



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Internacional

Las vulneraciones corporativas a los Derechos Humanos como detonante de la expansión de la arbitrabilidad objetiva: un análisis de “Las Reglas de La Haya sobre arbitraje empresarial y Derechos Humanos”.

JAVIERA MIERES SILVA
JAVIERA MIRANDA MASLOV

PROFESORA GUÍA: CAROLA CANELO FIGUEROA

Santiago de Chile

2022

TABLA DE CONTENIDOS

| | |
|---|-----------|
| INTRODUCCIÓN. | 4 |
| I. CAPÍTULO I EL ARBITRAJE COMO MEDIO ALTERNATIVO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS: PROPÓSITO Y PRINCIPIOS RECTORES. | 7 |
| 1. Concepto y naturaleza jurídica. | 7 |
| 1.1 Doctrina Contractualista o Privatista. | 8 |
| 1.2 Doctrina Jurisdiccional o Publicista. | 9 |
| 1.3 Teoría o Doctrina Mixta. | 10 |
| 2. Evolución histórica. | 10 |
| 2.1 El nacimiento del Arbitraje en Roma. | 11 |
| 2.2 El Arbitraje en la Edad Media. | 12 |
| 2.3 El arbitraje en la Edad Moderna. | 13 |
| 2.4 Revolución Francesa. | 14 |
| 2.5 El Arbitraje en la época actual y su desarrollo normativo. | 15 |
| 3. Clasificación del Arbitraje. | 17 |
| 3.1 Arbitraje Nacional y Arbitraje Internacional. | 17 |
| 3.2 Arbitraje Voluntario, Arbitraje Forzoso y Arbitraje Prohibido. | 18 |
| 3.3 Arbitraje Ad-hoc y Arbitraje Institucional. | 18 |
| 3.4 Arbitraje de Derecho, Arbitraje de Equidad y Arbitraje Mixto. | 19 |
| 4. Regulación Internacional. | 20 |
| 4.1 Arbitraje Comercial Internacional. | 20 |
| 4.2 Requisitos del Arbitraje Comercial Internacional. | 21 |
| 4.3 Características del Arbitraje Comercial Internacional. | 23 |
| 4.4 Kompetenz-Kompetenz y Autonomía de la cláusula arbitral. | 25 |

| | |
|---|-----------|
| 4.5 Ley Modelo CNUDMI / UNCITRAL. | 27 |
| 5. Regulación nacional. | 35 |
| 5.1 Regulación Binaria o Dualista. | 36 |
| 5.2 LACI o Ley 19.971. | 36 |
| II. CAPÍTULO II ARBITRABILIDAD. | 38 |
| 1. Arbitrabilidad como criterio internacional de sometimiento. | 38 |
| 2. Arbitrabilidad objetiva: Qué materias pueden someterse a arbitraje. | 42 |
| 2.1 Aspectos históricos: La arbitrabilidad a través del tiempo. | 43 |
| 2.2 Tendencia de arbitrabilidad en el derecho comparado. | 46 |
| 3. Arbitrabilidad subjetiva: la capacidad de las partes de someter por mutuo acuerdo los posibles conflictos que pudieran surgir entre ellas a la justicia arbitral. | 48 |
| III. CAPÍTULO III ANTECEDENTES DE LA RELACIÓN ENTRE ARBITRAJE Y LAS VULNERACIONES CORPORATIVAS A LOS DERECHOS HUMANOS. | 50 |
| 1. Historia jurisprudencial. | 50 |
| 1.1 Urbaser v. Argentina. | 51 |
| 1.2 David Aven v. Costa Rica. | 53 |
| 1.3 Glamis Gold Ltd. v. United States of America. | 54 |
| 2. Soft law o Derecho Indicativo. | 56 |
| 2.1 Principios de Ecuador. | 61 |
| 2.2 Acuerdo Holandés sobre prendas de vestir y textiles sostenibles. | 63 |
| 2.3 Caso del desastre de Rana Plaza y el acuerdo de Bangladesh. | 64 |
| IV. CAPÍTULO IV “LAS REGLAS DE LA HAYA SOBRE ARBITRAJE EMPRESARIAL Y DERECHOS HUMANOS” COMO PRIMER CUERPO NORMATIVO REGULADOR DEL ARBITRAJE EN CONFLICTOS SURGIDOS DE LAS VULNERACIONES | |

| | |
|---|-----------|
| CORPORATIVAS A LOS DERECHOS HUMANOS DE TRABAJADORES. | 71 |
| 1. Origen y elaboración de Las Reglas de La Haya sobre Arbitraje Empresarial y Derechos Humanos. | 71 |
| 2. Ámbito de aplicación. | 73 |
| 3. Características relevantes. | 74 |
| 3.1 Interés Público. | 74 |
| 3.2 Asimetría entre las partes. | 76 |
| 3.3 Árbitros expertos. | 78 |
| 3.4 Medidas especiales incluida la protección de testigos. | 79 |
| 3.5 Disminución de la duración y costo del procedimiento. | 80 |
| 3.6 Ejecución del laudo. | 81 |
| 3.7 Flexibilidad procesal y autonomía de las partes. | 82 |
| 4. Aplicabilidad de las Reglas de La Haya. | 83 |
| 4.1 Arbitrabilidad. | 83 |
| 4.2 Consentimiento y curso de acción. | 85 |
| CONCLUSIÓN | 89 |
| BIBLIOGRAFÍA. | 92 |

INTRODUCCIÓN.

El desarrollo de los derechos humanos en la historia tuvo su primer reconocimiento cuando se fundó la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y cuando se firmó La Carta de las Naciones Unidas el 26 de junio de 1945 en San Francisco¹. Algunos de los principales propósitos, como puede leerse en el preámbulo, son mantener la paz internacional y garantizar los derechos humanos. Además, el 10 de diciembre de 1948 en París, fue firmada la Declaración Universal de los Derechos Humanos por varios Estados con la intención de aumentar universalmente la presencia de los derechos humanos².

La importancia de respetar los derechos humanos para los Estados aumentó, mientras que la inclusión de las empresas en ese ámbito se omitió en ese momento. Se suponía que estas obligaciones recaían en los Estados debido a la concepción tradicional de que las empresas sólo operan en una esfera privada sin derechos ni obligaciones en virtud del Derecho Internacional³. Por tanto, las motivaciones y preocupaciones que impulsaban a las empresas en su desarrollo eran independientes de las cuestiones relativas al orden público. Las leyes y principios que afectaban a las actividades empresariales, simplemente no incluían una perspectiva de los derechos humanos.

Esta percepción dicotómica de las empresas y los derechos humanos fue evolucionando a lo largo del siglo XX. La evolución social hizo que aumentara el impacto de los derechos humanos en las empresas a partir del incremento de una economía cada vez más globalizada donde las empresas que operan a nivel transnacional se convirtieron en el vínculo entre el ámbito corporativo y los derechos humanos.

¹ ONU (1945). Carta de las Naciones Unidas. Disponible en: <https://www.un.org/es/about-us/un-charter>

² Asamblea General de Las Naciones Unidas (1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos. Disponible en: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf

³ VIDAK-GOJKOVIC, E., BLAIR, C., MEUDIC-ROLE, M-A (2018). “The Medium Is the Message: Establishing a System of Business and Human Rights Through Contract Law and Arbitration”. *Journal of International Arbitration*, Volume 35 Issue 4, p. 381.

Las empresas podían tener su base en un país, la producción en un segundo y abastecerse de producción en otro país. Empresas de distintos tamaños y ubicaciones contribuían a la cadena de suministro. Al mismo tiempo, existía una presión por parte de los inversores y accionistas de las empresas para que no se involucraran en ninguna violación o abuso a los derechos humanos, una presión que se aplicaba a todos los niveles de la cadena de suministro. Esta situación llevó a desarrollar el concepto de responsabilidad social de las empresas (en adelante “RSE”).

El concepto de RSE tuvo un impacto para las empresas para que reconocieran y asumieran la responsabilidad de sus acciones que afectan a la sociedad y finalmente, los acuerdos relativos a los derechos humanos empezaron a incluir a las empresas. Por ejemplo, en los Principios Rectores de la ONU sobre las Empresas y los Derechos Humanos⁴ se afirma que un pilar fundamental de los principios es la necesidad de proporcionar a las víctimas de los derechos humanos relacionadas con las empresas el acceso a un recurso efectivo.

En la práctica, el desarrollo permitió reconocer a las empresas como sujetos de derecho internacional en el ámbito de los derechos humanos, lo que a su vez ha repercutido en los métodos de resolución de conflictos internacionales. Para esta memoria de prueba, el método de resolución de conflictos relevante es el arbitraje internacional, que históricamente ha incluido características que lo hacen menos atractivo y menos funcional para las disputas relacionadas con el abuso de los derechos humanos por parte de las empresas⁵.

⁴ ONU (2011). Principios rectores sobre las empresas y los Derechos Humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para "proteger, respetar y remediar". Disponible en: https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf

⁵ CROCKETT, Antony, DE SOUSA, Marco (2018): “Arbitrating Business and Human Rights Disputes: Viable for Victims?”. *Asian Dispute Review*, Volume 20 Issue 3, p. 5.

El arbitraje es un método de resolución de conflictos que ofrece una alternativa a los litigios ante los tribunales nacionales, aunque no pretende ser una alternativa a la administración de justicia. Es un método común de resolución de conflictos en el que pueden participar Estados, individuos y empresas y que a menudo se origina en un acuerdo de arbitraje o compromiso. Sin el arbitraje internacional, se corre el riesgo de que aparezca un vacío legal en los intercambios económicos, ya que no hay ningún otro sistema global que pueda llenar ese vacío⁶.

Los aspectos de los derechos humanos en el arbitraje no son desconocidos, ya que las partes han intentado plantear estas reclamaciones en procedimientos arbitrales del pasado, lo que se ilustrará en esta memoria.

Un instrumento universal de derecho internacional que reconozca a las partes privadas, como las empresas, como sujetos de obligaciones en materia de derechos humanos, y que permita a las víctimas de derechos humanos vinculadas a las actividades empresariales ser parte en el procedimiento, no existía hasta ahora. Cinco años después de que se creara un grupo de trabajo para elaborar dicho tratado, Las Reglas de La Haya en Arbitraje que involucra a empresas y Derechos Humanos (“Reglas de La Haya”), fueron publicadas el 12 de diciembre de 2019.

Las víctimas de derechos humanos relacionadas con las empresas disponen de una alternativa para acceder a la reparación a través de las Reglas de La Haya. Las preguntas de la investigación se debatirán para analizar si se han mejorado los recursos legales disponibles. Desde esta perspectiva, se analizarán las Reglas de La Haya y las preguntas que se responderán son: ¿Qué recursos legales se preveían para las disputas relacionadas con el abuso de los derechos humanos por parte de las empresas antes de la creación de las Reglas de La Haya? ¿Contribuyen las Reglas de La Haya a mejorar y aumentar el

⁶ Garth, Bryan G., Cappelletti, Mauro (1978). “Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective”. *Buffalo Law Review*, Volume 27, p. 183.

acceso a la justicia de las víctimas en los litigios de derechos humanos relacionados con las empresas?

CAPÍTULO I

EL ARBITRAJE COMO MEDIO ALTERNATIVO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS: PROPÓSITO Y PRINCIPIOS RECTORES.

1 Concepto y naturaleza jurídica.

El arbitraje, tanto nacional como internacional, es un mecanismo de solución de controversias. Se parte de la definición general de arbitraje como la “*facultad discrecional confiada a un sujeto u organismo extrajudicial al que las partes han sometido un litigio, en virtud de una cláusula compromisoria, para que decida según su leal saber y entender*”⁷. Este concepto engloba las principales condiciones y características del arbitraje en cualquier ámbito y materia. El arbitraje se ubica en el contexto de las medidas alternativas de solución de los conflictos, donde existe una contienda actual entre partes en que se somete a la resolución de un tribunal, concurriendo en este tipo de procedimiento todos los elementos constitutivos de un juicio, es decir, la existencia de una controversia, la existencia de partes y la presencia de un juez.

Este medio de resolución de conflictos es posible distinguirlo según si su aplicación se encuentra sujeta a aspectos de relevancia nacional o bien a materias vinculadas con asuntos extranjeros, diferenciándose particularmente en cuanto a la normativa de fondo aplicable, la nacionalidad de las partes y el lugar en donde se realiza el arbitraje, según exista un vínculo sólo con un Estado o con varios.

⁷ DICCIONARIO MANUAL JURÍDICO ABELEDO- PERROT (2007). Segunda edición. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot, p. 81.

Se presenta como un recurso que tienen las partes para dirimir sus conflictos. En este término, el concepto de arbitraje de Contreras Vaca señala que:

“La palabra arbitraje proviene del latín arbitrari, que significa juzgar, decidir o enjuiciar una diferencia. Se define como un instrumento de impartición de justicia, acordado por las partes, fundamentadas en la legislación que así lo autoriza, alternativo al proceso judicial, en el que un particular, (...) resuelve vinculativamente para los contendientes la controversia (...).”⁸

Respecto a la naturaleza jurídica de la institución del arbitraje, este no es un tema pacífico dentro de la doctrina, tanto nacional como extranjera. De acuerdo al profesor Eduardo Picand: “El tema ha sido un verdadero enigma para algunos autores y constituye uno de aquellos temas que divide tan profundamente a la doctrina moderna contemporánea por el hecho de que produce un verdadero quiebre en la unidad del Derecho”⁹.

1.1 Doctrina Contractualista o Privatista.

Encuentra en la intervención de la voluntad de las partes para constituir el arbitraje y designar el árbitro el elemento determinante de su naturaleza jurídica, asimilándolo a un contrato y afirmando su carácter privado. Su rasgo distintivo es el considerar al árbitro como un simple mandatario, que actúa en virtud del poder que las partes le confieren por medio del compromiso, a cuyos términos debe ajustarse rigurosamente. Consecuencialmente, estiman que la sentencia arbitral no es una verdadera sentencia, sino tan solo la ejecución del mandato por el compromisario: un contrato que las partes

⁸ CONTRERAS VACA, Francisco José (1998). Derecho Internacional Privado: parte general. México DF: Editorial Mexicana, p. 257

⁹ PICAND ALBÓNICO, Eduardo (2005). Arbitraje Comercial Internacional. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, p.45.

suscriben por intermedio del árbitro y cuya única fuerza reside en el compromiso que le da origen¹⁰.

1.2 Doctrina Jurisdiccional o Publicista.

Parte de un criterio diametralmente opuesto al anterior, señalando que el carácter de juicio que tiene el arbitraje le atribuye una naturaleza jurisdiccional, negando que sea un contrato o algo parecido. Para ellos si bien es cierto que el árbitro deriva su poder del compromiso de las partes, lo que lo asimila al mandatario, no es menos efectivo que desempeña el oficio de juez, y como tal goza de autoridad personal e independiente, no toma en sus manos sino los intereses de la justicia, no debe cuenta sino a su conciencia y dicta resoluciones que se imponen a las partes. Desempeña una especie de función pública temporal, y sus sentencias son actos auténticos y causan el efecto de cosa juzgada independiente de toda intervención de los tribunales ordinarios. El arbitraje no existe sino por voluntad y consentimiento del legislador, es la ley quien lo instituye y si así no lo fuera, los particulares no podrían recurrir a él¹¹.

1.3 Teoría o Doctrina Mixta.

Esta teoría plantea que el arbitraje es una institución contractual por su origen y procesal por sus efectos¹². Para el profesor Español Leonardo Prieto Castro, el arbitraje es “en su origen, un negocio de Derecho Privado como creación de la voluntad de los particulares, pero procesal por las sujeciones y limitaciones a que esta voluntad es sometida y por las actividades de orden también ¹³procesal que hace surgir, en particular

¹⁰ Véase Ídem; CALVO CARAVACA, Alfonso (1989). El Arbitraje Comercial Internacional, Editorial Tecnos, España y SANGHUINO SÁNCHEZ, Jesús María (2001). “El arbitraje internacional”. *Revista Criterio Jurídico* Vol 1 No1, pags 171-191, Colombia, p.174.

¹¹ *Ibíd.* p.47; GONZÁLEZ DE COSSIO, Francisco (2014). Arbitraje. 4ªed. DF México. Editorial Porrúa, p.132.

¹² *Ibíd.* p.50.

¹³ GONZÁLEZ DE COSSIO, Ob. Cit. p.135.

el conocimiento del asunto por otras personas que termina en el efecto declarativo-vinculante y más tarde ejecutivo del laudo de los árbitros”¹⁴. La teoría mixta o híbrida ha alcanzado dominio a nivel mundial ya que el arbitraje comercial internacional presenta elementos tanto contractuales como jurisdiccionales.

2 Evolución histórica.

El arbitraje, del que puede decirse que ha existido desde la más remota antigüedad, se origina cuando los seres humanos toman conciencia de la necesidad de organizar su vida de relación y de confiar en un tercero la solución de sus conflictos¹⁵.

Es, entonces, que en aquellas organizaciones sociales anteriores a la formación del Estado y a la creación de sus órganos jurisdiccionales, se confía en el anciano, en el sacerdote o en el poderoso la función de arbitrar el conflicto de intereses para solucionarlo, comprometiéndose los interesados a aceptar su decisión. Por ello, puede afirmarse, sin duda alguna, que el arbitraje es anterior a la organización formal de la administración de justicia y que en su origen no constituyó una alternativa sino que fue un medio de solución de controversias anterior a la autoridad estatal. El carácter rudimentario del arbitraje se mantuvo por largos siglos hasta asomarse en el Derecho Romano y perfilarse hacia su institucionalización.

2.1 El nacimiento del Arbitraje en Roma.

¹⁴ PRIETO CASTRO, Leonardo. Una nueva regulación del arbitraje, en Trabajos y orientaciones de Derecho Procesal. Citado por PICAND ALBÓNICO, Eduardo. Op. Cit. p. 50; Caivano, R y Sandler V (2014). Consecuencia del incumplimiento del acuerdo arbitral. Citado por PICAND ALBÓNICO, Eduardo. ob. cit. p.265.

¹⁵ MARZORATI Oswaldo (2003). Derecho de los negocios internacionales. Buenos Aires: Editorial Astrea, 3ra. Edición, tomo II, p. 339.

Los romanistas le atribuyen al arbitraje una aparición remota en Roma y consideran que las antiguas legis acciones tuvieron sus lejanas raíces en una praxis arbitral privada entre romanos y extranjeros y también entre civiles, que, incluso, modeló el procedimiento formulario. Así, pues, se da noticia del arbitraje desde la época que los romanistas denominan clásica, que va desde la fundación de Roma hasta los inicios del Imperio.

La función del árbitro llegó a incorporarse a la organización judicial de Roma, que planteó una diferenciación entre los magistrados y los jueces. Las funciones de ambos fueron distintas según los períodos que caracterizan a la historia de Roma.¹⁶

Los magistrados estaban dotados de imperium y ejercían la iurisdictio en representación del poder soberano de Roma y eran quienes daban acogida o denegaban las alegaciones de las partes, permitiendo o no el desarrollo del proceso, pues su misión estribaba en instruirlo y en formalizarlo. A los jueces les competía dictar la correspondiente sentencia y sus funciones las ejercían de manera permanente o bien en cada caso, en el que al dictar la sentencia su función quedaba concluida. Estos últimos, que eran los árbitros, asumían la iurisdictio por delegación, y eran nombrados por las partes o escogidos de las listas confeccionadas por el magistrado para cada litigio.

El árbitro estaba considerado, pues, entre los jueces no permanentes, esto es, entre los nombrados para cada caso y era un juez con amplia discrecionalidad, tanto para la apreciación de los hechos como para declarar el derecho que los litigantes invocaban y pretendían hacer valer, pues resolvía con base a la buena fe. Su sentencia no era obligatoria, salvo que las partes lo hubieran estipulado en el *compromissum*¹⁷.

2.2 El Arbitraje en la Edad Media.

¹⁶ SALCEDO, Ernesto (2001). Arbitraje Justicia Alternativa. Efecto Grafico, Guayaquil, p. 23.

¹⁷ VILLALBA CUÉLLAR, Juan Carlos; MOSCOSO VALDERRAMA, Rodrigo Andrés (2008). “Orígenes Y Panorama Actual Del Arbitraje”. *Prolegómenos. Derechos y Valores*, vol. XI, nº22, julio-diciembre, 141-170. Universidad Militar Nueva Grandada, Colombia.

En esta segunda etapa se encuentran acontecimientos de gran importancia para la evolución, expansión y crecimiento del Arbitraje Comercial Internacional, como un Medio Alternativo de Solución de un Conflicto Comercial durante la Edad Media. El Arbitraje se convirtió en la forma de resolución de controversias comerciales más utilizada en la Edad Media. Debido a que durante esta etapa histórica se dio un mayor auge del comercio con la existencia de gremios y asociaciones comerciales, quienes para resolver sus conflictos de una manera rápida, acudían al arbitraje como medio de solución a una disputa¹⁸. La burguesía encuentra en el arbitraje la forma de resolución ideal para dirimir con seguridad y rapidez, especialmente sus conflictos comerciales entre gremios y corporaciones, aunque el laudo o sentencia arbitral no podía ejecutarse por sí mismo, sino que se obtiene su ejecución a través de una cláusula penal. A fines de la Edad Media comienza a practicarse el procedimiento de la homologación ante el juez, quien provee a la sentencia arbitral de la fórmula de ejecución. Lo relevante en esta etapa es que la sentencia dictada por el árbitro, el laudo, se homologa, a través de un procedimiento normado ante el juez para que esta tenga el carácter ejecutivo¹⁹.

2.3 El arbitraje en la Edad Moderna.

A partir del siglo XIII se unifica el derecho y se termina con la situación en la cual debido a la insuficiencia de normas municipales imperantes en la época se recurría al monarca quien decidía proponía soluciones acorde al Derecho Común. En las Cortes de Alcalá, se aprueba un ordenamiento que establece en forma inequívoca la supremacía del Derecho General sobre los ordenamientos municipales, es el llamado “Ordenamiento de Alcalá de 1348”. Este fija un orden de prelación de fuentes, aplicándose en primer lugar el propio Ordenamiento de Alcalá, luego los Fueros

¹⁸ VILLALBA CUÉLLAR, Juan Carlos; MOSCOSO VALDERRAMA, Rodrigo Andrés. ob. cit.

¹⁹ SCHILLING FUENZALIDA, Mario (1999). Métodos alternativos de resolución de conflictos. Santiago: ConoSur Ltda, p. 26.

municipales y en tercer lugar Las Partidas. En defecto de lo anterior, los jueces debían recurrir al rey para que este corrigiese, interprete o resuelva posibles contradicciones.

Por otro lado, la Nueva Recopilación de las Leyes de Castilla de Felipe II distinguió, asimismo, el arbitraje de derecho del de equidad, pudiendo acudir al arbitraje incluso con la existencia ya de una sentencia que fuera cosa juzgada. La sentencia arbitral era inmediatamente ejecutiva siempre que se diera fianza para garantizar en caso de revocación de aquella, permitiéndose su apelación frente a la imposibilidad anterior, como regla general con excepciones determinadas por su nulidad.

En las Ordenanzas de Bilbao de 1737, asimismo, se siguieron las enseñanzas de la Ordenanza francesa del Comercio Terrestre de 1673, incluyéndose, entre otras novedades dignas de mención, la imposición a los fundadores de compañías de la inserción en las escrituras de una cláusula de sumisión a arbitraje de cuantas dudas y diferencias surgiesen durante la vida de las compañías así como a su terminación.

2.4 Revolución Francesa.

La Revolución Francesa de 1789 demostró un inusitado interés por las instituciones arbitrales²⁰, de tal manera que la Ley de 24 de agosto de 1790 sobre la organización judicial tuvo por objeto y primera finalidad reemplazar el sistema judicial del Antiguo Régimen con una nueva estructura jerárquica de los Tribunales de Justicia. Entre ellas, se encontraba la de dar soluciones a los ciudadanos para resolver sus diferencias por medio de la conciliación y del arbitraje.

²⁰ DE LOYNES DE FUMICHON, B. (2014). “La passion de la Révolution française por l’arbitrage”. *Revue de l’arbitrage* nº 1, pp. 2-52.

Se consideró que el recurso al arbitraje era un verdadero derecho natural, conforme a la Razón, universal e inmutable, siendo un medio esencial de reforma y de cambio de la justicia, por delante de la justicia pública de los jueces de distrito y de la de los jueces de paz. Los diputados, en el período constituyente, otorgaron así al arbitraje y a su preferencia legal un valor constitucional, confirmado por las tres Constituciones del período revolucionario. Se reconocía en la ley el convenio arbitral como un verdadero contrato, dotado de plena eficacia, apartado de las jurisdicciones ordinarias en provecho de los árbitros, con la regulación de la excepción de litispendencia arbitral y afirmando el carácter definitivo y ejecutorio de las sentencias arbitrales, con una reducida posibilidad de apelación y la simplificación del exequátur. Estas novedades, de gran importancia, fueron seguidas por la codificación napoleónica con su espíritu de transacción entre el antiguo derecho y el derecho intermedio, siendo recogidas por el derecho positivo napoleónico.

En Francia se registró el primer caso de Juntas de Conciliación, llamadas Colegios de Árbitros, hacia el año 1806, formadas por hombres de gran rectitud que aconsejaban a las partes para resolver sus conflictos. Posteriormente, estas entidades se organizaron con la intervención de un Delegado del Emperador que las presidía, dándose la intervención estatal. La Ley del 27 de diciembre de 1892 contempla un proceso de conciliación y arbitraje voluntario para resolver los conflictos colectivos de trabajo²¹.

2.5 El Arbitraje en la época actual y su desarrollo normativo.

El arbitraje llegó, pues, al siglo XX como respuesta a los requerimientos de la actividad comercial que, por sus características, hacía indispensable la más pronta solución a sus controversias y que se aceptara la validez de los laudos y su ejecutabilidad con un tratamiento similar al de la sentencia judicial. El arbitraje atrajo, además, la atención de

²¹ CERÓN CORAL, Jaime (1989). Arbitraje Laboral. Lima: Biblioteca Jurídica Dike, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p..23.

los Estados como medio idóneo para la solución de sus conflictos. Como parte del proceso de evolución de este mecanismo, empezaron a adoptarse gran cantidad de tratados internacionales que contemplan el mecanismo de Cortes arbitrales a partir del siglo XIX. Lo más importante es que los cuerpos permanentes y el corpus de normas que rigen este mecanismo fueron desarrollos a partir de esta época. El proceso inició en 1899 con la primera Convención de La Haya para la Resolución Pacífica de Controversias Internacionales. La Convención creó la Corte Permanente de Arbitraje (CPA), estableciendo un panel de árbitros de cual los Estados podían disponer para resolver una disputa específica además de una infraestructura administrativa. Por otro lado, la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante “CNUDMI” o “UNCITRAL”), se ha ubicado a la vanguardia y ha venido llevando a cabo iniciativas para desarrollar el arbitraje en el mundo, creando la Convención de Nueva York de 1958 y aprobando diversas normas modelo, entre las que destaca la Ley Modelo de Arbitraje Comercial en la cual ahondaremos más adelante. Estas iniciativas han sido objeto de consenso previo en la comunidad jurídica internacional y cuentan con la aceptación de los representantes de todos los sistemas jurídicos.

Así, entre los textos más relevantes de la época contemporánea se encuentran:

- 1) Protocolo de Ginebra de 1923, Relativo a las Cláusulas de Arbitraje en Materia Comercial.
- 2) Convención de Ginebra de 1927, Sobre Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras.
- 3) Convención de Nueva York de 1958, Sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros: Trata de establecer normas legislativas comunes para el reconocimiento de los acuerdos de arbitraje y el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales extranjeros y no nacionales. El objetivo principal de la Convención de Nueva York es evitar que las sentencias arbitrales, tanto extranjeras como no nacionales, sean objeto de

discriminación. En busca de ello, se obliga a los Estados parte a velar por que dichas sentencias sean reconocidas en su jurisdicción y puedan ejecutarse en ella, en general, de la misma manera que las sentencias o laudos arbitrales nacionales. Otro objetivo de la Convención, de carácter secundario, es exigir que los tribunales de los Estados parte den pleno efecto a los acuerdos de arbitraje, negándose a admitir demandas en las que el demandante esté actuando en violación de un acuerdo de remitir la cuestión a un tribunal arbitral. A la fecha esta Convención ha sido ratificada por 156 países, lo que denota su carácter vinculante e influyente en materia interestatal²².

- 4) Convención Europea Sobre Arbitraje Comercial Internacional suscrita en Ginebra el año 1961.
- 5) Convenio de Washington de 1965, Sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados.
- 6) Convención Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional, suscrita en Panamá el año 1975
- 7) Convención de Montevideo de 1979, Sobre Eficacia Extraterritorial de Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros.

A su vez, instituciones como la Cámara de Comercio Internacional (en adelante “CCI”) han ayudado durante casi un siglo a consolidar el arbitraje en materia internacional. La CCI es una organización empresarial, constituida en 1919, con sede en la ciudad de París, Francia, cuyos fines son actuar a favor de un sistema de comercio e inversiones abierto y crear instrumentos que lo faciliten, bajo la convicción de que las relaciones económicas internacionales conducen a una prosperidad general y a la paz entre los países²³. Dentro de su actividad, destacan la creación en 1923 de la Corte Internacional

²² Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (1958). Nueva York. Disponible en: <https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/NY-conv/New-York-Convention-S.pdf>

²³ Cámara de Comercio Internacional ICC (1919). Disponible en: <http://www.icc-chile.cl/index.php/que-es-la-camara-de-comercio-internacional-icc/>

de Arbitraje (International Court of Arbitration, en adelante “ICA”), institución que ha administrado más de 12.000 arbitrajes internacionales en que han intervenido árbitros de más de 170 países y la cual se preocupa de la aplicación de las Reglas de Arbitraje de la CCI, de nombrar o confirmar a los árbitros, determinar prima facie si hay acuerdo de arbitraje, decidir sobre el número de árbitros, determinar el lugar del arbitraje, fijar la duración del arbitraje, examinar en detalle los laudos arbitrales; y, determinar los costos y los honorarios de los árbitros.

3 Clasificación del Arbitraje.

3.1 Arbitraje Nacional y Arbitraje Internacional.²⁴

Cuando alguno de los elementos integradores del arbitraje o puntos de conexión pudieren ocasionar un roce en dos o más ordenamientos jurídicos de diversos países frente a una misma relación compleja sujeta a arbitraje, estaremos en presencia de un arbitraje internacional²⁵.

3.2 Arbitraje Voluntario, Arbitraje Forzoso y Arbitraje Prohibido.

Esta clasificación atiende a la formación del arbitraje. Será arbitraje voluntario cuando las partes deciden autónomamente someterse a la jurisdicción de un juez árbitro, eligiendo de la misma forma los jueces encargados de resolver el litigio. El principio que prima en este tipo de arbitrajes es el de la autonomía de la voluntad²⁶. Será arbitraje forzoso cuando se constituye por mandato expreso de la ley. El legislador establece este

²⁴ Respecto de esta clasificación existen dos teorías o posturas: la teoría monista y la teoría dualista. Así, la teoría monista asume una única legislación tanto para el arbitraje doméstico o nacional, como para el arbitraje internacional: Este es el caso de México, Venezuela, Uruguay, Brasil y España. En el caso nacional, Chile ha optado por un sistema dualista de regulación del arbitraje. ARMER RÍOS, Angie y JIMÉNEZ-FIGUERES, Dyalá (2005). “Notas sobre la nueva ley chilena de arbitraje comercial internacional”. *Revista Fuego Laneri* N°4: 307- 326. p. 309.

²⁵ PICAND ALBÓNICO, Eduardo. ob. cit., p.51.

²⁶ PICAND ALBÓNICO, Eduardo. ob. cit., p.54.

tipo de arbitraje para aquellas materias en que, a su juicio, debe existir sólo la intervención de árbitros y no de tribunales ordinarios.

Será arbitraje prohibido cuando el legislador proscriba la posibilidad de someter al conocimiento de jueces árbitros ciertas materias. Lo anterior atiende a consideraciones que tienen que ver con intereses generales de la sociedad, derechos irrenunciables, cuando se vean involucrados derechos de terceros que sean necesarios de ventilar con la garantía del legítimo contradictor, o porque simplemente la naturaleza del asunto así lo determine. Este es el caso de los procesos penales, cuya acción punitiva corresponde exclusivamente a los órganos del Estado²⁷.

3.3 Arbitraje Ad-hoc y Arbitraje Institucional.

Esta clasificación atiende a la forma en la que las partes eligen al árbitro que conocerá del litigio. Si las partes acuerdan libremente al tribunal arbitral y determinan las reglas necesarias para llevar a cabo el procedimiento, estaremos frente a un caso de arbitraje ad-hoc.

Si existe un organismo intermediario en el nombramiento de la persona del árbitro y en el establecimiento del procedimiento, estaremos frente a un arbitraje institucional. Esta institución debe cumplir con ciertos requisitos: ser un ente organizado y con bases claras que regulen su administración²⁸.

3.4 Arbitraje de Derecho, Arbitraje de Equidad y Arbitraje Mixto.

Esta clasificación atiende a la forma de actuar de los árbitros y a la naturaleza de su decisión. Los árbitros de derecho someterán la tramitación del procedimiento a las

²⁷ LÓPEZ PESCIÓ, Edgardo (1987). Nociones generales de derecho procesal. Valparaíso: Editorial EDEVAL, p.107.

²⁸ PICAND ALBÓNICO, Eduardo. ob. cit., p.52.

normas establecidas para los tribunales ordinarios. De igual forma deberán emitir su fallo conforme a derecho.

Árbitro arbitrador es aquel juez que falla de acuerdo a su prudencia y equidad, y que respecto del procedimiento se somete a las reglas establecidas por las partes, y si éstas nada dicen se someten a las normas mínimas de procedimiento señaladas en el Libro III del Código de Procedimiento Civil²⁹.

El árbitro mixto es una categoría incluida por la doctrina, la cual consiste, básicamente, en aquel juez que se somete a las normas de derecho en cuanto a la dictación del laudo, pero que en lo que respecta al procedimiento se somete a las mismas normas del árbitro arbitrador, es decir, las determinadas por las partes³⁰.

4 Regulación Internacional.

Los procesos de integración y globalización que ha vivido nuestra región y el mundo entero, dan fe de la necesidad de mecanismos eficientes para el intercambio que se produce día a día entre los distintos países. Dentro de este contexto el Arbitraje Comercial Internacional aparece como una herramienta insustituible para aquellos comerciantes que necesitan disminuir los riesgos y costos de las operaciones al máximo³¹.

4.1 Arbitraje Comercial Internacional.

Para Picand, esta institución puede definirse como: “aquél que tiene por objeto dirimir las controversias que emanan o pudieren emanar de las relaciones jurídicas mercantiles en las que el lugar de establecimiento de las partes, el lugar de cumplimiento sustancial

²⁹ ORELLANA TORRES, Fernando (2005). Manual de Derecho Procesal, Derecho Procesal Orgánico. Santiago: Editorial Librotecnia, Tomo I, p.247.

³⁰ Ídem.

³¹ Véase SANTOS BELADRO, Rubén (1988). Arbitraje comercial internacional: tendencias y perspectivas. Montevideo, Uruguay: Fundación de Cultura Universitaria, p.11.

de las obligaciones o de la relación más estrecha del litigio se encuentra vinculado con más de un Estado³².

Se debe partir de la idea de controversia, conflicto o litigio, por una parte, y por otra, de una relación jurídica o de un contrato transnacional entre partes residentes o domiciliadas en distintos países, sea personas naturales o jurídicas, siempre que esa relación jurídica o contrato tenga naturaleza comercial³³.

El profesor Eyzaguirre entiende que la aplicación de los criterios antes descritos, el envío de mercaderías de un país a otro, cuyo antecedente sea una compraventa internacional, o la prestación de servicios entre empresas de diversos Estados, o la transferencia de tecnologías entre empresas filiales o independientes, y aunque formen o no parte de un consorcio, trust o holding, pueden originar contratos internacionales de carácter comercial³⁴. De esta forma si en estos contratos internacionales de carácter comercial existe una cláusula compromisoria válida destinada a resolver las disputas emanadas del contrato en cuestión, estaremos frente al Arbitraje Comercial Internacional³⁵.

Por último, para el profesor Sandoval el arbitraje será internacional o extranjero cuando: “(…) el lugar donde se lleva a cabo la tramitación de la causa, incluyendo la dictación de la sentencia, es diferente del Estado de que se trata, como asimismo, si la legislación que se ha aplicado al procedimiento del juicio arbitral es distinta de la de ese Estado³⁶”. Agregando el carácter comercial de la relación jurídica en cuestión.

³² PICAND ALBÓNICO, Eduardo. ob. cit., pp. 93-94.

³³ EYZAGUIRRE ECHEVERRÍA, Rafael (1981). El arbitraje comercial en la legislación chilena y su regulación internacional. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, p.99.

³⁴ Véase MALUENDA PARRAGUÉZ, Rodrigo (1998). Contratos Internacionales. Santiago, Chile Editorial Jurídica Cono sur.

³⁵ EYZAGUIRRE ECHEVERRÍA, Rafael. ob. cit., p.99.

³⁶ SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo (2003). El Arbitraje Comercial Internacional como herramienta de apoyo a la Globalización. XXVI Conferencia de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC).

4.2 Requisitos del Arbitraje Comercial Internacional.

4.2.1 Arbitrabilidad.

Este requisito dice estricta relación con la posibilidad o imposibilidad de someter el asunto al conocimiento de un árbitro, “(...) es saber si la materia objeto del mismo arbitraje es o no susceptible de ser sometida a compromiso en un país determinado”³⁷.

Este requisito será desarrollado de manera más detallada en el Capítulo III de la presente Memoria de Prueba.

4.2.2 Mercantilidad.

La letra g del artículo 2 de la ley N° 19.971, ilustra esta materia cuando señala que “comercial: (...) debe interpretarse en un sentido amplio para que abarque todas las cuestiones que se plantean en las relaciones de esta índole, contractuales o no. Se comprenden dentro de éstas, por ejemplo, cualquier operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios, acuerdo de distribución, representación o mandato comercial, transferencia de créditos para su cobro, arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra, construcción de obras, consultoría, ingeniería, concesión de licencias, inversión, financiación, banca, seguros, acuerdo o concesión de explotación, asociaciones de empresas y otras formas de cooperación industrial o comercial, transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima, férrea o por carretera”³⁸.

Panel Martes 13 de Mayo de 2003 “Unificación de procedimientos y Prácticas Arbitrales Comerciales Internacionales y Tensiones que dificultan el Desarrollo”. Santiago, Chile, p.2.

³⁷ ETCHEVERRY, Raúl (1998). “El arbitraje comercial y su incidencia en el comercio internacional”. *Arbitragem comercial internacional*. Ed. Sao Paulo, Brasil, p. 63

³⁸ Ley N° 19.971 Sobre Arbitraje Comercial Internacional. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 29 de Septiembre de 2004. Biblioteca del Congreso Nacional. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=230697>

4.2.3 Internacionalidad.

El profesor Sandoval afirma que el carácter internacional del arbitraje radica fundamentalmente en el hecho de que el árbitro no administra justicia en nombre de ningún Estado, sino que cumple una función internacional de dirimir un conflicto entre empresas o personas, relativo a un contrato o a una relación u operación mercantil de naturaleza internacional³⁹. Sin embargo, no es un concepto aceptado de manera uniforme por la doctrina⁴⁰.

Los criterios señalados de forma mayoritaria en la doctrina⁴¹ tanto nacional como internacional son:

- 1) Nacionalidad del laudo: Establece que un laudo poseerá la nacionalidad del Estado en el que fue dictado.
- 2) Nacionalidad de las partes: si ambas partes son de nacionalidades diferentes, podrá calificarse como un arbitraje comercial internacional.
- 3) Domicilio o Residencia de las partes.
- 4) Derecho aplicable al procedimiento: Nace directamente de la autonomía de la voluntad, la nacionalidad del laudo no tendría relación con el Estado en el cual fue dictado, sino que este factor o requisito (internacionalidad) tendría estricta relación con el derecho aplicable al procedimiento, determinándose la internacionalidad del procedimiento si

³⁹ SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo (2005). Régimen Jurídico del Arbitraje Comercial Internacional. Análisis de la ley N° 19.971 de 29 de Septiembre de 2004, sobre Arbitraje Comercial Internacional. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, p.16.

⁴⁰ SATELER, Ricardo (2007). "Historia de la ley N° 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional". En *Estudios de Arbitraje*. Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, p. 385.

⁴¹ Véase PICAND ALBÓNICO, Eduardo. ob. cit.; SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo. ob. cit.; y PUGA VIAL, Juan Esteban (2007). "Mercantilidad y el arbitraje comercial Internacional". En *Estudios de Arbitraje*. Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar (Coordinador Eduardo Picand Albónico). Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.

se aplicara en determinado país un procedimiento correspondiente a un derecho ajeno⁴².

- 5) Nacionalidad de los árbitros o de la institución permanente de arbitraje.

4.3 Características del Arbitraje Comercial Internacional.⁴³

4.3.1 La neutralidad.

Dentro de las características o beneficios más sobresalientes del Arbitraje Comercial Internacional, se encuentra la posibilidad de elegir un foro neutral. Las partes se alejan de la creencia de que se verán perjudicadas si litigan ante los tribunales estatales de la otra parte, en donde se sienten más vulnerables en la protección de sus derechos. Al ser las mismas partes las que eligen la manera en que solucionarán sus eventuales problemas, se ven revestidas de seguridad y confianza.

4.3.2 Inmediatez con el litigio y con el tribunal arbitral.

Existe una atención muy directa del tribunal arbitral a la controversia. Un arbitraje se caracteriza por la inmediatez de los árbitros con el litigio. La alta demanda de trabajo y de resolución de conflictos que existe en los tribunales ordinarios imposibilita esta cualidad en el procedimiento.

4.3.3 Flexibilidad.

El procedimiento tiende a estar alejado del formalismo y la rigidez procesal. Cada tribunal arbitral, tiene la posibilidad de dirigir el procedimiento con las características

⁴² Véase CHILLÓN MEDINA, José María y MERINO MERCHÁN, José Fernando (1978). Tratado de arbitraje privado interno e internacional. Madrid, España: Ed. Civitas, pp. 240-243.

⁴³ Véase BORN, Gary (2014). International Commercial Arbitration. Second Edition, Kluwer Law International.

que estime más apropiadas según la naturaleza de la controversia sometida a su decisión -de acuerdo a lo fijado en la cláusula arbitral y en las bases de procedimiento- gozando de una amplia libertad para determinar la mejor forma en la que se conduzcan las actuaciones.

4.3.4 Tiempo reducido.

En relación con el principio de inmediatez, en un arbitraje, la duración del procedimiento tiende a ser mucho más reducida que en los tribunales estatales. Los dos factores que dan lugar a ello, son la mayor rigidez del proceso jurisdiccional, y la extraordinaria carga de trabajo que pesa sobre los tribunales estatales.

4.3.5 La confidencialidad.

La confidencialidad, implica que las partes en ciertas ocasiones, si lo desean, lo estiman conveniente o incluso esto sea necesario para proteger secretos, fórmulas, inventos u otros, pueden inclinarse por mantener en reserva las actuaciones y decisiones que se realicen y se dicten en el procedimiento arbitral. Este característica es disponible para las partes, entendiéndose como una garantía que dota de seguridad al procedimiento.

4.3.6 Costo del Arbitraje.

Ante los tribunales arbitrales, la labor desempeñada por estos, debe recompensarse con los honorarios que se fijan en su oportunidad respectiva, lo que en definitiva implica asumir por parte de los litigantes un gasto adicional que debe agregarse a los honorarios de los abogados.

4.3.7 La libertad de las partes.

El arbitraje tanto a nivel interno como internacional permite el pleno ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes. Esta libertad abarca entre otras cosas la elección de la modalidad, de la sede, del derecho procesal y del derecho sustantivo aplicable al arbitraje internacional.

4.4 Kompetenz-Kompetenz y Autonomía de la cláusula arbitral.

En el marco del derecho comercial internacional, ha existido un desarrollo progresivo de diversos principios, de gran relevancia en la práctica jurídica (en los arbitrajes internacionales de esta índole). Al respecto, ha sido tanto la costumbre, como la jurisprudencia, los encargados de dicho desarrollo.

De especial relevancia es el principio de la autonomía de la cláusula arbitral. En base a dicho principio se establece que la discusión sobre la validez del contrato no afecta la validez de la cláusula arbitral. Es decir, siempre que se alegue sobre la validez del contrato (algún vicio en la etapa de formación del contrato), no se admitirá la excusa (excepción dilatoria) de la incompetencia por invalidez de la cláusula arbitral.

En este caso, lo accesorio no sigue la suerte de lo principal. Justamente, existe autonomía, independencia entre la cláusula que otorga competencia al tribunal, y el contrato, sobre el cual se discute su validez. De lo contrario, de no existir este principio, siempre que se alegara la validez del contrato, se estaría reconociendo implícitamente la incompetencia del tribunal para conocer del asunto.

Otro principio a destacar es el Kompetenz-Kompetenz, en virtud del cual, se ha determinado que es el mismo tribunal arbitral el que tiene la facultad para determinar su competencia: tiene competencia sobre su competencia. Ello tiene su justificación en la reducción de la intervención de otros tribunales (tribunales nacionales, no arbitrales), en la resolución del conflicto.

Ambos principios destacados, no buscan sino asegurar la efectividad de lo pactado por las partes. Esto es, garantizar que, una vez acordado por las partes que determinados asuntos de su relación contractual serán de competencia arbitral; ellas puedan efectivamente someterse a dicha competencia, y, por lo tanto, puedan sustraer de la competencia ordinaria el conocimiento de dichos asuntos. Tanto la Kompetenz-Kompetenz, como la autonomía de la cláusula arbitral apuntan al mismo objetivo central: dar sentido a la autonomía de la voluntad⁴⁴.

Los dos principios, a fin de cuentas, impiden la excusa de la incompetencia. El primero, con respecto a la validez de la cláusula que le otorga competencia al juez árbitro, niega la incompetencia en base a dicho argumento. El segundo, si bien no niega la posible incompetencia de fondo (porque el tribunal arbitral efectivamente puede declararse incompetente); niega la incompetencia para conocer sobre la excepción de incompetencia.

En la actualidad existe una cristalización de la costumbre que había desarrollado dichos principios, en tratados internacionales. Ello permite otorgar seguridad jurídica, al existir un instrumento internacional que los reconoce explícitamente. En el caso de Chile, dichos tratados tienen valor de ley si se encuentran firmados y ratificados. La Convención de Nueva York primero, y luego la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional, que es la base de la Ley N° 19.971, sobre Arbitraje Comercial Internacional, consagran estos principios.

4.5 Ley Modelo CNUDMI / UNCITRAL.

4.5.1 Aspectos generales sobre una Ley Modelo.

⁴⁴ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco (2007). “El Principio Compétence-Compétence”. *Revista de la Corte Española de Arbitraje*. pp. 63-84, p.1.

Muchos países han reconocido en el último tiempo la ventaja que representa el Arbitraje Comercial Internacional para el desarrollo de las economías. Estados de todos los continentes han modificado sus normas relativas al arbitraje interno para poder eliminar las intervenciones de sus tribunales estatales, favoreciendo el proceso del Arbitraje Comercial Internacional.

Así, una ley modelo es un conjunto de reglas que integran una ley marco o un proyecto de ley, que carece de coercibilidad en *strictum sensu*. Es un mecanismo de solución facultativa, por cuanto los Estados y los operadores en la esfera del comercio internacional las aceptan y aplican, introduciendo tales preceptos normativos en sus ordenamientos jurídicos internos o en los contratos mercantiles internacionales respectivamente⁴⁵.

El término "Ley Modelo" proviene del método usado por la *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*, el cual tiene como finalidad crear un derecho estatal armonizado mediante la introducción de normas sustantivas o adjetivas al ordenamiento jurídico interno de los Estados, para prevenir inconvenientes derivados de la diversidad legislativa mediante la aplicación de preceptos básicos, estableciendo la posibilidad de efectuar las modificaciones necesarias para atender a las peculiaridades y circunstancias especiales de las naciones⁴⁶.

La doctrina establece que con las Leyes Modelo “se ha perseguido la armonía internacional de soluciones mediante la admisión de normas carentes de obligatoriedad en el estricto sentido jurídico, porque no son coercibles, y su cumplimiento no se impone por los órganos estatales; pero que, sin embargo, tienen una efectiva vigencia

⁴⁵ BERMÚDEZ ABREU, Yoselyn y ESIS VILLAROEL, Ivette (2008).” La Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI y su impacto en el Ordenamiento Jurídico venezolano”. *Revista de Derecho*, N°29 pp. 257-266.

⁴⁶ PARRA ARANGURE, Gonzalo (1998). *Estudios de Derecho Mercantil Internacional*. Caracas: Universidad Central de Venezuela, p.71.

en la práctica porque son aceptadas y obedecidas en forma voluntaria por los intervinientes en el comercio internacional”⁴⁷.

Además, una ley modelo es el resultado de la aplicación de procedimientos normativos concordantes sin convención internacional, pues: “(...) es un texto destinado a reemplazar las reglas de conflictos existentes en cada uno de los Estados interesados, pero no está integrada ni anexa a una convención internacional, sino simplemente recomendada como proyecto de ley por el organismo que la ha elaborado”⁴⁸.

También se presenta una noción formalista, la cual determina que “(...) es un texto prejurídico con toda apariencia jurídica preparado por una agencia formuladora y presentada a los Estados para que éstos, en el uso de la soberanía, lo utilicen para confeccionar y promulgar una ley interna mediante la tramitación del correspondiente texto jurídico nacional de acuerdo con el procedimiento legiferante interno y sin que respecto del mismo quepa aplicar el mecanismo de ratificación aplicable a los instrumentos internacionales”⁴⁹.

En términos de su naturaleza jurídica la ley modelo es un *Soft Law* o derecho indicativo conformado por un conjunto de normas generales originariamente no vinculantes, que une criterios heterogéneos provenientes de diferentes sistemas económicos, políticos, sociales y culturales; además, es creada por los organismos internacionales estatales o de carácter privado. Asimismo, indica la conducta que deben seguir los Estados o los particulares en sus actividades privadas con algún elemento extranjerizante, quienes deciden de manera voluntaria e inequívoca adherirse a dicha reglamentación, lo cual evita los posibles conflictos normativos que puedan presentarse debido a la diversidad legislativa o a intereses contrapuestos de las partes⁵⁰.

⁴⁷ *Ibíd.* 318.

⁴⁸ VIÑAS FARRE, Ramón (1978). *La unificación del Derecho Internacional Privado*. España, p.136.

⁴⁹ ILLESCAS ORTIZ, Rafael y PERALES VISCASILLAS, Pilar (2003): *Derecho Mercantil Internacional. El Derecho Uniforme*. Madrid, Universidad Autónoma de Madrid Carlos III, p.59.

⁵⁰ BERMÚDEZ ABREU, Yoselyn y ESIS VILLAROEL, Ivette. *ob. cit.*, p.243

4.5.2 Concepto y características de la Ley Modelo CNUDMI / UNCITRAL.

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (“CNUDMI” o “UNCITRAL”) creada en 1966, es el principal órgano del sistema de las Naciones Unidas en la esfera del derecho mercantil internacional. Tiene como objetivo principal eliminar o reducir los obstáculos jurídicos que entorpecen el desarrollo del comercio internacional a través de la armonización y modernización del derecho mercantil. Está integrada por 60 miembros, elegidos por la asamblea general de las Naciones Unidas, por periodos de seis años. La Comisión elabora textos de diversa índole, como convenciones, leyes modelos, guías legislativas, entre otras. En materia de arbitraje internacional la Comisión ha elaborado textos como el reglamento de arbitraje de la CNUDMI de 1976, el reglamento de arbitraje de la CNUDMI de 1982, la ley modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional de 1985, las recomendaciones para ayudar a las instituciones arbitrales y otros organismos interesados en relación con los arbitrajes sometidos al reglamento de arbitraje de la CNUDMI y las notas de la CNUDMI sobre la organización del proceso arbitral de 1996⁵¹.

Sobresale entre esta reglamentación, la Ley Modelo sobre el Arbitraje Comercial Internacional (“LMACI”) aprobada el 21 de junio de 1985, la cual tiene por objeto ayudar a los Estados a reformar y modernizar sus leyes sobre el procedimiento arbitral y adecuarlas a las necesidades actuales del arbitraje internacional⁵². Esta ley modelo regula todas las etapas del procedimiento arbitral desde el acuerdo de arbitraje hasta el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral, “y refleja un consenso mundial sobre los principios y aspectos más importantes de la práctica del arbitraje internacional. Su régimen resulta aceptable para Estados de todas las regiones y para los diferentes

⁵¹ VILLALBA CUÉLLAR, Juan Carlos; MOSCOSO VALDERRAMA, Rodrigo Andrés. ob. cit., p.154.

⁵² Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (1985) Con las enmiendas aprobadas en 2006. Disponible en: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/07-87001_ebook.pdf

ordenamientos jurídicos o sistemas económicos del mundo”⁵³. Este instrumento ha sido acogido por más de 50 Estados para reformar sus estatutos internos de arbitraje nacional e internacional, entre los que sobresalen Alemania, Australia, Canadá y Austria en 2005, España, Egipto, Bulgaria, Bangladesh, en 2006, entre muchos otros.

La Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional nos entrega una regulación bastante completa del Arbitraje Comercial Internacional. De la Ley Modelo de Arbitraje de UNCITRAL es posible destacar que consagra varios principios, los que forman un núcleo que no se puede derogar al aprobar su promulgación sin alterar gravemente su fisonomía. Uno de estos principios, quizá el más importante, es el consagrado por el artículo 5 de la Ley Modelo, el cual impide que los tribunales nacionales intervengan en el procedimiento arbitral, a menos que la ley solicite su intervención. Además de principios tales como la escrituración del acuerdo de arbitraje, el resguardo a la bilateralidad de la audiencia, la facultad del tribunal arbitral de decidir sobre su propia competencia (la llamada Kompetenz-Kompetenz) y la taxatividad de causales para poder revisar el fondo de los laudos arbitrales de acuerdo al procedimiento que establece esta ley.

Para que las leyes modelos funcionen como auténticos instrumentos de unificación del derecho, esta adaptación a la legislación interna debe hacerse procurando no tocar los aspectos de fondo de la misma a fin de evitar su desnaturalización o llegar a afectar los principios esenciales en los que éstas se fundamentan. Sin embargo, la adopción de esta normativa, no implica que los tribunales ordinarios pierdan toda participación en este tipo de procesos, ellos siguen siendo indispensables, motivo por el cual se les reconocen potestades para pronunciarse sobre el acuerdo arbitral y sobre la ejecución del laudo.

⁵³ BERMÚDEZ ABREU, Yoselyn y ESIS VILLAROEL, Ivette (2008). “La Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI y su impacto en el Ordenamiento Jurídico venezolano”. *Revista de Derecho*, (29), 257-266, p.244, disponible en: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-86972008000100010

Esto se ve reflejado en que las judicaturas estatales de los centros importantes de arbitraje a nivel internacional, no tienen una actitud pasiva en el Arbitraje Comercial Internacional, no dejan a las partes abandonadas a cualquier destino que les pueda deparar la cláusula arbitral que han firmado. La Ley Modelo propone un equilibrio entre ambos tipos de judicatura, si bien restringe la intervención judicial estatal, no impide a los jueces resolver lo que resulte necesario para asegurar el debido proceso. Tampoco les impide resolver lo necesario para asegurar que la acción de los árbitros se limite a las cuestiones que fueron sometidas a su decisión. Si no concurrieran ambos requisitos, no será posible en el futuro obtener el reconocimiento ni la ejecución de una sentencia arbitral extranjera.

La Ley Modelo de UNCITRAL no es un tratado internacional, sino simplemente un modelo -valga la redundancia- que puede ser implementado por las legislaciones internas de cada país, con miras a uniformizar el tratamiento doméstico de los laudos arbitrales internacionales⁵⁴. En ese sentido, es mucho más fácil que un Estado incorpore dentro de su ordenamiento doméstico una recomendación legislativa que tener que ratificar un tratado internacional, el cual conlleva una serie de obligaciones conexas⁵⁵.

Algunas de las características de la LMACI son las que a continuación se señalan⁵⁶:

- 1) Tiene como finalidad resolver problemas originados por la pluralidad legislativa interna cuyas soluciones en materia arbitral resultan inadecuadas para casos internacionales.
- 2) Regula las etapas del proceso arbitral, desde el acuerdo de arbitraje hasta el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral, reflejando así un consenso

⁵⁴ CANTUARIAS, Fernando (1992). "Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Internacionales: La Convención de Nueva York de 1958 y la Ley Modelo de UNCITRAL". Perú: *Revista de Derecho THEMIS* n°21, p. 23.

⁵⁵ Véase UNGAR, Kenneth (1987). "The enforcement of Arbitral Awards under UNCITRAL's Model Law on International Commercial Arbitration". *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 25, N°. 3, p. 727 y ss., Columbia University, p.733.

⁵⁶ BERMÚDEZ ABREU, Yoselyn y ESIS VILLAROEL, Ivette. ob. cit., p.245.

mundial sobre los principios y aspectos más importantes de las prácticas en la materia.

- 3) Es el mecanismo elegido por la CNUDMI para la creación de las nuevas legislaciones nacionales en materia de arbitraje comercial para fomentar la armonía de las soluciones internacionales. La LMACI responde a las necesidades específicas del arbitraje comercial internacional y facilita la sustanciación de las actuaciones arbitrales. Pese a que tal armonía es requerida para los casos internacionales, los Estados pueden tener interés en actualizar y perfeccionar su ley de arbitraje, sobre lo que no ostente el carácter internacionalista, en aras de promulgar una ley moderna que rija para ambos casos, vale decir, con tendencia monista.
- 4) Favorece el desarrollo de las actividades comerciales internacionales, pues el aumento de la práctica arbitral en los Estados necesita de leyes actualizadas que respondan a la complejidad cada vez mayor de los problemas del tráfico internacional y que les proporcionen seguridad jurídica a sus operadores.

4.5.3 Contenido de la Ley Modelo CNUDMI / UNCITRAL.

La LMACI consta de treinta y seis artículos, divididos en ocho capítulos, y una nota explicativa. En el Capítulo Primero se hace referencia al ámbito de aplicación de la ley desde el punto de vista sustantivo y territorial. Respecto al primero se señala que el instrumento legal será aplicable al arbitraje comercial internacional, sin perjuicio de cualquier tratado multilateral o bilateral vigente en ese Estado (artículo 1, numeral 1).

Dentro de los lineamientos principales de la LMACI encontramos:

En el artículo 2 regula el *arbitraje*, con independencia de que sea o no una institución arbitral permanente la que haya de ejercitarlo (literal "a"). En la misma disposición están establecidas las reglas para calificar a un arbitraje como *internacional*. En este sentido, será un arbitraje de ese tipo, de acuerdo con el numeral 3 del referido artículo,

si las partes en el momento de celebrar un acuerdo tienen sus establecimientos en Estados diferentes (literal "a"); si uno de los lugares siguientes está situado fuera del Estado en que las partes tienen sus establecimientos: el lugar del arbitraje, cuando ha sido convenido así por las partes en el acuerdo de arbitraje (literal "b", inciso "i"), o si el lugar del cumplimiento de las obligaciones de la relación comercial, o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha (literal "b", inciso "ii"), y por último, si las partes han acordado expresamente que la materia objeto del convenio arbitral esté relacionada con diferentes Estados (literal "c").

También el artículo 7 de la LMACI hace alusión a la forma que la cláusula arbitral puede adoptar, ya sea como una cláusula inserta en un contrato o como un acuerdo independiente. Complementario a ello se exige que la cláusula conste por escrito, lo cual ha venido siendo una norma constante en los tratados y leyes internas⁵⁷.

El Capítulo Cuarto recoge el principio *kompetenz-kompetenz*, conforme al cual el tribunal arbitral está facultado para decidir acerca de su propia competencia y sobre la validez de la cláusula arbitral. De conformidad con el artículo 16, el tribunal arbitral debe resolver acerca de las excepciones como cuestión previa o mediante un laudo definitivo sobre el fondo del asunto. Este Capítulo también consagra la independencia de la cláusula arbitral respecto al resto de las cláusulas del contrato y la facultad de los árbitros de ordenar a las partes la adopción de las medidas provisionales cautelares que consideren pertinentes respecto al objeto del litigio.

El Capítulo Sexto desarrolla disposiciones sobre el pronunciamiento del laudo y la terminación de las actuaciones y determina las normas aplicables al fondo del litigio elegidas por las partes, y excluye expresamente las normas de conflicto y, por ende, la posibilidad de reenvío. Ante la falta de acuerdo de las partes, el tribunal arbitral queda facultado para identificar el derecho aplicable atendiendo a tales normas, usos

⁵⁷ FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos (1996). Derecho del Comercio Internacional. Madrid: Eurolex, p.483.

mercantiles y estipulaciones del contrato. La regla general consiste en que los árbitros sean de derecho; si deciden conforme a la equidad, deben ser expresamente autorizados por las partes. En aquellos casos de tribunales arbitrales colegiados, la adopción de las decisiones se realiza por mayoría de votos de sus miembros. Asimismo, establece el régimen general de terminación de las actuaciones arbitrales; faculta al tribunal arbitral a homologar el acuerdo o transacción de las partes mediante un laudo arbitral y establece los requerimientos generales de la forma y contenido de un laudo, así como su solicitud de corrección e interpretación, ejercida por alguna de las partes.

Sobre la nulidad del laudo arbitral, considerado como único recurso/ acción contra dicha decisión, la LMACI enumera en su Capítulo VII una serie de causales taxativas que pueden invocar las partes y el tribunal estatal. Esta lista se asemeja a las consagradas en la Convención de Nueva York, el Convenio de Ginebra y la Convención de Panamá para denegar el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales extranjeros. Dicha solicitud debe presentarse ante la autoridad jurisdiccional competente dentro del lapso de tres meses, contado a partir de la fecha de recepción del laudo.

Las partes, por un lado, pueden argüir: a) que una de ellas no tenía capacidad para celebrar el acuerdo de arbitraje o que el mismo no es válido conforme a la ley elegida por las partes o a la *lex fori*; b) la indebida notificación de la designación de un árbitro o de las actuaciones del proceso arbitral, o que no ha podido ejercer el Derecho a la defensa; c) el laudo se refiere a asuntos no previstos en el acuerdo de arbitraje o excede de los términos del arbitraje, en cuyo caso es posible anular parcialmente; d) la composición del tribunal arbitral o el procedimiento no se ajusta al acuerdo de las partes o a la Ley. La autoridad judicial competente para conocer de estos asuntos, por su parte, puede anular el laudo si comprueba que la cuestión objeto de litigio no es arbitrable, o que la sentencia arbitral es contraria a los principios fundamentales que orientan su ordenamiento jurídico (orden público).

Finalmente, el Capítulo Octavo regula el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales. Previamente, la Convención de Nueva York consagró el deber de los Estados

contratantes de reconocer la autoridad de los laudos arbitrales y conceder su ejecución, en atención a las normas de procedimiento nacionales (artículo III). Es, en definitiva, uno de sus propósitos esenciales, independientemente de si el arbitraje es internacional o no. Siendo ésta la regla, también considera su excepción: sólo puede denegarse tal reconocimiento y eventual ejecución si una de las partes o la autoridad judicial competente comprueba una de las causales taxativas en ella establecidas⁵⁸.

5 Regulación nacional.

5.1 Regulación Binaria o Dualista.

En Chile se optó por una reglamentación de carácter binaria del arbitraje, es decir, se distingue una normativa que rige para el arbitraje interno, donde aún resulta aplicable la normativa de los Códigos Orgánico de Tribunales y de Procedimiento Civil y el arbitraje internacional en donde se debe aplicar la nueva Ley de Arbitraje Comercial Internacional.

En nuestro país, el arbitraje interno o nacional se encuentra regulado, en su aspecto orgánico, en el Título IX del Código Orgánico de Tribunales, mientras que su parte procedimental general se enmarca dentro del Título VIII del libro III del Código de Procedimiento Civil. Por otro lado, el arbitraje internacional o extranjero se somete a las reglas determinadas en la Ley 19.971, sobre arbitraje comercial internacional, la cual es un reflejo de la Ley Modelo (LMACI) de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

5.2 LACI o Ley 19.971.

⁵⁸ Véase FOUCHARD, P, GAILLARD, E. & GOLDMAN, B. (1999). International Commercial Arbitration. The Netherlands: Kluwer Law International, p.126.

Chile aprobó en 2004 una ley de Arbitraje Comercial Internacional: la Ley N° 19.971. Esta ley no es sino la adaptación a nuestro ordenamiento jurídico de la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional. Desde el punto de vista de nuestro país, la adopción de esta nueva normativa se puede considerar un avance significativo en la inserción del derecho mercantil internacional, lo que sumado a la adopción de algunos textos sustantivos como la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, auguran un futuro favorable y una disposición de Estado para que a la inserción económica al mundo global le siga también la jurídica⁵⁹.

La Ley N° 19.971, sobre Arbitraje Comercial Internacional, establece en su ámbito de aplicación, tal como su nombre lo indica, las controversias que sean de carácter internacional y que versen sobre materias comerciales. Por consiguiente es imperativo determinar aquello que considera esta ley como controversias comerciales e internacionales.

En la ley modelo elaborada por la CNUDMI, no se define lo que debe considerarse como “comercial”, sin embargo la nota de pie al artículo 1, 1), señala que “Debe darse una interpretación amplia a la expresión "comercial" para que abarque las cuestiones que se plantean en todas las relaciones de índole comercial, contractuales o no. Las relaciones de índole comercial comprenden las operaciones siguientes, sin limitarse a ellas: cualquier operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios, acuerdo de distribución, representación o mandato comercial, transferencia de créditos para su cobro ("factoring"), arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra ("leasing"), construcción de obras, consultoría, ingeniería, concesión de licencias, inversión, financiación, banca, seguros, acuerdo o concesión de explotación,

⁵⁹ Por ello una de las razones que se plantearon para promulgar una nueva ley de arbitraje fue la multiplicación de las transacciones con cláusula de arbitraje. Al respecto el mensaje del ejecutivo a la cámara de diputados señaló lo siguiente: “Como es sabido una parte importante de estas transacciones toma la forma de contratos internacionales con cláusulas de arbitraje. Es evidente que al redactar dichas cláusulas es de vital importancia determinar el grado de especificidad de la ley que rige el arbitraje internacional”. Mensaje N° 15-349 de 2 de julio de 2003, del ejecutivo a la Cámara de Diputados, p. 2.

asociaciones de empresas y otras formas de cooperación industrial o comercial, transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima, férrea o por carretera”⁶⁰. A esto cabe agregar que la nota explicativa al final de la ley, señala dos cosas importantes. Primero que las operaciones que se mencionan en la nota de pie del artículo antes mencionado, lo son a manera meramente ejemplar, sin pretender limitar la expresión comercial a esos supuestos. En segundo lugar, dispone que lo que la ley nacional considere como comercial no debe ser un factor relevante a la hora de interpretar la ley.

Un segundo requisito para que sea aplicable la ley es que el conflicto sea de carácter internacional. Los criterios para considerar que un conflicto tiene el carácter de internacional son entregados por la propia ley en el artículo 1 N° 3. Estos criterios abren una importante ventana a la autonomía de la voluntad de quienes deseen someterse a arbitraje, como lo demuestra el artículo 1, N° 3, letra c) el que expresa que un arbitraje es internacional: “Cuando las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado”.

CAPÍTULO II

ARBITRABILIDAD.

1 Arbitrabilidad como criterio internacional de sometimiento.

En el Derecho Internacional, las sentencias de tribunales extranjeros son consideradas por el derecho doméstico como una solución ajena a la lógica del sistema jurídico nacional. Debido a esto, los Estados han determinado que es necesario una instancia para ejercer control respecto de dicho fallo. Esta necesidad se acentúa aún más si

⁶⁰ Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (1985) Con las enmiendas aprobadas en 2006. Disponible en: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/07-87001_ebook.pdf

hablamos de una sentencia que no está asociada a ningún Estado en particular, tal y como lo son las sentencias de tribunales arbitrales internacionales. Así nace el criterio de arbitrabilidad, pretendiendo ser una forma de proteger determinada materia por la importancia que reviste para el Estado, dando a entender que, para éste, su conocimiento y juicio deben estar exclusivamente reservados para tribunales ordinarios de justicia de dicho país.

La Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional no proporciona una definición de arbitrabilidad. A la vez, tampoco indica las materias que deberán ser consideradas como inarbitrables. Debido a esto, el grupo de trabajo de arbitraje y conciliación de la CNUDMI propuso plantear de manera clara y concisa el concepto de arbitrabilidad, planteándolo en el Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, que, en su párrafo 185 señala que “...incumbiría al Grupo de Trabajo determinar si las cuestiones susceptibles de arbitraje podían definirse en forma genérica, posiblemente mediante una lista ilustrativa de ellas, o si la disposición legal que se preparara con respecto a la posibilidad de recurrir al arbitraje debería definir los asuntos que no podían ser objeto de arbitraje. Se sugirió que se realizara un estudio de la cuestión de la posibilidad de recurrir al arbitraje y a otras formas de resolución alternativa de controversias en el contexto de los bienes inmuebles, la competencia desleal y la insolvencia. Sin embargo, se advirtió de que el tema relativo a esa posibilidad constituía un aspecto que planteaba cuestiones de orden público, que se sabía era muy difícil de definir de manera uniforme, y que, si se preparaba una lista definida de antemano de las cuestiones susceptibles de arbitraje, se podría restringir innecesariamente la capacidad de un Estado para atender ciertas preocupaciones de orden público que era probable que surgieran con el tiempo”⁶¹.

⁶¹ VÁSQUEZ PALMA, Ma. Fernanda (2006). “La arbitrabilidad objetiva: Aspectos históricos, modernas tendencias en derecho comparado y ubicación en el escenario legislativo chileno”. *Ius et Praxis*, vol.12, no.1 p.202.

Contrariamente, es el propio título de la ley, el que establece un acercamiento acerca de las materias que son o no susceptibles de arbitraje, ya que delimita como ámbito de aplicación el que la materia del conflicto sea de carácter comercial.

A pesar de este acercamiento, la arbitrabilidad ha sido definida por académicos como “un juicio abstracto del objeto del litigio que actúa como presupuesto de admisibilidad del convenio arbitral”⁶², contraponiéndose al concepto de inarbitrabilidad, que se refiere a la calificación que se les da a aquellos conflictos que no son susceptibles de ser sometidos a arbitraje.

Respecto de este concepto, diversos países se han pronunciado a través de sus propias normativas con el objetivo de delimitar el presupuesto de admisibilidad de determinada acción al arbitraje. Un ejemplo de ello es el Código General del Proceso de Uruguay que, en su artículo 476, señala que: “No pueden someterse a proceso arbitral las cuestiones respecto a las cuales está prohibida la transacción”⁶³. Por otro lado, en España la Ley 60/2003 de Arbitraje, señala en su artículo 2 N° 1 que “Son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho.”⁶⁴. La ley alemana determina que serán arbitrables las causas de naturaleza patrimonial, utilizando términos similares a la ley suiza, que determina como arbitrables aquellas “pretensiones que tienen un valor económico para las partes”. En lo que respecta a América Latina, la ley boliviana de arbitraje repite la noción de que serán arbitrables los derechos de carácter disponible. Como es evidente, la manera de abordar la arbitrabilidad de los distintos países comentados es siempre desde la base de que los derechos disputados sean de carácter transigibles y de carácter patrimonial.

⁶² COIPEL-CORDONIER, Nathalie (1999). Les conventions d'arbitrage et d'éllection de for en Droit international privé. París: LGDJ. pp. 220-222.

⁶³ Ley 15.982 Código General Del Proceso de Uruguay.

Disponible en: <https://www.impo.com.uy/bases/codigo-general-proceso/15982-1988>

⁶⁴ Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado de España. Disponible en: <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/contract/Larbr-03.htm>

Respecto del carácter de transigible de los derechos es menester aclarar que si, al hablar de materias de libre disposición, la referencia se hace respecto de normas que regulan el fondo de una determinada materia, o bien, respecto de la disponibilidad de la acción para poder acudir al arbitraje⁶⁵. Respecto de la primera opción, es decir, si entendemos la transigibilidad como algo expresado en normas que regulan el fondo de una determinada materia, esta podría ser de la siguiente manera: “(...) sólo podrá versar el arbitramiento sobre cuestiones o derechos susceptibles de disposición por las partes, o como reiteradamente lo ha sostenido la legislación y la jurisprudencia, por personas que tengan capacidad de transigir, o dicho de otro modo, capacidad plena, porque sólo las cuestiones respecto de las cuales sea lícito o permitido transigir pueden ser sometidas a arbitraje”⁶⁶. Por otro lado, la segunda postura relativa al entendimiento de la transigibilidad como disponibilidad de ejercer la acción en tribunales arbitrales, esta plantea que: “(...) un litigio es arbitrable sólo cuando el procedimiento arbitral es susceptible de proporcionar a las partes una tutela de los derechos en que se basan sus pretensiones equivalentes al que pueda proporcionar el procedimiento judicial declarativo ordinario, y en términos negativos un litigio es inarbitrable cuando por motivos de índole jurisdiccional, el procedimiento arbitral resulta inadecuado para resolverlo”⁶⁷.

Ahora bien, es preciso no confundir las normas imperativas que rigen una materia, que pueden prohibir una determinada conducta, con la normativa procesal que rige la labor arbitral y la capacidad de las partes de acudir o no a tribunales arbitrales.

El arbitraje es un verdadero proceso que, aun pudiendo regirse por elementos elegidos contractualmente, debe atenerse a las garantías procesales mínimas de todo proceso. Es

⁶⁵ BAUZA VIDAL, Nuria (2000). “La Arbitrabilidad de los Litigios en la encrucijada de la Competencia Judicial Internacional y de la Competencia Arbitral”. *Revista Española de Derecho Internacional*. Núm. LII-2, p.272.

⁶⁶ VÁSQUEZ PALMA, Ma. Fernanda. ob. cit. p.203.

⁶⁷ Ídem.

por esto que perfectamente podría ocurrir que las partes decidieran incluir cláusulas en un contrato que transigiera normas sustantivas, pero relativa a materia arbitrable⁶⁸. En dicho caso, el árbitro será efectivamente competente en lo que a la materia del juicio respecta, mas deberá fallar conforme a las normas imperativas.

De esta manera, “el arbitraje, en tanto equivalente jurisdiccional ofrece a los particulares la posibilidad de que, en las “materias de libre disposición”, excluyan la competencia de los tribunales judiciales, pero no la posibilidad de que eludan las normas imperativas”⁶⁹. Es por esto que la expresión “materias de libre disposición” debe ser necesariamente relacionarse con la disponibilidad de la acción, esto es, a la posibilidad de renunciar al derecho de acudir a los tribunales ordinarios. Es importante señalar que a lo que se renuncia no es a los derechos de fondo, sino a la posibilidad de someter dichos derechos de fondo a la decisión de una justicia distinta a los tribunales ordinarios⁷⁰.

El segundo punto relativo a los elementos de la arbitrabilidad según la normativa de Derecho Comparado recién mencionada es la noción de derechos de contenido patrimonial. Ello se ha vuelto particularmente común, ya que se ha avanzado a hacer arbitrables materias que antes no lo eran, como ocurre con materias relacionadas a economía y derecho del consumidor. Se hace cada vez más frecuente el que un Estado nacional permita a sus particulares sustraer un asunto de ser conocido por la justicia ordinaria para pasar a ser conocido por un tribunal ajeno a esta, como lo es un tribunal arbitral, extendiendo así día a día la arbitrabilidad.

⁶⁸ BAUZA VIDAL, Nuria (2000). La Arbitrabilidad de los Litigios en la encrucijada de la Competencia Judicial Internacional y de la Competencia Arbitral. Revista Española de Derecho Internacional. Núm. LII-2, p. 275.

⁶⁹ BAUZA VIDAL, Nuria. ob. cit., p. 376.

⁷⁰ *Ibíd.* pp. 371-394.

Ahora bien, dentro de esta arbitrabilidad se han distinguido dos polos: por un lado está la arbitrabilidad objetiva, y por otro la arbitrabilidad subjetiva. En esta dualidad nos centraremos en los próximos apartados.

2 Arbitrabilidad objetiva: Qué materias pueden someterse a arbitraje.

Fijar los límites del campo de la arbitrabilidad es de vital importancia para la institución misma del arbitraje, ya que, si la materia objeto de un laudo arbitral no es arbitrable, podría atacarse el convenio arbitral o el mismo laudo, habiendo realizado en vano todo el procedimiento. Ahora, cuando se habla de procedimientos arbitrales internacionales esta importancia es aún mayor, ya que no solo importará delimitar la arbitrabilidad de acuerdo con la legislación por la cual se rigen las partes, sino que, además, según aquella donde se pretende hacer cumplir la sentencia. Sin dicho chequeo, el laudo sería ineficaz⁷¹.

El profesor Manuel Santos Balandros, en materia de arbitrabilidad, distingue entre arbitrabilidad subjetiva o *rationae personae* y la arbitrabilidad objetiva. La arbitrabilidad subjetiva, según él, dice relación con la capacidad de las personas de celebrar o no un acuerdo de arbitraje: “En este caso corresponde preguntar si ciertas personas, por su naturaleza o su función, pueden llegar a concertar un arbitraje válido.” En tanto que la arbitrabilidad objetiva es la referida a vedar la posibilidad de que una determinada materia objeto de un litigio sea resuelta mediante arbitraje⁷².

2.1 Aspectos históricos: La arbitrabilidad a través del tiempo.

⁷¹ VÁSQUEZ PALMA, Ma. Fernanda. ob. cit. p.181-213.

⁷² SANTOS BALANDROS, Ruben (2002). Seis Lecciones sobre arbitraje privado (interno e internacional). Montevideo, Uruguay: Editorial Asociación de escribanos del Uruguay, pp.75-85.

Con el fin de comprender las tendencias contemporáneas sobre el concepto de arbitrabilidad, necesariamente se debe conocer los cambios a través de la historia de la institución. A continuación, en el afán de comprender la actual noción de la arbitrabilidad e inarbitrabilidad, haremos un recuento de los momentos que más han marcado dichos conceptos y el arbitraje en general.

Los inicios del arbitraje se remontan, como la mayoría del derecho occidental, en el Derecho Romano⁷³. En él existían tres instituciones fundamentales, el iudex, el arbiter y el arbiter ex compromisso, siendo este último el primer antecedente que tendríamos de un árbitro como actualmente se les conoce, ya que, a diferencia de los dos primeros, el arbiter ex compromisso no requería para su ejercicio de ninguna autoridad pública que lo nombrara. Lo único que se requería para que las partes acudieran a alguna de estas instituciones era la existencia de un "conflicto" entre aquellas. Respecto de las materias que solían someterse al arbiter ex compromisso, acostumbraban a ser de aquellas que requerían de gran discreción, ergo, la elección de una persona de confianza en quien delegar la solución de sus conflictos.

El periodo de tiempo entre los siglos VIII y XIII se caracteriza por adoptar un criterio económico de modo que sólo los conflictos de cuantía inferior a determinado monto podían someterse a la justicia arbitral.

Ahora, donde verdaderamente la justicia toma predominantemente carácter arbitral es en la Edad Media⁷⁴. Esto se debe, principalmente, a que las condiciones de vida lo propician toda vez que los Estados no contaban con una organización estable que les permitiera a los poderes del Estado la autoridad suficiente. Es por esto por lo que los burgueses, artesanos y comerciantes buscan y proporcionan justicia en sus gremios, en

⁷³ MURGA, José Luis (1989). Derecho romano clásico II. El proceso. Tercera edición, Zaragoza, Publicaciones de la ciudad de Zaragoza., p. 271-291, citado por GASPAR LERA, Silvia (1998). El ámbito de aplicación del arbitraje. Madrid: Ed. Arazandi, p. 27.

⁷⁴ MENTHÓN (1926). Le role l'arbitrage dans l'evolution judicature, Paris, p. 127. Citado por CHILLÓN MEDINA, José María y MERINO MARCHÁN, José Fernando (1978). Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional. Madrid, España: Ed. Civitas, p.47.

los grandes señores feudales o en el mismo rey y sus delegados⁷⁵, tal cual fueran árbitros como actualmente se conocen.

Ya en Las Partidas se estableció que no podían someterse a arbitraje los delitos que merecían pena corporal, tal como la muerte, mutilación, escarmiento, o destierro, razón por la cual no todos los delitos eran inarbitrables, sino que era la pena asignada la que creaba el criterio⁷⁶. Los delitos que merecían penas pecuniarias, como los de injurias y calumnias, sí eran arbitrables, ya que se entendía que por su perpetración no se estaba perjudicando a la comunidad⁷⁷. Es por esta misma lógica que en esta época tampoco constituían materia arbitrable las causas relativas la libertad o su contraposición, la servidumbre, ya que, aunque eran de interés privado, influían de gran manera en la armonía social.

Junto con la Revolución Francesa, el arbitraje comienza a perfilarse como un remedio eficaz contra los abusos, lentitudes y gastos de la justicia. Tanto es así que la Asamblea Constituyente lo declara en el año 1790 como, "el medio más razonable de terminar los litigios de los ciudadanos" y lo eleva a la categoría de principio constitucional, estableciendo que: "El derecho de los ciudadanos para terminar definitivamente sus litigios por la vía del arbitraje no puede sufrir restricción alguna por el Poder Legislativo"⁷⁸.

Con estos antecedentes es posible concluir que la arbitrabilidad ha sido una institución que ha mutado profundamente con el transcurso del tiempo, cuya circunscripción se vincula directamente con la instrumentalización política que se le ha querido dar en cada época. Básicamente, mientras más se confiaba en el arbitraje como método para

⁷⁵ Ídem

⁷⁶ VÁSQUEZ PALMA, Ma. Fernanda ob. cit. p.181-213.

⁷⁷ MENTHÓN, ob. cit. p. 127.

⁷⁸ AYLWIN AZOCAR (1982). p.74.

solucionar conflictos, más amplia era la gama de materias que se permitía encomendar al arbitraje.

A pesar de esto, no hay que olvidar que desde los orígenes del arbitraje efectivamente existe una tendencia a permitir arbitrar materias de índole económica o patrimonial, toda vez que estos se entendían como intereses privados de las partes, de la misma manera que no podemos ignorar el meridiano consenso que existía al considerar excluidas materias que requerían del poder de imperio de un tribunal y aquellas donde existía un predominante interés del orden público.

Es por lo que, del desarrollo histórico de la arbitrabilidad, podemos deducir que no ha existido conexión coherente en torno a las materias que se ha definido que pueden o no someterse a arbitraje. Es más, da la marcada impresión de que han sido influencias políticas las que han forjado la delimitación de la arbitrabilidad, siempre dependiendo de cuanta confianza depositaban en la institución del arbitraje y cuanto beneficio les traía practicar este tipo de justicia.

2.2 Tendencia de arbitrabilidad en el derecho comparado.

En el afán de realizar un breve repaso de cómo entiende el derecho comparado el concepto de arbitrabilidad y sus fronteras es que analizaremos el efecto expansivo que se ha producido en la actualidad en las materias relativas al arbitraje internacional y que ha producido una ampliación de las materias que pueden someterse a arbitraje.

2.2.1 Los Estados Unidos de América.

Esta expansión de las materias arbitrables ha sido reafirmada principalmente por el caso *Mitsubishi Motor Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.* del año 1985 que sienta un precedente al determinar como arbitrable materias de antitrust (antimonopolio). La sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América reafirmó la

jurisprudencia precedente del caso “The Bremen y Scherck” y señaló que dicho caso “establece una fuerte presunción a favor de la ejecución de disposiciones libremente negociadas que eligen un foro. (...) Al menos desde la adhesión de esta nación en 1970 a la Convención de Nueva York, y su implementación por enmienda a la Ley Federal de Arbitraje, esa política federal se aplica con fuerza especial en el campo de comercio Internacional (...) Será menester a los tribunales nacionales subordinar sus nociones domésticas de arbitrabilidad a la política internacional que favorece el arbitraje comercial”⁷⁹. Este fallo tiene dos elementos importantes: En primer lugar, declara como arbitrable materia relacionada con libre competencia, cuestiones que anteriormente eran declaradas con unanimidad como indisponibles e inarbitrables por los derechos de diferentes naciones. Y, en segundo lugar, el fallo implanta la idea de que los tribunales nacionales deben subordinar sus nociones de arbitrabilidad a una política internacional favorable al arbitraje internacional⁸⁰.

2.2.2 España.

Al respecto, la ley de arbitraje de España en su artículo 1 faculta a las partes a someter sus disputas presentes y futuras a arbitraje siempre que se trate de materias de su libre disposición⁸¹. De esta manera, para la ley de arbitraje española todas las materias son susceptibles de ser sometidas a arbitraje, exceptuando las que se señalan en el artículo 2º. Dentro de estas situaciones se encuentran, por ejemplo, las cuestiones sobre las que haya recaído resolución judicial firme y definitiva, las materias inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tengan poder de disposición, y las cuestiones en que,

⁷⁹ BECK FURNISH, Dale (1997). “El arbitraje de controversias comerciales en el derecho de los Estados Unidos: Un foro idóneo para el comercio internacional”. *Resolución de controversias comerciales en América del Norte*. Instituto de Investigación Jurídica. UNAM.

⁸⁰ MEREMINSKAYA, Elina (2006). “Validez y ejecutabilidad del acuerdo de arbitraje comercial internacional”. *Foro de Derecho Mercantil*, N° 12, B. pp. 91-129, p.117.

⁸¹ Véase ESPLUGUES MOTA, Carlos; BARONA VILAR, Silvia y HERNÁNDEZ MARTÍ, Juan (1999). *Contratación internacional*. Ed. Tirant lo Blanch. Tratados. Comentarios y Prácticas Procesales. 2ª Edición

con arreglo a las leyes españolas deba intervenir el Ministerio Fiscal en representación y defensa de quienes, por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no pueden actuar por sí mismos.

2.2.3 México.

Por su parte, el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal de México señala en su artículo 615 las materias inarbitrables: “*No se pueden comprometer en árbitros los siguientes negocios: I. El derecho de recibir alimentos; II. Los divorcios, excepto en cuanto a la separación de bienes y a las demás diferencias puramente pecuniarias; III. Las acciones de nulidad de matrimonio, IV. Los concernientes al estado civil de las personas; V. Los demás en los que prohíbe expresamente la ley.*” En México además resultan inarbitrables tanto nacional como internacionalmente las cuestiones fiscales, penales y de divorcio⁸².

2.2.4 Paraguay.

En el caso de Paraguay, el artículo 774 de su Código de Procedimiento Civil titulado “Objeto del arbitraje” señala que no podrán ser objeto de arbitraje, so pena de nulidad, cuestiones que versen sobre el estado civil y capacidad de las personas, las referentes a bienes del Estado o municipales, aquellas en las cuales se requiere intervención del ministerio público, las que tengan por objeto la validez o nulidad de disposición de última voluntad; y, en general, las que no puedan ser materia de transacción⁸³.

Las normativas descritas precedentemente nos permiten sintetizar un criterio según el cual el Estado ha dispuesto que se excluye del ámbito del arbitraje una serie de materias

⁸² SILVA SILVA, Jorge Alberto (2001). “Arbitraje Comercial Internacional”. *Oxford University Press Mexico*, 2º Ed., p.83.

⁸³ *Ibíd.* p. 880.

en las cuales tiene especial interés en reservarse la jurisdicción por razones de interés general y armonía social. Además, se desprende que delinear principios comunes es difuso y complejo, pero que, a pesar de esto, es posible dilucidar, que existe una clara tendencia a expandir los límites de la arbitrabilidad a situaciones que antes se consideraban a priori inarbitrables.

3 Arbitrabilidad subjetiva: la capacidad de las partes de someter por mutuo acuerdo los posibles conflictos que pudieran surgir entre ellas a la justicia arbitral.

El arbitraje como medio de solución de controversias constituye una excepción a la regla general, que es el monopolio de la administración de justicia por parte del Estado. En ese sentido, como ya hemos mencionado, no todas las materias pueden ser sometidas al arbitraje, ni todas las personas pueden solucionar las controversias a través de este mecanismo. Es de este último supuesto a que nos avocaremos en esta sección: Si la cuestión de la arbitrabilidad responde a los sujetos para quienes será obligatoria la decisión del tribunal, entonces estaremos ante un escenario de arbitrabilidad subjetiva.

La arbitrabilidad subjetiva, ha sido definida como “la capacidad de la persona para someterse al arbitraje”⁸⁴, es decir, la capacidad que tienen las partes de disponer del derecho u obligación objeto del conflicto jurídico que se pretende someter a arbitraje.

En esta línea, la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia en su sentencia SU-174/2007, señaló que la arbitrabilidad subjetiva establece “*quiénes pueden acudir al mecanismo del arbitraje para resolver sus conflictos de carácter transigible. Si bien persiste, en algunos sistemas jurídicos extranjeros, un debate sobre el alcance de la arbitrabilidad razione personae, en nuestro ordenamiento jurídico el legislador ha*

⁸⁴ SALCEDO CASTRO, Myriam (2005). Arbitrabilidad Subjetiva: la capacidad de las entidades públicas para concluir contratos de arbitraje en: SILVA ROMERO, Eduardo y MANTILLA ESPINOZA, Fabricio: El Contrato de Arbitraje, Bogotá, Editorial Legis, p. 113.

*dejado en claro que pueden recurrir al arbitramento las personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado, nacionales o extranjeras, que tengan capacidad de disposición respecto de sus derechos transigibles. Es decir, el arbitramento es un mecanismo abierto, en general, a todas las personas, siempre que cuenten con capacidad dispositiva*⁸⁵.

Puede decirse que la arbitrabilidad subjetiva plantea una cuestión de consentimiento. No resulta concebir que quien no tiene disposición sobre un derecho decida someterlo al arbitraje. El arbitraje en tanto que un negocio jurídico comporta la necesidad de analizar los elementos de validez del contrato de arbitraje, especialmente la capacidad, estableciendo qué operadores jurídicos son incapaces de remitir las controversias al arbitraje. Esta manifestación de la arbitrabilidad está centrada en las cuestiones relativas a la capacidad para obligarse por el convenio arbitral, lo que conduce a verificar si la participación de determinados sujetos en el mismo puede también vulnerar el orden público. Una diferenciación, a efectos sistemáticos, que no implica una necesaria consideración separada se presenta cuando no se permite someter al arbitraje una determinada controversia, por razón del carácter, naturaleza o calidad de las partes en conflicto⁸⁶.

CAPÍTULO III

ANTECEDENTES DE LA RELACIÓN ENTRE ARBITRAJE Y LAS VULNERACIONES CORPORATIVAS A LOS DERECHOS HUMANOS.

1 Historia jurisprudencial.

⁸⁵ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia SU-174/07, M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, Bogotá, 14 de marzo de 2007.

⁸⁶ Fernández Rozas, José Carlos (2019). “Algunas consideraciones sobre la noción de arbitrabilidad”. Argentina: *Revista Argentina de Arbitraje* N°4, p.3.

La confidencialidad es uno de los motivos por los que las partes eligen el arbitraje internacional para resolver una disputa⁸⁷. Por ello, muchos laudos arbitrales no están disponibles para el público, sin embargo, no todos los laudos son confidenciales. La relevancia exponencial que han tomado las temáticas en torno a derechos humanos puede observarse en este punto.

En esta sección se presentarán laudos en los que los tribunales arbitrales han tomado en consideración a la hora de emitir una sentencia, las materias de derechos humanos en el arbitraje internacional, los tres casos se refieren al arbitraje de inversiones. Los derechos humanos y el arbitraje de inversiones han sido históricamente dos áreas del derecho consideradas como estructuralmente diferentes⁸⁸.

Antes de presentar los casos, cabe introducir las tres vías alternativas para plantear una reclamación en el arbitraje de inversiones. En primer lugar está la alternativa que nunca se ha utilizado, aquella en que un Estado actúa como demandante, presentando una demanda contra un inversor por abuso a los derechos humanos. Esto puede servir para que las víctimas de abusos de los derechos humanos relacionados con las empresas realicen una reclamación indirecta mientras el Estado actúa como demandante oficial. La segunda opción es cuando el Estado actúa como demandado por violación de los derechos humanos y el inversor actúa como demandante. La tercera opción es cuando el Estado actúa como demandado pero presenta una contrademanda o reconvencción por la violación de los derechos humanos por parte del inversor⁸⁹.

1.1 Urbaser v. Argentina.

⁸⁷ BORN, Gary (2015). *International Arbitration: Law and Practice*, Second Edition., Kluwer Law International, p.13.

⁸⁸ FERIA-TINTA, Mónica (2017). *Like Oil and Water? Human Rights in Investment Arbitration in the Wake of Philip Morrisv. Uruguay*, p 603.

⁸⁹ VIDAK-GOJKOVIC, E., BLAIR, C., MEUDIC-ROLE, M-A (2018). "The Medium Is the Message: Establishing a System of Business and Human Rights Through Contract Law and Arbitration". *Journal of International Arbitration*, Volume 35 Issue 4, p. 402.

Urbaser v. Argentina⁹⁰ fue un hito para el arbitraje de inversiones y el arbitraje comercial y de Derechos Humanos (en adelante “BHR” por sus siglas en inglés *business and human rights arbitration*) por tres razones. En primer lugar, Urbaser v. Argentina fue la primera vez que los principios de derechos humanos se utilizaron como el fundamento del escrito de reconvención bajo el cual el tribunal arbitral de inversiones acogió la jurisdicción. En segundo lugar, la reconvención se dirigió a nivel horizontal contra una parte privada. En tercer lugar, el caso es una de las pocas ocasiones conocidas en las que el Soft Law o derecho indicativo, como los Principios Rectores de la ONU⁹¹ y el Convenio Europeo de Derechos Humanos⁹² fueron señalados por un tribunal arbitral.

El Estado anfitrión, Argentina, había puesto en marcha medidas de emergencia para hacer frente a las secuelas de la crisis financiera del año 2001. El inversor, empresas españolas (Urbaser y CABB) debido a su participación en Aguas del Gran Buenos Aires (AGBA), una sociedad creada por inversionistas y accionistas extranjeros, a la que se le adjudicó, a principios de 2000, la concesión de servicios de agua potable y saneamiento en la provincia de Buenos Aires, presentó una demanda en la que alegaba que estas medidas de la concesión tenían un impacto negativo sobre los servicios de agua y alcantarillado en Buenos Aires. Argentina presentó una demanda reconvencional contra el inversor argumentando que la falta de inversión en la concesión provocó violaciones a los derechos humanos. El problema era que la población no tenía acceso al agua, lo que como resultado tenía efectos nocivos en la salud de la población y en el medio ambiente.

⁹⁰ Urbaser S.A. v. Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/26, 8 December 2016.

⁹¹ ONU (2011). Principios rectores sobre las empresas y los Derechos Humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para "proteger, respetar y remediar". Disponible en: https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf

⁹²Convenio Europeo de Derechos Humanos, 1 de noviembre de 1998. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1249.pdf>

El tribunal arbitral desestimó la reconvencción, declarando que la cuestión relativa a si el inversor debía garantizar el funcionamiento de los servicios de agua tenía su origen en el derecho interno y no en el derecho internacional. Sin embargo, el tribunal declaró que la situación habría sido diferente en el caso de que hubiera existido una prohibición expresa de cometer una infracción contra los derechos humanos⁹³. Esta fue, como se mencionó anteriormente, la primera vez que un tribunal arbitral se declaró competente sobre una demanda en materia de derechos humanos. El tribunal declaró incluso una obligación negativa para los inversores de no contribuir a la actividad infractora en materia de derechos humanos⁹⁴. El fundamento del tribunal para fallar bajo el acuerdo utilizado fue que la situación se enmarcaba en el sistema general del derecho internacional⁹⁵. Esto fue un punto de inflexión en materia de arbitraje internacional, los derechos humanos a partir de ahí serían normas que el arbitraje de inversiones aplica, porque se desprenden de los principios del derecho internacional. Una definición de jurisdicción lo suficientemente amplia conducirá, en consecuencia, a una jurisdicción donde el tribunal arbitral aborde las reclamaciones relacionadas de manera extensiva. El Grupo de Trabajo de las Reglas de la Haya⁹⁶ considera que esta decisión incentivó a los tribunales arbitrales a abordar futuras disputas sobre derechos humanos.

1.2 David Aven v. Costa Rica.

El enfoque adoptado por el tribunal arbitral en el caso Urbaser v. Argentina fue utilizado posteriormente en el caso David Aven v. Costa Rica⁹⁷. Un terremoto en Costa Rica causó daños ambientales a humedales no revelados durante la operación de un proyecto inmobiliario. La cuestión a delimitar en esta demanda reconvenccional era si el

⁹³ Urbaser S.A. v. Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/26, 8 December 2016 §§1210-1220.

⁹⁴ Ibid §1199

⁹⁵ Ibid. § 1201.

⁹⁶ VIDAK-GOJKOVIC *et al.*, pp. 379–410.

⁹⁷ David R. Aven y Otros v. República de Costa Rica, Caso CIADI No. UNCT/15/3 laudo de fecha 18 de septiembre de 2018.

tribunal arbitral tenía jurisdicción sobre las acciones de incumplimiento bajo el Tratado de libre comercio entre la región Centroamericana, República Dominicana y los Estados Unidos de América (en adelante “DR-CAFTA”) después de que Costa Rica había hecho una reclamación de que sus leyes en materia de medioambiente habían sido violadas.

El tribunal arbitral respondió a tres criterios. En primer lugar, el lenguaje del acuerdo internacional de inversión pertinente. En segundo lugar, la jurisprudencia en materia de arbitraje de inversiones y, en tercer lugar, la economía y eficiencia. El tribunal arbitral declaró que el lenguaje del artículo del tratado medioambiental 10.9.3.c y el artículo 10.11 del DR-CAFTA apuntaban a que el inversor tenía la obligación de cumplir tanto con el derecho interno ambiental como con el Derecho Internacional. Esto también incluiría las medidas adoptadas por el Estado anfitrión para la protección de los seres humanos, flora y fauna. Por lo tanto, el incumplimiento de dichas medidas violaría tanto el derecho interno como el internacional y daría lugar a la responsabilidad del inversor⁹⁸, finalmente el tribunal arbitral desestimó la reconvencción por no haberse respetado los artículos pertinentes del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI⁹⁹.

El tribunal declaró que los inversores podían estar sujetos a obligaciones en materia de derechos humanos aunque la aplicación del derecho ambiental incluya principalmente a los Estados¹⁰⁰. Sin embargo, el tribunal arbitral terminó el laudo con declaraciones bastante confusas al manifestar cierta incertidumbre sobre la obligación positiva del tratado a los inversores así como su apoyo en cierta medida a la acción de reconvencción¹⁰¹. Independiente de que el fallo del tribunal arbitral no es del todo claro, expertos señalaban que la decisión confirma el camino ya emprendido por el tribunal en

⁹⁸ Ibid § 734

⁹⁹ Ibid. §§ 744-747

¹⁰⁰ Ibid § 737

¹⁰¹ Ibid § 743

el caso Urbaser v. Argentina, siendo ésta ya no un caso aislado, toda vez que, decisiones similares deberían ser una señal de una tendencia¹⁰².

1.3 Glamis Gold Ltd. v. United States of America.

Los tribunales arbitrales se han mostrado dispuestos a incluir materias de derechos humanos en los laudos arbitrales mediante la interpretación amplia de las obligaciones contractuales de las partes. El caso Glamis Gold Ltd. v. United States of America presenta un ejemplo de cuando un tribunal arbitral se remite a la jurisprudencia en materia de derechos humanos para interpretar conceptos cuando las violaciones a derechos humanos no estaban contempladas en el acuerdo o en la ley aplicable¹⁰³.

Glamis Gold Ltd., una empresa minera de oro canadiense, presentó una demanda de arbitraje en virtud del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, alegando que los Estados Unidos de América había incumplido sus obligaciones en virtud del Capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (en adelante “TLCAN”). Glamis Gold Ltd. alegó que sus derechos para extraer oro en California habían sido expropiados mientras que los Estados Unidos de América había negado el trato justo y equitativo cuando Glamis Gold Ltd. intentó emplear esos derechos¹⁰⁴. Al interpretar el concepto de trato justo y equitativo establecido en el artículo 1105 del TLCAN, el tribunal arbitral declaró que el artículo “*debe entenderse por referencia al derecho internacional consuetudinario de trato mínimo de los extranjeros*”¹⁰⁵.

El tribunal arbitral desestimó posteriormente la demanda ya que se determinó que el conjunto de conductas de los Estados Unidos de América no constituía una violación

¹⁰² NICA, Andreea (2018). “David Aven v. Costa Rica: An Aftershock of Urbaser v. Argentina?” *Kluwer Arbitration Blog*.

¹⁰³ Glamis Gold Ltd. v. United States of America NAFTA ch. 11 laudo de fecha 8 de junio de 2009

¹⁰⁴ *Ibíd* § 1

¹⁰⁵ *Ibíd* § 599

del concepto de trato justo y equitativo¹⁰⁶, sin embargo, la doctrina sostiene que el laudo ilustra un nivel de sensibilidad mayor por parte del tribunal arbitral ya que incluyó una dimensión de un contexto público más amplio a la disputa mientras determinaba su resolución¹⁰⁷.

2 Soft law o Derecho Indicativo.

Históricamente, no existía una obligación expresa para que las empresas siguieran los principios en materia de derechos humanos. La Responsabilidad Social de las Empresas (en adelante “RSE”) era un concepto nuevo para la comunidad empresarial que comenzó su desarrollo en la década de 1950 en los Estados Unidos de América¹⁰⁸.

Las empresas comenzaron a tener la responsabilidad de contribuir a la sociedad. Los líderes empresariales hablaron de la nueva responsabilidad de las empresas, en las que los altos directivos debían aspirar a convertirse en buenos ciudadanos y aspirar a un mayor deber de gestión profesional. Además, se hizo hincapié en que las empresas son instrumentos de la sociedad y, por lo tanto, deben contribuir a encontrar soluciones a los complejos problemas sociales¹⁰⁹. Esta obligación de las empresas hacia la sociedad y su papel en la formación de una sociedad mejor se convirtió en el concepto de Responsabilidad Social de la Empresa.

El auge de la RSE enfrentó obstáculos cuando al principio no se consideraba y se marginaba, hasta que en los años 90 la sociedad empezó a tomar conciencia de este

¹⁰⁶ *Ibíd.* § 824-829

¹⁰⁷ COCHRANE, Meg (2020). “Analysing the Overlap Between Arbitration and Human Rights”. *The International Journal of Arbitration*, Volume 86 Issue 2, p. 189.

¹⁰⁸ BANERJEE, S. Bobby (2007). *Corporate Social Responsibility: The Good, the Bad and the Ugly*. UK: Edward Elgar Publishing Cheltenham, p.5.

¹⁰⁹ ABRAMS, Frank (1951). “Management’s responsibilities in a complex world”. *Harvard Business Review*, Volume 29 Issue 3, p. 29.

concepto¹¹⁰. La importancia de los derechos humanos en la RSE y la responsabilidad de las empresas en la protección de los derechos humanos se introdujo en el debate público¹¹¹.

Las empresas debían cumplir con la RSE para obtener buenos resultados, lo cual era producto de la creciente influencia del concepto. El hecho de que un gran grupo de empresas siguiera el concepto de RSE dio lugar a un mayor campo de aplicación para los derechos humanos. Una empresa que siguiera los principios de los derechos humanos aumentaría sus posibilidades de obtener beneficios de una forma que no había experimentado antes. Algunos ejemplos de las consecuencias beneficiosas para las empresas de seguir los principios de derechos humanos eran, y siguen siendo: una mejor reputación e imagen, una ventaja competitiva y una mayor lealtad entre los miembros del personal. Además las expectativas de los inversores pueden cumplirse más fácilmente cuando los beneficios recientemente mencionados contribuyen al éxito de los resultados¹¹². Una obligación consuetudinaria de seguir los principios de los derechos humanos se convirtió en una parte del concepto de RSE.

La razón que subyace a la decisión de seguir la RSE de una empresa puede tener motivaciones tanto externas como internas. Incluso el que las empresas pueden ganar estatus público cuando abogan por los derechos humanos. Un gran impulso para que las empresas cumplan las normas de derechos humanos son los motivadores internos más que los externos (incluida la presión pública)¹¹³. Sin embargo, esto no excluye que las propias empresas necesitan complacer a las partes interesadas para mantener su apoyo¹¹⁴.

¹¹⁰ CRANE, A., MCWILLIAMS, A., MATTEN, D., MOON, J., SIEGEL, D.S. (2008). "The Oxford Handbook of Corporate Social Responsibility" *Oxford University Press*, p.4.

¹¹¹ BANERJEE, ob. cit p.94

¹¹² *Ibíd.* p.101

¹¹³ ALFORD, Roger P. (2008). "Arbitrating Human Rights". *Notre Dame Law Review*, Volume 83 Issue 2, p. 530.

¹¹⁴ *Ibíd.* p. 531

La relación entre las empresas y los derechos humanos acabó necesitando una mayor regulación y, en última instancia, la generación de normas internacionales de Derecho Indicativo o Soft Law centradas en los derechos humanos. Las normas surgieron de organizaciones con el objetivo de orientar a los gobiernos y a los agentes del mercado, por ejemplo, en lo que respecta a la conducta de las empresas multinacionales, a través de organizaciones como la ONU se ha influido en sus obligaciones no vinculantes en materia de derechos humanos.

En junio de 2011, El Consejo de Derechos Humanos de la ONU presentó los Principios Rectores de la ONU los que se basan en tres pilares de los derechos humanos. El primer pilar es el deber del Estado de proteger contra los abusos a los derechos humanos, el segundo pilar es la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos, y el tercer pilar es el acceso a recursos efectivos contra los abusos a los derechos humanos¹¹⁵.

Aparte de los instrumentos, que son producto de la ONU, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), han contribuido al ámbito del derecho no vinculante en materia de derechos humanos. Las contribuciones son diversas iniciativas y directrices, como las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales de 2011, un extenso código de conducta que abarca temas como el derecho laboral, medio ambiente y los intereses de los consumidores¹¹⁶.

La intención de las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales de 2011 es moldear el comportamiento de las empresas que son parte de la inversión

¹¹⁵ Principios rectores sobre las empresas y los Derechos Humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para "proteger, respetar y remediar". 16 de junio 2011 disponible en: https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf

¹¹⁶ OCDE (2013). Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, OECD publishing. Disponible en: <https://www.oecd.org/daf/inv/mne/MNEguidelinesESPANOL.pdf>

extranjera directa¹¹⁷. Otra contribución es la Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social de la OIT con el fin de proteger el proceso social y económico del Estado anfitrión, garantizando que las inversiones extranjeras directas terminen como se pretende¹¹⁸. En resumen, el Derecho Internacional Indicativo, no vinculante, o Soft Law ha tenido una enorme repercusión en el desarrollo de los litigios en materia de derechos humanos, ya que ha condicionado el comportamiento de las empresas.

La obligación informal de las empresas de respetar las materias de derechos humanos se fortaleció debido a que las empresas se atienen a las normas del Soft Law. Al mismo tiempo, muchas empresas tienen intereses que van más allá del cumplimiento con las normas sobre derechos humanos, como influir en sus contratistas y proveedores para que cumplan mejor las normas internacionales¹¹⁹. Al moldear el comportamiento a través de los contratos, las empresas en las sociedades modernas tienen gran influencia para aumentar el cumplimiento de las normas relativas a derechos humanos¹²⁰.

La responsabilidad de las empresas de respetar las materias relativas a derechos humanos acabó por no ser sólo una situación en la que las empresas tienen obligaciones sugeridas o no vinculantes, sino que el derecho indicativo o Soft Law empezó a ser reconocido en las obligaciones de la contratación privada. La contratación privada entre empresas internacionales contribuyó, por tanto, a un "fortalecimiento" del derecho indicativo. Los contratos privados incluyeron compromisos vinculantes de BHR, imponiendo obligaciones de derecho estricto en los contratos¹²¹. Esto fue un indicador

¹¹⁷ NEWMAN, Abraham L., POSNER, Elliot (2018). "Voluntary Disruptions: International Soft Law, Finance, and Power". *Oxford University Press*, p.15

¹¹⁸ OIT (2017): Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social. Quinta edición. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_ent/documents/publication/wcms_124924.pdf

¹¹⁹ ALFORD (2008) ob. cit. p. 529

¹²⁰ Ídem.

¹²¹ VIDAK-GOJKOVIC et al. (2018), p. 387.

de que las normas de derecho indicativo existentes no estaban a la altura de las expectativas de la sociedad. Las empresas tuvieron que ir más allá de lo que se les exigía mediante el Soft Law para estar a la altura de la presión social, un cambio liderado por las empresas líderes del mercado.

Se hablaba de riesgos sociales y medioambientales y, para gestionarlos, se implementaron obligaciones de derechos humanos en los contratos y en los códigos de conducta de las empresas. El derecho indicativo que ilustra esto son, por ejemplo, en las mismas Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales de 2011, que animan a las empresas multinacionales a cumplir con una conducta empresarial coherente con estas directrices¹²². Estos lineamientos incentivan a las empresas multinacionales a incluir obligaciones en materia de derechos humanos en los contratos, por lo que si una empresa incumple estas obligaciones contractuales, se justifica el fin de la relación comercial¹²³.

Podemos observar tres ejemplos en los que se ha producido un fortalecimiento del derecho indicativo de los derechos humanos¹²⁴. El primer ejemplo son los Principios de Ecuador y el proyecto de oleoducto del Mar Caspio (en adelante “Principios de Ecuador”)¹²⁵. Por otro lado el Acuerdo Holandés sobre Prendas de Vestir y Textiles Sostenibles (en adelante el “Acuerdo Holandés”) firmado el 9 de marzo de 2016¹²⁶. Y por último el Acuerdo de Bangladesh sobre seguridad contra incendios y de la construcción en Bangladesh (en adelante el “Acuerdo de Bangladesh”) firmado el 15 de

¹²² Artículos I y II de las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales.

¹²³ ALFORD (2008) ob. cit. p. 534

¹²⁴ VIDAK-GOJKOVIC et al. (2018), p. 388

¹²⁵ Los Principios de Ecuador. Estándar de la industria financiera para determinar, evaluar y gestionar riesgos ambientales y sociales en proyectos (2019). Disponible en: https://equator-principles.com/wp-content/uploads/2020/09/EP4_Spanish.pdf

¹²⁶ El Acuerdo Holandés sobre Prendas de Vestir y Textiles Sostenibles. Disponible en: <https://www.imvoconvenanten.nl/-/media/ser/downloads/engels/2016/agreement-sustainable-garment-textile.pdf?la=en&hash=249F7F84DABE76107C4927DE23A342B7>

mayo de 2013¹²⁷. El desglose de éstos pretende dar a conocer cómo las propias empresas se han propuesto aumentar el nivel de compromiso con la normativa en materia de derechos humanos en los contratos comerciales.

2.1 Principios de Ecuador.

El proyecto del oleoducto del Mar Caspio y los Principios del Ecuador fueron el resultado del fortalecimiento del Soft Law en el sector de financiación de proyectos. En el año 2003, los Principios de Ecuador fueron establecidos por un grupo de bancos comerciales, tanto privados como públicos, y desde entonces se han incorporados en sus acuerdos de financiación¹²⁸. Son un conjunto de estándares adoptados por algunas instituciones financieras para identificar, evaluar y gestionar los riesgos sociales y ambientales derivados de grandes proyectos en la fase de financiación. En el preámbulo de los Principios del Ecuador se afirma que su objetivo es garantizar que los proyectos financiados incluyan un desarrollo responsable con la sociedad y que las prácticas de gestión medioambiental sean sólidas.

Mediante la incorporación de los Principios del Ecuador en un contrato, así como la inclusión de una cláusula arbitral abierta, cualquier abuso a los derechos humanos podría ser susceptible de un procedimiento arbitral al incluir tanto a los actores privados como a los públicos en el proceso de arbitraje¹²⁹. Aunque los Principios de Ecuador son de adhesión voluntaria, actualmente son ya 97 las entidades financieras que los han adoptado. Estas entidades pertenecen a 37 países distintos, y su actividad alcanza la mayoría de la deuda ligada a la financiación internacional de proyectos, en países desarrollados y mercados emergentes.

¹²⁷ El Acuerdo de Bangladesh. Accord on Fire and Building Safety in Bangladesh (2013). Disponible en: <https://admin.bangladeshaccord.org/wp-content/uploads/2018/08/2013-Accord.pdf>

¹²⁸ VIDAK-GOJKOVIC et al. (2018), p. 388

¹²⁹ *Ibíd.* p. 389

Un proyecto que refleja el amplio abanico de posibles partes en los Principios del Ecuador en comparación con otra normativa disponible en ese momento, es el proyecto de oleoducto del Mar Caspio, de 3.600 millones de dólares. El proyecto del oleoducto del Mar Caspio se inició en 2005 con la misión de transferir petróleo desde Azerbaiyán a través de Georgia hasta la costa mediterránea de Turquía. El proyecto fue financiado por varios bancos y el contrato incluía los Principios de Ecuador. Aunque los acuerdos originales del proyecto se firmaron entre las partes en 1999¹³⁰, el proyecto ya estaba definido por una dedicación a las normas sociales y medioambientales, lo que hacía posible la aplicación de los Principios del Ecuador¹³¹. El proyecto del oleoducto del Mar Caspio también contaba con una cláusula arbitral a través de uno de los acuerdos, señalándose el arbitraje como mecanismo de resolución ante cualquier conflicto, incluyendo, por tanto, las disputas BHR¹³².

Por lo tanto, el arbitraje como método de resolución de disputas BHR era posible a través de los acuerdos celebrados, tanto para las empresas multinacionales como para los Estados parte del proyecto. El proyecto es, por tanto, un ejemplo de la posibilidad de aplicar obligaciones formales para que las empresas multinacionales y los Estados respeten los derechos humanos y elegir el arbitraje internacional como método de resolución de conflictos. Los terceros beneficiarios pueden ser posibles en el marco de los Principios de Ecuador a través de las normas generales de terceros beneficiarios. Sin

¹³⁰ The Host Government Agreement signed in 16 October 1999 between the Republic of Turkey and a number of oil companies including: the State Oil Company of the Azerbaijan Republic, BP Exploration (Caspian Sea) Ltd., Statoil BTC Caspian A.S., Ramco Hazar Energy Ltd., Turkiye Petrolleri A.O., Unocal BTC Pipeline, Ltd., Itochu Oil Exploration (Azerbaijan) Inc., Delta Hess (Btc) Ltd. Host Government Agreement Between and Among the Government of the Republic of Turkey and [MEP Participants] and the Intergovernmental Agreement of 18 November 1999 signed between the Republic of Turkey, The Azerbaijan Republic, and Georgia. Disponible en: https://www.bp.com/content/dam/bp/country-sites/en_az/azerbaijan/home/pdfs/legalagreements/govagreements/btc_eng_agmt1_agmt1.pdf and Intergovernmental Agreement. Disponible en: https://www.bp.com/content/dam/bp/country-sites/en_ge/georgia/home/legalagreements/btcagmt4.pdf

¹³¹ VIDAK-GOJKOVIC et al. (2018), p. 390.

¹³² Artículo 18, Intergovernmental Agreement.

embargo, el derecho sustantivo aplicable podría plantear problemas. Se ha sostenido que los terceros beneficiarios que no son ciudadanos de los Estados Unidos de América podrían encontrar obstáculos a la hora de demostrar su condición de terceros beneficiarios en los Estados Unidos. Sin embargo, los Principios del Ecuador pueden seguir proporcionando un acceso al recurso cuando se haya demostrado la condición¹³³.

2.2 Acuerdo Holandés sobre prendas de vestir y textiles sostenibles.

El segundo ejemplo de un acuerdo basado en BHR es el Acuerdo Holandés sobre Prendas de Vestir y Textiles Sostenibles (Acuerdo Holandés) de 2016. Las empresas textiles de los países bajos y las ONG desarrollaron conjuntamente el Acuerdo Holandés que incluye una amplia gama de obligaciones BHR hacia sus partes firmantes de no incurrir en actividades que vulneren los derechos humanos.

En el artículo 1.3 del Acuerdo Holandés se encuentra la cláusula arbitral, que establece que los conflictos pueden someterse al Instituto Holandés de Arbitraje. El proceso consta de dos etapas, similares a las del Acuerdo de Bangladesh. El primer paso es un Comité de Disputas y el segundo paso incluye un arbitraje vinculante. El árbitro decidirá como "*amiable compositeur*", lo que indica más libertad para el árbitro, ya que puede optar por alejarse de las normas de derecho y, en su lugar, decidir la disputa según los principios generales de justicia¹³⁴. La flexibilidad de este enfoque es una ventaja, ya que el derecho interno y sus principios pueden ser abandonados para dar paso a las normas de BHR¹³⁵.

¹³³ MARCO, Marissa (2011). "Accountability in International Project Finance: The Equator Principles and the Creation of Third-Party-Beneficiary Status for Project-Affected Communities" *34 Fordham Int'l L.J.*, p.490.

¹³⁴ BORN (2014), p. 283.

¹³⁵ VIDAK-GOJKOVIC et al. (2018), p. 402.

Dado que no han surgido arbitrajes en el marco del Acuerdo Holandés, se desconoce la utilidad de la cláusula arbitral en la práctica. Se han planteado dudas sobre su eficacia, ya que la cláusula es bastante limitada en cuanto a lo que será revisado por el tribunal arbitral. La cláusula podría estipular una revisión marginal de la disputa dado que todas las cuestiones planteadas ante el Comité de Disputas no tendrán la oportunidad de ser revisadas por el tribunal arbitral¹³⁶.

Es posible que el Acuerdo Holandés no logre una eficacia suficiente, pero por lo menos sirve como ejemplo de una actitud de las partes firmantes de incluir las disputas del BHR en el arbitraje internacional. Al igual que con el Acuerdo de Bangladesh y los Principios del Ecuador, los terceros beneficiarios no se mencionan en el texto del Acuerdo Holandés.

Dado que las partes firmantes del Acuerdo Holandés están de acuerdo en incluir obligaciones en materia de derechos humanos en el código de conducta de la corporación¹³⁷ un beneficio para las víctimas de abusos de los derechos humanos relacionados con las actividades empresariales podría tener cabida. Por tanto, existe la posibilidad de que un tercero pueda demostrar su condición de tercero beneficiario y se convierta en parte del arbitraje basado en el Acuerdo Holandés.

2.3 Caso del desastre de Rana Plaza y el acuerdo de Bangladesh.

El día 24 de abril de 2013, el edificio Rana Plaza, de cinco plantas en las cuales se fabricaban textiles, colapsó dando muerte a 1132 trabajadores y más de 2000 heridos. El inmueble se hallaba ubicado en Savar, en los alrededores de Dacca, la capital de Bangladesh. El arquitecto que lo construyó declaró a The Telegraph que el complejo se había diseñado en 2004 para albergar tiendas y oficinas, no fábricas. Tras el suceso, las

¹³⁶ Idem

¹³⁷ El Acuerdo Holandés sobre Prendas de Vestir y Textiles Sostenibles, p.24.

investigaciones descubrieron por medio de documentos referentes al envío de los productos producidos en el edificio que éste albergaba la producción de numerosas marcas mundialmente conocidas, con sede en distintos lugares europeos y estadounidenses¹³⁸.

Ante la magnitud de esta tragedia, tanto los Estados Unidos de América como Europa reaccionaron, amenazando con excluir a Bangladesh de los acuerdos comerciales preferentes¹³⁹, por lo que el parlamento bangladesí aprobó apresuradamente una reforma laboral. Así fue como se creó el Acuerdo sobre Seguridad contra Incendios y Construcción en Bangladesh ("Acuerdo de Bangladesh")¹⁴⁰.

2.3.1 Acuerdo de Bangladesh.

La composición del Acuerdo es europea porque la mayor parte de las multinacionales firmantes pertenecen a esta región. La Fundación para el Acuerdo de Bangladesh, con sede en Ámsterdam, mantiene actualizada una lista de empresas. El núcleo principal lo forman en ese listado las empresas alemanas, británicas y holandesas.

La parte principal del Acuerdo se refiere a la creación y funcionamiento de un cuerpo de inspectores independientes, seleccionados de manera objetiva por el Inspector de Seguridad creado por el Acuerdo y obedientes a esa misma autoridad contractual. Los inspectores reciben amplias facultades en la revisión de instalaciones de las empresas productoras, para lo cual éstas se dividen en tres niveles al tenor de su importancia.

¹³⁸ AL MUYID A (2014). One year after Rana Plaza: Progress and the Way Forward. International Labour Organisation Bangladesh. Disponible en: http://www.ilo.org/dhaka/Informationresources/Publicinformation/Pressreleases/WCMS_241591/lang--en/index.htm

¹³⁹ La Unión Europea constituye el mayor mercado de productos de ropa de Bangladesh gracias en parte al acceso sin cuotas y duty free dentro de los acuerdos preferenciales Everything But Arms (EBA).

¹⁴⁰ El Acuerdo de Bangladesh. Accord on Fire and Building Safety in Bangladesh (2013). Disponible en: <https://admin.bangladeshaccord.org/wp-content/uploads/2018/08/2013-Accord.pdf>

El acuerdo fue diseñado para hacer que la industria de prendas confeccionadas de Bangladesh sea segura y sostenible, y para prevenir incendios, derrumbes de edificios, lesiones físicas y otros accidentes que pueden prevenirse mediante medidas razonables de seguridad y salud. Las compañías firmantes se hacen cargo de los costos de mejorar los estándares de seguridad en las fábricas donde obtienen sus suministros. El Acuerdo¹⁴¹ se firmó voluntariamente entre más de 220 marcas y minoristas mundiales de indumentaria en más de 20 países que abarcan Europa, América del Norte, Asia y Australia, y varios sindicatos, incluidos dos sindicatos mundiales y ocho sindicatos de Bangladesh. Cubre más de 1,600 fábricas y 2 millones de trabajadores en Bangladesh.

El Acuerdo de Bangladesh implica un proceso de dos etapas. Un pre-arbitraje en un Comité Directivo designado por los firmantes, que concluirá primero una decisión final, y esa decisión es la que posteriormente acabará en el tribunal arbitral. Esto permite que organizaciones internacionales especializadas, como la Organización Internacional del Trabajo, participen en el debate¹⁴². Los riesgos de un proceso de dos etapas son las limitaciones de la jurisdicción del tribunal arbitral, así como el riesgo de que las disputas no lleguen nunca al tribunal de arbitraje por no pasar por el Comité Directivo.

2.3.1.1 Contenido del Acuerdo de Bangladesh¹⁴³:

- 1) Las multinacionales signatarias designarán a las subcontratistas locales que les suministran los productos clasificándolas para ello en uno de los tres siguientes niveles: nivel 1, subcontratistas que producen más del 30 por 100 del volumen

¹⁴¹ El acuerdo de cinco años fue firmado el 15 de mayo de 2013 y posteriormente renovado por los Acuerdos de transición de 2018 que entraron en vigor el 1 de junio de 2018, designando explícitamente a La Haya como sede del arbitraje y que todos los arbitrajes serán administrados por el Permanente Tribunal de Arbitraje.

¹⁴² VIDAK-GOJKOVIC et al. (2018), p. 395.

¹⁴³ OJEDA AVILÉS, Antonio (2015). “La aplicación de los acuerdos laborales internacionales. – El paradigma del Acuerdo de Bangladesh 2013”. *Revista Derecho Social y Empresa* nº4, p. 139. Disponible en: <https://digitalcommons.ilr.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1003&context=globalschol>

de producción de cada multinacional firmante, las cuales soportarán inspecciones, propuestas de reformas y entrenamiento contra incendios; nivel 2, el resto de suministradoras, hasta llegar al 65 por 100 del volumen de producción adquirido por cada multinacional, las cuales habrán de soportar inspecciones y propuestas de reforma; y nivel 3, subcontratistas ocasionales, a las que se requerirán inspecciones ocasionales en detección de alto riesgo.

- 2) Los firmantes elegirán un comité director formado por tres representantes como máximo de las empresas, tres como máximo de los sindicatos, y bajo la presidencia de un representante neutral perteneciente a, y designado por, la OIT. En total siete miembros, encargados de la selección y el pago del Inspector de Seguridad y de un coordinador de formación, la aprobación del presupuesto, y contratación de auditores. También designarán a un comité asesor compuesto por representantes de multinacionales, de suministradoras locales, de instituciones gubernativas, de ONGs y de los sindicatos, así como consultarán a otras varias instituciones.
- 3) La financiación del sistema de inspección se sufraga por las aportaciones de las empresas firmantes en proporción al volumen de sus compras en Bangladesh, sin que en ningún caso pueda superar los 500.000 dólares anuales
- 4) Elección de comités de seguridad en todas las fábricas subcontratistas, sin umbral mínimo de trabajadores elegida la representación laboral por los sindicatos presentes en la empresa o, de no existir, por elección democrática del personal.
- 5) Reconocimiento del derecho de cada trabajador a no entrar o a abandonar las instalaciones en caso de riesgo grave o inminente.
- 6) Sistemas de prevención de riesgos certificados por un inspector designado por el comité de seguridad. Informes de inspección en cada una de las empresas

firmantes, con mecanismos rápidos de solución de los problemas que se visibilicen en materia de seguridad. En caso de que, el inspector de seguridad, identifique un peligro grave e inminente para la seguridad de los trabajadores, informará inmediatamente a la dirección de la fábrica, al comité de seguridad e higiene de la fábrica, a los representantes de los trabajadores (cuando haya uno o varios sindicatos presentes), al comité de dirección y a los sindicatos firmantes del Acuerdo, y dirigirá un plan de remediación.

- 7) Un procedimiento interno en las empresas para presentación de quejas, inspirado en el *grievance procedure* norteamericano, dibujado muy esquemáticamente en el Acuerdo y reducido al contacto en tiempo real de los trabajadores de la subcontratista con el Inspector de Seguridad.
- 8) Un procedimiento externo para la solución de conflictos entre los firmantes del Acuerdo, ya sean empresas multinacionales o sindicatos¹⁴⁴, consistente en la decisión del comité directivo antes de 21 días a la reclamación de cualquiera de las partes, y la posibilidad de apelación a un arbitraje vinculante, según las normas de la UNCITRAL cuya ejecución podrá ser solicitada ante el tribunal del domicilio de la parte demandada. El Acuerdo no delimita la naturaleza de los conflictos que son posibles de arbitraje.

El Acuerdo de Bangladesh tenía un plazo inicial de cinco años que se prorrogó hasta el año 2021¹⁴⁵. Además de las disposiciones anteriores el Acuerdo de Bangladesh de 2018 complementa nuevas disposiciones con el fin de reforzar el Acuerdo de Bangladesh original del año 2013. El artículo 5 del anterior Acuerdo de Bangladesh incluía una garantía de tramitación ante un procedimiento arbitral cuando surge una disputa. Sin

¹⁴⁴ Apartado 5 Acuerdo de Bangladesh. Disponible en: <https://admin.bangladeshaccord.org/wp-content/uploads/2018/08/2013-Accord.pdf>

¹⁴⁵ El Acuerdo de Bangladesh. Accord on Fire and Building Safety in Bangladesh (2013). Disponible en: <https://admin.bangladeshaccord.org/wp-content/uploads/2018/08/2013-Accord.pdf>

embargo, la cláusula se consideraba poco clara e incompleta¹⁴⁶. Por lo tanto, el Acuerdo de Bangladesh de 2018 mejoró el lenguaje y se puede encontrar una nueva cláusula arbitral en el artículo 3. El nuevo artículo proporciona más detalles, como que La Haya es la sede del arbitraje y el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI como las reglas de arbitraje aplicables. A pesar de ello, el artículo 3 ha sido criticado por su vaguedad¹⁴⁷.

2.3.1.2 Arbitraje como procedimiento de resolución de conflictos integrado en un acuerdo marco global.

El Acuerdo de Bangladesh representa la primera vez que un procedimiento de arbitraje se integra en un acuerdo marco global para la resolución de disputas comerciales y de derechos humanos ("BHR"). El Acuerdo incluye una disposición de resolución de disputas en dos pasos: el segundo paso es el arbitraje vinculante. Los sindicatos laborales firmantes pueden presentar demandas contra corporaciones firmantes por incumplimiento de sus obligaciones bajo el Acuerdo para facilitar y/o mantener condiciones de trabajo seguras y no peligrosas. Primero, los reclamos son escuchados por un comité compuesto por representantes de sindicatos y marcas mundiales y presidido por un representante de la Organización Internacional del Trabajo ("OIT"). Las decisiones del comité son apelables en arbitraje bajo las Reglas de Arbitraje UNCITRAL¹⁴⁸.

Hasta la fecha, el Tribunal Permanente de Arbitraje ha administrado dos procedimientos de arbitraje en virtud del Acuerdo. Ambos terminaron el 17 de julio de 2018, cuando el Tribunal constituyó las dos órdenes de terminación emitidas luego del acuerdo de las

¹⁴⁶ Vidak-Gojkovic et al., 2018, p. 394 f.

¹⁴⁷ *Ibíd.*, p. 394 f.

¹⁴⁸ MAWENI, Rumbidzai (2019). Arbitraje de disputas de derechos humanos: la propuesta de reglas de arbitraje de empresas y derechos humanos y lecciones aprendidas del arbitraje del Acuerdo de Bangladesh. Disponible en: http://ccsi.columbia.edu/2019/07/10/arbitrating-human-rights-disputes-the-proposal-for-business-and-human-rights-arbitration-rules-and-lessons-learned-from-the-bangladesh-accord-arbitrations/#_ftn

partes. Si bien se conocen las identidades de los demandantes, las identidades de las dos marcas de moda globales de la demandada son confidenciales, al igual que los contenidos específicos de los procedimientos. Debido a esta falta de transparencia, poco se puede obtener sobre el resultado de estas disputas y si el Acuerdo realmente proporciona un mecanismo que permita una adjudicación razonable y justa de las disputas comerciales y relacionadas con los derechos humanos.

Los ejemplos presentados de fortalecimiento del derecho indicativo o Soft Law ilustran que las víctimas y las empresas han tratado de resolver la situación en la que las víctimas no tienen una relación contractual con la empresa. Este escenario ha sido recibido con escepticismo en el pasado debido a la falta de consentimiento previo de las empresas para arbitrar disputas BHR, pero acuerdos como el Acuerdo de Bangladesh, los Principios de Ecuador y el Acuerdo Holandés establecen una vía en la que las empresas pueden consentir el arbitraje a pesar de no contar con dicho consentimiento previo¹⁴⁹, lo que ha impulsado a las empresas para incluir las obligaciones en materia de derechos humanos. Sin las motivaciones de las partes firmantes para incluir los derechos humanos en el arbitraje, un conjunto de normas con estas intenciones no será aplicado por las partes.

El problema que surge con los acuerdos es que sólo ofrecen recursos limitados a ciertas áreas y las víctimas de abusos de los derechos humanos relacionados con las empresas como los terceros beneficiarios podrían quedar excluidos. Los acuerdos se dirigen a las partes firmantes, donde las víctimas de abusos de derechos humanos relacionados con las actividades empresariales podrían tener problemas para adherirse al arbitraje como partes. Por el contrario, las Reglas de La Haya ofrecen un conjunto de normas universales con una estructura para incluir a las víctimas de abusos de los derechos humanos vinculados a actividades empresariales.

¹⁴⁹ COCHRANE, Meg (2020). p. 198.

CAPÍTULO IV

“LAS REGLAS DE LA HAYA SOBRE ARBITRAJE EMPRESARIAL Y DERECHOS HUMANOS” COMO PRIMER CUERPO NORMATIVO REGULADOR DEL ARBITRAJE EN CONFLICTOS SURGIDOS DE LAS VULNERACIONES CORPORATIVAS A LOS DERECHOS HUMANOS DE TRABAJADORES.

1 Origen y elaboración de Las Reglas de La Haya sobre Arbitraje Empresarial y Derechos Humanos.

“**The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration**”¹⁵⁰ (Reglas de La Haya en Arbitraje que involucran a Empresas y Derechos Humanos) fueron publicadas en diciembre de 2019, con el propósito de ofrecer un marco regulatorio que propicia la resolución de disputas que involucran vulneraciones corporativas a los derechos humanos de trabajadores, también llamados “conflictos BHR”, mediante el arbitraje.

Esta iniciativa comenzó en marzo del 2017 con la llamada de tres profesionales expertos en arbitraje internacional a impulsar dicho método de resolución de disputas como recurso para las víctimas de conflictos internacionales relacionados con la vulneración de derechos humanos. En diciembre de 2019, el grupo de expertos liderado por el ex juez de la Corte Internacional de Justicia, Bruno Simma, publicó la versión final de Las Reglas de la Haya de Arbitraje para controversias que involucren a empresas y derechos humanos (“Las Reglas de la Haya”).

El proceso de desarrollo de las Reglas de La Haya ha consistido en dos grupos, el Grupo de trabajo sobre Arbitraje Internacional de Negocios y Derechos Humanos (el Grupo de Trabajo) y posteriormente el Equipo de Redacción de las Reglas de La Haya sobre

¹⁵⁰ Center for International Legal Cooperation, The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration, Disponible en: https://www.cilc.nl/cms/wp-content/uploads/2019/12/The-Hague-Rules-onBusiness-and-Human-Rights-Arbitration_CILC-digital-version.pdf

Arbitraje Comercial y Derechos Humanos (el Equipo de Redacción), ambos elaborando las reglas a través de una amplia consulta con las empresas y los árbitros.

El Grupo de Trabajo, compuesto por seis personas, se creó con el propósito de desarrollar un nuevo conjunto de normas que cubrieran las empresas y los abusos de los derechos humanos en el arbitraje internacional. A continuación, el Equipo de redacción, compuesto por 14 miembros, publicó el Reglamento de La Haya el 12 de diciembre de 2019. El Equipo de Redacción estuvo dirigido por el presidente Bruno Simma, un antiguo juez de la Corte Internacional de Justicia. La ciudad de La Haya financió el proyecto y el Ministerio de Asuntos Exteriores de los Países Bajos lo apoyó. Los miembros eran abogados y académicos en áreas como la inversión internacional, el arbitraje y los derechos humanos. El Equipo de Redacción realizó varios informes antes de publicar finalmente la última versión en diciembre.

La estructura del Reglamento de La Haya se basa en el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI con modificaciones para abordar las disputas BHR. Las Reglas de La Haya han sido acordadas para ser utilizadas por las partes en las disputas BHR. Su característica de ser un conjunto uniforme de reglas no interfiere con la posibilidad de que las partes modifiquen o excluyan las disposiciones que no consideren apropiadas para el litigio específico.

Las reglas constan de seis secciones, un código de conducta y varias cláusulas modelo. La primera sección incluye las reglas introductorias y la segunda sección contiene artículos sobre la composición del tribunal arbitral. La tercera sección constituye el procedimiento arbitral y la cuarta sección incluye artículos sobre la transparencia. La quinta sección incluye, además, artículos sobre el laudo y la última sección abarca las disposiciones varias. Además de las reglas propiamente tales, las Reglas de La Haya proporcionan breves comentarios directamente después de cada disposición en la que los creadores de las reglas han descrito las explicaciones de las disposiciones. En esta tesis, estos comentarios se denominarán en lo sucesivo "comentarios".

2 Ámbito de aplicación.

El uso de Las Reglas de La Haya pretende recaer sobre conflictos en que se vean involucradas empresas cuya actividad tenga impactos sociales significativos, compañías con proveedores de servicios que deban cumplir con estándares de protección de derechos humanos, sindicatos, organizaciones internacionales interesadas en derechos humanos y empresas, Estados, entidades estatales, sociedad civil y organizaciones no gubernamentales, entre otras.

Las Reglas pueden ser utilizadas para resolver disputas relacionadas al cambio climático como los casos relacionados con la deforestación del Amazonas, temas de salud pública, disputas relacionadas con los derechos de comunidades indígenas y el efecto que el actuar empresarial pueda tener sobre las mismas, o temas relacionados con derechos de los trabajadores. Por ejemplo, una empresa y su proveedor tienen una disputa contractual que implica violación o abuso a los derechos humanos de sus trabajadores debido a la insalubridad de las instalaciones del proveedor. En este caso sería recomendable incluir una cláusula arbitral designando, a su vez, la aplicación de las Reglas de La Haya sobre Arbitraje en Materia de Derechos Humanos y Empresas.

Por otro lado, organizaciones internacionales como el Banco Mundial o el Fondo Monetario Internacional podrían exigir que las empresas financiadas por estos se vean obligadas a someterse a un arbitraje según el Reglamento de Arbitraje de La Haya sobre Empresas y Derechos Humanos si quieren seguir recibiendo financiamiento de dichas organizaciones. Lo mismo ocurre con las Agencias Nacionales de Desarrollo o las Compañías de Seguros de Inversión Extranjera condicionando la financiación o seguros a una oferta de arbitraje por parte de la empresa frente a posibles víctimas de futuras de abusos de los derechos humanos por parte de la empresa beneficiaria de la financiación o el seguro.

A menor escala, las comunidades locales que contraten con inversores locales o extranjeros también podrían exigir que la empresa local o extranjera o la empresa matriz

extranjera prevea una cláusula arbitral en caso de que existiera la posibilidad de que sus actividades den lugar a violaciones de los derechos humanos.

3 Características relevantes.

Las Reglas de La Haya se basan en las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI, pero con una serie de cambios en las reglas para reflejar y a la vez enfrentar las características únicas de las disputas BHR. Dentro de estos, se pueden observar diferencias clave con las disputas comerciales estándar y, a la vez, con la justicia ordinaria.

Algunas de las particularidades más relevantes para los futuros usuarios de estas reglas pueden ser, en primer lugar, contar con un procedimiento expedito para tratar alegaciones manifiestamente sin mérito, lo que ayuda a prevenir costos y posibles consecuencias para las partes respecto a su reputación. En segundo lugar, Las Reglas prevén la posibilidad de que casos con similitudes fácticas y legales deban ser oídos de manera conjunta. En tercer lugar, permite a terceros interesados presentar memoriales durante el arbitraje siempre que el tribunal así lo autorice. En cuarto lugar, permite solicitar medidas cautelares para prevenir un daño serio en lo que concierne a los derechos humanos disputados en el arbitraje. Además, el laudo podrá ordenar una compensación monetaria y una compensación no monetaria que incluya: restitución, rehabilitación, satisfacción, y garantías de no repetición, entre otras.

3.1 Interés Público.

El interés público en los litigios sobre derechos humanos es elevado, y son las víctimas de abusos a dichos derechos perpetrados por empresas la parte que es evidentemente más débil en la resolución del litigio. Es por eso que necesitarán protección frente a sus oponentes más fuertes. Si el mundo está observando, es menos probable que las empresas o los Estados se aprovechen de la situación, por eso Las Reglas de La Haya se han desarrollado de tal forma que propendieran a un alto grado de transparencia de los

procedimientos y una oportunidad para la participación de terceros y Estados interesados.

Por otro lado, incluir un procedimiento transparente tiene también otros beneficios. Los árbitros, por ejemplo, se verán motivados a mantenerse imparciales, y se asegurarán de que los laudos sean justos y neutrales¹⁵¹.

La importancia de la transparencia se refleja en el preámbulo de las Reglas de La Haya, donde se afirma que, aunque se basan en las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI, se han introducido modificaciones para garantizar la transparencia¹⁵². La transparencia se trata además en la Sección IV, que incluye seis artículos, dentro de los cuales se concede mayor flexibilidad para que el tribunal arbitral adapte el grado de transparencia en el caso. El artículo 41 establece que las audiencias públicas son el punto de partida para el arbitraje según las Reglas de La Haya, aunque puede haber excepciones por razones de protección. El artículo 42 establece las excepciones generales a la transparencia, información confidencial o protegida, así como las definiciones de lo que puede incluir. Además, la transparencia se menciona en todas las secciones de comentarios de las Reglas de La Haya en relación con otros artículos, lo que es un indicador más de su importancia para las disputas del BHR.

Es menester reparar en que históricamente un factor clave de la atracción hacia el arbitraje ha sido que el arbitraje ofrece la posibilidad de un procedimiento confidencial mientras que la mayoría de los litigios en los tribunales nacionales no lo hacen¹⁵³. Al mismo tiempo, las disputas BHR han sido históricamente de interés público. Esto ha dado lugar a debates en los tribunales arbitrales en los que la transparencia y la confidencialidad se han contrapuesto.

¹⁵¹ CRONSTEDT, C., EIJSBOUTS, J., MARGOLIS, A., SCHELTEMA, M., THOMPSON, R.C., RATNER, S (2017), “International Arbitration of Business and Human Rights: A Step Forward”. *Kluwer Arbitration Blog*.

¹⁵² Artículo 6(d) preámbulo de Las Reglas de La Haya.

¹⁵³ BORN (2015), ob. cit. p. 13.

La Corte Permanente de Arbitraje (en adelante CPA) publicó una decisión sobre la objeción de admisibilidad y las instrucciones sobre la confidencialidad y la transparencia en 2017¹⁵⁴, siendo fundamental en la decisión el Acuerdo de Bangladesh. Los demandados solicitaron una orden para preservar la confidencialidad en el procedimiento, mientras que los demandantes estaban por la transparencia, toda vez que la disputa versaba sobre derechos humanos¹⁵⁵.

El tribunal arbitral analizó la importancia de la confidencialidad para proteger la información relativa a las empresas implicadas, sin embargo, tras una cuidadosa consideración, decidió hacer pública la información más relevante sobre el procedimiento, pero resguardando la identidad de los demandados. El tribunal arbitral se basó en el artículo 17 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, que establece que el tribunal arbitral resuelve de la manera que considere apropiada, sin causar retrasos y gastos que puedan ser evitados¹⁵⁶.

3.2 Asimetría entre las partes.

Las disputas BHR enfrentan a partes en posiciones de innegable asimetría. Los sujetos o comunidades afectadas por la actividad empresarial no suelen contar con el capital económico ni intelectual con la que cuentan las empresas. En la práctica esta desigualdad suele manifestarse en materia de costos, de conocimiento del mecanismo o de representación, entre otros. Evidentemente, las empresas multinacionales que incurrir en abusos a los derechos humanos y las víctimas de dichos abusos, es decir, sus trabajadores y trabajadoras, no poseen los mismos recursos financieros y conocimientos jurídicos.

¹⁵⁴ Casos No. 2016-36 y 2016-37, Corte Permanente de Arbitraje, 4 de septiembre de 2017

¹⁵⁵ *Ibíd.* § 72 y § 92.

¹⁵⁶ *Ibíd.* § 97-98.

En el artículo 5(2) de las Reglas de La Haya se establece que la desigualdad de armas debe ser tratada por el tribunal arbitral, que estará obligado a garantizar que "una parte no representada pueda presentar su caso de manera justa y eficiente, incluyendo la adopción de procedimientos más proactivos e inquisitivos, en lugar de contenciosos adversarios". El artículo establece la obligación de adaptar el procedimiento a la parte más débil con el fin de proporcionar una resolución justa del litigio. Esto significa también que el arbitraje ofrece una solución disponible para las víctimas de todo el mundo, ya que los litigios ante los tribunales nacionales a menudo no ofrecen esta solución en países que pueden considerarse corruptos o políticamente influenciados, donde las víctimas correrían el riesgo de perder el acceso a la justicia después de haber sufrido un abuso¹⁵⁷.

El artículo 22 de las Reglas de La Haya también es una disposición atingente, toda vez que establece que "el escrito de demanda deberá, en la medida de lo posible, ir acompañado de todos los documentos y demás pruebas que invoque el demandante o contener referencias a los mismos". El comentario al artículo agrega que "en la medida de lo posible" permite que el tribunal arbitral tome acción para amortiguar tanto el desequilibrio de poder como el de acceso a las pruebas entre las partes.

Estos litigios no suelen derivar de una relación contractual previa, por lo que requieren de un consentimiento *ad hoc* para someter una disputa a arbitraje, para lo cual Las Reglas no imponen un requisito formal al acuerdo arbitral. Sin embargo, dada la asimetría natural entre las partes de una disputa sobre empresa y derechos humanos, dicho consentimiento debiese estar sometido a un requisito formal más estricto. Por ejemplo, Las Reglas sí requieren que cualquier modificación a éstas sea acordada por escrito, pero no exigen la misma formalidad para verificar la existencia del convenio arbitral. En ese marco, pareciera apropiado proteger los derechos de todos los sujetos o comunidades implicados, a través de una formalidad que no deje dudas de la existencia

¹⁵⁷ CRONSTEDT, Claes, THOMPSON, Robert C. (2016). "A Proposal for an International Arbitration Tribunal on Business and Human Rights". *Harvard International Law Journal*, Volume 57, p. 66

de su voluntad de arbitrar, y de esta manera evitar la aplicación de teorías del consentimiento derivadas de actos o de alguna otra forma de “participación” o de principios generales.

Por otro lado, la asimetría también se hace manifiesta en la constitución del tribunal arbitral. Las Reglas otorgan a las partes la facultad de designar a sus árbitros. En un escenario donde la asimetría de poder e información beneficia a las empresas que cuentan con un equipo de abogados y abogadas conocedores de la gama de árbitros de la que pueden escoger, se perjudica a las víctimas de los abusos quienes muy probablemente nunca antes se hayan visto enfrentadas a un procedimiento arbitral. Ante esto, para resguardar la legitimidad del Tribunal Arbitral, podría postularse que la facultad de designar el tribunal se lleve a cabo por la Autoridad Nominadora.

Aunque las Reglas de La Haya contienen medidas para equilibrar la desigualdad de armas entre las partes y proteger a la parte más débil, no hay certeza de que los factores externos, como la posibilidad de negociar y acceder a la información por la parte empresarial, no pudieran disuadir a las víctimas de abusos de los derechos humanos en estos casos. A pesar de los esfuerzos por amortiguar la desigualdad, incluso si el tribunal arbitral considera el desequilibrio de poder entre las partes en el procedimiento, no existe una obligación explícita de hacerlo. Esto puede crear un problema cuando el desequilibrio de poder entre las partes se mantiene. Por lo tanto, es aún más importante que el tribunal arbitral esté formado por árbitros cualificados y con conocimientos en materia de derechos humanos.

3.3 Árbitros expertos.

Los árbitros de las Reglas de La Haya deben tener experiencia en derechos humanos. El artículo 11(c) de las Reglas de La Haya establece los detalles sobre el nombramiento de los árbitros y recalca el requisito de experiencia en la legislación y la práctica de los derechos humanos y de los negocios. El comentario al artículo esclarece que la

autonomía de las partes es el punto de partida de las Reglas de La Haya, pero el árbitro seleccionado debe tener una experiencia demostrada en el área pertinente.

En línea con lo anterior, se ha recalcado que se requiere sensibilidad cuando se trata de derechos humanos¹⁵⁸. La posible falta de sensibilidad de los árbitros comerciales podría hacer que las víctimas se sintieran incómodas en el procedimiento arbitral.

La falta de árbitros con suficiente experiencia es un problema, pero ya se han resuelto problemas similares en el pasado. Por ejemplo, cuando la CPA estableció un registro especial para los árbitros a los que se les exigen conocimientos de derecho medioambiental. El Grupo de Trabajo propuso, por tanto, que las instituciones de arbitraje interesadas establecieran una lista similar en la que se sugieran los árbitros aprobados¹⁵⁹.

3.4 Medidas especiales incluida la protección de testigos.

La protección de testigos es otro ejemplo de característica especial en los litigios del BHR. El artículo 30 de las Reglas de La Haya permite que un tribunal arbitral dicte decisiones provisionales para prohibir la intimidación de los testigos. El artículo 30 establece que el tribunal arbitral puede "adoptar cualquier medida cautelar que considere necesarias, incluida cualquier medida para evitar un daño grave a que los derechos humanos sean objeto de la controversia". El comentario al artículo establece que el tribunal arbitral tiene una amplia gama de medidas para adoptar en función de las que mejor se adapten a las circunstancias del caso. También se menciona que la seguridad de los testigos debe ser considerada al seleccionar el lugar de las audiencias y reuniones.

¹⁵⁸ CRONSTEDT et al., Kluwer Arbitration Blog.

¹⁵⁹ Idem

Algunos ejemplos de las medidas que puede tomar el tribunal son la no revelación de nombres, la prestación de testimonio en dispositivos de alteración de la imagen o de la voz, la asignación de un seudónimo, el uso de un sistema de seguridad para la protección de testigos, audiencias a puerta cerrada y el anonimato total.

Algunos expertos consideran que las medidas no serán compatibles con la transparencia de las Reglas de La Haya. Dado que la transparencia será un pilar fundamental de los litigios de BHR en el arbitraje internacional, al mismo tiempo que la protección de testigos en los litigios de BHR exigirá confidencialidad, la consecuencia será una evaluación caso a caso por parte del tribunal arbitral¹⁶⁰.

3.5 Disminución de la duración y costo del procedimiento.

El arbitraje es una forma de resolución de conflictos que se considera más barata y rápida que los litigios judiciales¹⁶¹. Una de las razones de los supuestos bajos costes y la rapidez del procedimiento es la firmeza de las decisiones en el arbitraje. La forma y el efecto del laudo en las Reglas de La Haya se establecen en el artículo 45 del marco, que establece que todos los laudos serán definitivos y vinculantes para las partes. Las decisiones de fondo del árbitro suelen quedar fuera de la revisión judicial de los laudos, ya que estas revisiones se limitan principalmente a cuestiones de competencia y equidad procesal.

Sin embargo, esto puede ser un arma de doble filo, siendo una desventaja que el laudo no pueda ser revisado tan fácilmente, aunque la decisión acabe siendo incorrecta. El arbitraje internacional ha demostrado tener varios beneficios para las víctimas de abusos de los derechos humanos relacionados con las empresas, pero si algunas características fallan y contribuyen a un laudo arbitral injusto e incorrecto, la firmeza de las decisiones

¹⁶⁰ Idem

¹⁶¹ BORN (2015), ob. cit. p. 11.

de arbitraje podría perjudicarlas en mayor medida que los litigios ante los tribunales nacionales. El punto es si la posible ventaja de mantener los potenciales costes y retrasos puede compensar las desventajas mencionadas que pueden ocurrir con las decisiones finales. Por otra parte, la función de los laudos definitivos contribuye al arbitraje a mantener su eficacia y se podría lograr un laudo final justo con árbitros expertos.

Estas son características beneficiosas muy valoradas a favor del arbitraje, aunque no se pueda garantizar un litigio barato y rápido, cuando el otro recurso legal disponible para las víctimas de abusos de los derechos humanos relacionados con las actividades empresariales puede ser un litigio en un tribunal nacional con jueces inexpertos en lugar de árbitros expertos.

3.6 Ejecución del laudo.

Una de las ventajas de la resolución de conflictos mediante el arbitraje suele ser la fase de ejecución de los laudos arbitrales toda vez que ofrece laudos potencialmente ejecutables en un gran número de países del mundo, lo que de otro modo puede ser un problema con las sentencias de los tribunales nacionales ¹⁶².

En la nota introductoria de las Reglas de La Haya se afirma que la ejecución de los laudos arbitrales no se regula en ellas, dejando esto a las leyes nacionales y a otros tratados internacionales suscritos como la Convención de Nueva York. El artículo II de la Convención de Nueva York y el artículo 8 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI son ejemplos que garantizan la ejecutabilidad de los laudos internacionales que, por lo general, ofrece una interpretación más amplia que las cláusulas de selección del tribunal arbitral.

¹⁶² BORN (2015), ob. cit. p. 9

La ejecutabilidad de todas formas sigue siendo una cuestión que deben decidir los tribunales nacionales, pero si se supera este obstáculo, las Reglas de La Haya pueden ofrecer una solución en materia de ejecución en comparación con las sentencias de los tribunales nacionales.

3.7 Flexibilidad procesal y autonomía de las partes.

Otra ventaja del uso del arbitraje es la autonomía de las partes y la flexibilidad en el procedimiento. El procedimiento es flexible para las partes teniendo en cuenta las convenciones internacionales de arbitraje y las leyes nacionales que permiten a las partes estructurar su propio procedimiento de arbitraje¹⁶³. Las partes pueden elegir los árbitros de su preferencia y las reglas del arbitraje. Además, eligen la sede para la resolución, así como la ley aplicable que se encargará de la relación entre las partes¹⁶⁴.

El artículo 46 (1) del Reglamento de La Haya establece la autonomía de las partes, pero el artículo 1 (1) de las Reglas de La Haya establece la voluntad de no desviarse excesivamente de las disposiciones de las Reglas de La Haya. El comentario al artículo establece que la intención es no alterar el equilibrio entre las partes y los intereses establecidos en las Reglas de La Haya, para propender a la igualdad entre las partes.

Las víctimas de violaciones de los derechos humanos vinculadas a actividades empresariales que entran en el arbitraje como terceros beneficiarios después de que haya surgido la disputa no habrán participado en las negociaciones y en la ejecución general del acuerdo de arbitraje, lo que constituye una gran intención de la flexibilidad en el arbitraje. Por lo tanto, la flexibilidad para las víctimas será menor en comparación con las partes firmantes que ejecutaron el acuerdo. Incluso si estas víctimas tuvieran la posición de una parte incluida en la ejecución del acuerdo de arbitraje, los comentaristas

¹⁶³ *Ibíd.* p.11

¹⁶⁴ BUCHANAN, Mark (1988). "Public Policy and International Commercial Arbitration". *American Business Law Journal*, Volume 26, Issue 3 p. 511

han expresado su preocupación sobre si una situación desigual se produzca de todos modos. Según ellos, las empresas seguirían incluyendo disposiciones que contribuyen a la desigualdad de armas y les beneficia. Las víctimas de abuso a derechos humanos vinculadas a las actividades empresariales son, como se ha dicho, la parte más débil sin las conexiones y los recursos que tienen las empresas, y el riesgo de que acepten condiciones desiguales establecidas por las empresas es una consecuencia de ello¹⁶⁵. El significado de flexibilidad puede, por tanto, diferir entre las partes y también puede contribuir al desequilibrio de poder entre las mismas.

4 Aplicabilidad de las Reglas de La Haya.

La aplicabilidad de Las Reglas de La Haya depende tanto de la arbitrabilidad como de una estructura funcional para lograr formar el consentimiento de las partes. Ambos constituyen elementos fundamentales y obligatorios para todo procedimiento arbitral válido.

4.1 Arbitrabilidad.

En la introducción de las Reglas de La Haya se afirma que el marco es relevante para "disputas relacionadas con el impacto de las actividades empresariales sobre los derechos humanos"¹⁶⁶. Las reclamaciones en las disputas sobre derechos humanos y el derecho internacional no se basan necesariamente en disputas comerciales. Sin embargo, las reclamaciones deben ser arbitrables en virtud de la legislación nacional, y deben ser aceptadas por los tribunales nacionales. No es para nada claro que las reclamaciones de derechos humanos sean arbitrables en todas las jurisdicciones, más bien dependerá del concepto que se tenga de arbitrabilidad.

¹⁶⁵ HAYTHORNTHWAITE, Shavana (2020) "The Hague Rules on Business and Human Rights. Arbitration: Noteworthy or Not Worthy for Victims of Human Rights Violations?", *Kluwer Arbitration Blog*.

¹⁶⁶ Reglas de la Haya, p.3.

Las Reglas de La Haya no incluyen disposición alguna en que se refiera explícitamente a arbitrabilidad,, obligando al derecho interno y a los tribunales a decidir si determinado conflicto BHR puede ser sometido a arbitraje o no. No obstante, sí se incluye el artículo 1 (2) de las Reglas, que podría facilitar las potenciales barreras que puedan surgir tanto en relación con la arbitrabilidad como con la ejecutabilidad del posterior laudo. La solución incluye una interpretación en la que las partes acuerdan que las demandas han surgido de una relación de carácter comercial para lograr la ejecutabilidad y la arbitrabilidad.

En el artículo 1 (2) de las Reglas de La Haya se establece que la disputa "se considera haber surgido de una relación u operación comercial a los efectos del artículo 1 de la Convención de Nueva York". Sin embargo, el comentario referente a este artículo explica que, aunque la controversia no se considere comercial según la ley aplicable, el laudo puede ser ejecutable. En última instancia, los tribunales nacionales deciden si el laudo es ejecutable y es de esperar que tengan en cuenta las intenciones de las partes. Además, el comentario expresa que en todos los casos, el deseo de las Reglas de La Haya es que los tribunales nacionales hagan uso de su discrecionalidad en virtud de la Convención de Nueva York y de la ley aplicable pertinente cuando concluyan que dicho laudo cumple con los requisitos ya mencionados. Una consecuencia sería que los tribunales nacionales se permitieran ejecutar los laudos en virtud de las Reglas de La Haya cuando un laudo es compatible con los derechos humanos y satisface por lo demás los requisitos para reconocimiento y ejecución.

Las Reglas de La Haya no resuelven la cuestión de la arbitrabilidad de las disputas BHR, incluso si una solución potencial se da través del artículo 1 (2) de las Reglas de La Haya. La arbitrabilidad sigue siendo decidida por el derecho interno y los tribunales nacionales y no puede ser negociada y resolverse completamente en un acuerdo de arbitraje. La solución aportada por el Equipo de Redacción puede aumentar la

arbitrabilidad de las disputas del BHR, pero la arbitrabilidad posiblemente siga constituyendo un problema para el Reglamento de La Haya en el futuro.

Otra posible solución a la cuestión de la arbitrabilidad puede ser que las partes de antemano acuerden un lugar de arbitraje en el que las disputas de BHR sean arbitrables. El artículo 20 del Reglamento de La Haya regula la sede del arbitraje y establece que "[la] determinará el tribunal arbitral teniendo en cuenta las circunstancias del caso". El comentario al artículo relaciona la finalidad del Reglamento de La Haya (mejorar el acceso a los recursos) con la elección de la sede del arbitraje, subrayando que el lugar del arbitraje debe ser un lugar donde las disputas BHR sean arbitrables. Por lo tanto, la elección de la sede del arbitraje será de gran importancia para que el Reglamento de La Haya sea aplicable y para que se inicie un procedimiento de arbitraje para las disputas del BHR.

4.2 Consentimiento y curso de acción.

En la introducción de las Reglas de La Haya se mencionan "entidades comerciales, individuos, sindicatos y organizaciones, Estados, entidades estatales, organizaciones internacionales y organizaciones de la sociedad civil, así como cualquier otra parte de cualquier tipo"¹⁶⁷ como las posibles partes incluidas con derecho de acción. Las partes, como los sindicatos y las organizaciones, incluidas las ONG pueden presentar la demanda en nombre de las víctimas. Se ha planteado que un acto favorable sería incluir a los sindicatos y organizaciones como las ONGs como partes, ya que sería poco realista confiar en que las víctimas de abusos de los derechos humanos relacionados con las actividades empresariales puedan hacer valer sus derechos. Es más probable que las ONG y los sindicatos tengan los recursos financieros para financiar el procedimiento arbitral¹⁶⁸. Las víctimas no siempre tendrán los recursos financieros o los conocimientos

¹⁶⁷ Reglas de La Haya, p.3.

¹⁶⁸ COCHRANE, Meg (2020). p. 198.

necesarios para presentar una demanda contra una empresa multinacional. El alcance de las partes potenciales en el arbitraje según las Reglas de La Haya se ha ampliado y la cuestión de cómo se unen al arbitraje como partes difiere y en algunos casos puede generar ciertas problemáticas.

Todas las partes deben consentir en utilizar el arbitraje para resolver la disputa y convertirse en partes en ella. En la introducción de las Reglas de La Haya se afirma que "las Reglas de La Haya no aborda las modalidades por las que las partes pueden consentir al arbitraje ni el contenido de dicho consentimiento" y "el consentimiento adecuado e informado sigue siendo la piedra angular del arbitraje comercial y de derechos humanos". El consentimiento puede acordarse tanto antes como después de que surja la disputa, para lo cual las Reglas de La Haya proporcionan una estructura potencial a través de cláusulas modelo. Las víctimas de violaciones de los derechos humanos relacionados con las actividades empresariales pueden convertirse en partes en el arbitraje a través de un acuerdo de sumisión después de que surja una disputa, así como actuar como terceras partes beneficiarias de un acuerdo de arbitraje existente.

Puede que las partes no hayan consentido inicialmente un acuerdo de arbitraje con el tercero beneficiario pero, por otro lado, las Reglas de La Haya están desarrolladas para ofrecer a las víctimas de abusos de los derechos humanos relacionados con las actividades empresariales un acceso a la reparación. Al acordar un conjunto de reglas con estas condiciones, las partes están en conocimiento de la posibilidad de que un tercero beneficiario se convierta en parte en el arbitraje.

Además, los terceros beneficiarios pueden convertirse en parte de un procedimiento arbitral mediante la acumulación de demandas. Los terceros beneficiarios de las Reglas de La Haya se mencionan en artículo 19 de las Reglas de La Haya, que contiene disposiciones relativas a las demandas multipartitas. Los arbitrajes multipartitos permiten a las partes añadir a un tercero que esté involucrado en la disputa en algún

aspecto para evitar la multiplicidad de procedimientos¹⁶⁹. A través del artículo 19 (1), un tercero o tercero beneficiario puede ser parte del acuerdo de arbitraje o del instrumento jurídico subyacente si las reclamaciones tienen "importantes cuestiones de hecho y de derecho comunes", expresando el principio general de eficacia.

Además, el artículo 19 (2) establece que las terceras personas y los terceros beneficiarios pueden unirse al procedimiento si el tribunal arbitral ha decidido que la adhesión no va a ir en contra de posibles intereses contrapuestos de las partes existentes. Las terceras personas y los terceros beneficiarios pueden tener derecho a participar en el arbitraje a través del propio artículo 19 (3). En caso contrario, el tribunal arbitral necesita razones de peso para no permitir que la parte se una al arbitraje. El comentario al artículo menciona "testigos que pueden ser intimidados por la intervención de ciertas partes o la perturbación causada por una solicitud extemporánea de acumulación que podría haberse hecho antes" como ejemplos de casos en los que el tribunal arbitral puede rechazar la adhesión.

Al aceptar las Reglas de La Haya, el comentario afirma que las partes han expresado su consentimiento para permitir a los terceros beneficiarios elegibles como partes. El mero hecho de utilizar las Reglas de La Haya por lo tanto, constituye un consentimiento, aunque no se haya manifestado un consentimiento expreso.

A pesar de estos esfuerzos, el concepto de terceros beneficiarios puede plantear problemas con las legislaciones nacionales. El artículo 20 de las Reglas de La Haya y la declaración de la importancia de elegir una sede arbitral compatible con las circunstancias del caso se vuelve relevante en esta cuestión, así como con la arbitrabilidad. Las leyes nacionales deben permitir el concepto de terceros beneficiarios. Sin la posibilidad de que los terceros beneficiarios entren en el arbitraje, el Reglamento de La Haya disminuye su función práctica de acceso al recurso. De la misma manera

¹⁶⁹ BLACKABY, N., PARTASIDES, C. (2015). "Redfern and Hunter on International Arbitration" *Oxford University Press*, p.31.

que el derecho interno debe permitir la existencia de terceros beneficiarios, debe permitir la acumulación de demandas. Por lo tanto, las partes firmantes deben tener cuidado al elegir la sede del arbitraje.

Además, la posibilidad de afectar a cadenas de suministro enteras mediante la inserción de compromisos de derechos humanos con cláusulas de arbitraje en los contratos de las multinacionales, exigiendo a todos los subcontratistas que hagan lo mismo podría ser posible con las Reglas de La Haya. El Grupo de Trabajo ha sugerido anteriormente la opción de incluir cláusulas que cubran toda la cadena de suministro exigiendo que cada proveedor del proveedor principal incluya sus propias cláusulas de derechos humanos. Cualquier proveedor de la cadena de suministro podría ser investigado por la empresa de origen para evitar violaciones de los derechos humanos¹⁷⁰. Esta estructura exigiría que las Reglas de La Haya permitan las reclamaciones multiparte, lo que es posible a través del artículo 19.

¹⁷⁰ CRONSTEDT et al., Kluwer Arbitration Blog.

CONCLUSIÓN

Las víctimas de los abusos de los derechos humanos relacionados con actividades empresariales se encontraban con problemas para calificar como partes de arbitrajes comerciales internacionales en el pasado.

Las normas de derecho indicativo fueron finalmente reconocidas en la contratación privada, lo que condujo al fortalecimiento del Soft Law. Los Principios de Ecuador, el Acuerdo de Bangladesh y el Acuerdo Holandés son ejemplos de esta evolución. Sin embargo, los terceros beneficiarios pueden tener problemas para convertirse en partes a través de estos recursos que pueden excluir a las víctimas de abusos de los derechos humanos relacionados con las actividades empresariales. Además, los acuerdos tienen limitaciones geográficas lo que significa que no se puede acceder al recurso fuera de las zonas geográficas específicas.

En los acuerdos elaborados por las partes firmantes para abordar las disputas sobre derechos humanos, los tribunales arbitrales han indicado que los derechos humanos pueden ser reconocidos en el arbitraje. En *Urbaser v. Argentina*, el tribunal arbitral declaró una obligación negativa para los inversores de no contribuir a actividades que violen los derechos humanos. Más tarde, el tribunal arbitral repitió una declaración similar en el caso *David Aven v. Costa Rica*, confirmando que los derechos humanos pueden ser reconocidos en el arbitraje. En el caso *Glamis Gold Ltd. v. United States of America*, el tribunal arbitral declaró que el derecho internacional debe ser considerado al interpretar ciertas disposiciones de los acuerdos de arbitraje, añadiendo un contexto público más amplio al arbitraje. Las disputas BHR en el arbitraje han aumentado la posibilidad de un acceso a la reparación ya que los tribunales arbitrales han ampliado su jurisdicción en los últimos años. Sin embargo, los recursos legales para las víctimas de abusos de los derechos humanos en las disputas BHR siguen siendo limitados en lo que respecta al arbitraje. Antes de las Reglas de La Haya, no existía una estructura legal que permitiera incluir a estas víctimas como partes en el arbitraje.

El aspecto de los derechos humanos en las Reglas de La Haya ha dado lugar a varias características importantes que contribuyen a que las víctimas de abusos de los derechos humanos tengan acceso a un recurso. Las Reglas de La Haya han mejorado, por ejemplo, la transparencia del procedimiento arbitral, las audiencias secretas y los laudos no publicados no pueden ser una característica de las disputas sobre derechos humanos en el arbitraje internacional. Se ha incluido además la experticia de los árbitros y las medidas especiales a través de la protección de testigos, ambas características especializadas para una resolución deseable de las disputas BHR.

En comparación con los procedimientos en los tribunales nacionales, el arbitraje puede ofrecer ventajas tanto para las víctimas de violaciones de los derechos humanos como para las empresas y los Estados. Se puede evitar la corrupción al disponer de un tribunal arbitral neutral y el resultado puede ser un laudo más rápido y más barato que los litigios ante los tribunales nacionales. Los árbitros expertos que pueden garantizar un laudo justo son, en este sentido, cruciales desde la perspectiva de la víctima de una violación a los derechos humanos que, de otro modo, no tendría la posibilidad de acceder a la justicia. Otras ventajas del arbitraje son el posible alcance de la ejecutabilidad de los laudos y la flexibilidad que ofrece a las partes. Las disputas BHR se refieren a disputas con un aspecto internacional y las Reglas de La Haya pueden ser el único recurso legal y la única posibilidad de acceso a la justicia disponible en muchos casos.

Dado que tanto la arbitrabilidad como la ejecutabilidad no pueden resolverse únicamente a través de un instrumento de derecho indicativo o Soft Law como lo son Las Reglas de La Haya, el Equipo de Redacción de Las Reglas ha hecho lo que está a su alcance para tratar de encontrar soluciones a los problemas que puedan surgir en la legislación y los tribunales nacionales. Además, las oportunidades legales para que los terceros beneficiarios se conviertan en parte en el arbitraje se han mejorado y se pueden presentar reclamaciones de varias partes. Al igual que con la arbitrabilidad y la ejecutabilidad, el derecho interno y los tribunales nacionales deben permitir tanto el

concepto de terceros beneficiarios como las demandas multipartitas, lo que podría dar lugar a futuros problemas.

La transparencia, el desequilibrio de poder, los árbitros expertos y las medidas especiales para la protección de los testigos son características clave que contribuyen a que las Reglas de La Haya proporcionen recursos eficaces para las víctimas. Sin embargo, las Reglas de La Haya dependen de factores externos para ser complementadas. En la práctica, las víctimas de violaciones de los derechos humanos relacionadas con actividades empresariales siguen siendo una parte más débil en comparación con las empresas, por ejemplo, en lo que respecta a los recursos financieros o al conocimiento del procedimiento. Por otra parte, hay varias cuestiones que no entran en el ámbito de aplicación de las Reglas de La Haya y no se puede esperar que se resuelvan única e instantáneamente a través de las mismas. Sin embargo, las disputas de BHR en el arbitraje han recibido un instrumento legal con el potencial de mejorar los recursos legales para las víctimas de derechos humanos.

Las Reglas de La Haya no son perfectas, pero proporcionan una vía adicional de acceso a la justicia para las víctimas de violaciones a los derechos humanos en el ámbito empresarial. La evolución futura de los recursos efectivos será interesante de seguir y creemos que las obligaciones de las empresas de respetar la regulación relativa a derechos humanos solo aumentará con el tiempo.

BIBLIOGRAFÍA.

DOCTRINA.

- ABRAMS, Frank (1951). “Management’s responsibilities in a complex world” *Harvard Business Review*, Volume 29 Issue 3, pp. 29– 34
- ALFORD, Roger P. (2008). “Arbitrating Human Rights”. *Notre Dame Law Review*, Volume 83 Issue 2, pp. 505–550
- ARMER RÍOS, Angie y JIMÉNEZ-FIGUERES, Dyalá (2005). “Notas sobre la Nueva Ley Chilena de Arbitraje Comercial Internacional”. *Revista Fueyo Laneri* N°4 pp. 307- 326.
- AYLWIN AZOCAR, Patricio (1982). *El juicio arbitral*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- BAUZA VIDAL, Nuria (2000). “La Arbitrabilidad de los Litigios en la encrucijada de la Competencia Judicial Internacional y de la Competencia Arbitral”. *Revista Española de Derecho Internacional*. Núm. LII-2.
- BECK FURNISH, Dale (1997). “El arbitraje de controversias comerciales en el derecho de los Estados Unidos: Un foro idóneo para el comercio internacional”. *Resolución de controversias comerciales en América del Norte*. Instituto de Investigación Jurídica. UNAM.
- BLACKABY, Nigel, PARTASIDES, Constantine (2015). “Redfern and Hunter on International Arbitration” *Oxford University Press*.

- BORN, Gary (2014). *International Commercial Arbitration*. Second Edition, Kluwer Law International.
- BORN, Gary (2015). *International Arbitration: Law and Practice*. Second Edition, Kluwer Law International.
- BUCHANAN, Mark (1988). “Public Policy and International Commercial Arbitration”. *American Business Law Journal*, Volume 26, Issue 3 pp. 511-531.
- CALVO CARAVACA, Alfonso (1989). *El Arbitraje Comercial Internacional*. España: Editorial Tecnos.
- CANELO FIGUEROA, Carola (2014). *Derecho Procesal Internacional*. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile
- CANTUARIAS, Fernando (1992). “Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Internacionales: La Convención de Nueva York de 1958 y la Ley Modelo de UNCITRAL”. Perú: *Revista de Derecho THEMIS* n°21, pp. 17-24.
- CERÓN CORAL, Jaime (1989). *Arbitraje Laboral*. Lima: Biblioteca Jurídica Dike, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- CHILLÓN MEDINA, José María y MERINO MARCHÁN, José Fernando (1978). *Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional*. Madrid, España: Ed. Civitas.
- COCHRANE, Meg (2020). “Analysing the Overlap Between Arbitration and Human Rights”. *The International Journal of Arbitration*, Volume 86 Issue 2, pp. 187–200

- COIPEL-CORDONIER, Nathalie (1999). Les conventions d'arbitrage et d'éllection de for en Droit international privé. París: LGDJ.
- CONTRERAS VACA, Francisco José (1998). Derecho Internacional Privado: parte general. México DF: Editorial Mexicana.
- CROCKETT, Antony, DE SOUSA, Marco (2018). "Arbitrating Business and Human Rights Disputes: Viable for Victims?". *Asian Dispute Review*, Volume 20 Issue 3, pp. 104-111.
- CRONSTEDT, Claes, THOMPSON, Robert C. (2016). "A Proposal for an International Arbitration Tribunal on Business and Human Rights". *Harvard International Law Journal*, Volume 57, pp. 66-69.
- DICCIONARIO MANUAL JURÍDICO ABELEDO- PERROT (2007). Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot.
- DE LOYNES DE FUMICHON, B. (2014). "La passion de la Révolution française por l'arbitrage". *Revue de l'arbitrage* n° 1, pp. 2-52.
- ESPLUGUES MOTA, Carlos; BARONA VILAR, Silvia y HERNÁNDEZ MARTÍ, Juan (1999). Contratación internacional. Ed. Tirant lo Blanch. Tatados. Comentarios y Prácticas Procesales. 2ª Edición.
- ETCHEVERRY, Raúl (1998). "El Arbitraje Comercial y su incidencia en el Comercio Internacional". *Arbitragem comercial internacional*. Ed. Sao Paulo, Brasil.
- FERIA-TINTA, Mónica (2017). Like Oil and Water? Human Rights in Investment Arbitration in the Wake of Philip Morrisv. Uruguay.

- FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos (1996). Derecho del Comercio Internacional. Madrid: Eurolex.
- FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos (2019). “Algunas consideraciones sobre la noción de arbitrabilidad”. Argentina: *Revista Argentina de Arbitraje* N°4.
- FOUCHARD, P, GAILLARD, E. & GOLDMAN, B. (1999): International Commercial Arbitration. The Netherlands, Kluwer Law International.
- GASPAR LERA, Silvia (1998). El ámbito de aplicación del arbitraje. Madrid: Ed. Arazandi.
- GALGANO, Francesco (2005). “Lex mercatoria e legittimazione”. Italia: *Rivista Sociologia del Diritto* n°2/3.
- GARTH, Bryan G., CAPPELLETTI, Mauro (1978). “Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective”. *Buffalo Law Review*, Volume 27, pp. 181– 292.
- GONZÁLEZ DE COSSIO, Francisco (2014). Arbitraje. DF México: Editorial Porrúa. 4ªed.
- GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco (2007). “El Principio Compétence-Compétence”. *Revista de la Corte Española de Arbitraje*. pp. 63-84.
- ILLESCAS ORTIZ, Rafael y PERALES VISCASILLAS, Pilar (2003). Derecho Mercantil Internacional. El Derecho Uniforme. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid Carlos III.
- LÓPEZ PESCIÓ, Edgardo (1987). Nociones generales de derecho procesal. Valparaíso, Chile: Editorial EDEVAL.

- MALUENDA PARRAGUÉZ, Rodrigo (1998). *Contratos Internacionales*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica Cono sur.

- MARCO, Marissa (2011). “Accountability in International Project Finance: The Equator Principles and the Creation of Third-Party-Beneficiary Status for Project-Affected Communities”, *34 Fordham Int'l L.J.*

- MARZORATI Oswaldo (2003). *Derecho de los negocios internacionales*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 3ra. Edición, tomo II, pp. 335 y ss.

- MEREMINSKAYA, Elina (2006). “Validez y ejecutabilidad del acuerdo de arbitraje comercial internacional”. *Foro de Derecho Mercantil*, N° 12, B. pp. 91-129.

- MURGA, José Luis (1989). *Derecho romano clásico II. El proceso*. Zaragoza: Tercera edición, Publicaciones de la ciudad de Zaragoza.

- NEWMAN, Abraham L., POSNER, Elliot (2018). “Voluntary Disruptions: International Soft Law, Finance, and Power” *Oxford University Press*.

- OJEDA AVILÉS, Antonio (2015). “La aplicación de los acuerdos laborales internacionales. El paradigma del Acuerdo de Bangladesh 2013”. *Revista Derecho Social y Empresa* n°4, pp. 128-157.

- ORELLANA TORRES, Fernando (2005). *Manual de Derecho Procesal, Derecho Procesal Orgánico*. Santiago, Chile: Editorial Librotecnia, Tomo I.

- OVIEDO ALBÁN, Jorge (2006). “Aplicabilidad de la convención de Naciones Unidas sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías como *lex mercatoria*”. *Revista Universitas*. pp. 407-430.
- PICAND ALBÓNICO, Eduardo (2005). *Arbitraje Comercial Internacional*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- PUGA VIAL, Juan Esteban (2006). *Mercantilidad y el arbitraje comercial Internacional*. En *Estudios de Arbitraje. Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar* (Coordinador Eduardo Picand Albónico). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- SALCEDO CASTRO, Myriam (2005). *Arbitrabilidad Subjetiva: la capacidad de las entidades públicas para concluir contratos de arbitraje*. En: SILVA ROMERO, Eduardo y MANTILLA ESPINOZA, Fabricio. *El Contrato de Arbitraje*, Bogotá: Editorial Legis.
- SALCEDO, Ernesto (2001). *Arbitraje Justicia Alternativa*. Guayaquil: Efecto Grafico.
- SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo (2005). *Régimen Jurídico del Arbitraje Comercial Internacional. Análisis de la ley N° 19.971 de 29 de Septiembre de 2004 sobre arbitraje comercial internacional*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo (2003). *El Arbitraje Comercial Internacional como herramienta de apoyo a la Globalización. XXVI Conferencia de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC). Panel Martes 13 de Mayo de 2003 “Unificación de procedimientos y Prácticas Arbitrales Comerciales Internacionales y Tensiones que dificultan el Desarrollo”*. Santiago, Chile.

- SANGHUINO SÁNCHEZ, Jesús María (2001). “El arbitraje internacional”. Colombia: *Revista Criterio Jurídico*, Vol 1 N°1, pp. 171-191.
- SANTOS BELADRO, Rubén (1988). Arbitraje comercial internacional: tendencias y perspectivas. Montevideo, Uruguay: Fundación de Cultura Universitaria.
- SANTOS BALANDROS, Rubén (2002). Seis Lecciones sobre arbitraje privado (interno e internacional). Montevideo, Uruguay: Editorial Asociación de escribanos del Uruguay.
- SATELER, Ricardo (2007). Historia de la ley N° 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional. En: Estudios de Arbitraje. Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile.
- SCHILLING Fuenzalida, Mario (1999). Métodos alternativos de resolución de conflictos. Santiago: ConoSur Ltda.
- SILVA, Jorge Alberto (2001). Arbitraje Comercial Internacional. Oxford University Press, México: 2° Edición.
- VÁSQUEZ PALMA, Ma. Fernanda (2006). “La arbitrabilidad objetiva: Aspectos históricos, modernas tendencias en derecho comparado y ubicación en el escenario legislativo chileno”. *Ius et Praxis*, vol.12, N°1, pp.181-213.
- VIDAK-GOJKOVIC, E., BLAIR, C., MEUDIC-ROLE, M-A (2018). “The Medium Is the Message: Establishing a System of Business and Human Rights Through Contract Law and Arbitration”. *Journal of International Arbitration*, Volume 35 Issue 4.

- VILLALBA CUÉLLAR, Juan Carlos; MOSCOSO VALDERRAMA, Rodrigo Andrés (2008). “Orígenes Y Panorama Actual Del Arbitraje. Prolegómenos”. Colombia: *Derechos y Valores*, Vol. XI, N°22, julio-diciembre, pp.141-170. Universidad Militar Nueva Grandada.
- VIÑAS FARRE, Ramón (1978). La unificación del Derecho Internacional Privado. España.

RECURSOS DIGITALES.

- AL MUYID A (2014): One year after Rana Plaza: Progress and the Way Forward. International Labour Organisation Bangladesh. Disponible en: http://www.ilo.org/dhaka/Informationresources/Publicinformation/Pressreleases/WCMS_241591/lang--en/index.htm
- BERMÚDEZ ABREU, Yoselyn y ESIS VILLAROEI, Ivette (2008). “La Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI y su impacto en el Ordenamiento Jurídico venezolano”. *Revista de Derecho*, N°29, pp. 257-266. Disponible en: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-86972008000100010
- CRONSTEDT, C., EIJSBOUTS, J., MARGOLIS, A., SCHELTEMA, M., THOMPSON, R.C., RATNER, S. (2017). “International Arbitration of Business and Human Rights: A Step Forward”, Kluwer Arbitration Blog. Disponible en: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/11/16/international-arbitration-business-human-rights-step-forward/>
- DEPILLIS, Lydia (2015). Two years ago, 1,129 people died in a Bangladesh factory collapse. The problems still haven't been fixed. The Washington Post.

Disponible en:

<https://www.washingtonpost.com/news/wonk/wp/2015/04/23/two-years-ago-1129-people-died-in-a-bangladesh-factory-collapse-the-problems-still-havent-been-fixed/>

- HAYTHORNTHWAITE, Shavana (2020). The Hague Rules on Business and Human Rights. Arbitration: Noteworthy or Not Worthy for Victims of Human Rights Violations?, Kluwer Arbitration Blog, Disponible en: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/05/05/the-hague-rules-on-business-and-human-rights-arbitration-noteworthy-or-not-worthy-for-victims-of-human-rights-violations/?print=print>
- MAWENI, Rumbidzai (2019). Arbitraje de disputas de derechos humanos: la propuesta de reglas de arbitraje de empresas y derechos humanos y lecciones aprendidas del arbitraje del Acuerdo de Bangladesh. Disponible en: http://ccsi.columbia.edu/2019/07/10/arbitrating-human-rights-disputes-the-proposal-for-business-and-human-rights-arbitration-rules-and-lessons-learned-from-the-bangladesh-accord-arbitrations/#_ftn
- NICA, Andreea (2018). David Aven v. Costa Rica: An Aftershock of Urbaser v. Argentina?, Kluwer Arbitration Blog, Disponible en: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/12/12/david-aven-v-costa-rica-an-aftershock-of-urbaser-v-argentina/>
- OVIEDO ALBAN, Jorge (2002). La Unificación del Derecho Privado: UNIDROIT y los principios para los contratos comerciales internacionales. Disponible en: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/oviedoalban3.html>

LESGISLACION NACIONAL.

- Ley 7.421 Código Orgánico de Tribunales.
- Ley N° 19.971 Sobre Arbitraje Comercial Internacional. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 29 de Septiembre de 2004. Biblioteca del Congreso Nacional. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=230697>

LEGISLACION EXTRANJERA .

- Ley 15.982 Código General Del Proceso de Uruguay. Disponible en: <https://www.impo.com.uy/bases/codigo-general-proceso/15982-1988>
- Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado de España. Disponible en: <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/contract/Larbr-03.htm>

TRATADOS Y CONVENCIONES EXTRANJERAS.

- Acuerdo de Bangladesh. Accord on Fire and Building Safety in Bangladesh (2013). Disponible en: <https://admin.bangladeshaccord.org/wp-content/uploads/2018/08/2013-Accord.pdf>
- El Acuerdo Holandés sobre Prendas de Vestir y Textiles Sostenibles (2016). Disponible en: <https://www.imvoconvenanten.nl/-/media/ser/downloads/engels/2016/agreement-sustainable-garment-textile.pdf?la=en&hash=249F7F84DABE76107C4927DE23A342B7>
- Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (1958). Nueva York. Disponible en:

<https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/NY-conv/New-York-Convention-S.pdf>

- Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (1985). Con las enmiendas aprobadas en 2006. Disponible en: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/07-87001_ebook.pdf

- Los Principios de Ecuador. Estándar de la industria financiera para determinar, evaluar y gestionar riesgos ambientales y sociales en proyectos (2020). Disponible en: https://equator-principles.com/wp-content/uploads/2020/09/EP4_Spanish.pdf

- Principios rectores sobre las empresas y los Derechos Humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para "proteger, respetar y remediar" (2011). Disponible en: https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf

- OCDE (2013): Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, OECD publishing. Disponible en: <https://www.oecd.org/daf/inv/mne/MNEguidelinesESPANOL.pdf>

- OIT (2017): Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social. Quinta edición. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_ent/documents/publication/wcms_124924.pdf