

Cláusulas Arbitrales

Consideraciones prácticas para una redacción eficiente

Raúl Pereira Fleury^(*)

I. Introducción: la importancia de tener una cláusula de resolución de conflictos

La estructura normal de un contrato deja la inclusión de la cláusula de resolución de conflictos, o de “jurisdicción”, para el final. No existe un motivo específico o especial por el cual se adopta esta estructura, pero lo cierto es que muchas veces, justamente por dejar esta cláusula para el final, los contratantes olvidan incluirla o no le dan la importancia necesaria y la redactan de forma ineficiente.

Cuando las partes pasan por alto estas cláusulas, se arriesgan a carecer, en el futuro, de las herramientas para proteger efectivamente sus derechos e intereses en la transacción cuando surja la necesidad, particularmente si necesitan hacer valer sus derechos más allá de las fronteras, en uno o más países extranjeros.

Dedicar el tiempo necesario para negociar una cláusula de resolución de conflictos efectiva ya en el inicio de la relación contractual, puede ahorrar tiempo y costos significantes a las partes puesto que, una vez que el conflicto surja, es altamente improbable que las partes puedan llegar a un acuerdo respecto del procedimiento y foro aplicables a su conflicto. Como consecuencia, las partes podrían enfrentar litigios prolongados sobre cuestiones de jurisdicción, lugar, litispendencia o, dependiendo de donde se inicie la acción, *forum non conveniens*.¹

* Abogado por la Universidad Católica de Asunción, y Máster en Leyes (LL.M.) por la American University Washington College of Law (Washington, D.C.). Asociado Senior del área corporativa y arbitraje de Ferrere en Asunción, Paraguay. Contacto: raPereira@ferrere.com. Las ideas y opiniones expresadas en el artículo son solo responsabilidad del autor y no reflejan, necesariamente, aquellas de Ferrere.

¹ *Forum non conveniens* es una doctrina del derecho común (*common law*) que reconoce a las cortes y tribunales discreción para rechazar su jurisdicción bajo el supuesto de que la jurisdicción de otro estado es más apropiada o *conveniente* para decidir el conflicto. Ver BRAND, Ronald; JABLONSKI, Scott. *Forum Non Conveniens. History, Global Practice, and Future under the Hague Convention on Choice of Court Agreements*. Oxford University Press, 2007, pág. 1.

Respecto de los contratos internacionales, el arbitraje ha surgido como una solución efectiva gracias a un conjunto de ventajas frente a las cortes nacionales de un país específico. No obstante, establecer el arbitraje como método para resolver un conflicto requiere de la voluntad de las partes, establecer expresamente la elección de este método. En este contexto, la práctica arbitral y judicial ha demostrado que, en no pocas ocasiones, la falta de dedicación del tiempo e importancia necesaria para establecer una cláusula arbitral han llevado a disputas sobre la validez y eficacia de ellas por errores u omisiones que podrían ser evitados.

Si bien el arbitraje no más complicado que cualquier otra área del derecho, en el Paraguay aún no ha encontrado el desarrollo deseado. De hecho, ni siquiera es enseñado en las principales facultades del país como materia autónoma,² quedando a discreción de los estudiantes de derecho auto educarse, sea a través de las competencias de arbitraje o de forma aislada (menos probable), y todo esto bajo la premisa de que los alumnos “descubrirán” que existe un área del derecho llamada “arbitraje” a la que podrían, en el futuro, dedicarse. Esto resulta, casi inevitablemente, en una falta de preparación para el mundo profesional, donde, casi seguramente, se encontrarán con un contrato que contiene una cláusula arbitral que deben analizar o trabajarán en alguna transacción donde le solicitarán la inclusión de una cláusula arbitral.

El objetivo de este artículo es abordar, de forma práctica y sencilla –y desde la perspectiva del derecho paraguayo– las cuestiones más relevantes a las que nos enfrentamos al momento de elaborar una cláusula arbitral para un contrato, sea doméstico o internacional, y así evitar innecesarios dolores de cabeza una vez surgido el conflicto.

II. Elección entre el arbitraje y el proceso judicial

Como fue indicado líneas arriba, con el crecimiento y evolución del comercio internacional, el arbitraje surgió como una solución eficaz para la resolución de conflictos entre partes contratantes domiciliadas en jurisdicciones distintas. Incluso, tanto tribunales arbitrales³ como cortes nacionales,⁴ además de doctrinarios,⁵ reconocen

² Actualmente, el arbitraje es estudiado en uno de los capítulos de la materia Derecho Procesal Civil I, en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción. En la Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas de la Universidad Católica solo se hace mención del proceso de ejecución de laudos arbitrales en uno de los capítulos de la materia Derecho Procesal Civil I.

³ *Mohamed Abdulmohsen al-Kharafi & Sons Co. c. The Government of the State of Libya and Others*, Laudo Final del 22 de marzo del 2013, Arbitraje *Ad hoc* en el Cairo (“*international arbitration became the normal and universally recognized means (mode normal et universellement admis) for international*

al arbitraje como el medio ordinario, común o habitual para la resolución de conflictos en el comercio internacional.

Para entender esta percepción del arbitraje como método normal para resolver conflictos internacionales, resulta útil hacer referencia a una encuesta que se volvió tradicional en la práctica del arbitraje internacional en los últimos años, y es la realizada por la universidad británica Queen Mary y el despacho jurídico White & Case LLP. La última edición de esta encuesta (2021) reveló que el 90% de los encuestados prefieren el arbitraje para la resolución de sus conflictos internacionales⁶. En la edición anterior de la encuesta (2018), las siguientes características del arbitraje internacional fueron las más atractivas: ejecución de los laudos arbitrales (64%), la posibilidad de evitar un sistema legal o juzgado específico (60%), la flexibilidad del procedimiento (40%) y la posibilidad de elegir a los árbitros (39%).⁷

A) *Facilidad en la ejecución de los laudos arbitrales internacionales*

Al momento de la publicación de este artículo (2020), es más práctico ejecutar un laudo arbitral internacional que una sentencia judicial extranjera. Esto es así gracias a la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (la “Convención de Nueva York”). El objetivo principal de la Convención de Nueva York es facilitar el reconocimiento y ejecución de

commercial dispute settlement...”); *Vendedor (Francia) c. Comprador (Alemania)*, Cámara Arbitral de París, Caso No. 9971, Laudo de fecha 14 de febrero de 2008 (“*Furthermore, in international trade in general and in the international trade in fruit and vegetables in particular, arbitration is the habitual means of dispute settlement...”*).

⁴ *Beijing Be Green Import & Export Co Ltd c. Elders International Australia Pty Ltd* [2014] FCA 1375, Corte Federal de Australia, Distrito Registral de New South Wales, NSD 1088 de 2014, 15 de diciembre de 2014; *Canada Moon Shipping Co. Ltd. and Fednav International Ltd. c. Companhia Siderurgica Paulista Cosipa and T. Co. Metals LLC*, Corte Federal de Apelación de Canadá, 8 de noviembre de 2012 (“*arbitration has become a favourite method of settling international commercial disputes, generally...”*); *Bargues Agro Industrie SA c. Young Pecan Company*, Corte de Apelación de París, 2003/09894, 10 de junio de 2004 (“*Arbitration is the usual means of dispute settlement in international commerce...”*); *Intercast c. Ets. Peschaud et Cie. International*, Corte de Apelación de París, 4 de enero de 1980.

⁵ LALIVE, Pierre. *Transnational (or Truly International) Public Policy in Arbitration*, en SANDERS, Pieter (director). *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration*. ICCA Congress Series, Kluwer Law International, 1987, pág. 293; BORN, Gary. *International Arbitration: Law and Practice*. Wolters Kluwer, 2016, págs. 14-15; BUCHANAN, Mark. *Public Policy and International Commercial Arbitration*, en *American Business Law Journal*, 1988 (num. 26), págs. 511, 512 (“*In the realm of international commercial transactions, arbitration has become the preferred method of dispute resolution*”).

⁶ Queen Mary University of London y White & Case LLP, *2021 International Arbitration Survey: Adapting arbitration to a changing world*, pág. 5.

⁷ Queen Mary University of London y White & Case LLP, *2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration*, pág. 7.

laudos arbitrales internacionales en los países signatarios⁸ de la misma, imponiendo condiciones mínimas para dicho proceso de reconocimiento y ejecución,⁹ y estableciendo circunstancias estrictas y limitadas para la denegación de dicho reconocimiento.¹⁰ A la fecha, 162¹¹ países son miembros de la Convención de Nueva York, incluso Paraguay.¹²

En contrapartida, no se cuenta con un tratado o convención que prevea condiciones similares a la Convención de Nueva York. Actualmente se encuentra vigente la Convención de La Haya sobre Acuerdos de Elección de Foro,¹³ no obstante, la misma contiene condiciones más estrictas para el reconocimiento de sentencias

⁸ Artículo III de la Convención de Nueva York: “Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá la autoridad de la sentencia arbitral y concederá su ejecución de conformidad con las normas de procedimiento vigentes en el territorio donde la sentencia sea invocada, con arreglo a las condiciones que se establecen en los artículos siguientes. Para el reconocimiento o la ejecución de las sentencias arbitrales a que se aplica la presente Convención, no se impondrán condiciones apreciablemente más rigurosas, ni honorarios o costas más elevados, que los aplicables al reconocimiento o a la ejecución de las sentencias arbitrales nacionales.”

⁹ Artículo IV de la Convención de Nueva York: “1. Para obtener el reconocimiento y la ejecución previstos en el artículo anterior, la parte que pida el reconocimiento y la ejecución deberá presentar, junto con la demanda: a) El original debidamente autenticado de la sentencia o una copia de ese original que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad; b) El original del acuerdo a que se refiere el artículo II, o una copia que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad. 2. Si esa sentencia o ese acuerdo no estuvieran en un idioma oficial del país en que se invoca la sentencia, la parte que pida el reconocimiento y la ejecución de esta última deberá presentar una traducción a ese idioma de dichos documentos. La traducción deberá ser certificada por un traductor oficial o un traductor jurado, o por un agente diplomático o consular.”

¹⁰ Artículo V de la Convención de Nueva York: “1. Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución: a) Que las partes en el acuerdo a que se refiere el artículo II estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que les es aplicable o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia; o b) Que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa; o c) Que la sentencia se refiere a una diferencia no prevista en el compromiso o no comprendida en las disposiciones de la cláusula compromisoria, o contiene decisiones que exceden de los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria; no obstante, si las disposiciones de la sentencia que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no han sido sometidas al arbitraje, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras; o d) Que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado a la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje; o e) Que la sentencia no es aún obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia. 2. También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución, comprueba: a) Que, según la ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje; o b) Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país.”

¹¹ Ver https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards/status2.

¹² Ratificado por Ley No. 948/1996.

¹³ Convención de La Haya sobre Acuerdos de Elección de Foro, del 30 de junio de 2005, disponible en <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=98>.

judiciales extranjeras. Como ejemplo, el artículo 2 de dicha convención excluye de su aplicación sentencias relativas a contratos de consumo, laborales, transporte de mercaderías, propiedad intelectual, entre otros. Además, a la fecha la convención ha sido ratificada únicamente por 32 países.¹⁴

B) Posibilidad de evitar un sistema legal o juzgado específico

Las partes de un contrato internacional normalmente prefieren -lógicamente- evitar la justicia ordinaria de su contraparte contractual, sea por temor a que los jueces sean parciales o por la inconveniencia y costos que implican litigar ante el poder judicial de la contraparte. Si bien existe la opción de elegir el foro de un tercer país, esto tampoco asegura la ausencia total de los inconvenientes citados precedentemente.

En esta circunstancia el arbitraje gana gran atractivo frente al poder judicial. En el arbitraje, las partes tienen la posibilidad de someter sus conflictos a un tribunal verdaderamente neutro, con árbitros de nacionalidades distintas al de las partes, especializados en la materia particular del conflicto y seleccionados por ellas mismas o por una institución neutral.

C) Flexibilidad del procedimiento

Este beneficio se relaciona con la posibilidad de sustraer el conflicto de las reglas procesales rígidas que normalmente rigen en los juzgados y tribunales estatales, de la cual las partes no podrán escapar ni siquiera en la improbable hipótesis de lograr acordar la jurisdicción de un tercer país neutral.

Así, convenciones internacionales y leyes arbitrales nacionales otorgan a las partes autonomía casi ilimitada para acordar la forma en que el arbitraje será llevado a cabo y las leyes y reglamentos aplicables.¹⁵ El artículo 22 de la Ley de Arbitraje y Mediación del Paraguay (en adelante, la “Ley de Arbitraje”) refleja esta ventaja. El mismo establece la libertad de las partes “*para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el tribunal arbitral en sus actuaciones*”¹⁶, sin más limitaciones que la

¹⁴ Ver <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=98>.

¹⁵ BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 2014, 2ª ed., pág. 84.

¹⁶ Ley de Arbitraje, artículo 22: “**Determinación del procedimiento.** Con sujeción a las disposiciones de la presente ley, las partes tendrán libertad para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el tribunal arbitral en sus actuaciones. A falta de acuerdo, el tribunal arbitral podrá, con sujeción a lo dispuesto en la presente ley y noticia a las partes, dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado. Esta facultad conferida al tribunal arbitral incluye la de determinar la admisibilidad, la pertinencia y el

obligación de los árbitros de tratar a las partes con igualdad,¹⁷ dando a cada una plena oportunidad de presentar sus casos y hacer valer sus derechos.¹⁸

La posibilidad de las partes de acordar la forma en que su arbitraje será llevado a cabo incluye la facultad de determinar la ley aplicable a los méritos, el reglamento arbitral, la ley supervisora del procedimiento arbitral (i.e. ley de la sede del arbitraje), el idioma del procedimiento, las reglas de producción y diligenciamiento de pruebas, el tipo de daños a ser otorgados, el número de árbitros, la forma de selección de los árbitros y los lugares donde podrán ser llevados a cabo las audiencias arbitrales, entre otras.¹⁹

D) Elección de árbitros

Por último, poder elegir quienes decidirán el conflicto resulta muy atractivo cuando el conflicto deriva de cuestiones técnicas/comerciales complejas. La capacidad de brindar una resolución por personas preparadas y expertas en la materia del conflicto es una ventaja innegable del arbitraje frente a los juzgados y tribunales estatales. Esto es así porque normalmente, los jueces en lo civil y comercial (quienes tendrán competencia en la resolución de conflictos que normalmente son sometidos a arbitraje) cuentan con una preparación más general, sin una especialización técnica o comercial más acabada o para un tipo particular de transacción o industria.²⁰

Por tanto, el arbitraje permite que las partes –quienes mejor conocen sus conflictos y quienes más interesados están en que los mismos sean resueltos– participen en la selección de los árbitros que ellas consideran tienen la experiencia y habilidad necesarias para resolver sus conflictos.

valor de las pruebas.” Esta disposición tiene como fuente el artículo 19 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional.

¹⁷ BLACKABY, Nigel y otros. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. Oxford University Press, 2015, 6ª ed., pág. 30.

¹⁸ Ley de Arbitraje, artículo 21: “*Trato equitativo a las partes. Deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos.*”

¹⁹ Winston & Strawn’s Pocket Guide to International Arbitration (2019), pág. 4.

²⁰ BORN, Gary. *International Arbitration: Law and Practice*. Kluwer Law International, 2016, pág. 11.

III. Redacción de la cláusula arbitral: consideraciones prácticas

“El arbitraje es una cuestión de consentimiento”²¹. Este es el pilar fundamental del arbitraje. Por tanto, el acuerdo de partes es el que permite al arbitraje existir y este pacto puede tomar la forma de una cláusula arbitral contenida en un contrato, o de un compromiso arbitral, cuando se pacta luego de surgido el conflicto.²² No obstante, atendiendo a la dificultad que implica concluir un compromiso arbitral luego de que el conflicto haya surgido, la gran mayoría de los arbitrajes (domésticos e internacionales) tienen su fuente en una cláusula arbitral contenida en un contrato celebrado mucho antes que el conflicto sobrevenga, y la redacción de esta cláusula es donde se centra este artículo.

Como todo acuerdo, una cláusula arbitral será el resultado del ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes, y esta autonomía es ejercida de forma amplia. Por tanto, la cláusula arbitral es producto de la negociación de las partes, de sus intereses y, no menos importante, de sus habilidades para redactar una cláusula como tal. Por tanto, esta sección está dedicada a establecer, primeramente, los requisitos de validez de una cláusula arbitral y luego, los elementos esenciales en la redacción de una cláusula arbitral, los que son altamente recomendables incluir, y aquellos elementos opcionales, dependiendo de las características del contrato y las partes, todo en base a la experiencia y práctica arbitral.

A) Requisitos de validez

1. Forma escrita

Como indicado anteriormente, el consentimiento es el pilar de todo arbitraje. Sin consentimiento no hay arbitraje. Y, bajo la Convención de Nueva York, el acuerdo de arbitraje, para que sea válido, debe tomar la forma de un acuerdo por escrito,²³ entendido como “una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o

²¹ *Stolt-Nielsen S.A. c. AnimalFeeds Int'l Corp.*, Corte Suprema de los Estados Unidos, 27 de abril de 2010, No. 08–1198.

²² Nuestra Ley de Arbitraje, en su artículo 3(a), define al Acuerdo de arbitraje como: “el pacto por el cual las partes deciden someter a arbitraje todas o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, sea o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de acuerdo independiente.”

²³ Convención de Nueva York, artículo II(1): “Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el **acuerdo por escrito** conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.”

telegramas.”²⁴ De forma idéntica se expresa nuestra Ley de Arbitraje en su artículo 10.²⁵

Por su parte, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, fuente de nuestra Ley de Arbitraje, también establece que el acuerdo de arbitraje “deberá constar por escrito”²⁶, sin embargo, posee una definición más flexible sobre lo que debe entenderse por “escrito”, ya que acepta como válido el acuerdo de arbitraje “concertado verbalmente, mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio”²⁷ así como el celebrado a través de una comunicación electrónica, entendida como la realizada a través de “mensajes de datos”.²⁸

No obstante, respecto del acuerdo a través de una comunicación electrónica, no habría problemas en celebrar un acuerdo de arbitraje por estos medios en el Paraguay, atendiendo al principio de la libertad de formas²⁹ que rige en el sistema legal paraguayo, pero especialmente en virtud de la Ley No. 4017/2010 “De Validez Jurídica de la Firma Electrónica, la Firma Digital, los Mensajes de Datos y el Expediente Electrónico”, que reconoce la validez jurídica de los mensajes de datos y la fuerza obligatoria de lo convenido a través de dicho medio.³⁰ Así, siendo la forma escrita el único requisito de la Ley de Arbitraje, se entiende que el medio en el cual conste es libre para las partes.

²⁴ Convención de Nueva York, artículo II(2).

²⁵ Ley de Arbitraje, artículo 10: “...el acuerdo es escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas o telegramas colacionados, en los que conste dicho acuerdo [...] La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye acuerdo de arbitraje...”

²⁶ Ley Modelo de la CNUDMI, artículo 7(2), Opción 1.

²⁷ Ley Modelo de la CNUDMI, artículo 7(3), Opción 1. La jurisprudencia brasilera, por ejemplo, ha adoptado esta flexibilidad, donde en más de una ocasión los jueces y tribunales (incluyendo la Corte Superior de Justicia) ha decidido que la demostración de voluntad de someter un conflicto a arbitraje puede darse de otras formas distintas de la “firma de la cláusula arbitral”, como ser a través de actos o comportamientos durante la negociación, celebración y ejecución del contrato que permitan demostrar la aceptación tácita, implícita o indirecta de la cláusula arbitral. Ver, *Marcelo Katsumi Imaizumi e Marcelo Katsumi Imaizumi – EPP c. Jin Jin Franchising – Eireli*, Corte de Justicia de São Paulo, Apelación Civil No. 4022778-88.2013.8.26.0405, 20 de mayo de 2015; *Haakon Lorentzen, Erling Sven Lorentzen e Lorentzen Empreendimentos S.A. c. Hugo Pedro de Figueiredo*, Corte Superior de Justicia del Brasil, Recurso Especial No. 1.569.422 – RJ (2015/0177694-9), 12 de abril de 2016.

²⁸ Ley Modelo de la CNUDMI, artículo 7(4), Opción 1. “Mensajes de datos” entendido como “información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.”

²⁹ Código Civil, artículo 302: “...A falta de regla especial, las partes podrán emplear las formas que estimen convenientes.”

³⁰ Ley No. 4017/2010, artículo 4: “Valor jurídico de los mensajes de datos. Se reconoce el valor jurídico de los mensajes de datos y no se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a la información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos. Tampoco se negarán efectos jurídicos, validez ni fuerza obligatoria a la información por la sola razón de que no esté contenida en el mensaje de datos que se supone ha de dar lugar a este efecto jurídico, sino que figure simplemente en el mensaje de datos en forma de remisión.”

2. Objeto arbitrable

El objeto arbitrable o *arbitrabilidad objetiva*, se refiere a las materias que pueden ser objeto de arbitraje. El artículo II(1) de la Convención de Nueva York establece que el acuerdo de arbitraje debe ser reconocido cuando los conflictos sometidos al mismo se refieran a asuntos que puedan ser resueltos por arbitraje. De forma similar, en su artículo V(2)(a) la Convención de Nueva York establece que el reconocimiento de un laudo arbitral puede ser negado si “*el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje*” bajo la ley del país donde el laudo está siendo ejecutado.³¹

En línea con lo dispuesto en la Convención de Nueva York, las distintas legislaciones nacionales establecen las materias que pueden, o no, ser susceptibles de arbitraje. En el Paraguay, el artículo 2 de la Ley de Arbitraje preceptúa que solo pueden ser sometidas a arbitraje, cuestiones “*transigible[s] y de contenido patrimonial*”, no pudiendo ser objeto de arbitraje “*aquellas en las cuales se requiera la intervención del Ministerio Público.*” Así, queda entendido que cuestiones relativas al derecho penal, de familia, niñez y adolescencia, y derechos laborales, no podría ser sometidos a arbitraje, sea por la intervención del ministerio público o por no tratarse de cuestiones patrimoniales *per se*. En el caso de derechos del consumidor, la Ley de Defensa del Consumidor y del Usuario considera inválidas las cláusulas que “[i]mpongan la utilización obligatoria del arbitraje.”³² Así, en materia de derecho del consumidor, el arbitraje no está proscripto de entrada, puesto que si las partes, luego surgido el conflicto, deciden dirimir el mismo por arbitraje, no habrá impedimentos en concretar dicho pacto.

En Estados Unidos, la Ley Federal de Arbitraje permite la utilización del arbitraje para resolver conflictos derivados de “*transacciones marítimas o un contrato que evidencie una transacción comercial*”.³³ En Brasil, pueden someterse a arbitraje “*litigios relativos a derechos patrimoniales y disponibles.*”³⁴ En contrapartida, la ley inglesa de arbitraje omite completamente legislar sobre lo que puede o no ser objeto de arbitraje.³⁵

³¹ Convención de Nueva York, artículo IV(2)(a).

³² Ley No. 1334/1998, artículo 28(d).

³³ Ley Federal de Arbitraje (*Federal Arbitration Act*), sección 2.

³⁴ Ley No. 9307/1996, artículo 1.

³⁵ BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 2014, 2ª ed., pág. 969.

Así, la materia arbitrable es una cuestión de legislación nacional³⁶ y como tal, resulta importante analizar no solo la nacionalidad de las partes, sino las posibles jurisdicciones donde un eventual laudo arbitral será ejecutado, puesto que, como fuera indicado, el artículo V(2)(a) de la Convención de Nueva York dispone que el análisis sobre arbitrabilidad es realizado conforme a la ley del país donde el laudo está siendo ejecutado.³⁷

B) Elementos obligatorios

Los elementos obligatorios son aquellos sin los cuales una cláusula arbitral sería ineficaz y, por lo tanto, imposible de ejecutar. Es decir, estos elementos *necesariamente* deben estar contenidos en la cláusula arbitral. Con potenciales excepciones que pueden estar contenidas en diferentes sistemas legales, existen tres elementos considerados como esenciales por la práctica y doctrina en general:³⁸ el alcance de la materia que las partes deciden someter al arbitraje; la precisión en la designación del arbitraje; y la exclusividad del arbitraje como método para la resolución de conflictos.

1. Alcance

A diferencia del objeto arbitrable, el alcance de la materia que las partes deciden someter a arbitraje es conocida como *arbitrabilidad subjetiva*. Como el arbitraje deriva del consentimiento de las partes, los árbitros solo tendrán competencia para decidir sobre cuestiones que las partes expresamente han acordado que así sea.³⁹ Por tanto, en algunas ocasiones las partes pueden decidir que solamente ciertas cuestiones sean sometidas a arbitraje y otras sean dejadas a la competencia de los jueces ordinarios, o en un grupo de contratos, las partes pueden definir que conflictos derivados en uno de ellos sea sometido a un arbitraje, dejando a los jueces ordinarios la resolución de disputas

³⁶ *Id.* pág. 945.

³⁷ Sobre el punto, es importante mencionar que la práctica internacional ha distinguido entre arbitrabilidad doméstica e internacional y como tal, materias que no serían arbitrables en un arbitraje doméstico, han sido aceptadas como arbitrables en un escenario internacional. Por ejemplo, la Corte Suprema de Estados Unidos ha reconocido, en más de una ocasión, la arbitrabilidad en materia de competencia (*Mitsubishi Motors Corp. c. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*), mercado de valores (*Scherk c. Alberto-Culver Co.*), y fraude (*Rodriguez de Quijas c. Shearson/Am. Express, Inc.*). Ver también, BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 2014 2ª ed., págs. 964-968; GAILLARD, Emmanuel y SAVAGE, John (directores). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 1999, págs. 330-359.

³⁸ Ver, FRIEDLAND, Paul. *Arbitration Clauses for International Contracts*. JurisNet, 2007, pág. 61.

³⁹ GAILLARD, Emmanuel y SAVAGE, John (directores). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 1999, pág. 298.

derivadas del otro contrato o simplemente omitiendo cualquier mención a una cláusula de elección de foro.⁴⁰

No obstante, esta práctica no es recomendada, considerando las dificultades que casi seguramente surgirán ante un conflicto, el cual derivará necesariamente en la difícil tarea de los árbitros -y luego los jueces- de determinar la verdadera intención de las partes.

En efecto, las cláusulas modelo de las principales instituciones arbitrales recomiendan la utilización de un lenguaje sencillo y que no deja lugar a dudas sobre el alcance de la aplicación del arbitraje. Por ejemplo, la cláusula modelo de la Cámara de Comercio Internacional (la “CCI”) hace referencia a “*todas las controversias que deriven del presente contrato o que guarden relación con éste...*”⁴¹. Las cláusulas modelos o recomendadas de otras instituciones contienen fórmulas similares, a los efectos de evitar conflictos sobre la interpretación del alcance de la cláusula arbitral.⁴²

Así, podemos acudir a un ejemplo práctico en un caso hace un par de años. En *VyV S.A. c. IPS*,⁴³ la cláusula arbitral en cuestión establecía que “[c]ualquier diferencia que surja durante la ejecución de los Contratos...” sería sometida a arbitraje. En primera instancia, se había hecho lugar a la excepción de convenio arbitral interpuesta por la Procuraduría General de la República, no obstante, en segunda instancia, el tribunal de apelación decidió que la competencia del tribunal arbitral dependía de si “*el contrato se encuentra en ejecución*” y, como el conflicto había surgido después de la terminación del contrato, el tribunal de apelación decidió revocar la sentencia que hacía lugar a la excepción de convenio arbitral.⁴⁴

En *VyV S.A. c. IPS*, la inclusión de una frase aparentemente inocente (“*durante la ejecución*”) derivó en un conflicto en sede judicial, el cual implicó gasto de tiempo y dinero innecesarios para las partes. Igual circunstancia se dio en *CyC Construcciones c.*

⁴⁰ *Id.* pág. 304.

⁴¹ Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, vigente desde el 1 de enero de 2021, p. 79.

⁴² Ver cláusulas modelo de la London Court of International Arbitration (“LCIA”), CNUDMI y American Arbitration Association (“AAA”).

⁴³ A.I. No. 361, del 30 de junio de 2015, dictado por el Tribunal de Apelación Civil y Comercial, Quinta Sala (*VyV S.A. c. Instituto de Previsión Social (IPS) s/ Indemnización de daños y perjuicios*).

⁴⁴ Se aclara que el autor no está de acuerdo con la decisión del tribunal de apelación en *VyV S.A. c. IPS* y la cita al caso se da al mero efecto ilustrativo.

MSPyBS.⁴⁵ Por tanto, al establecer el alcance de una cláusula arbitral, *simplicidad* es la regla.

2. Precisión

La precisión está relacionada con terminología. Increíblemente, muchas cláusulas arbitrales resultan ineficientes porque no establecen precisamente arbitraje como método de resolución de conflictos. Por ejemplo, muchas veces las partes establecen que la disputa sea sometida a la decisión de “peritos” o a un “panel de expertos”,⁴⁶ algo que no necesariamente indica la intención de someterse a un procedimiento arbitral. También ocurre que la institución arbitral designada no existe. Este error normalmente no afecta la validez de la cláusula arbitral, no obstante, contiene los ingredientes necesarios para desviar el conflicto en la dirección equivocada.⁴⁷

Si bien los jueces y tribunales pueden tratar de determinar la verdadera intención de las partes detrás de una redacción deficiente, no hay seguridad alguna de que así lo harán. Existen límites que los jueces y tribunales simplemente no cruzarán para tratar de subsanar las deficiencias o para interpretar algo que no fue pactado entre las partes.

3. Exclusividad

Como último elemento esencial, pero no menos importante, el arbitraje debe ser la *única* opción para resolver el conflicto que se somete a arbitraje. Este elemento no debe confundirse con el del alcance, que hace referencia a la identificación concreta de los conflictos que serán sometidos a arbitraje.

Un error común es la indicación de que los conflictos “podrán” ser sometidos a arbitraje, creando cierta ambigüedad, puesto que abre las puertas a cuestionar si el arbitraje es realmente el mecanismo para resolver la disputa o meramente una “opción” con la cuentan las partes luego de surgido el conflicto,⁴⁸ atendiendo a que se previó que podrán someter a arbitraje sus conflictos, no que *deberán* hacerlo.

⁴⁵ A.I. No. 235, del 13 de junio de 2017, dictado por el Tribunal de Apelación Civil y Comercial, Sexta Sala (*Consortio CyC c. Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social s/ cumplimiento de contrato/cobro de guaraníes ordinario y otros*).

⁴⁶ FRIEDLAND, Paul. *Arbitration Clauses for International Contracts*. JurisNet, 2007, pág. 63.

⁴⁷ Ver WILSKE, Stephan; HUGHES, Sarah K. y AKOKA, Alyson J. *Pathological Designation of a Non-Existent Korean Arbitration Institution: a Trip to Jurisdictional No Man’s Land*, en *Korean Arbitration Review*, 2014 (num. 4), pág. 31.

⁴⁸ FRIEDLAND, Paul. *Arbitration Clauses for International Contracts*. JurisNet, 2007, págs. 63, 123.

También ocurre -sorpresivamente- que en las sucesivas cláusulas de un contrato se establecen el consentimiento de someter los conflictos tanto a arbitraje como a los tribunales ordinarios, resultando imposible determinar si las partes realmente decidieron someterse a arbitraje. Esta ambigüedad repercute directamente en la eficacia del acuerdo arbitral.⁴⁹ Incluso, se ha dicho que “*la ausencia de cualquier clase de ambigüedad en la voluntad de las partes para someterse a arbitraje constituye una condición sine qua non para que los árbitros se sientan dotados de competencia plena para resolver la controversia.*”⁵⁰

Sobre el punto, resulta oportuna la jurisprudencia paraguaya en *EDUCPA c. Rosario del Pilar López*.⁵¹ En este caso, el contrato en cuestión contenía dos cláusulas de jurisdicción. Una previendo arbitraje y otra los juzgados de la ciudad de Asunción. Al entrar a analizar la excepción de convenio arbitral interpuesto por la parte demandada, el tribunal de apelación indicó, respecto de ambas cláusulas, que “*la ambigüedad es clara: mientras por un lado se consiente la posibilidad de arbitrar las disputas, por el otro lado se pacta la competencia de los juzgados y tribunales de la ciudad de Asunción*” y, en consecuencia, decidió de forma tajante que:

[L]a constatación de ambigüedades contraviene la forma que deben observar los acuerdos arbitrales para tener el efecto de que los juzgados y tribunales declinen su competencia en favor de la jurisdicción arbitral. En el presente caso, la existencia de ambigüedades es evidente [...] La ambigüedad de la cláusula torna al acuerdo [arbitral] ineficaz...

Al respecto, cabe resaltar la práctica general en los contratos con el Estado paraguayo, donde se establecen tanto cláusulas de jurisdicción ordinaria como arbitrales, sea en las condiciones generales o especiales, donde muchas veces la ambigüedad hace que las partes entren a discutir, primero, si la disputa debe ser sometida a arbitraje no, para luego pasar a discutir el fondo.⁵²

⁴⁹ Ver FERNANDEZ ROZAS, José Carlos. *El convenio arbitral: entre la estabilidad y el desatino*, en *Estudios de arbitraje*. Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar. Santiago de Chile, Editora Jurídica de Chile, 2006, pág. 702 (“*El arbitraje sólo puede ponerse en marcha cuando es inequívoca la voluntad de las partes en someterse a este procedimiento de arreglo de controversias...*”).

⁵⁰ DERAINS, Yves. *Jurisprudencia arbitral de la Cámara de Comercio Internacional*. Madrid, 1985, pág. 127.

⁵¹ Ac. y Sent. No. 150, del 07 de abril de 2014, dictado por el Tribunal de Apelación Civil y Comercial, Tercera Sala (*EDUCPA c. Rosario del Pilar López s/ Indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual*).

⁵² Un ejemplo bien ilustrativo es el del A.I. No. 252, del 14 de noviembre de 2013, dictado por el Tribunal de Apelación Civil y Comercial, Sexta Sala (*Consorcio Bajo Chaco c. Estado Paraguayo s/ cumplimiento de contrato*). El contrato en cuestión contenía una cláusula de solución de controversias con dos opciones: “**Opción A.** *Todo litigio, controversia o reclamación que surja del presente Contrato o que tenga relación con el presente Contrato, será sometido a la jurisdicción de los Tribunales Capital de la*

C) Elementos altamente recomendables

Hemos visto en la sección anterior los elementos que necesariamente debe contener una cláusula arbitral a los efectos de su validez y eficacia. En esta sección, se desarrollarán tres elementos cuya inclusión es altamente recomendable: (a) el lugar o sede del arbitraje; (b) el número de árbitros y su designación; y (c) el idioma del arbitraje.

Si bien la falta de inclusión de estos elementos no causará la invalidez o ineficacia de la cláusula arbitral, su inclusión es recomendada puesto que no hacerlo podría implicar gastos y dilaciones indeseadas, puesto que las partes, los árbitros y, en algunas ocasiones, los propios jueces, se verán obligados a suplir los vacíos dejado por las partes.

1. El lugar o sede del arbitraje

El lugar o sede del arbitraje es una ficción legal. Se refiere al estado o país donde el arbitraje tiene su “domicilio legal”. La designación de la sede del arbitraje es de superlativa importancia en los arbitrajes internacionales, debido a que el mismo definirá la *lex arbitri* o ley de arbitraje que supervisará el procedimiento arbitral y la ley bajo la cual el laudo arbitral será emitido.⁵³ Es también la ley que regirá importantes cuestiones procesales⁵⁴, como la constitución del tribunal arbitral, reglas de producción y diligenciamiento de pruebas, medidas cautelares, el nivel de intervención que los jueces ordinarios tendrán en el procedimiento arbitral, derecho de los abogados a representar a

República del Paraguay. Opción B. Todo litigio, controversia o reclamación que surja del presente Contrato o que tenga relación con el presente contrato, será resuelto mediante arbitraje de conformidad con el Reglamento de la Cámara de Comercio y Servicios del Paraguay. a) La autoridad nominadora será: Dirección General de Contrataciones Públicas. b) Número de árbitros: (3) tres. c) Lugar de arbitraje: Asunción.” Si bien esta cláusula general es luego complementada por una cláusula especial, la misma tiene todos los ingredientes necesarios para crear confusión (y lo hizo).

⁵³ BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 2014, 2ª ed., pág. 205. Vale destacar la postura del Prof. Emmanuel Gaillard, quien postuló la teoría de que el arbitraje internacional no está anclado a ninguna ley estatal, sea la de la sede del arbitraje o de los lugares de reconocimiento y ejecución del laudo, sino que el arbitraje internacional es un ordenamiento legal autónomo, anclado en un ordenamiento legal transnacional (GAILLARD, Emmanuel. *Legal Theory of International Arbitration*. Martinus Nijhoff Publishers, 2010, pág. 35).

⁵⁴ Resulta importante aclarar que estas cuestiones procesales de la sede del arbitraje se rigen por la ley de arbitraje de dicha sede, y no por las normas de proceso civil de dicho país, cuestión que frecuentemente suele confundirse. Ver BORN, Gary. *International Arbitration: Law and Practice*. Kluwer Law International, 2016, pág. 117 (“Although the law of the arbitral seat generally applies to a number of issues in the arbitral proceedings, this does not mean that the domestic civil procedure rules of the seat apply to the arbitration. Instead, the law of the seat that applies to an international arbitration is the arbitration legislation of the seat...”).

las partes ante el tribunal arbitral, reglas de conducta tanto para los árbitros como para los abogados, reglas migratorias⁵⁵ y nulidad de laudos arbitrales, entre otras.⁵⁶

Igualmente, y ante el vacío de las partes, existe un relativo consenso en la práctica de que la ley arbitral de la sede del arbitraje determinará la ley aplicable a la cláusula arbitral,⁵⁷ lo que implica que la formación, validez, alcance e interpretación de la cláusula arbitral serían regidas por la ley arbitral de la sede del arbitraje. Así, dependiendo de la sede del arbitraje, una cuestión relativa a -por ejemplo- la vinculación de no-signatarios⁵⁸ a una cláusula arbitral en base a la doctrina del “grupo de compañías”⁵⁹ podrá tener una recepción positiva o negativa.⁶⁰

(a) Caso especial de la Ley 194/93

Con relación a la elección de la sede del arbitraje, cabe resaltar el caso particular de la Ley 194/93 “De Representación, Agencia y Distribución” (la “Ley 194/93”), que rige las relaciones comerciales de representación, agencia y distribución entre

⁵⁵ Por ejemplo, el artículo 13(a) de la Ley de Arbitraje establece la admisión de árbitros extranjeros como “extranjeros no residentes” por 6 meses.

⁵⁶ BORN, Gary. *International Arbitration: Law and Practice*. Kluwer Law International, 2016, págs. 37, 114. Ver también, PETROCHILOS, Georgios. *Procedural Law in International Arbitration*. 2004, pág. 65 (“the seat is the most convenient, and in that sense natural, forum in which to concentrate all the actions to supervise an international arbitration”).

⁵⁷ BORN, Gary. *International Arbitration: Law and Practice*. Kluwer Law International, 2016, pág. 60. Este criterio, adoptado por la mayoría, se fundamenta en una regla general contenida en el artículo V(1)(a) de la Convención de Nueva York, que establece la aplicación de la ley de la sede del arbitraje ante el silencio de las partes en la elección de la ley aplicable a la cláusula arbitral. En particular, el mencionado artículo dispone la posibilidad de negar el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral si el acuerdo arbitral “no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia...” Ver también, BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 2014, 2ª ed., pág. 498. De forma similar, el artículo 46(a)(1) de la Ley de Arbitraje paraguaya dispone una regla idéntica. Ver, LEW, Julian y otros. *Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 2003, págs. 117-118.

⁵⁸ LEE, E. Jin. *To Bind or Not to Bind? Challenging Assumptions about Non-Signatory Cases and Choice of Law in International Arbitration*, en *American Review of International Arbitration*, 2016 (num. 27), pág. 362.

⁵⁹ La doctrina del grupo de compañías establece la posibilidad de extender los efectos de una cláusula arbitral a otros miembros de un grupo de empresas que no firmaron la cláusula arbitral (i.e. “no signatarios”), atendiendo a la realidad económica que conforman, pero siempre y cuando pueda probarse que dichos no signatarios demostraron su consentimiento con la cláusula arbitral a través de su participación en la conclusión, ejecución y/o terminación del contrato que contiene la cláusula arbitral en cuestión. Sobre el punto ver, *Dow Chemical France c. ISOVER Saint Gobain*, Caso CCI No. 4131/1982 (Laudo Parcial, 1983); Bernard Hanotiau, *Consent to Arbitration: Do We Share a Common Vision?*, *Arbitration International*, Vol. 27, No. 4 (2011), pp. 544, 545; Nigel Blackaby, Constantine Partasides, et al., *Redfern and Hunter on International Arbitration* (6th edition, Oxford University Press, 2015), pp. 86, 87.

⁶⁰ Mientras que la doctrina del grupo de compañías tiene aceptación en jurisdicciones como Francia y Suiza, la misma no encuentra asidero jurídico en jurisdicciones como Estados Unidos e Inglaterra. Ver MEYNIEL, Alexandre. *That which must not be named: Rationalizing the denial of U.S. Courts with respect to the Group of Companies Doctrine*, en *The Arbitration Brief*, 2013 (num. 3), págs. 28, 29, 31, 32.

fabricantes o firmas extranjeras y personas físicas o jurídicas domiciliadas en el Paraguay.

Esta ley, considerada de orden público⁶¹ y de cierto modo criticada por su carácter proteccionista,⁶² contiene en su artículo 10 las reglas relativas a la resolución de conflictos derivados los contratos sometidos a su regulación. En particular, establece que:

Las partes se someterán a la competencia territorial de los Tribunales de la República. Podrán transigir toda cuestión de origen patrimonial o someterla al arbitraje antes o después de deducida la demanda en juicio ante la justicia ordinaria, cualquiera sea el estado de ésta, siempre que no hubiese recaído sentencia definitiva y ejecutoriada.

Esta disposición no tuvo mucha repercusión hasta el año 2006, cuando la Corte Suprema de Justicia (“CSJ”) emitió un fallo⁶³ que hasta hoy día influye en la interpretación de este artículo. En el caso en cuestión, la CSJ decidió una acción de inconstitucionalidad contra un A.I. de un tribunal de apelación que decidió confirmar la incompetencia de los tribunales ordinarios atendiendo a la cláusula arbitral incluida en el contrato de distribución subyacente al conflicto.

En su fallo, la CSJ concluyó que, si bien la Ley 194/93 reconoce la posibilidad de que las partes pacten arbitraje para la resolución de sus conflictos, “*ello no implica que el mismo sea realizado fuera de la jurisdicción territorial de la Republica*” y, en consecuencia, declaró inconstitucional la decisión del tribunal de apelación por arbitraria.

Este razonamiento tuvo como base, principalmente, la naturaleza de orden público de la Ley 194/93, y la primera parte del artículo 10 de dicha ley, que indica que las partes deben someterse a la competencia territorial de los tribunales del Paraguay. En efecto, para apoyar su conclusión, la CSJ citó un caso anterior donde se había decidido que:

No es verdad que exista una violación a la jurisdicción cuando el art. 10 de la ley 194/93 establece la obligatoriedad de la competencia de los Tribunales Ordinarios de la ciudad de Asunción. Esta norma constituye una garantía para

⁶¹ PIERA, Alejandro y FERNÁNDEZ, Wilfrido. *Aspectos resaltantes de la peculiar Ley 194, que regula las relaciones contractuales entre firmas del exterior y sus representantes, agentes y distribuidores en el Paraguay*, en *La Ley Paraguaya* (LLP 2004), PY/DOC/17/2004

⁶² SILVA, Federico. *Ley 194/93. No todo es perfecto en el Paraíso*, en *Abogados.com.ar*, publicado el 22 de mayo del 2019, disponible en <https://www.abogados.com.ar/ley-19493-no-todo-es-perfecto-en-el-paraiso/23485>.

⁶³ Ac. y Sent. No. 285, del 25 de mayo de 2006, dictado por la Corte Suprema de Justicia, PY/JUR/267/2006 (*Acción de inconstitucionalidad en: Gunder SCSA c. Kia Motores Corporation s/indemnización de daños y perjuicios*, Corte Suprema de Justicia).

las partes a fin de que la cuestión que se suscitare se pueda discutir en el lugar de la ejecución del contrato.⁶⁴

Sobre el punto, no estamos de acuerdo con esta conclusión. En primer lugar, debemos decir que, si bien es cierto que las disposiciones de la Ley 194 -incluyendo el artículo 10- son consideradas de orden público, la elección de una sede fuera del Paraguay no podría implicar una violación al orden público paraguayo o al artículo 10 de la Ley 194. Dicho artículo no contiene la limitación indicada por la CSJ y, por tanto, no puede simplemente leerse un texto que no se encuentra en la Ley 194/93.

En efecto, el caso citado por la CSJ en *Gunder c. Kia* en su fundamentación ni siquiera involucraba la validez de una cláusula arbitral contenida en un contrato bajo la Ley 194/93, por lo que mal podría servir para basar la conclusión a la que llegaron los magistrados.

En segundo lugar, al momento del fallo en *Gunder c. Kia*, el Paraguay ya había ratificado la Convención de Nueva York y promulgado su Ley de Arbitraje. Ambos instrumentos, que rigen con carácter especial al arbitraje en el Paraguay⁶⁵, reconocen la más extensa validez a la autonomía de las partes para elegir el arbitraje⁶⁶ como método de resolución de conflictos, incluso en la elección de la sede del arbitraje⁶⁷ en cualquier jurisdicción que consideren apropiada.

Por último, habiendo quedado claro que el artículo 10 de la Ley 194/93 no contiene una limitación expresa en cuanto a que la sede del arbitraje debe situarse en el Paraguay, y la plena vigencia de la Convención de Nueva York y la Ley de Arbitraje, cabe analizar si, por la naturaleza de la Ley 194/93, elegir una sede fuera del Paraguay podría implicar una *violación* del orden público paraguayo. La respuesta es que no.

Si bien es cierto que en la discusión del proyecto legislativo en el congreso se tuvo en cuenta la posición de negociación “débil” de las personas físicas o jurídicas paraguayas frente a los fabricantes extranjeros, en ningún momento se contempló la

⁶⁴ Ac. y Sent. No. 827 del 12 de noviembre de 2001, dictado por la Corte Suprema de Justicia, PY/JUR/308/2001 (*Electra Amambay SRL c. Compañía Antártica Paulista Ind. Brasileira de Bebidas*).

⁶⁵ Para una posición en contrario, ver STIMSON, Theodore. *Incompetencia de los tribunales arbitrales extranjeros en controversias sobre terminación de contratos de representación, agencia o distribución*, en *La Ley Paraguaya* (LLP 2005), PY/DOC/9/2005.

⁶⁶ Artículo II(1) de la Convención de Nueva York: “Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.”; Artículo 2 de la Ley de Arbitraje: “**Objeto de arbitraje.** Toda cuestión transigible y de contenido patrimonial podrá ser sometida a arbitraje siempre que sobre la cuestión no hubiese recaído sentencia definitiva firme y ejecutoriada. No podrán ser objeto de arbitraje aquellas en las cuales se requiera la intervención del Ministerio Público.”

⁶⁷ Artículo 23 de la Ley de Arbitraje: “Las partes podrán determinar libremente el lugar del arbitraje.”

limitación en cuanto a la sede del arbitraje.⁶⁸ La discusión se centró, más bien, en proteger al comerciante y empresario paraguayo frente a terminaciones o modificaciones abusivas de las condiciones contractuales, cuestión que resultó en las provisiones altamente proteccionistas de los artículos 4⁶⁹, 6⁷⁰ y 8⁷¹ de la Ley 194/93, respecto del mecanismo para terminar o modificar los contratos regidos por dicha ley y su correspondiente indemnización.

En efecto, la disposición más importante de la Ley 194/93 para proteger al contratante paraguayo y que no deja lugar a dudas es el artículo 9⁷² de la misma, que dispone la aplicación obligatoria de dicha ley y el código civil paraguayo. En este

⁶⁸ STIMSON, Theodore. *Incompetencia de los tribunales arbitrales extranjeros en controversias sobre terminación de contratos de representación, agencia o distribución*, en *La Ley Paraguaya* (LLP 2005), PY/DOC/9/2005.

⁶⁹ “*Todo fabricante o firma extranjera que fuese parte de alguna de las relaciones contractuales, indicadas en el Artículo 2° de esta Ley, podrá cancelar, revocar, modificar o negarse a prorrogar la Representación, Agencia o Distribución, sin expresión de causa, pero estará obligado, en este caso, a pagar una indemnización que se fijará de acuerdo con las siguientes pautas: a) Duración de la Representación, Agencia o Distribución de los productos correspondientes al fabricante o firma extranjera, en escala ascendente por períodos de dos a cinco años, de más de cinco a diez años, de más de diez a veinte años, de más de veinte años, de más de veinte a treinta años, de más de treinta a cincuenta años y más de cincuenta años; y, b) Promedio de las utilidades brutas anuales obtenidas por la Representación, Agencia o Distribución durante los tres últimos años de ejercicio de algunas de ellas. Estas pautas servirán para establecer el monto mínimo de la indemnización por la vía judicial o arbitral.*”

⁷⁰ “*Todo fabricante o firma extranjera que estuviere comprendido en alguna de las relaciones indicadas en el Artículo 2° de esta Ley, podrá cancelar, revocar, modificar o negarse a prorrogar la Representación, Agencia o Distribución con justa causa, sin estar obligado a pagar indemnización alguna invocando las causales que más abajo se indican: a) El incumplimiento de las cláusulas del contrato en cuya virtud se hubiere conferido la Representación, Agencia o Distribución; b) El fraude o abuso de confianza en las gestiones conferidas al Representante, Agente o Distribuidor; c) La ineptitud o negligencia del Representante, Agente o Distribuidor en la venta de productos o la prestación de servicios que correspondan; d) La disminución continuada de la venta o distribución de los artículos por motivos imputables al Representante, Agente o Distribuidor; sin embargo, los nombrados no serán responsables por la disminución de las ventas cuando se establezcan cuotas o restricciones a la importación y las ventas se vean inevitablemente afectadas por causas fortuitas o de fuerza mayor debidamente justificadas; e) Cualquier acto imputable al Representante, Agente o Distribuidor, que redunde en perjuicio de la buena marcha de la introducción, venta, distribución de productos o prestación de servicios objeto de la relación; y, f) Conflicto de intereses por la Representación, Agencia o Distribución de productos o la prestación de servicios que se encuentren en línea de competencia con los productos o servicios objeto de la relación. Antes de tomar cualquiera de las determinaciones previstas en este artículo, el fabricante o firma extranjera deberá requerir al Representante, Agente o Distribuidor que solucione la causal invocada dentro del plazo de ciento veinte días. Si la misma no fuese removida dentro del plazo señalado el afectado podrá ejercer su derecho inmediatamente, salvo el caso previsto en el inciso b) de este artículo.*”

⁷¹ “*En la eventualidad de la cancelación, revocación, modificación o negativa de prórroga de las relaciones contractuales entre las partes, el Representante, Agente o Distribuidor tendrá, independientemente de las indemnizaciones que correspondan a los casos previstos en esta Ley, la opción de vender a la otra parte contratante sin que ésta pueda negarse, las existencias de mercaderías más una utilidad normal de acuerdo con el precio de venta de productos en el mercado.*”

⁷² “*Las partes pueden reglar libremente sus derechos mediante contratos, sujetos a las disposiciones del Código Civil, pero sin que en forma alguna puedan renunciar a derechos reconocidos por la presente Ley.*”

contexto, sin importar la sede del tribunal arbitral -e incluso sin importar la nacionalidad de los árbitros- la Ley 194/93 siempre será la aplicable a los méritos del conflicto sometido a arbitraje.

Siendo así, para que una sede fuera del Paraguay vulnere su orden público, la elección de dicha sede debe constituir una verdadera violación de los principios que inspiran el mismísimo ordenamiento jurídico paraguayo, una transgresión a los valores esenciales de la sociedad paraguaya.⁷³ Sobre el punto, resulta oportuno mencionar una jurisprudencia reciente donde el tribunal de apelación (tercera sala), en su fallo sobre la nulidad de un laudo arbitral, ha adoptado como definición de orden público aquellos “*principios fundamentales de derecho natural, principios de justicia universal, el jus cogens en derecho internacional público y los principios de moral generalmente aceptados por las llamadas naciones civilizadas.*”⁷⁴

Por tanto, para constituir una verdadera violación al orden público paraguayo, la elección de una sede arbitral fuera del Paraguay debe constituir una transgresión a los principios mencionados en el párrafo precedente. Por este motivo, no existe justificación legal suficiente para concluir que la Ley 194/93 limita a las partes la elección de la sede del procedimiento arbitral, puesto que, en primer lugar, la ley no dispone esta limitación de forma expresa y, además, la elección de una sede arbitral fuera del Paraguay no constituiría una violación a su orden público.

2. Número de árbitros y designación

El segundo elemento recomendado incluir en las cláusulas arbitrales es el número de árbitros y la forma en que serán designados. La mayoría -si no todas- de las legislaciones arbitrales nacionales⁷⁵ reconocen la autonomía de la voluntad de las partes

⁷³ Ver, CARBONNIER, Jean. *Derecho Civil*. Tomo II, Vol. II. Editorial Bosch, Barcelona 1971, pág. 266; Moreno Rodríguez, José A. *Derecho aplicable, orden público y el nuevo régimen arbitral paraguayo*, en *Revista Jurídica La Ley*, 2004), pág. 431 (PY/DOC/18/2004).

⁷⁴ Ac. y Sent. No. 49, del 6 de junio de 2018, dictado por el Tribunal de Apelación Civil y Comercial de Asunción, Tercera Sala (*Recurso de Nulidad Interpuesto por el Abg. Hugo Enrique Cañiza en Representación de la Secretaría del Ambiente c/ Proceso Arbitral Caratulado: Taller RC de Crispín Ruffinelli c/ Secretaría Nacional del Ambiente (SEAM) s/ Cumplimiento de Contrato*), adoptando la definición de orden público internacional del Informe Provisional de la Comisión de Arbitraje Comercial Internacional del Orden Público como Obstáculo para la Ejecución de Laudos Arbitrales, Conferencia de Londres 2000.

⁷⁵ La Ley Modelo de la CNUDMI (adoptada por 82 países), establece en sus artículos 10 y 11 la facultad de las partes de elegir el número y método de selección de los árbitros, respectivamente. Países que no adoptaron la Ley Modelo de la CNUDMI también reconocen esta facultad a las partes, como Francia (artículo 1508 del Código Procesal Civil), Inglaterra (artículo 16 de la Ley de Arbitraje) y Suiza (179 de la Ley de Derecho Internacional Privado).

para tomar estas decisiones y no deberían desperdiciarla. También las cortes ordinarias respetan esta facultad como un principio básico y fundamental del arbitraje.⁷⁶

Con relación al número de árbitros, la recomendación es establecer uno o tres árbitros. Esto dependerá siempre de la complejidad del caso. Si las partes no establecen nada al respecto, la institución arbitral (si la hay), designará el número de árbitros,⁷⁷ de lo contrario, las cortes ordinarias tendrán la facultad de hacerlo.⁷⁸ La práctica demuestra una abrumadora preferencia por elegir tres árbitros, atendiendo a la posibilidad de cada parte de elegir un árbitro que consideren tenga la experiencia que el caso requiera, la ventaja de poder contar con un tribunal experto en más de una materia o especialidad que podrá analizar de forma más acabada cuestiones complejas que sean sometidas a su decisión, con culturas distintas que pueden ser relevantes para la resolución del conflicto, además de poder contar con una decisión colegiada.⁷⁹

Respecto del método de designación, el mismo resulta importante por una cuestión de costo y tiempo. Una característica particular del arbitraje es que no existe una “corte” permanente,⁸⁰ como los juzgados y tribunales ordinarios de un país o la propia Corte Internacional de Justicia, por tanto, el tribunal arbitral deberá ser formado de cero.

Si las partes han pactado un arbitraje institucional, el centro arbitral designado proveerá las reglas de selección, salvo que las partes hayan acordado un método distinto, el cual prevalecerá, quedando las reglas de la institución como la disposición alternativa caso las partes no seleccionen a los árbitros conforme a lo acordado. En el caso particular del arbitraje institucional, es importante, entonces, tener en cuenta cual es la regla general establecida por cada institución, atendiendo a que no todas son iguales.

⁷⁶ *Sentencia del 26 de noviembre del 2002*, Tribunal Federal Suizo, DFT 4P.129/2002; *Société Philipp Bros. c. Société Icco*, 6 de abril de 1990, Corte de Apelación de París; *Bulko c. Morgan Stanley DW Inc.*, 30 de mayo de 2006, Corte de Apelación de los EE.UU., 5º Circuito.

⁷⁷ Ver, artículo 12(2) del Reglamento de Arbitraje de la CCI; artículo 7(1) del Reglamento de Arbitraje del CAMP; artículo 7(1) del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

⁷⁸ Por ejemplo, nuestra Ley de Arbitraje establece un tribunal de tres árbitros en caso de silencio de las partes (artículo 12).

⁷⁹ BORN, Gary. *International Arbitration: Law and Practice*. Kluwer Law International, 2016, pág. 133. FRIEDLAND, Paul D. *Arbitration Clauses for International Contracts*. JurisNet, 2007, pág. 69.

⁸⁰ No debe confundirse a la Corte Permanente de Arbitraje en La Haya, Holanda, como un tribunal permanente de tres o más árbitros. La misma es una institución arbitral más, como la CCI, LCIA, CAMP, etc., reconocida por administrar arbitrajes donde una de las partes es un estado, una entidad estatal o un organismo internacional.

Por ejemplo, la CCI establece que cada parte elegirá un árbitro⁸¹ y la Corte de Arbitraje de la CCI nombre al presidente del tribunal.⁸² Por su parte, la LCIA establece como regla general que la propia institución nombrará a los árbitros, consultando previamente a las partes.⁸³ El Reglamento de Arbitraje del CAMP establece la facultad de cada parte de nombrar a un árbitro y luego ambos árbitros nombrarán al presidente del tribunal.⁸⁴

Por último, resulta interesante la opción dada por el *International Institute for Conflict Resolution & Prevention* (“CPR”). Esta institución ofrece la posibilidad de constituir al tribunal arbitral sin que los co-árbitros sepan cual parte las designó, evitando así cualquier potencial parcialidad por parte de estos árbitros. Esta metodología, denominada *Screened Selection Process*,⁸⁵ surgió como una alternativa a un debate sobre la práctica de la selección de árbitros por las partes, que enfrentó a renombrados profesionales del arbitraje internacional, como Jan Paulsson,⁸⁶ Albert Jan van den Berg⁸⁷ y Charles Brower.⁸⁸

3. Idioma

Por último, para contratos internacionales donde las partes no hablan el mismo idioma, definir el que será aplicable para la conducción del procedimiento arbitral resultará esencial, de lo contrario, esto quedará librado al tribunal arbitral decidir y, lo más probable, es que decidan que el idioma del arbitraje será el mismo del contrato. La mayoría de los reglamentos de arbitraje prevén que, ante la ausencia de las partes en la

⁸¹ Reglamento de Arbitraje de la CCI, artículo 12(4).

⁸² *Id.*, artículo 12(5).

⁸³ Reglamento de Arbitraje LCIA, artículo 5(7); SCHERER, Maxi y otros. *Arbitrating under the 2014 LCIA Rules: A User's Guide*. Kluwer Law International, 2015, págs. 106, 107.

⁸⁴ Reglamento de Arbitraje del CAMP, artículo 9(1).

⁸⁵ Ver ANDRÉ, Olivier y ROSENBERG, Charles B. *Selecting Party-Appointed Arbitrators Through a Screened Selection Process: The Best of Both Worlds*, en *Law360*, julio de 2015, disponible en https://www.cpradr.org/news-publications/articles/2015-07-30-law360-publishes-selecting-party-appointed-arbitrators-through-a-screened-selection-process-the-best-of-both-worlds-by-cpr-s-olivier-andr-and-white-case-s-charles-brosenberg/_res/id=Attachments/index=0/Law360OAndre.pdf.

⁸⁶ PAULSSON, Jan. *Moral Hazard in International Dispute Resolution*, en *ICSID Review*, 2010 (num. 25), pág. 339.

⁸⁷ VAN DEN BERG, Albert Jan. *Dissenting Opinions by Party-Appointed Arbitrators in Investment Arbitration*, en ARSANJANI, Mahnoush y otros (directores). *Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*. Martinus Nijhoff, 2011, pág. 821; VAN DEN BERG, Albert Jan *Charles Brower's problem with 100 per cent—dissenting opinions by party-appointed arbitrators in investment arbitration*, en *Arbitration International*, 2015 (num. 31), págs. 381-391

⁸⁸ BROWER, Charles N. y ROSENBERG, Charles B. *The Death of the Two-Headed Nightingale: Why the Paulsson—Van den Berg Presumption that Party-Appointed Arbitrators are Untrustworthy is Wrongheaded*, en *World Arbitration & Mediation Review*, 2012 (num. 6).

elección de un idioma, se deberán tener en cuenta “*cualesquiera circunstancias pertinentes, incluido el idioma del contrato*”.⁸⁹

Igualmente, es importante considerar un solo idioma para el arbitraje, y así evitar complicar la conducción del mismo en términos de costo y tiempo, puesto que un arbitraje bilingüe implicaría la duplicación de presentaciones. Lo ideal es elegir un idioma neutro -normalmente el inglés- que pueda ser razonable aplicar al eventual conflicto, incluso cuando el contrato es celebrado en dos idiomas.

D) Elementos opcionales

Habiendo repasado los elementos esenciales y los altamente recomendados, resulta importante analizar elementos adicionales que, dependiendo del caso particular, pueden resultar atractivos incluir en una cláusula arbitral.

1. Arbitraje Institucional o ad hoc

Como primer elemento opcional se encuentra la posibilidad de establecer un arbitraje institucional o *ad hoc*. El arbitraje institucional es el conducido bajo la administración de un centro o instituto arbitral, bajo las reglas previstas por dicha institución, como lo son el CAMP, la CCI, LCIA, ICDR, SIAC, entre otros, en el que las partes pagan a estos centros por asistirlos en el manejo del procedimiento arbitral, incluyendo constitución del tribunal arbitral, notificaciones a las partes, pago de honorarios de los árbitros, realización de audiencias, entre otros.

Por el contrario, el arbitraje *ad hoc* es aquel en el cual la conducción del arbitraje es realizada exclusivamente por las partes y el tribunal arbitral (una vez constituido). En el arbitraje *ad hoc* “puro”, las partes acuerdan todos y cada uno de los aspectos del procedimiento arbitral, desde la forma de selección de árbitros hasta los plazos de presentación de memoriales, producción de pruebas, emisión del laudo, etc. Por otro lado, las partes pueden prever un arbitraje *ad hoc* “híbrido”, mediante la incorporación de un reglamento de arbitraje específico, pero sin la intervención de una institución. El reglamento normalmente utilizado es el de la CNUDMI.⁹⁰

En la práctica, la intervención de un centro arbitral como administrador del arbitraje es recomendable, atendiendo al soporte que estas instituciones son capaces de

⁸⁹ Reglamento de Arbitraje de la CCI, artículo 20; Reglamento de Arbitraje LCIA, artículo 17(1); Reglamento de Arbitraje del Centro Internacional de Resolución de Disputas (“ICDR” por sus siglas en inglés), artículo 14, Reglamento de Arbitraje de la OMPI, artículo 40.

⁹⁰ FRIEDLAND, Paul D. *Arbitration Clauses for International Contracts*. JurisNet, 2007, pág. 37.

brindar, algo que se encuentra ausente en un arbitraje *ad hoc*. Las tasas administrativas no son exorbitantes y, mientras estas tasas no existen en el arbitraje *ad hoc*, existe un riesgo alto de tener un procedimiento arbitral más extenso y costoso de lo normal por cuestiones que podrían ser evitados gracias a la gestión de una institución, como la constitución del tribunal o posibles tácticas dilatorias por una de las partes. Igualmente, es importante tener en cuenta que los honorarios de los árbitros normalmente están fijados en el reglamento de la institución, mientras que en un arbitraje *ad hoc* el tribunal arbitral podría fijar sus honorarios en base a la tasa horaria o diaria que normalmente cobran.

Finalmente, para el caso de optar por un arbitraje institucional, resulta oportuno citar los siguientes criterios a tener en cuenta⁹¹: (a) las características particulares del reglamento de la institución;⁹² (b) la práctica de cada institución en la selección del tribunal;⁹³ (c) la experiencia de los administradores y secretarías de la institución;⁹⁴ (d) la reputación de la institución;⁹⁵ (e) los costos (administrativos y honorarios de árbitros); y (f) la conveniencia de una institución dependiendo de la sede del arbitraje elegida por las partes.

2. Confidencialidad

A diferencia de lo que se cree popularmente, el arbitraje no tiene como regla general la confidencialidad del procedimiento. En efecto, la privacidad del arbitraje se refiere a que es un método de resolución de conflictos llevado a cabo en el ámbito privado, por fuera del sistema público judicial.

⁹¹ *Id.*, págs. 43-48.

⁹² Por ejemplo, la CCI tiene un servicio particular de escrutinio de laudos arbitrales antes que los mismos sean emitidos, para asegurar que el laudo cumpla con las formalidades mínimas para que sea ejecutable, siempre respetando la decisión de fondo de los árbitros (artículo 34). Por su parte, el reglamento de la LCIA prevé la confidencialidad del procedimiento arbitral como regla general (artículo 30).

⁹³ Normalmente, los reglamentos de arbitraje de las instituciones prevén -siempre como regla general ante la ausencia de un acuerdo de partes distinto- la constitución del tribunal o al menos del presidente del tribunal, cuando las partes no se han puesto de acuerdo en la forma de selección o simplemente no cumplen con su obligación de nombrar un árbitro. En este sentido, es muy importante tener en cuenta la práctica de cada institución. Centros como la CCI, LCIA y la Corte Permanente de Arbitraje cuentan con vasta experiencia en la selección de árbitros, con sistemas sofisticados y una amplia red de árbitros altamente calificados.

⁹⁴ Las habilidades de los miembros de las secretarías de las instituciones juegan un papel muy importante en el desarrollo eficiente del procedimiento. Estas habilidades no incluyen solo la de poder administrar eficientemente un arbitraje, sino también habilidades lingüísticas y culturales.

⁹⁵ Cuanto mayor sea el prestigio de la institución, mayor es la probabilidad de que un laudo emitido bajo su auspicio y supervisión, comparado con laudos emitidos bajo instituciones desconocidas.

Así, la mayoría de las jurisdicciones no prevén que el arbitraje deba ser confidencial. Igualmente, la mayoría de los reglamentos de arbitraje no establecen la confidencialidad del procedimiento arbitral, siendo una de las excepciones más importantes el reglamento de la LCIA.⁹⁶

Igualmente, no debe confundirse la confidencialidad en la ejecución del contrato con la confidencialidad del procedimiento arbitral. La inclusión de una cláusula de confidencialidad en un contrato normalmente cubre la transmisión de documentos e información entre las partes durante la ejecución del contrato, no obstante, no incluye la obligación de mantener la confidencialidad de un eventual arbitraje.

Por tanto, si las partes desean mantener la confidencialidad del objeto del contrato o si consideran que puede ser perjudicial que sus clientes, competidores o el público en general se enteren del arbitraje, la cláusula arbitral debe siempre incluir una disposición estableciendo que todas las actuaciones del procedimiento arbitral, incluyendo cualquier laudo (parcial o final), deberá ser confidencial.

3. Cláusulas escalonadas

Este tipo de cláusulas prevén que la solución de disputas se de a través de un proceso de agotamiento de instancias. Así, las partes pueden prever que la resolución de eventuales conflicto deba cumplir con ciertas etapas, que las partes deban recorrer ciertos “escalones” antes de llegar al arbitraje.⁹⁷ Estos “escalones” previos son, normalmente, la negociación y la mediación.

Por tanto, una cláusula arbitral escalonada normalmente preverá que las partes deban primero agotar una instancia de negociación o de mediación (o ambos), antes de recurrir al arbitraje. En efecto, la encuesta mencionada al inicio de este artículo, conducida por Queen Mary y White & Case LLP, reveló que, del 97% de los entrevistados que manifestaron su preferencia por el arbitraje, el 49% indicó la preferencia del arbitraje en conjunto con algún tipo de método alternativo de resolución de disputas, como la mediación o la negociación directa.⁹⁸

Tanto la mediación como la negociación son métodos no litigiosos, es decir, la resolución del conflicto depende exclusivamente de la voluntad de las partes. La

⁹⁶ Artículo 30, Reglamento de Arbitraje LCIA 2014.

⁹⁷ PRYLES, Michael. *Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses*, en *Journal of International Arbitration*, 2001 (num. 18), pág. 159.

⁹⁸ Queen Mary University of London y White & Case LLP, *2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration*, p. 5.

diferencia está en que, en la mediación, las partes son asistidas por un tercero: el/la mediador/a, quien dirige las audiencias de mediación, pero no toma una decisión por las partes. En la negociación las partes intentan resolver sus diferencias de forma directa, sin un tercero que se involucre. Con respecto a esta última es importante establecer un plazo dentro del cual las partes intentarán resolver el conflicto -e.g. 30 días- así como el momento en el cual dicho plazo comenzará, sin lugar a dudas,⁹⁹ a regir -e.g. a partir del primer intento de negociación constatado por escrito-.

IV. Cláusulas asimétricas o de única opción

Normalmente encontradas en los contratos de préstamo, las cláusulas asimétricas o de única opción otorgan a la parte con más poder de negociación (normalmente los prestamistas) la facultad de imponer el arbitraje (o juzgados) a la otra parte, mientras que ellas se reservan la opción de elegir entre el arbitraje o los juzgados ordinarios.¹⁰⁰ Esto da a la parte que tiene la opción, la ventaja de poder evaluar qué le conviene más considerando la disputa específica.

Este tipo de cláusulas son válidas en ciertas jurisdicciones, normalmente las que adoptan el sistema *common law*. En EE.UU., las cortes han concluido que la asimetría de una cláusula arbitral es irrelevante para el análisis de su validez,¹⁰¹ y que “*el simple hecho de que una de las partes retenga la opción de litigar algunas cuestiones ante las cortes, mientras que la otra debe someter a arbitraje todos sus reclamos no invalida la cláusula arbitral.*”¹⁰² Por su parte, en Inglaterra se ha establecido que una cláusula asimétrica no puede ser considerada injusta. La misma simplemente otorga una ventaja a una de las partes, tal como sucede con otras cláusulas contractuales.¹⁰³ Otras

⁹⁹ Resulta muy importante establecer el momento a partir del cual las partes quedan “habilitadas” a recurrir al arbitraje, motivo por el cual la redacción debe ser muy precisa. En un caso particular, la cláusula arbitral en cuestión establecía que las partes debían someter sus diferencias a arbitraje “*dentro de los 30 días después de que haya sido acordado que la diferencia o disputa no puede ser resuelta por negociación*”. Como las partes no se pusieron de acuerdo en cuanto a la fecha en que sus negociaciones fallaron, la corte suprema de Suiza decidió anular el laudo arbitral derivado de dicha disputa. Paul Friedland, *The Swiss Supreme Court Sets Aside an ICC Award*, *Journal of International Arbitration*, Vol 13, p. 111 (1996).

¹⁰⁰ BLACKABY, Nigel y otros. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. Oxford University Press, 2015, 6ª ed., pág. 102.

¹⁰¹ *Obliv. Inc. c. Winiecki*, 30 de junio de 2004, Corte de Apelación de los EE.UU., 7º Circuito.

¹⁰² *Harris c. Green Tea Fin. Corp.*, 1 de julio de 1999, Corte de Apelación de los EE.UU., 3er Circuito.

¹⁰³ *Law Debenture Trust Corporation plc c. Elektrim Finance BV*, 1 de julio de 2005, Tribunal Superior de Inglaterra y Gales (EWHC). Ver también, *NB Three Shipping Ltd c. Harebell Shipping Ltd*, 13 de octubre de 2004, Tribunal Superior de Inglaterra y Gales (EWHC).

jurisdicciones que reconocen la validez de las cláusulas asimétricas incluyen a Australia,¹⁰⁴ Singapur y España.¹⁰⁵

Por el contrario, ciertas jurisdicciones consideran que cuestiones de moralidad, buena fe y equidad devienen en la invalidez de las cláusulas arbitrales asimétricas.¹⁰⁶ En Francia, la Corte de Casación tomó la postura de que las cláusulas asimétricas son contrarias a los principios de previsibilidad y certeza legal contenidos en la Convención de Lugano.¹⁰⁷ En Rusia, la Corte Suprema publicó recientemente un Digesto de Práctica Judicial Relacionada a la Asistencia Judicial y Control sobre Arbitraje Doméstico e Internacional donde estableció, entre otras, que las cláusulas de opción única violan los principios de competitividad e igualdad de las partes.¹⁰⁸

En la actualidad no contamos con jurisprudencia al respecto en el Paraguay, no obstante, una cláusula arbitral asimétrica o de única opción podría ser considerada como abusiva o leonina, a tenor de lo dispuesto en el artículo 691 del Código Civil, que considera como leonina la cláusula en un contrato de adhesión que permita “*la elección unilateral de juez competente para resolver una controversia entre las partes.*” Por tanto, un laudo arbitral derivado de una cláusula arbitral asimétrica podría ser considerado nulo o incapaz de ser ejecutado por un juez paraguayo, atendiendo a que el mismo viola una norma de orden público paraguayo.¹⁰⁹

Es importante resaltar que la conclusión arribada en el párrafo anterior deriva del hecho de que una cláusula asimétrica es normalmente encontrada en un contrato de adhesión, como lo son los contratos de préstamo. La situación podría ser diferente si está cláusula es insertada en un contrato negociado libremente por parte con igual poder de negociación.

V. *Contratos con un estado o entidades estatales*

¹⁰⁴ BLACKABY, Nigel y otros. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. Oxford University Press, 2015, 6ª ed., pág. 103.

¹⁰⁵ BERARD, Marie y otros. *Clifford Chance Unilateral Option Clauses – 2017 Survey*, págs. 3, 4, disponible en <https://www.cliffordchance.com/content/dam/cliffordchance/briefings/2017/01/unilateral-option-clauses-2017-survey.pdf>.

¹⁰⁶ VASANTH, Nishanth y RAHEJA, Rishabh. *Examining the Validity of Unilateral Option Clauses in India: A Brief Overview*, en *Kluwer Arbitration Blog*, 20 de octubre de 2017.

¹⁰⁷ *Société Générale SA c. M. Nicolas Y., Société Civile ICH, Société NJRH Management Ltd, SELARL AJ Partenaires*, Corte de Casación, Sala Civil 1, 25 de marzo de 2015, No. 13-27.264. Ver también, French Supreme Court refuses to apply a unilateral jurisdiction clause, en *Herbert Smith Freehills Arbitration Notes*, 27 de mayo de 2015.

¹⁰⁸ GRIDASOV, Alexander y DOLOTOVA, Maria. *Unilateral Option Clauses: Russian Supreme Court Puts an End to the Long-Lasting Discussion*. *Kluwer Arbitration Blog*, 7 de mayo de 2019.

¹⁰⁹ Ley de Arbitraje, artículo 40(b).

Como sujetos de derecho internacional, los estados generalmente gozan de soberanía, lo que implica una protección contra influencias externas en materias que son, al menos teóricamente, dejadas para el dominio exclusivo de dicho estado. El respeto por esta soberanía implica, entre otras cosas, *inmunidad* ante cualquier tipo de intromisión sin su consentimiento expreso. Entre estas inmunidades se encuentra la llamada *inmunidad de jurisdicción*, conforme a la cual un estado no puede someterse a la jurisdicción de otro estado, atendiendo a su estatus de igualdad – *par in parem non habet jurisdictionem*.¹¹⁰

Con relación al arbitraje, existe un consenso en cuanto a que los estados y entidades estatales no gozan, en principio, de dicha inmunidad de jurisdicción frente a tribunales arbitrales, atendiendo a que dichos tribunales no forman parte del poder judicial de otro estado.¹¹¹ Así, la mayoría de las legislaciones arbitrales nacionales admiten expresamente la facultad del propio estado o de otras entidades estatales de someter sus controversias a arbitraje. Por ejemplo, en virtud del artículo 2 de la Ley de Arbitraje, el Estado paraguayo, las entidades descentralizadas, las autárquicas y las empresas públicas, así como las municipalidades, podrán someter sus controversias derivadas de actos jurídicos o contratos a arbitraje.

No obstante, la inclusión de una cláusula arbitral en un contrato con el estado o entidad estatal no es tan sencillo como parece. Mientras que entre partes privadas la inclusión de dicha cláusula dependerá exclusivamente de la negociación entre las partes, cuando está involucrando el estado entran a jugar otras cuestiones, como leyes especiales de contratación pública, la que, en la mayoría de los casos, prevén una aprobación legislativa. Por tanto, especial atención debe darse a la legislación nacional de cada estado si la intención es colocar una cláusula arbitral en un contrato.

Por ejemplo, la contratación con el Estado paraguayo está regulada en diferentes legislaciones, como la Ley de Contrataciones Públicas,¹¹² la Ley de Asociación Público-Privada¹¹³ y la Ley de Obras Llave en Mano,¹¹⁴ por lo que resultará importante conocer las condiciones específicas de estas leyes relativas a la solución de controversias. En particular, todas estas leyes reconocen la facultad de pactar arbitraje, no sin algunas

¹¹⁰ BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. Oxford, 1990, pág. 324.

¹¹¹ FOX, H. *Sovereign Immunity and Arbitration*, en LEW, Julian D.M. (director). *Contemporary problems in International Arbitration*. 1986, pág. 323.

¹¹² Ley No. 2.051/2003.

¹¹³ Ley No. 5.102/2013.

¹¹⁴ Ley No. 5.074/2013.

limitaciones. Por ejemplo, el decreto reglamentario de la Ley de Contrataciones Públicas establece que el arbitraje debe llevarse a cabo conforme al reglamento de arbitraje del Centro de Arbitraje y Mediación del Paraguay.¹¹⁵

Bajo la Ley de Asociación Público-Privada, sin embargo, el arbitraje puede ser *ad-hoc* o institucional, sin establecer un reglamento específico, no obstante, la sede del arbitraje debe ser Asunción, Paraguay.¹¹⁶ Ya la Ley de Obras Llave en Mano no establece un mecanismo de resolución de disputas específico aplicable a todos los proyectos. Por lo tanto, tanto el arbitraje *ad-hoc* como el institucional estarían permitidos bajo esta ley específica. En pliegos de bases y condiciones de licitaciones previas bajo esta ley se ha contemplado arbitraje bajo el reglamento de la CCI.

De forma similar, algunos estados brasileros contienen ciertas limitaciones a la autonomía de la voluntad cuando se trata de contratar con el gobierno. Por ejemplo, mediante el Decreto 46.245/2018, el estado de Río de Janeiro reglamentó la utilización del arbitraje para dirimir conflictos donde dicho estado o sus entidades sean parte, disponiendo que (i) la ciudad de Río de Janeiro debe ser la sede del arbitraje; (ii) la ley aplicable debe ser la brasilera; (iii) el idioma del procedimiento debe ser el portugués; y (iv) los juzgados de Río de Janeiro deben ser los competentes para acción judicial preparatoria o derivada del arbitraje.¹¹⁷

Por tanto, al contratar con un estado o entidad estatal, es muy importante tener en cuenta la legislación aplicable a dicho contrato. Sin embargo, independiente de si la parte privada puede o no negociar la cláusula arbitral, los requisitos en cuanto a elementos esenciales y altamente recomendados indicados arriba, siguen siendo aplicables.

VI. Contratos con más de dos partes

Muchas de las transacciones complejas de la actualidad involucran más de una parte. Por ejemplo, un contrato de obra puede involucrar al diseñador del proyecto, la constructora y uno o varios proveedores de materiales. Un contrato de préstamo sindicado involucra a más de un prestamista, además de otras partes.

¹¹⁵ Decreto No. 2.992/2019, artículo 157.

¹¹⁶ Decreto No. 1.350/2014, artículo 110.

¹¹⁷ FURTADO, Luis y PAULINO, Luiza, *Um longo caminho desde o “The king can do no wrong” à arbitragem na administração pública. Comentários sobre o Decreto nº 46.245/2018 do estado do Rio de Janeiro, em Migalhas, 6 de marzo de 2020, disponible en <https://www.migalhas.com.br/depeso/321269/um-longo-caminho-desde-o--the-king-can-do-no-wrong--a-arbitragem-na-administracao-publica>.*

Esta situación presenta dificultades al momento de negociar y establecer una cláusula arbitral que sea adecuada. En primer lugar, la mayoría de las cláusulas arbitrales son redactadas para dos partes. Incluso los reglamentos de la mayoría de las instituciones y centros arbitrales prevén un demandante y un demandado. Por tanto, en un contrato con más de dos partes no se podría establecer que cada parte nominará un árbitro.

Tampoco puede preverse con certeza cuantas, y cuales partes de un contrato entrarán en un conflicto, así como tampoco podría pronosticarse si una o más partes que no forman parte del arbitraje, luego querrán ser incluidas en dicho procedimiento.

Por tanto, deberán preverse ciertos mecanismos para asegurar que la cláusula arbitral sea efectiva y no pueda ser cuestionada en el futuro por alguna de las partes.

En primer lugar, como fuera indicado, con más de dos partes contractuales, no podrá darse a cada una la potestad de nominar un árbitro, salvo que dos o más partes dispongan de antemano que serán tratadas como una sola -circunstancia altamente improbable-. En este sentido, algunos reglamentos prevén que, en estos casos, sea la propia institución/autoridad nominadora quien designará a los tres árbitros.¹¹⁸ Una solución salomónica, donde el derecho de todas las partes queda resguardado, y que puede ser adoptada por las partes incluso en arbitrajes *ad hoc* o donde la institución arbitral no contiene reglas en dicho sentido.

Igualmente, es importante tener presente que, en muchas situaciones, no siempre todas las partes de un contrato con más de dos partes entrarán todas en conflicto. Sobre este punto, deben preverse dos mecanismos. Primero, establecer que caso una parte desee iniciar un arbitraje contra otra, esto debe ser notificado a todas las partes del contrato, incluso a aquella que no fue nombrada como demandada. Lo segundo que debe preverse son las condiciones bajo las cuales la parte o partes contra quienes no se inició el arbitraje, pueden solicitar su intervención o ingreso al arbitraje.

¹¹⁸ Reglamento de Arbitraje de la CCI (2021), artículo 12(8): “A falta de designación conjunta según lo previsto en los Artículos 12(6) o 12(7) y si las partes no hubieren podido ponerse de acuerdo sobre el método para constituir el tribunal arbitral, la Corte podrá nombrar cada uno de los miembros de éste y designar a uno de ellos para que actúe como presidente. En estos casos, la Corte quedará en libertad de escoger cualquier persona que estime apropiada para actuar como árbitro haciendo aplicación, si lo estima adecuado, de las disposiciones del Artículo 13.”; Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (2013), artículo 10(3): “En caso de que no se consiga constituir el tribunal arbitral con arreglo al presente Reglamento, la autoridad nominadora, a instancia de cualquiera de las partes, constituirá el tribunal arbitral y, al hacerlo, podrá revocar todo nombramiento ya realizado y nombrar o volver a nombrar a cada uno de los árbitros y designar al que haya de ejercer las funciones de presidente.”

VII. Conclusiones y recomendaciones finales

Como vimos, no existe fórmula secreta para la redacción de una cláusula arbitral eficaz. Tanto así, que las diversas instituciones arbitrales ofrecen sus propias cláusulas modelo, de modo que las partes de un contrato no necesitan incorporar una cláusula arbitral extremadamente sofisticada que, al final, puede resultar patológica.¹¹⁹

Sin embargo, tampoco puede pasarse por alto el hecho de que la universalidad de relaciones comerciales internacionales hace que muchas veces no sea suficiente utilizar la cláusula arbitral estándar de una institución. Como vimos, diferentes situaciones pueden influenciar la inclusión de ciertas condiciones a una cláusula arbitral para satisfacer los objetivos de ambas partes. Por tanto, ante una situación como la descrita en este párrafo, es recomendable utilizar como punto de partida la cláusula modelo de la institución arbitral que será elegida por las partes, y adaptarla a las necesidades específicas del contrato en particular. Nunca copiar y pegar de otro contrato.

Por último, contar siempre con la opinión de un especialista en arbitraje, para eliminar cualquier elemento que pueda llevar a la nulidad o ineficacia de la cláusula arbitral.

Obviamente, seguir estas sugerencias no implican un 100% de efectividad ya que, ante todo, errar es humano, pero sí disminuirá exponencialmente el riesgo de incluir una cláusula patológica que el día de mañana podría inutilizar la intención inicial de las partes de recurrir al arbitraje.

¹¹⁹ No fue el tema del presente artículo, sin embargo, las *cláusulas arbitrales patológicas* son aquellas que contienen defectos de redacción que dificultan -y muchas veces imposibilitan- su ejecución. Sobre el punto, ver EISEMANN, Frédéric. *La Clause d'arbitrage pathologique*, en *Commercial Arbitration: Essays in Memoriam Eugenio Minoli*. 1974, pág. 129, 130; BORN, Gary y otros. *Rethinking "Pathological" Arbitration Clauses: Validating Imperfect Arbitration Agreements*, en TUNG, Sherlin y otros (directores), *Finances in International Arbitration: Liber Amicorum Patricia Shaughnessy*. Kluwer Law International, 2019, págs. 35, 36.

CONTACTO:



Raúl Pereira

rapereira@ferrere.com

Esta publicación contiene información de interés general y no constituye ni debe ser tomada como una opinión legal o asesoramiento sobre asuntos específicos. En caso de ser necesario, deberá procurarse asesoramiento legal sobre el tema de su interés.