

## Fraccionamiento jurisdiccional en el arbitraje y la posibilidad de su prevención por la vía de cláusulas específicas (\*\*)

---

**SUMARIO:** *1. Introducción. 2. Fraccionamiento a nivel de jurisdicciones nacionales. 2.1. Fraccionamiento jurisdiccional y su restricción vía anti suit injunctions. 2.2. Asistencia judicial en la práctica de las pruebas. 2.3. Discreción del tribunal encargado de la ejecución de la sentencia arbitral extranjera. 3. Arbitraje comercial y el derecho internacional público. 3.1. Fraccionamiento jurisdiccional bajo la cláusula paraguas. 3.2. Interferencia con el procedimiento de arbitraje y de ejecución del laudo como fundamento de demanda ante un tribunal del tratado. 4. Conclusión.*

### 1. INTRODUCCIÓN

En la actualidad se observan ciertas tendencias que permiten hablar de un fraccionamiento jurisdiccional en relación con el arbitraje. La expresión fraccionamiento jurisdiccional no alude a una situación de *litis pendencia* ni pretende sostener que exista más de una jurisdicción que resuelva acerca del fondo de la disputa sometida al arbitraje. El término más bien sugiere que los diversos aspectos de una sola controversia se ventilan en jurisdicciones diferentes. Tal proceso se lleva a cabo en dos planos normativos diferentes: el de las jurisdicciones nacionales y el del derecho internacional.

En el plano del derecho nacional, el marco más propicio para la condensación de este fenómeno ha sido el arbitraje comercial internacional y su relación con la justicia ordinaria local. Es innegable que el arbitraje comercial internacional mantiene, dentro de los sistemas jurídicos nacionales, los rasgos normativos que le son característicos y goza de un alto nivel de autonomía con respecto al poder judicial. Sin embargo, lo anterior no obsta para que tenga

---

(\*) Doctora y Magíster en Derecho (Alemania), Abogada (Rusia). Consejera Especial para el Arbitraje Internacional del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago. Profesora de la Escuela de Graduados de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

(\*\*) La ponencia original fue presentada en el 1ra. Conferencia Anual del Instituto Peruano de Arbitraje, 26 de noviembre de 2009, Lima, Perú.

algún grado de localización. La intensidad de ésta varía dependiendo de las posibilidades que tienen las partes del arbitraje para recurrir a la justicia ordinaria con el objeto de solicitarle apoyo y supervisión. Tal localización puede llegar a ser ínfima y hasta desaparecer cuando el recurso a los tribunales es inadmisibles por ley, por ejemplo, porque ninguna de las partes tiene su establecimiento en el país sede del arbitraje, o éste ha sido renunciado voluntariamente por ellas. Sin embargo, el grado de vinculación existente entre el arbitraje internacional y el sistema jurídico nacional, depende íntegramente de los términos establecidos en la ley local. Como es bien sabido, no existe ninguna normativa global que localice el arbitraje dentro de una sola jurisdicción, por ejemplo, la del país sede. Con ello, distintos aspectos de un arbitraje, en la medida en que tengan puntos de conexión con jurisdicciones diferentes, podrían verse afectados por sus leyes domésticas. Algunos de los síntomas de esos procesos serán tratados en el capítulo 2.

El arbitraje comercial internacional tradicionalmente ha sido dominio del derecho nacional, específicamente de las disciplinas del derecho procesal, comercial o internacional privado. Su regulación en el plano del derecho internacional público ha sido hecha a través de una serie de convenciones internacionales, fruto del esfuerzo de unificación del derecho. Aunque dichos tratados internacionales poseen relevancia superior para la consolidación del régimen jurídico del arbitraje, las materias reguladas por ellos están limitadas al reconocimiento del carácter vinculante de los acuerdos de arbitraje y de las sentencias arbitrales. Frente a este escenario, incipientemente el arbitraje comercial internacional comienza a incidir en la solución de controversias enmarcadas en el contexto del derecho internacional. Lo anterior se observa, principalmente, en el ámbito de protección de la inversión extranjera, el que ha adquirido mucha visibilidad gracias al creciente uso de sistemas de solución de disputas entre el inversionista y el Estado. El capítulo 3 se dedica a explorar los casos característicos para esos procesos.

El fraccionamiento jurisdiccional objeto del presente estudio puede considerarse un fenómeno de alto interés teórico, pero también trae consecuencias prácticas que podrían considerarse negativas. Un arbitraje fraccionado en términos jurisdiccionales significa una carga adicional para las partes en términos de tener que contar con una asesoría jurídica globalizada, un incremento de costos y la extensión de plazos que se requieren para ponerle término a una controversia comercial.

La pregunta que surge es si el fraccionamiento jurisdiccional puede o – antes que eso– debe ser controlado y restringido con el objeto de concentrar el arbitraje dentro de una sola jurisdicción<sup>1</sup>. A primera vista, surgen tres vías posibles para lograr aquello. La primera de ellas es la cooperación interestatal que apunte a la negociación de tratados específicos que busquen consolidar el arbitraje en un solo contexto normativo. Considerando que la negociación de los tratados es uno de los caminos de unificación más difíciles de recorrer, esta sería una solución tan solo a largo plazo. La segunda vía que se vislumbra

---

<sup>1</sup> CREMADES, Bernardo e Ignacio MAGDALENA. “Parallel Proceedings in International Arbitration”. En: *Arbitration International*. Volumen 24. Número 4, 2008, pp. 507-540.

consiste en la creación de redes y alianzas de estudios jurídicos que faciliten la respuesta a las necesidades de las empresas cuando el arbitraje haya pasado a ser un litigio fraccionado. Si bien esta solución permite canalizar la asesoría legal y entregarla al cliente de manera más expedita y profesional, no resuelve el problema de plazos extendidos y gastos elevados. Una tercera alternativa que se desarrollará a lo largo de estas páginas de manera más extensa, apunta a elaborar cláusulas específicas que las partes puedan incorporar en sus contratos con el fin de limitar un posible fraccionamiento jurisdiccional de sus eventuales arbitrajes. Las cláusulas aquí formuladas no se conciben como soluciones definitivas aprobadas por la práctica jurídica. Más bien, constituyen un primer esbozo, que requerirá indagaciones futuras en cuanto a su viabilidad, legalidad y eficacia.

## **2. FRACCIONAMIENTO A NIVEL DE JURISDICCIONES NACIONALES**

El presente capítulo analiza situaciones de fraccionamiento jurisdiccional, que se producen en el marco del arbitraje comercial internacional, abarcando dos situaciones emergentes, no legitimadas aún a través de convenciones internacionales. En primer lugar, se refiere a la situación causada por un eventual recurso a la justicia ordinaria de un país distinto al país de la sede de arbitraje, y el empleo, frente a esta situación, de las llamadas *anti suit injunctions* destinadas a impedir que dicho juicio prosiga, características del *Common Law* (1). Asimismo, se analiza un aspecto del fraccionamiento jurisdiccional, cuya emergencia puede ser explicada únicamente por el creciente respeto que los sistemas jurídicos nacionales muestran frente al arbitraje comercial internacional. Se trata de los casos en los cuales la justicia ordinaria de un país, que no es sede del arbitraje, se encuentra facultada para prestar asistencia judicial en la práctica de las pruebas (2). Por último, una sentencia arbitral dictada en un país, puede ser ejecutada en otro. En ese escenario inevitablemente intervendrá más de un ordenamiento jurídico: el del país sede de arbitraje y el del país de ejecución del laudo. Dicha situación se encuentra amparada, en el plano global, a través de la Convención de Nueva York sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras (Convención de Nueva York) y, en el contexto regional, a través de la Convención Interamericana de Panamá sobre arbitraje comercial internacional. Los textos convencionales admiten un cierto margen de discrecionalidad en la aplicación de sus criterios, lo que, asimismo, potencia el fraccionamiento jurisdiccional. En particular, la pregunta es en qué medida la decisión de un tribunal del país sede del arbitraje, que anula o confirma la sentencia arbitral, es vinculante para los tribunales del país de ejecución del laudo (3).

### **2.1. Fraccionamiento jurisdiccional y su restricción vía *anti suit injunctions***

El uso de las *anti suit injunctions* es característico para las jurisdicciones de tradición jurídica del *Common Law*. Una *anti suit injunction* consiste en una orden dirigida a una de las partes de un juicio a la cual se le exige no iniciar o no proseguir actuaciones litigiosas ante un tribunal extranjero; de lo contrario,

se expone a sanciones de índole patrimonial o incluso a un arresto<sup>2</sup>. Las jurisdicciones de Nueva York, Bermudas o Singapur son conocidas por otorgar *anti suit injunctions* en relación con el arbitraje<sup>3</sup>. Pero fue la práctica de los tribunales ingleses la que ha desatado una importante discusión internacional sobre el asunto. Los tribunales de ese país suelen otorgar el recurso de las *anti suit injunctions* cuando una de las partes no respeta el pacto a favor del arbitraje con sede en Inglaterra, e interpone acciones ante los tribunales ordinarios de otro país, por ejemplo, alegando la nulidad o inexistencia del acuerdo de arbitraje.

En el año 2009, la Corte Europea de Justicia declaró tal práctica incompatible con el Reglamento N° 44/2001, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil<sup>4</sup>. El Reglamento no autoriza el control de la competencia de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro por un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro. Sin embargo, la aplicación de las *anti suit injunctions* tendría ese efecto y, asimismo, atentaría contra “la confianza que los Estados miembros otorgan mutuamente a sus sistemas jurídicos y a sus instituciones judiciales y sobre la cual se sustenta el sistema de competencias del Reglamento”, y finalmente truncaría el derecho de una parte a que un tribunal ordinario resuelva acerca de la eventual nulidad o inexistencia de un acuerdo de arbitraje<sup>5</sup>.

La jurisprudencia inglesa se ha mostrado dispuesta a acatar esta decisión de la Corte<sup>6</sup>. A partir de dicha decisión, en el contexto de la Unión Europea, las *anti suit injunction* del derecho inglés comienzan a perder su relevancia y el fraccionamiento jurisdiccional se torna más viable. Al limitar el uso de las *anti suit injunctions*, destinadas a prevenir acciones estratégicas de una parte interesada en obstaculizar la solución de la controversia por la vía arbitral, la decisión de la Corte tiene el efecto de fortalecer un potencial fraccionamiento jurisdiccional dentro del espacio europeo<sup>7</sup>.

---

<sup>2</sup> MOSES, Margaret L. *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*. Cambridge University Press, 2008, pp. 92 y ss.

<sup>3</sup> KESSLER, Claude y James HOPE. “Case Note – The ECJ Reference in The Front Comor: Much Ado About Nothing?”. En: *Arbitration International*. Volumen 24. Número 2, 2008, pp. 331-335, p. 332.

<sup>4</sup> Allianz SpA, formerly Riunione Adriatica di Sicurta SpA, Generali Assicurazioni Generali SpA v. West Tankers Inc., 10.02.2009.

<sup>5</sup> Ibid.

<sup>6</sup> Corte de Apelaciones, National Navigation Co. v. Endesa Generacion S.A. [2009] EWCA Civ 1397 (Comm), 17.12.2009.

<sup>7</sup> NOUSSIA, Kyriaky. “Antisuit Injunctctions and Arbitration Proceedings: What Does the Future Hold?”. En: *Journal of International Arbitration*. Volumen 26. Número 3, 2009, pp. 311-336, p. 334; BELOHLÁVEK, Alexander. “West Tankers as a Trojan Horse with Respect to the Autonomy of Arbitration Proceedings and New York Convention 1958”. En: *ASA Bulletin*. Volumen 27. Número 4, 2009, pp. 646-670, p. 668.

La decisión de la Corte Europea se sostenía en los términos de la normativa comunitaria, basada en el principio de confianza mutua entre los países miembros. A falta de una normativa semejante a nivel global, los tribunales ingleses no se verían impedidos de pronunciar las *anti suit injunctions* cuando el juicio ordinario que infrinja una cláusula arbitral pactada en el contrato, se inicie ante los tribunales ordinarios que no sean de un país miembro de la Unión Europea<sup>8</sup>. En términos prácticos ello significa que si una parte domiciliada en un país latinoamericano opta por recurrir a la justicia doméstica para cuestionar, por ejemplo, la validez del acuerdo arbitral, no obstante que el contrato prevé un arbitraje con sede en Londres, se expone a la posibilidad de recibir desde ese país una *anti suit injunction*. Con ello, tendrá que escoger entre abstenerse de seguir el juicio ante la justicia nacional o continuar con éste bajo la amenaza de sanciones monetarias que podrían ser impuestas por los tribunales británicos. En el primer caso, el fraccionamiento jurisdiccional se mantiene.

Frente a los escenarios descritos, surge la pregunta si los efectos nocivos de tal fraccionamiento podrían ser prevenidos a través de un pacto explícito de las partes expresado en una cláusula contractual. El propósito de esta cláusula sería resaltar la algo evidente idea de querer concentrar todos los aspectos del procedimiento arbitral en una sola jurisdicción, la de la sede: *Las partes renuncian a su derecho de recurrir, antes o durante el proceso arbitral, a la justicia ordinaria de cualquier otro país que no sea el país sede del arbitraje, en asuntos relacionados con el objeto de la controversia sometida al arbitraje. Lo anterior, no se aplica con respecto a la posibilidad de solicitar medidas cautelares o precautorias tendientes a asegurar el resultado del juicio.*

Una cláusula de esta índole apunta, a lo menos, a restringir la posibilidad de cuestionar la validez del acuerdo de arbitraje en jurisdicciones distintas a la de la sede, reduciendo el eventual fraccionamiento jurisdiccional. Tal restricción, sin embargo, no equivale a la indefensión de las partes, especialmente si han fijado la sede arbitral en una jurisdicción que cuenta con una regulación favorable al arbitraje y una justicia ordinaria dispuesta a apoyar este mecanismo de solución de disputas. Las normas contemporáneas, especialmente aquellas basadas en la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional (LMA), prevén diversas instancias en las cuales existe la posibilidad de cuestionar la validez o existencia del acuerdo arbitral: ante el tribunal arbitral mismo (artículo 16.1 de la LMA), ante un órgano jurisdiccional en el caso de un pronunciamiento positivo del tribunal arbitral acerca de su competencia (artículo 16.3 de la LMA), y en el proceso de impugnación del laudo vía petición de nulidad (artículo 34 de la LMA).

## **2.2. Asistencia judicial en la práctica de las pruebas**

Las partes de un arbitraje internacional son libres para diseñar el procedimiento arbitral, asimismo, pueden adoptar la forma de producción y presentación de las pruebas a sus expectativas y preferencias. En silencio de

---

<sup>8</sup> Roger Shashoua Rodemadan Holdings Limited Stancroft Trust Limited v. Mukesh Sharma [2009], EWHC 957 (Comm), 07.05.2009, párrafos 36-39.

las partes, el tribunal arbitral tiene una amplia discreción al momento de solicitar de las partes la producción y presentación de pruebas<sup>9</sup>. Para lidiar con la complejidad del asunto y con el ánimo de darle mayor previsibilidad a la práctica de las pruebas, el recurso a las reglas elaboradas por la *International Bar Association (IBA)* conocidas como *Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration*, constituye un estándar generalizado. En la medida en que las partes del arbitraje cumplen con la obligación de producir determinadas pruebas a solicitud de la parte contraria, el procedimiento se mantendrá en el contexto del juicio arbitral, sin necesidad de recurrir a la justicia ordinaria. Sin embargo, si una de las partes o terceros ajenos al proceso arbitral no están dispuestos a producir las pruebas requeridas, el recurso a la justicia ordinaria constituye la única salida.

El artículo 27 de la LMA regula la posibilidad de solicitar el apoyo de los tribunales nacionales en la práctica de las pruebas y, de conformidad con el artículo 1.2 de la LMA, se aplica cuando el lugar del arbitraje se encuentra en el territorio nacional. Sin embargo, algunas legislaciones más recientes, por ejemplo, la peruana<sup>10</sup>, la austriaca<sup>11</sup> y la irlandesa<sup>12</sup> contemplan la asistencia judicial, asimismo, con respecto a los arbitrajes desarrollados en el extranjero. Junto con lo anterior, la producción más completa del material probatorio se puede lograr dentro de la jurisdicción norteamericana, conocida por el uso de diversas modalidades de obtención de la prueba, denominadas generalmente como *discovery*<sup>13</sup>.

La base normativa de un tribunal ordinario norteamericano que le permite ordenar la producción obligatoria de las pruebas en el contexto de un arbitraje desarrollado en el extranjero, es la sección 1782(a) de las Reglas del Procedimiento Civil<sup>14</sup>. En el año 2004, la Corte Suprema de ese país resolvió, en el caso *Intel Corporation v. Advanced Micro Devices, Inc.*, que la norma citada no obligaba, pero facultaba a los tribunales estadounidenses a prestar asistencia judicial a organismos jurisdiccionales extranjeros<sup>15</sup>. La discreción

---

<sup>9</sup> Véanse, por ejemplo, el artículo 24.3 del Reglamento de Arbitraje Comercial Internacional del Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago y el artículo 22.1.e) del Reglamento de Arbitraje de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres.

<sup>10</sup> Artículos 45° (Colaboración judicial) y 1.2 (Ámbito de aplicación) del Decreto Legislativo N° 1071.

<sup>11</sup> Artículos 577° (Ámbito de aplicación) y 602° (Asistencia judicial) del Código de Procedimiento Civil.

<sup>12</sup> Artículo 15° de la ley Arbitration Bill.

<sup>13</sup> NEWMAN, Laurence y GRANT Hanessian. *International Arbitration Checklists*. New York: Juris Publishing, 2004, pp. 7-14, 91-106.

<sup>14</sup> Sección 1782(a) de las Reglas: “*The district court of the district in which a person resides or is found may order him to give his testimony or statement or to produce a document or other thing for use in a proceeding in a foreign or international tribunal, including criminal investigations conducted before formal accusation. (...)*”.

<sup>15</sup> *Intel Corporation v. Advanced Micro Devices, Inc.*, N° 02-572, 21 de junio de 2004.

judicial contemplada en la sección 1782(a) y reforzada por la Corte Suprema ha sido usada con generosidad por los tribunales federales. Aunque el caso *Intel* no se refería al arbitraje con sede en el extranjero, más bien se trataba de una investigación efectuada por la Dirección General de Libre Competencia de la Comisión Europea, los tribunales de algunos circuitos federales optaron por extender la sección 1782 al arbitraje<sup>16</sup>. Sin embargo, esta postura no es mayoritaria entre los distintos circuitos federales, existiendo una serie de decisiones que estiman que la sección 1782(a) no se aplica a la asistencia judicial a los tribunales arbitrales situados en el extranjero<sup>17</sup>.

Ahora bien, el recurso a un tribunal ordinario situado fuera del país sede de arbitraje, ayuda a una de las partes a reunir el material probatorio no proporcionado por la contraria, con lo cual constituye una herramienta de apoyo al arbitraje. Sin embargo, los mecanismos de una *pre-trial discovery* disponibles en un sistema jurídico de tradición del *Civil Law* son significativamente más limitados que aquellos previstos por un sistema del *Common Law*, y en particular, por el derecho norteamericano<sup>18</sup>. Lo anterior podría constituir un incentivo para solicitar el apoyo de la justicia ordinaria norteamericana, bien con el fin de mejorar las perspectivas de vencer en el juicio arbitral o bien como parte de una estrategia destinada al agotamiento de la parte contraria a través de un fraccionamiento jurisdiccional intencionado. La situación descrita puede afectar a una parte signataria del acuerdo de arbitraje con establecimiento en los EE.UU., o también a una empresa subsidiaria de capitales norteamericanos. En este último caso, puede existir el interés de probar, por intermedio del *pre-trial discovery*, la participación de la casa matriz en el perfeccionamiento o ejecución del contrato, con el fin de incorporarla al juicio arbitral en calidad de demandada.

Con el fin de aclarar la situación jurídica y limitar un posible futuro fraccionamiento jurisdiccional en materia probatoria, las partes pueden renunciar a la aplicación de la sección 1782. En esa situación, los tribunales norteamericanos seguramente optarán por ejercer su discreción y no darán lugar a la solicitud de *discovery* presentada en el marco de un procedimiento arbitral foráneo<sup>19</sup>. Ahora bien, para que aquel pacto no signifique una renuncia de las partes a su opción de hacer valer sus derechos a través de la presentación de las pruebas, tienen que asumir el compromiso de acatar las órdenes de producción de pruebas que emita el tribunal arbitral.

---

<sup>16</sup> ILLMER, Martin y Ben STEINBRÜCK. "U.S. *Discovery* and Foreign Private Arbitration: The Foreign Lawyer's Perspective". En: *Journal of International Arbitration*. Volumen 25. Número 3, pp. 329-343, pp. 329-330.

<sup>17</sup> SCHANER, Lawrence. "Recent Decisions of U.S. Courts Concerning 28 U.S.C. § 1782". En: *ABA Section of International Law*, 2009, pp. 1-5, <[www.abanet.org](http://www.abanet.org)>. Consulta: 04 de febrero de 2010.

<sup>18</sup> MÜLLER-CHEN, Markus. "The Use of Evidence Obtained in US-American *Discovery* in International Civil Procedure Law and Arbitration in Switzerland". En: *ASA Bulletin*. Volumen 27. Número 2, 2009, pp. 196-212.

<sup>19</sup> ILLMER, Martin y Ben STEINBRÜCK. "U.S. *Discovery* and Foreign Private Arbitration: The Foreign Lawyer's Perspective". *Op. cit.*; p. 341.

Especialmente, si las partes han pactado la aplicación de las *Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration* de la IBA, existirá un fuerte incentivo a que acaten las órdenes del tribunal. Acorde al artículo 9.4 de las Reglas, el tribunal arbitral se encuentra facultado para efectuar una 'inferencia negativa' en el caso de desacato de sus órdenes de producción de pruebas. Asimismo, en el caso de una empresa subsidiaria, podría ser deseable restringir la posibilidad de involucrar a la casa matriz en el pleito por la vía de *discovery*. Lo anterior, sin perjuicio de que su involucramiento pueda estar justificado a la luz de una doctrina específica, como la del levantamiento del velo societario o del grupo de las compañías<sup>20</sup>.

En ese escenario del fraccionamiento jurisdiccional, los problemas analizados en relación a la producción de pruebas, pueden ser simplificados mediante la introducción de una cláusula contractual que regule este escenario. La cláusula aquí propuesta no es una invitación a renunciar a los derechos de las partes, sino más bien, una llamada dirigida a las partes sofisticadas, a fijar anticipadamente los límites del eventual fraccionamiento jurisdiccional: *Los medios probatorios se producirán de acuerdo a la ley del país sede del arbitraje, con exclusión de cualquier otra jurisdicción. Lo anterior no se aplica ante la necesidad de obtener la producción de las pruebas de terceros, no relacionados con las partes. Las partes firmantes están conscientes que son las únicas personas vinculadas por el acuerdo arbitral y éste no les es oponible a sus casas matrices y filiales. Las partes reiteran su compromiso de cumplir con los llamados del tribunal arbitral a producir las pruebas por éste requeridas.*

### **2.3. Discreción del tribunal encargado de la ejecución de la sentencia arbitral extranjera**

El tema de este apartado tiene relación con el fraccionamiento jurisdiccional que se produce en el contexto de una duplicidad de juicios destinados a impugnar la eficacia del laudo. En otras palabras, la sentencia arbitral es objeto de un recurso de nulidad en el país en que se dicta, y con posterioridad, la parte demandada se opone al reconocimiento y ejecución de la sentencia en un foro distinto. En estas circunstancias surge la pregunta en qué medida la decisión del tribunal ordinario del país sede del arbitraje que declara la nulidad o la validez del laudo es vinculante para el tribunal que resuelva sobre su reconocimiento y ejecución.

El fraccionamiento jurisdiccional se torna particularmente visible, cuando la sede de arbitraje se encuentra en una jurisdicción que sigue los criterios de nulidad de un laudo consagrados en el artículo 34 de la LMA. Dichos requisitos son prácticamente idénticos a aquellos establecidos en el artículo V de la Convención de Nueva York. Ahora bien, las causales de la inarbitrabilidad y la violación del orden público (artículo 34.2.b de la LMA y artículo V.2 de la Convención) serán aplicados por el tribunal de la sede y por el de ejecución desde la perspectiva de la *lex fori* de cada uno de ellos. Sin embargo, el resto

---

<sup>20</sup> Véase, por ejemplo, FERRARIO, Pietro. "The Group of Companies Doctrine in International Commercial Arbitration: Is There any Reason for this Doctrine to Exist?". En: *Journal of International Arbitration*. Volumen 26. Número 5, 2009, pp. 647-673.

de las causales tienen relación con el desarrollo del proceso arbitral y finalmente deberán ser referidas al contexto normativo del país sede del arbitraje. En otras palabras, los foros involucrados aplican causales idénticas, con la salvedad que cada uno de ellos interpreta las causales señaladas con criterios propios. Surge la pregunta si puede ser interesante para las partes restringir, a través de una cláusula específica, la eventualidad de que se produzca una duplicidad de juicios tendientes a analizar la eficacia del laudo.

Una de las dimensiones del problema anunciado –el reconocimiento de un laudo anulado en el país sede del arbitraje– por lo general es consecuencia de la práctica de los tribunales franceses y de ciertas tendencias aisladas en los EE.UU.<sup>21</sup>. El año 2009, Holanda, a través del fallo *Yukos Capital SARL v OAO Rosneft*<sup>22</sup>, amplió la lista de los países potencialmente dispuestos a reconocer un laudo anulado. Ese mismo año se dio a conocer una decisión que ilustra otra dimensión de la problemática. Así, en el caso inglés *Dallah Real Estate and Tourism Holding Company v. The Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan*, se discutió la pregunta acerca de si la inactividad de la parte vencida en el país sede de arbitraje constituye una renuncia al derecho de impugnar la posterior ejecución del laudo.

En el caso *Yukos*, la Corte de Apelaciones de Amsterdam tuvo que pronunciarse sobre la ejecución de cuatro laudos arbitrales previamente anulados en Rusia<sup>23</sup>. La Corte sostuvo que si bien los tribunales rusos eran los competentes para decidir acerca de la eventual nulidad del laudo, de acuerdo al artículo V de la Convención de Nueva York, su decisión no era necesariamente vinculante para los tribunales holandeses y menos aún si el fallo extranjero hubiera sido alcanzado sin observar las garantías del debido proceso. A continuación, la Corte citó numerosas entrevistas con personas familiarizadas con el sistema judicial ruso, invocó reportes preparados por organismos internacionales y europeos desfavorables para la institucionalidad de ese país. Lo anterior implicaba que el actuar de la justicia ordinaria rusa, en general y en relación con el caso *Yukos* –empresa de propiedad de Michael Jodorkovsky, quien poseía aspiraciones políticas propias– estaba marcado por parcialidad y falta de transparencia. La Corte concluyó que la empresa demandada en este caso era una subsidiaria del Estado de Rusia y representaba sus intereses. Por las razones expuestas, la decisión de los tribunales rusos “debería ser ignorada” ordenándose la ejecución de la sentencia arbitral<sup>24</sup>.

---

<sup>21</sup> SMITH, Erica. “Vacated Arbitral Awards: Recognition and Enforcement Outside the Country of Origin”. En: *Boston University International Law Journal*. Volumen 20, 2002, pp. 334-392; SLATER, Matthew. “On Annulled Arbitral Awards and the Death of Chromalloy”. En: *Arbitration International*. Volumen 25. Número 2, 2009, pp. 271-292.

<sup>22</sup> Corte de Apelaciones de Amsterdam, N° 200.005.269/01, 28 de 04 abril de 2009.

<sup>23</sup> Tribunal Comercial de Moscú, N° A40-4577/07-8-46, N° A40-4582/07-8-47, 23 de mayo de 2007; Tribunal Comercial del Circuito Federal de Moscú, N° 40-4577/07-8-46, N° A40-4582/07-8-47, 13 de agosto de 2007. Corte Suprema de la Federación Rusa, N° 14955/07, 10 de diciembre de 2007.

<sup>24</sup> Corte de Apelaciones de Amsterdam. *Op. cit.*; párrafos 3.4-3.6 y 3.8-3.10.

Sin embargo la ejecución fue imposible, dado que la empresa demandada logró retirar sus activos más valiosos de Holanda. Con fecha 14 de septiembre de 2009, la ejecución de los cuatro laudos fue solicitada ante la Corte de Distrito Federal 12 (Distrito Sur de Nueva York, Manhattan)<sup>25</sup>, cuya decisión se encuentra aún pendiente.

El caso anterior puede parecer extremo dado que las interferencias políticas obligan a la parte vencedora a extender la búsqueda de la solución definitiva de la disputa a más de una jurisdicción extranjera. El fraccionamiento jurisdiccional se constituye como única alternativa en búsqueda de justicia material. Al mismo tiempo, el caso ilustra la libertad con la cual un tribunal extranjero emprende el análisis de la petición de exequátur de un laudo anulado, incorporando en sus deliberaciones incluso elementos no jurídicos.

La segunda dimensión del asunto en análisis se vio tratada en el caso *Dallah Real Estate and Tourism Holding Company v. The Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan*<sup>26</sup>. En esta ocasión, la Corte inglesa falló que el derecho de la parte vencida a impugnar un laudo arbitral durante su ejecución, no caduca si ella no intenta interponer recursos en el país sede del arbitraje. Esa inactividad de la parte no afecta las facultades del tribunal de ejecución de aplicar las causales del artículo V de la Convención de Nueva York. En particular, la Corte confirmó la decisión del juez de primera instancia y sostuvo que el gobierno de Pakistán no estaba vinculado por la cláusula arbitral, a pesar que el tribunal arbitral había concluido lo contrario.

Este caso refuerza la idea que el análisis del tribunal de ejecución no consiste en una mera revisión de la sentencia arbitral, sino que requiere que el tribunal realmente resuelva con respecto a las causales de nulidad invocadas por la parte contraria a la ejecución del laudo. El tribunal de ejecución falla en base al material probatorio disponible, sobre la concurrencia de dichas causales, sin estar facultado para pronunciarse sobre el fondo del asunto: “*The exercise is, to that extent, a rehearing, not a review*”<sup>27</sup>. El gobierno de Pakistán, asimismo, no estaba impedido de oponerse a la ejecución del laudo en Inglaterra en virtud del principio de *estoppel*. En particular, se rechazó el argumento de la parte solicitante dado que el gobierno no impugnó el laudo ante la justicia ordinaria de Francia, país sede del arbitraje, éste se habría tornado firme y obligatorio para las partes. El propósito del artículo V.1 de la Convención de Nueva York consistía en preservar el derecho de la parte de

---

<sup>25</sup> Yukos Capital SARL v. OJSC Oil Company Rosneft, N° 09-7905. Véase el texto de la solicitud en <[www.pravo.ru/store/interdoc/doc/131/Yukos.pdf](http://www.pravo.ru/store/interdoc/doc/131/Yukos.pdf)>. Consulta: 04 de febrero de 2010.

<sup>26</sup> Corte Superior de Inglaterra (High Court), *Dallah Estate and Tourism Holding Company and The Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan*, [2009] EWCA Civ 755, 20 de julio de 2009.

<sup>27</sup> Corte Comercial de Inglaterra, *Dallah Estate and Tourism Holding Company and The Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan*, [2008] APP.L.R. 08/01, 1 de agosto de 2008, pár. 84.

una sentencia arbitral extranjera a oponerse a la ejecución atacando la validez e integridad jurídica de éste. El hecho que la sentencia no fuera impugnada ante el tribunal de la sede o si tal impugnación no fue exitosa, no afectaba ese principio<sup>28</sup>.

En síntesis, la decisión de la Corte holandesa en *Yukos*, niega que la supervisión de los tribunales ordinarios del país sede de arbitraje posea la primacía con respecto a los tribunales de ejecución. En cambio, la decisión de *Dallah*, declina la idea que los tribunales ordinarios del país sede tengan la primacía en el caso de que la parte se abstenga o renuncie a su derecho de impugnar el laudo<sup>29</sup>. Se observa la existencia de un vínculo más estrecho entre un laudo arbitral internacional y una jurisdiccional nacional del país de ejecución del laudo, que aquel que existe entre el laudo y el país sede de arbitraje<sup>30</sup>.

Dado que no hay garantías de comunicación entre los distintos sistemas jurídicos con respecto a la eficacia de la sentencia arbitral, la situación equivale a una invitación dirigida a la parte disconforme con la sentencia arbitral, a impugnarla tanto en el país sede como en el país de ejecución. Por lo anterior, surge la pregunta si las partes pueden regular algunos aspectos del fraccionamiento jurisdiccional que se produce por esta vía y con ello, por lo menos, influir dentro del marco discrecional que poseen los tribunales a la luz del artículo V de la Convención de Nueva York. Una opción consiste en renunciar al recurso de nulidad, reservando la totalidad de la discusión para la etapa de ejecución. Sin embargo, una renuncia de ese tipo no siempre sería válida ante la ley nacional aplicable al arbitraje<sup>31</sup>. Las dos cláusulas que se proponen a continuación tienen una función más modesta, buscan expresar las preferencias de las partes con el fin de influir en la decisión de los tribunales ordinarios competentes dentro de las facultades discrecionales que poseen:

- a) *El laudo será obligatorio para las partes, a menos que se configuraran las circunstancias previstas en el artículo V de la Convención de Nueva York, las que podrán ser invocadas en la etapa de su ejecución.*

---

<sup>28</sup> Corte Superior de Inglaterra (High Court), *Dallah Estate and Tourism Holding Company and The Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan*, [2009] EWCA Civ 755. *Op. cit.*; párrafos 51 y 56.

<sup>29</sup> ANGÉNIEUX, Patrick y Andrew SAVAGE. "Primacy of the Seat: First and Last Tango in Paris? *Dallah v Government of Pakistan*". En: *The European & Middle Eastern Arbitration Review 2010*, <<http://www.globalarbitrationreview.com/>>. Consulta: 04 de febrero de 2010.

<sup>30</sup> GRIERSON, Jacob y Mireille TAOK. "Comment on *Dallah v. Pakistan*". En: *Journal of International Arbitration*. Volumen 26. Número 6, 2009, pp. 903-907.

<sup>31</sup> La tendencia general consiste en admitir la renuncia únicamente ante el tenor literal explícito de la ley. Véase JIMÉNEZ FIGUERES, Dyalá. "Renuncia al recurso de anulación contra el laudo: Alcances y análisis comparativo". En: *Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversión*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje - IPA, 2008, pp. 531-537.

- b) *En caso de interponer el recurso de nulidad contra el laudo, las partes renuncian a su derecho de invocar las causales del artículo V.1 de la Convención de Nueva York durante la etapa de ejecución del mismo.*

La cláusula presentada bajo la letra a) se refiere a la situación del caso *Yukos* y señala al tribunal de ejecución que, no obstante que el laudo haya sido anulado en el país sede del arbitraje, las partes facultaron al tribunal de ejecución para resolver, en forma definitiva, acerca de las causales susceptibles de afectar la eficacia del laudo. En cambio, la cláusula presentada bajo la letra b) alude a una situación cercana a la del caso *Dallah*, y expresa la intención de las partes de no someter a revisión del tribunal de ejecución, aquellos aspectos de validez del laudo que fuesen resueltos por los tribunales del país sede de arbitraje. Las causales del artículo V.1 de la Convención que impiden el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales, se aplican únicamente al ser probadas por la parte que las invoque. En eso la disposición difiere del artículo V.2 de la Convención, que contempla las causales de arbitrabilidad y del orden público, cuya observancia se encomienda a la autoridad competente del país de ejecución. La decisión de invocar las causales del artículo V.1 de la Convención está puesta en las manos de la parte vencida, la que podría prescindir de invocar una o varias de ellas. En otras palabras, si la aplicación del artículo V.1 de la Convención se efectúa a instancia y discreción de la parte vencida, ésta debería estar en condiciones de restringir su aplicabilidad ante el tribunal de ejecución, concentrando la discusión en los procedimientos ante los tribunales de la sede del arbitraje.

### **3. ARBITRAJE COMERCIAL Y EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO**

El presente capítulo aborda los efectos que el arbitraje comercial internacional ha tenido a nivel del derecho internacional de inversión extranjera, con el efecto de provocar situaciones del fraccionamiento jurisdiccional. La primera dimensión de este fenómeno dice relación con la aplicación de la llamada cláusula paraguas. Más allá de la extensa discusión acerca del alcance material y subjetivo de la cláusula paraguas, surge la pregunta acerca de la relación que existe entre una cláusula de solución de controversias pactada en el contrato celebrado entre el Estado y el inversionista, por una parte, y la disposición sobre la solución de controversias incluida en el tratado de protección de inversión extranjera, por otra (1). La segunda dimensión de la problemática invoca la protección garantizada a través de los tratados de protección de inversión extranjera, con el objetivo de sancionar una interferencia parcial de los tribunales locales con el arbitraje (2).

#### **3.1. Fraccionamiento jurisdiccional bajo la cláusula paraguas**

Se denomina cláusula paraguas a aquella disposición de un tratado internacional que consagra la obligación del Estado de cumplir los compromisos contraídos con respecto al inversionista o a la inversión<sup>32</sup>. Existe

---

<sup>32</sup> Para un estudio más detallado de la cláusula paraguas véase MEREMINSKAYA, Elina. "La cláusula paraguas: Lecciones de convivencia para los sistemas jurídicos". En: *Revista Internacional de Arbitraje*. Número 11, 2009, pp. 13-60.

un número minoritario de sentencias arbitrales que niegan a la cláusula paraguas el efecto de consagrar la responsabilidad internacional del Estado por incumplimiento contractual<sup>33</sup>. Otro grupo excepcional de sentencias arbitrales, acepta la responsabilidad internacional del Estado bajo la cláusula paraguas, pero sólo con respecto a las obligaciones y actos realizados en el ejercicio de sus funciones soberanas<sup>34</sup>. Sin embargo, una importante parte de la jurisprudencia arbitral sigue el tenor literal ordinario de la cláusula paraguas<sup>35</sup>, concluyendo que dicha disposición estipula un excepcional deber del Estado de asumir la responsabilidad internacional por violaciones contractuales de cualquier índole<sup>36</sup>.

En este contexto, una de las preguntas más polémicas es la constituida por la relación entre la cláusula paraguas y la estipulación sobre la solución de controversias establecida en el contrato celebrado entre el inversionista y el Estado. Por lo general, este tipo de estipulaciones no se transforma en un impedimento para someter una demanda relativa al contrato a la jurisdicción de un tribunal creado en virtud del tratado<sup>37</sup>. Lo anterior es válido en la medida en que la demanda invoque los estándares sustantivos del TBI como base jurídica de sus pretensiones. Sin embargo, la demanda bajo la cláusula paraguas invoca justamente una violación contractual. Con ello, podría sostenerse que el foro más apropiado para conocer de esas disputas es aquel consagrado en el contrato.

En el caso *Eureko B.V. v. Republic of Poland*, el tribunal arbitral ejerció la jurisdicción con respecto a la demanda basada en la cláusula paraguas, no obstante que el contrato incluía una cláusula de solución de disputas a favor de los tribunales polacos<sup>38</sup>. La decisión del tribunal en el caso *Société Générale de*

---

<sup>33</sup> SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan, CIADI ARB/01/13, Decisión sobre jurisdicción, 6 de agosto de 2003; Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A., v. The Hashemite Kingdom of Jordan, CIADI ARB/02/13, Decisión sobre jurisdicción, 29 de noviembre de 2004.

<sup>34</sup> El Paso Energy International Company v. República de Argentina, CIADI ARB/03/15, Decisión sobre jurisdicción, 27 de abril de 2006; Pan American Energy LLC, BP Argentina Exploration Company v. República de Argentina, CIADI ARB/03/13, Decisión sobre las excepciones preliminares, 27 de julio de 2006.

<sup>35</sup> SCHILL, Stephan. "Enabling Private Ordering – Function, Scope and Effect of Umbrella Clauses in International Investment Treaties". *IILJ Working Paper 2008/09*, <[www.transnational-dispute-management.com](http://www.transnational-dispute-management.com)>. Consulta: 04 de febrero de 2010.

<sup>36</sup> Noble Ventura Inc. v. Rumania, CIADI ARB/01/11, Laudo, 12 de octubre de 2005, párrafos 38, 50-55, 62.

<sup>37</sup> Lanco International Inc. v. Argentina, CIADI ARB 97/6, Decisión sobre jurisdicción, 8 de diciembre de 1998; Compañía de Aguas del Aconquija y Vivendi Universal v. Argentina, CIADI ARB 97/3. Comité ad hoc de anulación, 3 de julio de 2002.

<sup>38</sup> Eureko B.V. v. Republic of Poland, Arbitraje ad hoc, Laudo parcial, 19 de agosto de 2005, párrafos 258-259.

*Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines* fue la contraria<sup>39</sup>. Ese tribunal declaró la demanda inadmisibile dado que el contrato contenía una cláusula de solución de disputas a favor de la justicia ordinaria del país receptor de la inversión. Ante la posibilidad de que el conflicto fuese resuelto en ese foro, la demanda fue considerada prematura y el procedimiento arbitral fue suspendido<sup>40</sup>. Una conclusión semejante fue alcanzada por el tribunal arbitral en el caso *Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assessment and Control v. Republic of Paraguay*. El tribunal sostuvo que la cláusula paraguas tenía el efecto de importar todas las obligaciones contractuales al tratado, incluyendo aquella estipulación sobre la solución de controversias ante los tribunales locales del Estado receptor de la inversión<sup>41</sup>.

De acuerdo a esta oscilación de los tribunales, puede acontecer que un procedimiento arbitral se lleve a cabo ante el tribunal del contrato y otro ante el tribunal del tratado, sin perjuicio de lo cual este último estaría derivando su mandato de la norma internacional de la cláusula paraguas y no del contrato mismo. Esta situación, plenamente acorde a la separación conceptual existente entre el derecho internacional y el derecho nacional, puede conducir a resultados onerosos en términos de consumo de tiempo y de recursos financieros, siendo también inevitable que se puedan emitir sentencias contradictorias relativas al incumplimiento contractual.

Algunos tratados internacionales más recientes buscan paliar esta situación, exigiendo del inversionista renunciar a su derecho de iniciar o continuar "cualquier procedimiento ante cualquier tribunal administrativo o judicial conforme a la ley, de una Parte, u otros procedimientos de solución de controversias" con respecto a los hechos causa de la controversia<sup>42</sup>. A falta de una regulación específica surge la pregunta si las partes, previendo el posible fraccionamiento jurisdiccional y en aras de lograr una mayor eficiencia, puedan controlar la situación a través de una cláusula contractual apropiada. Para esos efectos se propone incorporar en el contrato celebrado entre el inversionista y el Estado, el siguiente complemento al acuerdo de arbitraje: *En el evento que la empresa extranjera inicie el arbitraje en los términos previstos por el TBI que le es aplicable, no podrá valerse del presente acuerdo de arbitraje para iniciar un arbitraje bajo el contrato del que forma parte. Si el arbitraje se hubiere iniciado a instancia de la empresa, este acuerdo de arbitraje se considerará ineficaz a partir del momento en que se constituya el tribunal bajo el TBI y el juicio arbitral deberá darse por terminado, a menos que el Estado manifieste su expreso interés en que prosiga. El recurso del inversionista al tribunal arbitral*

---

<sup>39</sup> SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines, CIADI ARB/02/6, Decisión sobre la jurisdicción, 29 de enero de 2004.

<sup>40</sup> *Ibid.*; párrafo 155. El procedimiento fue reanudado por la decisión del tribunal de fecha 17 de diciembre de 2007.

<sup>41</sup> Caso sin publicar, PETERSON, Luke. *IA Reporter*. Volumen 2. Número 10, 2009, <www.iareporter.com>. Consulta: 04 de febrero de 2010.

<sup>42</sup> Tratado de Libre Comercio (TL Chile-Canadá: inciso 2 del artículo G-22; TLC Chile-EE.UU.: inciso 2 del artículo 10.17; TLC Chile-Perú: inciso 2 del artículo 11.18.

*bajo el TBI no privará al Estado de su facultad para hacer valer el presente acuerdo de arbitraje.*

Con esta cláusula, el inversionista no renuncia al acceso a la justicia internacional garantizada por el tratado de inversión extranjera. Un tribunal arbitral que conozca del asunto derivado de la controversia basada en el contrato, debería cumplir el mandato de las partes y abstenerse de seguir conociendo el caso. La estipulación evita procedimientos paralelos, aunque no cubre el escenario en el cual el inversionista, primero, obtenga la decisión arbitral del tribunal previsto en el contrato y, con posterioridad, recurra al tribunal creado en virtud del tratado. Al mismo tiempo, una cláusula de esta índole protege el interés del Estado de poder iniciar un juicio arbitral a causa del incumplimiento contractual por parte del inversionista. Lo anterior es necesario, dado que el tribunal del tratado, que conocerá de la supuesta violación de la cláusula paraguas, deriva su competencia del tratado y no tiene facultades para pronunciarse acerca del incumplimiento del contrato.

### **3.2. Interferencia con el procedimiento de arbitraje y de ejecución del laudo como fundamento de demanda ante un tribunal del tratado**

En el caso *Saipem S.P.A. Claimant v. The People's Republic of Bangladesh*, una interferencia por parte de la justicia ordinaria del país sede en el proceso arbitral fue considerada una expropiación bajo un tratado bilateral de inversión extranjera<sup>43</sup>. En particular, los tribunales ordinarios del Estado demandado revocaron el mandato de un tribunal arbitral constituido bajo el alero de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) y con posterioridad, anularon el laudo dictado por éste. Los derechos contractuales residuales de Saipem, plasmados en un laudo arbitral de la CCI, fueron considerados la propiedad del inversionista objeto de las medidas expropiatorias<sup>44</sup>. La empresa de propiedad del Estado, contra la cual el laudo arbitral fue emitido, no tenía propiedad fuera de Bangladesh, con lo cual la ejecución del laudo sólo era posible en esta jurisdicción<sup>45</sup>.

Para corroborar la existencia de una expropiación, el tribunal arbitral analizó diversos argumentos relativos al carácter ilícito de la conducta del Estado. En primer lugar, el tribunal arbitral concluyó que las cortes de Bangladesh abusaron de sus poderes de supervisión con respecto al procedimiento arbitral. La forma y la sustancia bajo las cuales los tribunales de Bangladesh atacaron el mandato del tribunal arbitral, constituían un abuso de derecho<sup>46</sup>. Dicha conducta de los tribunales de Bangladesh, asimismo, equivalía a una violación de la Convención de Nueva York. Al adoptar las

---

<sup>43</sup> Saipem S.P.A. v. Bangladesh, CIADI Arb/05/7, Laudo, 30 de junio de 2009.

<sup>44</sup> Saipem S.P.A. v. Bangladesh, CIADI Arb/05/7, Decisión sobre jurisdicción, 21 de marzo de 2007, pár. 127.

<sup>45</sup> Saipem S.P.A. v. Bangladesh, Laudo. *Op. cit.*; párrafo 131.

<sup>46</sup> *Ibid.*; párrafo 159.

medidas tendientes a frustrar el arbitraje, el Estado de Bangladesh, a través de sus tribunales, incurrió en una violación del artículo II de la Convención de Nueva York, que obliga a respetar el carácter vinculante de un acuerdo arbitral<sup>47</sup>.

Por último, para justificar la legalidad de la anulación del laudo arbitral, Bangladesh argumentaba que, al situar la sede del arbitraje dentro de su jurisdicción, las partes debían haber asumido el riesgo de una posible intervención judicial. El tribunal arbitral bajo el TBI sostuvo que si bien la supervisión por parte de la justicia local era perfectamente lícita, ésta no podía abusar de sus facultades<sup>48</sup>.

Ahora bien, parece interesante hacer un contrapunto entre la decisión recién descrita cotejándola con una decisión arbitral relativa a una problemática relacionada<sup>49</sup>. Se trata de un laudo pronunciado en un arbitraje ante la Corte de Arbitraje Internacional de Londres en contra del gobierno de una región de Rusia. El procedimiento de ejecución del laudo fue iniciado en el territorio de Lituania, un Estado fronterizo con la región señalada. Los tribunales lituanos, ordenaron la ejecución del fallo, en base a lo cual se procedió a embargar un edificio de propiedad regional. El gobierno regional lo calificó como “expropiación” en términos del TBI entre Rusia y Lituania e inició el arbitraje ante la CCI. Este último tribunal arbitral se declaró sin jurisdicción. Sostuvo que si emitiera un juicio respecto de la legalidad de la ejecución del laudo en Lituania a la luz del TBI, eventualmente crearía un conflicto entre las obligaciones internacionales asumidas por los Estados parte en el marco del TBI versus aquellas que les incumben de acuerdo a la Convención de Nueva York.

Llama la atención el contraste metodológico entre las dos decisiones citadas. La primera, expresamente recurre a la Convención de Nueva York, cuya inobservancia se declara equivalente a la expropiación bajo el TBI. La segunda, muestra la preocupación de no poder determinar la relación de jerarquía entre los dos instrumentos internacionales y evita buscar una relación sistémica entre ambos, negando tener jurisdicción sobre el caso. El primer caso es un potente ejemplo del fraccionamiento jurisdiccional, mientras que el segundo parece tender a evitar esa situación. La pregunta acerca de cuál de estas dos posturas es la preferible, es compleja y requerirá de un análisis separado<sup>50</sup>. Dentro de los límites del presente estudio, sólo cabe preguntar si ese escenario podría ser controlado a través de las estipulaciones de las partes.

---

<sup>47</sup> *Ibid.*; párrafos 163-169.

<sup>48</sup> *Ibid.*; párrafos 185-187.

<sup>49</sup> PETERSON, Luke. *IA Reporter*. Volumen 2. Número 5, 2009, <[www.iareporter.com](http://www.iareporter.com)>. Consulta: 04 de febrero de 2010.

<sup>50</sup> MASCAREÑO, Aldo. “Regímenes jurídicos en la constitución de la sociedad mundial”. En: *Política Criminal*. Número 4, 2007, pp. 1-39.

El fraccionamiento jurisdiccional en este tipo de casos se produce a causa de hechos secuenciales en el tiempo. Se recurre al tribunal del tratado después del término del arbitraje comercial. La única forma de restringir aquel fraccionamiento, pareciera plasmarse en la renuncia de las partes a su derecho de invocar el TBI en el evento que la conducta del Estado receptor de inversión pudiera calificarse como un ilícito internacional. Una renuncia de esta índole tiene efectos jurídicos cuestionables<sup>51</sup>. El pacto se efectúa en el plano contractual, esto es, el del derecho nacional. Con ello parece dudoso que pudiera producir efectos con respecto a una obligación que el Estado receptor de la inversión asumió frente a su par (el Estado nacional del inversionista) a través del tratado internacional. Junto con lo anterior, es difícil imaginar una negociación del contrato en la cual una de las partes declara que no respetará el fallo arbitral a favor de la contraria y le sugiere renunciar a su derecho de exigir su cumplimiento de conformidad con un TBI. Finalmente, una restricción de esta naturaleza debilitaría la posición de la parte afectada y la congruencia de la protección que brinda el derecho internacional en materia de inversión extranjera. En otras palabras, el fraccionamiento jurisdiccional tiene que persistir.

#### **4. CONCLUSIÓN**

La realidad del arbitraje internacional hoy día puede ser descrita como multifacética. Una disputa arbitral presenta conexiones con múltiples jurisdicciones nacionales y atraviesa también la frontera que separa el derecho nacional del internacional. De conformidad con lo anterior, el fraccionamiento jurisdiccional podría concebirse como un proceso de localización de distintos aspectos de arbitraje dentro de aquellas jurisdicciones nacionales e internacionales que guarden la relación más estrecha con cada uno de ellos. Este proceso fortalece el sistema de justicia arbitral, al ofrecer soluciones especializadas a los aspectos singulares de arbitraje. No obstante, correspondería sopesar ese efecto positivo con las cargas que el fraccionamiento impondría a las partes de la controversia.

El auge de la jurisprudencia arbitral permite advertir algunos de los escenarios probables a causa de esta situación. El texto propone que durante la etapa del diseño del contrato se realice una negociación informada acerca del impacto jurídico, temporal y financiero del eventual fraccionamiento jurisdiccional con la posibilidad de controlar sus efectos por la vía de las cláusulas específicas.

El proceso de fraccionamiento jurisdiccional se caracteriza por su naturaleza universal. Se puede cuestionar la viabilidad de la propuesta que sugiere tratar de controlar los procesos universales por el intermedio de pactos individuales. Sin embargo, uno de los principios fundamentales del arbitraje es el principio de la autonomía de la voluntad de las partes. En virtud de ese

---

<sup>51</sup> Véase SPIERMANN, Ole. "Individual Rights, State Interests and the Power to Waive ICSID Jurisdiction under Bilateral Investment Treaties". En: *Arbitration International*. Volumen 20. Número 2, 2004, pp. 179-211.

principio, deben tener derecho de gozar de las oportunidades que les ofrezca el fraccionamiento jurisdiccional en el arbitraje o de abstenerse de ello.