

# LAS PRECONDICIONES DE LOS PROCEDIMIENTOS EN EL ARBITRAJE EN CANADÁ, Y SU CONTRASTE CON *BG GROUP PLC V. LA REPÚBLICA DE ARGENTINA*

RAÚL S. ECHEANDÍA ESQUILÍN

I. Introducción .....	56
II. Arbitraje en los Estados Unidos: el caso de <i>BG Group v. Argentina</i> .....	56
A. Trasfondo .....	56
B. Opinión mayoritaria .....	57
C. Opinión disidente.....	59
III. El arbitraje bajo Canadá.....	59
A. Las precondiciones bajo el NAFTA .....	60
B. Ley de Arbitraje Comercial de Canadá y su interpretación de las precondiciones procesales en la jurisprudencia.....	61
IV. Conclusión.....	64

## I. INTRODUCCIÓN

En el 1990, el Reino Unido y Argentina pactaron un Acuerdo Bilateral de Inversiones (“BIT” por sus siglas en inglés), en el cual, entre otros temas, acordaron dar un trato justo y equitativo a las inversiones de los nacionales del otro país. Además, pactaron no expropiarse las inversiones provenientes de inversores del otro estado. Años después, la empresa británica, BG Group adquirió derechos para realizar negocios en Argentina, y conforme a esto, se pactaron una serie de términos y requisitos que deberían darse para poder acudir al arbitraje en caso de surgir alguna disputa. Luego de una crisis económica en Argentina (estado receptor de la inversión) se cambiaron los términos pactados causándoles a los inversionistas pérdidas monetarias exorbitantes.<sup>1</sup>

En respuesta a esto, la empresa acudió directamente al arbitraje. Es aquí donde surge el debate en cuanto a si procede o no el arbitraje. ¿Quién determina si éste procede? ¿Acaso los árbitros tienen la potestad para tomar esta decisión o son los jueces de las cortes nacionales quienes retienen ese poder? El enfoque de esta artículo es buscar contestaciones a estas pregunta pero no a base del derecho de Estados Unidos, sino analizando cómo se resolvería el problema bajo el derecho de Canadá.

## II. ARBITRAJE EN LOS ESTADOS UNIDOS: EL CASO DE *BG GROUP V. ARGENTINA*

### A. Trasfondo

Los gobiernos de Argentina y Reino Unido firmaron un BIT, con el propósito de crear condiciones favorables para inversionistas que lleven sus inversiones al territorio del otro Estado

---

<sup>1</sup> STEPHEN BREYER, THE COURT AND THE WORLD: AMERICAN LAW AND THE NEW GLOBAL REALITIES 187 (2015).

y fomentar la protección recíproca de las mismas bajo este acuerdo, y que como resultado aumente la prosperidad en ambos países.<sup>2</sup>

Años más tarde, BG Group —empresa de origen británico— entró en acuerdos con el gobierno de Argentina, donde se le confirió una licencia de exclusividad para la distribución de gas natural en región de Buenos Aires.<sup>3</sup> Durante la otorgación de esta licencia, las leyes en Argentina disponían que los aranceles de empresas de distribución de gas natural se calcularían a base del dólar americano. Asimismo, los niveles de estos aranceles se establecerían a niveles que permitieran que las empresas de gas natural aseguren obtener un rendimiento razonable sobre su inversión.

El conflicto comenzó durante la crisis económica que enfrentó Argentina entre el 2001 y el 2002. En respuesta a esta situación, el gobierno argentino realizó cambios en sus leyes. Por ejemplo, se cambió la moneda que se utilizaba para hacer el cálculo de los aranceles de distribución de gas. El efecto de esta medida en la inversión de BG Group fue negativa creando pérdidas.<sup>4</sup>

Ante esta situación, BG Group entendió que Argentina violaba el BIT, y tomó la decisión de acudir al arbitraje invocando el artículo 8 del tratado entre Argentina y Reino Unido.<sup>5</sup> El tratado indicaba que para acudir al arbitraje se tenían que cumplir ciertas precondiciones procesales. El artículo 8 dispone que se puede acudir al arbitraje internacional si ambas partes así lo acuerdan, también bajo dos circunstancias particulares se podría acudir de manera unilateral. La primera de las circunstancias surge en casos donde transcurra un periodo de 18 meses desde presentada la disputa en las cortes locales del país receptor de la inversión, y este no emitiese una decisión durante este plazo. La segunda circunstancia sería en casos en los cuales el tribunal tomase una decisión, pero aun así las partes continuaran en disputa.<sup>6</sup>

Por su parte, Argentina entendió que la acción de acudir al arbitraje no era válida debido a que no cumplía con el requisito de primero presentar el pleito en las cortes locales de Argentina y porque consideraba que BG Group no era un inversionista que tenía protección bajo el tratado.<sup>7</sup>

## B. Opinión mayoritaria

---

<sup>2</sup> Agreement for the Promotion and Protection of Investments, U.K.-Arg., December 11, 1990, 1765 U.N.T.S. 34 (en adelante, “Tratado Inglaterra y Argentina”).

<sup>3</sup> BG Group PLC v. Republic of Arg., 134 S. Ct. 1198, 1204 (2014).

<sup>4</sup> *Id.*

<sup>5</sup> *Id.*

<sup>6</sup> En lo pertinente el Tratado lee de la siguiente manera:

Disputes with regard to an investment which arise within the terms of this Agreement between an investor of one Contracting Party and the other Contracting Party, which havenot been amicably settled shall be submitted, at the request of one of the Parties to the dispute, to the decision of the competent tribunal of the Contracting Party in whose territory the investment was made. (2) The aforementioned disputes shall be submitted to international arbitration in the following cases: (a) if one of the Parties so requests, in any of the following circumstances: (i) where, after a period of eighteen months has elapsed from the moment when the dispute was submitted to the competent tribunal of the Contracting Party in whose territory the investment was made, the said tribunal has not given its final decision; (ii) where the final decision of the aforementioned tribunal has been made but the Parties are still in dispute; (b) where the Contracting Party and the investor of the other Contracting Party have so agreed.

Tratado Inglaterra y Argentina, *supra* nota 2, en las págs. 37–38, art. 8(1).

<sup>7</sup> *BG Group*, 134 S. Ct. en la pág. 1204.

Para realizar el análisis y determinación en cuanto a quién determinaría si las precondiciones se cumplieron o no, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos comenzó partiendo de la premisa de la existencia de un contrato ordinario entre las partes, en el cual generalmente las partes indican las instancias que un árbitro decidiría y las otras que decidirían las cortes.<sup>8</sup> En situaciones en las que el contrato no sea específico con respecto a esto, las cortes determinarían cual es la intención de las partes basándose en una serie de presunciones. Por ejemplo, en situaciones donde la disputa sea en torno a la arbitrabilidad, como la obligatoriedad sobre alguna cláusula, las cortes presumirían que la intención de las partes es que sean las cortes las que realicen la determinación. Mientras que por otro lado, las cortes presumen que las partes tienen la intención de que sean los árbitros los que tomen la determinación en disputas con respecto al significado y aplicación sobre precondiciones procesales, como lo sería “la renuncia, retraso o la defensa por arbitraje”.<sup>9</sup>

El lenguaje en el artículo 8(2) del BIT establece el momento en que hay obligación de llevar a arbitraje la disputa, y no si existe obligación de acudir al arbitraje. Es decir, el lenguaje de este artículo lo que realmente establece es el inicio del arbitraje y no si procede el arbitraje, por lo que el requisito del litigio es un asunto procesal que las cortes habrían establecido previamente que ha de ser el árbitro el que interprete la misma.<sup>10</sup>

Por otro lado, el artículo 8(3) del BIT da paso a que se pueda recurrir a organizaciones internacionales de arbitraje como el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (ICSID por sus siglas en inglés) o la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL por sus siglas en inglés) la cual establece que el tribunal de arbitraje tiene el poder de decidir sobre su competencia.<sup>11</sup> A base de la existencia de esta opción en el BIT y según lo antes expuesto, la Corte concluye que en estas circunstancias las partes en disputa tenían la intención que fueran los árbitros los que tuvieran este poder de

---

<sup>8</sup> El Tribunal se expresó de esta manera:

On the one hand, courts presume that the parties intend courts, not arbitrators, to decide what we have called disputes about “arbitrability.” These include questions such as “whether the parties are bound by a given arbitration clause,” or “whether an arbitration clause in a concededly binding contract applies to a particular type of controversy.

*BG Group*, 134 S. Ct. en la pág. 1206.

<sup>9</sup> El Tribunal continúa: “On the other hand, courts presume that the parties intend arbitrators, not courts, to decide disputes about the meaning and application of particular procedural preconditions for the use of arbitration.” *Id.* en la pág. 1207 (citando a *Howsam v. Dean Witter Reynolds*, 123 S. Ct. 588 (2002), caso que aclara: “Courts assume parties ‘normally expect a forum-based decisionmaker to decide forum-specific procedural gateway matters’ These procedural matters include claims of “waiver, delay, or a like defense to arbitrability.”). Véase además *Moses H. Cone Memorial Hospital v. Mercury Constr. Corp.*, 460 U.S. 1, 25, (1983) que indica: “[a]nd they include the satisfaction of ‘prerequisites such as time limits, notice, laches, estoppel, and other conditions precedent to an obligation to arbitrate.’” (“An arbitrator shall decide whether a condition precedent to arbitrability has been fulfilled”). *Id.* La jurisprudencia en Estados Unidos ha establecido que el vencimiento de plazos prescriptivos, para reclamar un proceso de arbitraje es materia que decide el árbitro y no el tribunal. Entre otros asuntos que le corresponde decidir al árbitro se encuentran la determinación si partes han cumplido con las condiciones previas al arbitraje. Véase Salvador Antonetti Zequeira, *Arbitraje Comercial en Puerto Rico: ¿solución o problema?*, 11 REV. ACAD. P.R. JUR. LEGIS. 1, 13–14 (2013). Véase *Howsam v. Dean Witter Reynolds, Inc.*, 537 U.S. 79, 123, (2002).

<sup>10</sup> *BG Group*, 134 S. Ct. en la pág. 1207.

<sup>11</sup> Indica el tratado en su artículo 8:

Where the dispute is referred to international arbitration, the investor and the Contracting Party concerned in the dispute may agree to refer the dispute either to . . . (b) an international arbitrator or ad hoc arbitration tribunal to be appointed by a special agreement or established under the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law.

Tratado Inglaterra y Argentina, *supra* nota 2, en la pág. 38, art. 8(3).

decisión e interpretación sobre el requisito de litigación en las cortes locales, el cual es una precondition procesal.

El Tribunal determinó que los árbitros no excedieron sus poderes, ya que concurrieron con los árbitros en que este requisito procesal de litigación local no se aplicaría de manera absoluta, como se decidió en este caso al considerarse que Argentina renunció a la litigación local por haber deshabilitado sus cortes por 6 meses.<sup>12</sup>

### C. Opinión disidente

Por otro lado, el Juez Roberts acompañado por el Juez Kennedy, disienten exponiendo que el tratado no debería tratarse como un contrato ordinario, sino que es un tratado, un acuerdo entre dos naciones soberanas.<sup>13</sup> Este explica que el artículo 8(a) del tratado claramente muestra la intención para que un inversionista tenga el deber de llevar la disputa al país receptor de la inversión, convirtiéndose esto en una condición para la creación de un acuerdo y no meramente un asunto para realizar un nuevo acuerdo.<sup>14</sup> También argumenta que parte de los beneficios que conlleva el requisito de la litigación local es la reducción de controversias antes de que la disputa llegue al tribunal de arbitraje, y que incluso podrían resolver el conflicto durante el proceso<sup>15</sup> por lo que cumplir con la obligación que se expresa de forma “clara” debe ser ventilada primeramente en las cortes.

Roberts expone que la opinión mayoritaria fue argumentada con un análisis erróneo, ya que todos los casos con los que fundamentaron los planteamientos de las provisiones procesales son de contratos comerciales y ni uno fue basado en un tratado de países soberanos.<sup>16</sup> Finalmente concluye que la Corte de Apelaciones decidió correctamente que las cortes deben ser los que decidan interrogantes en cuanto a la interpretación y aplicación sobre el requisito de la litigación local *de novo*.<sup>17</sup>

## III. EL ARBITRAJE BAJO CANADÁ

Al igual que en los Estados Unidos, el arbitraje comercial ha cobrado importancia recientemente. Por sus beneficios se ha tornado como el método predilecto para la solución de disputas internacionales, que desde mediados de los 1980s se han visto con mayor frecuencia.<sup>18</sup> Esto se debe en gran parte a la adopción de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional establecida por la UNCITRAL, cuerpo de las Naciones Unidas reconocido por su especialización en el derecho comercial que tiene como fin desarrollar un cuadro jurídico con reglas modernas y justas que puedan ser armonizadas a las transacciones comerciales, y que los países alrededor del mundo los adopten, evitando crear diferencias en sistemas de arbitraje.<sup>19</sup>

Además de la adopción del modelo de la UNCITRAL, el arbitraje también se estimuló en Canadá por la Convención de Nueva York de 1986 y el incremento del comercio entre países del continente gracias al surgimiento del Tratado de Libre Comercio Norteamericano (NAFTA por sus siglas en inglés). El NAFTA y la Convención de Nueva York aumentaron la deferencia a los

<sup>12</sup> BREYER, *supra* nota 1, en la pág. 188.

<sup>13</sup> *BG Group*, 134 S. Ct., en la pág. 1215.

<sup>14</sup> *Id.* en la pág. 1216.

<sup>15</sup> *Id.* en la pág. 1221.

<sup>16</sup> *Id.* en la pág. 1222.

<sup>17</sup> *Id.* en la pág. 1223–24.

<sup>18</sup> Canadian Law on International Commercial Arbitration, FINDLAW <http://corporate.findlaw.com/litigation-disputes/canadian-law-on-international-commercial-arbitration.html> (última visita 16 de enero de 2017).

<sup>19</sup> UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW, <https://www.uncitral.org/> (About UNCITRAL) (última visita 16 de enero de 2017).

tribunales de arbitraje por la confianza que inspiraban, la buena reputación de árbitros competentes, justos e imparciales, resultando que inversionistas del extranjero acudan a realizar comercio en el país.<sup>20</sup> La Ley de Arbitraje Comercial de 1985 de Canadá rige las disputas internacionales de arbitraje que envuelvan el gobierno federal y la corona.<sup>21</sup> Esta ley fue derivada del modelo de ley establecido por las Naciones Unidas<sup>22</sup> por lo que varias jurisdicciones alrededor del mundo cuentan con un sistema arbitral igual o similar al de Canadá.

### A. Las precondiciones bajo el NAFTA

Como se mencionó, uno de los factores que influyó en gran medida a la popularidad de someter disputas a paneles de arbitraje en Canadá fue la adopción del NAFTA el 1 de enero de 1994, creando la zona de libre comercio más grande del mundo.<sup>23</sup> El mismo es un acuerdo que establece reglas de comercio e inversiones entre Canadá, Estados Unidos y México que elimina barreras arancelarias, estimula el crecimiento económico, creación de empleos y mejores precios.<sup>24</sup> El efecto económico fue tan significativo, que por ejemplo, se duplicaron las importaciones de bienes de agricultura en Canadá provenientes de Estados Unidos del 1994 al 2003.<sup>25</sup>

La importancia que le prestamos al NAFTA es principalmente al Capítulo II de Inversiones que establece en su artículo 1120 la condición del término de 6 meses de espera (a partir del surgimiento de la disputa) para poder enviar disputas al tribunal arbitral.<sup>26</sup> El propósito de esta condición es permitir que se de paso a una negociación o mediación<sup>27</sup> entre las partes en disputa para que traten de resolver las diferencias que surjan antes de acudir al tribunal de arbitraje.<sup>28</sup> Esto se ha interpretado en disputas de arbitraje ventiladas bajo ICSID y

<sup>20</sup> *Id.*

<sup>21</sup> Canada Commercial Act, R.S.C. 1985, c 17 (2nd Supp.), art. 5(2).

<sup>22</sup> *Id.*, art. 2.

<sup>23</sup> NORTH AMERICAN FREE TRADE AGREEMENT (NAFTA), <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/nafta-alena/index.aspx?lang-eng> (última visita 16 de enero de 2016).

<sup>24</sup> NAFTA NOW, [http://www.naftanow.org/faq\\_en.asp#faq-1](http://www.naftanow.org/faq_en.asp#faq-1) (última visita 16 de enero de 2016).

<sup>25</sup> *NAFTA's Economic Impact*, COUNCIL ON FOREIGN RELATIONS, <http://www.cfr.org/trade/naftas-economic-impact/p15790> (última visita 6 de agosto de 2016).

<sup>26</sup> NAFTA establece:

Except as provided in Annex 1120.1, and provided that six months have elapsed since the events giving rise to a claim, a disputing investor may submit the claim to arbitration under:

- (a) the ICSID Convention, provided that both the disputing Party and the Party of the investor are parties to the Convention;
- (b) the Additional Facility Rules of ICSID, provided that either the disputing Party or the Party of the investor, but not both, is a party to the ICSID Convention; or
- (c) the UNCITRAL Arbitration Rules.

Tratado de Libre Comercio de América del Norte, Can.-Mex.-E.U., 17 de diciembre 1992, artículo 1120 32 I.L.M. 289 (1993) (en adelante NAFTA).

<sup>27</sup> NAFTA, artículo 1118.

<sup>28</sup> NAFTA, apéndice D. El mismo lee como sigue:

Mediation provides a forum in which an impartial person -- the mediator -- facilitates communication between the parties in the hope of achieving a settlement of the dispute. The mediator acts as an intermediary to whom each party should feel comfortable discussing its view of the dispute. The mediator seeks to focus the parties on the critical issues in dispute and on the interests of each party to achieve a settlement. The mediator may propose settlement options for the parties to consider, but the views of the mediator are not binding on the parties.

posteriormente invocadas en disputas del NAFTA, donde los tribunales arbitrales han discutido que cumplir con el término de espera de 6 meses para acudir al arbitraje es un requisito fundamental que los demandantes deben cumplir de manera compulsoria para poder proceder al arbitraje.<sup>29</sup> Esto muestra una postura similar a la de Roberts en su opinión disidente de *BG Group* que indica la importancia de cumplir con las condiciones para acudir al arbitraje.

### **B. Ley de Arbitraje Comercial de Canadá y su interpretación de las precondiciones procesales en la jurisprudencia**

El artículo 8(1) de la Ley de Arbitraje Comercial de Canadá, al igual que la Ley Modelo de las Naciones Unidas, establece que cuando a una corte se le presente una acción reconocida como materia de un acuerdo o pacto de arbitraje, referirá a las partes en disputa directamente al tribunal de arbitraje, salvo entienda que este acuerdo arbitral sea nulo o inoperante. Este artículo se refiere al concepto de la arbitrabilidad que se comenta en el caso de *BG Group*. Este concepto de arbitrabilidad se refiere a las circunstancias en que se debe determinar si un acuerdo de arbitraje válido realmente existe, y de ser así, si la controversia entre las partes se encuentra cubierto bajo este acuerdo arbitral. Para lograr contestar esta pregunta, las cortes observan el alcance y validez del acuerdo para demarcar la jurisdicción entre las cortes y los tribunales de arbitraje, y de la mano analizan la disposición de alguna de las partes a renunciar o no a su derecho de presentar su disputa por la vía judicial.<sup>30</sup>

La línea de arbitrabilidad en ocasiones puede ser muy fina y varios casos de los Estados Unidos han sido revocados por confundir la arbitrabilidad con asuntos procesales.<sup>31</sup> Es distinto que las partes hayan acordado un acuerdo de arbitraje válido que estipule o no cuales sean los asuntos que han de ser resueltos por un panel de arbitraje, versus que se cumpla con condiciones procesales previo a acudir al arbitraje. En *BG Group* se señaló que las cortes revisan las cláusulas arbitrales y determinan si contienen elementos de arbitrabilidad como ser irrazonables, contener fraude, corrupción y falta de capacidad legal para entrar en un contrato.<sup>32</sup>

Breyer expone la diferencia del trato de arbitrabilidad en las distintas jurisdicciones alrededor del mundo y explica que la jurisprudencia de los Estados Unidos ha establecido claramente que la “arbitrabilidad sustantiva” (asuntos de existencia o alcance de un contrato de

---

*Id.* Véase *Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States* (ICSID Case No. ARB(AF)/99/1), Interim Decision on Preliminary Jurisdictional Issues, 6 December 2000, para. 46 (CL-7) (“Article 1120 (1) provides for a cooling-off period of six months between the events giving rise to a claim and the submission of the claim to arbitration.”).

<sup>29</sup> Véase *Murphy Exploration and Production Company International v. Republic of Ecuador* (ICSID Case No. ARB/08/4) Award on Jurisdiction, 15 de diciembre de 2015; *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador* (ICSID Case No. ARB/08/5) Decision on Jurisdiction, 2 de junio de 2010; *Mesa Power Group LLC v. Government of Canada* (NAFTA Case No. 2012-17) Procedural Order No., 28 de marzo de 2013.

<sup>30</sup> THOMAS E. CARBONNEAU, *CASES AND MATERIALS ON ARBITRATION LAW AND PRACTICE* 28 (2012).

<sup>31</sup> Algunos Circuitos en los Estados Unidos han considerado la cuestión de oportunidad como un factor de arbitrabilidad sustantiva, por lo que pasa a ser parte de ser uno de los prerrequisitos arbitrales. Sin embargo, en la jurisprudencia más reciente se ha considerado como una condición procesal que ha de ser evaluada por los árbitros. Véase *Amer Raja & Shanila Ali, Who Decides Arbitral Timeliness?*, 2 THE ARBITRATION BRIEF, 64, 66–69 (2012). Generalmente el Tercer, Sexto, Séptimo, Décimo y Undécimo Circuito habían considerado que la arbitrabilidad es cuestión que las cortes deben determinar, no obstante, si existe un lenguaje claro e inequívoco en las provisiones arbitrales, deben ser los árbitros que deben tomar estas decisiones. Véase *First Options of Chicago, Inc. v. Kaplan*, 514 U.S. 938, 943 (1995); *PaineWebber Inc. v. Hofmann*, 984 F.2d 1372, 1378 (3d Cir. 1993); *Roney and Co. v. Kassab*, 981 F. 2d 894, 898 (6th Cir. 1992); *Edward D. Jones & Co. v. Sorrells*, 957 F.2d 509, 512–13 (7th Cir. 1992); *Cogswell v. Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith, Inc.*, 78 F.3d 474, 476 (10th Cir. 1996); *Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith, Inc. v. Cohen*, 62 F. 3d 381, 383–84 (11th Cir. 1995).

<sup>32</sup> BREYER, *supra* nota 1, en la pág. 191.

arbitraje) es un asunto que determinan los jueces.<sup>33</sup> Esto podría ser un conflicto ya que en otros países cabe la posibilidad que los árbitros determinen la arbitrabilidad, no los jueces.

En gran cantidad de países se le da mayor poder al árbitro para que este tome decisiones en cuanto a la arbitrabilidad de un acuerdo. No obstante, esto tampoco debe considerarse absoluto. En *Western Shopping Centre v. Dutton, McLachlin*<sup>34</sup> se reconoció que las cortes tienen el poder inherente para tomar decisiones con respecto a si proceden pleitos de clase que tienen precondiciones. No obstante, las cortes posteriormente adoptaron medidas que integrasen las condiciones procesales de los pleitos de clase y los arbitrajes, de modo que una decisión como esta sería distinta en el futuro.<sup>35</sup> Claramente, esta decisión inicial refleja una postura distinta a la tomada en la opinión mayoritaria de BG Group.

En el artículo 16(1) de la Ley de Arbitraje Comercial de Canadá, se establece que el tribunal de arbitraje será quien evalúa su jurisdicción. A pesar de la decisión tomada en el caso de *Western Shopping Centre*, en 2007, *Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs* concluyó que los árbitros determinan asuntos sobre jurisdicción y validez de una cláusula arbitral<sup>36</sup> tal y como se expresa en el artículo 16(1) de la Ley de Arbitraje Comercial de Canadá.<sup>37</sup> Para llegar a estas determinaciones, la Corte incluyó como parte de su análisis que la impugnación sobre la jurisdicción del árbitro es un asunto que ha de resolverse por el árbitro aplicando la doctrina de *competence-competence* según se establece en el artículo 943 del Código de Procedimiento Civil de Canadá.

Además, como parte del análisis, la Corte Suprema de Canadá aplicó a *Dell Computer Corp.* el artículo 940.1 que establece que “cuando se inicie una acción en relación a una disputa sobre una materia por la cual las partes han pactado un acuerdo de arbitraje, la corte tendrá el deber de referir a las partes al arbitraje, salvo que entienda que el acuerdo es nulo”. Esto es importante porque el vocabulario señala una obligación que tendrán los jueces a enviar la disputa a los árbitros para que estos tomen las determinaciones siguientes en cuanto a su jurisdicción y asuntos sobre las precondiciones procesales.<sup>38</sup>

---

<sup>33</sup> *Id.* en las págs. 191-92.

<sup>34</sup> *Western Canadian Shopping Centres Inc. v. Dutton*, [2001] 2 S.C.R. 534 (Can.).

<sup>35</sup> Shelley McGill, *Consumer Arbitration and Class Actions: The Impact of Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs*, 45 CAN. BUS. L.J. 334, 339 (2007).

<sup>36</sup> *Dell Computer Corporation v. Union des consommateurs and Olivier Dumoulin*, [2007] 2 S.C.R. 801, 848-49 (Can.) El mismo nos ilustra:

First of all, I would lay down a general rule that in any case involving an arbitration clause, a challenge to the arbitrator's jurisdiction must be resolved first by the arbitrator. A court should depart from the rule of systematic referral to arbitration only if the challenge to the arbitrator's jurisdiction is based solely on a question of law. This exception is justified by the courts' expertise in resolving such questions, by the fact that the court is the forum to which the parties apply first when requesting referral and by the rule that an arbitrator's decision regarding his or her jurisdiction can be reviewed by a court.

*Id.*

<sup>37</sup> El derecho canadiense en este punto aclara:

The arbitral tribunal may rule on its own jurisdiction, including any objections with respect to the existence or validity of the arbitration agreement. For that purpose, an arbitration clause which forms part of a contract shall be treated as an agreement independent of the other terms of the contract. A decision by the arbitral tribunal that the contract is null and void shall not entail *ipso jure* the invalidity of the arbitration clause.

Canada Commercial Act, R.S.C. 1985, c 17 (2nd Supp.), art.16 (1).

<sup>38</sup> El arbitraje en Canadá, al igual que en los Estados Unidos según observado en *BG Group v. Argentina*, tiene un enfoque de observar la intención de las partes y que al mismo tiempo involucra preguntas con relación a los hechos y el derecho. Véase S.I. Strong, *Resolving Mass Legal Disputes Through Class Arbitration: The United States and*

Otros casos en Canadá han aplicado la doctrina de *competence-competence* tal como se aplicó en *Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs*. Esta doctrina es aplicada en gran cantidad de países. Entre estos se encuentra Francia, donde se concede a los tribunales de arbitraje la capacidad de decidir prácticamente cualquier aspecto en cuanto a su jurisdicción, como por ejemplo el cumplimiento de una de las partes en disputa con condiciones procesales.<sup>39</sup> En Canadá, esta doctrina descansa en los principios de que los árbitros tienen el poder de determinar su propia competencia y por otro lado en un proceso de secuencia para que sea el árbitro el primero en evaluar su propia jurisdicción y que esta determinación luego esté sujeta a la evaluación por parte de las cortes.<sup>40</sup>

*Editions Choutte Inc. v. Helene Desputeau*<sup>41</sup> sigue la misma línea de que *Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs*, indicando que el Código Civil de Quebec reconoce la existencia y validez de los acuerdos arbitrales, que los procedimientos de resolución de las disputas serán gobernados por lo que establezca el contrato entre las partes, y que en ausencia de esto, se regirán por el Código de Procedimiento Civil.<sup>42</sup> Como intérprete del contrato y las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, el árbitro considerará varios factores y provisiones estatutarias, como la Ley de Derechos de Autor que fue aplicada en *Editions Choutte Inc.*, la cual específicamente designa al árbitro como intérprete de toda disputa que surja bajo la interpretación del contrato a menos que las partes expresamente lo hayan rechazado previamente.<sup>43</sup>

En el 2011, en *Seidel v. TELUS Communications Inc.*,<sup>44</sup> el Tribunal Supremo de Canadá nuevamente reconoció que los árbitros deberían ser los primeros en determinar las impugnaciones de su jurisdicción. Los hechos del caso se remontan al momento en que Seidel

*Canada Compared*, 37 N.C. J. Int'l L. & Com. Reg. 921 (2012). (“[T]his approach is consistent with basic principles of arbitration law recognizing that arbitrators are competent to determine their own jurisdiction<sup>167</sup> and have wide discretion to shape arbitral proceedings...”). Véase William W. Park, *Determining an Arbitrator’s Jurisdiction: Timing and Finality in American Law*, 8 NEV. L.J. 135, 163 n.113 (2007).

<sup>39</sup> BREYER, *supra* nota 1, en la pág. 192.

<sup>40</sup> El caso *Dell* establece:

[T]he competence-competence principle stands for the proposition that the arbitrators have the power to rule on their own jurisdiction. This principle is well established in our law and has received legislative recognition in art. 943 C.C.P...[I]t is a rule of chronological priority under which the arbitrators must have the first opportunity to rule on their jurisdiction, subject to subsequent review by the courts...In any challenge to arbitral jurisdiction alleging that the dispute does not fall within the scope of the arbitration clause, it has been established that courts ought to send the matter to arbitration and allow the arbitrator to decide the question, unless it is obvious that the dispute is not within the arbitrator’s jurisdiction...In some cases, the courts have recognized that the arbitrators should be the first to rule on the validity of the arbitration agreement and have referred the parties to arbitration (see e.g., *WorldLLC v. Parenteau & Parenteau Int’l Inc.*, [1998] Q.J. No. 736 (QL) (Sup. Ct.); *Automobiles Duclos inc. v. Ford du Canada ltie*, [2001] R.J.Q. 173 (Sup. Ct.); *Simbol Test Systems Inc. v. Gnubi Communications Inc.*, [2002] Q.J. No. 437 (QL) (Sup. Ct.); *Sonox Sia v. Albury Grain Sales Inc.*, [2005] Q.J. No. 9998 (QL) (Sup. Ct.)).

*Dell*, [2007] 2 S.C.R., en la pág. 880-81

<sup>41</sup> Véase *Desputeaux v. Éditions Chouette* (1987) inc., [2003] 1 S.C.R. 178. (Can.).

<sup>42</sup> Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 2643 (Can.) (“Subject to the preemptory provisions of law, the procedure of arbitration is governed by the contract or, failing that, by the Code of Civil Procedure.”).

<sup>43</sup> Copyright Act, R.S.C. 1985, c C-42, art. 37 (Can.) 3. (“In the absence of an express renunciation, every dispute arising from the interpretation of the contract shall be submitted to an arbitrator at the request of one of the parties. The parties shall designate an arbitrator and submit their dispute to him according to such terms and conditions as may be stipulated in the contract.”).

<sup>44</sup> *Seidel v. TELUS Communications Inc.*, [2011] 1 S.C.R. 531, 598 (Can.).



entró en un contrato de servicio de celular con TELUS, y dentro de este contrato había una disposición de mediación y arbitraje que incluía la renuncia a cualquier derecho de iniciar o participar en un pleito de clase contra TELUS. Posteriormente, Seidel comenzó haciendo una certificación para realizar un pleito de clase contra TELUS bajo la Ley de Prácticas de Negocios y Protección del Consumidor (BPCPA por sus siglas en inglés), a lo cual TELUS solicitó que se detuviese invocando la cláusula de renuncia. Finalmente, el Tribunal Supremo de Canadá decidió que el pleito de clase procedería, estableciendo que el BPCPA mostraba una intención legislativa que prohibiese la renuncia de derechos y protecciones que esta ofrecía, y reiterando que los árbitros determinarían su jurisdicción en vez de un juez.

#### IV. CONCLUSIÓN

En base al análisis realizado por la mayoría en *BG Group*, se puede notar que los jueces tomaron una decisión en conformidad con la decisión que se hubiese llegado en otros países, según argumentó Breyer en *The Court and the World*. Por esta razón no nos debe sorprender de que luego de haber analizado la jurisprudencia de Canadá, se pueda concluir que el caso de *BG Group* hubiera llegado a la misma decisión en el país vecino de los Estados Unidos con respecto a quién determinaría las precondiciones procesales. El marco jurídico en Canadá es uno que fomenta la participación de los árbitros y le confiere poderes como decidir el cumplimiento de precondiciones para acudir al arbitraje, de igual modo que los Estados Unidos, y al mismo tiempo también tienen poderes para determinar si los acuerdos arbitrales aplican a las controversias. Este segundo aspecto sería distinto en los Estados Unidos según expuesto en *BG Group* ya que serían los jueces los que realizarían estas determinaciones, lo que muestra cierto grado de reserva en los poderes del árbitro en el sistema jurídico estadounidense.

Claro está que según la opinión disidente, los casos presentados en la opinión mayoritaria para argumentar los poderes del árbitro en *BG Group* no son basados en tratados entre países soberanos, pero el análisis llevado a cabo por la mayoría pudo haber sido uno influenciado por tratar de homogenizar el arbitraje con el resto del arbitraje comercial en el mundo, al igual que han hecho otros países como Canadá que derivaron su ley de arbitraje de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de las Naciones Unidas, y de este modo reduciendo la cantidad de conflictos que pudiesen surgir en disputas internacionales.

En fin, la decisión de *BG Group* muestra paralelismo con los casos en Canadá, siendo un paso positivo para que las disputas internacionales ventiladas en tribunales arbitrales tengan resultados similares y se fomente la participación de los árbitros en la solución de estas, sin que tenga que preocupar significativamente el modelo de ley de arbitraje que se utilice en un país versus otro.