiva entre arbitraje y la acción de la función judicial, principalmente en el segmento jurídico positivista donde el *stare decisis* no es mandatorio o generador de derecho. La *lex arbitri* en consecuencia debe estar dentro de esa categorización general y no someterla a los usos del poder jurisdiccional local, lo que abre una situación de incertidumbre.
- 5.- La conceptualización y determinación de la naturaleza general del arbitraje determinará que en los diversos sistemas locales deje de aplicarse controles constitucionales por asimilación.
- 6.- En el propósito de lograr nociones generales, de mínima valoración científica, se encuentra presente la compleja relación entre la ciencia jurídica y el ejercicio del poder político.
- 7.- En la práctica, la indefinición puede tener un *utilis effectus* importante como puente para sortear las dificultades que presenta el derecho comparado, frente al todavía lejano proceso de unificación del derecho.
- 8.- Es importante garantizar la independencia del arbitraje y no subordinarlo a dictados jurisdiccionales o constitucionales que lo limitan, principalmente respecto de sistemas jurídicos normativos que no tienen un *stare decisis* general y vinculante.
- 9.- Las nuevas tecnologías, en base a procesos deslocalizados y anónimos, serán cruciales en la redefinición de arbitraje.

## **BIBLIOGRAFIA**

AMERICAN EXPRESS V. ITALIAN COLORS RESTAURANT.  
2013 133.S.Ct. 2304.

ARAGAKI, Hiro N.

2014 The Federal Arbitration Act as Procedural Reform. 89 N.Y.U. L. REV. P. 1939.

ATKESON, T. B. & RAMSEY, S. D.

1985 Proposed Amendment of the Foreign Sovereign Immunities Act. *The American Journal of International Law*, 79(3).

AT&T MOBILITY V. CONCEPCION.

2011 131 S.Ct.1740.

BIBLIA REINA-VALERA.

1960 RVR60, DANIEL 2:31-35.

BINH V. KING & SPALDING LLP.

2022 No. 4:21-CV-02234 (S.D.Tex. Jan.10).

BRUNET, Edward.

1999 Replacing Folklore Arbitration with a Contract Model of Arbitration. 74 TUL. L. REV. 39,  
P.42-47.

BURDICK, Francis M.

1902 What Is the Law Merchant? *Columbia Law Review*, 2(7).

CARBONNEAU, Thomas E.

1995 Arbitral Justice: The Demise of Due Process in American. Law. Tul. L. Rev., 70.

CARBONNEAU, Thomas E.

2008 The Revolution in Law Through Arbitration. Clev. St. L. Rev., 56.

CARBONNEAU, Thomas E.

2014 Law and Practice of Arbitration. Juris Publishing, Inc.

CARRINGTON, Paul D. & HAAGEN, Paul H.

1996 Contract and Jurisdiction. Supreme Court Review.

CARRINGTON, Paul D.

2002 Self-Deregulation, the National Policy of the Supreme Court. 3.NEV. L.J.

CONFLICT OF LAWS. ARBITRATION AGREEMENT. GOVERNING LAW

1930 *Columbia Law Review*, Vol. 30, N. 8, Columbia Law Review Association, Inc., P.1198–99,  
<https://doi.org/10.2307/1115009>.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR 2008.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ 1993.

CONVENCIÓN SOBRE EL RECONOCIMIENTO Y LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS  
ARBITRALES EXTRANJERAS Nueva York, 1958.

DELLOT, Benedict & BALARAM, B.

2018 Machine Learning. *RSA Journal*, 164.3(5575).

D.L. N° 1071 - DECRETO LEGISLATIVO QUE NORMA EL ARBITRAJE, 2008.

DRAHOZAL, Christopher R. & RUTLEDGE, Peter B.

2011 Contract and Procedure. 94 MARQ. L. REV.

DUHAIME'S LAW DICTIONARY 2020.

ELDERS, Leo J.

2019 Law in General: The Eternal Law, Natural Law, Human Law. The Ethics of St. Thomas  
Aquinas: Happiness, Natural Law, and the Virtues, Catholic University of America Press.

FELDMAN, Mark B.

1986 Amending the Foreign Sovereign Immunities Act. The ABA Position. *The International  
Lawyer*, 20(4).

FOUCHARD, Philippe.

1965 L'Arbitrage. Commercial International.

GAILLARD, Emanuel.

2009 Identify or Define? Reflections on the Evolution of the Concept of Investment in ICSID Practice. Binder Ed., International Investment Law for the 21st Century, Oxford.

GENERAL PRINCIPLES OF LAW IN INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION.

1988 *Harvard Law Review*, 101(8), 1816–1834.

GRISEL, Florian.

2017 Marginals and Elites in International Arbitration. Oxford Handbook of International Arbitration.

GRABOWSKI, Alex.

2014 The Definition of Investment under the ICSID Convention: A Defense of Salini. Chicago *Journal of International Law*: Vol.15:N.1.

HART, H. L. A.

1958 Positivism and the Separation of Law and Morals. *Harvard Law Review*. Vol. 71, N. 4, The Harvard Law Review Association.

HEALEY V. ELLIOT, P.C. No. 20-CV-13209-MAG-RSW (E.D. Mich.2021).

HOFFMANN, Anne K.

2013 Counterclaims in investment arbitration. ICSID review 28.2. P. 438-453. Kalicki, Jean E. Counterclaims by states in investment arbitration. Investment Treaty News 3.

HORTON, David.

2018 Arbitration About Arbitration Stanford Law Review. Vol. 70.

HORWITZ, Morton J.

1974 The Historical Foundations of Modern Contract Law. *Harvard Law Review*, Vol.87. N.5. The Harvard Law Review Association.

IBM, What are smart contracts on blockchain? (2021).

<https://www.ibm.com/topics/smart-contracts>

IMMUNITIES OF THE STATE.

2012 (Germany v. Italy: Greece Intervening).

KNAPP, Charles L.

2002 Taking Contracts Private: The Quiet Revolution in Contract Law. 71 Fordham L. Rev. 761.

LABOR ARBITRATION AND THE LAW OF COLLECTIVE BARGAINING AGREEMENTS.

1991 *The Labor Lawyer*, Vol.7.No.3, American Bar Association.

LANDO, Ole.

1985 The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration. *The International and Comparative Law Quarterly*, 34(4).

LANGFORD, M.; BEHN, D.; & LIE, R. H.

2017 The revolving door in international investment arbitration. *Journal of International Economic Law*, 20(2), 301-332.

LEBOULANGER, P.

1996 Multi-Contract Arbitration. *J. Int'l Arb.*13. 43.

LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN Y REFORMAS, Registro Oficial 417, 2006.

LEY MODELO DE LA CNUDMI SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL 1985, Enmiendas 2006.

LIM, C.

2021 Development of the Principal Forms from Antiquity to Arbitromania. In C. Lim (Ed.). *The Cambridge Companion to International Arbitration, Companions to Law*.

MICHAELS, Ralf.

2007 The True Lex Mercatoria: Law Beyond the State. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 14(2), 447–468.

MITSUBISHI MOTORS CORP. V. SOLER CHRYSLER-PLYMOUTH, INC., 105 S.Ct.3346 (1985).

MOHAMED V. UBER TECHNOLOGIES, 109 F. Supp. 3d 1185 (N.D.Cal.2015).

MOSES H. CONE MEM’L HOSP. V. MERCURY CONSTR. CORP., 460 U.S. 1, 24 (1983).

MOSES H. CONE MEMORIAL HOSPITAL V. MERCURY CONSTRUCTION CORP., 460.U.S. 1 (1983).

NAVARRO DÁVILA, Edgar Fabián.

1982 La Política Exterior, Casa de la Cultura Ecuatoriana.

NAVARRO M., Juan Agustín.

1982 El Orden Público y el Orden Privado. Casa de la Cultura Ecuatoriana. *Colección Rumichaca*. Vol.12.

NAVARRO MORENO, Lenin.

2011 Contratación Internacional. Enciclopedia Jurídica Omeba, Libro VII. Tomo IX-II.

NAVARRO MORENO, Lenin.

2011 Derecho Internacional Privado. Enciclopedia Jurídica Omeba. Libro III. Tomo IX-I.

NAVARRO MORENO, Lenin.

2011 La Calificación. Enciclopedia Jurídica Omeba, Libro III, Tomo IX-I.

NAVARRO MORENO, Lenin.

2015 Noción de Inversión Extranjera. Casa de La Cultura del Ecuador.

NAVARRO MORENO, Lenin.

2018 Introducción al Derecho. Universidad de Loja UTPL.

NAVARRO MORENO, Lenin.

2016 Judicial Review en el Constitucionalismo. Casa de La Cultura del Ecuador.

NAVARRO MORENO, Lenin.

2017 The Future of Administrative Law. International Bar Association. Legal Practice Division  
London.

NAVARRO MORENO, Lenin.

2018 The International Lawyer. International Bar Association, Legal Practice Division, London.

NAVARRO MORENO, Lenin.

2020 The Experience of Ecuador in Investment Arbitration. Queen Mary University of London.

NAVARRO MORENO, Lenin.

2021 La Inversión en el Arbitraje Internacional. Desarrollos Modernos del Derecho Internacional Privado, Libro Homenaje a Leonel Perezniето Castro, Coordinador Lenin Navarro Moreno, Tirant lo Blanch.

NG, Tsui S.

2017 Blockchain and Beyond: Smart Contracts. Business Law Today, American Bar Association.

NIBOYET, Jean P.

1960 Principios de Derecho Internacional Privado. México D.F., Editorial Nacional.

NONET, Philippe.

1990 What Is Positive Law?. The Yale Law Journal, Vol. 100. N.. 3. *The Yale Law Journal*  
Company, Inc.

O'SULLIVAN, James P.

2014 Josef Fuchs' Revised Natural Law: Possibilities for Social Ethics. *New Blackfriars*. Vol. 95, N. 1058. P.379–96.

ONTARIO ARBITRATION ACT, S.O. 1991.

PARK, William W.

1983 The Lex Loci Arbitri and International Commercial Arbitration. *The International and Comparative Law Quarterly*, 32(1).

PAULSSON, Jan.

1983 Delocalisation of International Commercial Arbitration: When and Why It Matters. *The International and Comparative Law Quarterly*, 32(1).

PAULSSON, Jan.

2009 International Arbitration is not Arbitration. *Stockholm International Arbitration Review (SIAR)*.

PHILLIPS V. WEATHERFORD US, LP, NO.20-CV-01104-RP. (W.D.TEX. 2021).

RACKETEER INFLUENCED AND CORRUPT ORGANIZATIONS ACT, 1970.

REDFERN, Alan; HUNTER, Martin; BLACKABY, Nigel; & PARTASIDES, Constantine.

2007 Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional, La Ley.

SALINI COSTRUTTORI & ITALSTRADE S.P.A. V. KINGDOM OF MOROCCO, ICSID CASE. NO. ARB/00/4.

SCHERK V. ALBERTO-CULVER CO. 417. U.S. 506. (1974).

SCHWARTZ, David S.

1997 Enforcing Small Print to Protect Big Business: Employee and Consumer Rights Claims in an Age of Compelled Arbitration. *Wisconsin Law Review*. Vol. 1.

SECURITIES ACT OF 1933, 15.U.S.C. §§.77A-77MM.

SENTENCIA C-457 DE 2015, LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA.

SHEARSON/AMERICAN EXPRESS INC. V. MCMAHON, 482 US 220, 1987.

SHELTON, Dinah.

2006 Normative Hierarchy in International Law. *The American Journal of International Law*, vol. 100, N.2, American Society of International Law, 2006.

SNIDER, Thomas R.

2017 Qatari Court of Cassation Thickens the Fog on the Heels of the New Qatari Arbitration Law. Kluwer Arbitration Blog.

SOLÓRZANO PEÑA, M. A.

2005 Filosofía del Derecho. Guadalajara, Jal: Universidad de Guadalajara.

STAUBER V. PER MAR SECURITY AND RESEARCH CORP, NO. 20-CV-00775-JDP (W.D. WIS. 2021).

STERNLIGHT, Jean R.

1996 Panacea or Corporate Tool? Debunking the Supreme Court's Preference for Binding Arbitration.

THE ARBITRATION AND CONCILIATION ACT, 1996.

THE FOREIGN SOVEREIGN IMMUNITIES ACT (FSIA) 1976.

THE 2018 INTERNATIONAL ARBITRATION SURVEY.

2018 Conducted by the School of International Arbitration, Queen Mary University of London.

U.K. ARBITRATION ACT 1996.

U.N. CONVENTION ON THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS (CISG), 1980.

UNCITRAL ARBITRATION RULES, 2013.

UNIFORM COMMERCIAL CODE (UCC) 1952.

URBINA, Salvador.

1930 Doble Personalidad del Estado. *La. Rev. Gen. D. & Juris.*

VOLCKART, Oliver & MANGELS, A.

1999 Are the Roots of the Modern Lex Mercatoria Really Medieval? *Southern Economic Journal*,  
65(3),427–450. <https://doi.org/10.2307/1060808>

WARE, Stephen J.

1994 Punitive Damages in Arbitration: Contracting Out of Government's Role in Punishment and  
Federal Preemption of State Law. *N. 63 Fordham L. Rev.*

WILKO V. SWAN, 346 U.S. 427 (1953).