

DIÁLOGOS SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL

ANTONIO GARCÍA PADILLA *

En solo una década, dos importantes juristas puertorriqueños —el decano David M. Helfeld y el licenciado Salvador Antonetti Zequeira— han denunciado la necesidad de mayor reflexión sobre el estado de cosas en torno al arbitraje en Puerto Rico, tanto en términos generales,¹ como en cuanto a controversias comerciales en particular.²

Con distintos acercamientos, ambos apuntan a dos problemas centrales en este campo: *primero*, la demora en la revisión judicial de los laudos; *segundo*, la desatención de las cortes puertorriqueñas a la jurisprudencia federal que gobierna este tema, especialmente la tendencia de nuestras cortes de dirigir a los árbitros *cómo deben actuar*.

Sobre el primer asunto —la demora— Antonetti muestra lo que considera un *ejemplo notable*: el caso de *Constructora Estelar v. Autoridad de Edificios Públicos*.³ Según resume Antonetti, en ese caso:

La controversia surgió en 1995 y el proceso de arbitraje comenzó en 1996. Después de cincuenta y cinco (55) días de vista que comenzaron en enero de 2000 y terminaron en diciembre de 2001, el panel de árbitros emitió un laudo en abril de 2002, cinco años y medio después de comenzado el proceso. La parte desfavorecida acudió al Tribunal de Primera Instancia en agosto de 2002 y éste revocó cuatro años después, en noviembre de 2006. El Tribunal de Apelaciones dictó sentencia en 2009 y el Tribunal Supremo revocó en septiembre de 2011, quince (15) años después de haber comenzado el proceso.⁴

En su fallo, el Tribunal Supremo remitió el asunto, nuevamente, al Tribunal de Apelaciones para que éste considerara si el Tribunal de Primera Instancia había actuado correctamente a la luz de lo resuelto por el Tribunal Supremo en su opinión.⁵

En lo que toca a la calidad de las revisiones judiciales de los laudos, tanto Antonetti como Helfeld hacen señalamientos que no deben pasar por alto; entre ellos, el insuficiente reconocimiento que las cortes puertorriqueñas le dan a las disposiciones de la Ley Federal de Arbitraje⁶ al menos en casos que aunque se ventilan en Puerto Rico, surgen en el contexto de la actividad comercial interestatal y por ellos están regidos por la Ley Federal de Arbitraje. Para ilustrar el problema, los autores apuntan, entre otros, al caso de *Rivera v. Samaritano*,⁷ en el cual el Tribunal Supremo de Puerto Rico resuelve que, si las partes han pactado que el laudo se realice *conforme a derecho*, los tribunales están en libertad de revisar dicho laudo en sus méritos, no empece que la Ley Federal de Arbitraje no contempla el error de derecho como una base de revisión.⁸

* Catedrático y Decano Emérito de la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico (2009 al presente); Presidente de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Puerto Rico; Presidente de la Universidad de Puerto Rico (2001-2009) y Decano de la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico (1986-2001).

¹ David M. Helfeld, *La jurisprudencia creadora; factor determinante en el desarrollo del derecho de arbitraje en Puerto Rico*, 70 REV. JUR. U.P.R. 1 (2001).

² Salvador Antonetti Zequeira, *Arbitraje comercial en Puerto Rico: ¿solución o problema?*, II REV. ACAD. P.R. JURIS. LEGIS. 1 (2013).

³ *Constructora Estelar v. Autoridad de Edificios Públicos*, 183 DPR 1 (2011).

⁴ *Id.* en las págs. 23-24.

⁵ *Id.* en la pág. 24.

⁶ Federal Arbitration Act, 9 U.S.C. §§ 1-16 (2012).

⁷ *Rivera v. Samaritano*, 108 DPR 604 (1979).

⁸ Véase, por ejemplo, *Hall Street Associates v. Mattel, Inc.*, 552 U.S. 576 (2008).

Desde mi punto de vista, los asuntos identificados por estos dos autores tienen un origen común: el escaso cultivo que ha recibido el derecho mercantil en Puerto Rico, incluyendo el que tiene que ver con arbitraje comercial. Como apunté en mi respuesta al citado discurso de Antonetti y abundé luego:

En Puerto Rico el Derecho Mercantil requiere más atención. Aun en cuanto a las instituciones básicas de este campo, el estado de cosas en Puerto Rico es inquietante. Sobre el contrato de compraventa mercantil, por ejemplo, el más básico de todos los contratos comerciales, permitimos lagunas, confusiones, retrasos y titubeos difíciles de justificar en una economía con el grado de desarrollo de la nuestra. En cuanto a muchos debates importantes, nos mantenemos al margen.⁹

La falta de atención con respecto al arbitraje es inaceptable. El asunto requiere atención. Si en otros tiempos el arbitraje podía mirarse como un vehículo procesal de importancia menor, es claro que ya no es así. Hoy día, el derecho puertorriqueño no puede darse el lujo de darle al arbitraje atención meramente periferal. Tal como resalta el Juez Stephen Breyer en su más reciente libro — *The Court and the World*— desde la aprobación de la Ley Federal de Arbitraje en 1925 hasta estos días, el arbitraje ha venido a ser un principal mecanismo para la solución de conflictos.¹⁰ Breyer subraya que mientras la Asociación Americana de Arbitraje supervisa anualmente alrededor de 200 mil casos, el sistema de cortes federales apenas atiende cerca de 30 mil.¹¹ En algunos campos del derecho mercantil —lo relacionado con servicios financieros, por ejemplo— se estima que se ventilan a través de arbitrajes alrededor de 70 por ciento de los asuntos.¹²

Aparte de esa realidad que compartimos con otras jurisdicciones, en Puerto Rico, hay razones adicionales para prestarle atención especial al arbitraje, toda vez que las disputas contractuales tienden a tomar mucho tiempo en resolverse judicialmente y el costo de la adjudicación judicial es alto. En efecto, un estudio reciente titulado: *Doing Business 2017: Equal Opportunity For All*, que llevó a cabo el Banco Mundial, apunta a que el costo y duración de las disputas contractuales en las cortes puertorriqueñas es uno de los factores que resta competitividad a Puerto Rico como lugar de negocios.¹³ Si ello es así, entonces el arbitraje, como alternativa a los mecanismos judiciales de adjudicación, cobra importancia como factor de competitividad y desarrollo económico.

Los siete ensayos a continuación publicados buscan robustecer el diálogo en torno al arbitraje comercial en Puerto Rico. Surgen de dos sesiones del seminario sobre arbitraje comercial que han tenido lugar en la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico en años recientes. De los trabajos producidos en el seminario, la Revista ha escogido estos.

En contexto, los ensayos aquí publicados son parte de un esfuerzo mayor tras la generación de más reflexión en torno a nuestro derecho mercantil. Esta serie de artículos sigue a otra, ya publicada, sobre cartas de crédito en la Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico,¹⁴ y debe continuarse por otros más que aborden los muchos temas de derecho mercantil

⁹ Antonio García Padilla, *Un diálogo sobre cartas de crédito*, 84 REV. JUR. UPR 115 (2015).

¹⁰ STEPHEN BREYER, *THE COURT AND THE WORLD* 180 (2015).

¹¹ *Id.*

¹² *Id.*

¹³ WORLD BANK GROUP, *DOING BUSINESS 2017: EQUAL OPPORTUNITY FOR ALL* 233 (2017), <http://www.doingbusiness.org/-/media/WBG/DoingBusiness/Documents/Annual-Reports/English/DB17-Report.pdf>.

¹⁴ García Padilla, *supra* nota 9, en las págs. 115–24.

que ameritan discusión en Puerto Rico. Todas las revistas jurídicas publicadas en el país deben participar de este esfuerzo.

Dicho de otra forma, los alumnos de las escuelas de derecho deben incorporarse al esfuerzo por revitalizar el derecho puertorriqueño que gobierna los temas de generación y tráfico de la riqueza. Ello es particularmente importante en el momento en que Puerto Rico busca recuperarse de la crisis económica que enfrenta.¹⁵ Con las limitaciones que como tales alumnos puedan tener, deben ser convocados al examen de nuestro derecho mercantil y a la propuesta de alternativas para corregir sus problemas y potenciar sus fortalezas.

El derecho no es el componente principal de una estrategia de recuperación económica, pero tampoco es neutral a ella. El derecho impulsa o traba la gestión de producción, el tráfico y la adecuada distribución de la riqueza. Un derecho sano es un componente importante del medioambiente de producción. De ahí la urgencia de atenderlo en estos momentos.

Los siete trabajos que han sido escogidos para publicación por el *University of Puerto Rico Business Law Journal* se refieren a aspectos diversos del arbitraje contemporáneo y en algunos casos ilustran puntos que tanto Helfeld como Antonetti traen a colación en sus artículos de 2001 y 2013. Los escritos que siguen son de la sola responsabilidad de los autores, aunque los temas que abordan se discutieron de alguna forma en los seminarios en que participaron.

Los primeros dos ensayos —escritos por Leticia N. Ruiz Pagán y Ángel L. Rodríguez Santos— analizan una de las preocupaciones principales de Helfeld y de Antonetti: la demora de las cortes en las revisiones y la puesta en vigor de los laudos. Es un tema importante que despertó interés especial en vista del cuadro de demora que presentó, como hemos visto, el caso de *Constructora Estelar*. Dicho fallo se demoró en todos los foros; ante los árbitros y ante las tres instancias judiciales. Los artículos de Ruiz Pagán y Rodríguez Santos tienden a sugerir que, aunque hay espacio para mejorar en cuanto a la rapidez del trámite judicial post-laudo, la demora de *Constructora Estelar* ante el Tribunal de Apelaciones no es típica. Ruiz Pagán y Rodríguez Santos identifican los criterios generalmente aceptados para evaluar el tiempo que los tribunales se toman en atender procedimientos pos-laudo. El análisis de los autores invita ahora a mirar de cerca el trámite de las revisiones de los laudos en el Tribunal de Primera Instancia. Luego de su esfuerzo, la observación sostenida del Tribunal de Apelaciones en estos casos no deben, sin embargo, echarse a un lado.

Estos dos trabajos deben ser solo el inicio de una práctica de examen periódico de los trámites judiciales en los recursos instados luego de recaer los laudos. Si, como hemos visto, el arbitraje comercial ha de ser una alternativa al costo y demora del trámite judicial de las controversias mercantiles, su eficiencia debe estar siempre bajo observación.

Andrés Ignacio Ferriol Alonso entra también en la demora de los procesos de arbitraje, pero no ya en cuanto a la demora que responde a la revisión judicial de los laudos, que es el tema abordado por Ruiz Pagán y Rodríguez Santos. Ferriol Alonso se refiere a la demora de los arbitrajes en el propio foro arbitral. Esa es también una preocupación que levantan Helfeld y Antonetti en sus ensayos.¹⁶ En efecto, el propio caso de *Constructora Estelar* no solo plantea un problema de demora en la revisión judicial del laudo, sino de trámite ante el foro arbitral también.

¹⁵ Para un análisis de la crisis económica y su contexto, véanse por ejemplo ANNE O. KRUEGER ET AL., *PUERTO RICO – A WAY FORWARD* (2015); JOSÉ G. CARABALLO & JUAN LARA, *FROM DEINDUSTRIALIZATION TO UNSUSTAINABLE DEBT: THE CASE OF PUERTO RICO* (2015); FEDERAL RESERVE BANK OF NEW YORK, *AN UPDATE ON THE COMPETITIVENESS OF PUERTO RICO'S ECONOMY* (2014).

¹⁶ Véase ANTONETTI, *supra* nota 2, en la págs. 20–21; HELFELD, *supra* nota 1, en la pág. 125.

Ferriol Alonso propone un régimen expedito alterno para el trámite de los arbitrajes. En apoyo de la propuesta, su ensayo examina la doctrina para identificar los elementos del proceso arbitral que los autores encuentran susceptibles de reforma en aras de un trámite más rápido. También examina las alternativas de arbitraje expedito que se ofrecen en la legislación comparada y en los reglamentos de diferentes organizaciones de arbitraje. Todo ello lo vierte en una propuesta de legislación para crear un mecanismo de arbitraje expedito en Puerto Rico. Ferriol Alonso ofrece un anteproyecto de ley en ese sentido.

Por otra parte, el ensayo de Mariela Suárez Colón entra en la segunda de las preocupaciones de Helfeld y Antonetti, la desatención que a veces muestran los tribunales de Puerto Rico a la normativa federal sobre arbitraje. En su ensayo sobre *Physician-Patient Arbitration Agreements*, Suárez Colón cuestiona la corrección de la doctrina sentada por el Tribunal Supremo de Puerto Rico en *Martínez Marrero v. González Droz*¹⁷ sobre la validez de las cláusulas de arbitraje en contratos entre médicos y pacientes. *Martínez Marrero* sostiene que la cláusula arbitral no es válida para dilucidar reclamaciones que surgen de la relación médico-paciente por ser contrarias al orden público. En su escrito, Suárez Colón plantea que la doctrina de *Martínez Marrero* es contraria a la Ley Federal de Arbitraje según lo ha entendido el Tribunal Supremo de Estados Unidos en *Marmet Health Care Center, Inc. v. Brown*.¹⁸ El artículo es, en consecuencia, una invitación a remirar la doctrina sentada en *Martínez Marrero* a la luz de *Marmet Health Care*, al menos para casos que discurren en el comercio interestatal.

Más adelante, Juan Carlos Arce y Raúl Echeandía Esquilín dan un paso de inserción en los debates que se suscitan dentro del derecho federal de arbitraje de nuestros días adentrándose en el caso de *BG Group PLC v. Republic of Argentina*.¹⁹ *BG Group* trata de la determinación del foro idóneo para determinar si se han cumplido las precondiciones para el arbitraje; esto es, si dichas precondiciones deben resolverse en corte antes de iniciarse el arbitraje o si es un asunto que puede ventilarse ante el propio foro arbitral. Todo ello en el espinoso contexto de un contrato en el que participa una potencia extranjera. Un Tribunal Supremo de Estados Unidos dividido 6 a 3 resolvió en *BG Group* que el foro arbitral podía entender en el tema de las precondiciones.

En sus trabajos, Arce y Echeandía Esquilín no intentan evaluar la decisión de *BG Group* para pasar juicio sobre su corrección *vel non*.²⁰ Ese es un asunto que ha sido bien atendido ya en la doctrina. Estos dos alumnos se dirigen en vez a inquirir sobre cómo se hubiese decidido la misma controversia en otros dos países, Suiza y Canadá respectivamente. Ese es el objetivo de los sendos ensayos que publican en este número.

Para concluir el número, dos artículos —de Lina M. Colón Santiago y Enrique Mendoza— entran en temas que conciernen a dos industrias, ambas importantes para Puerto Rico, la de seguros de propiedad y contingencia en el primer caso y la de béisbol profesional en el segundo.

Como se sabe, en el ejercicio de los poderes que le concede la ley McCarran Ferguson,²¹ Puerto Rico ha escogido prohibir el arbitraje en disputas relacionadas con los contratos de

¹⁷ *Martínez Marrero v. González Droz*, 180 DPR 579 (2011).

¹⁸ *Marmet Health Care Center, Inc. v. Brown*, 565 U.S. 530 (2012).

¹⁹ 572 U.S. ____; 134 S. Ct. 1198 (2014).

²⁰ Para una discusión sobre la decisión, véanse Arturo C. Porzecansk, *The Origins of Argentina's Litigation and Arbitration Saga, 2012-2016*, 40 *FORDHAM INT'L L.J.* 41 (2016); Jarrod Wong, *BG Group v. Republic of Argentina: A Supreme Misunderstanding of Investment Treaty Arbitration*, 43 *PEPP. L. REV.* 541 (2016); Alan Scott Rau & Andrea K. Bjorklund, *BG Group and 'Conditions' to Arbitral Jurisdiction*, 43 *PEPP. L. REV.* 577 (2016).

²¹ McCarran-Ferguson Act, 15 U.S.C. §§ 1011-1015 (2012).

seguros.²² Hasta el momento, esa prohibición se extiende al ajuste de pérdidas. Colón Santiago elabora los argumentos por los que, a su juicio, la extensión de la prohibición de arbitraje al ajuste de pérdidas es equivocada y debe echarse a un lado. Según su criterio, el derecho de seguros en Puerto Rico daría un buen paso de avance si las discrepancias en torno al ajuste de pérdidas pudieran someterse a arbitraje.

Finalmente, Enrique Mendoza, evalúa el sistema de arbitraje prevaleciente en el béisbol profesional de Estados Unidos para ver en qué medida el sistema redundaría en perjuicio de los jugadores hispanos, los puertorriqueños entre ellos. El béisbol profesional le ofrece a los atletas puertorriqueños con mayores habilidades en ese deporte muy buenas oportunidades económicas. La compensación que reciben los peloteros más talentosos suele alcanzar sumas muy respetables.²³ Dicho de otra forma, el béisbol puede poner en el control de los puertorriqueños capitales muy considerables que el país necesita. En la medida en que el mecanismo de arbitraje que opera en esa industria corte en contra de los hispanos, esas oportunidades se reducirían. El escrutinio cuidadoso y sistemático de ese mecanismo, según propone Mendoza en su artículo, es la mejor manera de atajar sus posibles sesgos perjudiciales a los hispanos.

Cada uno de los temas que tratan estos siete ensayos es susceptible de subsiguiente atención. Esta publicación debe ser un llamado a esas ulteriores miradas.

²² Código de Seguros de Puerto Rico, 26 LPRA § 1110 (2016).

²³ Para un análisis sobre las compensaciones en la liga estadounidense de béisbol véase, por ejemplo Kurt Badenhausen, *Major League Baseball's Highest-Paid Players Of 2017*, FORBES (11 de abril de 2017), <https://www.forbes.com/sites/kurtbadenhausen/2017/04/11/clayton-kershaw-and-fellow-pitchers-head-baseballs-highest-paid-players-2017/#ccd7fcf2d6bd> (última visita 3 de agosto de 2017); Spotrac, *MLB Salary Rankings*, SPOTRAC <http://www.spotrac.com/mlb/rankings/> (última visita 3 de agosto de 2017); Jay Schwartz, *The Average Yearly Income for Major League Umpires*, HOUSTON CHRONICLE <http://work.chron.com/average-yearly-income-major-league-umpires-12468.html> (última visita 3 de agosto de 2017).

ANÁLISIS DE TIEMPO DE TRÁMITE DE LA RESOLUCIÓN DE LAUDOS DE ARBITRAJE EN EL TRIBUNAL DE APELACIONES DE PUERTO RICO PARA LOS AÑOS 2010-2013

LETICIA N. RUIZ PAGÁN

I. Introducción	6
II. El estándar de tiempo para el manejo de laudos comerciales en las cortes	6
III. Discusión sobre el manejo de los laudos de arbitraje comercial del año 2011 al año 2013.....	7

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho Puertorriqueño que favorece el arbitraje.¹ Además, la Regla 1.01 del Reglamento de Métodos Alternos declara como política pública de la Rama Judicial fomentar la utilización de mecanismos complementarios al sistema adjudicativo tradicional con el fin de impartir justicia en una forma más eficiente, rápida y económica.² No empuja lo anterior, en el caso *Constructora Estelar v. Autoridad Edificios Públicos*,³ desde que inició la controversia hasta la sentencia final del Tribunal Supremo, transcurrieron quince (15) años.⁴

Este ensayo tiene el propósito de analizar el manejo de revisiones contra laudos de arbitraje comercial en el Tribunal de Apelaciones de Puerto Rico. Se medirá el tiempo que toma el trámite en el Tribunal Apelativo. Se trata de un primer esfuerzo en documentar la duración de los arbitrajes.

II. EL ESTÁNDAR DE TIEMPO PARA EL MANEJO DE LAUDOS COMERCIALES EN LAS CORTES

Martin Domke, en *Domke on Commercial Arbitration*, establece que a pesar de que el arbitraje comercial se ha convertido en la alternativa más utilizada para resolver disputas comerciales, su eficacia ha sido seriamente cuestionada.⁵ La Asociación Americana del Arbitraje (AAA), por su parte, considera que los atrasos han tenido un efecto perjudicial significativo en torno a su eficacia.⁶ Thomas H. Oehmke en su obra *Appealing Adverse Arbitration Awards* trata de establecer tiempos límites para las acciones judiciales subsiguientes al laudo.

La Tabla 1 sugiere que, en la revisión de un arbitraje, el tribunal debe tardarse entre tres (3) meses a un (1) año para resolver, dependiendo de la complejidad del asunto. Valga señalar que la demora en la revisión judicial de los laudos ha llevado a que se creen procedimientos extrajudiciales opcionales para revisión de laudos. La AAA y la Judicial Arbitration and Mediation Services (JAMS) ha creado los suyos. Al examinar esos procedimientos, es claro que toman mucho menos tiempo que una revisión judicial. Por ejemplo, en JAMS, el tiempo del procedimiento completo de revisión de arbitraje se completa en veintiún (21) días según las

¹ S.L.G. Méndez-Acevedo v. Nieves Rivera, 179 DPR 359 (2010); Municipio Mayagüez v. Lebrón, 167 D.P.R. 713 (2006).

² Reglamento de Métodos Alternos de Puerto Rico, R. 1.01 (2005).

³ 183 D.P.R. 1 (2011).

⁴ Salvador Antonetti Zequeira, *Arbitraje Comercial en Puerto Rico: Solución o Problema?* II REV. ACAD. P.R. DE JURIS. LEGIS. 1 (2013)

⁵ MARTIN DOMKE, *DOMKE ON COMMERCIAL ARBITRATION* § 6:1 (3ra ed. 2015).

⁶ *Id.*

reglas opcionales, en caso que no hubiese demora en ninguna etapa.⁷ En el caso de la AAA la decisión de arbitraje puede tomar treinta (30) días luego de la última reunión citada por el árbitro. Este tiempo se puede extender si hay justa causa según el procedimiento establecido por la organización.⁸ Un estudio de la AAA que comparó la distribución de los arbitrajes de clase para el periodo de enero y agosto del 2007 encontró que el promedio fue de seis meses.⁹

Tabla 1: Actividad post-laudo una vez emitido o archivado¹⁰

Time Limit	Petition
If arbitration rules permit	<ul style="list-style-type: none"> ● Arbitrator to reopen hearing, reconsider relief, clarify, modify or correct ● Arbitral panel to clarify, modify, correct or vacate award
Within 3 months	Court to . . . <ul style="list-style-type: none"> ● Modify or correct award ● Vacate ● Vacate and order a rehearing by arbitrator if time (within which the agreement required the award to be made) has not expired
Within 1 year	Court to confirm award

III. DISCUSIÓN SOBRE EL MANEJO DE LOS LAUDOS DE ARBITRAJE COMERCIAL DEL AÑO 2011 AL AÑO 2013

Para propósito de este ensayo se relacionaron todas las revisiones de laudos arbitrales atendida por el Tribunal de Apelaciones de Puerto Rico para los años 2010 a 2013. La información se clasificó distinguiendo los laudos laborales y laudos comerciales. Se recopilaron y tabularon los datos relevantes incluyendo el nombre del caso, la fecha que se sometió a arbitraje la controversia, la fecha de emisión del laudo, la fecha de las decisiones judiciales. En el caso de los laudos comerciales, también se estudió la información incluida en los expedientes de cada caso.

Luego de examinar los datos recopilados de todos los laudos comerciales, se prepararon resúmenes para cada año. La información se analizó aplicando métodos de estadística

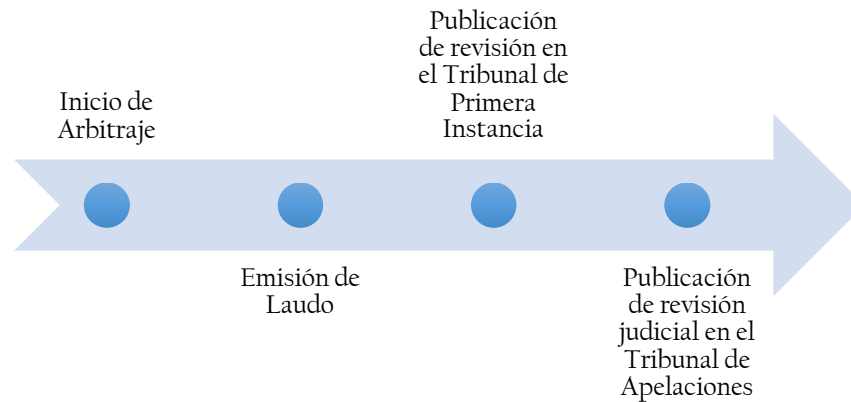
⁷ JAMS, *Optional Appeal Procedures* (Dec. 6, 2016), <https://www.jamsadr.com/appeal/>.

⁸ American Arbitration Association, *Commercial Arbitration Rules and Mediation Procedures: Including Procedures for Large, Complex Commercial Dispute* (Dec. 6, 2016), <https://www.adr.org/aaa/ShowProperty?nodeId=/UCM/ADRSTAGE2016218&revision=latestreleased>.

⁹ I MERRICK T. ROSSEIN, *EMPLOYMENT DISCRIMINATION LAW & LITIGATION* § 13:76.50 (2017).

¹⁰ Thomas H. Oehmke, *Appealing Adverse Arbitration Awards*, 94 AM. JUR. TRIALS 211.

descriptiva. Se calcularon los promedio o media, mediana, el primer cuartil y el tercer cuartil para los años del 2010 al 2013 los laudos en donde las fechas estaban disponibles.



Gráfica 1. Representación Gráfica del Proceso de Trámite de los Arbitrajes Comerciales

La Gráfica 1 resume el proceso de revisión de los arbitrajes comerciales. El proceso arbitral inicia entre las partes y un árbitro o un panel de arbitraje. El árbitro o panel de árbitros ventilan el asunto y al final emiten un laudo. Si una de las partes quiere impugnar o ejecutar el laudo se solicita la intervención judicial en el Tribunal de Primera Instancia en donde el Tribunal debe evaluar si hubo fraude o mala conducta o la comisión de un grave y perjudicial error que equivalga a una violación del derecho a un debido procedimiento de ley.¹⁶

Finalmente, si una de las partes está en desacuerdo con la sentencia del Tribunal de Primera Instancia se revisa el laudo en el Tribunal de Apelaciones de Puerto Rico. Según lo visto en los expedientes del Tribunal de Apelaciones, los laudos comerciales se revisan con la información del expediente del Tribunal de Primera Instancia. Un panel de tres jueces del Tribunal de Apelaciones de Puerto Rico entiende en el asunto y emite su revisión.

La Tabla 2 incluye los detalles de la información recolectada sobre los casos de arbitraje comerciales el año 2010 a 2013. Luego de examinar los casos de arbitraje comercial de los años 2010 a 2013 en el Tribunal de Apelaciones se revisaron veintinueve (29) expedientes correspondientes de veintisiete (27) casos. Dos de los expedientes que provienen del mismo caso, aunque se les asignaron números de casos distintos. Esto representa un 34.48% de los casos y el tiempo de trámite promedio es de veinte (20) meses. Es decir, transcurrieron menos de dos (2) años —un (1) año y ocho (8) meses— desde que se inició un proceso de arbitraje hasta que se revisó el asunto en el Tribunal de Apelaciones. También, se tabularon los casos calculando el tiempo que transcurrió desde que se revisó el laudo en el Tribunal de Primera Instancia hasta la fecha que se publicó la revisión de Tribunal de Apelaciones; el tiempo promedio de revisión entre estos dos foros fue de 11 meses.

El tercer cuartil correspondiente al tiempo que toma el trámite de arbitraje está bastante cerca de 24 meses, lo que significa que, en promedio, las revisiones de arbitrajes comerciales toman más o menos dos años hasta ser revisados en el Tribunal de Apelaciones, partiendo del momento en que fue dilucidado y emitido el arbitraje.

¹⁶ *Ríos v. Puerto Rico Cement Corp.*, 66 DPR 470 (1963).

Se analizaron como parte del universo de casos de arbitraje los laudos de arbitraje laboral, una cantidad mayor de casos, para tener medidas estadísticas más robustas. Luego de tabular y calcular la duración de laudos comerciales y laborales, vistos en conjunto, se encontró que tomó más tiempo la dilucidación de los arbitrajes laborales desde su inicio hasta su revisión judicial. Este hallazgo es interesante, ya que el arbitraje comercial no tiene procesos u organismos gubernamentales que se especializan en administrar estos procesos tales como el Negociado de Conciliación y Arbitraje.

Tabla 2. Casos de Arbitraje Comercial y tiempo del trámite del 2010 al 2013

Medida estadística descriptiva	Tiempo desde que inicio arbitraje a sentencia de Apelaciones (meses)	Tiempo desde que inicio arbitraje a sentencia de Tribunal de Primera Instancia (meses)	Tiempo desde que se emitió laudo hasta que se dictó sentencia en el Tribunal de Primera Instancia (meses)	Tiempo desde que se dictó sentencia en el TPI hasta que se dictó sentencia en Tribunal de Apelaciones (meses)
Promedio	20	79	21	11
Mediana	12	12	12	0
Moda	12	12	0	0
Primer Cuartil (años)	12	12	0	0
Tercer Cuartil (años)	21	24	12	0

Para el 2010, el promedio de duración del trámite desde que se inició la controversia en arbitraje hasta que se revisó en el Tribunal de Apelaciones tardó cincuenta y cinco (55) meses. Sin embargo, se puede inferir que el proceso se torna más veloz cuando los casos llegan al Tribunal de Apelaciones, ya que el tiempo promedio para dictar sentencia o resolución en un foro resulta ser de tres (3) meses. El cálculo de la moda de duración de trámite de arbitraje fue 24 meses, desde que se inició el arbitraje hasta que se revisó en el Tribunal de Apelaciones, lo cual significa que la mayoría de casos se resuelve en dos años.

En 2011, sin embargo, el número de meses que transcurren desde que se inicia el trámite de revisión judicial hasta que llega al Tribunal de Apelaciones para revisión parece disminuir, posiblemente debido a que muchos casos estaban relacionados con cesantías bajo la Ley 7.¹⁷ El proceso de arbitraje laboral tardó un tiempo mayor en completarse, previo a la emisión del laudo. El tiempo promedio en 2011 fue aproximadamente 10 meses y para el tercer cuartil fue de 24 meses.

Para 2012, se aprecia una tendencia: los casos se revisan más rápido, luego de dictarse el laudo. En dicho año, los laudos laborales tardaron más en el proceso de arbitraje previo a la emisión del laudo. El tiempo promedio transcurrido para completarse el proceso de arbitraje desde su inicio hasta la revisión en el Tribunal Apelativo fue de 92 meses; el tercer cuartil fue de

¹⁷ Ley Especial Declarando Estado de Emergencia Fiscal y Estableciendo Plan Integral de Estabilización Fiscal para Salvar el Crédito de Puerto Rico, Ley Núm. 7-2009.

60 meses. Ya una vez los casos llegaban a revisión judicial se revisaban más rápido en un tiempo promedio de dos (2) meses en el Tribunal de Primera Instancia y un (1) mes en el Tribunal de Apelaciones. El cálculo de la moda en este año desde su inicio hasta llegar al Tribunal de Apelaciones fue de 36 meses por lo que se puede inferir que hubo casos que estaban en el Negociado de Conciliación y Arbitraje por bastante tiempo —tres años— antes de llegar a revisión judicial.

Tabla 3. Casos de Arbitraje Laboral y tiempo del trámite del 2010 al 2013

	Medida estadística descriptiva	Tiempo desde que inicio arbitraje a sentencia de Apelaciones (meses)	Tiempo desde que inicio arbitraje a sentencia de TPI (meses)	Tiempo desde que inicio arbitraje a emisión de laudo (meses)	Tiempo desde que se emitió laudo hasta que se dictó sentencia en el TPI (meses)	Tiempo desde que se dictó sentencia en el TPI hasta que se dictó sentencia en TA (meses)
2010	Promedio	55	49	35	11	3
	Mediana	42	42	24	0	0
	Moda	24	24	24	0	0
	Primer Cuartil	24	24	12	0	0
	Tercer Cuartil	72	60	42	15	0
2011	Promedio	23	12	10	2	0
	Mediana	24	12	0	0	0
	Moda	12	0	0	0	0
	Primer Cuartil	12	0	0	0	0
	Tercer Cuartil	30	24	24	0	0
2012	Promedio	92	54	92	2	1
	Mediana	42	12	42	0	0
	Moda	36	0	36	0	0
	Primer Cuartil	36	0	36	0	0
	Tercer Cuartil	60	36	60	0	0
2013	Promedio	54	32	28	55	53
	Mediana	48	36	48	0	0
	Moda	60	0	60	0	0
	Primer Cuartil	36	0	36	0	0
	Tercer Cuartil	60	48	60	0	0

Para el 2013 la moda de la duración de los casos desde que culminaron los procesos en el Tribunal de Apelaciones fue de 60 meses, el tiempo del trámite promedio fue 54 meses. Sin embargo, el promedio bajó dramáticamente cuando los casos llegaron al Tribunal de Primera Instancia y el Tribunal de Apelaciones. Se revisaron en seis (6) meses y un (1) año, respectivamente.

Tabla 4. Casos de Arbitraje y tiempo del trámite de 2010 a 2013: Laudos Comerciales y Laudos Laborales

Medida estadística descriptiva	Tiempo desde que inicio arbitraje a sentencia de Apelaciones (meses)	Tiempo desde que inicio arbitraje a sentencia de TPI (meses)	Tiempo desde que inicio arbitraje a emisión de laudo (meses)	Tiempo desde que se emitió laudo hasta que se dictó sentencia en el TPI (meses)	Tiempo desde que se dictó sentencia en el TPI hasta que se dictó sentencia en TA (meses)
Número (cantidad)	106	124	98	203	195
Promedio	55 meses	36 meses	50 meses	12 meses	2 meses
Mediana	36 meses	24 meses	36 meses	0	0
Primer Cuartil	24 meses	0	12 meses	0	0
Tercer Cuartil	60 meses	36 meses	48 meses	0	0
Moda	36 meses	0	24 meses	0	0

En la Tabla 4, que resumen todos los casos de arbitraje para los años 2010 a 2013. En promedio, transcurren 50 meses desde que se inicia el proceso de arbitraje hasta que se emite el laudo. En promedio, transcurre un año adicional para que se revise el laudo en el Tribunal de Primera Instancia. A su vez, un tiempo promedio de revisión es de 2 meses desde que llega al Tribunal de Apelaciones hasta que se dicta sentencia por un tribunal. El cálculo de la moda de todos los laudos es de 48 meses desde que se inicia el arbitraje hasta que se emite el laudo. Lo que reitera el punto de que es la etapa de arbitraje y no la etapa de revisión la que transcurre un tiempo mayor.

La revisión de casos en el Tribunal de Apelaciones en todos los años analizados y para los dos tipos de laudos, no le tomó más de un año, por lo que el tiempo del trámite de revisión en el Tribunal de Apelaciones se ubica dentro del estándar que aparece en las fuentes que se presentaron al principio de este escrito. Lo que se puede inferir de ello es que el proceso de arbitraje se dilata en su etapa inicial, que es donde se dilucidan los asuntos o disputas. Para poder agilizar el proceso habría que entonces examinar qué otros factores, además del tiempo de trámite, podrían afectar la resolución de estos procesos.

ARBITRAJE COMERCIAL EN EL TÉRMINO 2014: EFICIENCIA DEL TRIBUNAL DE APELACIONES EN EL PROCESO DE REVISIÓN DE LAUDOS COMERCIALES

ÁNGEL L. RODRÍGUEZ SANTIAGO

I. Introducción	12
II. Proceso de Revisión de Laudos en Puerto Rico	13
III. Casos de Revisión de Laudos Comerciales para el Término 2014	13
IV. Hallazgos y Evaluación de la Data	16
V. Estándar para determinar la eficiencia de un tribunal al momento de revisar un laudo comercial	20
VI. Conclusión	21

I. INTRODUCCIÓN

¿Cuán eficiente es la revisión de laudos comerciales en los tribunales apelativos de Puerto Rico? ¿Cuál es el estándar para determinar la referida eficiencia? En su artículo *Arbitraje Comercial en Puerto Rico: ¿solución o problema?*, Salvador Antonetti aborda el tema de la dilación en los procedimientos de arbitraje debido al proceso de revisión de laudos en los tribunales en Puerto Rico.¹ A modo de ejemplo, Antonetti utiliza el caso de *Constructora Estelar v. Autoridad de Edificios Públicos*.² En dicho caso, la controversia surgió en 1995 y se somete a arbitraje en el 1996. No obstante, no es hasta el 2011 que el Tribunal Supremo, luego del laudo haber sido revisado por el Tribunal de Primera Instancia y el Tribunal de Apelaciones, emitió sentencia, quince (15) años después de haber comenzado el proceso.³ Dicha sentencia no era final.

Este artículo tiene el propósito de identificar los casos del Tribunal de Apelaciones concernientes a la revisión de laudos comerciales para el año 2014. Se busca precisar el tiempo que tarda el Tribunal de Apelaciones para emitir una sentencia desde que el recurso llega a su consideración y contrastar la data obtenida con el estándar de eficiencia que debe regir la revisión de laudos comerciales por tribunales apelativos. Ello arrojará luz sobre si *Constructora Estelar* es típico o excepcional.

En la Parte I, explicaremos el proceso de revisión de laudos en los tribunales de Puerto Rico. En la Parte II, identificaremos el universo de casos de revisión de laudos enfocándonos en los comerciales para el año 2014 con el propósito de mostrar cuánto tiempo duró cada etapa del proceso desde que se sometió la controversia a arbitraje hasta que se dictó la sentencia del apelativo. En la Parte III, haremos una evaluación de la data obtenida de la jurisprudencia y expondremos las tendencias encontradas en el manejo de casos de revisión de laudos comerciales por los tribunales apelativos. En la Parte IV, analizaremos fuentes secundarias que discuten cual debe ser el estándar para determinar la eficiencia de un tribunal al momento de revisar un laudo comercial. En la Parte V, procedemos a contrastar la data obtenida en la Parte III con el estándar analizado en la Parte IV y evaluar la eficiencia de la revisión de laudos los foros apelativos puertorriqueños.

¹ Salvador Antonetti, *Arbitraje Comercial en Puerto Rico: ¿Solución o Problema?*, 11 ACAD. P.R. JURIS. LEGIS. 1, 23–24 (2013).

² 183 DPR 1 (2011).

³ *Id.*

II. PROCESO DE REVISIÓN DE LAUDOS EN PUERTO RICO

Finalizado el procedimiento de arbitraje, las partes tienen derecho a comparecer a los tribunales de Puerto Rico para solicitar la nulidad o confirmación del laudo, según sea el caso. La acción de impugnación de laudo es el único recurso que puede utilizar la parte adversamente afectada por las determinaciones del arbitraje para solicitar que se revoque, modifique o corrija el laudo. La misma debe ser presentada tres (3) meses luego de que la parte afectada haya recibido copia del laudo.⁴ Por otro lado, la parte que desee confirmar el laudo tendrá un (1) año para solicitárselo al tribunal.⁵ Sin embargo, la ley establece que la validez de un laudo que de otro modo fuere válido no quedará afectada por el hecho de no presentarse una acción para su confirmación. Esto se debe a que se trata de un procedimiento sumario para solicitarle al Tribunal de Instancia una sentencia ejecutable según las reglas de Procedimiento Civil. El propósito de la acción de confirmación es ayudar a garantizar el cumplimiento del laudo convirtiéndolo en sentencia de un tribunal competente.

Al emitirse la sentencia del Tribunal de Primera Instancia —confirmando, modificando, corrigiendo o revocando un laudo de arbitraje— son revisables mediante el recurso de *certiorari* ante el Tribunal de Apelaciones.⁶ Dicho foro apelativo posee competencia para revisar sentencias emitidas por el Tribunal de Primera Instancia en el ejercicio de su jurisdicción para considerar la impugnación de laudos arbitrales.⁷ El recurso debe ser presentado dentro del término de 30 días siguientes a la fecha en que dictó la sentencia recurrida.

III. CASOS DE REVISIÓN DE LAUDOS COMERCIALES PARA EL TÉRMINO 2014

En la búsqueda e identificación de casos de revisión de laudos del Tribunal de Apelaciones para el año 2014, se encontraron revisiones de laudos comerciales y laborales. Para propósitos de este artículo utilizaremos la revisión de laudos comerciales. En la Tabla 1, se muestra el universo de casos que involucraron la revisión de algún laudo arbitral.

Del total de casos relacionados con revisiones de laudos, solo ocho (8) son de índole comercial. Los casos comprenden procesos de arbitraje variados que incluyen querellas ante la *Financial Industry Regulatory Authority* (FINRA), agencia que se encarga de entender en disputas relacionadas al mercado de valores; arbitrajes administrados por la *American Arbitration Association* (AAA), organización que se dedica a proveer servicios a individuos y organizaciones que desean resolver sus conflictos fuera de las cortes, paneles de arbitraje y árbitros individuales.

En la Tabla 2, se muestran fechas guías para evaluar la eficiencia en el proceso de arbitraje. Incluyen: (a) fecha en que la controversia se somete a arbitraje; (b) tipo de arbitraje; (c) fecha de emisión del laudo; (d) fecha de presentación a los Tribunales de Instancia (TPI) ya sea para confirmar o impugnar el laudo; (e) fecha en que se dicta sentencia en el TPI; (f) fecha en que el recurso apelativo se presenta al Tribunal de Apelaciones (TA); y (g) fecha en que el TA emite sentencia.

La Tabla 2 contiene todas las fechas relevantes para evaluar la eficiencia y los procedimientos de revisión en los tribunales de laudos. Con el propósito de simplificar la información y ofrecer la data por caso, en la Tabla 3 se especifica de cada caso: (a) la duración del arbitraje; (b) duración de la revisión del laudo en el TPI; (c) duración de la revisión del laudo en el TA; y (d) duración total al sumar las cantidades obtenidas en (a), (b) y (c). Cabe aclarar que no

⁴ Ley Núm. 376 de 8 de mayo de 1951, 32 LPRA § 3224 (2014).

⁵ *Id.*, § 3221.

⁶ *Id.*, § 3228.

⁷ *Constructora Estelar*, 183 DPR en la pág. 23; Ley de la Judicatura de 2003, Ley Núm. 201-2003, 44 LPR §§ 24–25.

debe confundirse la duración total en meses con la duración total del procedimiento, pues al haber meses de por medio entre cada uno de los procedimientos, especialmente entre el arbitraje y la confirmación o impugnación en el TPI, el cálculo es distinto y se ilustrará en la Parte III de este escrito.

Tabla I: Revisión de laudos arbitrales y comerciales por el Tribunal de Apelaciones para el 2014 en Puerto Rico

Tipos de Laudos Revisados	Número de Casos
Laborales	
a. Negociado de Conciliación y Arbitraje del Departamento del Trabajo	23
b. Comisión Apelativa del Servicio Público	8
c. Comisión de Relaciones del Trabajo	5
d. Otros ⁸	6
TOTAL	42
Comerciales	
a. Financial Industry Regulatory Authority (FINRA)	3
b. American Arbitration Association (AAA)	2
c. Árbitro individual	2
d. Panel de Árbitros	1
TOTAL	8
GRAN TOTAL	50

⁸ Entre los demás métodos por los cuales se emitieron laudos laborales se encuentra la Junta de Relaciones del Trabajo, paneles de árbitros y árbitros individuales.

Tabla 2: Revisión de laudos comerciales para el año 2014 por el Tribunal de Apelaciones

Nombre del Caso	Se somete a arbitraje	Tipo de Arbitraje	Emisión de laudo	Se presenta en TPI	Sentencia del TPI	Se presenta en TA	Sentencia del TA
<i>Banco Santander de Puerto Rico v. Bluegrass Corp.</i> , 2014 WL 1343791	10/9/2010	FINRA	20/6/2012	20/7/2012	28/8/2013	12/9/2013	27/2/2014
<i>Readywall Corporation v. Quiles Ocean and Land Corp.</i> , 2014 WL 3057515	14/2/2007	Árbitro	5/11/2008	15/2/2009	15/1/2014	6/2/2014	21/5/2014
<i>JR Construction Group v. Arboleda S.E.</i> , 2014 WL 2916761	3/2/2011	AAA	8/4/2013	8/7/2013	30/1/2014	3/3/2014	30/5/2014
<i>Professional Hospital Inc. v. Three O. Construction S.E.</i> , 2014 WL 3827191	5/4/2009	Árbitro	21/2/2011	24/4/2011	8/11/2013	16/12/2013	13/6/2014
<i>Popular Securities, Inc. V. De Torres Highley</i> , 2014 WL 5038137	19/1/2011	FINRA	7/9/2012	7/11/2012	3/4/2014	27/2/2014	11/8/2014
<i>Álvarez Mauraz v. Popular Securities, Inc.</i> , 2014 WL 5524267	19/1/2012	FINRA	28/3/2013	15/5/2013	8/5/2014	11/8/2014	24/9/2014
<i>Vázquez González v. MMM Healthcare, Inc.</i> , 2014 WL 7368914	15/8/2012	AAA	15/8/2013	21/8/2013	9/4/2014	6/5/2014	8/10/2014
<i>Caribe Tecno, S.E. v. ELA</i> , 2014 WL 3849973	16/10/2006	Panel de Árbitros	25/6/2009	11/8/ 2009	20/6/2014	3/7/2014	30/10/2014

Tabla 3: Duración detallada en meses de los procedimientos de arbitraje y revisión en tribunales de cada caso

Nombre del caso	Duración de Arbitraje en meses	Duración de Revisión en TPI en meses	Duración de Revisión en TA en meses	Duración total en meses
<i>Banco Santander de Puerto Rico v. Bluegrass Corp.</i> , 2014 WL 1343791	21	13	5	39
<i>Readywall Corporation v. Quiles Ocean and Land Corp.</i> , 2014 WL 3057515	21	62	3	86
<i>JR Construction Group v. Arboleda S.E.</i> , 2014 WL 2916761	26	6	2	34
<i>Professional Hospital Inc. v. Three O. Construction S.E.</i> , 2014 WL 3827191	22	31	6	59
<i>Popular Securities, Inc. V. De Torres Highley</i> , 2014 WL 5038137	20	17	6	43
<i>Álvarez Mauraz v. Popular Securities, Inc.</i> , 2014 WL 5524267	14	12	1	27
<i>Vázquez González v. MMM Healthcare, Inc.</i> , 2014 WL 7368914	12	8	5	25
<i>Caribe Tecno, S.E. v. ELA</i> , 2014 WL 3849973	32	59	3	94

IV. HALLAZGOS Y EVALUACIÓN DE LA DATA

En 2014, el Tribunal de Apelaciones tuvo ante su consideración ocho (8) casos concernientes a la revisión de laudos comerciales. En la Tabla 4 se ilustra el tiempo promedio de duración en meses de cada etapa de los casos desde el inicio del arbitraje hasta la sentencia final del foro apelativo. Se incluye en la evaluación las siguientes etapas: (1) Procedimiento de Arbitraje; (2) Revisión en el Tribunal de Primera Instancia; y (3) Revisión en el Tribunal de Apelaciones. Para evaluar la eficiencia en cada etapa, se utiliza la duración de cada procedimiento en meses para calcular: (a) promedio en meses; (b) mediana en meses; (c) primer cuartil; y (d) tercer cuartil.

La data indica que el promedio de tiempo en resolver los procedimientos de arbitraje fue de un (1) año y nueve (9) meses, el de la revisión en tribunales de instancia fue de un (1) año y once (11) meses y el de revisión por el tribunal apelativo fue de cuatro (4) meses. De la data se desprende que los procedimientos de arbitraje y en los Tribunales de Instancia fueron los que mayor tiempo ocuparon de las controversias evaluadas, constituyendo entre ambas un promedio de tres (3) años y seis (6) meses, y una mediana de dos (2) años y once (11) meses.

La data obtenida de los casos y esgrimida en la Tabla 3 nos permite calcular cuánto tiempo se tardó cada controversia en resolverse desde que el procedimiento se sometió a arbitraje. En la Tabla 5 procedemos a calcular cuál fue el promedio de duración en meses de las controversias de

arbitraje evaluadas para el término 2014. Para ello calcularemos dos instancias: (a) duración de las controversias desde que se emite un laudo; y (b) duración de las controversias desde que se someten a arbitraje. Manejaremos las mismas variables de la Tabla 3, a saber: (a) promedio en meses; (b) mediana en meses; (c) primer cuartil; y (d) tercer cuartil.

Tabla 4: Tiempo de duración en meses por cada etapa del proceso de revisión de laudos

Etapa del caso	Promedio en meses	Mediana en meses	Primer Cuartil	Tercer Cuartil
Procedimientos de Arbitraje	21 (20.75)	21 (20.50)	16 (15.50)	25 (24.75)
Revisión en el Tribunal de Primera Instancia	23 (23.25)	13 (12.50)	9 (9.00)	49 (48.50)
Revisión en el Tribunal de Apelaciones	4 (3.87)	4 (4.00)	2 (2.25)	6 (5.75)

Tabla 5: Tiempo de duración del procedimiento desde que inicio el arbitraje y desde que se emitió el laudo

Variable	Promedio en meses	Mediana en meses	Primer Cuartil	Tercer Cuartil
Duración de las controversias desde que se emite un laudo	32 (32.25)	22 (21.5)	15 (15.00)	58 (58.00)
Duración de las controversias desde que se someten a arbitraje	53 (52.75)	42 (42.00)	33 (32.75)	81 (80.75)

La duración total de las controversias evaluadas, comenzando desde el comienzo del arbitraje hasta la sentencia final y firme del tribunal apelativo, reflejó un promedio de cincuenta y tres (53) meses, es decir, cuatro (4) años y cinco (5) meses. Por otro lado, la duración de las controversias evaluadas desde el momento que se emite el laudo arrojó un promedio total de treinta y dos (32) meses, es decir, dos (2) años y ocho (8) meses. Este último dato muestra cuánto tiempo luego del laudo se tardan los tribunales en revisarlo, ya sea atendiendo una solicitud de confirmación de laudo o para resolver una petición de impugnación de laudo.

De los casos evaluados, aquellos que tomaron más tiempo en resolverse fueron *Professional Hospital Inc. v. Three O. Construction S.E.*,⁹ *Readywall Corporation v. Quiles Ocean and Land Corp.*,¹⁰ y *Caribe Tecno, S.E. v. ELA*.¹¹ El primero tuvo una duración de cinco (5) años y dos (2) meses, el segundo siete (7) años y un (1) mes y el tercero ocho (8) años.

De los casos mencionados, el caso de *Professional Hospital* es notable pues el trámite judicial fue impactado negativamente gracias a la temeridad procesal de una de las partes que el tribunal no pudo controlar. En el referido caso, luego de surgir desacuerdos respecto al proceso de construcción de un edificio destinado a un hospital, las partes deciden someter la controversia a un proceso de arbitraje.¹² Luego de que el laudo emitido el 21 de febrero de 2011 es confirmado, se desata una trayectoria que el Tribunal de Apelaciones describe como “escabrosa”.¹³ Luego del laudo haber sido confirmado, Professional presentó una reconvencción y demanda contra tercero contra el árbitro. El Tribunal de Primera Instancia desestimó las reclamaciones e hizo determinación de temeridad. Professional recurrió entonces tanto al Tribunal de Apelaciones como el Tribunal Supremo, ambos denegando los respectivos autos.

Posteriormente, se presentó una moción de ejecución de sentencia y la venta de una propiedad inmueble de Professional, a lo cual Professional respondió con una serie de mociones para evitarlo. El Tribunal de Primera Instancia denegó la petición y Professional nuevamente recurrió al Tribunal de Apelaciones y Tribunal Supremo, ambos denegando la petición. Por último, a pesar de haber agotado los trámites disponibles ante los foros apelativos, Professional presentó cuatro demandas independientes para impugnar colateralmente un laudo final, firme e inapelable.¹⁴ El Tribunal de Apelaciones confirmó la imposición de honorarios de abogado por la temeridad y frivolidad que mostró Professional a través de todo el procedimiento.¹⁵

En el segundo caso, *Readywall Corporation*, Quiles contrata a Readywall para que esta hiciera ciertos trabajos de construcción de vivienda. Los trabajos estaban relacionados a un programa de la Administración de Desarrollo y Mejoras de la Vivienda (ADMV) en el Municipio de Vieques. Quiles y Readywall acordaron que cualquier reclamación entre estas sería resuelta por medio de arbitraje. La controversia comienza con una demanda para compeler a arbitraje por parte de Readywall en la que alega que Quiles incumplió el contrato y que su fiadora, Newport, respondía solidariamente por el incumplimiento de Quiles.

El árbitro emite el laudo a favor de Readywall y en contra de Quiles. Luego de Quiles solicitar la revocación del laudo, el Tribunal de Primera Instancia confirma el laudo y decreta que Quiles y Newport eran responsables de manera solidaria. Se presenta un recurso apelativo, el cual confirmó la sentencia del tribunal *a quo*. Sin embargo, si bien confirmaron la responsabilidad de Quiles, modificaron la sentencia en cuanto a la responsabilidad de Newport por entender que no se sometió a arbitraje la controversia en torno a si Newport era solidariamente responsable por la deuda de Quiles frente a Readywall. El caso regresa al tribunal de instancia en 2012 y luego de varios incidentes procesales Readywall solicitó que se dictara sentencia sumaria afirmando que

⁹ *Professional Hospital Inc. v. Three O. Construction S.E.*, KLAN201400665, 2014 WL 3827191, (TA PR 13 de junio de 2014).

¹⁰ *Readywall Corporation v. Quiles Ocean and Land Corp.*, KLAN201400374, 2014 WL 3057515, (TA PR 21 de mayo de 2014).

¹¹ *Caribe Tecno, S.E. v. ELA*, KLAN201401400, 2014 WL 7367392, (TA PR 30 de octubre de 2014).

¹² El acuerdo de construcción incluyó una cláusula de arbitraje.

¹³ *Professional Hospital Inc.*, 2014 WL 3827191, en la pág. *12.

¹⁴ *Id.*

¹⁵ El Tribunal de Instancia comenzó imponiendo \$50,000 por concepto de honorarios por temeridad, y luego ascendió la cantidad a \$100,000 al ser devuelta la controversia cuando ya el laudo era final y firme debido al claro afán de intentar anularla por medio de otros mecanismos procesales indebidos.

Newport responde solidariamente. Newport se opone y el caso vuelve a llegar al Tribunal de Apelaciones, que procede a confirmar la sentencia del Tribunal de Primera Instancia en 2014.

En el tercer caso, *Caribe Tecno, S.E.* el gobierno de Puerto Rico contrata a Caribe Tecno con relación al proyecto denominado *Nueva Sede del Departamento de Recreación y Deportes*. Luego de incumplimiento contractual por parte del Estado Libre Asociado, se somete la controversia a arbitraje. Un panel de árbitros, luego de tres años de evaluación, emitió un laudo en el que condenó al ELA a pagar los montos adeudados.¹⁶ Caribe Tecno presenta la acción de este caso solicitando la confirmación del laudo y cobro de dinero. Luego de varios trámites procesales que incluyeron la presentación de recursos ante el Tribunal de Apelaciones y el Tribunal Supremo, el Tribunal de Primera Instancia confirmó el laudo emitido en 2012. En 2013, Caribe Tecno presenta un recurso ante el Tribunal de Primera Instancia para exigir el cumplimiento del laudo y el caso vuelve al Tribunal de Apelaciones en 2014.

Estos casos se distancian de la longevidad de los demás casos concernientes a revisión de laudos comerciales debido a que el primero sufrió dilación procesal por la evidente temeridad de una de las partes, el segundo se extendió porque uno de los aspectos de la controversia fue modificado por el Tribunal de Apelaciones y al ser devuelto el caso al tribunal *a quo* se presenta oposición a dicho dictamen, y el tercero vuelve a los tribunales para exigir el cumplimiento del laudo emitido por el Tribunal de Primera Instancia en 2012. Estos factores sin duda alguna incidieron en la duración excesiva de cada pleito.

Otro factor importante resultó ser las cuantías envueltas en cada caso. En la Tabla 6 mostraremos las cuantías impuestas por los laudos emitidos por cada caso y la duración del caso. Cabe aclarar que no todos los casos envuelven cuantías pecuniarias. Los casos están organizados comenzando por aquellos que litigaron mayores cuantías. Se tabla mostrará: (a) la cuantía; y (b) la duración del caso en meses.

En la Tabla 6 se puede apreciar que los casos que más se tardaron concernían pleitos en donde las cuantías eran significativas. Los tres casos que previamente reseñamos (*Caribe Tecno, Readywall y Professional Hospital*) figuran entre los primeros cuatro casos con más cuantías y a su vez, poseen una duración mucho mayor que los demás (96, 87 y 62 respectivamente). Es evidente que este factor influyó en la dilación de los procedimientos tanto en los arbitrales como en la revisión en tribunales.

Resta atribuir importancia a lo que nos concierne, la revisión de laudos comerciales por los tribunales apelativos. La data arroja que el Tribunal de Apelaciones atiende un recurso de revisión en cuatro (4) meses. Procedamos a evaluar si esto cumple con el estándar de eficiencia que deben regir los tribunales que atienden controversias arbitrales.

V. ¿CUÁLESELE ESTÁNDAR PARA DETERMINAR LA EFICIENCIA DE UN TRIBUNAL AL MOMENTO DE REVISAR UN LAUDO COMERCIAL?

El arbitraje comercial ofrece varios beneficios, entre ellos, la relativa informalidad en los procedimientos, ya que no aplican las reglas de evidencia o de procedimiento de manera rígida; se limita el descubrimiento y se limita la revisión judicial. Esto tiene el efecto de producir rapidez en el procedimiento y limitar las mociones procesales y dispositivas que podrían aplazarlo. Por otro lado, los procedimientos de arbitraje ayudan a descongestionar los tribunales y refiere a otro foro controversias que muchas veces son más complicadas que las que rutinariamente se ventilan en los tribunales.¹⁷

¹⁶ Se ordenó al gobierno de Puerto Rico a pagar la suma de \$4,929,4277 más intereses al seis por ciento (6%) anual desde el 31 de junio de 2009.

¹⁷ Antonneti, *supra* nota 1, en la pág. 3.

Tabla 6: Cuantías envueltas en caso y la duración del pleito en meses

Nombre del caso	Cuantía	Duración del pleito en meses
<i>Caribe Tecno, S.E. v. ELA</i> , 2014 WL 3849973	\$4,929,427	96
<i>Professional Hospital Inc. v. Three O. Construction S.E.</i> , 2014 WL 3827191	\$1,550,899.80	62
<i>Popular Securities, Inc. V. De Torres Highley</i> , 2014 WL 5038137	\$575,489	43
<i>Readywall Corporation v. Quiles Ocean and Land Corp.</i> , 2014 WL 3057515	\$309,120	87
<i>Banco Santander de Puerto Rico v. Bluegrass Corp.</i> , 2014 WL 1343791	\$70,000	41
<i>Álvarez Mauraz v. Popular Securities, Inc.</i> , 2014 WL 5524267	N/A	32
<i>Vázquez González v. MMM Healthcare, Inc.</i> , 2014 WL 7368914	N/A	26
<i>JR Construction Group v. Arboleda S.E.</i> , 2014 WL 2916761	N/A	35

El procedimiento para obtener una sentencia ejecutable luego de que se emita el laudo es solicitar al tribunal que lo confirme.¹⁹ Por tal razón el valor de un laudo arbitral depende frecuentemente de la capacidad de la parte prevaleciente de obtener la confirmación del laudo en el tribunal. Sólo mediante la obtención de una orden judicial la parte prevaleciente adquiere el *imprimatur* que hace ejecutable con fuerza judicial el laudo arbitral obtenido de manera puramente contractual.

El *Federal Arbitration Act*²⁰ provee que la parte prevaleciente posee un año para presentar una solicitud de confirmación de laudo al tribunal que tenga competencia.²¹ Una solicitud de confirmación de un laudo arbitral no es un juicio sobre las controversias o un procedimiento separado debido a que la corte no posee la autoridad para atender el caso *de novo* o en sus méritos.²² Las solicitudes para confirmar laudos se convierten en procedimientos sumarios o expeditos, en lugar de juicios regulares.

Las Reglas de Procedimiento Civil Federal disponen que las reglas gobernarán en la medida que sea posible los procedimientos judiciales, a menos que los estatutos que rigen el arbitraje

¹⁹ 9 U.S.C. § 9 (2012).

²⁰ Federal Arbitration Act, 9 U.S.C. §§ 1-16 (2012).

²¹ *Id.*

²² *Lesser Towers, Inc. v. Roscoe-Ajax Const. Co.*, 258 F. Supp. 1005, 1012 (S.D. Cal. 1966).

provean métodos distintos.²³ Esto va acorde con la naturaleza expedita de revisión de laudos que se espera de los tribunales.

A pesar de que el *Federal Arbitration Act* no imponga un tiempo límite a las cortes para llevar a cabo sus procesos de revisión, podemos utilizar las reglas que otros foros han establecido respecto al tiempo en que un tribunal debe revisar un laudo comercial. Las Reglas de Arbitraje del *International Chamber of Commerce*²⁴ establecen en su artículo 30 que el tiempo límite para un tribunal arbitral emitir el laudo es de seis (6) meses.²⁵ Esto puede servir de guía para establecer un estándar de revisión por los tribunales apelativos en Puerto Rico. El norte siempre será la eficiencia y la pronta emisión de una decisión para promover el tráfico patrimonial.

VI. CONCLUSIÓN

Luego de evaluar la data, es forzoso concluir que la revisión de laudos por los tribunales apelativos en Puerto Rico para el año 2014 fue eficiente. En ninguno de los casos el Tribunal de Apelaciones excedió de seis (6) meses para revisar el recurso arbitral. En donde se encontró mayor dilación fue en los procesos mismos de arbitraje y en la impugnación o confirmación del laudo en los tribunales de instancia.

²³ El Fed. R. Civ. P. 81(a)(6)(B) lee como sigue:

“(6) Other Proceedings. These rules, to the extent applicable, govern proceedings under the following laws, except as these laws provide other procedures:

(B) 9 U.S.C., relating to arbitration;”

²⁴ Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce, by International Chamber of Commerce ICC (2012).

²⁵ El Artículo 30 establece lo siguiente:

“1) The time limit within which the arbitral tribunal must render its final award is six months.”

ARBITRAJE EXPEDITO PARA PUERTO RICO

ANDRÉS IGNACIO FERRIOL ALONSO

I. Introducción	22
II. Aspectos para un arbitraje expedito	24
III. Ejemplos de reglas y legislación de arbitraje acelerado	27
A. Reglas de organizaciones de arbitraje.....	27
1. Legislación en los Estados Unidos	29
B. Formulación de una nueva ley	30
IV. Conclusión.....	31
V. Apéndice: Proyecto de Ley	32

I. INTRODUCCIÓN

El proceso de arbitraje¹ se ha vuelto tan estructurado o *judicial* que ha perdido su habilidad de resolver con rapidez y eficiencia.² La influencia de los procesos judiciales, como el descubrimiento de prueba extenso, el uso de mociones, el uso de múltiples testigos, entre otros, ha convertido el arbitraje en una “nueva forma de litigación”.³ Por ejemplo, en el ámbito del arbitraje comercial internacional, una encuesta reveló que las expectativas de los empresarios sobre la duración de un caso de mediana complejidad, con un costo de entre \$5 a \$10 millones, eran que debería durar entre dos a tres meses, y que las expectativas de los abogados corporativos eran que no debía pasar de un año para concluir.⁴ Pero lo que sucede como norma es un proceso que dura de dos a tres años, a un costo de alrededor de \$1 millón.⁵

En cuanto al arbitraje en Puerto Rico, el profesor Helfeld ha expresado que:

[S]e ha notado cómo las demoras interminables, tanto a nivel del arbitraje mismo como al nivel de la intervención judicial, han privado al arbitraje de uno de sus beneficios principales, el de su relativa agilidad en comparación con el proceso judicial. Casi siempre las largas demoras implican también altos costos de litigación. Para resolver este problema es esencial confeccionar unos procedimientos ágiles. . . . Algo de [la] naturaleza [de un procedimiento expedito] hace falta, tanto en el campo laboral como en el comercial, algo preferencial para asegurar que las ventajas del arbitraje no sigan disipándose.⁶

¹ Véase RICHARD CHERNICK & BARBARA REEVES NEAL, EXPEDITING ARBITRATION 1 (2012), <http://www.jamsadr.com/files/Uploads/Documents/Chernick-Reeves-Expediting-Arbitration-2012-03.pdf> (traducción suplida); David M. Helfeld, *La jurisprudencia creadora: factor determinante en el desarrollo del derecho de arbitraje en Puerto Rico*, 70 REV. JUR. U.P.R. 1 (2001) (discutiendo el desarrollo en la jurisprudencia federal, internacional y de Puerto Rico del arbitraje comercial). Para ejemplos más recientes, véase *AT&T Mobility v. Concepcion*, 563 U.S. 333 (2011) y *BG Group PLC v. Republic of Argentina*, 572 U.S. ___, 134 S. Ct. 1198 (2014).

² CHERNICK & REEVES NEAL, *supra* nota 1, en la pág. 1.

³ Thomas J. Stipanowich, *Arbitration: The “New Litigation”*, 2010 U. ILL. L. REV. 1, 8–11 (2010).

⁴ Peter Morton, *Can a World Exist Where Expedited Arbitration Becomes the Default Procedure?* 26 ARB. INT’L 103, 104 (2010) (citando a CPR Institute, International Dispute Negotiation (IDN) Podcast 66, “As Long as a Piece of String”: Timing Expectations in International Arbitration’ (March 2009)).

⁵ *Id.*

⁶ Helfeld, *supra* nota 1, en la pág. 125.

Por ejemplo, el caso *Condado Plaza Hotel & Casino v. Asociación de Empleados de Casinos de Puerto Rico*⁷ tomó once años en llegar a su culminación. El tiempo se dividió de la siguiente manera:

[U]n año para someter los agravios a arbitraje; *tres años para el proceso arbitral*; el Tribunal Superior revocó el laudo tres años después de su emisión; el caso se quedó en el Circuito de Apelaciones por un año cuando fue certificado al Tribunal Supremo el cual lo resolvió en dos años y medio. Los empleados despedidos tuvieron que esperar once años para ser reinstalados en su empleo.⁸

El profesor Helfeld añade que *Unión Independiente de Empleados de la Autoridad de Edificios v. Autoridad de Edificios Públicos*⁹ duró ocho años en resolverse. Tomó tres años antes de someterse el agravio a arbitraje, el laudo se emitió quince meses después, los Tribunales de Instancia y Circuito de Apelaciones resolvieron en ocho meses y el Tribunal Supremo tardó tres años EN RESOLVER.¹⁰ Por su parte, en un caso más reciente y de arbitraje comercial, *Constructora Estelar v. Autoridad de Edificios Públicos*,¹¹ duró quince (15) años hasta llegar al Tribunal Supremo, de los cuales cinco (5) años y medio fueron en arbitraje.¹²

Helfeld entiende que de esta situación surge el interés de buscar alternativas para reducir el tiempo de resolución y mantener la eficacia del arbitraje, manteniéndolo así como un método atractivo para resolver conflictos. En efecto, Puerto Rico debe ofrecer un proceso expedito y ágil que asegure que el arbitraje no se dilatará, dejando a las partes afectadas años sin poder obtener un remedio. Este artículo explorará, en particular, las razones que privan al arbitraje de sus cualidades de agilidad y eficacia en Puerto Rico. Luego, analizaremos ejemplos de procesos más expeditos de arbitraje en otras partes del mundo para ver de qué manera se ha trabajado con los mismos. Se estudiarán modelos de leyes y reglas de arbitraje expedito de otras jurisdicciones para luego diseñar un proceso eficaz para Puerto Rico.

Entre los modelos que serán considerados se encuentran disposiciones de ley que existen de los estados de los Estados Unidos y los reglamentos de instituciones nacionales e internacionales de arbitraje que contienen reglas para procesos expeditos. Además, estaremos evaluaremos las Comprehensive Arbitration Rules and Procedures de Judicial Arbitration and Mediation Services, Inc. (JAMS), las Commercial Arbitration Rules de la American Arbitration Association (AAA), las Expedited Arbitration Rules del World Intellectual Property Organization (WIPO), las Rules for Expedited Arbitration del Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce (AISCC) y las International Arbitration Rules del Korean Commercial Arbitration Board (KCAB).¹³

⁷ *Condado Plaza Hotel & Casino v. Asociación de Empleados de Casinos de Puerto Rico*, 149 DPR 347 (1999).

⁸ Helfeld, *supra* nota 1, en la pág. 23 (énfasis suplido).

⁹ *Unión Independiente de Empleados de la Autoridad de Edificios v. Autoridad de Edificios Públicos*, 146 DPR 611 (1998).

¹⁰ Helfeld, *supra* nota 1, en la nota 78.

¹¹ *Constructora Estelar v. Autoridad de Edificios Públicos*, 183 DPR 1 (2011).

¹² Salvador Antonetti Zequeira, *Arbitraje comercial en Puerto Rico: ¿Solución o problema?*, XI REV. ACAD. PR JURIS. LEGIS. I, 23-24 (2013).

¹³ JAMS Comprehensive Arbitration Rules and Procedures, R. 16.1-16.2 (2014); AAA Commercial Arbitration Rules, R. E-1-E-10(2013); WIPO Expedited Arbitration Rules (2014); AISCC Rules for Expedited Arbitrations (2010); KCAB International Arbitration Rules, Ch. 6 Art. 38-44 (2011).

II. ASPECTOS PARA UN ARBITRAJE EXPEDITO

Son varias las razones por las cuales el arbitraje se ha vuelto en un proceso lento. Como mencionamos anteriormente, la influencia del proceso judicial es evidente y, como resultado, varios académicos se han dado a la tarea de evaluar los aspectos que principalmente hacen a un arbitraje ineficiente. A continuación, se exponen y explican los aspectos que Peter Morton,¹⁴ Thomas J. Stipanowich,¹⁵ y Richard Chernick y Barbara Reeves Neal,¹⁶ han señalado que hacen de un arbitraje un proceso expedito.

Morton evalúa ocho (8) aspectos que él entiende desvían el proceso de arbitraje. Estos son: (1) la disponibilidad del tribunal arbitral; (2) la disponibilidad de los abogados; (3) un proceso de divulgación expansivo; (4) evidencia testifical expansiva (uso desmesurado de testigos); (5) la disponibilidad de los testigos, (6) las tácticas de dilación permitidas por el tribunal; (7) las preconcepciones y costumbres; y (8) la autorrealización (lo que el autor en inglés le llama *self-fulfillment*).¹⁷ El autor resalta que la *disponibilidad del tribunal arbitral* es importante desde el comienzo ya que desde ese momento los árbitros deben entender e internalizar el problema que deben resolver, identificando así problemas preliminares que puedan retrasar el proceso.¹⁸ El autor recomienda dos posibles soluciones. Primero, propone que los árbitros sean escogidos por su disponibilidad y no solo por su reputación, y segundo, que de ser posible se escoja un solo árbitro, ya que la disponibilidad de un panel de tres árbitros puede resultar más complicado.¹⁹ De igual manera, la *disponibilidad de los abogados* representa otro problema, por lo que las partes deberían asegurarse tener representación que esté disponible para atender su caso. No deben contar con representación tan ocupada que no pueda ni ver el caso.²⁰ Los aspectos de un *proceso de divulgación expansivo, evidencia testifical expansiva* (uso desmesurado de testigos) y *disponibilidad de los testigos*, a mi entender, versan sobre el mismo problema de un descubrimiento de evidencia muy extenso. Los tres aspectos, como señala el autor, van dirigidos, —o mal dirigidos diría yo— a la búsqueda por los abogados y las partes de poseer “información perfecta” antes de terminar el descubrimiento.²¹ El autor propone que se limite tanto el descubrimiento como el uso de testigos a solamente lo esencial para resolver la controversia.²² Esto debe ser evaluado por las partes, para ver si les conviene. Por ejemplo, de no estar disponible alguna información o testigo, las partes se deben preguntar si el caso puede continuar sin la misma.²³ Al igual, propone que se busquen maneras más costo efectivas y eficientes para conseguir la información.²⁴

¹⁴ Peter Morton es un socio del grupo de arbitraje internacional de K&L Gates LLP, Londres.

¹⁵ Thomas J. Stipanowich es William H. Webster Chair in Dispute Resolution, profesor de Derecho en Pepperdine University School of Law y Director Académico del Straus Institute for Dispute Resolution.

¹⁶ Richard Chernick es un árbitro y mediador, vicepresidente y director general de la práctica de arbitraje de JAMS y presidió el área de resolución de disputas de la American Bar Association; Barbara Reeves Neal es árbitro y mediadora para JAMS y miembro del Chartered Institute of Arbitrators, the College of Commercial Arbitrators and the Academy of Court Appointed Masters.

¹⁷ Morton, *supra* nota 4, en las págs. 105–06 (traducción suplida).

¹⁸ *Id.* en la pág. 106

¹⁹ *Id.*

²⁰ *Id.* en la pág. 107.

²¹ *Id.* (traducción suplida).

²² Morton, *supra* nota 4, en las págs. 107–09.

²³ *Id.* en la pág. 108.

²⁴ *Id.*

Por su parte las *tácticas de dilación permitidas por el tribunal* ocurren usualmente cuando una de las partes no quiere participar del proceso y no tiene ningún interés en llegar a una solución,²⁵ lo que sucede en casi todos los casos. Estas partes, basándonos en los aspectos discutidos anteriormente, piden que se les conceda más tiempo para desarrollar el caso. Al pedirle a los árbitros que decidan si es meritorio más tiempo, por miedo a ser acusados de no seguir un debido proceso, estos tienden a concederlo.²⁶ Morton comenta que hay casos que por su naturaleza impiden que esto suceda. Sin embargo, cuando no son este tipo de caso, se les pide a los árbitros que no tengan miedo de poner límites a las partes, ya que esto hará que futuros participantes del arbitraje busquen a los árbitros que tengan control del proceso.²⁷

Sobre las *preconcepciones y costumbres* el autor explica que estas son razones de las cuales no se habla y que, sin embargo, son las que establecen el ritmo al cual usualmente se lleva a cabo el arbitraje.²⁸ Este recomienda que en lugar de entrar al arbitraje con la idea de que el proceso durará dos o tres años, se entre con la idea de que este será uno de “vía rápida”.²⁹ El autor opina que esto no requiere un gran cambio en las reglas,³⁰ pero es mi creencia que delimitar el tiempo del proceso ayudará a cambiar la visión sobre lo que es aceptable. Por último, el autor discute la *autorrealización* y señala que un posible factor que contribuye a la demora en resolver los casos es que quien controla el proceso cobra por hora, y que mientras más tarda el proceso más gana.³¹ Sobre este aspecto quisiera comentar que es difícil regular este aspecto con una ley para un arbitraje expedito, ya que creo que es una cuestión ética de la cual los abogados, los árbitros y las partes deben estar conscientes.³²

Stipanowich entiende que la gran causa por la cual el arbitraje falla es porque el mismo se ha convertido en un litigio, y cree que es a través de la habilidad de poder escoger (*choice*) al momento de pactar el arbitraje y sus cualidades que se toma ventaja y control sobre el proceso.³³ Este entiende que las reglas expeditas ayudan a tomar control del arbitraje y reconoce que aunque reducir el tiempo de adjudicación es lo que guía su desarrollo, estas ofrecen otras importantes cualidades que son clave para un proceso expedito.³⁴ Destaca principalmente seis cualidades: (1) *alcance de la aplicación de las reglas*, con lo que se refiere a que estas son aplicadas a cierto tipo de controversias dependiendo de la cuantía y su naturaleza;³⁵ (2) *períodos de tiempo limitados*, no solo para el momento que se debe emitir el laudo, sino también para controlar varias partes del proceso;³⁶ (3) *el número de árbitros*, indica que se debe escoger un solo árbitro para reducir costos y tiempo y que debe mantenerse en mente la cantidad de tiempo que tienen disponibles los árbitros;³⁷ (4) *conseguir información de manera adelantada*, entiende que esto acelera los procedimientos porque permite conocer las controversias desde el

²⁵ *Id.* en la pág. 109.

²⁶ *Id.*

²⁷ *Id.* en las págs. 109–10.

²⁸ Morton, *supra* nota 4, en la pág. 110.

²⁹ *Id.* en las págs. 110–11 (traducción suplida).

³⁰ *Id.* en la pág. 111.

³¹ *Id.* en la pág. 112.

³² Desafortunadamente, en Puerto Rico no existe un código de ética para árbitros.

³³ Thomas J. Stipanowich, *Arbitration and Choice Taking Charge of the New Litigation*, 7 DEPAUL BUS. & COMM. L.J. 383 (2009).

³⁴ *Id.* en la pág. 407.

³⁵ *Id.* en las págs. 407–09.

³⁶ *Id.* en la pág. 409.

³⁷ *Id.* en las págs. 409–10.

principio;³⁸ (5) *limitaciones al descubrimiento*, resalta que se debe ser específico a la hora de limitar el descubrimiento, que se deben considerar aspectos como las deposiciones, el *e-discovery* —o descubrimiento electrónico— y el poder del árbitro para adjudicar controversias relacionadas al descubrimiento;³⁹ y por último (6) *límites al laudo*, por lo que entiende que limitar las funciones sobre qué puede o no puede adjudicar el árbitro puede ayudar a agilizar el proceso.⁴⁰

Por otro lado, Chernick y Reeves Neal proponen una lista de factores que deben ser considerados para hacer del arbitraje un proceso expedito. La lista consta de diez (10) aspectos, que estos consideran son esenciales para hacer expedito el arbitraje, y para mejorar dicho proceso.⁴¹ Los diez aspectos que proponen son: (1) el intercambio inicial de información; (2) el *e-discovery*; (3) las deposiciones; (4) las mociones dispositivas; (5) una fecha límite para terminar el descubrimiento; (6) las vistas; (7) la cantidad de árbitros; (8) la forma del laudo; (9) el alcance de la revisión; y (10) la importancia del árbitro adecuado.⁴²

El *intercambio inicial de información*, es un proceso voluntario en donde se intercambia información relevante no privilegiada, información electrónica y la lista de testigos antes de la vista preliminar con los árbitros. Se les podría pedir de igual manera a los abogados que confirmen por escrito haber cumplido con este requisito o una explicación sobre por qué no pudieron cumplir.⁴³ El *e-discovery* debe ser limitado en términos y dirigido a documentos directamente relacionados a la disputa, al periodo de tiempo de los hechos y a las personas o instituciones pertinentes. Sería preferible que los documentos estén disponibles en el curso ordinario del negocio y que el árbitro tenga el poder de decidir la pertinencia, o por lo menos redistribuir el costo y el peso de la prueba dependiendo la naturaleza del problema y la cantidad de dinero envuelto.⁴⁴ Las *deposiciones* deberían utilizarse en casos extremos y solamente si la naturaleza del caso lo amerita.⁴⁵ El uso de *mociones dispositivas* debe hacerse con cuidado, ya que estas tienden a atrasar el proceso y subir los costos.⁴⁶ La *fecha límite para terminar el descubrimiento* debe ser establecida rigurosamente y solo extenderse ante en circunstancias que lo ameriten.⁴⁷ Las *vistas* deben darse en días consecutivos y deben comenzar en un periodo establecido después de terminado el descubrimiento.⁴⁸ Los autores enfatizan que las partes podrían variar estos aspectos en sus cláusulas arbitrales, pero que establecer estos parámetros ayuda a sentar el tono y las expectativas del proceso y el descubrimiento.⁴⁹ En cuanto al *número de árbitros* recomiendan utilizar uno, ya que entienden que en la mayoría de los casos comerciales un árbitro es suficiente para resolver la disputa. Las partes podrían acordar un número mayor de árbitros si consideran que se amerita.⁵⁰ En cuanto a la *revisión*, los autores recomiendan que sea limitada a las instancias permitidas bajo el *Federal Arbitration Act*

³⁸ *Id.* en las págs. 410–11.

³⁹ Stipanowich, *supra* nota 34, en las págs. 411, 414–25.

⁴⁰ *Id.* en la pág. 412.

⁴¹ CHERNICK & REEVES NEAL, *supra* nota 1, en la pág. 2.

⁴² *Id.* en las págs. 2–3 (traducción suplida).

⁴³ *Id.* en la pág. 2.

⁴⁴ *Id.*

⁴⁵ *Id.*

⁴⁶ *Id.*

⁴⁷ CHERNICK & REEVES NEAL, *supra* nota 1, en la pág. 2.

⁴⁸ *Id.*

⁴⁹ *Id.*

⁵⁰ *Id.* en las págs. 2–3.

(F.A.A.), ya que cuando se permiten tienden a subir los costos y retrasar la resolución.⁵¹ Por último, los autores expresan que el *árbitro adecuado* es aquel con el poder y las destrezas de dirigir el proceso y acatarse a las reglas y procedimientos establecidos. Estos denominaron a esta figura como el *managerial arbitrator*, el cual debe tener las destrezas de: (1) conocimiento del proceso de arbitraje; (2) la disponibilidad y voluntad de trabajar con las partes y abogados en diseñar un proceso adecuado; y (3) la habilidad de manejar el proceso escogido.⁵²

III. EJEMPLOS DE REGLAS Y LEGISLACIÓN DE ARBITRAJE ACELERADO

A. Reglas de organizaciones de arbitraje

En esta sección se expondrán los cambios que han hecho las instituciones de arbitraje a sus reglas para ofrecerles a sus clientes un proceso expedito. Las reglas institucionales de por sí ya contienen un sinnúmero de parámetros en sus procesos de arbitraje que facilitan el mismo y muchas veces lo hacen más efectivo que los arbitrajes que pactan las partes por cuenta propia. A manera de ejemplo, estas reglas disponen un aumento en los poderes del árbitro y su capacidad jurisdiccional⁵³ y el poder de emitir medidas provisionales,⁵⁴ entre otras cualidades que no responden necesariamente a crear proceso expedito especial. Es por esta razón que quisiera aclararle al lector que esta parte no está dirigida a estudiar las reglas institucionales del arbitraje, sino los cambios que se le hacen a estas para proveer un arbitraje expedito a los clientes.

JAMS ofrece la opción de un proceso expedito que limita las deposiciones, la solicitud de documentos y el *e-discovery*, al igual que, cuando las partes pactan participar de este proceso se comprometen a voluntaria e informalmente entregar toda información no privilegiada relacionada a la controversia.⁵⁵ El proceso expedito está delimitado en la Regla 16.2 y establece que: la solicitud de documentos está limitada a la controversia y el árbitro podrá editar o limitar la solicitud;⁵⁶ el *e-discovery* se limitará a documentos disponibles en el curso ordinario de los negocios, excepto frente a una necesidad especial, que solo se presentará una descripción limitada de los custodios y el árbitro podrá acomodar el costo y peso de la prueba a una parte como encuentre necesario;⁵⁷ las deposiciones estarán limitadas a una por parte, pero el árbitro podrá ordenar o permitir adicionales;⁵⁸ de existir informes periciales, el experto podrá ser depuesto por acuerdo de las partes o por orden del árbitro;⁵⁹ las disputas sobre el descubrimiento, de existir un panel de tres árbitros podrá ser resuelta solo por uno;⁶⁰ el descubrimiento se limita a 75 días luego de la vista preliminar y 105 días si se incluye descubrimiento experto;⁶¹ las mociones dispositivas no serán permitidas, excepto en situaciones limitadas o por acuerdo de las partes;⁶² la vista se dará dentro de los sesenta (60) días calendario

⁵¹ *Id.* en la pág. 3; Federal Arbitration Act, 9 U.S.C. § 10 (2012).

⁵² CHERNICK & REEVES NEAL, *supra* nota 1, en la pág. 3.

⁵³ Véase por ejemplo AAA Arbitration Rules, R R-7, la cual le otorga el poder al árbitro de decidir su jurisdicción, la existencia del acuerdo de arbitraje e inclusive la arbitrabilidad del asunto.

⁵⁴ AISCC Rules for Expedited Arbitrations, Art. 32 (2010).

⁵⁵ JAMS Comprehensive Arbitration Rules and Procedures (2014).

⁵⁶ *Id.* en la R. 16.2 (b).

⁵⁷ *Id.* en la R. 16.2(c).

⁵⁸ *Id.* en la R. 16.2 (d).

⁵⁹ *Id.* en la R. 16.2(e).

⁶⁰ JAMS Comprehensive Arbitration Rules and Procedures, R. 16.2 (f).

⁶¹ *Id.* en la R. 16.2(g).

⁶² *Id.* en la R. 16.2(h).

después de terminado el descubrimiento;⁶³ y el árbitro tendrá el poder de alterar las reglas del procedimiento.⁶⁴ En cuanto al número de árbitros es importante mencionar que las reglas de JAMS ya imponen el uso de un solo árbitro, excepto pacto en contrario.⁶⁵

La AAA por su parte fija en su regla R-1(b) el alcance de las reglas expeditas y establece que a menos que se pacte en contrario estas aplicarán automáticamente a asuntos menores de \$75,000 y no se podrá utilizar en controversias con más de dos partes, ni en procesos más complejos excepto pacto en contrario.⁶⁶ El procedimiento expedito altera de manera significativa los siguientes aspectos: solo en circunstancias extraordinarias se dará una extensión de siete (7) días para responder a la petición de arbitrar o a la reconvencción;⁶⁷ después de escogido el árbitro solo se podrá añadir o enmendar la reclamación o reconvencción con el permiso del árbitro, y si el cambio resulta ser mayor de \$75,000 se aplicarán las reglas ordinarias de arbitraje;⁶⁸ se aceptarán notificaciones por teléfono, que luego serán confirmadas por escrito, de no darse la confirmación se tendrá como dada la notificación si verdaderamente ocurrió;⁶⁹ solo habrá un árbitro;⁷⁰ cuando la reclamación sea de \$25,000 la disputa podrá resolverse por escrito, a menos que las partes lo soliciten o el árbitro lo determine;⁷¹ de darse una vista esta será en treinta (30) días calendario desde la confirmación del árbitro;⁷² la vista no excederá de un día, pero el árbitro podrá dentro de los siete (7) días laborales de la vista inicial ordenar otra; no habrá taquígrafo, de una parte quererlo esta tendrá que costearlo;⁷³ y el laudo se entregará no más tarde de catorce (14) días calendario desde que finaliza la presentación escrita del caso o desde que finaliza la vista oral.⁷⁴

Por otro lado, WIPO en su proceso expedito requiere que la petición de arbitraje esté acompañada por la reclamación, lo que en sus reglas regulares es opcional. Disminuye el periodo de contestación a la petición de arbitraje de treinta (30) a veinte (20) días, la cual debe estar acompañada de la defensa y la reconvencción. El periodo de contestación a la reconvencción es disminuido de treinta (30) a veinte (20) días. Fija el uso de un árbitro. La vista se debe de dar treinta (30) días después de la contestación de la petición para arbitrar y la misma no exceder de tres (3) días. Los procedimientos no durarán más de tres (3) meses desde que se reciba la defensa o se establezca el tribunal, lo que suceda más tarde. El laudo se debe emitir en un (1) mes desde que terminan los procedimientos, en vez de tres (3) meses, y la cantidad de la disputa no puede ser mayor a \$10 millones.⁷⁵

⁶³ *Id.* en la R. 16.2(i).

⁶⁴ *Id.* en la R. 16.2 (j).

⁶⁵ *Id.* en la R. 7.

⁶⁶ AAA Commercial Arbitration Rules, R. R-1(b) (2013).

⁶⁷ *Id.* en la R. E-1.

⁶⁸ *Id.* en la R. E-2.

⁶⁹ *Id.* en la R. E-3.

⁷⁰ *Id.* en la R. E-4.

⁷¹ *Id.* en la R. E-6.

⁷² *Id.* en la R. E-7.

⁷³ *Id.* en la R. E-8.

⁷⁴ *Id.* en la R. E-9.

⁷⁵ WIPO Arbitration and Expedited Arbitration Compared, WIPO, <http://www.wipo.int/amc/en/arbitration/expedited-rules/compared.html> (última visita 16 de abril de 2016); WIPO Expedited Arbitration Rules (2014), <http://www.wipo.int/amc/en/arbitration/expedited-rules/> (última visita 16 de abril de 2016); Para una discusión más profunda véase *General Commentary on the WIPO Arbitration Rules, Recommended Clauses, General Provisions and the WIPO Expedited Arbitration Rules Articles 1 to 5; Articles 39 and 40*, 9 AM. REV. INT'L ARB. 3 (1998).

Las reglas del Korean Commercial Arbitration Board por su parte delimitan su proceso expedito de la siguiente manera: las reglas expeditas aplicarán a casos que no excedan los 200,000,000 de won coreanos (US\$174,400) o a las controversias que las partes pacten,⁷⁶ se utilizará un árbitro, y si las partes han pactado por tres, se le recomendará que se disminuya a uno;⁷⁷ de celebrarse vista será solo una, a menos que el árbitro lo encuentre necesario, la notificación se podrá dar por cualquier método apropiado;⁷⁸ a menos que exista pacto en contrario si la controversia no excede los 20,000,000 de won coreanos (US\$17,440), esta se resolverá por evidencia documental; el árbitro por iniciativa propia o petición de las partes podrá llevar a cabo una vista;⁷⁹ y por último, el laudo se hará dentro de tres (3) meses desde establecido el árbitro, este estará acompañado de un resumen del razonamiento a menos que se pacte lo contrario.⁸⁰

Para crear un procedimiento expedito, el AISCC hizo las siguientes alteraciones a sus reglas: solo habrá un árbitro;⁸¹ reduce a uno la cantidad de escritos que se pueden someter adicional a la reclamación y la defensa, el cual debe incluir la declaración de evidencia y debe ser escrito de manera corta;⁸² reduce de seis (6) a tres (3) meses el tiempo para emitir el laudo desde que el caso se refiere al árbitro;⁸³ y finalmente, de pedirse que se añada algo que fue discutido en el arbitraje pero no fue incluido en laudo, se otorgan treinta (30) días en lugar de sesenta (60) para reenviar el laudo, y este periodo a su vez solo podrá extenderse treinta (30) días en lugar de sesenta (60).⁸⁴ Vale mencionar que aunque se limita la emisión del laudo a tres (3) meses no se limita el tiempo de los procedimientos, pues estos terminarán cuando el árbitro esté satisfecho.⁸⁵

1. *Legislación en los Estados Unidos*

Al momento de escribir este artículo no se encontró ninguna ley estatal que diseñara y regulara un proceso expedito de arbitraje general para el ordenamiento de los estados. Sí se encontraron nueve (9) reglas o disposiciones, en siete (7) estados —California,⁸⁶ Connecticut,⁸⁷ Delaware,⁸⁸ Illinois,⁸⁹ Massachusetts,⁹⁰ Nueva Jersey,⁹¹ y Nueva York⁹²— que ofrecen un procedimiento expedito. De estas nueve reglas o disposiciones solamente cuatro (4) versan sobre transacciones comerciales.⁹³ En su mayoría estas disposiciones limitan el tiempo completo en el

⁷⁶ KCAB International Arbitration Rules, Ch. 6 Art. 38 (2011).

⁷⁷ *Id.* en el art. 40.

⁷⁸ *Id.* en el art. 41 (“por teléfono, personalmente, por escrito o cualquier método apropiado”) (traducción suplida).

⁷⁹ *Id.* en el art. 42.

⁸⁰ *Id.* en el art. 43.

⁸¹ AISCC Rules for Expedited Arbitrations, Art. 12 (2010).

⁸² *Id.* en el art. 19.

⁸³ *Id.* en el art. 36.

⁸⁴ *Id.* en el art. 41.

⁸⁵ *Id.* en el art. 34.

⁸⁶ CAL. FOOD & AGRIC. CODE § 56382.8 (g)(1)–(11).

⁸⁷ CONN. GEN. STAT. ANN. § 10-153s (d); CONN. AGENCIES REGS. § 31-91-51.

⁸⁸ 19 DEL. ADMIN. CODE § 3002-12.5-3002.12.8.

⁸⁹ IL R COOK CTY. CIR., R. 25.4.

⁹⁰ MASS. GEN. LAWS ANN. ch. 69, § 1J (d), (o).

⁹¹ N.J. ADMIN. CODE § 12:105-2.4 (arbitraje laboral, les da el poder a las partes de modificar el proceso).

⁹² N.Y. COMP. CODES R. & REGS. tit. 11, § 65-4.5 (2001).

⁹³ California, Illinois y dos en New York. Valga aclarar que la N.Y. COMP. CODES R. & REGS. tit. 11, § 65-4.5 de New York, solo dispone que el proceso de arbitraje expedito, como se ofrece en el artículo, no estará disponible para contratos de construcción. El proceso que ofrece la ley es el proceso expedito bajo las Reglas de la AAA.

que se verá la controversia, limitan qué controversia se puede resolver dependiendo de su naturaleza, limitan los términos en los que se debe radicar la controversia y su respuesta, y limitan el descubrimiento de prueba, el uso de vistas y de testigos. Vale la pena mencionar las siguientes: la regulación en California limita el uso del arbitraje expedito a controversias sobre agricultores de menos de \$30,000, solo permite un árbitro, no permite el uso de testimonios en persona y no concede vistas;⁹⁴ Connecticut en su regulación laboral para hacer expedito el proceso de arbitraje elimina el récord taquigráfico, los escritos y la opinión en el laudo, utiliza un solo árbitro y un solo día de vista;⁹⁵ y en Nueva York para atender algunas reclamaciones de seguro menores de \$2,000 se permite un proceso expedito que reduce a tres (3) días la notificación al asegurador, el asegurador tiene diez (10) días para responder y dispone que el caso se decidirá en diez (10) días. Solo se trabajará por escrito, a excepción de si el árbitro entiende que hace falta una única vista, la cual ordenará *motu proprio*.⁹⁶

B. Formulación de una nueva ley

Tanto en la literatura como en las reglas y estatutos, el diseño de un proceso expedito de arbitraje no solamente consiste en limitar el tiempo de solución. El proceso expedito tiene que estar acompañado por un aumento los poderes del árbitro y con limitaciones a aspectos como el descubrimiento de evidencia, el uso de testigos y peritos, el uso de mociones, la celebración de vistas, el razonamiento del laudo y la revisión. En base a esto y los ejemplos estudiados recomiendo que una ley de arbitraje expedito para Puerto Rico contenga las siguientes cualidades. El proceso completo no debería exceder los cuatro (4) meses de duración desde que se solicita el arbitraje. Se utilizará solamente un árbitro, el cual podrá decidir si existe o no un contrato y si tiene o no jurisdicción. Del mismo no haber sido escogido en un determinado periodo de tiempo, el tribunal deberá ordenar que así se haga. El descubrimiento debe estar limitado a no más de treinta (30) días desde que se escoge al árbitro, debe estar dirigido a evidencia que sea pertinente a la controversia y no se debe permitir un descubrimiento general. El árbitro debe tener el poder de determinar la pertinencia de la evidencia, la necesidad de celebrarse una vista y la utilización de peritos. Se debe resolver a base de escritos, excepto si el árbitro ordenara la celebración de una vista. Debe restringirse la revisión del laudo a lo dispuesto en la sección 10 de la F.A.A.,⁹⁷ y de revisarse, que se haga directamente, en un proceso agilizado, en el Tribunal Supremo o el Tribunal de Apelaciones. El laudo no tiene que ser fundamentado y este debe ser emitido en no más de siete (7) días de terminados los procedimientos. Considero que no se debe limitar la aplicación de la ley dependiendo de la complejidad de la controversia o su cuantía. Entiendo que esto debe ser evaluado por las partes quienes están en mejor condición de saber qué tipo de controversias podrán surgir. Del árbitro no ser seleccionado de antemano, sugiero un proceso en el que cada parte escoja a un árbitro transitorio, las cuales a su vez escogerán al árbitro que verá la controversia. La ley debe ser clara en que las partes tienen que pactar el procedimiento bajo la ley y que esta puede ser modificada por pacto entre las mismas.

⁹⁴ CAL. FOOD & AGRIC. CODE § 56382.8 (g)(1)-(11).

⁹⁵ CONN. AGENCIES REGS. § 31-91-51

⁹⁶ N.Y. COMP. CODES R. & REGS. tit. 11, § 65-4.5 (2001).

⁹⁷ Federal Arbitration Act, 9 U.S.C. § 10 (2012).

IV. CONCLUSIÓN

En cuanto a los tres casos utilizados como ejemplo a comienzo de este artículo la legislación propuesta, de haber estado disponible, podría haberlos afectado de la siguiente manera. Si la ley hubiese aplicado inalteradamente, los procesos de arbitraje hubiesen durado un máximo de cuatro (4) meses, se hubiera evitado el Tribunal de Primera Instancia y se hubiera pasado directamente al Tribunal de Apelaciones y solo por las razones de revisión establecidas por la FAA. El Tribunal de Apelaciones, por su parte, hubiese estado obligado a determinar en un (1) mes la revisión. Suponiendo que como quiera los casos hubiesen ido al Tribunal Supremo, *Constructora Estelar* hubiese disminuido de quince (15) años de duración a alrededor de dos (2) años, *Condado Plaza* de 11 años hubiese disminuido a alrededor de dos (2) años y cinco (5) meses y, por último, *Unión Independiente* de ocho (8) años hubiese disminuido a tres (3) años y cinco (5) meses, que esencialmente es la suma de los cuatro (4) meses de arbitraje, el mes en el Tribunal de Apelaciones y lo que se tardó en resolver el Tribunal Supremo, lo que sospecho también disminuiría ya que el record hubiese sido más simple bajo el esquema de la ley. Por otro lado, si las partes hubiesen determinado que la complejidad de sus casos no les permitía tomar ventaja total de la ley, la ley les hubiese permitido alterar algunos artículos, para su ventaja. Si las partes hubiesen optado por esta opción, la ley como quiera les hubiese permitido ir directo al Tribunal de Apelaciones y solo aumentar el proceso de arbitraje al máximo de un (1) año. Esto solo aumentaría los años reducidos por seis (6) meses, lo que como quiera representa un efecto positivo de la ley sobre los casos.

La creación de una ley de arbitraje expedito para Puerto Rico no solo ofrecerá al ordenamiento la oportunidad de tener disponible un método de resolución alternativo que sea eficaz, sino que al mismo tiempo influenciará la idea de lo que debe ser y lo que debe tardar el arbitraje, cambiando así la noción de que este ha perdido sus ventajas. Otro beneficio marginal podría ser el que esta ley haga de Puerto Rico un lugar atractivo para que extranjeros puedan venir a resolver sus controversias en un lugar potencialmente neutral que cuenta con un proceso de resolución que potencialmente puede abaratar costos y reducir el tiempo de resolución del conflicto.

V. APÉNDICE: PROYECTO DE LEY

Ley de Arbitraje Expedito de Puerto Rico

Artículo I – Nombre

Esta ley se conocerá como la Ley del Arbitraje Expedito de Puerto Rico.

Artículo II – Aplicación

Debe pactarse expresamente bajo la Ley de Arbitraje Expedito de Puerto Rico para que aplique la misma, ya sea en el contrato en controversia o en un acuerdo posterior por escrito entre las partes.

Frases como: “se resolverá bajo la Ley de Arbitraje Expedito de Puerto Rico” o “se resolverá bajo el proceso expedito de la ley de Puerto Rico”, se entenderán como pactos bajo esta ley.

Las partes podrán modificar por acuerdo expreso y por escrito los artículos establecidos por esta ley, excepto los siguientes:

- i. El número de árbitros;
- ii. El proceso de selección del árbitro;
- iii. Las razones de revisión de los laudos;
- iv. El proceso de revisión;
- v. El poder de resolver conflictos durante el proceso del árbitro;
- vi. El poder del árbitro de determinar su jurisdicción y la existencia de un contrato;
- vii. No podrá expandirse a más de un (1) año el proceso.

Si se modifica alguna de estos aspectos se entenderá que el proceso no se regirá por esta ley y no aplicarán sus artículos.

Aunque se modifiquen algunos de los artículos, el árbitro que conduzca el proceso se guiará por el propósito de la ley de llevar a cabo un proceso expedito de arbitraje.

Artículo III – Petición de Arbitrar

La petición del reclamante debe incluir lo siguiente:

- i. Nombre, dirección, teléfono, fax y correos electrónicos de las partes y sus abogados, hasta donde sea conocido;
- ii. Resumen de la disputa;
- iii. Breve descripción del remedio que se solicita;
- iv. Copia del contrato sobre el cual surge la disputa acompañada de la cláusula o pacto arbitral;
- v. Copia de toda la evidencia que apoye la reclamación que esté disponible al peticionario;
- vi. De no haberse acordado un árbitro, se someterá el nombre de un árbitro transitorio.

Artículo IV – Comienzo del Arbitraje

El arbitraje comenzará el día en que la parte peticionada a arbitrar reciba la Petición de Arbitrar.

Artículo V – Respuesta de la Petición de Arbitrar

La parte peticionada tendrá catorce (14) días naturales para responder a la Petición de Arbitrar. La misma debe incluir:

- i. Objeciones a la existencia, validez o aplicabilidad del contrato de donde surge la controversia;
- ii. Objeciones a la existencia, validez o aplicabilidad de un pacto para arbitrar bajo esta ley;
- iii. Defensas y/o contrarreclamaciones de la alegada controversia, incluyendo toda la evidencia que tenga disponible;
- iv. Admisiones u objeciones sobre los remedios solicitados;
- v. De no haberse acordado un árbitro, se someterá el nombre de un árbitro transitorio.

Artículo VI – Contestación a la Respuesta de la Petición de Arbitrar

La parte reclamante podrá, de ser necesario, en un término de siete (7) días naturales responder a la Respuesta de la Petición de Arbitrar. Esta deberá incluir objeciones y/o defensas a las contrarreclamaciones, incluyendo toda la evidencia disponible.

Artículo VII – Peticiones, notificaciones y comunicaciones

Toda petición, notificación y/o comunicación entre las partes o entre las partes y el árbitro serán enviadas por correo certificado. Podrán ser enviadas al mismo tiempo por email, fax o informadas por vía telefónica, aunque ninguno de estos métodos elimina el requisito de enviarlas por correo certificado. Estas se tendrán debidamente notificadas y/o recibidas por cualquiera de estos medios por el cual se haya enviado y recibido adecuadamente.

El árbitro tendrá la capacidad de resolver cualquier controversia que surja sobre una petición, notificación y/o comunicación, incluyendo la falta de envío por correo certificado. El árbitro podrá imponer sanciones dependiendo del daño ocasionado por un mal envío de una petición, notificación y/o comunicación.

Artículo VIII – Falta de Respuesta a la Petición de Arbitrar

De haberse pactado un árbitro de antemano, este tendrá la capacidad de determinar si se ha enviado correctamente la Petición de Arbitraje y debe de continuar con el proceso, aunque no se reciba Respuesta dentro del término establecido por la ley.

De no haberse pactado el árbitro, la parte peticionaria podrá en un término de siete (7) días naturales, desde que termina el periodo designado para responder, someter un recurso extraordinario al Tribunal de Apelaciones para que este designe, en un término de cinco (5) días laborables, un árbitro para el proceso. Este árbitro tendrá el poder de continuar con el resto del proceso y hacer las determinaciones necesarias para su funcionamiento.

Artículo IX – Árbitro

El proceso de arbitraje bajo esta ley contará con un árbitro. Este podrá ser escogido por las partes en el acuerdo de arbitraje o por acuerdo al comenzar el proceso de arbitraje. Esto debe estar por escrito.

De no poder pactarse un árbitro por las partes se seguirá el siguiente procedimiento:

- i. Cada parte nombrará a un árbitro transitorio como especifica esta ley;
- ii. Los árbitros transitorios en un periodo de siete (7) días escogerán el árbitro que participará del proceso;
- iii. Si los árbitros transitorios no llegaran a un acuerdo las partes podrán:

- a. Solicitar al Tribunal de Apelaciones un árbitro bajo el procedimiento del Artículo VIII; o
- b. Someter una lista de cuatro nombres cada uno con su resume profesional, dos por cada parte, al Tribunal de Apelaciones en un proceso extraordinario como el descrito en el Artículo VIII;
- iv. Este procedimiento comenzará siete (7) días naturales luego de recibida la Respuesta de la Petición de Arbitrar, se envíe o no una Contestación a la Respuesta de la Petición de Arbitrar.
- v. De no querer o no poder participar el árbitro seleccionado en el proceso, las partes deberán o escoger un nuevo árbitro o ir al tribunal y seguir cualquiera de los procedimientos establecidos en esta ley para escoger un árbitro. Esto se hará en un periodo de siete (7) días naturales luego de la indisposición del árbitro. Para el nuevo árbitro el día de Comienzo del Arbitraje será siete (7) días naturales después del comienzo original.

Artículo X – Jurisdicción del Árbitro

Una vez seleccionado el árbitro, el mismo tendrá siete (7) días naturales para determinar:

- i. La existencia de un acuerdo bajo el cual surge la controversia, si esta fue objetada;
- ii. La existencia y aplicabilidad de un acuerdo arbitral bajo esta ley por el cual se puede resolver la alegada controversia;
- iii. Cualquier otra controversia sobre su jurisdicción en el caso; y
- iv. Declarar el comienzo del periodo de Descubrimiento.

Artículo XI – Descubrimiento de evidencia, testigos y peritos

A. Sobre el descubrimiento de evidencia:

- i. Durará un máximo de cuatro (4) semanas, incluyendo la resolución de conflictos que puedan surgir sobre la misma;
- ii. Será dirigido única y exclusivamente a evidencia, de cualquier tipo, que tenga relación directa con las controversias que deben resolverse el proceso;
- iii. La evidencia será compartida o estará disponible de la manera menos onerosas y más accesible para las partes;
- iv. Cualquier conflicto o controversia que surja sobre la evidencia o el descubrimiento será resuelto por el árbitro lo más pronto posible, manteniendo en mente el límite de las cuatro (4) semanas que tiene el descubrimiento.

B. El uso de testigos:

- i. Solo se permitirá el uso de testigos directamente relacionados y/o con conocimiento personal y pertinente sobre las controversias;
- ii. Se someterán sus testimonios juramentados por escrito;
- iii. Por lo general no se permitirán las deposiciones, aunque sí se permitirán que, con el permiso del árbitro, el cual decidirá la manera en que se pagaran;
- iv. Cualquier controversia que surja en relación a los testigos será resuelta por el árbitro lo más pronto posible, manteniendo en mente el límite de cuatro (4) semanas que tiene el descubrimiento.

C. El uso de Peritos:

El uso de peritos será una práctica excepcional dentro del proceso de esta ley y su uso se limitará de la siguiente manera:

- i. El uso de un perito deberá ser aprobado por el árbitro o deberá ser acordado por las partes;
- ii. De ser acordado por las partes el perito se pagará como las partes lo acuerden y solamente emitirá un informe sobre la controversia que se le especifique;
- iii. De ser solicitado por ambas partes y no acordado, el mismo será escogido por el árbitro quién determinará la manera en que se pagará el mismo;
- iv. De ser solicitado por una sola parte el mismo deberá ser aprobado por el árbitro y pagado por la parte peticionaria;
- v. El árbitro motu proprio podrá solicitar la intervención de un perito y este determinará la manera en que será pagado;
- vi. El perito someterá un informe pericial sobre lo que le fue consultado, tanto al árbitro como a las partes;
- vii. Bajo ninguna circunstancia deberá haber más de un perito o informe pericial sobre una controversia;
- viii. De existir controversias que por su naturaleza son diferentes y no se pueda utilizar un solo perito, la selección de otro perito estará sujeta a las exigencias y restricciones de este artículo;
- ix. Cualquier controversia que surja sobre los peritos y su uso será determinada y resuelta lo antes posible por el árbitro, manteniendo en mente el límite de las cuatro (4) semanas que tiene el descubrimiento.

Artículo XII – Vistas

No se celebrarán vistas, excepto si el árbitro determina que es necesario o por acuerdo de las partes.

La fecha, hora y lugar de las vistas serán determinadas por el árbitro, el cual tendrá un periodo de siete (7) días naturales luego de terminado el Descubrimiento de Evidencia para celebrarlas.

Las vistas, de ser necesario más de un día, serán celebradas en días consecutivos y no podrán exceder el periodo de los siete (7) días naturales establecidos para su celebración.

Artículo XIII – Escritos finales

Luego de terminado el descubrimiento, o las vistas si fueron celebradas, las partes tendrán un periodo de catorce (14) días naturales para someter un escrito final el cual incluirá su posición y toda la evidencia pertinente para sustentarla. El mismo no deberá exceder las treinta y cinco (35) páginas tamaño carta y deberá ser enviado a todas las partes y al árbitro.

Artículo XIV – Órdenes y remedios interlocutorios

El árbitro en cualquier momento podrá motu proprio o a solicitud de parte emitir u otorgar órdenes y/o remedios interlocutorios durante el proceso para asegurar el buen funcionamiento del proceso.

Artículo XV – Laudo

El laudo será emitido siete (7) días naturales luego de terminado el periodo de entrega de Escritos Finales. El laudo no tendrá que ser fundamentado.

Artículo XVI – Revisión

El laudo no será revisable, excepto por las causas establecidas en la sección 10 del *Federal Arbitration Act*.

La revisión se llevará directamente al Tribunal de Apelaciones en un proceso extraordinario el cual deberá ser resuelto por el tribunal en treinta (30) días laborables.

Artículo XVII – Derecho, idioma y lugar

Si el Derecho aplicable, el idioma y el lugar del arbitraje no se pactan por las partes el mismo será seleccionado por el árbitro como entienda pertinente. El árbitro de igual manera podrá resolver por equidad, prácticas profesionales o experiencia en la controversia, excepto pacto en contrario a los mismo.

Artículo XVIII – Duración total del Arbitraje Expedito y enmiendas a los periodos de tiempo.

El proceso de arbitraje bajo esta ley no podrá sobrepasar un periodo de duración total de cuatro (4) meses desde que se comienza el arbitraje.

Los periodos de tiempo establecidos por esta ley podrán ser enmendados por el árbitro, motu proprio o a solicitud de parte, como entienda conveniente, pero limitado a la duración máxima establecida por este artículo.

Artículo XIX –Inactividad del proceso

Si, antes de ser escogido el árbitro, la parte peticionaria no vela por el seguimiento del proceso o si, escogido el árbitro, las partes dejan de participar y por causa de esto se entra a un periodo de inactividad de más de catorce (14) días naturales, el caso se entenderá no comenzado y tendrá que volver a enviar la Petición de Arbitrar. A manera de excepción si la inactividad de las partes surge durante el periodo de descubrimiento se contarán siete (7) días desde finalizado el periodo del descubrimiento para declarar la inactividad y se entenderá no comenzado.

En este periodo de catorce (14), o siete (7) días, las partes podrán explicar la falta de actividad si desean continuar con el proceso. El árbitro decidirá si se continuará con procedimiento siempre velando por el cumplimiento con los cuatro (4) meses establecidos para terminar el proceso y con el espíritu de agilidad de la ley.

PHYSICIAN-PATIENT ARBITRATION AGREEMENTS

MARIELA SUÁREZ

I. Introduction.....	37
II. The Federal Arbitration Act and Preemption	38
III. Medical Malpractice Arbitration in Light of the FAA	40
IV. Conclusion.....	44

I. INTRODUCTION

Over the last few years, there has been a considerable increase in the frequency and impact of medical malpractice litigation. Each year, approximately fifteen claims are filed for every one hundred physicians in the United States, and 30% of those claims result in an insurance payment.¹ As illustrated in a study conducted by the Joint Economic Committee of the United States Congress, this consistent influx of insurance claims has increased the value of malpractice insurance premiums for health care providers, which in turn has led to higher costs for the health care system as well as reduced access to medical services.² Attention has been given to the use of pre-dispute arbitration agreements as an alternative to traditional litigation of medical malpractice disputes.³

Pre-dispute binding arbitration agreements are contracts in which both patients and physicians irrevocably commit to an arbitration process before any dispute has arisen regarding the medical care provided.⁴ It functions as an alternative to judicial litigation in that it provides binding determinations through presumably less expensive, more efficient and expert, and nonetheless fair proceedings.⁵ By entering a contract of arbitration, both physicians and patients voluntarily abandon their right to submit their claims before a court of law, agreeing instead to submit the medical claim before a panel of arbitrators.⁶

Initially, arbitration agreements were encouraged for use primarily in commercial contexts. However, due to the strong public policy favoring arbitration both at federal and state level, the use of pre-dispute arbitration agreements has increased dramatically over the last decade.⁷ Thus, pre-dispute arbitration clauses can now be found in a wide range of noncommercial contracts, such as contracts between investors and broker dealers, credit card agreements, employee handbooks and contracts, purchase contracts, cell phone bills, home mortgages,⁸ and health care contracts.⁹

¹ Jonathan Todres, *Towards Healing and Restoration for All: Reframing Medical Malpractice Reform*, 39 CONN. L. REV. 667 (2006).

² STAFF OF H.R. JOINT ECON. COMM., 108TH CONG., LIABILITY FOR MEDICAL MALPRACTICE: ISSUES AND EVIDENCE 1 (Comm. Print 2003), http://www.danmiller.org/pubs/MedMal_2003.pdf.

³ Nancy M. Simone, *Medical Malpractice Litigation: A Comparative Analysis of United States and Great Britain*, 12 SUFFOLK TRANSNAT'L L. REV. 577, 597 (1989).

⁴ Kenneth A. DeVille, *The Jury is Out: Pre-Disputes Bidding Arbitration Agreements for Medical Malpractice Claims*, 28 J. LEGAL MED. 333, 334 (2007).

⁵ *Id.* at 333.

⁶ *Id.*

⁷ Elizabeth K. Stanley, *Parties' Defenses to Building Arbitration Agreements in the Health Care Field & the Operation of the Mccarran-Ferguson Act*, 38 ST. MARY'S L. J. 591, 592 (2007).

⁸ DeVille, *supra* note 4, at 334.

⁹ Stanley, *supra* note 7, at 592.

Medical malpractice arbitration agreements between physicians and patients are prohibited in Puerto Rico. In *Martínez Marrero v. González Droz*, the Supreme Court of Puerto Rico (hereinafter, Supreme Court of P.R.) held that physician-patient medical malpractice arbitration agreements are void for being against public policy, therefore rendering them unenforceable.¹⁰ The Court relied upon Puerto Rico's Commercial Arbitration Act and supported its ruling by invoking Puerto Rico's policy favoring the judicial resolution of medical malpractice claims. It is important to note, however, that even though the defendant's counsel argued that this type of arbitration agreement is within the scope of the Federal Arbitration Act (FAA), nowhere in the Court's opinion was this statute mentioned.¹¹ By ignoring the potential impact and application of the FAA, the Supreme Court of PR saw no barrier in establishing a categorical rule prohibiting arbitration of medical malpractice disputes in Puerto Rico.

This paper addresses the preemptive effect of the FAA and examines medical malpractice arbitration agreements in light of said statute, concluding that Puerto Rico's prohibition against physician-patient arbitration, as set forth in *Martínez Marrero*, is preempted and invalidated by the FAA and Supreme Court of the United States (hereinafter, U.S. Supreme Court) precedents. Part II of this article will provide a brief history of arbitration in the United States, detailing the preemptive nature of the FAA. Part III will discuss several cases that interpret the legality of physician-patient arbitration agreements under the FAA. Throughout such discussion, Part III seeks to demonstrate that, under current federal law, there should be no doubt that medical malpractice arbitration agreements are valid. Finally, Part IV will briefly summarize the arguments and conclusions of this paper.

II. THE FEDERAL ARBITRATION ACT AND PREEMPTION

The FAA, enacted by Congress in 1925, establishes and governs the duty to honor agreements to arbitrate disputes.¹² Congress designed the FAA to overrule the judiciary's longstanding reluctance to enforce agreements to arbitrate and to put such agreements on the same footing as other contracts.¹³ For this reason, it is often claimed that the FAA's main purpose is to make agreements to arbitrate enforceable to the same extent as other contracts. The most important provision of the FAA states that "[a] written provision in any maritime transaction or a contract evidencing a transaction involving commerce to settle by arbitration a controversy . . . shall be valid, irrevocable, and enforceable, save upon such grounds as exist in law or in equity for the revocation of any contract."¹⁴

DeVille points out that prior to the 1990's, the FAA was applied exclusively in federal courts to contracts involving large and sophisticated commercial parties.¹⁵ It was not aimed at disputes between individual citizens related to private law claims.¹⁶ Thus, the FAA's strong protection of arbitration could not be imposed on medical malpractice claims litigated in state courts. However, this changed with subsequent decisions of the U.S. Supreme Court that not only clarified its policy favoring arbitration, but also made clear that the Court views the FAA as

¹⁰ *Martínez Marrero v. González Droz*, 180 DPR 579, 595 (2011).

¹¹ José J. Álvarez González & Luis M. Pelot Juliá, *Responsabilidad Civil Extracontractual*, 81 REV. JUR. U.P.R. 661, 672 (2012).

¹² *Moses H. Cone Memorial Hosp. v. Mercury Constr.*, 460 U.S. 1, 25 (1983).

¹³ *Green Tree Financial Corp. v. Randolph*, 531 U.S. 79, 89 (2000).

¹⁴ 9 U.S.C. § 2.

¹⁵ DeVille, *supra* note 4, at 334.

¹⁶ *Id.*

preempting contradicting state law. As a result of such evolution, the attitude towards arbitration in the physician-patient context changed.¹⁷

In *Moses H. Cone Memorial Hospital v. Mercury Construction Corp.*, the US Supreme Court held that Section 2 of the FAA is Congress' declaration of a liberal federal policy favoring arbitration agreements.¹⁸ Further, the Court recognized that the FAA requires that any doubt concerning the scope of arbitrable issues should be resolved in favor of arbitration.¹⁹ The U.S. Supreme Court continued to build on this foundation and in *Southland Corp. v. Keating*, for the first time the FAA was used to overrule and preempt a California court ruling on a state investment law, using the Commerce and Supremacy Clauses of the United States Constitution.²⁰ In its opinion, the US Supreme Court reasoned that “[i]n enacting §2 of the Federal Act, Congress declared a national policy favoring arbitration and withdrew the power of the states to require a judicial forum for the resolution of claims which the contracting parties agreed to resolve by arbitration.”²¹ Therefore, the Court held that with the FAA, Congress intended to prevent state legislative attempts to undercut the enforceability of arbitration agreements, and thus, the California law was declared unconstitutional under the Supremacy Clause of the United States Constitution.²²

The FAA does not, however, preempt all laws regulating arbitration nor arbitration agreements. In *Volt Information Sciences, Inc. v. Board of Trustees of Leland Stanford Junior University*,²³ the US Supreme Court reasoned that, “the FAA contains no express pre-emptive provision, nor does it reflect a congressional intent to occupy the entire field of arbitration.”²⁴ Rather, the Act's purpose is more restrictive, addressing only those laws discriminating against arbitration agreements. In *Allied-Bruce Terminix Companies, Inc. v. Dobson* the US Supreme Court said:

States may regulate contracts, including arbitration clauses, under general contract law principles and they may invalidate an arbitration clause “upon such grounds as exist at law or in equity for the revocation of any contract.” What States may not do is decide that a contract is fair enough to enforce all its basic terms (price, service, credit), but not fair enough to enforce its arbitration clause. The Act makes any such state policy unlawful, for that kind of policy would place arbitration clauses on an unequal “footing,” directly contrary to the Act's language and Congress' intent.²⁵

Nevertheless, the US Supreme Court has cautioned that even when Congress has not completely displaced state regulation in an area, state law may nonetheless be preempted to the extent that it actually conflicts with federal law — that is, to the extent that it stands as an obstacle to the accomplishment and execution of the full purposes and objectives of Congress.²⁶ Hence, when considering whether the FAA preempts state laws, the primary question is whether

¹⁷ *Id.* at 343.

¹⁸ *Moses*, 460 U.S. at 25 (1983).

¹⁹ *Id.*

²⁰ *Southland Corp. v. Keating*, 465 U.S. 1 (1984).

²¹ *Id.* at 10.

²² *Id.* at 16.

²³ *Volt Info. Sciences v. Bd. of Trustees*, 489 U.S. 468 (1989).

²⁴ *Id.* at 477.

²⁵ *Allied-Bruce Terminix Companies, Inc. v. Dobson*, 513 U.S. 265, 281 (1995).

²⁶ *Volt*, 489 U.S. at 477 (quoting *Hines v. Davidowitz*, 312 U.S. 52, 67 (1941)).

the state law “undermine[s] the goals and policies of the FAA,” which, as already stated, relate to seeing that arbitration agreements are enforced according to their terms.²⁷

III. MEDICAL MALPRACTICE ARBITRATION IN LIGHT OF THE FAA

Despite the U.S. Supreme Court’s position that the FAA preempts and overrides virtually any state attempt to limit, regulate, or restrict arbitration, when interpreting arbitration agreements in the health care context, state courts have tended to jealously protect patients’ access to courts. As a result, many state courts have resolved that this type of arbitration is void as not in the best interest of public policy, and Puerto Rico is one of them. In *Martínez Marrero v. González Droz*, the Supreme Court of P.R. determined that physicians and patients cannot voluntarily agree to submit to arbitration for future disputes arising during the course of medical care, since said agreements are contrary to the state’s public policy.²⁸ In that case, a patient sued her plastic surgeon in federal court for malpractice relating to a breast augmentation and abdominoplasty surgery. The following arbitration clause was a part of the patient contract:

I voluntarily agree and accept to submit before an Arbitration Panel, and not before a Judicial Court, State or Federal, any claim I might have against Dr. González because of any adverse result that may arise out of this surgery Said arbitration panel shall consist of five doctors and lawyers expert in the field and active in practice, which will be selected by the parties involved in the dispute²⁹

The physician-defendant filed a motion to dismiss the case arguing that the patient-plaintiff agreed to arbitrate any claim resulting out of alleged medical malpractice. The Supreme Court of PR, in response to a certification question from the United States District Court regarding the legality of physician-patient arbitration agreements, refused to enforce the arbitration clause according to its terms and to compel arbitration of the patient’s medical malpractice claim.³⁰ In its opinion, the Court held that physician-patient pre-dispute arbitration agreements are void and against public policy since they deprive the patient of seeking judicial remedy in the event of suffering an injury due to medical malpractice.³¹ The Court reasoned that the integrity of a patient who seeks the services of a doctor to improve his or her health outweighs the contractual freedom and the sound policy favoring arbitration that permeates our legal system.³²

Furthermore, the Supreme Court of P.R. determined that according to its ruling in *Vélez Ruiz v. E.L.A.*, only a court of law has the power to view medical malpractice cases and to resolve them in their merits.³³ However, it should be noted that *Vélez Ruiz* had nothing to do with voluntary arbitration agreements. *Vélez Ruiz* merely held that a statute that compelled Puerto Rico courts to refer medical malpractice claims to an arbitration panel for a complete and final adjudication was unconstitutional as contrary to Article V of the Commonwealth Constitution.³⁴

²⁷ *Id.* at 478.

²⁸ *Martínez Marrero*, 180 DPR at 595.

²⁹ *Id.* (translation by author).

³⁰ *Id.*

³¹ *Id.*

³² *Id.*

³³ *Vélez Ruiz v. E.L.A.*, 111 DPR 752 (1981).

³⁴ *Id.*

Thus, the *Vélez Ruiz* ruling did not apply to *Martínez Marrero*, where the parties had voluntarily agreed to assign any claim to an arbitration panel. Nonetheless, the Supreme Court of PR concluded that in this jurisdiction every medical malpractice claim must be initiated by filing a complaint in a competent court.³⁵ In such reading of the physician-patient relation, the Supreme Court found company.

In *Brown v. Genesis Healthcare Corp.*, the West Virginia Supreme Court held that agreements to arbitrate malpractice claims in nursing home contracts were invalid in light of West Virginia's public policy.³⁶ This case involved three separate lawsuits brought against a nursing home in West Virginia in which the family member bringing the suit alleged that the nursing home's negligence caused their family member's death. In each case, the arbitration agreements were signed by a family member on behalf of the patient requiring nursing care. The Supreme Court of West Virginia held that "as a matter of public policy under West Virginia Law, an arbitration clause in a nursing home admission agreement adopted prior to an occurrence of negligence that results in a personal injury or wrongful death, shall not be enforced to compel arbitration of a dispute concerning the negligence."³⁷ In support of this ruling, the West Virginia court stated:

Congress did not intend for the FAA to be, in any way, applicable to personal injury or wrongful death suits that only collaterally derive from a written agreement that evidences a transaction affecting interstate commerce, particularly where the agreement involves a service that is a practical necessity for members of the public.³⁸

However, in *Marmet Health Care Center Inc. v. Brown*, the U.S. Supreme Court overturned the West Virginia Court's interpretation of the FAA as both incorrect and inconsistent with clear instructions in prior precedents of the highest court.³⁹ In its opinion, the US Supreme Court noted that the FAA contains no exception for malpractice claims and that the state court's public policy grounds for non-enforcement constituted "a categorical rule prohibiting arbitration of a particular type of claim," which the Court held contrary to the terms and coverage of the FAA and, therefore, preempted by the federal statute.⁴⁰ Additionally, the U.S. Supreme Court reiterated that "when state law prohibits outright the arbitration of a particular type of claim, the analysis is straightforward: the conflicting rule is displaced by the FAA."⁴¹

In truth, long before the *Marmet* ruling, several state courts had rejected arguments similar to those presented in *Martínez Marrero* and *Brown*.⁴² For example, the orthopedic surgeons in *Buraczynski v. Eyring* required their patients to sign pre-dispute arbitration agreements before undergoing surgery.⁴³ A patient died after surgical complications and her family filed a suit.⁴⁴ In

³⁵ *Martínez Marrero*, 180 DPR at 595.

³⁶ *Brown ex rel. Brown v. Genesis Healthcare*, 724 S.E.2d 250, 292 (W. Va. 2011).

³⁷ *Id.*

³⁸ *Marmet Health Care Center, Inc. v. Brown*, 132 S. Ct. 1201, 1203 (2012).

³⁹ *Id.* at 1202.

⁴⁰ *Id.*

⁴¹ *Id.*

⁴² Courts have traditionally upheld physician-patient arbitration agreements. See also *Leong v. Kaiser Foundation Hospitals*, 788 P.2d 164 (Haw. 1990); *University of Miami v. Echarte*, 618 So.2d 189, (Fla. 1993) (holding that arbitration of medical malpractice claims do not violate constitutional provisions guaranteeing access to the courts and trial by jury); *McKinstry v. Valley Obstetrics-Gynecology*, 380 N.W.2d 93 (Mich. Ct. App. 1985) (holding that medical malpractice arbitration agreements are valid waivers of the right to a jury trial).

⁴³ *Buraczynski v. Eyring*, 919 S.W.2d 314, 319 (Tenn. 1996).

⁴⁴ *Id.*

an attempt to avoid arbitration, the deceased's family claimed that pre-dispute arbitration agreements were void as against public policy when applied in the medical setting.⁴⁵ The Tennessee Supreme Court disagreed and ruled that, despite the acknowledged "unique nature of the physician-patient relationship," the public policy favoring arbitration outweighs any concerns regarding the physician-patient relationship.⁴⁶ Noting that no court had ever reached the broad conclusion that public policy precludes physician-patient arbitration agreements, the Tennessee court concluded that there was no public policy reason why arbitration should not be as good in medical relationships as it is in ordinary commercial relationships.⁴⁷

In *Madden v. Kaiser Foundation Hospitals*, the court compelled arbitration of a medical malpractice claim brought by a state employee against a healthcare provider, honoring the agreement to arbitrate entered by the State of California and the healthcare provider.⁴⁸ In said holding, the Court stated, "arbitration has become an accepted and favored method of resolving disputes . . . praised by the courts as an expeditious and economical method of relieving overburdened civil calendars."⁴⁹

In *Morrison v. Colorado Permanente Medical Group*, the plaintiffs brought claims against the medical providers in relation to the treatment of their deceased relative.⁵⁰ The plaintiffs argued that the arbitration agreement between the patient and the hospital was invalid under Colorado law since it did not comply with the required statutory language.⁵¹ However, the Court not only enforced the arbitration agreement, but also declared invalid said statutory requirement. The court reasoned, that the practical effect of requiring specific statutory language to be printed in every health care arbitration agreement was to place such agreements in a distinct class, not only from "any contract," but also from all other arbitration agreements.⁵² Accordingly, the Court concluded that said state statute was preempted by the FAA.

As it can be seen, courts have moved to provide unambiguous protection to arbitration agreements between physicians and patients. As one scholar notes, "United States Supreme Court and state cases authorizing the routine use of arbitration have removed any real doubt about the availability of arbitration cases even in the medical malpractice context."⁵³ Moreover, U.S. Supreme Court and state court rulings have made it clear that challenges to medical malpractice arbitration agreements based solely on public policy arguments are destined to lose. After *Marmet*, there is simply no basis under the FAA for treating health care contracts differently from other contractual agreements subject to arbitration. Most importantly, *Marmet's* decision eliminates all substantive restrictions against the arbitration of medical malpractice claims, including those derived by statute or deemed to exist by state common law.

The conclusion is unavoidable: the rule established by the Supreme Court of PR in *Martínez Marrero* should no longer be an obstacle to enforce arbitration agreements between physicians and patients in Puerto Rico. Since medical malpractice claims are within the scope of the FAA pursuant to US Supreme Court precedents, Puerto Rico's policy prohibiting said agreements is contrary to the FAA and, therefore, preempted by the federal statute. The same

⁴⁵ *Id.*

⁴⁶ *Id.*

⁴⁷ *Id.*

⁴⁸ *Madden v. Kaiser Foundation Hospitals*, 552 P.2d 1178 (Cal. 1976).

⁴⁹ *Id.*

⁵⁰ *Morrison v. Colorado Permanente Medical Group*, 983 F.Supp. 937, 939 (D.Colo. 1997).

⁵¹ The Colorado statute in question required specific statutory language to be printed in every arbitration agreement in at least ten-point bold type.

⁵² *Morrison*, 983 F.Supp. at 939.

⁵³ Thomas Metzloff, *The Unrealized Potential of Malpractice Arbitration*, 31 WAKE FOREST L. REV. 203, 211 (1996).

principle applies to the requirement that every medical malpractice case in Puerto Rico must be resolved by a court of law. As the U.S. Supreme Court has explained, when Congress enacted the FAA, it withdrew the power of the states to require the judicial forum for the resolution of claims that the contracting parties have agreed to resolve by arbitration.⁵⁴ Accordingly, *Martínez Marrero's* requirement that every medical malpractice claim must be initiated in state court may also be displaced by the FAA given the fact that it discriminates against the arbitration of particular kinds of claims, thereby undermining the FAA's main purpose.

It is important to note, however, that the FAA will apply and thus preempt Puerto Rico law only if the contract in question evidences "a transaction involving [interstate] commerce".⁵⁵ This means that for the FAA to apply to a particular medical relationship and the accompanying arbitration agreement in Puerto Rico, the physician would have to demonstrate that his practice or the treatment of his patients could have an effect on interstate commerce. I will now address this issue.

Courts have generally held that activities in the health care industry constitute interstate commerce and, therefore, virtually all arbitration agreements in the industry, including those between physicians and patients, are subject to FAA guidelines.⁵⁶ In reaching this conclusion, the courts found that the shipping medical of supplies, the performance of certain laboratory tests, and the receipt of Medicare funds often take place across state lines.⁵⁷

For instance, in *McGuffey Health & Rehabilitation Center v. Gibson*, the Alabama Supreme Court had to determine whether a clause in a nursing home admission agreement requiring medical malpractice claim arbitration "evidenced a transaction that substantially affect[ed] interstate commerce" such that the FAA preempted an Alabama statute that prohibited arbitration.⁵⁸ The court concluded that the FAA preempted the Alabama statute based on the nursing home's receipt of Medicare funds and certain materials, which came from out-of-state sources. Similarly, in *In re Nexion Health*, the court held that Medicare funds crossing state lines constitutes interstate commerce, thereby bringing the arbitration agreement signed by the patient within the FAA's protection.⁵⁹

The Texas Court of Appeals reached a similar conclusion in the case *Kroupa v. Casey*.⁶⁰ In that case, a patient sued his doctor for malpractice for failure to order an X-ray and the improper manipulation of his spine. A binding arbitration agreement was part of the patient contract. The trial court refused to order arbitration because the transaction did not involve interstate commerce and, therefore, the FAA did not control. The Court of Appeals reversed the judgment and explained that the health care provider produced evidence of the fact that he used equipment, materials, and services acquired from out of state in his delivery of health care services, made out-of-state transactions through interstate forms of communications, and received most of his insurance payments from out of state.⁶¹ Therefore, the FAA applied and arbitration was compelled.

After this line of cases, one can conclude with certainty that the requirement that the transaction involves or affects interstate commerce is rarely an issue that defeats the application

⁵⁴ *Southland Corp.*, 465 U.S. at 10.

⁵⁵ 9 U.S.C. § 2.

⁵⁶ *Morrison*, 983 F.Supp. at 943-944; *See also* *Toledo v. Kaiser Permanente Medical Group*, 987 F.Supp. 1174, 1180 (N.D.Cal. 1997).

⁵⁷ *Morrison*, 983 F.Supp. at 944.

⁵⁸ *McGuffey Health and Rehab. Center v. Gibson*, 864 So.2d 1061, 1062 (Ala. 2003).

⁵⁹ *In re Nexion Health at Humble, Inc.*, 173 S.W.3d 67 (Tex. 2005).

⁶⁰ *Kroupa v. Casey*, No. 01-05-00224-CV, 2005 WL 3315279 (Tex. App. Dec. 8, 2005).

⁶¹ *Id.*

of the FAA to an arbitration agreement in the health care context. This is particularly true in a place like Puerto Rico due to the fact that 90% of what is used or consumed in the island is imported.⁶² For this reason, in any given transaction in Puerto Rico, it is relatively easy to conclude that there is a substantial relation to interstate trade, and difficult to think of trading activities that have nothing to do with interstate commerce.⁶³

IV. CONCLUSION

Medical malpractice litigation has been criticized, debated, and defended from a variety of perspectives in both public and political forums. As a result, Congress and many state legislatures have deliberated over, and in some cases adopted, measures of tort reform to include medical malpractice arbitration provisions. Despite the numerous legislative and executive reform attempts, the continuing increase in the number of medical malpractice suits in recent years, combined with the time and expense associated with prolonged court adjudication, has led all parties to agree that the system is in need of reform.⁶⁴ As a result, a lot of attention has been given to the use of pre-dispute arbitration agreements as an alternative to traditional medical malpractice litigation.

As evidenced by several important rulings of the US Supreme Court, the historic suspicion of arbitration agreements in the health care context is a thing of the past. Currently, arbitration is recognized as an equitable and efficient tool for resolving medical malpractice disputes.⁶⁵ Nonetheless, in Puerto Rico, the courts remain hostile towards the use of medical malpractice arbitration agreements. After the *Martínez Marrero* ruling, physicians and patients are required to submit any medical malpractice claim to a court of law for a complete and final adjudication of the same, even if they had agreed to arbitrate said dispute. Such ruling is not only contrary to the terms of the FAA, but it is also inconsistent with clear instructions in the precedents of the US Supreme Court.⁶⁶

In *Marmet*, the U.S. Supreme Court reaffirmed a rule that had been established more than thirty years ago — that is, states are not allowed to require the judicial forum for the resolution of claims that the contracting parties have agreed to resolve by arbitration.⁶⁷ Furthermore, the U.S. Supreme Court made quite clear that the FAA's text includes no exception for malpractice claims, but rather it requires courts to enforce the agreement of the parties to arbitrate.⁶⁸ Puerto Rico's

⁶² Salvador Antonetti Zequeira, *Arbitraje Comercial en Puerto Rico:¿Solución o Problema?*, 11 REV. ACAD. P.R. JURIS. & LEG. 1, 8 (2013).

⁶³ *Id.*

⁶⁴ David Zukher, *The Role of Arbitration in Resolving Medical Malpractice Disputes: Will a Well-Drafted Arbitration Agreement Help the Medicine Go Down?*, 49 SYRACUSE L. REV. 135, 136 (1998).

⁶⁵ *Id.* at 174.

⁶⁶ To date, the *Martínez Marrero* ruling has not been analyzed or applied by any state court.

⁶⁷ *Marmet*, 132 S. Ct. at 1203.

⁶⁸ The *Marmet* ruling has forced many state courts to declare invalid substantive restrictions against the arbitration of medical malpractice claims. See generally *THI of New Mexico at Hobbs Center, LLC v. Patton*, 741 F.3d 1162 (10th Cir. 2014) (regarding *Marmet*'s decision, the court held that just as the FAA preempts a state statute that is predicated on the view that arbitration is an inferior means of vindicating rights, it also preempts state common law, including the law regarding unconscionability that bars an arbitration agreement because of the same view); *Brookdale Senior Living Inc. v. Stacy*, 27 F.Supp.3d 776 (E.D. Ky. 2014) (court rejected plaintiff's argument that Kentucky's public policy forbids mandatory arbitration agreements in the context of nursing home contracts and it compelled arbitration in light of the *Marmet* ruling.); *Brookdale Senior Living Inc. v. Hibbard*, No. CIV.A. 5:13-289- KKC, 2014 WL 2548117 (E.D. Ky. June 4, 2014) (holding that "the Supreme Court's logic in *Marmet* applies with just as much force in the present case. Hibbard contends that Kentucky's public policy forbids mandatory arbitration agreements in the context of nursing home contracts. But such a state law that singles out arbitration as applied to a particular

prohibition against physician-patient arbitration, as set forth in *Martínez Marrero*, is preempted and invalidated by the FAA and U.S. Supreme Court precedents.

class of claims is preempted by the FAA. Thus, even if the public policy of Kentucky would render a mandatory arbitration agreement for admission to a nursing home unenforceable, the FAA controls.”)

***BG GROUP PLC V. REPUBLIC OF ARGENTINA: A COMPARATIVE LEGAL
ANALYSIS BETWEEN UNITED STATES & SWISS ARBITRATION LAW
REGARDING PROCEDURAL PRECONDITIONS***

JUAN CARLOS ARCE*

I. Introduction.....	46
II. United States Arbitration Law	46
A. The Federal Arbitration Act.....	46
III. The Case of <i>BG Group v. Republic of Argentina</i>	47
A. The Final Award	47
B. Supreme Court Decision.....	50
C. The Dissident Opinion	50
IV. Swiss Arbitration Law	51
A. The Swiss Private International Law Act.....	52
B. Swiss Jurisprudence.....	53
V. BG Group PLC under Swiss Arbitration Law	55
VI. Conclusion	55

I. INTRODUCTION

The main objective of this article is to develop a comparative legal analysis between U.S. Arbitration Law and Swiss Arbitration Law regarding the doctrine established by the U.S. Supreme Court in its recent decision in *BG Group PLC v. Republic of Argentina*.¹ This legal research paper will first center on how U.S. Arbitration Law manages procedural arbitration preconditions stemming from treaty provisions in light of *BG Group*.² Thereafter, this analysis will focus on the same legal issue under Swiss Arbitration Law regarding how it treats arbitration procedural preconditions.³ Lastly, this paper will explore how *BG Group PLC v. Republic of Argentina* would have been decided under Swiss Arbitration Law if it would have been appealed to the Federal Supreme Court of Switzerland in *lieu* of the Supreme Court of the United States.

II. UNITED STATES ARBITRATION LAW

A. The Federal Arbitration Act

United States Arbitration Law — federal, not state — is governed by the *Federal Arbitration Act* (FAA).⁴ With the enactment of the FAA, “Congress declared a national policy favoring arbitration and withdrew the power of the states to require a judicial forum for the resolution of claims which the contracting parties agreed to resolve by arbitration.”⁵ The FAA “is based upon . . . the incontestable federal foundations of ‘control over interstate commerce and over admiralty.’”⁶ Section 2 of the FAA therefore limits the scope of its application to a “written

* Juris Doctor Candidate, May 2017.

¹ *BG Grp. PLC v. Republic of Arg.*, 572 U.S. ___, 134 S.Ct. 1198 (2014).

² *Id.*

³ The author chose to perform the analysis using Swiss Law due to its attractiveness and importance in international commercial arbitration as well as international investment arbitration.

⁴ 9 U.S.C. §§ 1–16 (2017).

⁵ *Southland Corp. v. Keating*, 465 U.S. 1, 10 (1984).

⁶ *Id.* at 11 (citing *Prima Paint Corp. v. Flood & Conklin Mfg. Co.*, 388 U.S. 395 (1967)).

provision in any maritime transaction or a contract evidencing a transaction involving commerce.”⁷ On the other hand, Section 1 defines the scope of the meaning of “commerce,”⁸ construing it to the scope and extent of the interstate commerce clause of the United States Constitution.⁹

The focus of this article is on procedural prerequisites, which are “preconditions [that] should be exhausted before instituting the arbitral proceeding. . . .”¹⁰ Under U.S. Arbitration Law, issues regarding procedural preconditions are matters to be decided by the arbitrators rather than by courts, for it is understood that “courts should normally assume that parties would have intended arbitrators to interpret and apply contractual provisions of this kind.”¹¹ Moreover, courts should defer to the arbitrators’ decisions regarding these issues.¹²

Drawing on its jurisprudential development of the issues concerning procedural preconditions in earlier labor arbitration and commercial arbitration cases, the United States Supreme Court extrapolated its domestic analysis applying it to an international investment arbitration dispute in the following landmark decision.

III. THE CASE OF *BG GROUP V. REPUBLIC OF ARGENTINA*

The Case of *BG Group PLC v. Republic of Argentina* arose from a dispute regarding the meaning of Article 8 — dealing with a local litigation requirement as a procedural precondition to arbitration — of the Argentina-U.K. BIT.¹³ BG Group was a British corporation doing business in Argentina who invested in Argentinean MetroGas.¹⁴ The legal framework in this investment was a bilateral investment treaty — the Argentina-U.K. BIT. At first, the investment was very profitable for BG Group.¹⁵ However, due to an economic crisis, Argentina commenced to enact laws and regulations that resulted in losses to BG Group.¹⁶

Instead of fulfilling the local litigation requirement in Article 8 of the Argentina-U.K. BIT, and considering the dispute stemming from the Argentinian laws and regulations which BG Group considered to tacitly violate the provisions of the investment treaty,¹⁷ they “never wanted to bring its claim to Argentina’s local courts, and so it went right to arbitration instead.”¹⁸

A. The Final Award

⁷ 9 U.S.C. § 2.

⁸ *Id.* § 1. The *Federal Arbitration Act* defines *commerce* as: (“[C]ommerce among the several States or with foreign nations, or in any Territory of the United States or in the District of Columbia, or between any such Territory and another, or between any such Territory and any State or foreign nation, or between the District of Columbia and any State or Territory or foreign nation . . .”).

⁹ U.S. CONST. art. 1, § 8, cl. 3 (“The Congress shall have power to . . . regulate commerce with foreign nations, and among the several states, and with the Indian tribes . . .”).

¹⁰ JOHAN BILLIET, *INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRATION: A PRACTICAL HANDBOOK* 184 (2016).

¹¹ STEPHEN BREYER, *THE COURT AND THE WORLD: AMERICAN LAW AND THE NEW GLOBAL REALITIES* 185–86 (2015).

¹² *Id.* at 182.

¹³ Agreement for the Promotion and Protection of Investments, U.K.-Arg., art. 8, Dec. 11, 1990, 1765 U.N.T.S. 38 [hereinafter *Argentina-U.K. BIT*].

¹⁴ Lauren Corbett, *Application of Contract Law in BG Group v. Argentina*, 34 B.U. INT’L L.J. 181, 188 (2016).

¹⁵ *Id.*

¹⁶ *Id.* (“Specifically, Argentina had enacted new laws that changed the currency used from calculating gas tariffs from dollars to pesos . . .”).

¹⁷ *Id.*

¹⁸ BREYER, *supra* note 10, at 188.

On December 24, 2007, a final award was issued regarding the dispute between BG Group PLC and the Republic of Argentina. The formal seat of the arbitration was Washington D.C.,¹⁹ and the arbitral tribunal was comprised by arbitrators Prof. Alejandro M. Garro — appointed by the Republic of Argentina — and Prof. Alber Jan van den Berg — appointed by BG Group —, and President Guillermo Aguilar Alvarez C —designated by van den Berg and Garro.²⁰

The Republic of Argentina raised several objections regarding jurisdiction and competence of the Arbitral Tribunal. Argentina also challenged the admissibility of BG Group's claims and requested that they be dismissed.²¹ Argentina's argument revolved around Article 8 of the Argentina-U.K. Bilateral Investment Treaty.²² The Tribunal agreed that under article 8(2)(a)(1)²³, "recourse to arbitration [was] possible only where disputes [had] been submitted for 18 months to the competent tribunal of the State which hosts the investment and: (i) the tribunal [had] not issued a final decision; or (ii) the parties [were] still in dispute after the decision."²⁴ In addition, the Tribunal accepted Argentina's argument that "investors acting under the Argentina-U.K. BIT *must* litigate in the host State's courts for 18 months before they can bring their claims to arbitration."²⁵ Notwithstanding this analysis, the Tribunal recognized that article 8(2)(a)(i) could not constitute "an absolute impediment to arbitration."²⁶

The Tribunal noted that Argentina's enactment of Decree 214/02 stayed all suits arising under the emergency measures adopted by the Argentinian government.²⁷ Furthermore, this Decree remained valid "five years after its promulgation in 2002,"²⁸ and to the date the arbitral award was issued, the emergency laws enacted by Argentina had not been repealed and remained

¹⁹ BG Grp. PLC v. Republic of Arg. (U.K. v. Arg.), Final Award, at 1 (Dec. 24, 2007) [hereinafter *BG Grp. PLC v. Republic of Arg., Final Award*], <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0081.pdf>.

²⁰ *Id.* at 7.

²¹ *Id.* at 30.

²² Agreement for the Promotion and Protection of Investments, U.K.-Argentina, Art. 8, Dec. 11, 1990, 1765 U.N.T.S. 38 [hereinafter *Argentina-U.K. BIT*]. Sections (1) and (2) of Article 8 of the Argentina-U.K. BIT state that:

(1) 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 have not 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*.

²³ *Id.* (emphasis added). Section (1) states that disputes *shall* be submitted to the competent tribunal in whose territory the investment was made. The arbitration procedures in Section (2)(a) are conditioned upon Section (1), whereas Section (2)(b) allows the parties to proceed directly to arbitration if they agree to do so, thus waiving the local litigation requirement. *Id.*

²⁴ BG Grp. PLC v. Republic of Arg., Final Award, at 47.

²⁵ *Id.* at 50 (emphasis added).

²⁶ *Id.* at 50.

²⁷ *Id.* at 50.

²⁸ *Id.* at 51.

in full force.²⁹ Other Argentinian laws and regulations also provided that “any licensee seeking judicial redress would be excluded from the renegotiation process of its license.”³⁰

The Tribunal therefore proceeded to examine the reasonableness of exhausting judicial remedies in light of the Argentinean Government’s constant interference with the normal operation of its courts and its exclusion of litigious licensees from the renegotiation process.³¹ They found that BG Group’s claims were admissible, and consequently did not have to determine “whether [BG Group] should have sought relief by the courts of Argentina during at least a period of 18 months before resorting to arbitration.”³² The Tribunal in light of the factual findings, concerned with the results and implications of such a restrictive interpretation of Article 8(2)(a)(i) of the Argentina-U.K. BIT, concluded particularly and most importantly that:

Where recourse to the domestic judiciary is unilaterally prevented, or hindered by the host State, any such interpretation would lead to the kind of absurd and unreasonable result proscribed by Article 32 of the Vienna Convention, allowing the State to unilaterally elude arbitration, which has been the engine of the transition from a politicized system of diplomatic protection to one of direct investor-State adjudication.³³

This determination follows a general consensus in international investment arbitration cases concerning the requirement of the exhaustion of local judicial remedies -stemming from bilateral investment treaties- as a precondition to arbitration.³⁴ Intriguingly, it is not the first time that an international arbitral tribunal has waived the local litigation constraint by virtue of the futility exception in a dispute arising from an Argentinian bilateral investment treaty.³⁵

²⁹ *Id.* The Tribunal took into consideration, among other legislative efforts, Argentina’s enactment of Decree 320/02 which “extended the application of the Emergency Law until 31 December 2007.” *Id.* at 51 n.138.

³⁰ *Id.* at 52; see BREYER, *supra* note 11, at 188 (“In fact, Argentina had not blocked BG Group’s access to the local courts completely, but it had suspended the execution of those court’s judgements for six months, as well as issuing an order banning firms that had already tried going to the courts (or arbitration) from taking advantage of a special negotiation process it had created precisely to deal with investment problems such as BG Group’s.”).

³¹ BG Grp. PLC v. Republic of Arg., Final Award, at 53.

³² *Id.* at 53.

³³ *Id.* at 50. Article 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties regarding the supplementary means of interpretation of treaties states that:

Recourse may be had to supplementary means of interpretation, including the preparatory work of the treaty and the circumstances of its conclusion, in order to confirm the meaning resulting from the application of article 31, or to determine the meaning when the interpretation according to article 31:

(a) Leaves the meaning ambiguous or obscure; or

(b) *Leads to a result which is manifestly absurd or unreasonable.*

Vienna Convention on the Law of Treaties art. 32, May 23, 1969, 1155 U.N.T.S. 340 (emphasis added).

³⁴ According to Johan Billiet:

The State party may require the investor to resort to domestic courts before bringing the dispute before an international tribunal as a condition of its consent to arbitration. . . . In such cases, the investor must seek to settle the dispute before domestic courts for a period of time, usually 18 months. However, where the domestic proceedings were futile or no decision on the merit was rendered after the expiration of the period and the dispute is persisting, the investor may legitimately access international arbitration.

BILLIET, *supra* note 10, at 191 (citing C. MCLACHLAN *ET AL.*, INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRATION, SUBSTANTIVE PRINCIPLES 121 (2007) and A. BJORKLUND, YEARBOOK ON INTERNATIONAL INVESTMENT LAW AND POLICY 2012-2013 408 (2014)).

³⁵ See *e.g.*, Giovanni Alemanni and Others v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/08, Decision on Jurisdiction and Admissibility (Jan. 27, 2015) (ruling by the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) that applies the futility exception to the local litigation requirement in a dispute arising under the Italy-Argentina bilateral investment treaty).

B. Supreme Court Decision

After the Tribunal issued a \$185 million award in favor of BG Group,³⁶ Argentina, invoking Section 10(a)(4) of the FAA,³⁷ sought relief in the U.S. District Court for the District of Columbia, which in turn confirmed the award.³⁸ However, the Court of Appeals for the District of Columbia Circuit reversed,³⁹ stating that “the interpretation and application of Article 8’s local litigation requirement was a matter for courts to decide *de novo*, *i.e.*, without deference to the views of the arbitrators,”⁴⁰ and held that “the circumstances did not excuse BG Group’s failure to comply with the requirement.”⁴¹ In light of the Court of Appeals’ reversal, BG Group filed a petition for certiorari before the Supreme Court of the United States.⁴²

The issue before the Supreme Court, thus, was whether the procedural precondition from the arbitration award made under the Argentina-U.K. BIT requiring local litigation before recourse to arbitration was a matter for the arbitrators to decide — and for the courts to give deference to — or for the courts to review *de novo*.⁴³ The Court held that “the matter is for the *arbitrators*, and courts must review their determinations *with deference*.”⁴⁴

One of the most important and relevant holdings of *BG Group* concerning bilateral investment treaties was that treaties do not make a critical difference in the courts’ scrutiny regarding who decides procedural precondition issues.⁴⁵ In other words, the fact that the procedural precondition arises from a treaty is irrelevant, and the domestic rule regarding such matters is applicable.

C. The Dissident Opinion

Chief justice Roberts filed a dissenting opinion for the *BG Group* case, in which article 8(2)(a) of the Argentina-U.K. BIT was not a valid arbitration agreement between Argentina and BG Group, nonetheless a “unilateral *offer* to arbitrate, which an investor may accept by complying with its terms.”⁴⁶ Roberts contends that article 8(2)(b) was the only way that BG Group could have bypassed the local litigation requirement. Under article 8(2)(b), the parties could go directly

³⁶ BG Grp. PLC v. Republic of Arg., 134 S. Ct. 1198, 1205 (2014).

³⁷ 9 U.S.C. § 10(a)(4).

³⁸ Republic of Arg. v. BG Grp. PLC, 764 F. Supp. 2d 21 (D.D.C. 2011); Republic of Arg. v. BG Grp. PLC, 715 F. Supp. 2d 108 (D.D.C. 2010).

³⁹ Republic of Arg. v. BG Grp. PLC, 665 F.3d 1363 (D.C. Cir. 2012).

⁴⁰ *BG Grp. PLC*, 134 S.Ct. at 1205. The Court of Appeals’ ruling agreed with international investment arbitration cases.

⁴¹ *Id.* at 1205.

⁴² *Id.*

⁴³ *Id.* at 1203–04.

⁴⁴ *Id.* at 1204 (emphasis added); see Anthea Roberts & Christina Trahanas, *International Decision: Judicial Review of Investment Treaty Awards: BG Group v. Argentina*, 108 A.J.I.L. 750, 750 (2014) (“[T]he majority adopted a highly deferential standard of review based on interpretive presumptions developed under U.S. domestic law for arbitration agreements found in ordinary contracts between private parties.”); *but see* THOMAS E. CARBONNEAU, *CASES AND MATERIALS ON ARBITRATION LAW AND PRACTICE* 32 (6th ed. 2007) (“An unusual feature of the U.S. law on arbitration is that it does not recognize or incorporate the *kompetenz-kompetenz* doctrine. FAA § 3 provides that jurisdictional issues pertaining to arbitration (whether a valid agreement exists and whether a dispute is covered by the agreement) shall be decided by a federal district court in the context of determining whether a judicial proceeding should be stayed pending arbitration.”).

⁴⁵ *BG Grp. PLC*, 134 S. Ct. at 1206 (“In answering the question, we shall initially treat the document before us as if it were an ordinary contract between private parties. Were that so, we conclude, the matter would be for the arbitrators. We then ask whether the fact that the document in question is a treaty makes a critical difference. We conclude that it does not.” (emphasis added)).

⁴⁶ *Id.* at 1216.

to arbitration “by obtaining the Contracting Party’s explicit agreement to proceed directly to arbitration.”⁴⁷ Hence, since the lack of an explicit agreement to proceed directly to arbitration between Argentina and BG Group was nonexistent, BG Group was obliged to comply with the local litigation requirement under article 8(2)(a).

Chief Justice Roberts was of the opinion that the structure of article 8 of the Argentina-U.K. BIT constituted “a condition to the formation of an [arbitration] agreement.”⁴⁸ Therefore, “whether an investor had complied with the requirement was a question for a court to decide *de novo*,”⁴⁹ rather than a procedural precondition to be determined by the arbitrator and to which the courts must bestow deference, as held by the majority opinion of the Supreme Court.⁵⁰ It has been argued that Chief Justice Robert’s approach to the issue is more preferable than the approach of the majority opinion since “it appreciates the public international law basis and public law nature of investment treaty arbitration, which differs in important ways from contractual arbitration between private parties.”⁵¹

IV. SWISS ARBITRATION LAW

In Switzerland arbitration as defined by Gabrielle Kaufmann-Kohler — a prominent International Arbitration professor at the University of Geneva — is “a consensual method of dispute resolution resulting in binding decisions made by private individuals who are chosen by the parties and empowered to adjudicate disputes in lieu of the courts.”⁵² As in the United States, arbitration in Switzerland is consensual.⁵³

⁴⁷ *Id.* at 1217. Chief justice Roberts argued that:

Whereas Article 8(2)(a) is part of a completed *agreement* between Argentina and the United Kingdom, it constitutes only a unilateral standing *offer* by Argentina with respect to U. K. investors—an offer to submit to arbitration where certain conditions are met. That is how scholars understand arbitration provisions in bilateral investment treaties in general.

Id.; see CHRISTOPHER DUGAN *ET AL.*, INVESTOR-STATE ARBITRATION 221 (2008).

⁴⁸ Christina Trahanas, *Introduction Note to BG Group PLC v. Republic of Argentina*, 54 I.L.M. 130 (2014) (citing *BG Grp. PLC*, 134 S. Ct. at 1216–17, 1221).

⁴⁹ *Id.* (citing *BG Grp. PLC*, 134 S. Ct. at 1221).

⁵⁰ *BG Grp. PLC*, 134 S. Ct. at 1204 (“In our view, the matter is for the arbitrators, and courts must review their determinations with deference.”).

⁵¹ *Roberts & Trahanas*, *supra* note 42, at 751. Roberts and Trahanas argue that:

“Although triggered by different grounds of review and institutional structures, annulment proceedings and national court review share at least two characteristics: they cannot be too interventionist because they are not meant to amount to full appellate review, but they cannot be too deferential because they must provide some meaningful level of oversight, especially on jurisdictional questions. That is why the issue of standards of review assumes particular importance in the investment treaty system. The appropriate standard has prompted considerable controversy in the annulment context but to date has received little attention in the national court context. The sharply diverging opinions in *BG Group* should change this asymmetry by enlivening the debate about what standard national courts should adopt when reviewing investment treaty awards, particularly when reviewing preconditions to jurisdiction.”

Id. at 751. This analysis is important because it suggests that the underlying premise used by the majority opinion in reaching its decision -that it did not matter that the document before them was a treaty- is problematic in terms of the interrelationship between arbitration agreements and bilateral investment treaties.

⁵² GABRIELLE KAUFMANN-KOHLER & ANTONIO RIGOZZI, INTERNATIONAL ARBITRATION: LAW AND PRACTICE IN SWITZERLAND 5 (2015).

⁵³ *Id.* (“[R]ecourse to arbitration is voluntary. The arbitration agreement is the basis for and the cornerstone of every arbitration: there can be no arbitration without an arbitration agreement. The arbitration agreement also determines

The following consideration of Swiss Arbitration Law will emphasize more on the *jurisdictional* implications of the procedural precondition. That is, we will hypothesize on when a procedural precondition is not met, and the party is obliged to execute the procedural precondition, the jurisdiction of the arbitral tribunal may have been acquired erroneously.⁵⁴

A. The Swiss Private International Law Act

Switzerland, unlike the United States, has promulgated laws, as well as rules that govern and treat domestic and international arbitration differently. Thus, “Swiss law distinguishes between domestic and international arbitration.”⁵⁵ Chapter twelve of the Federal Statute on Private International Law, adopted in 1987,⁵⁶ governs international arbitrations.⁵⁷ Although many other nations promulgated an international arbitration framework legislation pursuant to the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) Model Law, chapter twelve of the PILA “is not based on the UNCITRAL Model Law.”⁵⁸ The rules of chapter twelve will apply to an arbitration proceeding only if the following two conditions under Article 176 of the statute are met: (1) If the arbitral tribunal is located in Switzerland, and (2) if at least one of the parties neither resides nor is domiciled in Switzerland.⁵⁹ Chapter twelve will therefore not govern arbitral proceedings if the arbitral tribunal is seated elsewhere than Switzerland and if all parties are domiciled or have habitual residences in Switzerland.⁶⁰ The parties however can exclude the application of chapter twelve by an express agreement.⁶¹

Under Swiss Arbitration Law, the arbitral tribunal itself has the power to determine whether it has jurisdiction or not by virtue of Article 186 of the PILA.⁶² Accordingly, Article 186 incorporates the principle of *kompetenz-kompetenz* into Swiss Law.⁶³ This issue is decided with a preliminary award issued by the arbitral tribunal.⁶⁴ If, however a party to the arbitration proceeding is of the opinion that the arbitral tribunal “wrongly accepted or declined

the scope of the arbitration. Thus, there can be no arbitration outside the limits set by the parties’ agreement to arbitrate. This is the *contractual element* of arbitration.”)

⁵⁴ See *supra* Part II.B. Argentina sought relief in the U.S. District Court by impugning the jurisdiction of the Arbitral Tribunal.

⁵⁵ GERALD SPINDLER & FRITJOF BÖRNER, E-COMMERCE LAW IN EUROPE AND THE USA 560 (2002).

⁵⁶ KAUFMANN-KOHLER & RIGOZZI, *supra* note 50, at 3.

⁵⁷ Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht [Private International Law Act], Dec. 18, 1987, SR 291, art. 176 (Switz.) (“Einzigste Beschwerdeinstanz ist das schweizerische Bundesgericht. Das Verfahren richtet sich nach Artikel 77 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005”) [hereinafter PILA] (translation by the Swiss Arbitration Association).

⁵⁸ KAUFMANN-KOHLER & RIGOZZI, *supra* note 50, at 17.

⁵⁹ PILA art. 176.

⁶⁰ *Id.*

⁶¹ *Id.*

⁶² *Id.*, art. 186(1); MATTHIAS SCHERER & MARTIN DAWIDOWICZ, INTERNATIONAL ARBITRATION GUIDE: SWITZERLAND 7 (2012) (“Under Article 186(1) SPILA, the arbitral tribunal shall rule on its own jurisdiction (*competence-competence*).”), <http://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=8DA26206-5B7E-49A5-A69F-4BEF37D6408A>.

⁶³ KAUFMANN-KOHLER & RIGOZZI, *supra* note 50, at 239, 243 (“Competence-competence under Article 186(1) PILA entails that a party cannot seek declaratory judgement from a Swiss court in respect of the validity of the arbitration agreement.” (citations omitted)). For an explanation of the *kompetenz-kompetenz* doctrine, see, e.g., THOMAS E. CARBONNEAU, ARBITRATION LAW AND PRACTICE 31 (6th ed. 2007) (“The *kompetenz-kompetenz* doctrine, also known as jurisdiction to rule on jurisdictional challenges, provides that the arbitral tribunal has the authority to decide on its own authority to rule.”).

⁶⁴ PILA art. 186.

jurisdiction,⁶⁵ the party may file an action for annulment directly with the Swiss Federal Supreme Court,⁶⁶ for in Switzerland, the principle of *kompetenz-kompetenz* is *not absolute*.⁶⁷ Moreover, challenging the jurisdiction of the arbitral tribunal is important, for “[a] negative decision on arbitral jurisdiction may deprive the claimant of any meaningful access to justice.”⁶⁸ In other words, even though Article 186 of the PILA gives the arbitral tribunal the power to determine whether it has jurisdiction or not,⁶⁹ the award may be set aside if the arbitral tribunal did so wrongfully. Under article 190(2)(b) of the PILA, the Swiss Federal Supreme Court can only revise an arbitral tribunal’s decision if said tribunal erroneously held that it had or did not have jurisdiction.⁷⁰ The Swiss Federal Supreme Court would revise an issue of this nature *de novo*.

B. Swiss Jurisprudence

Under Swiss Law, “[t]he sole judicial authority to set aside an arbitration award rests in the Swiss Federal Supreme Court.”⁷¹ Namely, if a party to an arbitration procedure governed by the *Private International Law Act* wants to set aside an arbitration award, it must appeal directly to the Supreme Court. Thus, one must turn to the case law of the Federal Supreme Court of Switzerland to understand how it has interpreted and developed the pertinent *Privet International Law Statute* provisions.

In the case of *République A. v. B. International*,⁷² a dispute between Electricité de France (EDF) -a French anonymous society- and the Republic of Hungary regarding the jurisdiction of

⁶⁵ *Id.*, art. 190(2)(b) (translation by the Swiss Arbitration Association). Article 190 of the Swiss Private International Law Act states that:

The award may only be annulled:

- a) if the sole arbitrator was not properly appointed or if the arbitral tribunal was not properly constituted;
- b) *if the arbitral tribunal wrongly accepted or declined jurisdiction*;
- c) if the arbitral tribunal’s decision went beyond the claims submitted to it, or failed to decide one of the items of the claim;
- d) if the principle of equal treatment of the parties or the right of the parties to be heard was violated;
- e) if the award is incompatible with public policy.

Id. (emphasis added) (translation by the author).

⁶⁶ *Id.* arts. 190–91; KAUFMANN-KOHLER & RIGOZZI, *supra* note 50, at 243 (“The tribunal’s decision to uphold or deny jurisdiction can be challenged before the Supreme Court”); SCHERER & DAWIDOWICZ, *supra* note 60, at 7 (“In international arbitration proceedings, the arbitral tribunal’s decision on its jurisdiction can generally be appealed before the Swiss Federal Supreme Court.”).

⁶⁷ KAUFMANN-KOHLER & RIGOZZI, *supra* note 50, at 239.

⁶⁸ *Id.*, at 239.

⁶⁹ PILA art. 186. Regarding international arbitral awards, Scherer and Dawidowicz explain that:

International arbitral awards, whether final, partial or interim, may be set aside pursuant to Article 190 SPILA. The limited grounds upon which an award may be set aside are contained in Article 190(2) SPILA. Grounds for a challenge are an irregular constitution of the arbitral tribunal, *a wrong decision on jurisdiction*, where the arbitral tribunal has ruled beyond the claims submitted to it, or failed to decide on the claims, where there is a violation of the right to be heard or of the principle of equal treatment of the parties, or where the award is incompatible with public policy. Interim awards can be challenged only on the grounds of the irregular constitution of the arbitral tribunal and a wrong decision on jurisdiction (Article 190(2)(a) and (b) SPILA).

SCHERER & DAWIDOWICZ, *supra* note 60, at 17 (emphasis added).

⁷⁰ PILA art. 190(2)(b).

⁷¹ *Id.*, art. 191.

⁷² Judgement of 4A_34/2015 of October 6, 2015 [hereinafter *Judgement of 4A_34/2015*], available at http://relevancy.bger.ch/php/aza/http/index.php?lang=fr&type=highlight_simple_query&page=1&from_date=&to_d

the arbitral tribunal arising from an investment treaty provision,⁷³ the Federal Supreme Court of Switzerland stated that, “[s]eized of a jurisdictional objection, the Federal Tribunal *freely reviews the legal issues, including preliminary questions, which determine the jurisdiction or the lack of jurisdiction of the arbitral tribunal.*”⁷⁴ The court then examined the text of the treaty and the arbitral award.⁷⁵ After evaluating the legal framework from which the jurisdictional issue arose, the Court held that the arbitral tribunal did not err in accepting jurisdiction.⁷⁶ The importance and relevance of this case is that it is an illustration of the *de novo* revision of an annulment action that questions the jurisdiction of the arbitral tribunal. Rather than conferring deference to the determination of the arbitral tribunal, as in U.S. Arbitration Law, under Swiss Arbitration Law the Federal Supreme Court of Switzerland scrutinizes *inter alia* the legal framework and factual findings, in order to determine whether the arbitral tribunal correctly acquired jurisdiction.⁷⁷ In considering these factors, whether or not the party complied with procedural preconditions -even so if the party was obliged to do so- will affect the Court’s determination.

In the case of *A. SA v. B. SA*,⁷⁸ the issue before the Federal Supreme Court of Switzerland was whether a pre-arbitration dispute resolution procedure, particularly a dispute adjudication board (DAB), was mandatory *vel non*, and the legal consequences of having failed to comply with the procedural requirement as a precondition to arbitration. The Court held that such a procedure is mandatory if the arbitration agreement so provides, and that the dispute may not be submitted to arbitration until the procedural precondition has been met.⁷⁹

Consequently, if a party were to submit the dispute to arbitration, and the arbitral tribunal were to accept jurisdiction, the aggrieved party may initiate an annulment action under Article 190(2)(b) of the PILA. The Federal Supreme Court of Switzerland would review the issue

ate=&sort=relevance&insertion_date=&top_subcollection_aza=all&query_words=4A_34/2015&rank=1&azaclir=aza
&highlight_docid=aza%3A//06-10-2015-4A_34-2015&number_of_ranks=1 (last visited May 7, 2016).

⁷³ *Id.*; see *The Swiss Supreme Court addresses the Difference between Treaty Claims and Contract Claims*, SWISS INTERNATIONAL ARBITRATION DECISIONS, <http://www.swissarbitrationdecisions.com/swiss-supreme-court-addresses-difference-between-treaty-claims-and-contract-claims?search=%22investment+treaty%22> (last visited May 7, 2016) (“Although the Federal Tribunal did its best to ‘anonymize’ the judgment, it is immediately apparent that it involved the dispute between *Électricité de France (EDF) International SA* and the Republic of Hungary.”).

⁷⁴ *Id.*, ¶ 3.1 (emphasis added).

⁷⁵ *Id.*, ¶ 3.2.

⁷⁶ *Id.*, ¶ 3.5.5.

⁷⁷ The Federal Supreme Court of Switzerland also “retains the ability to review the factual findings on which the award under appeal is based in one of the grievances mentioned at Art. 190(2) PILA is raised against such factual findings” Judgment of 4A_124/2014 of July 7, 2014, ¶ 2.3 [hereinafter *Judgement of 4A_124/2014*], available at http://relevancy.bger.ch/php/aza/http/index.php?lang=fr&type=highlight_simple_query&page=1&from_date=&to_date=&sort=relevance&insertion_date=&top_subcollection_aza=all&query_words=4A%20124%202014&rank=1&azaclir=aza&highlight_docid=aza%3A//07-07-2014-4A_124-2014&number_of_ranks=212 (last visited May 16, 2016); see *Federal Tribunal Upholds FIDIC Pre-Arbitration Requirements*, SWISS INTERNATIONAL ARBITRATION DECISIONS, <http://www.swissarbitrationdecisions.com/federal-tribunal-upholds-fidic-pre-arbitration-requirements> (last visited May 16, 2016).

⁷⁸ Judgment of 4A_124/2014.

⁷⁹ *Id.*; *Federal Tribunal Upholds FIDIC Pre-Arbitration Requirements*, SWISS INTERNATIONAL ARBITRATION DECISIONS, <http://www.swissarbitrationdecisions.com/federal-tribunal-upholds-fidic-pre-arbitration-requirements> (last visited May 16, 2016) (“The conclusion is that international arbitrators sitting in Switzerland must consider the FIDIC DAB pre-arbitration procedure as mandatory. An arbitration may not be initiated without going first to the DAB if the contract so provides but an *ad hoc* DAB which has not been constituted 18 months after it was requested creates a situation in which the Respondent in an arbitration can no longer rely on the mandatory nature of the DAB procedure.”).

de novo, rather than offer deference to the arbitral tribunals determination regarding its' jurisdiction, notwithstanding the doctrine of *kompetenz-kompetenz*.

V. BG GROUP PLC UNDER SWISS ARBITRATION LAW

The following section addresses the inquiry on how *BG Grp. PLC v. Republic of Arg.* would have been determined under Swiss Arbitration Law if it would have been appealed to the Federal Supreme Court of Switzerland in *lieu* of the Supreme Court of the United States. The examination of this segment will be limited to the issue presented in the Supreme Court case regarding procedural preconditions.⁸⁰

Assuming *arguendo* that the Argentina-U.K. BIT had established that the arbitral tribunal would be in Switzerland, as neither party resided nor was habitually domiciled in Switzerland, and assuming no agreement to the contrary, chapter twelve of the PILA regarding international arbitration would thus govern the dispute between Argentina and BG Group.⁸¹

Since Argentina "sought to vacate the award in part on the grounds that the arbitrators lacked jurisdiction,"⁸² they could have commenced an annulment action before the Federal Supreme Court of Switzerland to set aside the final award by virtue of article 190(2)(b) of the PILA on the ground that the arbitrators wrongly acknowledged jurisdiction.⁸³

Having filed such an annulment action, the issue would have been revised by the Federal Supreme Court of Switzerland *de novo*, to determine whether the arbitrators indeed erroneously accepted jurisdiction.⁸⁴

VI. CONCLUSION

The doctrine set forth in *BG Group PLC* departs from international standards of review of arbitration agreements in international commerce, by extrapolating the domestic analysis from U.S. Arbitration Law arising under the Federal Arbitration Act regarding procedural preconditions and applying it, as is, to international commercial investment arbitration cases. Other States, like Switzerland, recognize the difference between domestic arbitration and international arbitration. U.S. Arbitration Law, however, does not make such distinction. Customarily, under U.S. Arbitration Law, issues regarding procedural preconditions are solved by the arbitrators, and the courts in the United States must provide deference to the arbitral tribunal's determination. Whereas under Swiss Arbitration Law, even though the arbitral tribunal has the power to determine its' own jurisdiction by virtue of the doctrine of *kompetenz-kompetenz*, such determination is not absolute nor will deference be provided by the Federal Supreme Court of Switzerland. Instead, whether the procedural precondition was mandatory *vel non*, and if it was complied with, will be a matter for the Federal Supreme Court of Switzerland to determine *de novo*.

⁸⁰ An analysis of *how* the Federal Supreme Court of Switzerland would have solved the merits of the case once the jurisdictional question would have been answered is out of the scope of this work.

⁸¹ PILA arts. 176-94.

⁸² *BG Grp. PLC*, 134 S. Ct. at 1205.

⁸³ PILA art. 190(2)(b); Judgement of 4A_34/2015, ¶ 3 ("A civil appeal is admissible against awards concerning international arbitration pursuant to the requirements of Art. 190-192 PILA.").

⁸⁴ *Id.*, art. 190(2)(b).

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.¹

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

¹ 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.²

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.³ 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.⁴

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.⁵ 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.⁶

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.⁷

B. Opinión mayoritaria

² 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”).

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

⁴ *Id.*

⁵ *Id.*

⁶ 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).

⁷ 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.⁸ 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”.⁹

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.¹⁰

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.¹¹ 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

⁸ 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.

⁹ 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).

¹⁰ *BG Group*, 134 S. Ct. en la pág. 1207.

¹¹ 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.¹²

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.¹³ 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.¹⁴ 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 proceso¹⁵ 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.¹⁶ 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*.¹⁷

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.¹⁸ 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.¹⁹

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

¹² BREYER, *supra* nota 1, en la pág. 188.

¹³ *BG Group*, 134 S. Ct., en la pág. 1215.

¹⁴ *Id.* en la pág. 1216.

¹⁵ *Id.* en la pág. 1221.

¹⁶ *Id.* en la pág. 1222.

¹⁷ *Id.* en la pág. 1223–24.

¹⁸ 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).

¹⁹ 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.²⁰ La Ley de Arbitraje Comercial de 1985 de Canadá rige las disputas internacionales de arbitraje que envuelvan el gobierno federal y la corona.²¹ Esta ley fue derivada del modelo de ley establecido por las Naciones Unidas²² 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.²³ 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.²⁴ 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 2003.²⁵

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.²⁶ El propósito de esta condición es permitir que se de paso a una negociación o mediación²⁷ entre las partes en disputa para que traten de resolver las diferencias que surjan antes de acudir al tribunal de arbitraje.²⁸ Esto se ha interpretado en disputas de arbitraje ventiladas bajo ICSID y

²⁰ *Id.*

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

²² *Id.*, art. 2.

²³ 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).

²⁴ NAFTA NOW, http://www.naftanow.org/faq_en.asp#faq-1 (última visita 16 de enero de 2016).

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

²⁶ 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).

²⁷ NAFTA, artículo 1118.

²⁸ 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.²⁹ 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.³⁰

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.³¹ 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.³²

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.”).

²⁹ 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.

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

³¹ 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).

³² BREYER, *supra* nota 1, en la pág. 191.

arbitraje) es un asunto que determinan los jueces.³³ 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*³⁴ 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.³⁵ 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 arbitral³⁶ tal y como se expresa en el artículo 16(1) de la Ley de Arbitraje Comercial de Canadá.³⁷ 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.³⁸

³³ *Id.* en las págs. 191-92.

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

³⁵ 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).

³⁶ *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.

³⁷ 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).

³⁸ 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.³⁹ 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.⁴⁰

*Editions Choutte Inc. v. Helene Desputeau*⁴¹ 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.⁴² 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.⁴³

En el 2011, en *Seidel v. TELUS Communications Inc.*,⁴⁴ 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 jurisdiction¹⁶⁷ 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).

³⁹ BREYER, *supra* nota 1, en la pág. 192.

⁴⁰ 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

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

⁴² 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.*”).

⁴³ 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.*”).

⁴⁴ *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.