

EL ARBITRAJE PRIVADO INTERNACIONAL CONFORME AL DERECHO CODIFICADO Y AL DERECHO NO CODIFICADO

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Derecho aplicable*. III. *Intervención judicial*. IV. *Forma del compromiso*. V. *Contenido del compromiso*. VI. *Arbitro y Arbitro tercero (umpire)*. VII. *Apelación*. VIII. *Disposiciones facultativas relativas al compromiso*. IX. *Denegatoria judicial al pedido de suspensión de juicio ante una Corte, interpuesto con posterioridad al compromiso*. X. *Conclusión*.

I. INTRODUCCIÓN

Resulta de interés señalar las diferencias que existen, en materia de arbitraje privado nacional e internacional, entre el derecho codificado y el derecho no codificado (*common law*), ambos vigentes en el Canadá. Nueve provincias y dos territorios federales están regidos por el sistema del *common law* y por leyes sobre arbitraje derivadas del derecho inglés, mientras que en la provincia de Québec se aplica el Código de procedimiento civil en las cuestiones relativas a arbitraje.

II. DERECHO APLICABLE

En el Canadá, en las provincias regidas por el *common law*, los árbitros deben aplicar normas de derecho sustantivo. Si el derecho internacional privado prevé una ley extranjera, se aplicará esta última. Este principio es válido también en la provincia de Québec. No obstante, conforme al artículo 948 del Código de procedimiento civil, las partes de una controversia pueden eximir a los árbitros de aplicar las normas legales y facultarlos para que actúen en calidad de “amigables componedores” (*amiables compositeurs*). Este último término figura en el texto en francés del Código de procedimiento civil, mientras que en la versión inglesa se lo ha reemplazado por el vocablo “mediadores” (*mediators*). No obstante, Clive M. Schmitthoff emplea la expresión *amicable compositors* (amigables componedores), y el

autor del presente trabajo opina que este término elimina toda posible confusión, ya que la palabra "mediador", en ciertos casos, implica que la persona en cuestión no puede pronunciar un laudo arbitral.

Tanto cuando las partes hayan facultado a los árbitros para resolver conforme a las normas legales vigentes o para actuar como amigables compondores, o bien cuando los hayan eximido del deber de aplicar las normas de derecho sustantivo, los árbitros siempre determinan el procedimiento a seguir en un juicio arbitral,¹ salvo que las partes convengan lo contrario. Por consiguiente, las partes pueden establecer las normas de procedimiento o remitirse a normas de procedimiento ya establecidas como, por ejemplo, las fijadas por UNCITRAL, por la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial, por la Cámara de Comercio Internacional, etcétera. No obstante, existen algunas disposiciones obligatorias en el Código de procedimiento civil de Québec: la citación de testigos se lleva a cabo según las normas establecidas en los artículos 280, 281, 282, 283 y 284, donde se prevé, por ejemplo, la forma en que los mismos deben comparecer ante el tribunal. Si un instrumento público² (por ejemplo una escritura notarial) es causa de litigio, la controversia se remite a los tribunales competentes, que oirán a las partes en lo que se denomina "juicio por falsedad de documento" *in improbation insunption de joux*.³ Los testigos protestan juramento ante el secretario del tribunal o ante cualquier otra persona autorizada para tomarlo.⁴ Todos los abogados de la provincia de Québec están facultados de oficio para tomar juramento.

En las provincias regidas por el *common law*, el compromiso arbitral, salvo manifestación en contrario indicada en el mismo, está sujeto a las disposiciones previstas en el anexo de la Ley de Arbitraje vigente en cada provincia. Entre las doce normas de carácter dispositivo de la Ley de arbitraje de la provincia de Ontario, el punto 10 del anexo "A"⁵ establece que los testigos deberán ser interrogados bajo juramento de decir verdad. Como se trata de una disposición de *ius dispositivum*, las partes pueden convenir lo contrario, por ejemplo, que los testigos no deban prestar juramento.

III. INTERVENCIÓN JUDICIAL

En la provincia de Québec, el laudo arbitral sólo puede ser ejecutado por

¹ Schmitthoff, Clive M., "Arbitration: The Supervisory Jurisdiction of the Courts", *The Journal of Business Law*, 1967, p. 328.

² Artículos 1207-1214, Código civil de Québec.

³ Artículos 947, 223-231, Código de procedimiento civil de Québec.

⁴ Artículo 943, inciso 3, Código de procedimiento civil.

⁵ Leyes reunidas de Ontario de 1970, capítulo 25.

los tribunales competentes de la materia y mediante petición de homologación para conminar a las partes a ejecutarlo.⁶ El tribunal ante el cual se presenta tal petición puede examinar cualquier vicio que afecte de nulidad el laudo, o cuestiones de forma que podrían impedir su homologación. Sin embargo, dicho tribunal no puede investigar el fondo del litigio arbitrado. Por ende, los árbitros no pueden estar sujetos a órdenes judiciales, no sólo en materia de cuestiones de hecho sino también de derecho.⁷ No obstante, el laudo debe ser fundado en todos los casos. Sólo en casos de impugnación de la validez de instrumentos públicos, es necesario remitir dicho incidente al tribunal competente para que éste diligencie el juicio por falsedad de documento (según lo mencionado en el punto número 2).

Otra posible intervención judicial prevista en la legislación de Québec se opera cuando las partes firmaron una cláusula compromisoria y, originado el conflicto contemplado, una de ellas se niega a cooperar en la ejecución del compromiso, o no designa un árbitro. En tales circunstancias, un juez del tribunal competente efectúa dicho nombramiento y especifica los puntos en discusión, salvo que el acuerdo arbitral prevea lo contrario.⁸

En las provincias regidas por el *common law*, en cualquier etapa del juicio, un árbitro o *umpire* puede por su propia iniciativa o a solicitud del juez, entregar toda información sobre cualquier cuestión de derecho surgida en el curso del arbitraje para la decisión judicial sobre este punto de derecho.⁹ Dicha intervención judicial no figura en la legislación de Québec.

Además, en las provincias regidas por el *common law*, el tribunal judicial puede remitir las cuestiones sometidas a arbitraje a la reconsideración de los árbitros o del tercero.¹⁰ Entre las causas de reconsideración mencionaremos: 1) Laudo viciado de nulidad evidente en el laudo mismo; 2) Inconducta por parte de los árbitros; 3) Error admitido por el mismo árbitro que solicita que la causa le sea devuelta, y 3) La prueba descubierta posteriormente al pronunciamiento del laudo.¹¹ Si los árbitros omitieron considerar cualquier punto fundamental, corresponde devolverles el asunto para que lo reconsideren.¹²

⁶ Artículo 950, Código de procedimiento civil.

⁷ Artículo 948, Código de procedimiento civil.

⁸ Artículo 951, Código de procedimiento civil.

⁹ Leyes sobre arbitraje: s.26 Ontario, s.14 Alberta, s.22 British Columbia, s.12 Manitoba, s.25 New Brunswick, s.20 Nova Scotia, s.19 Prince Edward Island, s.16 Saskatchewan, s.193 Newfoundland Judicatura Act; Ordenanzas arbitrales: s.13(2) Northwest Territories, s.13(2) Yukon Territory.

¹⁰ S.11 Ontario, s.10 Alberta, s.13 British Columbia, s.21 Manitoba, s.9 Saskatchewan, s.24 Yukon Territory.

¹¹ "St. John v. Irving Oil Co.", 1966 *Supreme Court of Canada Reports*, 581; "Montgomery, Jones & Co. v. Liebhenthal & Co.", 1898, 1, *Q. B.*, 487 (C.A.).

¹² "Re Toronto General Hospital Trustees and Sabiston", 1916, 38, *L.R.*, 139.

En la provincia de Québec, los tribunales han dado lugar a una acción de nulidad del laudo, aunque el Código de procedimiento civil no lo contempla.¹³ Dicha acción puede iniciarse aun cuando no exista petición de homologación del laudo. Entre las causas de nulidad establecidas por los tribunales y la jurisprudencia de la provincia de Québec figuran: a) Laudo pronunciado sobre puntos no comprometidos; b) Compromiso nulo o fuera de término; c) Laudo pronunciado por un árbitro no autorizado o en ausencia de alguno de los árbitros designados;¹⁴ d) Laudo pronunciado sobre cosas no demandadas. Generalmente, el laudo es nulo cuando se omitieron formas esenciales del procedimiento: los árbitros se negaron a oír a las partes o a recibir las pruebas ofrecidas por éstas, o los testigos no prestaron juramento.

En las provincias regidas por el *common law*, los tribunales tienen competencia inherente para declarar la nulidad del laudo sobre la base de la equidad y de las leyes en materia de arbitraje.¹⁵

IV. FORMA DEL COMPROMISO

Conforme a la legislación de la provincia de Québec, una promesa de someter a la decisión arbitral cuestiones futuras —hecha generalmente, aunque no siempre, bajo la forma de cláusula compromisoria— debe ser por escrito. Cuando la controversia contemplada en la cláusula compromisoria se suscita, las partes celebran el compromiso.¹⁶ El compromiso arbitral también debe ser por escrito.^{16a}

Bajo el sistema del *common law*, el compromiso no reviste formalidades especiales.^{16b} No obstante, el compromiso verbal no está contemplado en las disposiciones de las leyes provinciales sobre arbitraje. Así, en la Ley de Arbitraje de la Provincia de Ontario, el compromiso implica un acuerdo escrito de someter diferencias presentes o futuras a la decisión arbitral, se designe árbitro o no en el mismo.¹⁷ Dicho compromiso, salvo manifestación en contrario contenida en él, es irrevocable, excepto una decisión del tri-

¹³ "Cité de Montréal v. Paiement", 1919, 28, *KB*, 381.

¹⁴ Emile Colas, "Clause compromissoire, compromis et arbitrage en droit nouveau", 1968, 28, *Revue du Barreau*, 152.

¹⁵ "Internat Woodworks of American v. Weldwood of Can.", 1970, 74, *WWR*, 568.

¹⁶ Artículo 951, Código de procedimiento civil.

^{16a} *Id.*, artículo 941.

^{16b} "McIsaac v. Inverness Ry & Coal Co.", 1905, 38, *NSR*, 80; impugnado por otras razones, 37, *SCR*, 134.

¹⁷ S.1 d.

bunal, y produce los mismos efectos como si hubiera sido celebrado por orden del juez.¹⁸ El compromiso verbal, no contemplado en la Ley de Arbitraje, puede ser revocado antes de ejecutarse.¹⁹ Las causas principales por las que se otorga venia para revocar un compromiso escrito son: 1) Error de derecho, o incompetencia de jurisdicción o negación, excusión de alguno de los árbitros;²⁰ 2) Inconducha de alguno de los árbitros;²¹ 3) Falta de idoneidad (descalificación) de algunos de los árbitros.²²

V. CONTENIDO DEL COMPROMISO

El Código de procedimiento civil de Québec no especifica que la cláusula compromisoria debe contener enumeraciones obligatorias.²³

Por el contrario, el compromiso arbitral debe contener: a) Los nombres de las partes y la descripción de ellas; b) La designación de uno o tres árbitros, y c) La determinación de los puntos en discusión.²⁴ En las leyes sobre arbitraje vigentes en las provincias regidas por el *common law*, el término "compromiso" abarca el acuerdo de someter a la decisión de árbitros cuestiones presentes o futuras. Uno o más árbitros pueden ser designados en el compromiso, pero no es una disposición obligatoria. Tampoco hay límite en cuanto al número de árbitros.

VI. ÁRBITROS Y ÁRBITRO TERCERO (umpire)

En la legislación de Québec, la figura del árbitro tercero no se conoce. El laudo debe ser pronunciado por mayoría de votos emitidos por los árbitros (en caso de haber tres árbitros).²⁵

En las provincias regidas por el *common law*, cuando dos árbitros no logran ponerse de acuerdo para laudar, en lugar de los árbitros se recurre al árbitro tercero, quien procederá a fallar.²⁶ El árbitro tercero puede ser designado por las partes, o como ocurre en la provincia de Ontario, cuando no hay acuerdo sobre el tema por dos árbitros.²⁷

¹⁸ S.4.

¹⁹ "Hill v. Simmonds", 1913, 47, NSR, 396 (CA).

²⁰ "East & West India Dock Co. v. Kirk", 1887, 12, App. Cas., 738 (H.L.).

²¹ "European & American SS. Co. v. Crosskey", 1860, 8, C.B.S.N., 397.

²² Re Rankenberg & Security Co., 1894, 10, TLR, 393.

²³ Artículo 951.

²⁴ Artículo 941.

²⁵ Artículo 948.

²⁶ Ej: anexo A, párrafo 7 y 8 de la Ley de arbitraje de Ontario.

²⁷ Idem, párrafo 2.

VII. APELACIÓN

Varias leyes sobre arbitraje vigentes en las provincias regidas por el *common law*, disponen que, cuando en virtud de los términos del compromiso se conviene en que el laudo puede ser apelado, la apelación debe presentarse ante los tribunales o el juez.²⁸

No existe una disposición similar en la legislación de Québec, salvo en el capítulo especial sobre "Arbitraje mediante abogados": es decir, cuando un litigio ya se ha radicado ante los tribunales, pero, en virtud de acuerdo entre las partes, un abogado reemplaza al juez ordinario. En este caso, el árbitro-abogado (o juez retirado) actúa como si fuera un juez común, o sea, que está obligado a aplicar el derecho vigente —sustantivo y procesal—, y el laudo que pronuncie es apelable como si fuera una sentencia ordinaria del tribunal, sólo que aquí el juez es reemplazado por el abogado o el juez retirado antes mencionado. Se recurrió a este tipo de arbitraje en casos donde el proceso debía sustanciarse, pero no había ningún juez disponible a la fecha.²⁹

VIII. DISPOSICIONES FACULTATIVAS RELATIVAS AL COMPROMISO

Conforme al Código de procedimiento civil de la provincia de Québec, el compromiso cesa en sus efectos en caso de fallecimiento, excusa, renuncia o incapacidad para actuar de alguno de los árbitros; salvo que por cláusula especial se determinara: a) Lo contrario, o b) Que dicho árbitro será reemplazado por otro elegido por las³⁰ partes o por el árbitro o los árbitros restantes o de otra manera. Por ende, resulta prudente incluir en el compromiso una cláusula de esta naturaleza e inclusive también en la cláusula compromisoria, ya sea en forma expresa o refiriéndose a normas conocidas sobre arbitraje que prevén una solución en tales casos. Asimismo, cuando en el compromiso no se fija una prórroga del plazo para laudar, los árbitros no deben fallar después de los seis meses posteriores al momento en que los mismos se hicieron cargo de la controversia.³¹ El compromiso queda sin efecto cuando los árbitros no fallan antes del vencimiento del plazo estipulado para laudar.³²

²⁸ Manitoba s.28(1), s.32, Ontario s.16, Saskatchewan s.14, Northwest Territories s.28(1), Yukon Territory s.28(1).

²⁹ Artículos 383-394, especialmente 393, del Código de procedimiento civil de Québec.

³⁰ *Idem*, artículo 944 (1).

³¹ *Idem*, artículo 941.

³² Artículo 944 (2).

En virtud de la legislación en materia de arbitraje vigente en las provincias regidas por el *common law*, cuando en el compromiso no se prevé lo contrario, los árbitros pronunciarán el laudo por escrito dentro de los tres meses posteriores al momento en que fueron invitados para actuar, mediante notificación escrita enviada por alguno de los compromitentes. Sin embargo, los árbitros³³ pueden prorrogar el plazo para pronunciar el laudo, firmando un escrito al efecto. Las normas de carácter dispositivo determinan la intervención del árbitro tercero en reemplazo de los otros árbitros cuando estos últimos no hubieran fallado dentro del plazo o de la prórroga en que debían pronunciar el laudo, o cuando hubieran enviado a alguno de los compromitentes o al árbitro tercero notificación escrita manifestando imposibilidad de llegar a un acuerdo.³⁴ El árbitro tercero deberá laudar dentro del mes posterior al vencimiento del plazo señalado originariamente, o de la prórroga estipulada para que los árbitros pronuncien su fallo, o bien, antes de o en la fecha que el tercero hubiera fijado por escrito y firmado como prórroga del plazo para dictar su laudo.³⁵

IX. DENEGATORIA JUDICIAL AL PEDIDO DE SUSPENSIÓN DE JUICIO ANTE UNA CORTE, INTERPUESTO CON POSTERIORIDAD AL COMPROMISO

En las provincias regidas por el *common law*, cuando un compromitente demanda a otro en una corte por una cuestión que habían convenido en someter a la decisión de árbitros, cualquier parte de esa litis, en cualquier momento posterior a su comparecencia y anterior a la presentación de los escritos iniciales o a la sustanciación de otra etapa del proceso, puede solicitar a los tribunales la suspensión del juicio en la dicha corte.³⁶ Estos tribunales están facultados para conceder esa petición, pero pueden resolver lo contrario si lo fundamentan debidamente.³⁷ Si el único asunto sometido a la decisión de árbitros es una cuestión de derecho, la suspensión del juicio en la corte basándose en esta razón puede ser denegada.³⁸ Pero cuando hay cuestiones de hecho importantes por determinar, la circunstancia de que también estén involucradas importantes cuestiones de derecho no justifica denegar la suspensión si lo que se reclama en el juicio es posible de ser

³³ Ej.: Ley de arbitraje de Ontario, anexo A, párrafo 6.

³⁴ *Idem*, párrafo 7.

³⁵ *Idem*, párrafo 8.

³⁶ Ley de arbitraje de Ontario, s.7.

³⁷ "Stokes-Stephens Oil Co. v. McNaught", 1918, 57, *SCR*, 549.

³⁸ *Ibidem*.

sometido a la decisión de árbitros.³⁹ Se considera que existe facultad discrecional en el juez que entiende en la solicitud de suspensión del juicio en la corte.⁴⁰ En todos los casos, la carga de la prueba tendiente a demostrar que el contrato de arbitraje no debe ser ejecutado recae en las partes que se oponen al arbitraje, especialmente cuando en términos inequívocos dichas partes convinieron en someter la cuestión a la decisión de árbitros.⁴¹

No existen disposiciones similares en la legislación de Québec. Por ende, los tribunales de esta provincia no rechazan las excepciones interpuestas por un compromitente, salvo que el compromiso sea nulo.

X. CONCLUSIÓN

Puede decirse que en materia de arbitraje, conforme al Código de procedimiento civil de Québec, se elimina toda posible interferencia de los tribunales en cuanto a los méritos de la cuestión. A diferencia del sistema del *common law*, el derecho codificado no contempla resoluciones judiciales sobre cuestiones de derecho relativas a controversias sometidas a la decisión de árbitros. Además, los tribunales del sistema del *common law* tiene facultades discrecionales para denegar la solicitud interpuesta ante ellos para suspender el juicio en la corte, cuando exista acuerdo arbitral previo.

La legislación de Québec permite a las partes facultar a los árbitros para que actúen en calidad de amigables componedores, sin necesidad de aplicar ninguna ley. Esta disposición no existe en el sistema del *common law*.

En el sistema del *common law*, cuando los árbitros no pueden llegar a un acuerdo, son reemplazados por el árbitro tercero. Según la legislación vigente en Québec, la designación de los árbitros recae en número impar —uno o tres—, y entonces siempre hay posibilidad de obtener mayoría (aunque puede ocurrir que haya tres opiniones diferentes, por ejemplo, en cuanto al monto de los daños y perjuicios). Otras diferencias entre los dos sistemas de derecho son de menor importancia. En materia de normas de carácter dispositivo, las partes, por mutuo acuerdo, pueden llegar a soluciones similares en ambos sistemas.

L. KOS-RABCEWICZ-ZUBKOWSKI

³⁹ *Ibidem*, "Rowe Bros. & Co. v. Crossley Bros. Ltd.", 1912, 18 *LT*, 11 (CA); "Lock v. Army, Navy & Gen. Assur. Assn.", 1915, 31, *TLR*, 297.

⁴⁰ "Re Rootes Motors (Canadá) Ltd & Wm. Halliday Contracting Co. Ltd.", 1952, *OWN*, 553-556; 1952, 4, *DLR*, 300-304; "Raymond v. Adrema Ltd.", 1963, 1, *OR*, 305, 37, *DLR*, 2d 9.

⁴¹ "Niagara South Board of Education v. H.G. Acres Ltd." 1972, 30, *QR*, 1815; "Metropolitan Tunnel & Public Works Ltd. v. London Electric R. Co.", 1926, 1, *Ch*, 371.