



School of Law
University of Missouri

CIERC
Centro de Investigación y Estudios para
la Resolución de Controversias

Revista del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución
de Controversias de la Universidad Monteávila

PRINCIPIA

Edición Especial No. 1 - 2025



Principia

Revista del Centro de Investigación y Estudios para la
Resolución de Controversias de la
Universidad Monteávila



PRINCIPIA

No. Especial 1–2025



Universidad Monteávila



CIERC
Centro de Investigación y Estudios para
la Resolución de Controversias



School of Law
University of Missouri

© **Principia. Revista del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias de la Universidad Monteávila**
Reservados todos los derechos

Principia No. Especial 1–2025 / Diciembre 2025

Hecho en Depósito de Ley: MI2020000591

ISSN-L: 2739-0055

ISSN: 2739-0055 (En línea)

ISSN: 2790-377X (Impresa)

Caracas, Venezuela

RIF Universidad Monteávila: J-30647247-9

Principia es una Revista de publicación bianual

Principia es una publicación de carácter científico, arbitrada, indexada, de frecuencia bianual, dedicada al estudio de los medios de resolución de controversias, que cuenta con una versión de acceso gratuito en la página web del CIERC, y con una edición impresa de tapa blanda, la cual es distribuida a través de imprentas de formato *on demand* y librerías jurídicas especializadas.

Principia es una revista jurídica exclusiva, en la que el Director de CIERC y el Consejo Editorial de Principia eligen a sus colaboradores en función de su experiencia y reputación y, por lo tanto, los invitan a escribir un artículo sobre la resolución alternativa de controversias. También es un proyecto sin fines de lucro, lo que significa que los autores publican sus artículos de forma gratuita.

Principia, su Dirección y Consejo Editorial, no se hacen responsables del contenido de los artículos, ni de las opiniones expresadas por sus autores, ya que las opiniones e ideas aquí expresadas pertenecen exclusivamente a ellos.



Principia

Revista del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias
de la Universidad Monteávila

Final Av. Buen Pastor, Boleíta Norte, Caracas, Venezuela

cierc@uma.edu.ve

Teléfonos: (+58 212) 232.5255 / 232.5142 – Fax: (+58 212) 232.5623

web: www.cierc.com

**DIRECCIÓN DEL CENTRO DE
INVESTIGACIÓN Y ESTUDIOS PARA LA
RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS**

Fernando Sanquírigo Pittevil

Director del CIERC

Rodrigo Farías Díaz

Subdirector de Investigación

Adriana Vaamonde Marcano

Subdirector de Estudios

DIRECCIÓN EDITORIAL

Alejandro Ramírez Padrón

Directora

Carlos Carieles Bolet

Subdirector Editorial

Caterina Jordan Procopio

Coordinadora Consejo Editorial

Asesor de la Dirección Editorial

Diego Castagnino

CONSEJO EDITORIAL

Krystle Baptista Serna

Mario Bariona Grassi

Ricardo Chirinos

Ramón Escovar Alvarado

Rodrigo Farías Díaz

Carmine Pascuzzo S.

Harout Samra

Fernando Sanquírigo Pittevil

Carlos Soto Coaguila

Principia

Nota Editorial

¡Bienvenido a *Principia Especial No. 1 - 2025!*

Este número especial de Principia tiene un significado particularmente valioso para el Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias (CIERC). No se trata simplemente de una nueva edición de la revista, sino de la expresión concreta de una alianza académica que ha venido madurando en el tiempo y cuyos frutos comienzan ahora a hacerse visibles de manera sistemática. La celebración del convenio entre la Universidad Monteávila, a través del CIERC y del Programa de Estudios Avanzados en Arbitraje (PREA), y la University of Missouri, representa mucho más que un acuerdo institucional: constituye una apuesta deliberada por una formación rigurosa, comparada e internacional en materia de resolución de disputas.

La resolución de controversias es, por naturaleza, una disciplina que exige apertura intelectual, diálogo entre tradiciones jurídicas y una constante interacción entre teoría y práctica. Bajo esa premisa se concibió el PREA en Arbitraje, y bajo la misma lógica se consolidó el vínculo académico con la University of Missouri, una de las instituciones de referencia mundial en el estudio de la resolución de controversias. Este convenio ha permitido que abogados formados en Venezuela completen su trayecto académico con un LL.M. in Dispute Resolution, integrando perspectivas metodológicas, analíticas y culturales que difícilmente podrían obtenerse en un solo entorno académico.

Este número especial de Principia recoge, precisamente, los resultados de ese proceso formativo conjunto. Los artículos aquí publicados son trabajos de investigación elaborados por egresados del PREA que culminaron exitosamente el LL.M. en la University of Missouri. No se trata de ejercicios académicos aislados, sino de investigaciones que fueron concebidas, desarrolladas y evaluadas bajo estándares exigentes, en un contexto académico internacional, y que hoy se presentan al lector como aportes serios al estudio del arbitraje y de los mecanismos alternativos de resolución de controversias.

Un rasgo distintivo de esta edición es la inclusión de comentarios académicos realizados por profesores de la University of Missouri sobre los trabajos de los estudiantes. Esta decisión editorial responde a una convicción clara: el conocimiento

se enriquece cuando se somete a discusión crítica. Los comentarios no solo contextualizan y profundizan los argumentos desarrollados por los autores, sino que ofrecen al lector una segunda capa de lectura, que permite comprender mejor los debates teóricos, metodológicos y prácticos que atraviesan cada investigación. El diálogo entre autor y comentarista refleja, en buena medida, el espíritu del programa conjunto que dio origen a este número.

La revista incluye, además, un artículo independiente de una profesora de la University of Missouri y un análisis jurisprudencial elaborado también desde esa casa de estudios. Ambos trabajos amplían el horizonte temático de la edición y refuerzan el carácter internacional de este número especial, mostrando cómo *Principia* puede servir como espacio de encuentro entre distintas tradiciones académicas y distintas formas de aproximarse a la resolución de disputas.

Este volumen no habría sido posible sin la visión y el impulso del Profesor Rafael Gely, de la University of Missouri, quien concibió la idea de dedicar un número especial de *Principia* a los resultados académicos del convenio CIERC–Missouri. Su apoyo ha sido constante y decisivo, no solo para la materialización de esta edición, sino también para el desarrollo y consolidación del programa conjunto entre ambas instituciones. Su compromiso con una formación jurídica rigurosa, internacional y abierta al diálogo comparado ha sido un pilar fundamental de esta experiencia académica, y merece un reconocimiento expreso en estas páginas.

Desde su creación, *Principia* ha tenido como propósito ofrecer un espacio de reflexión académica rigurosa, accesible tanto para investigadores como para profesionales y estudiantes. Este número especial reafirma esa vocación. Al reunir trabajos de estudiantes y profesores formados en dos instituciones con trayectorias y contextos distintos, la revista se convierte en una plataforma de integración académica, donde convergen miradas locales e internacionales, enfoques doctrinales y preocupaciones prácticas, experiencias latinoamericanas y desarrollos comparados.

Para el CIERC, esta edición representa también un ejercicio de coherencia institucional. Publicar los resultados de este convenio es una forma de rendir cuentas académicamente, de mostrar que los acuerdos internacionales pueden traducirse en formación de calidad, en investigación relevante y en producción intelectual que merece ser leída y discutida. Es, además, una invitación a seguir profundizando este tipo de iniciativas, convencidos de que la cooperación académica es una de las vías más sólidas para fortalecer la disciplina de la resolución de controversias en nuestra región.

Invitamos al lector a recorrer este número especial con una mirada atenta y crítica. Cada artículo, cada comentario y cada análisis aquí reunido forma parte de un diálogo más amplio sobre el presente y el futuro del arbitraje y de los mecanismos alternativos

de resolución de conflictos. Confiamos en que estas páginas resulten no solo de interés académico, sino también de estímulo intelectual para quienes creen que el estudio serio y colaborativo del derecho sigue siendo una herramienta indispensable para enfrentar los desafíos contemporáneos.

¡Nos vemos en el No. 12!

Fernando Sanquírigo Pittevil

Director del CIERC

Contenido

Una alianza que transforma: Missouri, CIERC y la nueva generación de especialistas en dispute resolution

Comentarios del Programa conjunto por parte de Fernando Sanquírigo Pittevil

pág 1

Cláusulas arbitrales infinitas

Ariana Emilia Cabrera Acevedo

pág 7

Comentarios al trabajo sobre cláusulas arbitrales infinitas de Ariana Cabrera Acevedo

María Elena Jara Vásquez

pág 29

Ciberseguridad en el arbitraje internacional

Yarubith Escobar Bastidas

pág 35

Cybersecurity as due process and its limits in international arbitration

Dennis Crouch

pág 49

Dual citizenship of natural persons in international investment arbitration

Joaquín Moreno Pampín

pág 57

Affection and affectation in one's sense of home: A comment on Joaquín Moreno Pampín's Dual citizenship of natural persons in international investment arbitration

Carli N. Conklin

pág 107

La doctrina del grupo de contratos y su impacto en la extensión del convenio arbitral: Hacia una teoría unificada

María Palacios La Manna

pág 119

Comentario sobre la doctrina del grupo de contratos y su impacto en la extensión del convenio arbitral: Hacia una teoría unificada

Rafael Gely

pág 137

Negociación de cláusulas arbitrales

Luis Felipe Sorondo

pág 145

Comentarios críticos al trabajo investigativo de Luis Felipe Sorondo sobre negociación de cláusulas arbitrales

Gerardo Picó del Rosario y Linda Vázquez Marrero

pág 165

Escaping arbitration and class action waivers for harassment because of pregnancy, sexual orientation or gender identity

Sandra Sperino

pág 175

Precedente

pág 187

U.S. v. Carlineo: restorative justice as an “unusual” special condition of supervised release

Rachel J. Wechsler

pág 189

Normas Editoriales de Principia

pág 197

Una alianza que transforma: Missouri, CIERC y la nueva generación de especialistas en dispute resolution

Fernando Sanquírigo Pittevil*

Principia No. Especial 1–2025 pp. 1-6

El trabajo académico del CIERC ha estado siempre guiado por una convicción sencilla, pero profunda: la resolución de controversias es un campo donde la teoría jurídica y la experiencia práctica se encuentran en su punto más fértil. Esa convicción explica por qué, desde su creación, el CIERC ha buscado construir un espacio donde converjan las diversas manifestaciones del arbitraje, la mediación, la negociación y los métodos colaborativos. Ese empeño no se limita a catalogar herramientas, sino a formar profesionales capaces de usarlas con solvencia ética, técnica y humana.

A lo largo de estos años, ese proyecto ha tomado forma con iniciativas que combinan investigación, docencia y práctica aplicada. Una de las más significativas es el Programa de Estudios Avanzados en Arbitraje de la Universidad Monteávila, el PREA en Arbitraje, que se ha consolidado como un pilar de formación rigurosa en Venezuela y en la región. Su estructura permite a los estudiantes acceder a contenidos

actualizados, trabajar con profesores experimentados y adquirir una comprensión integral del arbitraje comercial e internacional. Esa plataforma ha demostrado ser no solo un programa académico, sino un verdadero ecosistema de aprendizaje.

En paralelo, la University of Missouri ha construido durante décadas uno de los programas más prestigiosos en materia de resolución de disputas. Su LL.M. in Dispute Resolution es reconocido por la profundidad de su currículo, por el equilibrio entre teoría y metodología práctica, y por contar con profesores que han influido decisivamente en la evolución moderna del campo. La University of Missouri ha sido pionera en la enseñanza de negociación, mediación, arbitraje, diseño de sistemas de disputas y procesos colaborativos, marcando estándares que muchas facultades han seguido con admiración.

La convergencia entre el PREA en Arbitraje y el LL.M. de Missouri no ocu-

* Director del Programa de Estudios Avanzados en Arbitraje, Director del CIERC, Adjunct Professor de la Universidad de Missouri y Senior Fellow del Center for the Study of Dispute Resolution de la Universidad de Missouri.

rió por casualidad. Ambas instituciones comparten una misma visión: formar profesionales que entiendan la resolución de controversias como una disciplina que trasciende marcos jurídicos rígidos y que exige sensibilidad práctica, capacidad analítica y un compromiso con la justicia procedimental. Esa afinidad intelectual permitió construir un acuerdo académico que hoy celebramos por sus resultados tangibles, más allá de lo simbólico o lo protocolar. Se trata de un convenio que nació para servir a los estudiantes y para elevar el estándar de la formación en nuestra región.

Este acuerdo conjunto permite que los estudiantes del PREA accedan a un camino directo para cursar el LL.M. in Dispute Resolution, con reconocimiento académico formal de Missouri. Pero más allá de la estructura administrativa, lo que realmente importa es que el estudiante recibe una doble formación complementaria. La primera, desde la UMA y el CIERC, profundamente especializada en arbitraje; la segunda, desde Missouri, orientada a una visión amplia y sistémica de los medios de resolución de disputas. Juntas, estas dos líneas conforman un perfil profesional robusto, versátil y preparado para entornos complejos.

El PREA en Arbitraje ofrece una inmersión sólida en el arbitraje comercial, internacional e institucional, abordando sus fundamentos legales, su lógica procesal y sus desafíos con-

temporáneos. La Universidad de Missouri, por su parte, invita a los estudiantes a comprender las dinámicas del conflicto, a analizar los factores psicológicos que intervienen en la negociación, a diseñar mecanismos de prevención, a evaluar procesos colaborativos y a pensar la resolución de disputas como un fenómeno interdisciplinario. Esa combinación rara vez se encuentra en un único trayecto formativo, y es precisamente lo que hace tan especial este convenio.

Para el CIERC, contar con la University of Missouri como aliada es un motivo de enorme orgullo. No solo porque esa Universidad es un referente mundial en el campo, sino porque sus profesores han mostrado una generosidad intelectual que trasciende las fronteras institucionales. Han acogido a nuestros estudiantes con exigencia académica, pero también con respeto, entusiasmo y un sincero interés en comprender sus realidades profesionales. Esa reciprocidad ha sido fundamental para que este programa conjunto se convierta en una experiencia educativa transformadora.

Desde mi posición dual—como Director del CIERC y como profesor de la University of Missouri— he tenido el privilegio de acompañar de cerca este proceso. He visto cómo los estudiantes del PREA llegaban a Missouri con una formación sólida en arbitraje y con una gran disciplina intelectual, y cómo, al adentrarse en el LL.M., am-

pliaban su visión sobre los conflictos y sus soluciones. Ese tránsito, que no es meramente académico sino también personal, ha sido para mí motivo de profunda satisfacción y un recordatorio del valor que tiene apostar por la educación colaborativa.

Cuando los primeros estudiantes completaron el LL.M. in Dispute Resolution y obtuvieron su título, el logro adquirió una dimensión especial. No era solo la culminación de un ciclo académico. Era la demostración de que los abogados formados en Venezuela podían competir al más alto nivel internacional, presentar trabajos rigurosos, plantear preguntas relevantes y construir investigaciones que merecieran ser leídas, comentadas y discutidas en cualquier foro académico. Su éxito fue también el éxito del convenio, del CIERC, del PREA y de todos los profesores involucrados.

Esos trabajos de investigación, que hoy publicamos en este número especial de *Principia*, representan la esencia de lo que aspiramos a fomentar: pensamiento crítico, análisis cuidadoso y propuestas que contribuyan al desarrollo de la disciplina. Cada trabajo fue evaluado con rigor por la Universidad de Missouri y refleja la madurez intelectual de sus autores. Para el CIERC es un honor albergar estos estudios en nuestra revista, cuyo propósito ha sido siempre servir como plataforma de discusión y difusión académica

de alta calidad en materia de resolución de controversias.

Principia ocupa un lugar particular en nuestro ecosistema institucional. Es una revista que nació para abrir espacios de reflexión rigurosa, pero también para tender puentes entre investigadores, profesores y profesionales. Al dedicar este número especial a los trabajos de los nuevos Magisters en Dispute Resolution de la University of Missouri y egresados del PREA en Arbitraje, reafirmamos la vocación de *Principia* como un instrumento de integración académica, donde conviven distintas voces, perspectivas y metodologías. Este volumen encarna esa visión de manera ejemplar.

La decisión de incluir, junto a los trabajos, los comentarios redactados por profesores destacados de la University of Missouri aporta una capa adicional de valor académico. Estos profesores no solo analizaban críticamente los trabajos, sino que fueron parte esencial del proceso formativo de los estudiantes. Sus observaciones permiten iluminar aspectos conceptuales, metodológicos y prácticos, enriqueciendo el debate y ofreciendo al lector una guía de lectura informada, profunda y estimulante. Que ellos hayan querido contribuir a este número es, para nosotros, un gesto de generosidad académica que apreciamos sinceramente.

Publicar esta edición especial es también un acto de reconocimiento. Reconocimiento a los estudiantes, que asumieron el desafío de estudiar en dos instituciones, bajo dos lógicas académicas distintas, cumpliendo exigencias metodológicas elevadas y entregando investigaciones de mérito. Reconocimiento a los profesores de Missouri y de la UMA, que acompañaron el proceso con dedicación y exigencia. Reconocimiento al equipo editorial de *Principia*, que hizo posible esta compilación. Y reconocimiento al CIERC, que creyó desde el inicio que este proyecto era no solo necesario, sino urgente para el país y para la región.

El éxito de este programa conjunto nos invita a reflexionar sobre el papel que deben desempeñar las instituciones académicas en el desarrollo de la resolución de controversias en América Latina. Nuestra región enfrenta desafíos particulares: sistemas judiciales congestionados, conflictos complejos, marcos normativos en evolución y una creciente demanda por mecanismos eficientes y confiables. En ese contexto, formar profesionales capaces de diseñar y administrar procesos alternativos de resolución de disputas no es un lujo académico, sino una necesidad estructural. El CIERC y la Universidad de Missouri, cada uno desde su experiencia, aportan respuestas concretas a esa necesidad.

Mirando hacia adelante, confiamos en que este convenio seguirá profundizándose y generando nuevas oportunidades para estudiantes, profesores e investigadores. El PREA en Arbitraje continuará fortaleciendo su oferta académica, incorporando discusiones contemporáneas, nuevas líneas de investigación y experiencias prácticas relevantes. La University of Missouri, por su parte, continuará siendo un referente global en dispute resolution, y estamos seguros de que su interacción con el CIERC seguirá produciendo frutos valiosos. La colaboración no es estática; es un proceso vivo, que se nutre del diálogo permanente y de la voluntad de crecer juntos.

En este número especial de *Principia* celebramos no solo la culminación de un ciclo académico, sino el inicio de una comunidad intelectual que une a dos instituciones con tradiciones distintas, pero con una misma vocación. La publicación de estos trabajos y comentarios simboliza ese encuentro académico y humano. Nos enorgullece mostrar al país y a la región el nivel alcanzado por los estudiantes, la calidad de la docencia impartida y la seriedad con la que se ha asumido este convenio. Y nos anima a seguir construyendo espacios como este, donde el conocimiento pueda circular libremente.

Como profesor de la University of Missouri, ha sido especialmente gratificante ver cómo los estudiantes pro-

venientes del PREA no solo se adaptaron al rigor del LL.M., sino que destacaron en él. Sus aportes fueron valorados por los docentes, sus discusiones enriquecieron las clases y sus trabajos finales confirmaron el potencial enorme que tiene la formación latinoamericana cuando se combina con oportunidades académicas de alcance internacional. Ese logro es mérito de ellos, pero también es testimonio del trabajo previo que se realiza en la UMA y el CIERC.

Para quienes trabajamos desde el CIERC, ver estos resultados reafirma nuestro compromiso con la educación de excelencia. La resolución de controversias es una disciplina en constante evolución, que exige un diálogo continuo con la práctica y con la teoría global. Poder ofrecer a los estudiantes un camino formativo que combina el arraigo local con la proyección internacional es una responsabilidad que asumimos con gran satisfacción. Y verlos convertirse en Magísters de la University of Missouri, con investigaciones propias y con reconocimiento académico, es una alegría que compartimos como institución.

La comunidad del CIERC, que incluye estudiantes, egresados, profesores y aliados institucionales, se enriquece enormemente con esta experiencia. Los trabajos que aquí se publican no son simples ejercicios académicos; son aportes reales al estudio del arbitraje, de la mediación y de los

procesos de resolución de disputas. Su publicación en *Principia* permitirá que otros investigadores, profesionales y estudiantes conozcan estas reflexiones y puedan construir sobre ellas, generando un efecto multiplicador que atraviesa fronteras disciplinarias, institucionales y geográficas.

Queremos que este número especial también sirva como invitación. Invitación a quienes aún no han vivido la experiencia del PREA o del LL.M. para que consideren formarse con nosotros. Invitación a profesores y profesionales para que se sumen a esta comunidad creciente. Invitación a instituciones nacionales e internacionales para que exploren nuevas formas de cooperación. El campo de la resolución de conflictos necesita voces diversas, ideas innovadoras y plataformas que permitan articular esfuerzos. El CIERC está comprometido con ser una de esas plataformas.

En definitiva, este texto busca expresar el agradecimiento y el orgullo que sentimos por este proyecto conjunto. Agradecimiento por la confianza de la Universidad de Missouri, por el trabajo de sus profesores, por la apertura institucional y por la oportunidad de construir algo verdaderamente significativo. Orgullo por los estudiantes, por sus logros y por el ejemplo que representan para las próximas cohortes. Y orgullo por la publicación en *Principia*, que reúne en un solo espacio la

investigación, la docencia y la cooperación académica internacional.

Cerramos esta introducción con la convicción de que este número especial de *Principia* no será un hecho aislado, sino la primera manifestación pública de una relación académica que seguirá creciendo. Confiamos en que la comunidad de lectores disfrutará de los trabajos y comentarios aquí incluidos, y que encontrarán en ellos no solo calidad académica, sino una mirada fresca sobre la disciplina. Para nosotros, publicar este número es un honor; para los estudiantes, es un reconocimiento merecido; y para el campo de la resolución de controversias, es una contribución que esperamos sea útil y estimulante.

Cláusulas arbitrales infinitas

Ariana Cabrera Acevedo*

Principia No. Especial 1–2025 pp. 7-28

Resumen: El caso *Piccolo* revela el alcance problemático de las “cláusulas arbitrales infinitas”, aceptadas inadvertidamente en contratos de adhesión como los de Disney Plus. Estas cláusulas extienden el arbitraje a disputas, personas y tiempos ilimitados, generando tensiones entre autonomía de la voluntad, consentimiento válido y protección del consumidor. La doctrina estadounidense (Horton, McCartin y Russo) busca limitar su exigibilidad mediante el requisito de un nexo contractual, mientras que en Venezuela su validez depende del consentimiento expreso y de evitar cláusulas abusivas. Aunque podrían ser válidas entre partes sofisticadas, en consumo masivo deben considerarse abusivas por exceder la expectativa razonable del adherente.

Abstract: The *Piccolo* case illustrates the problematic reach of “infinite arbitration clauses,” which are often inadvertently accepted in adhesion contracts such as Disney Plus’s terms. These clauses extend arbitration to unlimited disputes, parties, and timeframes, creating tensions between party autonomy, valid consent, and consumer protection. U.S. scholars (Horton, McCartin, and Russo) seek to limit their enforceability through the requirement of a contractual nexus, while in Venezuela their validity depends on express consent and avoiding abusive terms. Although such clauses may be valid between sophisticated parties, in mass-consumer contexts they should be deemed abusive because they exceed the reasonable expectations of the adhering party.

Palabras Claves: Arbitraje | Cláusulas infinitas | Contratos de adhesión | Consentimiento | Consumidores

Keywords: Arbitration | Infinite clauses | Adhesion contracts | Consent | Consumers

* Abogado de la Universidad Católica Andrés Bello, LL.M en Dispute Resolution de la Universidad de Missouri, egresada del Programa de Estudios Avanzados en Arbitraje de la Universidad Monteávila y Magister en Gestión de Empresas de la Universidad Carlos III de Madrid. Líder de práctica del departamento laboral de Agora Abogados

Sumario: I. Análisis de HORTON, MCCARTIN y RUSSO bajo la FAA, II. Nuestra evaluación y análisis sobre las cláusulas infinitas, A. Principio de autonomía de la voluntad y el consentimiento, B. Extensión de la “infinitad”, 1. Infinitad de disputas, 2. Infinitad de partes, 3. Infinitad de tiempo, 4. Otras circunstancias complejas, III. Conclusiones

El 5 de octubre de 2023, el Sr. Jeffrey Piccolo se encontraba en un restaurant en Disney Springs, Orlando, Estados Unidos de América, disfrutando de una cena con su esposa. Una hora después de salir del restaurante, la esposa del Sr. Piccolo, la Sra. Kanokporn Tangsuan, había sido declarada muerta por un shock anafiláctico producido como consecuencia de una reacción alérgica alimentaria presuntamente por lo ingerido en dicho restaurante. Esto no debió haber ocurrido porque el matrimonio había advertido numerosas veces al mesero de las alergias de la Sra. Tangsuan.

Por lo ocurrido, el Sr. Piccolo demandó al restaurant y a Walt Disney Parks and Resorts por negligencia, exigiendo alrededor de USD 50.000 en daños. El conocimiento de este reclamo correspondió a la Ninth Judicial Circuit Court de Florida. Lo que el Sr. Piccolo y, probablemente nadie esperaba era que Disney solicitara la desestimación de la demanda por considerar que los Tribunales ordinarios no eran competentes para conocer el reclamo, sino que debía conocerlo un tribunal arbitral.

Esto debió haber sido una gran sorpresa para el Sr. Piccolo, porque el nunca aceptó acudir a arbitraje con Disney por un hecho como este. Lo realmente sor-

prendente fue que el Sr. Piccolo en efecto aceptó el arbitraje cuando: (i) aceptó los términos y condiciones de una prueba gratuita del servicio de streaming con Disney Plus en 2019; y (ii) compró entradas – que ni siquiera pudo utilizar por la muerte de su esposa – para visitar el parque de atracciones Epcot, también propiedad de Disney.

Seguramente en esa situación estaríamos tan sorprendidos como el Sr. Piccolo ya que es difícil imaginar que la cláusula de arbitraje inserta en los términos y condiciones que aceptó para probar gratuitamente el servicio de streaming o para visitar un parque terminaría siendo utilizada para cuestionar la jurisdicción del reclamo por la muerte de su esposa en un restaurant lo cual nada tiene que ver con el servicio de streaming o el parque que nunca llegaron a visitar.

Esto hace que nos cuestionemos qué tipo de cláusula es esta que fue presuntamente aceptada por el Sr. Piccolo, que se extiende a hechos acaecidos a su esposa, por bienes y servicios que no tienen ninguna relación temporal o espacial con lo ocurrido el 5 de octubre de 2023.

El Profesor David Horton, de la Universidad de California, ilustra y define muy bien la situación del Sr. Piccolo en su artículo denominado “Infinite Arbitration

Clauses” o, en español, Cláusulas de Arbitraje Infinitas.

Tal como lo explica Horton con varios precedentes ocurridos en los Estados Unidos de América¹, en el pasado, las cláusulas arbitrales estaban atadas a las disputas que surgieran de los contratos. No obstante, dichas cláusulas arbitrales fueron evolucionando hasta el punto de convertirse en “infinitas” por tener alguna de las siguientes características:

1. No está limitada a disputas relacionadas con el contrato donde se pactó la cláusula arbitral, sino por cualquier disputa entre las Partes, relacionadas o no con el contrato suscrito.
2. No está limitada a las partes que suscribieron el contrato donde se previó la cláusula arbitral, sino que su redacción puede extender la cláusula a subsidiarias, empresas relacionadas, empleados, agentes, sucesores y cualquier otra persona que pueda tener vinculación.
3. No tienen un periodo de terminación, pueden ser aplicadas a todas las controversias pasadas, presentes o futuras. Estas cláusulas pudieran

sobrevivir incluso a la terminación del contrato que las contiene.

Para Horton, las cláusulas arbitrales infinitas parecen no ser provisiones contractuales sino una especie de esclavitud arbitral.

Para entender la vinculación de este tipo de cláusulas con el caso del Sr. Piccolo podemos dar una mirada a cómo está redactada la cláusula de arbitraje en los términos y condiciones de Disney Plus que muy probablemente el Sr. Piccolo aceptó en 2019. De ella veremos que están presentes los elementos señalados por Horton ya que las disputas, las partes y el tiempo son ilimitados:

You and Disney agree to arbitrate, as provided below, all disputes between you (including any related disputes involving The Walt Disney Company or its affiliates), that are not resolved informally, except disputes relating to the ownership or enforcement of intellectual property rights. “Dispute” includes any dispute, action, or other controversy, whether based on past, present, or future events, between you and us concerning the Service or this Agreement, whether in contract, tort, warranty, statute, regulation, or other legal or equitable basis².

¹ *Mey v. DIRECTV, LLC*, 971 F.3d 284 (4th Cir. 2020); *Haasbroek v. Princess Cruise Lines, Ltd.*, 286 F. Supp. 3d 1352 (S.D. Fla. 2017); *Jabbari v. Wells Fargo & Co.*, 2021 WL 6061736 (N.D. Cal. Dec. 22, 2021).

² Traducción libre “Usted y Disney acuerdan acudir a arbitraje, según lo dispuesto a continuación, todas las disputas entre Usted (incluyendo cualquier disputa relacionada que involucre The Walt Disney Company o sus afiliadas), que no sean resueltas informalmente, excepto las disputas relacionadas con la propiedad o la exigibilidad de derechos de propiedad intelectual. “Disputa” refiere a cualquier disputa, acción u otra controversia, basado en hechos pasados, presentes o futuros, entre Usted y nosotros relacionado con el Servicio o este Acuerdo, ya sea del contrato, agravio, garantía, regulación o cualquier otra base legal o de equidad” No obstante, en la versión en español la redacción es distinta, ya que señala

A los fines de este análisis, no solo nos interesa la redacción de la cláusula, sino especular cómo el Sr. Piccolo aceptó la cláusula que mencionamos. Aunque no tenemos detalle sobre ello, si intentamos hacer la suscripción a Disney Plus³, al momento de ingresar el correo por primera vez, la aplicación o la página web nos redirecciona a una nueva página donde nos indica las instrucciones para crear la cuenta, seleccionando una contraseña. Después de crear la contraseña, antes de llegar al botón de “Aceptar y Continuar” existe un recuadro que señala “We may use your data as described in our Privacy Policy, By clicking Agree & Continue, you agree to the Disney Terms of Use with respect to your MyDisney account and acknowledge that you have read our Privacy Policy and Cookies Policy.”

Los Términos de Uso de Disney están en un hipervínculo que no necesitas acceder o visualizar para continuar. El usuario con los mayores estándares podría aventurar hacer click y encontrará un do-

cumento de 17 páginas con los términos de uso⁴, el cual tiene una variedad de normas. En la sección que se denomina “Legal” también podemos observar que existen cuatro pestañas que contienen: (i) Política de Privacidad; (ii) Términos de Uso de Disney – para Estados Unidos de América; (iii) Política de “Cookies”; y (iv) Acuerdo de suscripción. Tanto los Términos de Uso como el Acuerdo de suscripción tienen cláusulas arbitrales. Debemos entender que el usuario acepta todos estos documentos al hacer click en el botón de “Aceptar y continuar”. Generalmente éstas políticas pueden ser actualizadas regularmente, lo cual podría implicar también ajustes a la cláusula arbitral, sin que el suscriptor conozca previamente sobre dichos cambios⁵.

Ahora bien, esto no es una práctica exclusiva de Disney como podemos observar de los ejemplos que narra Horton. Empresas como Uber⁶, McDonald’s y Whatsapp en los Estados Unidos de América, también incluyen cláusulas arbitrales amplias, sino infinitas, en sus

“Usted y Disney aceptan someter a arbitraje cualquier disputa, como se describe más abajo, excepto en el caso de aquellas disputas relativas a la exigibilidad o ejecución de nuestros derechos de propiedad intelectual. El término “disputa” se refiere a cualquier disputa, acción u otra controversia que se suscite entre usted y nosotros relativa al Servicio o al presente Acuerdo, ya sea por responsabilidad contractual, extracontractual, garantía, ley o regulación, así como cualquier otro sustento legal o de equidad.” Ver <https://www.disneyplus.com/legal/subscriber-agreement>

³ Ver <https://www.youtube.com/watch?v=mjETA0ZQduE>

⁴ <https://www.disneyplus.com/legal/disney-terms-of-use>

⁵ En la práctica vemos que éste tipo de políticas advierten que podrán ser ajustadas y algunas suelen notificar la modificación vía correo electrónico. Ellos entienden que el usuario aceptó estos cambios porque continúa utilizando los servicios.

⁶ Recientemente Uber tuvo un caso similar al relatado en este estudio. La hija menor de edad de una persona aceptó los términos y condiciones del servicio de comida a domicilio de Uber y posteriormente, la real suscriptora de Uber tuvo un accidente usando sus servicios de taxi. Matthew Lyon, “‘Infinite’ Clauses Stretch Arbitration Boundaries to Their Limit,” *Tennessee Bar Association*, consultado en <https://www.tba.org/?pg=Articles&blAction=showEntry&blogEntry=117992>

términos de uso. Es curioso que, las mismas empresas, cambian la redacción de la cláusula arbitral cuando no está dirigida a ciudadanos americanos; en el caso de Disney, la redacción en inglés es distinta al español. Cuando accedemos desde Venezuela podemos observar que una sección menciona “Acuerdo de Suscripción a Disney+ (Venezuela)” y en la misma página web ubicamos otra sección que señala “ENGLISH –DISNEY TERMS OF USE– UNITED STATES”. Podemos suponer que Disney comprende que bajo otros ordenamientos jurídicos, sería difícil hacer exigible este tipo de cláusulas.

No podemos ignorar que en el ejemplo de Disney Plus hay varios asuntos concomitantes que valen la pena estudiar. Nosotros hemos escogido las cláusulas arbitrales infinitas, pero en el caso narrado también se abre la discusión sobre: (i) la validez del arbitraje en contratos de adhesión; y (ii) la aceptación de contratos por medios electrónicos.

Visto que los tres elementos mencionados por Horton están presentes en una

sola cláusula, nos plantea dudas sobre la verdadera validez y eficacia de la cláusula de Disney Plus.

Este trabajo intentará aproximarse principalmente a la validez y eficacia de las cláusulas arbitrales infinitas. Para ello, primero revisaremos la posición de los autores Horton⁷, McCartin⁸ y Russo⁹ quienes han escrito sobre este tipo de cláusulas, para entender las soluciones dadas a estos casos en los Estados Unidos de América bajo la Federal Arbitration Act (FAA). Después, analizaremos y confrontaremos estas posiciones con otros argumentos, incluyendo su visión desde el ordenamiento jurídico venezolano.

Queremos adelantar que este tema no tiene necesariamente una solución fácil. De hecho, tras lo ocurrido en el caso del Sr. Piccolo, Disney decidió “renunciar” a su derecho de ir a arbitraje y continuar en tribunales; sospechamos, tal y como lo sugiere el reportaje de The New York Times, que esta decisión fue porque la noticia afectó la imagen de Disney¹⁰. Así, notamos que, al menos en este caso, hay

⁷ David Horton, “Infinite Arbitration Clauses,” *University of Pennsylvania Law Review* 168 (2020): 633, consultado en

https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=9691&context=penn_law_review

⁸ Ava McCartin, “Reigning in Infinite Consumer Arbitration Agreements: A Comment on the Eleventh Circuit’s *Calderson v. Sixt Rent a Car*,” *Arbitration Law Review* 15, consultado en <https://elibrary.law.psu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1315&context=arbitrationlawreview>

⁹ Michael Russo, “A Simple Solution to an Infinite Problem: Curbing Arbitration Provisions That Exceed the Scope of the Federal Arbitration Act,” *St. John’s Law Review* 97, no. 1 (2023), consultado en <https://scholarship.law.stjohns.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=7267&context=lawreview>

¹⁰ Clair Fahy, “Disney desiste de un acuerdo extrajudicial en una demanda por homicidio,” *The New York Times* (edición en español), consultado en <https://www.nytimes.com/es/2024/08/20/espanol/disney-demanda-homicidio.html>; Philip Marcelo, “Disney no pedirá desestimar demanda por alergia y muerte presentada por suscriptor de Disney+,” *Los Angeles Times* (edición en español), consultado en

una sensación de injusticia que debemos racionalizar y entender si en efecto la cláusula era válida.

I. Análisis de Horton, McCartin y Russo bajo la FAA

Horton explica que las compañías han desarrollado y mejorado la redacción de sus cláusulas arbitrales para: (i) no limitarlas solo a las disputas derivadas del contrato sino para llevar todo tipo de disputas a arbitraje y evitar que existan demandas colectivas en su contra; (ii) incluir a todas las personas que pudieran estar relacionadas con ellas para que estén arropadas por la cláusula arbitral; y (iii) delegar la decisión sobre la arbitrabilidad del caso exclusivamente a los tribunales arbitrales. Russo coincide en que la motivación para acudir a arbitraje es que este medio es más económico, rápido y confidencial; y, que en el contexto de empresas de consumo se ha convertido en una herramienta para limitar la responsabilidad derivada de acciones colectivas.

Al inicio, las Cortes americanas negaban la eficacia de las cláusulas infinitas aplicando principios tradicionales de interpretación de los contratos, desestimándola por ser excesiva o aplicando la doctrina de “unconscionability” o de injusticia intrínseca, porque una interpreta-

ción a favor llevaría a conclusiones absurdas o porque eran cláusulas tan amplias que las situaciones que pudieran ocurrir son imprevisibles para un consumidor razonable. En algunos casos, las cortes rechazaban la cláusula sin siquiera fundamentar o motivar su decisión.

No obstante, bajo la FAA, las Cortes han adoptado posiciones pro arbitraje, considerando que no se debe usar la doctrina de unconscionability para discriminar al arbitraje y han declinado la decisión de la eficacia de estas cláusulas para ser decididas exclusivamente por el propio tribunal arbitral cuando existe tal delegación en la cláusula.

De hecho, tal como lo cita un breve artículo de Gaela Normile, asociada de WoodsRogers, en los casos de DIRECTV/AT&T, dos tribunales llegaron a decisiones contrarias en casos muy similares respecto a favorecer o no al arbitraje frente a una cláusula infinita¹¹. Estos casos también son comentados por Horton y Russo.

Ante tal evolución, Horton propone los límites al lenguaje infinito, explicando por qué éstas cláusulas no son siempre exigibles, ya que pueden sufrir de dos defectos: (i) desafíos en el acuerdo, donde el demandante puede alegar que no existe consentimiento, ya sea porque

<https://www.latimes.com/espanol/ceuu/articulo/2024-08-20/disney-no-pedira-desestimar-demanda-por-alergia-y-muerte-presentada-por-suscriptor-de-disney>

¹¹ Gaela Normile, “To Infinity and Beyond Immediate Parties: The Fourth and Ninth Circuit Split on the Enforceability of ‘Infinite Arbitration Clauses,’” *WoodsRogers*, consultado en <https://www.woodsrogers.com/insights/publications/to-infinity-and-beyond-immediate-parties-the-fourth-and-ninth-circuit-split-on-the-enforceability-of-infinite-arbitration-clauses>

él no aceptó la cláusula arbitral, o que no la aceptó frente a un demandado en particular¹², o que no lo hizo para toda su vida; y (ii) desafíos en el alcance, que implica que aunque el demandante aceptó la cláusula, la controversia no es arbitrable, ya que no tiene ninguna relación con el contrato que contiene la cláusula arbitral.

Maccartin, por su parte, analiza la solución del caso *Calderon v. Sixt Rent a Car*. Señala que el Eleventh Circuit de los Estados Unidos de América establece que incluso las cláusulas infinitas tienen sus límites y ofrece protección a los consumidores que desean hacer valer sus derechos en tribunales. En este caso, *Rent a Car* quiso imponer la cláusula arbitral que firmó el demandante en los términos y condiciones de la empresa intermediaria que ofrecía servicios turísticos. El análisis de la mayoría fue que el concepto de reclamos bajo cláusula arbitral no podía extenderse a reclamos no derivados de los servicios acordados en el contrato que lo contiene, por razones de sentido común y tres razones sobre la interpretación del contrato: (i) la definición de servicios, de acuerdo al contrato solo refiere a los servicios de la empresa intermediaria y no en favor de terceros; (ii) cualquier disputa debía ser dirigida en primer lugar al administrador de reclamos de la intermediaria, siendo ilógico que el demandante, para iniciar un reclamo contra terceros tenía que usar la empresa

intermediaria, contra quien no tenía reclamos; y (iii) que el acuerdo especificaba que los servicios de terceros estaban regidos por sus propios términos y condiciones.

Para Maccartin, la posición de la Corte fue correcta, pero considera que el sustento real es que la FAA exige una relación o nexo entre el reclamo, la cláusula arbitral y el contrato que la contiene.

Finalmente, para Russo, el problema de las decisiones de las cortes americanas, específicamente en el caso *Revict v. Directv*, es que para resolver si la disputa debe ser resuelta por arbitraje, las cortes revisan el lenguaje de la cláusula y no se centran en lo estipulado por la FAA. Esta es una posición muy parecida a la de Mccartin, al señalar que lo más importante es que exista un nexo contractual. Para Russo, es una solución simple a un problema infinito: las disputas que tengan una relación genuina y discernible con el contrato que contiene la cláusula arbitral son las que pueden ser objeto de arbitraje.

II. Nuestra evaluación y análisis sobre las cláusulas infinitas

Al revisar la posición de Horton, Maccartin y Russo, admiramos especialmente el análisis de Horton al identificar qué es y cuáles son los elementos determinantes de las cláusulas arbitrales infinitas.

Al análisis de Horton nos gustaría agregar que, desde nuestro punto de vista, lo

¹² Mccartin, “Reigning in Infinite Consumer Arbitration Agreements.”

“infinito” es una consecuencia de la indeterminación de relaciones jurídicas, siendo que el único nexo es entre las partes principales que pactan la cláusula arbitral; es una cláusula arbitral cuyo objeto son las personas, no relaciones jurídicas. Ahondaremos más en este asunto en la sección b. siguiente.

Por su parte, la solución sencilla, como lo expone Russo, es lo que no nos termina de convencer, por dos razones principales: (i) porque parece que existe un juicio de valor negativo contra el arbitraje, una especie de “intuición” que sugiere que el arbitraje es “malo” y entonces hay que encontrarle una solución a por qué dichas cláusulas no pueden ser válidas; y (ii) por el principio de la autonomía de la voluntad de las partes.

Si gracias al principio de libertad, las Partes pueden hacer todo aquello que no esté prohibido y lo acordado es ley entre las partes, entonces lo primero que hay que preguntarnos es, cómo las cláusulas infinitas, son prohibidas o inválidas a pesar de existir el consentimiento de las Partes.

Porque en todos estos casos hay una realidad, existe una cláusula en términos amplísimos que ambas partes aceptaron. Pero, qué es aquello que nos hace sentirnos tan incómodos, cuál es esa percepción de que hay algo incorrecto en ellas.

Imaginemos, por ejemplo, que soy una persona que cree que el arbitraje es la mejor forma de solucionar todos sus conflictos. Que considero que el hecho

de poder escoger a los árbitros, gestionar el procedimiento de modo tal de hacerlo más eficiente e incluso que sea confidencial son aspectos que valoro por encima de la jurisdicción ordinaria. Y sí, admito que es posible que el arbitraje tenga costos asociados importantes, pero que, a fin de cuentas, prefiero invertir en un arbitraje que tendrá una decisión oportuna, a costear un juicio por un procedimiento ordinario que podrá durar años.

Siendo lo anterior así, ¿por qué no podríamos acordar que cualquier tipo de disputa, que sea objetiva y subjetivamente arbitrable, sea decidida mediante arbitraje?

Porque, además, hay algo de lo que debemos partir: en principio, no hay nada esencialmente malo en el arbitraje. Es un mecanismo de resolución de conflictos que igualmente se rige por normas de derecho y principios de justicia. El arbitraje no significa ni que los conflictos vayan a ser resueltos siempre a mi favor ni que esté violando principios y valores fundamentales. ¿A qué estoy renunciando cuando acudo a arbitraje?

Entonces, por qué el elemento común de los artículos estudiados es a rechazar este tipo de cláusulas, por qué estamos buscando una “salida” para invalidar dichas cláusulas. En nuestro criterio, hay un elemento que no discuten Horton y Maccartin, y que Russo solo menciona tangencialmente, es que el elemento común de los casos discutidos en las cortes

americanas, y el caso de Disney, son los contratos de adhesión, en consumo masivo, donde millones de personas, en cuestión de segundos, sin ninguna capacidad de negociación y sin un análisis y revisión pormenorizada de la relación, acuerdan ceñirse a los términos y condiciones impuestos por las empresas que prestan sus productos y servicios.

Russo comenta que estas cláusulas pueden estar presentes en servicios que son vitales para participar en la vida económica y social. En ese sentido, entre dos partes sofisticadas, la negociación, formación del contrato y el consentimiento son parte de un proceso que se desarrolla en igualdad de condiciones. Ello no sucede en el contexto del consumo masivo y contratos de adhesión, donde el consumidor acepta los términos y condiciones preestablecidos antes de la compra de los servicios, sin conocimiento, sin ninguna negociación ni espacio para discutir las cláusulas que serán aceptadas.

Dicho esto, lo que intuitivamente nos hace sentir rechazo en las cláusulas infinitas, consideramos que puede estar más atado al consentimiento, al derecho que tengo, como consumidor, de elegir cómo dilucidar mis conflictos y cuáles

conflictos, sin imposiciones y en un contexto verdaderamente paritario¹³.

Cabe destacar que en un estudio publicado por el National Bureau of Economic Research, realizado por Mark L. Egan, Gregor Matvos & Amit Seru y titulado *Arbitration with Uninformed Consumers* (Arbitraje con consumidores desinformados)¹⁴, los autores concluyen que, en arbitraje, las empresas de consumo tienen una ventaja sobre los consumidores y los resultados de estos arbitrajes son más favorable a las industrias que al consumidor; estiman que dicha ventaja representa un 40% en contra de los consumidores. En su estudio determinaron que: (i) algunos árbitros son sistemáticamente más favorables a las industrias, en parte, porque existe una competencia entre los árbitros que los motiva a favorecer a las industrias para seguir siendo escogidos en el futuro; y (ii) las industrias tienen una ventaja informativa sobre los consumidores para escoger árbitros favorables a ellos.

En una nota de Jackson Weatherall en el *Business Law Review* de la Universidad de Miami¹⁵ menciona que las industrias también tienen amplios recursos disponibles que los ayudan a elegir mejor los

¹³ El derecho americano tiene una arista adicional y es que estas cláusulas suelen venir acompañadas de una renuncia a intentar acciones colectivas, que ello escapa del presente estudio y debería ser analizado en otro trabajo, basado en el ordenamiento jurídico de los Estados Unidos de América.

¹⁴ Mark L. Egan, Gregor Matvos, y Amit Seru, "Arbitration With Uninformed Consumers," *National Bureau of Economic Research*, NBER Working Paper Series, consultado en <https://www.nber.org/papers/w25150>

¹⁵ Jackson Weatherall, "Is the Magic of Disney Hiding a Dark Legal Strategy? A Look into Arbitration Clauses and Their Power," *Business Law Review*, Miami Law, University of Miami School of Law, consultado en <https://business-law-review.law.miami.edu/is-the-magic-of-disney-hiding-a-dark-legal-strategy-a-look-into-arbitration-clauses-and-their-power/>

árbitros y que la confidencialidad del proceso y su resultado, así como el hecho de que generalmente las decisiones no pueden ser apeladas, protegen a las compañías de daños reputacionales. Incluso, recomiendan que mientras no haya una regulación expresa o las cortes aclaren el alcance de las cláusulas arbitrales infinitas, los consumidores deberían revisar cuidadosamente los términos y condiciones en los contratos.

Frankel¹⁶ menciona que los críticos al arbitraje señalan que (i) existen sesgos sistemáticos en arbitrajes forzosos que favorecen a grandes corporaciones en contra de los consumidores (aunque indica que las evidencias no son concluyentes), (ii) que los procedimientos son llevados en forma secreta y con una revisión judicial limitada, y (iii) que el arbitraje obstaculiza el crecimiento y desarrollo de los principios jurídicos. Así mismo, compara estos argumentos con los que promueven el arbitraje, quienes señalan que el arbitraje es una alternativa más rápida,

económica y eficiente que litigar, e incluso que pudiera dar acceso a individuos que no pueden acudir a tribunales porque el litigio se ha vuelto muy costoso y consume mucho tiempo¹⁷.

Ante esta realidad, empresas financieras advierten a los consumidores sobre las cláusulas de arbitraje, indicándoles que dichas cláusulas están redactadas de tal forma que no sean perceptibles al consumidor, quien las acepta inadvertidamente, ya que están escritas en lenguaje complejo y técnico, con una fuente, tamaño o estilo diferente, ubicadas en una sección separada o al final del documento¹⁸. Esto también es mencionado por Frankel cuando señala que, en el contexto de consumidores, las empresas intencionalmente redactan las cláusulas arbitrales de tal forma que son difíciles de entender para que no se den cuenta de qué los usuarios no se den cuenta a cuáles derechos están renunciando. No obstante, nos parece inconsistente sugerir la necesidad de revisar con detalle los

¹⁶ Richard Frankel, "The Arbitration Clause as Super Contract," *Washington University Law Review* 91: 531, consultado en https://openscholarship.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6054&context=law_lawreview

¹⁷ En el trabajo "Unfair" arbitration clauses" de Christopher R. Drahozal también menciona las críticas al arbitraje obligatorio en consumo, por su carácter obligatorio – si el consumidor no acepta no tiene derecho a los bienes o servicios, lo consideran injusto por usar un procedimiento de Discovery limitado, no hay decisión por jurado ni apelación, ventaja de las industrias en la selección de árbitros por su carácter de jugador habitual, evita las demandas colectivas y que existen gastos excesivos para los individuos. Las cláusulas también pueden ser injustas al incluir locaciones lejanas para las audiencias, impide el cobro de costos y costas del proceso, acorta los plazos para iniciar reclamaciones, entre otras. No obstante, en su revisión, considera que dichas cláusulas no son tan comunes como muchos doctrinarios pretenden indicar y que algunas de sus provisiones no son necesariamente injustas, al punto que una parte bien informada podría beneficiarse de ellas. Además, que desde el punto de vista reputacional, las corporaciones y las instituciones arbitrales tienen interés en promover procesos arbitrales justos. Visto en <https://illinoislawreview.org/wp-content/uploads/2001/04/Drahozal.pdf>

¹⁸ <https://fastercapital.com/es/contenido/Clausula-de-arbitraje-del-consumidor--proteccion-de-los-derechos-de-sus-clientes.html>

términos y condiciones cuando, al menos en el caso que introduce este estudio, hay más de 231,6 millones de suscriptores al servicio de Disney Plus¹⁹.

De esta forma, la resolución que dan en común Horton, Maccartin y Russo a las cláusulas infinitas, coincidiendo que, de acuerdo con la FAA, debe existir nexo contractual, podría ser un intento de dar una solución más justa al contexto del consumo masivo, pero esto no parece ser suficiente frente a los principios de libertad y de autonomía de la voluntad de las partes en otros tipos de relaciones más paritarias.

Partiendo de estas asunciones, intentaremos proponer nuestro razonamiento y soluciones al tema planteado.

A. Principio de autonomía de la voluntad y el consentimiento

No hay ninguna duda de que el pilar del arbitraje es la autonomía de la voluntad y el consentimiento.

Una definición que nos parece esclarecedora sobre la autonomía de la voluntad la encontramos es la siguiente “*la actividad y potestad creadora, modificadora o extintiva, de relaciones*

jurídicas; relaciones que ya están disciplinadas, por normas jurídicas existentes. Es un principio del derecho privado permitir a los particulares ejecutar los actos jurídicos que deseen y determinar libremente su contenido y efectos, con ciertas limitaciones”²⁰.

De Freitas menciona que “*Podría decirse que sólo “en principio” lo patrimonial no tiene limitación porque igualmente las condiciones o cláusulas que rompen el equilibrio de las prestaciones o aquellas que intensifica la desigualdad de las partes—los débiles jurídicamente—serían improcedentes.*”²¹

El principal límite que presenta la autonomía de la voluntad de las partes es la ley, el orden público y las buenas costumbres (Código Civil²², artículo 6).

El consentimiento, es un requisito esencial de la autonomía de la voluntad de las partes. Así, no hay autonomía de la voluntad ni contrato si las partes no expresaron su consentimiento.

En el arbitraje, la Ley Modelo UNCITRAL, así como la ley venezolana, exigen que la cláusula arbitral conste por escrito, como un requisito *ad probatio-*

¹⁹ https://es-us.finanzas.yahoo.com/noticias/150-millones-usuarios-disney-suscribieron-19300002-1.html?guccounter=1&guce_referrer=aHR0cHM6Ly93d3cuZ29vZ2xlLmNvbS8&guce_referrer_sig=AQAAADDNy9PB24JQ63ngm16w8qDdL2swHvy94uUSVprk6JlpWWO2Fo6Fm0yQBS9dkUmJIEI2e1UBphBihX8wkV5BNfRvf-9TAHCtmy4jypUnVwJEFm_PCh5T9zBGCoO-BuAUOaA3vmOcvqYU2fBnWCOxHusze5vZXXSf4n1DnoMwGmZoA

²⁰ Edilia De Freitas De Gouveia, “La autonomía de la voluntad en el Derecho de la Persona Natural,” *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, 45, consultado en <https://rvlj.com.ve/wp-content/uploads/2015/06/37-182.pdf>

²¹ De Freitas De Gouveia, “La autonomía de la voluntad en el Derecho de la Persona Natural,” 51.

²² Código Civil, publicado en Gaceta Oficial Nro. 2.990 Ext. del 26 de julio de 1982.

nem, para demostrar que existió el consentimiento para arbitrar las controversias.

Como explica Domínguez, el consentimiento es el alma del contrato, el consentimiento es el acuerdo o concordancia de las dos o más voluntades declaradas de las partes que celebran el contrato. Supone una voluntad libre, que la manifestación de voluntad esté exenta de irregularidades, anormalidades o vicios que invaliden el acto. “El contrato es, técnicamente, una estructura consensual: la concordancia de las declaraciones de voluntad de las partes contratantes (acuerdo consensual). Es el consentimiento el más importante de los elementos porque define, por sí, el contrato”²³

Analizado lo anterior, es oportuno mencionar que: (i) no conocemos límites legales a las cláusulas arbitrales infinitas, salvo que se consideren que son contrarias al orden público y a las buenas costumbres; y (ii) siendo que el consentimiento es esencial al contrato, y, en este caso, al acuerdo de arbitraje, debemos analizar cómo es dicho consentimiento en torno a las cláusulas arbitrales infinitas.

Este es un asunto medular, ya que, a primera vista, en el caso de Disney, efecti-

vamente el Sr. Piccolo dio su consentimiento para acudir a arbitraje, en los términos señalados por Disney.

Pero como comentamos hace unas líneas atrás, el Sr. Piccolo dio su consentimiento en el marco de un contrato de adhesión, que además, fue hecho en forma electrónica.

En este contexto, *prima facie* no parecería correcto equiparar un contrato de adhesión suscrito en los términos descritos, con un contrato acordado y negociado entre pares. Por ello hace sentido diferenciar las cláusulas arbitrales infinitas insertas en contratos de adhesión, a aquellas que están incluidas en contratos donde las partes están en igual de condiciones y tienen la potestad de discutir y negociar los términos contractuales.

En un trabajo muy completo de Madrid²⁴ sobre contratos de adhesión, haciendo alusión a varios autores, menciona que en este tipo de contratos no es que exista ausencia de libertad o insuficiencia en las negociaciones sino “la ausencia y la imposibilidad misma de estas: el contrato de adhesión está concebido in globo et ne verietur (o se acepta todo o se rechaza todo)”. Citando a Melich Orsini, destaca que los elementos objetivos de los contratos de adhesión son: (i) el carácter

²³ María Candelaria Domínguez Guillén, *Curso de Derecho Civil III- Obligaciones*, 491, consultado en <https://rvlj.com.ve/wp-content/uploads/2017/01/libro-Curso-de-Derecho-Civil-III-Obligaciones-ilovepdf-compressed-468-610.pdf>

²⁴ Claudia Madrid Martínez, “Las cláusulas abusivas y los contratos de adhesión. Una mirada desde el silencio del Derecho venezolano de los contratos,” *Revista Venezolana de Derecho Mercantil*, Edición Especial 2021, consultado en http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RVDM/ESPECIAL/R-VDM_2021_E_237-263.pdf

contractual de la relación; (ii) la existencia de predeterminación de las cláusulas; y (iii) negación de toda oportunidad de negociación por la parte contratante que acepta las cláusulas predispuestas. En este último elemento, la situación deriva de la debilidad económica o jurídica frente al prestador de bienes y servicios.

Sin perjuicio de lo anterior, las normas no suelen exigir que exista una negociación y discusión libre para que el contrato sea válido, ya que lo único que se requiere es un consentimiento libre.

Este tipo de contratos ha sido reconocido como una herramienta útil para el tráfico jurídico, pero, aunque no es “en sí mismo violatorio de normas imperativas”, por sus características tan especiales, la doctrina considera que pueden prestarse a que el proponente imponga cláusulas abusivas. Por tal razón, los ordenamientos jurídicos han adoptado la interpretación *contra proferentem*, bajo la cual las cláusulas deben ser interpretadas en contra de quien la impuso y prohíben la inclusión de cláusulas abusivas²⁵. En el ordenamiento jurídico venezolano no hay normas que expresamente ordenen la nulidad de cláusulas abusivas en contratos de adhesión, no obstante, Madrid considera que la nulidad es la consecuencia necesaria por violación del orden público, por la actuación de mala fe por parte del prestador de bienes o servicios.

Las cláusulas abusivas son aquellas que perjudican al adherente, si “pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”²⁶. Madrid equipara las cláusulas abusivas con las cláusulas sorprendivas, las cuales son “aquellas que, siendo cláusulas estándar, no han podido ser previstas por una persona razonable puesta en las mismas circunstancias del aceptante.” Para los principios UNIDROIT estas cláusulas carecen de eficacia, salvo que hayan sido expresamente aceptadas. Para analizar si califican como sorprendivas “se tendrá en cuenta su contenido, lenguaje y presentación”.

Madrid, analizando la posición de la jurisprudencia venezolana, determina que las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión son contrarias al orden público porque rompen “groseramente” el equilibrio de las prestaciones. Dentro de las cláusulas que pueden denominarse abusivas, incluye: “las cláusulas que excluyen o limitan la responsabilidad; que impliquen renuncia a derechos; que inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor; que permitan al proveedor de bienes y servicios modificar unilateralmente el contenido del contrato o le autoricen a darlo por terminado unilateralmente; que establezcan condiciones injustas o discriminatorias; que establezcan un domicilio especial distinto de

²⁵ Madrid Martínez, “Las cláusulas abusivas y los contratos de adhesión,” 253.

²⁶ Madrid Martínez, “Las cláusulas abusivas y los contratos de adhesión,” 254.

aquel del consumidor; **las que le obliguen a ir a arbitraje**, son comúnmente consideradas como posiblemente abusivas” (Resaltado nuestro).

Cabe destacar que, la Ley de Arbitraje Comercial²⁷ (LAC) venezolana no niega la posibilidad de acordar cláusulas arbitrales en contratos de adhesión, sino que exige que la manifestación de voluntad debe ser en forma expresa e independiente (Ley Arbitraje Comercial, artículo 6), es decir, que están permitidos, bajo ciertas condiciones. Bajo esta misma premisa, Baena²⁸ estudia la exigibilidad de la cláusula arbitral para las personas venezolanas que aceptan los términos y condiciones de uso de empresas extranjeras, concluyendo que, bajo el derecho venezolano, esas cláusulas no son exigibles porque no cumplen con el requisito de la LAC. En nuestro criterio, ello sería así en la medida que el derecho venezolano sea el que rija la cláusula arbitral. En lo que concordamos, que también menciona Acedo²⁹, es que la exigencia de la LAC evita que la parte que redacta el contrato imponga un arbitraje al

adherente para que pueda acceder al bien o servicio; bajo esta visión, el arbitraje no sería impuesto sino facultativo.

Para Acedo³⁰, los acuerdos de arbitraje (sin analizar las cláusulas arbitrales infinitas) sólo serían abusivos en un contrato de adhesión si dificulta el acceso a la justicia.

En el caso argentino, la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial ha tenido distintas posiciones sobre si los contratos de adhesión pueden incluir arbitrajes. Hinojosa reseña dichas resoluciones y discrepancias en su publicación “La cláusula arbitral en los contratos de adhesión. Análisis jurisprudencial del Fuero Nacional en lo Comercial”³¹, concluyendo que la jurisprudencia ha ido aceptando la posibilidad de pactar cláusulas compromisorias en contratos de adhesión cuando las partes están en igualdad de condiciones, como puede suceder en contratos entre empresas como los de franquicia, conceción, agencia, distribución.

²⁷ Ley de Arbitraje Comercial, publicada en la Gaceta Oficial Nro. 36.430 del 7 de abril de 1998.

²⁸ Josmel Baena, “Arbitraje en Términos y Condiciones de Uso de empresas extranjeras suscritos por personas venezolanas,” *Guayana Moderna*, no. 12 (diciembre), consultado en <https://revistasenlinea.saber.ucab.edu.ve/index.php/guayanamoderna/article/download/6403/6354/22869>

²⁹ Carlos Eduardo Acedo Sucre, “Derogatoria de la definición legal de contrato de adhesión y alcance de la exigencia legal de una manifestación de voluntad expresa e independiente para someterlo a arbitraje,” consultado en <https://acienpol.abcdonline.info/bases/biblo/texto/coleccion-digital/053/053.pdf>

³⁰ Carlos Eduardo Acedo Sucre, “Contratos de Adhesión y Cláusulas sobre Arbitraje,” consultado en <https://cedca.org.ve/wp-content/uploads/2015/11/Contratos-de-adhesio%CC%81n-y-cla%CC%81usulas-sobre-arbitraje.-Carlos-Eduardo-Acedo.pdf>

³¹ David Hinojosa, “La cláusula arbitral en los contratos de adhesión: análisis jurisprudencial del fuero nacional en lo comercial,” consultado en <https://pagbam.com/articulos/la-clausula-arbitral-en-los-contratos-de-adhesion-analisis-jurisprudencial-del-fuero-nacional-en-lo-comercial/>

Frankel, al criticar la doctrina de las cortes americanas que han interpretado el arbitraje como un “super contrato”, pone en entredicho el hecho de que la política de favorecer el arbitraje se ha aplicado en contra de la doctrina *contra proferentem* que también aplica en el derecho anglosajón. Critica que este tipo de cláusulas están muy presentes en contratos de adhesión que no da oportunidad de negociación o enmiendas, ocasionando que los individuos renuncien a sus derechos en formas que no pudieron percatarse cuando suscribieron el contrato principal.

En un comentario de Felipe Riffo sobre el caso de Disney Plus publicado por *Idealex.press*³² cita la opinión de Adrián Simons, quien es socio de Simons & De Noriega, firma especializada en litigios y arbitraje en Lima, Perú, donde señala que la cláusula arbitral propuesta por Disney puede ser considerada abusiva desde el punto de vista internacional, porque no hay una verdadera negociación, en ese sentido, no es aplicable al consumidor ya que lo somete a una posición asimétrica.

En dicho reportaje también cita a Andrea Vissani, vicepresidente de la Corte de Arbitraje en Propiedad Intelectual y Nuevas Tecnologías del Colegio de Abogados de Córdoba, quien opina que un

“arbitraje supone el ejercicio de la autonomía de la voluntad en su máxima expresión” añadiendo que en casos como los de Disney Plus la capacidad de negociación es prácticamente nula.

En definitiva, ¿a qué queremos llegar con esta explicación?

Para Maduro Luyando³³, el consentimiento es “una manifestación de voluntad deliberada, consciente y libre, que expresa el acuerdo de una persona respecto de un acto externo ajeno”. No nos cabe duda de que no podemos equiparar la voluntad expresada entre iguales a la voluntad expresada en contratos de adhesión, por bienes y servicios de consumo masivo cuyos contratos se crean y ejecutan en cuestión de segundos gracias a las bondades del internet con cláusulas son absolutamente imperativas.

Desde nuestro punto de vista, en estos últimos casos hay un consentimiento “precario” ya que al débil jurídico se le imponen una cantidad de cláusulas que, como máxima de experiencia, no leyó ni se asesoró – no hay una verdadera consciencia -, ni es plausible esperar que millones de personas alrededor del mundo lo hagan. Y ello no solo porque muy probablemente la valoración de lo que están contratando comparado con el esfuerzo que tienen que hacer para acceder a otros enlaces, leer y comprender dece-

³² Felipe Riffo, “Disney, Airbnb y Walmart: cuando el abuso del arbitraje es una posibilidad,” consultado en https://idealex.press/disney-airbnb-y-walmart-cuando-el-abuso-del-arbitraje-es-una-posibilidad/#-google_vignette

³³ Eloy Maduro Luyando y Emilio Pittier Sucre, *Curso de Obligaciones: Derecho Civil III*, t. 2 (Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2009), 609.

nas de páginas sobre el servicio no valga la pena, sino porque una cláusula arbitral dentro de estos contratos no forma parte de lo que para un suscriptor es esencial para decidir si desea suscribirlo o no (tal como sería el precio y los bienes y servicios que recibirá).

En contraste, cuando nos encontramos en relaciones jurídicas entre pares, con capacidad de negociar el contrato, el consentimiento es “pleno” y debemos respetar lo acordado por las partes.

La teoría general del contrato suele contrastar las teorías del sistema volitivo (qué es lo que realmente quería la parte) y el declarativo (qué es lo que la parte declaró) cuando estudiamos el consentimiento. Nos parece correcto afirmar que en estos casos tan especiales como el expuesto sobre el Sr. Piccolo, debemos atender no sólo a lo volitivo – qué es lo que la parte realmente quería, sino lo que es la expectativa razonable que una parte puede tener al suscribir el contrato.

En conclusión, consideramos que:

- i. Al tratarse de contratos de adhesión que incluyen cláusulas arbitrales infinitas cuya aceptación es obligatoria (de lo contrario, no podríamos adquirir los bienes y servicios que pretendemos adquirir), en los términos estudiados en este trabajo, si bajo el ordenamiento jurídico aplicable la cláusula arbitral es válida, el carácter indefinido o infinito podría considerarse “sorpresivo” o fuera de la expectativa razonable del consumidor,

por lo que debe ser considerada abusiva y no puede ser aplicable ni exigida sobre su extensión indeterminada. El consumidor, al aceptar la cláusula, no puede prever que su aplicación en personas y disputas vaya a exceder del servicio concreto que está contratando. La expectativa razonable es que ese acuerdo de arbitraje tenga un nexo, como lo menciona Horton, al contrato que lo contiene. La precariedad en la expresión de la voluntad se ve diáfananamente evidenciada en lo que en mercadeo llamarían el “costumer journey”, que son esas etapas que el cliente transita desde que descubre la marca, hasta su compra y posterior fidelización. En el *journey* del Sr. Piccolo, que señalamos al inicio del trabajo, vemos que hay una gran probabilidad de haber aceptado los términos y condiciones sin acceder al hipervínculo que lo redireccionaba al texto que incluía la cláusula arbitral.

Cabe destacar que tal y como son redactadas las cláusulas, el problema no es de ambigüedad sobre si una disputa cae o no cae en el alcance de la cláusula, ya que como mencionamos, hay indeterminación de relaciones jurídicas y, por lo tanto, de disputas. Así que la solución no es una interpretación contra proferentem como propone Frankel sobre el caso de cláusulas arbitrales en contratos de adhesión (no menciona específicamente las cláusulas infini-

tas). De hecho, la redacción es muy clara sobre la indeterminación en todos los sentidos;

- ii. Si estamos entre pares, no vemos justificación real para desobedecer o desaplicar el acuerdo de las partes, ya que, en todo caso, no hay prohibición de acordar este tipo de cláusulas ni evidenciamos una violación a la ley, buena fe, orden público y buenas costumbres. De hecho, incluso en el marco de un contrato de adhesión, si la cláusula hubiese sido adoptada como lo exige la LAC (un acuerdo separado e independiente, que no es imperativo sino facultativo) tendríamos serias dudas de si puede desestimarse la cláusula, ya que el consumidor no estaba obligado a aceptarla para contratar el servicio; salvo el caso en que hubiese sido sorprendido en su buena fe³⁴.

B. Extensión de la “infinidad”

Derivado de lo discutido, concluimos que hay circunstancias en las que la cláusula arbitral infinita podría ser considerada abusiva (caso de contratos de adhesión en consumo masivo, donde no hay paridad entre las partes y la cláusula es obligatoria) y otras, donde nos encontramos ante partes en igualdad de condiciones, donde la cláusula debería reputarse

válida por los principios de libertad y de la autonomía de la voluntad.

Ahora bien, aceptando la validez de la cláusula debemos comprender la extensión de la misma.

Como mencionamos, el carácter infinito de las cláusulas que estudiamos es consecuencia de una redacción que sugiere la indeterminación de las relaciones jurídicas de donde pueden nacer las disputas sometidas a arbitraje. Y la extensión de dicha cláusula dependerá de su redacción.

Para considerarla “infinita” al menos las disputas deben ser indeterminadas. Pero también podría extenderse casi indeterminadamente a las partes. Sin duda, siempre existirán partes definidas o principales, ya que la cláusula debe nacer en algún lugar, pero hemos observado cómo varias cláusulas de este tipo dan pie a incluir otras personas que no suscriben el acuerdo, y que pueden ser indeterminadas en el presente o en el futuro.

Finalmente, el tiempo o vigencia de la cláusula también tiene una connotación especial, ya que pareciera que una vez acordada, nunca cesará.

1. Infinidad de disputas

Retomando el análisis sobre las cláusulas infinitas, Horton menciona que una de

³⁴ Un ejemplo de ello es que en ciertas páginas web que comercializan servicios de viajes, incluyen una aceptación de notificaciones muy peculiar: indican que si usted NO quiere recibir notificaciones tiene que hacer click en la casilla, lo cual es totalmente contraintuitivo y evidentemente busca llevar a las personas a confusión.

sus características es una infinidad de disputas. Esto ocurre, en efecto, porque la redacción sugiere que, aunque esté inserta en un contrato, la obligación de acudir a arbitraje surge por cualquier disputa que pueda surgir entre las partes, independientemente de la relación jurídica subyacente.

Esto nos da a entender que hay una indeterminación de situaciones jurídicas de las cuales pueda suscitarse una disputa con dicha parte.

En favor de lo explicado por los autores Horton, McCarthy y Ruso, y viéndolo bajo la lupa de la LAC y la ley modelo CNUDMI, observamos que ambos textos normativos acogieron redacciones que podemos asimilar a la FAA en el sentido que interpretan los autores americanos:

- Ley Modelo CNUDMI: “Artículo 7. Definición y forma del acuerdo de arbitraje 1) El “acuerdo de arbitraje” es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias **que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica**, contractual o no contractual.” (Resaltado nuestro).
- LAC: “Artículo 5: El “acuerdo de arbitraje” es un acuerdo por el cual las partes deciden someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido

o puedan surgir entre ellas respecto de una relación jurídica contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje puede consistir en una cláusula incluida en un contrato, o en un acuerdo independiente.” (Resaltado nuestro).

En ambas redacciones, aunque la disputa puede provenir de una fuente contractual o extracontractual, refieren a “una (determinada) relación jurídica” lo cual pareciera limitar a que exista una relación previa al acuerdo de arbitraje, de la cual podrían derivar las disputas. Esto sería un argumento para limitar las cláusulas arbitrales infinitas, similar al expuesto por los autores americanos.

Pero volvemos a la discusión inicial: no hay limitaciones legales para este tipo de cláusulas. Lo propuesto por los autores es una cuestión de semántica que en nada nos serviría sin una prohibición expresa de adoptar las cláusulas arbitrales infinitas, ya que estamos habilitados a hacer todo aquello que no esté prohibido. Una interpretación en contrario limitaría el accionar de las partes injustificadamente, ya que tendrían que ceñirse exclusivamente a lo que la ley los habilita.

Si a esto le añadimos el principio de separabilidad del contrato, bajo el cual la doctrina comprende que la cláusula arbitral constituye un contrato autónomo dentro de otro contrato, existen aún más razones que avalan la validez de la cláusula. Si bien el objetivo de la separabili-

dad de la cláusula arbitral es evitar que la misma siga la suerte del contrato que lo contiene (por ejemplo, la cláusula no se entiende resuelta si el contrato que la contiene terminó o se resuelve), no podemos darle carácter de autónomo en ciertos sentidos y en otros no.

Una pregunta adicional que podríamos hacernos es si dos partes sofisticadas pueden dar su consentimiento - consciente - frente a disputas absolutamente imprevisibles. Al respecto, la autonomía de la voluntad es tan amplia que la doctrina ha aceptado que las partes puedan pactar que el deudor responda inclusive si ocurre una causa extraña no imputable, a pesar de ser una eximente de responsabilidad³⁵. Ello quiere decir que aún en el caso donde las partes no tienen el control de la ocurrencia de la fuerza mayor (imaginemos una disputa) aún así el deudor está obligado a responder (o en el supuesto estudiando, ir a arbitraje) si así las partes lo pactan.

2. Infinitud de partes

En conexión a lo comentado líneas más arriba, pareciera que el supuesto que activa el arbitraje es la existencia de dos partes que pactaron arbitrar cualquier disputa, independientemente de la relación jurídica subyacente.

Lo realmente determinable en este tipo de cláusulas son al menos dos partes principales. La indeterminación o aspecto infinito ocurre cuando en la redac-

ción de la cláusula agregan otras personas, que no son parte firmantes en la cláusula, que se relacionan directa o indirectamente con una o ambas partes.

En este supuesto, Horton ha criticado que no puede haber consentimiento con partes no signatarias.

La teoría de partes no signatarias que están obligadas a acudir al arbitraje, suele referirse a personas que podemos forzar a participar en el arbitraje porque de alguna forma se benefició del contrato a pesar de no haberlo suscrito (primer supuesto).

En el caso de Disney y otros que hemos observado, vemos que ejecutan las cláusulas infinitas en un sentido contrario. Partes que no firmaron el contrato, por su vinculación con la contratante, podrían forzar a la contraparte (quien si suscribió la cláusula) a ir a arbitraje, ya que fueron incluidos expresamente en la cláusula arbitral (segundo supuesto).

El primer supuesto puede ser fácil de desestimar, ya que mal podría uno de los contratantes obligar a un tercero a acudir a arbitraje salvo que se cumpla la teoría comentada, quienes son obligadas porque son verdaderas partes dentro del acuerdo.

No obstante, en el segundo supuesto, la exclusión de los no signatarios es más discutible. En uno de los casos de Directv estudiados por las cortes americanas, los tribunales desecharon la exten-

³⁵ Domínguez Guillén, *Curso de Derecho Civil III- Obligaciones*, 295.

sión de la cláusula arbitral a Directv por que la empresa no fue parte del contrato al momento de la suscripción del acuerdo, por lo que mal podría beneficiarse de la cláusula. No obstante, en nuestro criterio, la persona contra quien se está haciendo valer la cláusula arbitral sí aceptó y reconoció la cláusula en los términos redactados, aceptando que aplicaría incluso contra personas relacionadas de su contraparte. De esta forma, podríamos interpretar que el individuo/cliente/consumidor dio su aceptación abierta para arbitrar, solo basta el consentimiento de la otra parte – no signataria – para que la cláusula sea exigible. Para este supuesto tan especial, Frankel, bajo la visión del ordenamiento jurídico americano, explica que las cortes han sostenido que un no signatario no puede ser obligado ni tiene derecho a obligar al arbitraje.

Horton en una publicación en Columbia Law School³⁶, refiere a un contrato suscrito en una casa de cuidado que incluía una cláusula arbitral. Al morir la persona, la casa de cuidado quiso imponer la cláusula arbitral a los herederos. Horton discute si la cláusula podría abarcar a los herederos, no por los daños del contrato de cuidados, sino por los propios daños emocionales causados a los herederos por la muerte de su pariente, extendiendo la cláusula arbitral no sólo al paciente, sino a sus parientes.

En nuestro criterio, que coincide con el de Horton, es evidente que la casa de cuidado no puede forzar a los parientes a discutir controversias que no están relacionadas con el contrato de cuidados mediante arbitraje, ya que el paciente no podía obligar a familiares que no firmaron el contrato. Caso contrario sería si la controversia nace del contrato, ya que los parientes estarían reclamando subrogándose en la misma posición del paciente fallecido (por ejemplo, si la casa de cuidados debía una devolución de un monto pagado en exceso).

3. Infinitad en el tiempo

El asunto del tiempo o la vigencia de la cláusula tiene una particularidad especial.

Si lo pensamos detenidamente, en las cláusulas arbitrales tradicionales, el “tiempo” no es una variable que consideremos. No solemos preguntarnos por cuánto tiempo está vigente la cláusula porque ella está circunscrita a disputas derivadas de una relación jurídica en concreto.

Lo anterior está íntimamente relacionado con el principio de la separabilidad o autonomía de la cláusula arbitral. Bajo dicho principio, “la cláusula arbitral contenida en un contrato es separable de éste y goza de una relativa autonomía o independencia, en virtud de la cual no se ve necesariamente afectada por las vicisi-

³⁶ David Horton, “The Case Against Infinite Arbitration Clauses,” *The CLS Blue Sky Blog*, Columbia Law School, consultado en <https://clsbluesky.law.columbia.edu/2019/03/25/the-case-against-infinite-arbitration-clauses/>

tudes que puedan perjudicar la existencia o validez del contrato que la contiene”³⁷. Tal y como explica Caivano, tratar a la cláusula arbitral como accesoria del contrato que la contiene llevaría a situaciones absurdas porque es una cláusula “pensada para sobrevivir el contrato”.

Lo que expresa Caivano nos hace comprender, mucho mejor, el efecto del principio de separabilidad o autonomía, ya que sostiene que se trata de un acuerdo distinto que puede nacer y sobrevivir en forma independiente del contrato porque es un acuerdo que recae sobre el derecho de acción, no sobre los derechos y obligaciones del contrato que la contiene; haciendo referencia a Schwebel y Mayer, son dos negocios jurídicos distintos.

De acuerdo con lo anterior, si estuviésemos hablando de una cláusula arbitral tradicional contenida, por ejemplo, en un contrato de compraventa, aunque hayan pasado más de 15 años después de que el contrato se ejecutó, cualquiera de las partes podría acudir a arbitraje a pesar de que la reclamación se encuentre prescrita. Así como el derecho a acudir a la jurisdicción ordinaria no tiene un tiempo de vigencia, tampoco tendría que tenerlo el acuerdo de arbitraje. El derecho de acción siempre puede ejercerse,

independientemente de que el derecho se encuentre extinguido.

La diferencia entre una cláusula arbitral tradicional y una cláusula arbitral infinita, es que de la cláusula tradicional las disputas sólo podrán surgir de una relación jurídica en concreto, lo cual no sucede con la cláusula arbitral infinita. Esa es la razón por la que tenemos la sensación de que la cláusula es infinita, la misma sensación de Horton de estar ante una esclavitud. La realidad es, que ello persiste en toda cláusula arbitral, salvo que exista un acuerdo posterior o una renuncia al arbitraje por las partes.

4. Otras circunstancias complejas

No hay discusión en cuanto a la cantidad de circunstancias complejas que podría derivar este tipo de cláusulas, incluso en los casos que nos parecen aceptables. Por ejemplo, qué pasa si posteriormente se celebran otros contratos con cláusulas distintas o reconociendo la jurisdicción ordinaria ¿cuál debe prevalecer? ¿hay un mutuo disenso en cuanto a la cláusula arbitral infinita?

Uno de los casos que menciona Frankel es, en el marco de una relación de trabajo (que no tratamos ni estudiamos en este trabajo), ¿qué pasa cuando el empleador incluye dentro de las posibles partes a otros empleados? ¿entonces tendrías que arbitrar con compañeros de trabajo

³⁷ Roque Caivano, “El contrato de arbitraje y su autonomía respecto del contrato que lo contiene,” *Derecho y Ciencias Sociales*, no. 13 (octubre 2015): 13–39, Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica, FCJ y S, UNLP.

por disputas no derivadas de la relación de trabajo?

¿Qué pasa si la cláusula se pactó, no en una relación de consumo, pero sí entre una parte que es económicamente fuerte frente a la otra y puede imponer la cláusula?

III. Conclusiones

A lo largo del trabajo, discutimos varios aspectos clave relacionados con las cláusulas arbitrales infinitas. Analizamos el enfoque y opiniones de expertos en la materia desde el punto de vista del derecho americano, los cuales confrontamos con nuestra opinión del tema y su posible aplicación en el derecho venezolano. Discutimos sobre lo que para nosotros es la razón principal por la cual la cláusula tiene este carácter infinito en disputas, personas y tiempo: por la indeterminación de las relaciones jurídicas de donde pueden surgir las disputas.

En esta discusión, determinamos que los casos estudiados por los autores americanos ocurrieron en el marco de contratos de adhesión por bienes y servicios de consumo masivo (como es el caso de telefonía, banca, servicios turísticos, entre otros). Hicimos una diferenciación sobre la autonomía de la voluntad y el consentimiento entre contratos de adhesión suscritos en el marco de productos y servicios de consumo masivo y aquellos contratos que son objeto de negociación entre partes iguales, concluyendo que, si la cláusula arbitral infinita es impuesta en

el primer supuesto, en su aspecto infinito debería ser juzgada como abusiva.

Aunque reconocemos la validez de la cláusula arbitral infinita cuando es acordada entre partes sofisticadas, lo hacemos bajo la convicción de que la autonomía de la voluntad es una base fundamental de nuestro derecho continental y anglosajón. Dicho esto, no es una cláusula que en lo personal recomendaríamos suscribir. Es una cláusula problemática que puede dar lugar a situaciones de inseguridad jurídica por su indeterminación e imprevisibilidad.

A pesar de lo anterior, una vez acordada, no podemos suplir la responsabilidad y diligencia de las partes, especialmente cuando son sofisticadas, quienes deben estar atentos a este tipo de cláusulas y sus posibles consecuencias.

Comentarios al trabajo sobre cláusulas arbitrales infinitas de Ariana Cabrera Acevedo

María Elena Jara Vásquez*

Principia No. Especial 1–2025 pp. 29-34

Resumen: El texto comenta el trabajo de Ariana Cabrera sobre las cláusulas arbitrales infinitas, destacando su novedad y relevancia en el contexto de la ampliación excesiva del arbitraje por grandes corporaciones. Se analizan tres ejes: la indeterminación objetiva, relativa a la ausencia de vínculo entre la cláusula y una relación jurídica determinada; la indeterminación subjetiva, vinculada a la extensión indebida del convenio a partes no signatarias sin conexión relevante; y la tensión entre protección del consumidor y arbitraje en contratos de adhesión. El artículo concluye que la validez de estas cláusulas exige consentimiento real, información adecuada y una relación jurídica claramente determinada.

Abstract: The text comments on Ariana Cabrera's work on infinite arbitration clauses, highlighting its novelty and relevance amid the expanding use of arbitration by large corporations. It examines three key issues: objective indeterminacy, referring to the lack of a defined legal relationship underpinning the clause; subjective indeterminacy, concerning the improper extension of the arbitration agreement to non-signatory parties without meaningful connection; and the tension between consumer protection and arbitration in adhesion contracts. The article concludes that the validity of such clauses requires genuine consent, adequate information for consumers, and a clearly identified legal relationship underpinning the arbitration agreement.

Palabras Claves: Arbitraje | Cláusulas infinitas | Contratos de adhesión | Consentimiento | Consumidores

Keywords: Arbitration | Infinite clauses | Adhesion contracts | Consent | Consumers

* Docente de planta de la Universidad Andina Simón Bolívar-Sede Ecuador; Docente del seminario de arbitraje de la University of Missouri-Columbia.

Sumario: I. Sobre la indeterminación objetiva de las cláusulas infinitas, II. Sobre la indeterminación subjetiva de este tipo de cláusulas, III. Sobre la compleja interacción entre los campos de protección a consumidores y arbitraje

Celebro mucho que en esta edición se publiquen los trabajos de investigación realizados por los estudiantes de la primera edición en español del LL.M. en Dispute Resolution de la University of Missouri-Columbia. Este programa abre un fructífero espacio de diálogo internacional y reflexión sobre la situación de medios alternativos de solución de conflictos. Adicionalmente, me siendo honrada de comentar el artículo de Ariana Cabrera, a quien recuerdo de forma especial por su entusiasta participación en el Seminario de Arbitraje.

En su artículo, Ariana estudia solventemente un tipo de cláusulas arbitrales que, a partir del artículo del Profesor David Horton en 2020, se empezaron a denominar *infinitas*. Se trata de un tema novedoso, que tiene relación con la ampliación extraordinaria del alcance de cláusulas arbitrales que se ha observado en los últimos años por parte de algunos conglomerados empresariales de gran magnitud, especialmente en Estados Unidos de América. Quisiera referirme a algunos aspectos abordados en el artículo de Ariana, tomando siempre como punto de partida el consentimiento para someterse a arbitraje, pues, como conocemos, el arbitraje es fundamentalmente una creatura contractual.

I. Sobre la indeterminación objetiva de las cláusulas infinitas

El profesor Horton, explica que hasta hace poco, un acuerdo para someter a arbitraje “cualquier reclamación o controversia que surja o esté relacionada con” el contrato del contrato que la contiene, era “el paradigma mismo de una cláusula amplia de arbitraje”. Sin embargo, ahora, mediante cláusulas infinitas, se supone que los consumidores, empleados, pacientes médicos y sus familiares están aceptando “someter a arbitraje todas las reclamaciones que pudieran surgir alguna vez” contra un demandado y sus asociados¹. Como se advierte, el problema más evidente de este tipo de cláusulas arbitrales consiste en que la aplicación de las mismas puede intentar forzarse para conflictos emergentes de relaciones jurídicas diferentes a aquella en cuyo contexto las partes se obligaron a someter sus disputas a arbitraje.

Ordinariamente, se ha entendido que las cláusulas arbitrales están relacionadas con una relación jurídica determinada. Así se consigna, por ejemplo, en las opciones I y II del art. 7 de la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional, la misma que ha sido muy influyente en las modernas legislaciones de arbitraje:

¹ David Horton, “Infinite Arbitration Clauses,” *University of Pennsylvania Law Review* 168 (2020): 687.

El “acuerdo de arbitraje” es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas *respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual* (énfasis añadido)

La determinación de la relación jurídica a la que se aplicará la cláusula arbitral permite entender el alcance del consentimiento para someterse a arbitraje. Si las partes firman un contrato para la prestación de un servicio X y ese contrato contiene una cláusula arbitral redactada en forma muy amplia, cubriendo cualquier conflicto que podría surgir entre las partes y sus relacionadas ¿Podría válidamente inferirse la voluntad de someterse a arbitraje para una relación jurídica que al tiempo de la suscripción de la cláusula arbitral las partes no tenían en mente?. ¿Podría entenderse que con una cláusula colocada en un contrato las partes consintieron en que la misma cláusula se aplique a un conflicto de orden extracontractual, como en el caso de Disney con el que Ariana empieza su artículo? Desde mi perspectiva, no se podría asumir que las partes consintieron someterse a arbitraje para relaciones jurídicas diferentes a aquella que las partes claramente conocían al momento de suscribir la cláusula arbitral. De lo contrario, en términos del derecho de contratos, podría existir un vicio del consentimiento (un error, pues se tendría en mente una relación jurídica, cuando en realidad, se estaría estipulando arbitraje para otra). Más aún, en las legislaciones

que han seguido a la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional en cuanto a la regulación del convenio arbitral, este tipo de cláusulas infinitas estarían en abierta contradicción con la exigencia normativa de que exista una conexión entre el convenio arbitral y una relación jurídica determinada.

II. Sobre la indeterminación subjetiva de este tipo de cláusulas

En principio, el convenio arbitral alcanza a quienes lo suscribieron. Sin embargo, desde hace varias décadas, la teoría de partes no signatarias se ha ido desarrollando y aceptando en varias legislaciones. A la luz de esta teoría, suele entenderse que, de forma excepcional, el convenio arbitral alcanza a quienes, sin suscribirlo, tuvieron una conexión importante con el negocio jurídico al que se refiere el convenio arbitral, ya sea en la negociación, ejecución o terminación del contrato. Sin embargo, la posibilidad de que personas naturales o jurídicas relacionadas con un firmante -como una compañía que hace parte del mismo grupo empresarial- que no tuvieron conexión de ninguna naturaleza con la relación jurídica en el contexto de la cual se acordó la cláusula arbitral, debe ser rechazada, porque en este supuesto también existiría una ausencia de consentimiento para someterse a arbitraje.

III. Sobre la compleja interacción entre los campos de protección a consumidores y arbitraje

El efecto más preocupante de estas cláusulas excesivamente amplias es la desprotección de los consumidores, especialmente en caso de bienes o servicios de alcance masivo, que hoy por hoy se distribuyen a escala global mediante la web. Una parte del artículo de Ariana está orientado a analizar la validez de las cláusulas arbitrales insertas en contratos con consumidores.

Esta forma de contratación, la cual opera a través de cláusulas predispuestas², resulta indispensable en la economía moderna. Es imposible pensar en un contrato negociado con cada adquirente de bienes y servicios.

En los contratos de adhesión, la autonomía de la voluntad del consumidor se expresa de diferente manera: existe libertad de conclusión (es decir, de contratar o no, y de escoger al contratante), pero no existe la libertad de configuración (es decir, de negociar su contenido y de ser

el caso, modificarlo durante su vigencia)³. Como contracara de esta contratación de la autonomía de la voluntad para el consumidor, los sistemas jurídicos ordinariamente contraen también el alcance del *pacta sunt servanda*⁴. Consecuentemente el contenido de contratos de adhesión, particularmente cuando intervienen consumidores, admite mayor margen de revisión, el cual puede llegar inclusive al desconocimiento de la validez de ciertas previsiones contractuales en la medida en que estas se consideren abusivas. En derecho comparado podemos ver diferentes tendencias a la hora de evaluar la inserción de cláusulas arbitrales integradas en contratos con consumidores⁵:

En algunas legislaciones, la cláusula arbitral integrada en contratos de adhesión resulta abusiva, de tal forma que solo se admiten cláusulas arbitrales cuando ya surgió la controversia. Esta posición se ha adoptado en algunas legislaciones europeas⁶. En España, por ejemplo, se han considerado nulos los pactos arbitrales distintos a aquellos que someten a los

² Benjamín Moisés, *La autonomía de la voluntad y la predisposición contractual* (Buenos Aires: Zavalia, 2005), 185 (explicando que, en la doctrina alemana, en lugar de hablar sobre cláusulas predispuestas y contratos de adhesión, expresión de origen francés, se habla de condiciones generales de contratación, y que, en algunos casos, se usa indistintamente la referencia a cláusulas predispuestas o condiciones generales de contratación).

³ *Ibidem*, 128-33.

⁴ Rubén Stiglitz, "El nuevo orden contractual en el proyecto de Código Civil," <http://www.nuevocodigo-civil.com/un-nuevo-orden-contractual-en-el-proyecto-de-codigo-civil-por-ruben-stiglitz/>

⁵ María Elena Jara Vásquez, *Tutela Arbitral Efectiva* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones/UASB-E, 2017), 75-84.

⁶ Sección 6, inc. 1ero, Ley de arbitraje de 1999, Suecia: "Cuando una disputa entre una empresa y un consumidor se refiera a bienes, servicios y cualquier otro producto provisto para uso privado, un acuerdo arbitral no puede ser invocado cuando fue pactado en forma previa a la disputa [...]". Sección 617, parágrafo (1), Ley de arbitraje de 2006, Austria: "(1) Los convenios de arbitraje entre empresas y consumidores serán válidos únicamente para disputas que ya se han producido".

justificables al Sistema Arbitral de Consumo, regido por reglas particularísimas⁷. Y en Latinoamérica, la Corte Constitucional Colombiana optó por anular cláusulas arbitrales integradas en contratos de crédito para vivienda⁸.

En otros contextos, las cláusulas arbitrales incluidas en contratos con consumidores son válidas, aun cuando pueden existir condicionamientos. En el extremo más liberal, se encuentra la posición asumida por varias sentencias estadounidenses desde los años ochenta⁹. Bajo tal aproximación subyace el argumento de que favorecer al arbitraje sobre la litigación en cortes estatales constituye una política pública que debe promoverse en toda situación.

Por otra parte, la Unión Europea ha cultivado una perspectiva diferente, que si bien admite la validez de cláusulas arbitrales incluidas en contratos de adhe-

sión, exige mayores resguardos para proteger el acceso a la justicia del consumidor. En este sentido, la Directiva 93/13/CEE¹⁰, estableció que una cláusula es abusiva, y por lo tanto no ejecutable, cuando está encaminada a “suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales, en particular obligándole [al consumidor] a dirigirse exclusivamente a una jurisdicción de arbitraje no cubierta por las disposiciones jurídicas”¹¹. Pese a la ambigüedad de este texto, de él se infiere el reconocimiento condicionado de la validez de las cláusulas arbitrales incluidas en contratos de adhesión con consumidores, pues éstas se consideran válidas y por lo tanto libremente consentidas, siempre que pueda entenderse que se celebraron de buena fe. En estos casos, la buena fe se vincula con el suministro de información adecuada al consumidor y con la inexistencia de condiciones contractuales desequilibradas¹².

⁷ Ver por ejemplo Raúl Jiménez, “El convenio arbitral: los requisitos para su existencia y validez. Fuentes normativas y panorama jurisprudencial español,” en *Tratado de Derecho Arbitral*, t. II, en Carlos Alberto Soto Coaguila, dir., *Tratado de derecho arbitral*, t. II (Bogotá: PUJ-FCJ / Ibañez / IPA, 2011) 61–62. “Los tribunales españoles se han pronunciado de forma unánime y reiterada respecto a la nulidad de los laudos arbitrales basados en un convenio arbitral incluido en un contrato de adhesión en el que la parte adherente era un consumidor [...] y los Tribunales han acogido de oficio la nulidad del laudo, en otras palabras, aun cuando ninguna de las partes lo había impugnado [...] basándose en que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje, o que el laudo era contrario al orden público”. Posteriormente, (p. 63), el autor explica cómo este razonamiento ha diferido radicalmente al tratarse de contratos de adhesión en los cuales no han intervenido consumidores.

⁸ *Corte Constitucional de Colombia*, Sentencia C-1140/00 (30 de agosto de 2000).

⁹ Ver por ejemplo Jean Sternlight, “Creeping Mandatory Arbitration: Is It Just?,” *Stanford Law Review* 57, no. 5 (abril 2006): 1636–42, (explicando, a partir de un análisis histórico de jurisprudencia norteamericana, cómo las cortes han admitido arbitrajes impuestos en contratos de adhesión y en contratos laborales desde los ochenta, en contra de la doctrina que primaba previamente, la cual consideraba al arbitraje como un mecanismo apto para solución de conflictos entre empresas, y cómo gran parte de la industria norteamericana ha optado por imponer cláusulas arbitrales a sus consumidores y empleados, que si bien están escritas, al tenor de la interpretación realizada en cortes, no requieren siquiera estar firmadas).

¹⁰ De 5 de abril de 1993, Diario Oficial L 95, 21 de abril de 1993.

¹¹ Lit. q) del Anexo (cláusulas contempladas en el apartado 3, art. 3.1.) de la Directiva 93/13/CEE.

¹² Moisés, *La autonomía de la voluntad y la predisposición contractual*, 237.

En este orden de ideas, algunas legislaciones, han admitido la validez del sometimiento a arbitraje en contratos de adhesión siempre que el consumidor manifieste expresamente su consentimiento, lo que generalmente está atado a expresiones adicionales de consentimiento, como comenta Ariana con relación a la legislación venezolana. Claro está, esta aproximación no está libre de polémica, pues un consumidor promedio difícilmente conocerá los efectos de las cláusulas arbitrales pese a que las ratifique de forma individual y separada -menos aún, si esta cláusula está redactada como una cláusula arbitral infinita-.

En todo caso, aun en el supuesto de que en un ordenamiento se admitan las cláusulas arbitrales en contratos de adhesión con consumidores, estas:

- Para ser obligatorias, deberían adecuarse a las exigencias de la jurisdicción en las cuales se encuentran quienes suscriben el documento. Tal vez es por esta razón que Ariana ha constado la diferencia de redacción de la cláusula arbitral por segmentación geográfica en los servicios de streaming de Disney.
- Deberían referirse a una relación jurídica determinada. De no ser así, en mi concepto, no podría asumirse el consentimiento de los consumidores.

Finalmente, tal como lo establecen la Directrices para la Protección del Consu-

midor de las Naciones Unidas, la cooperación internacional es clave a fin de definir mecanismos efectivos de protección al consumidor en transacciones internacionales. Esta es una gran tarea pendiente.

Ciberseguridad en el arbitraje

Yarubith Escobar Bastidas*

Principia No. Especial 1-2025 pp. 35-47

Resumen: La salvaguarda de la información es un tema crucial en el arbitraje internacional, y específicamente la ciberseguridad dentro de los procesos arbitrales es un asunto que ha cobrado gran relevancia en virtud de la creciente digitalización de los procedimientos y la sensibilidad de la información manejada. Los principios de privacidad, confidencialidad y flexibilidad presentes en el arbitraje lo hacen un blanco tentador para posibles ataques cibernéticos. En la actualidad, existen instrumentos jurídicos internacionales que han desarrollado el tema, así como también hay ejemplos de vulneración de la ciberseguridad en el arbitraje, los cuales serán abordados en este artículo.

Abstract: The safeguarding of information is a crucial issue in international arbitration, and specifically, cybersecurity within arbitral processes has become a matter of great relevance due to the increasing digitalization of proceedings and the sensitivity of the information handled. The principles of privacy, confidentiality, and flexibility inherent in arbitration make it an attractive target for potential cyberattacks. Currently, there are international legal instruments that address this issue, as well as cases of cybersecurity breaches in arbitration, which will be discussed in this article.

Palabras Claves: Ciberseguridad | Arbitraje internacional | Protección de la información | Digitalización | Confidencialidad | Flexibilidad | Ataques cibernéticos

Keywords: Cybersecurity | International arbitration | Information protection | Digitalization | Confidentiality | Flexibility | Cyberattacks

* Certificada por Harvard University en Cybersecurity: Managing Risk in the Information Age. LL.M en Resolución de Disputas en la University of Missouri-Columbia. MBA (International Business) por la San Ignacio University de Miami, mención Cum Laude. Certificada por el Programa Avanzado de Estudios en Arbitraje de la Universidad Monteávila. Abogada y Licenciada en Estudios Internacionales por la Universidad Central de Venezuela.

Sumario: I. Introducción, II. Principios claves en el Arbitraje y su relación con la Ciberseguridad, III. Instrumentos Jurídicos Internacionales sobre Ciberseguridad en el Arbitraje, IV. Casos de Vulneración de la Ciberseguridad en el Arbitraje, V. Consecuencias de un Ciberataque en el Arbitraje Internacional, VI. Medidas para Mitigar Riesgos Cibernéticos en el Arbitraje, VII. Conclusiones

I. Introducción

El arbitraje internacional es un medio sobresaliente para la resolución alternativa de disputas en el contexto global, y en contraposición a los tribunales regulares o tradicionales, el arbitraje incorpora como parte de su naturaleza jurídica principios básicos como la flexibilidad y la confidencialidad que hacen muy atractivo el uso de este mecanismo. En escenarios donde las partes en conflicto pueden pertenecer a diferentes jurisdicciones, el arbitraje proporciona imparcialidad y eficiencia para resolver disputas de naturaleza comercial, laboral, deportiva, de inversiones, entre otras. El arbitraje se rige por la voluntad de las partes y el procedimiento se lleva a cabo bajo reglas específicas convenidas de mutuo acuerdo e incluye la elección de los árbitros y la aplicabilidad de tratados internacionales¹.

En la actualidad, el arbitraje internacional ha sufrido una evolución trascendental debido al uso de las tecnologías de

la información y la comunicación, así como la digitalización de los procedimientos. Cada vez es más común que las fases del procedimiento arbitral como la presentación de memoriales, de pruebas e incluso las audiencias se lleven a cabo en entornos virtuales, mediante el uso de plataformas digitales. Toda esta transformación electrónica se ha traducido en mayor eficiencia, accesibilidad para las partes en conflicto y hasta en reducción de costos².

No obstante, el uso de tecnologías en el arbitraje también ha traído consigo desafíos importantes en cuanto a la seguridad de la información. El uso de redes digitales y las plataformas de almacenamiento en la nube son herramientas que aumentan la exposición a ciberataques y a posibles filtraciones de la información, poniendo en riesgo la integridad del proceso y el principio de confidencialidad.

De esta forma, la ciberseguridad se erige como una preocupación relevante dentro del arbitraje internacional, debido a

¹ M. Estévez, “Ciberseguridad en los procesos de arbitraje internacional,” *Izertis* (2024), <https://www.izertis.com/es/-/blog/ciberseguridad-procesos-arbitraje-internacional>

² Cuando se menciona que la transformación digital del arbitraje ha traído consigo ventajas como mayor eficiencia, accesibilidad para las partes en conflicto y reducción de costos, se hace referencia a que por ejemplo ha habido reducción en la impresión de enormes documentos físicos, quizá ya no es necesario trasladarse de un país a otro para la celebración de las audiencias, sino que se puede participar de manera virtual a través de plataformas especializadas, entre otros ejemplos.

que la información que se maneja en estos procedimientos suele ser muy sensible³. Y cuando se habla de la sensibilidad de la información en el arbitraje internacional se habla de documentos relacionados con disputas comerciales, datos financieros, contratos, secretos industriales, decisiones arbitrales no publicadas, datos personales de las partes involucradas, pruebas y testimonios confidenciales, estrategias de negociación, etc. Este tipo de información sumamente relevante puede ser objeto de ataques por parte de hackers, gobiernos, competidores desleales, entre otros sujetos interesados en obtener acceso a dicha información estratégica.

Una falla en la ciberseguridad dentro de un procedimiento arbitral puede tener consecuencias gravísimas que van desde poner en riesgo la privacidad de las partes hasta comprometer la validez del laudo, es por lo que organizaciones internacionales relacionadas al mundo del arbitraje han desarrollado algunos instrumentos jurídicos con recomendaciones y protocolos para fortalecer la seguridad de la información en esta era digital.

Este artículo explora de manera general los principales marcos normativos que abordan la ciberseguridad en el arbitraje internacional, así como algunos casos relevantes de vulneración y las consecuencias de estos incidentes en los procedimientos arbitrales.

II. Principios claves en el Arbitraje y su relación con la Ciberseguridad

Entre los principios fundamentales del arbitraje destacan la confidencialidad y la flexibilidad, elementos estos que separan al arbitraje de los litigios judiciales, pero que por otro lado lo hacen vulnerable dentro de un entorno tecnológico. En este orden de ideas, la sensibilidad política y comercial de las disputas arbitrales, que a menudo son confidenciales gracias a esa flexibilidad arbitral, las convierte en un blanco atractivo para los hackers⁴.

La confidencialidad es un elemento central dentro de los procesos de arbitraje, ya que es el que garantiza que la información dentro del procedimiento (memoriales, pruebas, testimonios, el laudo, etc.) sea reservada y su acceso restringido a las partes involucradas y al tribunal arbitral. Es necesario mencionar que el nivel de confidencialidad varía de arbi-

³ Frecuentemente la batería de información a la cual se tiene acceso durante un procedimiento de arbitraje internacional, es altamente sensible en virtud de la naturaleza del conflicto y a los intereses en juego. Por ejemplo, la filtración por un ciberataque de secretos comerciales y propiedad intelectual en disputas relacionadas con patentes o formulas comerciales. Otro ejemplo es el caso de la filtración de datos financieros y bancarios donde se podría exponer la estrategia financiera de un fondo de inversión o su estructura fiscal.

⁴ J. Choong, V. Sinha, S. Klot, y O. André, "Data Protection and Cybersecurity in International Arbitration Remain in the Spotlight," *Freshfields Bruckhaus Deringer* (2023), <https://www.freshfields.com/en-gb/our-thinking/campaigns/international-arbitration-in-2023/data-protection-and-cybersecurity-in-international-arbitration-remain-in-the-spotlight/>

traje a arbitraje y va a depender de lo que las partes acuerden al respecto, habrá arbitrajes más abiertos a publicar información relevante y habrá arbitrajes a puerta cerrada⁵. Cualquier brecha en la ciberseguridad del arbitraje puede traducirse en la exposición pública de información sensible catalogada como confidencial por las partes.

Otro principio medular del arbitraje es su flexibilidad, el cual permite que las partes adapten el procedimiento a sus necesidades, y sin duda la digitalización de los procedimientos ha profundizado esa flexibilidad y en virtud de ello ahora vemos audiencias virtuales, firma electrónica de documentos, almacenamiento en la nube, etc.

Todas estas innovaciones tecnológicas han traído consigo riesgos significativos en cuanto a la seguridad digital de la información arbitral se refiere. Por ejemplo, la carencia de uniformidad en los estándares de protección de datos y la variedad de plataformas digitales que son utilizadas hacen que la generación de brechas de seguridad sea cada vez más frecuente⁶.

En otras palabras, el interés de terceros, ajenos o participantes, en tener acceso a

la información y datos relacionados con el arbitraje hace que los activos tecnológicos mediante los cuales se almacena, gestionan y comunica dicha información sea un blanco atractivo para los ciberdelincuentes⁷.

III. Instrumentos Jurídicos Internacionales sobre Ciberseguridad en el Arbitraje

Afortunadamente hoy día la comunidad internacional cuenta con algunos instrumentos jurídicos internacionales que plantean directrices orientadas a proteger la información sensible que se maneja en los arbitrajes, así como prevenir ataques y garantizar la confidencialidad y la integridad de dichos procedimientos. Veamos de que se tratan algunos de estos instrumentos:

- **Directrices de Ciberseguridad de la IBA⁸:** Estas directrices fueron adoptadas en el 2018 por la *International Bar Association* y las mismas están orientadas a proponer las mejores prácticas para que los abogados se resguarden de las violaciones de seguridad de los da-

⁵ Estévez, “Ciberseguridad en los procesos de arbitraje internacional.”

⁶ Por ejemplo, cuando una audiencia arbitral se lleva a cabo mediante una plataforma virtual de videoconferencias, y la misma no posee un cifrado robusto y adecuado, existe el riesgo de que un tercero pueda interceptar la transmisión y obtener acceso no autorizado a las deliberaciones del caso. Hay un término para conceptualizar esto y es el *Zoombombing*, el cual se define como es una intrusión, indeseada y perturbadora, por hackers de Internet o terceros no autorizados, en una videoconferencia.

⁷ Estévez, “Ciberseguridad en los procesos de arbitraje internacional.”

⁸ International Bar Association, *IBA Cybersecurity Guidelines* (International Bar Association, 2018), <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=2F9FA5D6-6E9D-413C-AF80-681BAFD300B0>

tos e información y la posible responsabilidad correspondiente⁹.

- **Protocolo ICCA - NYC Bar CPR sobre Ciberseguridad en el Arbitraje Internacional:** Este protocolo fue publicado en el 2019 y tuvo una actualización el 2022 y es fruto de un esfuerzo conjunto del Consejo Internacional de Arbitraje Comercial (ICCA), el Colegio de Abogados de la Ciudad de Nueva York y el Instituto Internacional para la Prevención y Resolución de Conflictos (CPR)¹⁰. Dicho instrumento provee con un marco general para que las partes acuerden medidas pertinentes de ciberseguridad para la protección de sus arbitrajes. Algunas de estas posibles medidas son el cifrado, los controles de acceso, entre otros. Este protocolo aborda cuestiones de seguridad de los datos y de la información que podrían ser incorporados a los acuerdos arbitrales, órdenes del día, ordenes procesales, etc., así como una guía para notificar y gestionar violaciones de ciberseguridad¹¹.
- **La Hoja de Ruta para la Protección de Datos en el Arbitraje Internacional:** También del 2022,

fue elaborada por la IBA (*International Bar Association*) y la CPA (Corte Permanente de Arbitraje) con el objetivo principal de identificar y abordar de manera eficaz y eficiente las cuestiones relativas a la protección de datos en el arbitraje, incluidos aquellos almacenados de forma digital¹².

- **Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) de la Unión Europea:** Este instrumento es aplicado a cualquier institución que procese “datos personales” de ciudadanos de la Unión Europea, independientemente de su ubicación geográfica. En el marco de los arbitrajes, los “datos personales” pueden incluir nombres, direcciones, detalles financieros, información de contactos, detalles sociales, etc. En este sentido, de acuerdo con este instrumento jurídico, los abogados deben obtener consentimiento explícito tanto de testigos como de expertos antes de procesar sus “datos personales”. Este reglamento, además restringe la transferencia de “datos personales” a países fuera de la jurisdicción de la Unión Europea que no posean un nivel de protección de datos correcto. En

⁹ D. Nikolić y S. Supper, “Cybersecurity in International Arbitration: On the Road towards Green Flags,” *Schoenherr Attorneys at Law* (2024), <https://www.schoenherr.eu/content/cybersecurity-in-international-arbitration-on-the-road-towards-green-flag>

¹⁰ Nikolić y Supper, “Cybersecurity in International Arbitration.”

¹¹ Choong et al., “Data Protection and Cybersecurity in International Arbitration.”

¹² Nikolić y Supper, “Cybersecurity in International Arbitration.”

un arbitraje internacional, esto resulta especialmente relevante, sobre todo en la celebración de audiencias virtuales con partes localizadas en diferentes jurisdicciones¹³.

- También los centros de arbitraje han ido creando sus propios mecanismos de protección de datos y ciberseguridad a través de recomendaciones e incluso la imposición de obligaciones a los árbitros de discutir cuestiones relacionadas con la protección de los datos y si lo consideran necesario, emitir decisiones al respecto¹⁴. Ejemplo de ello es el **LCIA London Court of International Arbitration** cuyo reglamento de arbitraje obliga al tribunal y a las partes a considerar las cuestiones de seguridad de la información desde el principio del procedimiento e incluir dichas consideraciones en la conferencia procesal inicial. Otro ejemplo, lo constituye el **Reglamento Suizo (Swiss Rules of International Arbitration del Swiss Arbitration Centre)** el cual promueve el uso de plataformas digitales seguras y fomenta que las partes discutan *at*

initio medidas específicas de seguridad informática para la protección de los datos. Por otro lado, el **SIAC (Singapore International Arbitration Centre)** emitió durante y después del Covid-19 protocolos y guías para llevar a cabo las audiencias virtuales haciendo énfasis en el uso de plataformas seguras, el uso de fuertes controles de acceso y privacidad robusta¹⁵. También el **VIAC (Vienna International Arbitral Centre)** publicó directrices sobre las audiencias online recomendando medidas sobre la autenticación de los participantes del arbitraje y la prevención de grabaciones no autorizadas.

Se observa entonces como de manera directa e incluso de manera indirecta, la comunidad arbitral internacional cuenta con instrumentos jurídicos relativos al tema de la protección de la información en esta era digital, demostrando así la preocupación que existe al respecto.

IV. Casos de Vulneración de la Ciberseguridad en el Arbitraje

La confidencialidad es uno de los principios por los cuales el arbitraje es tan popular como medio alternativo de resolu-

¹³ The Impact Lawyers, “COVID-19 y la protección de datos en el arbitraje internacional,” *The Impact Lawyers* (2021), <https://theimpactlawyers.com/es/articulos/covid-19-y-la-proteccion-de-datos-en-el-arbitraje-internacional>

¹⁴ Nikolić y Supper, “Cybersecurity in International Arbitration.”

¹⁵ Shaun Lee y Low Zhe Ning, “SIAC Congress Recap: This House Believes that Virtual Hearings Are Just as Effective as In-Person Hearings,” *Kluwer Arbitration Blog*, 4 de septiembre de 2020, <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/09/04/siac-congress-recap-this-house-believes-that-virtual-hearings-are-just-as-effective-as-in-person-hearings/>

ción de controversias. Sin embargo, la confidencialidad se ha visto comprometida en algunas ocasiones debido a brechas en la seguridad de la información y a las actuaciones de actores involucrados en el arbitraje (despachos de abogados, empresas, Estados, etc.)¹⁶. Veamos algunos casos relevantes:

1. **Ataque al sitio web de la Corte Permanente de Arbitraje (CPA) (China vs. Filipinas, 2015):** Este hackeo se produjo en el momento de la celebración de una audiencia entre China y Filipinas en un caso relacionado con una disputa de tipo fronteriza y marítima. Y como consecuencia de ello, los datos personales de todo aquel involucrado en este caso quedaron expuestos¹⁷. Básicamente lo ocurrido este en caso concreto, fue la instalación de un *malware*¹⁸ en la parte o sección de la página web de la CPA dedicada a esa disputa, pero que además contenía información relevante de otra docena de casos, lo que llevo a la desconexión de la página web por motivos de seguridad

de los datos¹⁹. Hay que destacar que este ataque fue atribuido a China, y el mismo permitió que cualquier persona que visitara ese sitio web, su equipo quedaba infectado por un programa malicioso que le daba la oportunidad a China de tener acceso a toda la información del computador desde el cual se accedía. De esta forma China pudo obtener los nombres de los actores que formaban parte y seguían este caso y así anticipar su postura ante la CPA²⁰.

2. ***Gela Mikadze et al. v. Ras Al Khaimah Investment Authority et al., Cámara de Comercio de Estocolmo (SCC):*** En este caso, una de las partes dio inicio al procedimiento de anulación de laudo, alegando ante los tribunales suecos que hubo violación al debido proceso porque se dio un pirateo de información clasificada como confidencial, señalando que dicho hecho ocurrió por instrucciones de la parte contraria²¹.
3. ***Caratube International Oil Company LLP y Devinci Salah Hou-***

¹⁶ Javier Fernández-Samaniego, Gonzalo Hierro Viéitez, y Yaiza Araque Moreno, “Ciberseguridad en el Arbitraje Internacional: Un Desafío Inaplazable,” *THEMIS Revista de Derecho*, no. 79 (2021): 549, <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/23502/22480>

¹⁷ Fernández-Samaniego, Hierro Viéitez y Araque Moreno, “Ciberseguridad en el Arbitraje Internacional,” 549.

¹⁸ Según la pagina web de McAfee un *malware* es “un término que abarca cualquier tipo de software malicioso diseñado para dañar o explotar cualquier dispositivo, servicio o red programable. Los delincuentes cibernéticos generalmente lo usan para extraer datos que pueden utilizar como chantaje hacia las víctimas para obtener ganancias financieras.” <https://www.mcafee.com/esmx/antivirus/malware.html#:~:text=%C2%BFQu%C3%A9%20es%20malware?,comprometida%20se%20ha%20vuelto%20ilimitada>.

¹⁹ Nikolić y Supper, “Cybersecurity in International Arbitration.”

²⁰ Estévez, “Ciberseguridad en los procesos de arbitraje internacional.”

²¹ Nikolić y Supper, “Cybersecurity in International Arbitration.”

rani c. Kazajistán: Este es un caso de arbitraje internacional de inversiones, donde se le presentaron al tribunal arbitral documentos filtrados que fueron obtenidos a través de un hackeo de los sistemas informáticos del gobierno de Kazajistán y que fueron usados por la parte demandante en el proceso arbitral²². Este caso involucro al bufete internacional Curtis, Mallet-Prevost, Colt quienes accionaron en nombre de Kazajistán, tras tener conocimiento que algunas cuentas de correo electrónico y computadoras de diversos funcionarios públicos del gobierno de este país habían sido hackeadas durante el tiempo que ese bufete asesoraba a Kazajistán en relación con un acuerdo para desarrollar un yacimiento de petróleo y gas²³.

4. **ConocoPhillips contra Venezuela:** Este es otro caso de arbitraje internacional de inversiones donde se presentaron documentos contentivos de comunicaciones entre funcionarios vinculados con el arbitraje que posteriormente aparecieron en *WikiLeaks*²⁴.

Estos son solo algunos ejemplos que muestran que los ciberataques en los procedimientos arbitrales son amenazas reales.

V. Consecuencias de un Ciberataque en el Arbitraje Internacional

Una falla en la ciberseguridad dentro de un arbitraje internacional puede representar una amenaza a la integridad y legitimidad del procedimiento. El hecho de que cada vez más los arbitrajes se desarrollen en entornos digitales hace que las posibles consecuencias de un ciberataque u otra falla en la seguridad de la información puedan llegar a ser de amplio alcance y bastante significativas. Veamos algunos de los impactos más importantes:

Una de las principales consecuencias de la vulneración en la ciberseguridad en el contexto de un arbitraje internacional es la ruptura del principio de confidencialidad y por lo tanto de la integridad de la información y de los datos manejados dentro del procedimiento. La fuga de información en un arbitraje puede ser utilizada como un arma de negociación que puede perjudicar las posturas de las partes en conflicto y alterar el curso del proceso. La filtración o eliminación de información relevante como comunicaciones entre las partes, emails, pruebas, borradores de los memoriales o del laudo pueden incidir directamente en la equidad del procedimiento y debilitar la confianza en este mecanismo alternativo de resolución de controversias.

²² Nikolić y Supper, "Cybersecurity in International Arbitration."

²³ Fernández-Samaniego, Hierro Viéitez y Araque Moreno, "Ciberseguridad en el Arbitraje Internacional," 549.

²⁴ Nikolić y Supper, "Cybersecurity in International Arbitration."

La confidencialidad en el arbitraje internacional requiere de la ciberseguridad²⁵. En esta época de procedimientos arbitrales verdes (sin papel), pero con una enorme cantidad de datos electrónicos, estos pueden estar expuestos a accesos no autorizados sino se implementan medidas de ciberseguridad robustas.

Es importante mencionar que el impacto de la filtración de información en un arbitraje no afecta solo a las partes en conflicto, sino que puede potencialmente afectar a terceros involucrados como empleados, clientes, competidores, etc. Por ejemplo, la divulgación de información relativa a los pronósticos financieros, propiedad intelectual, planes de negocios, etc., puede ser usada negativamente en contra de las empresas parte del conflicto, afectando el valor de sus acciones, o su posición en el mercado, pérdidas económicas e incluso afectar su reputación²⁶.

Como se mencionó *ut supra*, pueden darse daños reputacionales como consecuencia de fallas de ciberseguridad en un arbitraje, y si se percibe que dichas fallas fueron consecuencia de no tomar las medidas necesarias para la protección de la información, estos daños pueden extenderse también a los abogados, a los peritos y a los árbitros. Ahora bien, si hablamos de arbitrajes internacionales de inversión, hay que tener en cuenta que la fuga de información relevante puede lle-

gar a generar crisis diplomáticas y presiones políticas.

En este sentido, también podría darse el escenario de la divulgación no autorizada de datos personales por ejemplo de los testigos y expertos y esto puede afectarlos en su fuero privado.

Otra consecuencia grave de un ciberataque en un procedimiento arbitral es el impacto en la validez y ejecución del laudo. Los laudos arbitrales son decisiones vinculantes entre las partes y su validez está sujeta a que todo el procedimiento se haya llevado a cabo con transparencia, rectitud y sin vulneraciones; y un ataque cibernético que modifique o manipule las pruebas, las comunicaciones o algún dato relevante dentro del proceso podría potencialmente dar lugar a impugnaciones sobre el laudo. En este escenario, algunas de las partes podrían argumentar que no se respetaron las garantías fundamentales, podrían darse alegaciones de corrupción, falta de imparcialidad, violaciones al debido proceso, etc., y todo esto puede dar lugar a que se intenten acciones de nulidad contra el laudo o su no reconocimiento.

En definitiva, las consecuencias de fallas en la ciberseguridad en el arbitraje internacional variarían de acuerdo con las circunstancias particulares del caso concreto, pero en términos generales podría haber aumento del costo del arbitraje, pérdida económica para la parte cuya in-

²⁵ Nikolić y Supper, "Cybersecurity in International Arbitration."

²⁶ Nikolić y Supper, "Cybersecurity in International Arbitration."

formación fue vulnerada, daños reputacionales, retrasos en el procedimiento, cuestionamientos de imparcialidad de los árbitros, desacuerdos en las medidas a tomar para evitar más fallas, posible responsabilidad contractual, cobertura mediática adversa, etc²⁷.

VI. Medidas para Mitigar Riesgos Cibernéticos en el Arbitraje

Ante las graves consecuencias que puede potencialmente generar la debilidad en la seguridad de la información dentro de un procedimiento de arbitraje internacional en este creciente era digital, resulta imperativo tomar medidas preventivas e implementar protocolos robustos de ciberseguridad orientados a la mitigación del riesgo.

La buena noticia es que la comunidad arbitral internacional es consciente de los grandes desafíos de ciberseguridad que existen hoy en día. En otras palabras, la ciberseguridad en el arbitraje internacional es tarea de todos los actores involucrados (partes, abogados, tribunales arbitrales, centros de arbitraje, peritos, expertos, terceros financiadores, etc.) y todos deben asumir su cuota de responsabilidad en la protección de los datos y de las comunicaciones.

Existe consenso en que la responsabilidad compartida, la responsabilidad activa y las medidas preventivas son medu-

lares para garantizar la protección de los datos digitales en los procedimientos arbitrales²⁸.

Como ya se describió en la parte III de este artículo titulada “Instrumentos Jurídicos Internacionales sobre Ciberseguridad en el Arbitraje” ha habido un esfuerzo por parte de la comunidad arbitral internacional en crear y poner a disposición de los usuarios del arbitraje documentos contentivos de buenas prácticas tendentes a proteger a los arbitrajes de posibles ciberataques.

En este sentido, y más allá de los instrumentos jurídicos, hojas de ruta, recomendaciones, directrices, protocolos, que ya existen y que seguramente se continuaran elaborando en el concierto del arbitraje internacional, existen medidas preventivas que se pueden implementar incluso antes de que comience el arbitraje. Por ejemplo, las empresas pueden tomar acciones precautorias como realizar evaluaciones preliminares de riesgo para identificar previamente los documentos confidenciales y los datos sensibles que serán introducidos en el procedimiento arbitral y de acuerdo con el resultado crear protocolos internos de seguridad e incluso crear canales seguros para la comunicación relacionada con el arbitraje, crear copias de seguridad, implementar antivirus en sus sistemas informáticos, si usas memorias USB estas

²⁷ Anastasia Tzevelekou, “Cybersecurity in International Arbitration,” *International Arbitration Attorney*, 30 de enero de 2020, <https://www.international-arbitration-attorney.com/cybersecurity-in-international-arbitration/>

²⁸ Nikolić y Supper, “Cybersecurity in International Arbitration.”

deben estar cifradas y el acceso a los documentos digitales debe estar protegido por contraseñas complejas o autenticación multifactorial²⁹.

La capacitación continua también es otro elemento para tomar en cuenta. Los actores en el arbitraje deben estar formados sobre los temas de seguridad de la información y su medular importancia para la integridad del arbitraje. Además de la capacitación en el tema y la promoción de la cultura de seguridad, también se podría exigir la destrucción de ciertos documentos una vez concluya el arbitraje³⁰. En este sentido, es importante entender que la prevención en temas de seguridad de la información depende en gran medida del comportamiento humano, es por lo que todos los actores involucrados en un procedimiento arbitral deberían estar al tanto de asuntos de ciberseguridad como el manejo adecuado de contraseñas, reconocimiento de correos maliciosos, procedimientos en caso de sospecha de pérdida de la información o intrusión, etc.

Por otro lado, los centros administradores de arbitrajes también tienen un papel protagónico en lo que a ciberseguridad se refiere, y sobre ellos recae proveer y asegurarse de que los tribunales arbitrales usen plataformas fuertes con cifrados de extremo a extremo, sistemas de autenticación multifactorial y almacena-

miento en la nube con estándares internacionales de seguridad como la ISO/IEC 27001. Esta certificación es un estándar usado globalmente que muestra que una organización implementa buenas prácticas de seguridad informática y es confiable³¹. En este orden de ideas, las instituciones arbitrales pueden desplegar estrategias centralizadas de ciberseguridad en aras de mitigar la sofisticación de los ataques cibernéticos actuales³².

Otra medida de mitigación de riesgos en el arbitraje internacional que puede ser implementada son los acuerdos entre las partes sobre seguridad digital. Es recomendable que las partes establezcan por consenso cláusulas sobre ciberseguridad en sus reglas de procedimiento, como por ejemplo protocolos para el intercambio de documentos, reglas sobre el uso de dispositivos personales, mecanismos de respaldo de información, entre otros, en aras de fortalecer la transparencia y anticiparse a escenarios de contingencia ante posibles incidentes en cuanto a la seguridad de la información.

VII. Conclusiones

La ciberseguridad en el arbitraje internacional se erige como un tema medianamente novedoso, cuya importancia real se intensificó durante el periodo del Covid-19, a raíz de la necesidad de celebrar

²⁹ Nikolić y Supper, "Cybersecurity in International Arbitration."

³⁰ Nikolić y Supper, "Cybersecurity in International Arbitration."

³¹ Estévez, "Ciberseguridad en los procesos de arbitraje internacional."

³² Tzevelekou, "Cybersecurity in International Arbitration."

las audiencias virtualmente. Pero la realidad ha demostrado que toda esta digitalización en los procedimientos de arbitraje, especialmente en el arbitraje internacional, llegó para quedarse. Sin embargo, más allá de los múltiples beneficios de la virtualidad, han surgido desafíos en cuanto a la seguridad de la información que han puesto en alerta a la comunidad arbitral y que la han llevado a tomar medidas al respecto.

Como se observó en el desarrollo de este artículo existe una variedad de instrumentos jurídicos internacionales que ofrecen marcos orientativos para enfrentar de la mejor manera posible y con uniformidad estos desafíos, ofreciendo soluciones y promoviendo mejores prácticas como estrategias de mitigación.

Por otro lado, existen precedentes de vulneración y fallas en la ciberseguridad en procedimientos de arbitraje que demuestran que el riesgo no es hipotético, sino real. Las posibles consecuencias de un ciberataque van a depender del caso concreto, pero en términos generales se puede comprometer la validez de laudo, o dañar la reputación de las partes o actores del arbitraje, así como el incremento en los costos del procedimiento debido al retraso procesal que se puede causar, y finalmente se podría ver socavada la legitimidad del proceso.

En este sentido, se hace necesario implementar medidas preventivas como la adopción de plataformas tecnológicas robustas, y la participación activa de los

involucrados en el arbitraje para garantizar la eficacia, la confianza, la confidencialidad, y la sostenibilidad del arbitraje como medio alternativo de resolución de conflictos en este era digital.

En este orden de ideas, resulta oportuno recomendar que las partes incluyan cláusulas específicas sobre la seguridad digital en sus órdenes procesales que de manera consensuada ayuden a blindar y proteger el procedimiento. Otra recomendación tiene que ver con la formación continua en temas de protección de datos y el manejo de plataformas tecnológicas, la cual debería ser impartida a todos los actores involucrados en el arbitraje.

En cuanto a futuras líneas de investigación que se pueden desprender de este importante tema, resulta necesario profundizar en el impacto jurídico de las fallas de ciberseguridad en la validez del laudo arbitral, así como la responsabilidad de los actores involucrados. También sería pertinente ver como la inteligencia artificial y el almacenamiento en la nube afectan la confidencialidad del arbitraje y su consecuente eficacia. Por otro lado, sería interesante que los más importantes centros de arbitraje del mundo armonizaran estándares internacionales de ciberseguridad.

Para finalizar, es importante resaltar que la ciberseguridad no es un fin en sí mismo, sino es el medio para proteger el proceso arbitral en esta era digital. Es necesario prevenir, pero sin olvidar que

la figura protagónica es el arbitraje, y hacia su integridad es a donde deben dirigirse todos los esfuerzos. Por lo tanto, la evaluación de los costos económicos de la implementación de medidas de ciberseguridad es sin duda un tema que debe ser evaluado.

Cybersecurity as due process and its limits in international arbitration

Dennis Crouch*

Principia No. Especial 1–2025 pp. 49-55

Resumen: El artículo analiza la ciberseguridad como una dimensión del debido proceso en el arbitraje internacional y examina sus límites frente a amenazas digitales avanzadas, especialmente aquellas de origen estatal. A partir de casos reales y del desarrollo reciente de instrumentos de soft law, el autor sostiene que la ciberseguridad no debe tratarse solo como una cuestión técnica o administrativa, sino como un componente esencial de la equidad procesal. Propone integrar el análisis de riesgos tecnológicos en la gestión del caso arbitral mediante criterios de proporcionalidad, sensibilidad, viabilidad y costos. No obstante, advierte que el arbitraje carece de herramientas efectivas para enfrentar interferencias cibernéticas patrocinadas por Estados, lo que obliga a replantear las expectativas sobre confidencialidad y protección procesal en la era digital.

Abstract: The article examines cybersecurity as a dimension of due process in international arbitration and explores its limits in the face of advanced digital threats, particularly those originating from state-sponsored actors. Drawing on real cases and recent soft law developments, the author argues that cybersecurity should not be treated merely as a technical or administrative issue, but as a core element of procedural fairness. He proposes integrating technological risk analysis into arbitral case management through criteria such as proportionality, sensitivity, feasibility, and cost. However, the article warns that arbitration lacks effective tools to address state-sponsored cyber interference, prompting a reassessment of traditional expectations regarding confidentiality and procedural protection in the digital era.

Palabras Claves: Ciberseguridad | Arbitraje internacional | Debido proceso | Confidencialidad | Amenazas estatales

Keywords: Cybersecurity | International arbitration | Due process | Confidentiality | State-sponsored threats

* Dennis D. Crouch es profesor Judge C.A. Leedy de Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Missouri (Mizzou Law). Es reconocido por su experiencia en propiedad intelectual e inteligencia artificial. Autor prolífico, es creador del influyente blog jurídico Patently-O. Ingeniero por Princeton y abogado por la Universidad de Chicago, ha recibido múltiples premios a la docencia.

Sumario: I. Introduction, II. The State-Sponsored Threat: A New Category of Risk, III. Integrating Technology into Arbitral Case Management, IV. The Limits of Arbitral Remedies in the Face of State Actors, V. Conclusion

I. Introduction

Yarubith Escobar Bastidas's article on cybersecurity in international arbitration provides a valuable window into how arbitral practice has entered the digital era and the attendant security implications¹. Bastidas documents the rapid digitalization of arbitral proceedings and explains that while these innovations improve efficiency, they also expose new vulnerabilities. Her treatment of emerging "soft law"—including the ICCA-NYC Bar-CPR Protocol on Cybersecurity (2022) and the ICCA-IBA Roadmap to Data Protection (2020)—demonstrates how the arbitration community has begun developing frameworks for managing digital risks².

In reading the article, the most compelling aspects are her illustrations of cyber threats through case examples, including the 2015 hack of the Permanent Court of Arbitration's website during *Philippines v. China* and the alleged cyber-intrusion in *Gela Mikadze v. Ras Al Khaimah Investment Authority*.

These incidents underscore that cyber breaches in arbitration have already materialized with potentially serious consequences: exposure of sensitive data, procedural disruption, and challenges to award enforcement.

For arbitral tribunals, malicious cyber interference strikes at core values of due process. When hackers can infiltrate proceedings and skew outcomes, the integrity of the arbitral process itself is at risk³. This response adds to the discussion with the argument that technological considerations such as cybersecurity must be integrated into due process analysis⁴. In other words, it is not merely an administrative concern, but is a fundamental component of procedural fairness in the digital age. When parties entrust sensitive filings to cloud servers or hold hearings on videoconferencing platforms, they create new vectors for procedural unfairness.

But the difficulties here are immense. International hackers operate across jurisdictional boundaries where traditional legal enforcement mechanisms prove in-

¹ Yarubith Escobar Bastidas, *Ciberseguridad en el Arbitraje Internacional, Principia*, Edición Especial 1 (2025).

² ICCA-NYC Bar-CPR, *Protocol on Cybersecurity in International Arbitration* (2022 ed.); ICCA-IBA, *Roadmap to Data Protection in International Arbitration* (Consultation draft 2020).

³ ICCA-NYC Bar-CPR, *Protocol on Cybersecurity in International Arbitration*, 16–17.

⁴ Stephanie Cohen y Mark Morrill, "A Call to Cyberarms: The International Arbitrator's Duty to Avoid Digital Intrusion," *Fordham International Law Journal* 40 (2017): 983–84; Klaus Peter Berger y J. Ole Jensen, "Due Process Paranoia and the Procedural Judgment Rule: A Safe Harbour for Procedural Management Decisions by International Arbitrators," *Arbitration International* 32, no. 3 (2016): 415.

effective, making accountability and remediation extraordinarily challenging. State-sponsored actors compound these problems exponentially, wielding sophisticated resources and operating with near-impunity under sovereign protection, creating threats that existing arbitral frameworks are simply not equipped to address. These realities force uncomfortable questions about arbitration’s traditional promises—particularly whether meaningful confidentiality can be maintained against determined state actors, and what the arbitration community can realistically achieve in protecting proceedings from sovereign cyber operations.”

II. The State-Sponsored Threat: A New Category of Risk

Unlike opportunistic cybercriminals motivated by quick profit, state-sponsored hackers conduct sophisticated, sustained operations through advanced persistent threats⁵. These adversaries are well-funded and patient, capable of deploying zero-day exploits and remaining hidden in arbitral IT systems for extended periods while gathering intelligence. Their methods and resources far outstrip those of ordinary hackers. But despite common wisdom on the extent of state-sponsored hacking, attributing

these incursions to particular states is notoriously difficult⁶. State-backed groups often disguise their digital fingerprints or plant false flags to mislead investigators, obscuring who is behind a breach. This creates troubling accountability and enforcement gaps that can permit these sovereign shielded malicious actors to operate with near impunity and certainly beyond the direct reach of arbitral control.

Certain disputes are especially vulnerable to state-backed intrusion – or perhaps I should say more likely to be targeted. Cases involving defense technology, energy concessions, critical infrastructure, or emerging technologies represent potential intelligence goldmines. The current era of rising economic competition and technological rivalry between major powers creates powerful incentives for state actors to target arbitral proceedings for strategic advantage. When disputes touch on technologies or industries deemed essential to national competitiveness, the potential rewards of cyber-espionage far outweigh the risks of detection.

Although many incidents do not become public –especially those involving arbitration– there are still more than a handful of publicly shared incidents that illus-

⁵ Nanda Rani, Bikash Saha y Sandeep Kumar Shukla, “A Comprehensive Survey of Advanced Persistent Threat Attribution: Taxonomy, Methods, Challenges and Open Research Problems,” arXiv:2409.11415v1 (7 de septiembre de 2024), <https://arxiv.org/abs/2409.11415v1>; William Akoto, “State-Sponsored Cyber Attacks and Co-Movements in Stock Market Returns: Evidence from US Cybersecurity Defense Contractors,” *Business and Politics* 27 (2025): 95.

⁶ Delbert Tran, Note, “The Law of Attribution: Rules for Attributing the Source of a Cyber-Attack,” *Yale Journal of Law & Technology* 20 (2018): 376.

trate this reality. In 2014, the U.S. Department of Justice indicted five members of a Chinese military-affiliated hacking unit for infiltrating American nuclear, steel, and solar companies to steal trade secrets for state-owned enterprises⁷. The 2015 hack of the Permanent Court of Arbitration during *Philippines v. China* demonstrates that even supposedly neutral arbitral institutions are not immune when geopolitical stakes are high⁸.

III. Integrating Technology into Arbitral Case Management

Arbitrators already balance efficiency, fairness, and cost in procedural decisions under established case management principles. The challenge is explicitly recognizing how technology intersects with these existing duties. Rather than creating entirely new doctrines, tribunals can adapt familiar proportionality analysis to address digital-age concerns.

Historically, cybersecurity has been treated as purely an IT issue. And, it is certainly a technical problem for system administrators and support staff. But, the emerging soft law instruments represent an important evolution, shifting cybersecurity into case management and administration, where arbitral institutions and procedural coordinators address digital risks as part of organizing proceedings. This administrative layer

builds upon the IT foundation while recognizing that cybersecurity has procedural implications.

However, this approach does not go far enough. Treating cybersecurity as an administrative matter still risks separation from core legal decisions and the arbitrators who make them. Grounding cybersecurity considerations directly in due process doctrine ensures that these concerns reach the tribunal itself—the ultimate guardians of procedural fairness. And, it provides them with flexible legal grounding to exercise their inherent authority over procedural matters when digital threats emerge, rather than relegating such decisions to institutional administrators who lack both legal authority and intimate knowledge of the specific case dynamics.

The due process principles are built upon the same case management structure. One practical approach for tribunals is to analyze cybersecurity decisions along multiple dimensions: the cybersecurity risk profile of the case, the sensitivity of information involved, the technical feasibility for all parties, and the associated costs. This framework builds on existing soft law guidance while ensuring

⁷ “U.S. to Charge Chinese Workers with Cyberspying,” *New York Times*, 20 de mayo de 2014.

⁸ “Did China Just Hack the International Court Adjudicating Its South China Sea Territorial Claims?,” *The Diplomat*, 27 de octubre de 2015.

that no single factor dominates the analysis⁹.

Risk assessment involves evaluating the nature of the dispute, parties involved, and potential consequences of security breaches. High-stakes investment or emerging technology cases may justify stronger protective measures than routine commercial disputes.

Sensitivity analysis considers the confidentiality and privacy interests at stake. Cases involving trade secrets, personal data, or national security information warrant heightened protection, as breaches would undermine fundamental party rights.

Feasibility evaluation ensures technological solutions remain accessible to all participants. Due process includes maintaining a level playing field—sophisticated cybersecurity tools that only well-funded parties can navigate may inadvertently create unfairness¹⁰.

Cost proportionality requires that security measures remain reasonable relative to the dispute. The ICCA-CPR Protocol explicitly advises giving “special consideration to what measures may be taken without significant expenditure,” recognizing that

excessive costs can deny access to justice¹¹.

This multi-factor approach is not prescriptive but rather provides a structured way for tribunals to exercise their existing case management discretion while addressing technological considerations systematically.

IV. The Limits of Arbitral Remedies in the Face of State Actors

Traditional arbitral remedies assume wrongdoers subject to tribunal authority. These are parties bound by the arbitration agreement and the resulting award. This framework breaks down entirely when confronting cyber threats from external actors, particularly state-sponsored hackers operating under sovereign protection. They cannot be summoned before arbitral tribunals, sanctioned for misconduct, or compelled to provide curative disclosure. The traditional arsenal of arbitral remedies—cost-shifting, evidence exclusion, procedural modifications—may address symptoms but cannot reach the source of state-sponsored interference.

This lack of meaningful after-the-fact remedies makes preventive cybersecurity measures so much more important. Yet even enhanced cybersecurity

⁹ *ICCA–NYC Bar–CPR, Protocol on Cybersecurity in International Arbitration, Schedule B; ICC Commission on Arbitration and ADR, ICC Commission Report on Leveraging Technology for Fair, Effective and Efficient International Arbitration Proceedings (2022)*.

¹⁰ ICC Commission Report on Leveraging Technology for Fair, Effective and Efficient International Arbitration Proceedings, 15, 32.

¹¹ *ICCA–NYC Bar–CPR, Protocol on Cybersecurity in International Arbitration*, Commentary to Principle 6.

measures have limits. No defensive system can guarantee protection against nation-state adversaries with unlimited resources and sophisticated capabilities.

Individual tribunals cannot solve this problem alone. Meaningful protection may require coordination among arbitral institutions, national cybersecurity agencies, and international organizations. We effectively need an international commitment that simply does not exist today – especially because each nation-state is looking to simultaneously close and exploit security breaches.

International arbitration organizations could work with cybersecurity agencies to develop sector-specific guidance for high-risk disputes. In extreme cases, coordination with diplomatic or security agencies might be necessary when arbitrations touch on matters of genuine national security concern. However, such coordination raises troubling questions about arbitral neutrality and independence. If arbitral institutions partner too closely with state security agencies, they risk appearing to serve particular national interests rather than neutral dispute resolution. The arbitration community must also recognize what it cannot achieve. Individual tribunals cannot deter all state-sponsored cyber operations driven by national security considerations. This recognition should inform realistic expectations about arbitral cybersecurity.

These cybersecurity challenges force a deeper reckoning with arbitration's traditional commitment to confidentiality. If state actors can routinely penetrate arbitral proceedings, the promise of private dispute resolution becomes increasingly illusory. This erosion raises fundamental questions about what we are fighting to preserve—how vigorously should the arbitration community defend what amounts to a system of secret courts?

The benefits of arbitral confidentiality are real: protecting trade secrets, encouraging settlement, and facilitating candid evidence presentation. But these advantages come at a price of public accountability and now rising technical security costs. If confidentiality cannot be reliably maintained against determined state actors, should arbitration's value proposition shift away from privacy and toward other advantages such as efficiency, expertise, and enforceability? Cybersecurity threats make these questions unavoidable.

V. Conclusion

Due process in international arbitration must evolve to address digital-age challenges while maintaining core fairness principles. This does not require revolutionary changes to arbitral doctrine, but rather explicit recognition that technological choices carry due process implications.

The arbitration community should treat technology decisions with the same care

given to other procedural matters. At case commencement, tribunals and parties should discuss technological arrangements—covering e-disclosure protocols, hearing formats, cybersecurity measures, and data privacy requirements—with transparency and reasoned decision-making.

The goal is not technological perfection but proportionate responses to identified risks. As arbitration continues to digitalize, the community must ensure that procedural fairness keeps pace with technological innovation. By integrating cybersecurity and technology considerations into established due process frameworks, arbitration can maintain its promise as a fair and effective dispute resolution mechanism while embracing digital transformation.

Dual citizenship of natural persons in international investment arbitration

Joaquín Moreno Pampín*

Principia No. Especial 1–2025 pp. 57-105

Resumen: Durante más de dos siglos, el derecho internacional ha enfrentado el problema de la doble nacionalidad, otorgando con frecuencia un peso desproporcionado al criterio de la residencia. Este enfoque fue cuestionado por primera vez en el caso *Nottebohm* (1955), en el que la Corte Internacional de Justicia destacó la necesidad de considerar vínculos personales, familiares, culturales y económicos más amplios. Este razonamiento, confirmado posteriormente en el caso *Mergé* y desarrollado en los *Casos A/18* surgidos tras la crisis de los rehenes en Irán de 1979, dio lugar al concepto de “nacionalidad dominante y efectiva” y a la prueba del vínculo genuino, hoy centrales en la práctica estadounidense y en los tratados de inversión. Desde 2001, el arbitraje inversionista-Estado ha abordado la doble nacionalidad de forma inconsistente, con interpretaciones contradictorias de los mismos tratados. Tras revisar la jurisprudencia entre 1797 y 2023, incluido el caso *Serafin Garcia v. Venezuela*, el texto propone replantear los paradigmas tradicionales a la luz de la movilidad, las comunicaciones y el trabajo remoto, superando la primacía del criterio de la residencia.

Abstract: For over two centuries, international law has grappled with the problem of dual nationality, often giving disproportionate weight to an individual’s residence. This approach was first challenged in the 1955 *Nottebohm* case, where the International Court of Justice emphasized the need to consider broader personal, family, cultural, and economic ties. This reasoning, later confirmed in *Mergé* and expanded in the *A/18 Cases* following the 1979 Iran hostage crisis, led to the concept of “dominant and effective nationality” and the genuine link test, now central in U.S. practice and investment treaties. Since 2001, investor–state arbitration has revisited dual nationality inconsistently, with conflicting interpretations of the same BITs. Reviewing case law from 1797 to 2023, including *Serafin Garcia v. Venezuela*, the text argues for rethinking traditional paradigms in light of modern mobility, communications, and remote work, moving beyond residence as the primary determinant.

* Joaquín Moreno Pampín is a practitioner in international investment arbitration. He has been involved in arbitration cases, both *ad hoc* and administered by renowned arbitral institutions such as ICSID. Mr. Moreno Pampín is an attorney at law from the Universidad Católica Andrés Bello of Caracas, with an specialization in Corporate Law from the Universidad Metropolitana of Caracas, a Foreign Legal Consultant in Florida, U.S.A., and is admitted to practice law in Colombia.

Palabras Claves: Dobles nacionales | Doble nacionalidad | Conflicto de nacionalidades | prueba del vínculo genuino

Keywords: Dual nationals | Dual nationality | Conflict of nationalities | genuine link test

Sumario: I. Introduction, II. Historical background, A. Once upon a time, B. *Ius Soli* or *Ius Sanguinis*, C. How the dual nationality issue was resolved up to 1930, 1. The Isaac Williams Case, 2. Heirs of James Drummond Case, 3. Hammer and de Brissot's cases, 4. The blockade of Venezuelan ports in 1902 and the subsequent arbitrations in 1903, 5. Mexican Claims Commissions, 6. The Hague Convention on the Conflict of Nationalities of 1930, III. The Genuine Link Test, A. Nottebohm Case, B. Mergé Case, C. The Test Itself, D. Habitual Residence, IV. Dual Nationals in Investor-State Arbitration, A. Iran-U.S. Claims Tribunal, B. ICSID Cases, C. UNCITRAL Cases, V. The Factors, How They Have Been Analyzed and Applied - Qualitative, Not Quantitative Analysis, VI. New Times Demand New Paradigms, VII. Conclusions

I wanted you to see what real courage is, instead of getting the idea that courage is a man with a gun in his hand.

It's when you know you're licked before you begin, but you begin anyway and see it through no matter what.

To kill a mockingbird, Harper Lee (1960)

I. Introduction

The controversial issue of dual nationality is not new to the legal world, yet in recent years it has made a strong comeback in the field of international investment law, in the investor-state relationship. Previously, the issue of nationality was viewed from the perspective of who was a national and who could be denied nationality, as well as what were the ways to obtain a nationality. Well into the 20th

century, no country recognized dual nationality¹. The first regulation on dual nationality came from Italy in 1912, through Law No. 555². Subsequently, gradually, different countries recognized the existence of this dual nationality, the United Kingdom in 1948³, France in 1973, Canada in 1976, the United States in 1990 (among others). The questions that arise at this point are:

¹ In fact, Jackson H. Ralston, a leading member of the American Society of International Law, in the 1903 Mixed Claims Commission between Italy and Venezuela, in the claim styled as the *Brignone Case*, where he was umpire, stated that “[t]he coexistence of two nationalities in one and the same individual is not theoretically admitted in international law.”

² See *Gazzetta Ufficiale*, Legge 13 giugno 1912, n. 555, art. 7, stating: Subject to special provisions to be stipulated in international treaties, an Italian citizen born and resident in a state foreign country, from which he is considered his own citizen by birth, retains Italian citizenship, but having become of age or emancipated, may renounce it. (The original Italian reads: “Salve speciali disposizioni da stipulare con trattati internazionali, il cittadino italiano nato e residente in uno Stato estero, dal quale sia ritenuto proprio cittadino per nascita, conserva la cittadinanza italiana, ma, divenuto maggiorenne o emancipato, può rinunziarvi.”) (<https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/1912/06/30/012U0555/sg>).

³ In fact, the British Nationality Act 1948 removed any restrictions concerning dual nationality (see *British Nationality Act 1948*, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/632318/dualnationality.pdf).

Why is this issue so relevant, and how is international investment law involved?

The legal community has always analyzed nationality as a concept, with political, legal, and social connotations, which is defined as “a legal bond having as its basis a social fact of attachment, a genuine connection of existence, interests and sentiments, together with the existence of reciprocal rights and duties”⁴.

The public knows and understands that nationality is obtained in several ways by (i) *ius soli*, (ii) *ius sanguinis*, or (iii) voluntary acquisition. However, this way of acquiring nationality has led to a person born in a certain country having one nationality by way of *ius soli*, and another by way of *ius sanguinis*, that is, inherited from the parents or, at least, from one of them. These two nationalities will coexist in that person from birth, so we can have an Italian by *ius sanguinis*, who is an American because he was born in the United States⁵. This is what has been called in law the conflict of nationalities. This conflict can be positive (several nationalities) or negative (no nationality or statelessness). With the advancement of legislation, more and more people have two or more nationalities, all of them recognized by each country of origin and with their rights and obligations for the holder. As this issue of dual nationality

has been developing strongly over the last 50 years, this has resulted in many investors around the world having at least two nationalities. In addition, the last thirty years, coinciding with globalization, investors have been characterized by intense mobility, South Americans living in Miami, Americans living in London, Bogota, or China. Every day we will see more and more people with the strangest mix of nationalities. However, what would be the problem for investors? Very simple, the main international investors conducting business under the cover of an investment treaty, either bilateral or multilateral, such as CAFTA-DR, could not sue the country of which they are nationals based on those treaties. In other words, if a country were to expropriate an investor who felt protected by a treaty, he would be excluded from that protection, regardless of whether that nationality is what he considers his principal nationality or whether that nationality was simply an accident of geography, because one of that person’s parents was a transferred executive at the time the investor was born. As can be appreciated, every day we are moving more and more towards dual or triple nationality, and the issue should no longer be resolved with the approaches recommended by Vattel in

⁴ See *Nottebohm Case* (Liechtenstein v. Guatemala), Judgment of April 6, 1955, at 23 (<https://www.icj-cij.org/files/case-related/18/018-19550406-JUD-01-00-EN.pdf>).

⁵ In fact, as indicated by U.S. Secretary of State on its website “[p]ersons may have dual nationality by automatic operation of different laws *rather than by choice*.” (emphasis supplied)

1758⁶, in his work *The Law of Nations*. Neither can we continue using the criteria used by the Mixed Claims Commission United States-Venezuela of 1902/3⁷, nor with the *Nottebohm* case of 1955⁸, which was not even a case of dual nationality at birth but by naturalization⁹. Thus, we have seen how many cases of investors with dual nationality have emerged in investment arbitration, cases such as *Micula v. Romania*, *Olguin v. Paraguay*, *Ballantine v. Dominican Republic*, *Serafin Garcia Armas v. Venezuela*, *Manuel Garcia Armas v. Venezuela*, and *Carrizosa v. Colombia*, among others. With these cases in mind, an important complexity arises. A significant part of the doctrine states that an investor cannot sue the country of which he is a national, since most bilateral investment treaties and investment chapters of free trade agreements expressly prohibit this. In fact, Article 25 of the ICSID Convention expressly states that the dispute must be

between a contracting state and a national of the other contracting state. However, there is an exception to this rule, which allows citizens with dual nationality to sue those states, provided that their dominant nationality is that of the other state and not that of the host state.

However, international investment arbitration is where nowadays most of the decisions involving private international law are being produced. It is essential to bear in mind that it is a very important source of law creation. As a basic tool to maintain legal certainty, therefore, we must -as a community- take a step forward to solve or start the path to leave behind the dilemma of dual nationality.

In order to better understand the subject, this analysis will consist of six distinct and yet deeply interrelated sections, namely: (i) historical background, (ii) the genuine link test, (iii) dual nationals in investor-state arbitration, (iv) the factors related to the determination

⁶ See Emer de Vattel, *The Law of Nations; or, Principles of the Law of Nature, Applied to the Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns* 192 (Joseph Chitty ed., T. & J.W. Johnson Publishers 1854) (1797). (Indeed, it is worth noting that Vattel echoed the principle of *ius sanguinis* with one exception. The point has its foundation in Book 1, Chapter 19, § 212 (Citizens and natives)).

⁷ Mixed Claims Commission United States – Venezuela, Constituted Under Protocol of 17 February 1903 (https://legal.un.org/riaa/cases/vol_ix/113-318.pdf) (Indeed, in most of these cases (1902/3), as in those of the American-Venezuelan Commissions of 1885, the residence factor was given preponderant value as the cornerstone on which nationality rested. In this vein, Professor Tatiana de Maekelt, in 1962, pointed out that, at the end of the nineteenth century, the discussion of *lex patriae* versus *lex domicilii*, concluded in favor of the former. However, as a consequence of the World Wars, the concept had to be revised due to the constant migratory currents, an argument that ended up leaning in favor of domicile (See *Nacionalidad y domicilio en el Derecho Internacional Privado*, Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela (1962)).

⁸ See *Nottebohm Case* (Liechtenstein v. Guatemala), Judgment of April 6, 1955.

⁹ The *Nottebohm* case and its sequel, the *Mergé* case, are cases decided by the ICJ more than seven decades ago, which will be analyzed in this paper and whose basis is the place of residence, and which cannot be the only factor to be considered in 2023.

of dominant and effective nationality, (v) new times required new paradigms, and (vi) a conclusion.

II. Historical background

A. *Once upon a time*

The historical vision of nationality has varied, as is logical, over the course of the centuries. Here are some approaches:

In ancient Greece, citizens were considered to be those people who had the right to participate in the affairs of the state.

In Rome, there were two different concepts, the first from 753 BC, which recognized citizenship for patricians, that is, men over 17 years of age, who participated militarily and financially in the life of the city. The second concept arrived with the Republic in 504 BC, where it was understood that a citizen was a person committed to looking after the interests of the *res publica*, that is, the common good. In this phase of the city's history, citizens enjoyed civil and political rights¹⁰.

In the 5th century, St. Augustine, in his work *De Civitate Dei*, refers to citizenship not from a political point of view,

but from the concept of the religious community.

In 1274, St. Thomas Aquinas, in his *Summa Theologica*, analyzed the issue of nationality from a less political perspective, one closer to an understanding of the rights and obligations of individuals within communities. In this vein, he pointed out that “a person can be a member of several societies, as long as the laws of those societies do not contradict each other.” In other words, we could infer that he saw the possibility that a person could be part of more than one political society, as long as the laws of those societies did not contradict each other¹¹.

In the first half of the 16th century, Francisco de Vitoria, one of the fathers of modern international law, understood that man had a right to citizenship and domicile in a country¹². Indeed, Father Vitoria, a priest of the Order of Preachers, states in his work that it is valid for Spaniards to negotiate with the aborigines, as well as to take up residence in “some Indian city,” to take a wife “as is the custom of foreigners in that country,” and to naturalize in those lands, in order to enjoy “the privileges of citizenship that others enjoy, as long as they

¹⁰ Among the civil rights they were the right to own property, the right to do business, and the right to marry members of the same social class. In the same vein, political rights were basically twofold: the right to run for public office and the right to vote, i.e., to elect candidates for public office. Among the political rights reserved for citizens was the right and duty to serve in the Roman Army.

¹¹ Indeed, in his work *Summa Theologica*, II-II, q. 104, a. 2, Aquinas establishes that “[a] person may be member of several societies, provided that the laws of those societies do not contradict one another.” See Thomas Aquinas, *Summa Theologica*, trans. Fathers of the English Dominican Province (New York: Benziger Brothers, 1947).

¹² See Francisco de Vitoria, *Los derechos humanos – Antología* (Salamanca: Ed. San Esteban, 2ª ed., 1984), 241–58.

bear the same burdens as them”¹³. In the 17th century, Hugo Grotius, in his work *De Jure Belli ac Pacis*, partially laid the foundation for the subsequent development of the concept of nationality. Indeed, for Grotius, nationality was not just a political or legal status, but a moral dimension and a natural right. Grotius was convinced that human beings are part of a natural community and, as such, the natural community and nations are obliged to respect the natural rights of individuals regardless of borders.

Meanwhile, during the same 17th century, another authority of international law, Samuel Pufendorf, relates that citizenship and loyalty are linked to a broader theory of natural law and the role of individuals within civil society. For Pufendorf, individuals have natural obligations and duties, however, these duties can be regulated or extended through theories of social contracts and the formation of states¹⁴.

In the 18th century, Vattel pointed out that nationality was fundamentally tied to the idea of sovereignty. A nation, or a

state, was seen as a body of individuals united by common interests, laws, and customs. Vattel argued that individuals owe allegiance to their country and have a duty to the state that protects their rights. Nationality, in this vein, is both a legal and moral bond between the citizen and the state.

With the American (1776) and French (1789) revolutions, concepts based on the religious community were left behind in favor of a return to the political concept. Thus, Americans embraced a more individualistic vision of nationality, while the French tended to confuse citizenship with the idea of nation in political terms, going so far as to identify the two concepts. Along the same line of thought, Simón Bolívar, at the Congress of Angostura¹⁵, told those present that, in order to be an active citizen, it was necessary to “know how to read and write and to profess a science or have a scientific degree”¹⁶.

Until the beginning of the 19th century, the world understood citizenship and nationality as if they were synonymous,

¹³ Francisco de Vitoria, *Relecciones teológicas* (Madrid: Librería Religiosa, 1917), 72 (available at <https://archive.org/details/B0811971/page/n121/mode/1up>).

¹⁴ In his work *On the Duty of Man and Citizen*, Pufendorf states that “the word ‘citizens’ is often applied only to certain persons by whose union and consent the state was originally formed, or their successors, that is to say, the heads of households.” At the end of his work, he points out that “[g]eneral duties last as long as a man remains a citizen.” And he continues “[c]itizen ceases if a person leaves his country . . . to settle elsewhere...” (See Samuel Pufendorf, *On the Duty of Man and Citizen* (New York: Cambridge University Press, 1991), 138, 177).

¹⁵ The Congress of Angostura, which was opened by Bolívar with his so-called Angostura Speech, was held between February 15th, 1819, and July 1821, and its objective was to draw up the constitution of Gran Colombia, and the fundamental law of the new republic.

¹⁶ See Armando Rojas, *Bolívar, la educación y su importancia* (available at <https://repositorio.unal.edu.co/bitstream/handle/unal/26794/13535-38316-1-PB.pdf?sequence=1&isAllowed=y>).

however, that would change with Mancini and his doctrinal school.

Indeed in 1851, Pasquale Mancini, in a speech delivered at the University of Turin, pronounced his famous maxim “nationality must follow the person like the shadow follows the body,” which summarizes his main idea, that is, “that every nation had the right to become a state and that, for such purposes, the international community should recognize the norms that it dictated and apply them to ‘all its nationals,’ regardless of where those nationals were located”¹⁷.

Mancini’s conception was echoed in Germany, which was made up of multiple states until the unification in 1871. Even though there was no single citizenship based on a political concept, the country was united by the idea of the *volk*, that is, a common essence. Therefore, each person was born with a nationality that could not be changed at any time in their life¹⁸.

Thus, the legal world is debating, for the first time, between the concepts of domicile and nationality. The United Kingdom and the United States are inclined towards the first *–lex domicilii–*and

France, Germany, Italy, Spain, and Portugal, among others, towards the second, that is, *lex patriae*. Towards the end of the century, the conflict was resolved in favor of *lex domicilii*¹⁹.

It is this *lex domicilii* that has been applied by arbitration tribunals in conflicts between investors and states, to undermine the legitimacy of those investors who have dual or multiple citizenship and who are the subject of this study.

We will now examine how dual nationality was acquired and how cases of this type were resolved until 1930.

B. Ius Soli or Ius Sanguinis

As indicated, historically there have been two fundamental principles that nations have used to determine who are their nationals and who are outside their protection. These principles are inheritance and place of birth, i.e., *ius sanguinis*²⁰ or *ius soli*²¹. The law of inheritance or blood, which implies that the children of nationals will be nationals of a country, is a newer and more revolutionary concept than the original use of *ius soli* by nations. In fact, in the 14th century, Baldo degli Ubaldi, in his analysis and com-

¹⁷ See Mercedes Soto Moya, “El Derecho Humano a la Nacionalidad: Perspectiva Europea y Latinoamericana,” *Araucaria* 20, no. 40 (2018).

¹⁸ This concept reached its maximum expression in 1913, when the law established that Germans, wherever they lived, would always maintain their German nationality.

¹⁹ See Tatiana Bogdanowski de Mackelt, “Nacionalidad y domicilio en el Derecho Internacional Privado,” *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad Central de Venezuela (1962).

²⁰ See Aaron X. Fellmeth et al., *Guide to Latin International Law* (1st ed., Oxford: Oxford University Press, 2011). (*Ius sanguinis* is “the right to claim citizenship based on race or nationality, as when a person acquires the nationality of a state because one or both parents have the nationality of the state.”)

²¹ See *Nottebohm Case* (Liechtenstein v. Guatemala), Judgment of April 6, 1955 (defining *ius soli* as the “right to acquire the nationality of a state by virtue of having been born within its territory”).

mentaries on Justinian's *Corpus Iuris Civilis*, pointed out the difference between citizenship of origin and acquired citizenship²². Thus, he said that a citizen of origin is the one born in a certain city, and refers to the example, if someone was born in the city of Florence is Florentine. Consequently, the states that were born in Europe, throughout the fourteenth, fifteenth and sixteenth centuries, were adopting the use of *ius soli*.

With the passage of time, the philosopher and jurist Emer de Vattel, in his 1758 work, *The Law of the Nations*, while referring to "our native country," pointed out a new concept:

The citizens are the members of the civil society; bound to this society by certain duties, and subject to its authority, they equally participate in its advantages. *The natives, or natural-born citizens, are those born in the country, of parents who are citizens.* As the society cannot exist and perpetuate itself otherwise than by the children of the citizens, those children naturally follow the condition of their fathers, and succeed to all their rights. The society is supposed to desire this, in consequence of what it owes to its own

preservation; and it is presumed, as matter of course, that each citizen, on entering into society, reserves to his children the right of becoming members of it. *The country of the fathers is therefore that of the children; and these become true citizens merely by their tacit consent.* We shall soon see whether, on their coming to the years of discretion, they may renounce their right, and what they owe to the society in which they were born. I say, that, *in order to be of the country, it is necessary that a person be born of a father who is a citizen; for, if he is born there of a foreigner, it will be only the place of his birth, and not his country*²³. (emphasis supplied)

For the first time, we see that reference is made to inheritance as a fundamental factor for the acquisition of a nationality, moving away from the principle proposed by Baldo. However, the concept related to inheritance, even when it is embodied in the work, does not achieve popularity and Europe continues with the fundamental *ius soli*. Indeed, during the French Revolution, the Constitution of 1799, in its articles 2 and 3²⁴, indicates how French citizenship is acquired, either by being born on French

²² See Carlos Amunátegui Perelló, "El surgimiento del *ius sanguinis* como criterio general de asignación de la nacionalidad: Algunos antecedentes que explican su aparición," *Ius et Praxis* 24, no. 3 (diciembre 2018). (In fact, Prof. Amunátegui leaves the quotation in Latin: "In loco originis, et in colatus, cogitur quis subire onera... Nota ex eo, quod dicit, Biblum ex origine, quod item est, quod dicere Florentinum, et natum de Florentia, quod declara, ut plene dixi in l.j. ad munic.... De incolis, et ubi quis domicilium habere videtur. Et de his, qui studiorum causa in alia civitate degunt.")

²³ See *supra* n. 6.

²⁴ In fact, article 2 established that "[a]ny man born and residing in France, who, having reached the age of twenty-one years, has had himself registered in the civic register of his municipal arrondissement, and who has remained for one year in the territory of the Republic, is a French citizen." Likewise, article 3 stated that "[a] foreigner becomes a French citizen when, after reaching the age of twenty-one years, and having declared his intention to take up residence in France, he has had his residence there for ten consecutive years."

soil or when a foreigner who has reached 21 years of age and who has lived 10 years in France, declares his intention to take up residence in that country. The United States of America, meanwhile, continues the tradition and embraces *ius soli* as the method of acquisition of American nationality.

A few years later, during the deliberations for the drafting of the French Civil Code, between 1800 and 1804, the issue of nationality was raised as a topic of conflict, involving jurists, the Council of State and the Consul, Napoleon Bonaparte²⁵. During the deliberations, voices were raised about nationality by birth or nationality by inheritance. One stream maintained as a fundamental idea that those born in French territory would be French; while the others pointed out that only the children of French nationals, born inside or outside the territory, would obtain the nationality. The latter idea was rejected, since a child without parents, even if born in France, would be stateless. The discussion ended with the adoption by the Council of State of the

concepts of *ius soli* and *ius sanguinis* as ways of acquiring French nationality²⁶.

Over the nineteenth century, the countries of Central and South America adopted both concepts, so that nationality would be acquired by birth or by inheritance from parents, the idea being that the highest number of people would have nationality to populate the new countries. For instance, Venezuela provides for nationality by birth, or for the children of Venezuelans, regardless of where they are born, if they are children of a Venezuelan father or mother. Now in the 21st century, there are few countries that limit their nationality to *ius sanguinis*, as is the case of Germany²⁷, Japan²⁸, or Saudi Arabia²⁹.

C. How the dual nationality issue was resolved up to 1930

The issue of dual nationality has been present in all ages. As mentioned, in the 14th, 15th and 16th centuries, it had already been defined who were the nationals of each country, so that the allegiance of the subject to a crown was clear. How-

²⁵ Bonaparte was born in Corsica the year after France acquired the island from the Republic of Genoa.

²⁶ Indeed, according to the Decree of March 8th, 1803, which constitutes Title I, Chapter I, of the French Civil Code, on Article 9 states: "Every individual born in France of a foreigner, may... claim the quality of Frenchman." Likewise, Article 10 indicates: "Every child born of a Frenchman in a foreign country is French." See *French Civil Code*, Decree of March 8, 1803, Title I, Chapter I, arts. 9–10 (http://files.libraryfund.org/files/2353/CivilCode_1566_Bk.pdf).

²⁷ See Section 4 of German Nationality Act (https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stag/englisch_stag.html) (The act, in general terms, establishes that "[a] child acquires German citizenship by birth if one parent has German citizenship."

²⁸ See Article 2 of the Japanese Nationality Act (<https://www.moj.go.jp/EN/MINJI/minji78.html#a04>)

²⁹ Decree 20, of 1960, amended article 7 of the Saudi Arabian Nationality Law, which was worded as follows: "A Saudi is the person who is born inside or outside the Kingdom of Saudi Arabia and whose father is a Saudi national; or whose mother is a Saudi national and his father of unknown nationality, or without nationality; or who is born inside the Kingdom of Saudi Arabia and his parents are unknown - A foundling is considered born in Saudi Arabia unless otherwise proved."

ever, there were cases in which some national resorted to some kind of court to clarify what his allegiance was and, therefore, what his nationality was. There are a couple of rather old cases that are worth mentioning and then we will turn to the cases of the mixed commissions created by treaties and settled by arbitrators or umpires, a distant relative of today's investment promotion and protection treaties.

1. The Isaac Williams Case

It was a case decided by the district court of Connecticut on February 27, 1797. It involved a United States national who accepted a commission with the government of the French Republic and committed acts of hostility against Great Britain, claiming that he had voluntarily expatriated from the United States and become a French citizen. The expatriation plea raised a doubt that had to be settled by the Supreme Court. Justice Ellsworth, one of the Founding Fathers of the United States, analyzed the case and gave his opinion in 1799, noting that a government cannot consent to a person expatriating himself³⁰ and, therefore, any argument to that effect on the part of Williams was “totally irrelevant,” considering which, the Williams was found guilty, fined, and imprisoned³¹.

2. Heirs of James Drummond Case

After his abdication, King James II, went into exile in France in 1688, where he was accompanied, among others, by James, Earl of Melfort. The family continued to live in France. Thus, James Lewis Drummond, inherited from his father the English title of Duke of Melfort, and from his mother an estate of Lussan in Langedoc. James Drummond additionally held the title of Colonel in the French army, even during the war with Great Britain in 1780. In October 1792, the Langedoc property was seized, because of the enforcement of decrees against French émigrés and was subsequently sold in 1794. Drummond's heirs brought the case before the Commission for Liquidation, established by the Treaty of Paris of 1814 (first Treaty of Paris) which was rejected by the Commissioners in 1827. Having failed the first attempt, the heirs filed a second claim before the Commissioners for Liquidating the Claims of British Subjects on France, based on the Treaty of Paris of 1815 (known as the second Treaty of Paris). During the deliberations, Sir Herbert Jenner, argued that “a treaty speaks of the subjects of any nation, it must mean those who are *actually and effectually* under its rule and government, not those, who although

³⁰ Indeed, the Chief Justice pointed out “[t]he present question is to be decided by two great principles; one is, [i] that all the members of civil community are bound to each other by compact. The other is, [ii] that one of the parties to this compact cannot dissolve it by his own act.”

³¹ The Williams case was referred by James Brown Scott in the article *Nationality, Jus Soli or Jus Sanguinis*, *The American Journal of International Law*, vol. 24, no. 1 (January 1930), 61.

living out of its dominions, and never having been subject to its government, it may choose to designate its subjects, in its own municipal laws and statutes. It never could have been the intention of the framers of this treaty that the expression, 'British subjects,' should include persons who were also, French subjects"³².

The Commissioners' decision rejected the petition because they considered that Drummond was not British because "though formally and literally, by the law of Great Britain... the question is, whether he was a British subject within the meaning of the treaty. He might be a British subject and might also be a French subject; and if he were a French subject, then no act done towards him by the Government of France could be considered an illegal act... therefore, [was] James Lewis Drummond, in the years 1792 and 1794, a French subject, according to the law of France then existing?"³³ The commission concluded that "although James Lewis Drummond was technical a British subject in the years 1792 and 1794, yet, he was also, at the same time, in form and in substance, a French subject, domiciled in France,

with all the marks and attributes of French character. He and his family had resided in France for more than a century; and the act of violence that was done towards him, was done by the French Government in the exercise of its municipal authority over its own subjects."³⁴

In other words, faced with the dilemma of whether Drummond was of one or the other nationality, the Commission chose to declare that although he had both nationalities, the French nationality prevailed in the case under consideration, making use of elements such as domicile, that Drummond had never lived in Great Britain, that he had been part of the French army and, consequently, the expropriation suffered was of a Frenchman by his government, being under the rule of French law, in other words, lawfully.

3. Hammer and de Brissot's cases

Hammer and de Brissot³⁵, two diplomatic protection cases, filed before the American Venezuelan Commission, based on the 1885 Treaty³⁶, sought compensation for the heirs of Hammer and de Brissot, two widows and their children, who held both American and Ven-

³² See *Drummond's Case* [1834] 2 Knapp 295, 12 Eng. Rep. 492.

³³ *Drummond's Case* [1834] 2 Knapp 295, 12 Eng. Rep. 492.

³⁴ *Drummond's Case* [1834] 2 Knapp 295, 12 Eng. Rep. 492.

³⁵ Case referred by William L. Griffin, "International Claims of Nationals of Both the Claimant and Respondent States – The Case History of a Myth," *International Lawyer* 1 (1967): 400.

³⁶ See *Convention concerning arbitration of claims between the United States of America and Venezuela* (December 5, 1885) (<https://jusmundi.com/en/document/treaty/en-convention-between-the-united-states-of-america-and-venezuela-to-remove-doubts-as-to-the-meaning-of-the-convention-signed-december-5-1885-1888-convention-concerning-arbitration-of-claims-between-the-united-states-of-america-and-venezuela-1888-thursday-15th-march-1888>).

ezeuelan nationality. The widows had the American nationality by marriage and the children by *ius sanguinis*. The Commission concluded that the claimants were not American nationals under the terms of the treaty. The arguments used were³⁷: (A) regarding the widows: (i) they were born in Venezuela, (ii) they married Americans in 1853, before the entry into force of the 1855 law, which would have made them American citizens, (iii) they always resided in Venezuela, (iv) after becoming widows, they did not make any declaration of willingness to keep the American nationality, (v) they never went to the United States, and (vi) they preferred to keep the Venezuelan citizenship. (B) Regarding the children: (i) they were born and always resided in Venezuela, (ii) they did not make any declaration of will to maintain the American nationality, (iii) they never lived in the United States. Having analyzed the above, the Commission pointed out that, in the event of a conflict between several nationalities, the nationality acquired by birth in the territory and domicile should be considered decisive. Therefore, neither the widows nor the children had standing before the Commission.

4. The blockade of Venezuelan ports in 1902 and the subsequent arbitrations in 1903

The arbitrations of 1903 had their origin in pecuniary claims of Great Britain, Germany, and Italy against the Republic of Venezuela. Faced with the refusal of the latter to sit down to resolve the pending issues, on December 11, 1902, Great Britain decided to blockade militarily the ports of Venezuela. Two days later Venezuela proposed an arbitration, but the three European nations rejected this proposal and decided to extend the blockade for a week. The following week they opted for arbitration, for which Venezuela signed a Protocol in Washington with the three countries joined by the United States of America, France, Spain, Belgium, The Netherlands, Sweden and Norway, and Mexico. The Protocol was clear in that the three original countries had preference over the others in any payment that Venezuela could make. Within this framework, the Protocol between Germany and Venezuela for the reference of Certain Questions to the Permanent Court of Arbitration at The Hague (Washington, May 7, 1903) was signed.

Based on this Protocol, eleven international arbitration tribunals were installed in Caracas in 1903, seven of whose cases involved dual nationality issues³⁸. The

³⁷ See *supra* n. 35, at 416.

³⁸ *Id.* at 417.

cases were: (i) Mathison, (ii) Stevenson, (iii) Brignone, (iv) Miliani, (v) Poggioli, (vi) Maninat, and (vii) Massiani. We will analyze what problems were found and how they were solved.

i. *The Mathison Case*³⁹: The claim was brought for damages caused to property of the Mathison family by troops of the Venezuelan government, in the amount of £4,766. Mr. Mathison, aged 45 in 1903, was the son of a British citizen born in Trinidad. Under British law he was a national of Great Britain (*ius sanguinis*) and under the Venezuelan Constitution he was a Venezuelan by birth (*ius soli*). Umpire Plumley analyzed the constitutions of Venezuela and the peaceful definition of national by birth. He further made the analysis with the following elements: “It is not egotism for a country to assume that a man who becomes *de facto* a citizen by (i) his established domicile, (ii) who there erects his roof-tree, (iii) there selects and locates his wife, and (iv) there rears his children, (v) has deliberately chosen that such country shall be for his children their native land, to whom they, if not he, shall owe allegiance. If citizenship is thereby imposed, it is not by the state, but by the parent”⁴⁰. Based on that analysis it concluded that Mr.

Mathison was, to the eyes of international law, only a Venezuelan national, as he had always lived in Venezuela, married a Venezuelan, and raised his children in that country.

ii. *The Stevenson Case*⁴¹: The case was brought by the heirs of J.P.K. Stevenson, a British national who married Julia Arostegui, a Venezuelan national by birth and with whom he fathered 12 children. The marriage was celebrated in Trinidad, because Mr. Stevenson was a Protestant and the parish priest of Maturin refused to celebrate the union. Of the Stevenson’s children, 10 were born in Venezuela and the last two, Juan and Guillermo, in Port of Spain (Trinidad). When the case was brought before the umpire, he analyzed the issue of dual nationality. In fact, Mrs. Stevenson held Venezuelan nationality by birth and English nationality by marriage to a British national. Likewise, ten of her children had British nationality for having been born to a British father and Venezuelan nationality for having been born on Venezuelan soil. Juan and Guillermo, on the other hand, were British by birth and on their father’s side. Plumley, the umpire, in reference to the widow and the ten children born in Venezuela, pointed out

³⁹ See *Opinion of Plumley, Umpire* (<https://jsumundi.com/en/document/decision/en-mathison-case-opinion-of-plumley-umpire-thursday-1st-january-1903>).

⁴⁰ *Id.* at 492.

⁴¹ See *The Stevenson Case* (on merits), 494–510 (https://legal.un.org/riaa/cases/vol_IX/494-510.pdf).

that being Venezuelan by birth and having resided in Venezuela, except for very short periods of time, the rule of public law⁴², according to which a person with dual nationality should be considered a national of the country in which he is domiciled, should be applied, in the case under study, Venezuela. In the case of Juan and Guillermo, on the contrary, even though they held public positions, the first, and in the Venezuelan army, the second, it did not constitute any limitation to the British nationality by birth that they both held. Therefore, they were each awarded compensation for one thirteenth of the claimed damages.

iii. *The Brignone Case*⁴³: This matter was part of the cases analyzed by the Italian- Venezuelan Joint Commission. The case was brought by the heirs of Sebastiano Brignone, namely his widow and children. The Italian commissioner pointed out that the widow was a national of Italy since she had acquired the nationality by marrying an Italian national. The Venezuelan commissioner, on the other hand, only said that Mrs. Brignone was Venezuelan by birth and had always lived in Venezuela. Umpire Ralston in his analysis stated

that, in effect, although the widow had Venezuelan nationality, because of her marriage she should be considered Italian. However, when he analyzed the law of both countries, he found that both Italian and Venezuelan law were clear in stating that the Italian nationality protected her while she was married, but, when the bond ceased due to the death of her husband, Mrs. Brignone had resumed her original nationality. In conclusion, Ralston pointed out that the widow, upon reassuming the Venezuelan nationality, did not have standing before the Commission. Likewise, the other heirs were granted compensation, up to 50%, “but without prejudice as to the right of the widow to pursue her remedies elsewhere”⁴⁴.

iv. *The Miliani Case*⁴⁵: This case is a little different from the others. Mr. Michele Miliani, an Italian national, who lived in Venezuela for a long time. Between 1871 and 1872, revolutionary leaders gave him *vales* (promissory notes) for assets expropriated during the so-called Yellow Revolution (named after the color representing the liberals). In the same way, between 1899 and 1900, the estate of Michele Miliani suffered

⁴² *Id.* at 500 (The rule of public law, referred here, was applied by umpire Plumley himself in the *Mathison case.*)

⁴³ See *Brignone Case*, 542–551 (https://legal.un.org/riaa/cases/vol_X/542-551.pdf).

⁴⁴ *Id.* at 551.

⁴⁵ See *Miliani Case, Reports of International Arbitral Awards* 1903, Vol. X, 584–91 (United Nations, 2006) (https://legal.un.org/riaa/cases/vol_X/584-591.pdf).

new expropriations. Earlier, in 1872, he had married Matilde, a Venezuelan national. Again, the claim came from the Italian commissioner, who alleged that Miliani's widow and children were undoubtedly nationals of Italy, one by marriage and the others by *jus sanguinis*. Umpire Ralston, said: "So far as the rights of the widow are concerned, the questions affecting them were disposed of in the case of the estate of Sebastiano Brignone, wherein it was held that in the event of conflict of laws the status of a woman born in Venezuela, married here to an Italian, and becoming a widow and always residing here, was to be determined by the laws of Venezuela, the land of her domicile, which declared her to be Venezuelan. The condition of the widow in this case being identical, her claim must be rejected for lack of jurisdiction, but without prejudice to her other remedies"⁴⁶. As for the Miliani children, the Umpire said that they could be considered by Italy as Italians, before any country in the world except Venezuela, because they were - equally - Venezuelan by birth. Hence, Ralston said "A decree may therefore be entered dismissing the claim, but without prejudice to

such rights as the claimants may have elsewhere"⁴⁷.

- v. *The Poggioli Case*⁴⁸: Without much ado, the umpire decided in accordance with the two previous cases by stating that "[t]he widow and children of an aggrieved Italian, who were all born in Venezuela and have always lived in that country, cannot claim as Italian subjects before this Commission (affirming Brignone and Miliani cases)"⁴⁹.
- vi. *The Maninat Case*⁵⁰: An extremely complicated case, it involved several of Jean Maninat's relatives. In fact, his brother Pierre Maninat filed the claim stating that, in 1898, his brother Jean was ill-treated and wounded in the presence of a general who served as second-in-command of the expeditionary army of General Andrade's government. As a result of his wounds, he died a month later. For his part, Pierre suffered persecution and at the time of the claim he was residing in Guatemala. Umpire Plumley, who had already acted in the Mathison case, said that "[t]here is also the rule that in conflict of laws, the law of the place of domicile

⁴⁶ *Miliani Case, Reports of International Arbitral Awards*, vol. X, 589.

⁴⁷ *Miliani Case, Reports of International Arbitral Awards*, vol. X, 591.

⁴⁸ See *Poggioli Case, Reports of International Arbitral Awards* 1903, Vol. X, 669-92 (United Nations, 2006) (https://legal.un.org/riaa/cases/vol_X/669-692.pdf).

⁴⁹ *Poggioli Case, Reports of International Arbitral Awards*, vol. X, 669.

⁵⁰ See *Heirs of Jean Maninat Case, Reports of International Arbitral Awards* 1905, Vol. X, 55-83 (United Nations, 2006) (https://legal.un.org/riaa/cases/vol_X/55-83.pdf).

should prevail”⁵¹. In fact, he said that heirs who were born and raised in Venezuela should be considered Venezuelan, giving force to the argument of the law of domicile. However, the Commission decided that those who had proven to have French nationality, such as Pierre, who had served in the military service for France and there was evidence of his interactions with the French consuls in Venezuela and Guatemala, were granted an indemnity of one hundred thousand francs.

- vii. *The Massiani Case*⁵²: The story is like the previous ones, a French national, Thomas Massiani, settled in Venezuela, where he married Carmen Silva and fathered five children. The family resided in the town of Carúpano, where Mr. Massiani died in 1901. The question before the Commission was whether the heirs had French nationality in order to obtain compensation for damages from the arbitral tribunal, in other words, whether or not the tribunal had jurisdiction. The umpire was Mr. Plumley. The answer, as in other cases decided by Plumley, was that

both the widow and the children were born in Venezuela and had always lived there. In the case of the widow, it was said, that just as she had acquired French nationality by marriage, according to Venezuelan law, she had lost it with the death of her husband. Consequently, according to Venezuelan law they were Venezuelans⁵³. However, the claim was dismissed for lack of jurisdiction, but, without prejudice to the rights of the claimants in other jurisdictions, “to whom is especially reserved every right which would have been theirs had this claim not been presented before this mixed commission”⁵⁴.

5. Mexican Claims Commissions

Between 1923 and 1934, Mexico was faced with seven mixed commissions to resolve conflicts submitted in favor of foreign nationals, with France, Great Britain, Germany, Italy, Spain and two of them with the United States. In these seven commissions some cases of dual

⁵¹ *Heirs of Jean Maninat Case, Reports of International Arbitral Awards*, vol. X, 56. (Indeed, the umpire’s comment was that “in conflict of laws the law of the place of domicile should prevail” because if France would intervene when the claimant is Venezuelan according to the laws of Venezuela “and French under the laws of France would make the law of France superior to the law of Venezuela, which is not permissible between two sovereign nations.”)

⁵² See *Heirs of Massiani Case, Reports of International Arbitral Awards* 1905, Vol. X, 159–84 (United Nations, 2006) (https://legal.un.org/riaa/cases/vol_X/159-184.pdf).

⁵³ *Heirs of Massiani Case, Reports of International Arbitral Awards*, vol. X, 183. (In fact, the award stated that “governed by the laws of their domicile, they are Venezuelans.”)

⁵⁴ See *supra* n. 52, at 184.

nationality were analyzed, here we will summarize one of them⁵⁵.

- i. *The Pinson Case*⁵⁶: This was a case heard by the Franco-Mexican commission. Mr. Georges Pinson was the son of a French immigrant who fathered two children in Mexico, the first born in 1872 and Georges in 1875. The father died in 1884. When Georges reached the age of majority, he was in Algeria doing military service for France. He then returned to Mexico where he had a son in 1904. In 1914, at the outbreak of war, he returned to France. The issue of dual nationality arose because, by birth, Georges was Mexican, and by right of blood he was French. The Mexican Constitution, at that time, required that (i) those born on Mexican soil, upon reaching the age of majority, declare their willingness to acquire the other nationality, otherwise they would be considered Mexicans; and (ii) it stated that those who rendered their services to a foreign power would lose their Mexican nationality. Therefore, the commission concluded that

the Constitution was clear, Mr. Pinson “was engaged in French military service and thereby lost any color of Mexican nationality he may have possessed”⁵⁷. Therefore, the compensation requested from the Commission was granted.

6. The Hague Convention on the Conflict of Nationalities of 1930

In the forum of the League of Nations, in the Committee of Experts created in 1924, some issues were considered that needed to be analyzed. One of the topics was nationality. Indeed, out of that came the Hague Convention on Certain Questions Relating to Conflicts of Nationality of April 12, 1930⁵⁸. Despite what the experts inferred, there was not the necessary ripeness to analyze the subject in depth⁵⁹, to the extent that the convention was ratified by very few states. Of that Convention, which consists of 31 articles in 8 pages, only two of them deal with the issue of dual nationality, having missed the opportunity to settle the problem once and for all. The articles in reference establish:

⁵⁵ See Sir John H. Percival, “International Arbitral Tribunals and the Mexican Claims Commissions,” *Journal of Comparative Legislation and International Law* 19, no. 1 (1937): 98–104.

⁵⁶ See *Georges Pinson v. United Mexican States, Reports of International Arbitral Awards* 1928, Vol. V, 327–466 (United Nations, 2006).

⁵⁷ *Georges Pinson v. United Mexican States, Reports of International Arbitral Awards*, vol. V, 328.

⁵⁸ See the full text of the convention at https://prawo.uni.wroc.pl/sites/default/files/students-resources/Convention%20on%20certain%20questions%20relating%20to%20the%20conflict%20of%20nationality%20laws%20FULL%20TEXT_0.pdf

⁵⁹ In fact, Bar-Yaacov commented that “[t]he Commission decided to defer further consideration of the topic because it was not of immediate urgency and because governments would not be prepared to make any concessions which might lead to its solution.” (See Nissim Bar-Yaacov, *Dual Nationality* (London: Stevens & Sons Limited, 1961), xi).

Article 4: A State may not afford diplomatic protection to one of its nationals against a State whose nationality such person also possesses.

Article 5: Within a third State, a person having more than one nationality shall be treated as if he had only one. Without prejudice to the application of its law in matters of personal status and of any conventions in force, *a third State shall, of the nationalities which any such person possesses, recognize exclusively in its territory either the nationality of the country in which he is habitually and principally resident, or the nationality of the country with which in the circumstances he appears to be in fact most closely connected.* (emphasis supplied)

It should be mentioned that the two articles have different inclinations, Article 4 concerns public international law, and Article 5 belongs to the compass of private international law.

The Conference did not make significant progress on the topic of dual nationality; however, it recommended that States should adopt legislation favoring the *renunciation of nationality where the person does not reside*⁶⁰. The Convention entered into force in 1937.

III. The Genuine Link Test

The so-called genuine link test, which refers to the dominant and effective nationality of a subject, was first brought up

in the Drummond case in 1834, where it was stated that although Drummond was formally a national of Great Britain, he was also a national of France, with the aggravating circumstance that his actual connections to that country were more important than to the former. Indeed, he lived in France, he was a member of the army, his property was in France and, therefore, he was considered a national of France, losing the opportunity to claim compensation for the damages caused by France, because as a national of that country, the expropriation did not violate the principles of international law. Later, in several of the arbitration's cases involving Venezuela and Mexico, the Commissioners applied the rule of the real, genuine, or dominant connection, as it has been called. Likewise, the rule of dominant and effective nationality was embodied in Article 5 of the Hague Convention on Conflicts of Nationalities, when it stated that "a third State shall, of the nationalities which any such person possesses, recognize exclusively in its territory either the nationality of the country in which he is habitually and principally resident, or the nationality of the country with which in the circumstances he appears to be in fact most closely connected." Finally, the cases of Nottebohm and Mergé, gave a new dimension to the rule when they expanded

⁶⁰ Bar-Yaacov, *Dual Nationality*, 81–82. (In fact, the text states "[t]he Conference recommends that States should adopt legislation designed to facilitate, in case of persons possessing two or more nationalities at birth, the renunciation of the nationality of the countries in which they are not resident, without subjecting such renunciation to unnecessary conditions.")

the spectrum of the genuine link. The analysis of both cases is compelling.

A. *Nottebohm Case*

The venerable *Nottebohm case*⁶¹, now criticized and even disapproved, is not a case of dual nationality by birth, but, rather, a case of nationality acquired by naturalization. *Nottebohm* has the merit of having originated the contemporary interpretation of the dominant and effective standard. Although rivers of ink have flowed over the history of *Nottebohm*, a review of the case and its conclusions is necessary because, despite the proliferation of literature on the subject, little has been contributed by way of sustained analysis of the nature of the test it applies. Friedrich *Nottebohm*, a German citizen by birth (1881), applied for naturalization in Liechtenstein in 1939, still holding German nationality. However, Mr. *Nottebohm* had resided in Guatemala since 1905, where the main seat of his business was located. In 1939, at the dawn of World War II⁶², *Nottebohm* applied for Liechtenstein nationality, which was granted on October 20, 1939. In January 1940, two months after acquiring Liechtenstein nationality, *Nottebohm* returned to Guatemala with the new nationality. Although Guatemala had remained neutral to the war, after the

attack on the United States at Pearl Harbor, Guatemala declared war on Germany. Despite the change of nationality, *Nottebohm* was treated as a German citizen, his property was seized, he was arrested, detained, and expelled from the country, and he was forbidden to return to Guatemala⁶³. On these grounds, the Principality of Liechtenstein, using diplomatic protection, moved to sue Guatemala to demand the return of the expropriated property and compensation for damages caused to a national of the Principality.

In its reply, Guatemala “expressly stated that it could not ‘recognize that Mr. *Nottebohm*, a German citizen subject habitually resident in Guatemala, has acquired the nationality of Liechtenstein without changing its habitual residence”⁶⁴. Indeed, the ICJ framed the case in a single paragraph:

In the present case it is necessary to determine whether the naturalization conferred on *Nottebohm* can be successfully invoked against Guatemala, whether, as has already been stated, it can be relied upon as against that State, so that Liechtenstein is thereby entitled to exercise its

⁶¹ See *Nottebohm Case* (Liechtenstein v. Guatemala), *I.C.J. Reports*, Second Phase (April 6, 1955), 4–23. See the general analysis discussed here concerning the *Nottebohm Case* was argued by the author in the PCA case No. 2018-56, styled *Carrizosa v. Colombia* (<https://www.italaw.com/cases/7175>).

⁶² World War II, at the European stage, began on September 1, 1939, and culminated with the capitulation of Germany on May 9, 1945.

⁶³ *Nottebohm Case* (Liechtenstein v. Guatemala), *I.C.J. Reports*, Second Phase (April 6, 1955), 7.

⁶⁴ *Nottebohm Case* (Liechtenstein v. Guatemala), *I.C.J. Reports*, Second Phase (April 6, 1955), 19.

protection in favour of Nottebohm against Guatemala⁶⁵.

The ICJ answered the question in the negative. In doing so, the ruling articulates and relies three times on the antecedent of the “dominant and effective” test, which it expressed as “real and effective” nationality⁶⁶.

The elements to be considered in reaching the “real and effective” standard were broad, flexible, and non-exhaustive. Indeed, the Court said that there were different factors to be considered, the importance of which could vary from one case to another, such as “[t]he habitual residence of the individual concerned is an important factor, but there are other factors such as the center of his interests, his family ties, his participation in public life, attachment shown by him for a given country, and inculcated in his children, etc”⁶⁷.

In other words, the application of the “real and effective” test turn out to be more sophisticated than a simple counting of the elements between the three states, Liechtenstein, Guatemala, and Germany, meaning that a qualitative rather than quantitative approach was nec-

essary. In fact, the ICJ struggled to determine whether Nottebohm’s naturalization in Liechtenstein had been strategic and for a single purpose, or whether it was *bona fide* or disingenuous⁶⁸.

For instance, the Court noted that Nottebohm lived 34 years in Guatemala, but his connections with Liechtenstein were very weak⁶⁹. The ICJ even recalled in its decision that Nottebohm was visiting the Principality when he decided to initiate the naturalization process⁷⁰.

In its analysis the ICJ further found that Nottebohm (i) had no activity or economic interests in Liechtenstein, and that (ii) his only real connection was that one of his brothers resided in Vaduz, the capital of the Principality. In other words, even if the nationality had been acquired in accordance with Liechtenstein law, it was not opposable in law to Guatemala, as it lacked genuineness, because, clearly, given the arguments presented in the case, Nottebohm’s lack of connection with Liechtenstein was evident, contrary to the long-standing link with Guatemala, a link that the naturalization did not weaken in any way⁷¹.

⁶⁵ *Nottebohm Case* (Liechtenstein v. Guatemala), *I.C.J. Reports*, Second Phase (April 6, 1955), 21.

⁶⁶ *Alberto Carrizosa et al. v. Colombia*, Memorial on Jurisdiction, PCA Case No. 2018-56, 130.

⁶⁷ *Nottebohm Case* (Liechtenstein v. Guatemala), *I.C.J. Reports*, Second Phase (April 6, 1955), 22.

⁶⁸ *Alberto Carrizosa et al. v. Colombia*, Memorial on Jurisdiction, PCA Case No. 2018-56, ¶197.

⁶⁹ In fact, after being deported from Guatemala, Nottebohm established residence in Switzerland and not in the Principality.

⁷⁰ *Nottebohm Case* (Liechtenstein v. Guatemala), *I.C.J. Reports*, Second Phase (April 6, 1955), 25.

⁷¹ *Nottebohm Case* (Liechtenstein v. Guatemala), *I.C.J. Reports*, Second Phase (April 6, 1955), 26. “*That naturalization was not based on any real prior connection with Liechtenstein*, nor did it in any way alter the manner of life the person upon whom it was conferred in exceptional circumstance of speed and accommodation. In both respects, *it was lacking in the genuineness requisite to an act of such importance*, if it is to be

The ICJ determined that Nottebohm had indeed engaged in treaty shopping. The Nottebohm case was instructive for investment law cases, however, it merits five observations: (i) The ICJ in Nottebohm analyzed a case of second nationality status by naturalization, quite distinct from dual nationality by birth, which are the ones that today give most subject matter for study, (ii) Nottebohm naturalized in order to replace his status as a national of a belligerent state with that of a national of a neutral state, for the sole purpose of thereby entering into the protection of Liechtenstein, but never with the intention of attaching himself to its traditions, interests, way of life or of assuming the obligations -other than fiscal- and exercising the rights corresponding to that nationality, (iii) the fundamental question in Nottebohm consisted in determining to what extent the legitimate exercise of national law by a State may, unilaterally, impose on another State obligations under public international law, (iv) Nottebohm was a case of diplomatic protection, the objectives of which differ greatly from the public international law of foreign investment protection, as diplomatic protection lacks elements such as the expectations of investors, the nature and bona fide character of an investor, as well as the limitations that necessarily pertain to

the exercise of a State's regulatory and judicial sovereignty, and (v) finally, the complexities of the application of the predecessor, "real and effective" standard applied in Nottebohm are multiplied and worsened in the context of that case due to the presence of three States: Liechtenstein, Germany and Guatemala. Such issues are not common to investor-state arbitration.

In addition to the useful contrasts that the five referenced factors bring to treaty-based investor-state arbitration addressing the contemporary test of "dominant and effective," Nottebohm also brings a second analytical talisman, relevant and useful to the application of the standard. "The Nottebohm 'link test' is a (i) qualitative inquiry into the (ii) 'genuineness' of the citizenship status at issue during (iii) a relevant timeframe. In the case of Nottebohm, the material timeframe was '[a]t the time of his naturalization'"⁷².

B. Mergé Case

The Italy-United States Conciliation Commission had to analyze the Mergé Case⁷³, which was decided immediately after the Nottebohm Case, on June 10, 1955. The Commission applied the principles enunciated in Nottebohm to determine whether Mrs. Mergé, a dual national of the United States and Italy,

entitled to be respected by a State in the position of Guatemala. It was granted without regard to the concept of nationality adopted in international relations.") (emphasis supplied).

⁷² *Alberto Carrizosa et al. v. Colombia*, Memorial on Jurisdiction, PCA Case No. 2018-56, ¶217

⁷³ See *Mergé Case* – Decision No. 55, *Reports of International Arbitral Awards* 1955, Vol. XIV, 236–48 (United Nations, 2006).

should be considered a national of the United States with *dominant character*⁷⁴ within the meaning of Article 78 of the Peace Treaty and therefore be allowed to assert claims for damages suffered during World War II.

Claimant, Florence Strunski, was born in New York in 1909. In 1933, she married Salvatore Mergé, an Italian national working for the Ministry of Foreign Affairs, in Rome. As a result of their marriage, the new Mrs. Mergé “acquired Italian nationality by operation of Italian law”⁷⁵. Despite this, she continued to use her American passport on her travels. After living in Rome for four years, Mr. Mergé was transferred, in 1937, to the Italian Embassy in Japan. Mrs. Mergé traveled to Tokyo with an Italian passport, however, upon arrival in the city, she registered with the American Consulate as a U.S. national. When the war between Japan and the United States ended, Mrs. Mergé was offered to be transferred to her country by the American military forces based in Japan, however, she wanted to stay in Tokyo with her husband. In 1948, she applied for a passport at the U.S. Consulate in Yokohama and traveled to the U.S., where she stayed for nine months. While in New York, she applied to the Italian Consu-

late for a visa to travel to Italy. She arrived in Italy in September 1947. In October 1947, she registered at the American Consulate in Rome as a U.S. national, where she even signed an affidavit stating that his parents were his only link to the US and that “she did not pay income taxes to the Government of the United States”⁷⁶.

When the American Consulate in Rome issued a new passport to Mergé in 1950, she declared that her “legal residence”⁷⁷ was in New York, where she planned to return in the future. However, in 1955, when the Mergé case was settled, the Commission noted that she continued to reside in Italy. Mrs. Mergé’s claim was for a grand piano and other personal property located in Frascati⁷⁸, a town outside Rome.

The Commission first met in Paris and then moved to Rome. In the meantime, the ICJ issued the *Nottebohm* decision. The Commission adopted the principles explained in *Nottebohm* and noted:

The principle... based on the sovereign equality of States, which excludes diplomatic protection in the case of dual nationality, must yield before the principle

⁷⁴ In fact, when the Commission engages in the analysis of the principles of international law, they refer to the principle of dominant and effective and point out the cases that were previously resolved based on that principle, including *Miliani*, *Stevenson*, *Massiani*, *Pinson*, and *Nottebohm*, among others.

⁷⁵ *Mergé Case* – Decision No. 55, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XIV, 237.

⁷⁶ *Mergé Case* – Decision No. 55, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XIV, 237.

⁷⁷ *Mergé Case* – Decision No. 55, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XIV, 237.

⁷⁸ *Mergé Case* – Decision No. 55, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XIV, 236.

of effective nationality whenever such nationality is that of the claiming State⁷⁹.

However, the practical conceptual application was that the Commission understood that *Nottebohm* was not an *admissibility criterion*, but rather an *expansive one* (i) particular to each case, (ii) in which “habitual residence”⁸⁰ was only one of many factors to be considered and not a dominant element, and (iii) the elements to be weighed were not exhaustive. The Commission reasoned:

In view of the principles accepted, it is considered that the Government of the United States of America shall be entitled to protect its nationals before this Commission in cases of dual nationality, United States and Italian, whenever the United States nationality is the effective nationality.

In order to establish the prevalence of the United States nationality in individual cases, *habitual residence can be one of the*

*criteria of evaluation, but not the only one. The conduct of the individual in his economic, social, political, civic, and family life, as well as the closer and more effective bond with one of the two States, must also be considered*⁸¹. (emphasis supplied)

In view of the above, the Commission concluded that Mergé’s dominant nationality –in accordance with Article 78 of the Treaty of Peace– was not that of the United States, but of Italy, and therefore the claim for compensation was definitively rejected.

Finally, the qualitative-quantitative test applied in *Nottebohm* and Mergé has been imported into public international investment protection law⁸². The qualitative-quantitative concept will be discussed in more detail later.

⁷⁹ *Mergé Case* – Decision No. 55, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XIV, 247.

⁸⁰ However, it should be noted that, on the issue of effective nationality, both the U.S. and Italian governments, during the discussion of the Hague Convention on Nationality Conflicts (1930), made comments, which were considered for the Mergé Case, and which seem to be conclusive for the decision taken: The United States said, “There exists presently no established rule which permits a determination, in the case of an alien who possesses the nationality of two other States, of which one is the nationality that must be recognized by the United States. *There would appear to be no obstacle to the regulation of this question by international agreement, and we consider that the domicile of the interested party should be taken into consideration in order to determine his nationality.*” For its part, Italy noted that, “The Italian Government, in its Reply, declared itself *in favour of the nationality which is accompanied by habitual residence.*” (emphasis added).

⁸¹ *Mergé Case* – Decision No. 55, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XIV, 247. (Indeed, the Commission ruled that: “Mrs. Merge can in no way be considered to be dominantly a United States national within the meaning of Article 78 of the Treaty of Peace, because the family did not have its habitual residence in the United States and the interests and the permanent professional life of the head of the family were not established there. In fact, Mrs. Merge has not lived in the United States since her marriage, she used an Italian passport in travelling to Japan from Italy in 1937, she stayed in Japan from 1937 until 1946 with her husband, an official of the Italian Embassy in Tokyo, and it does not appear that she was ever interned as a national of a country enemy to Japan.”)

⁸² *Georges Pinson v. United Mexican States*, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. V, 223.

C. *The Test Itself*

As noted in the *Nottebohm* case, much has been written about the genuine connection. However, this does not mean that what has been said is definitive. In the *Nottebohm* case, the Court referred to “real and effective” nationality, or what is its later equivalent, “dominant and effective” nationality. The topic of “effective nationality,” as discussed in *Mergé*, requires an analysis that should not be overlooked.

Not forgetting that Mrs. *Mergé*’s claim was a grand piano and some personal effects, the Conciliation Commission, composed of one delegate from each country and, as a third member, the academic José de Yanguas Messia, an Spaniard expert in international law, who had written an article about dual nationality in 1925⁸³, decided to go a step further and analyze the principles of international law regarding effective nationality. Let us see what they pondered:

1. On dual nationality, they pointed out that there were two possible solutions (i) through diplomatic protection (public international law), and (ii) through the principle of effective or dominant nationality (in the sphere of private international law).
2. In analyzing the Hague Convention on Conflict of Nationalities, it con-

cluded that, in Article 5, it gave two options (i) to recognize as effective nationality that of the country *where the person resides*, or (ii) the nationality with which he or she *appears to be most closely connected*.

3. Regarding the study of precedents, the Commission cited several cases, including the 1903- 5 Venezuelan arbitrations, the *Canevaro* case from Peru, the *Barthez de Monfort* case, the *Pinson* case, and the *Nottebohm* case.
4. The commission analyzed the legal literature on diplomatic protection and effective nationality, with particular emphasis on a concept of developed by Jules Basdevant, based on the Venezuelan arbitrations, according to which “the conflict between two nationalities must be resolved by giving prevalence to the law with which *the real nationality* of the person in question corresponds⁸⁴.”

Having analyzed the above, the Commission concluded that (i) diplomatic protection and (ii) the *principle of effective nationality, in the sense of dominant*, had been accepted by the Hague Convention and the International Court of Justice⁸⁵.

To resolve the *Mergé* case, the Commission used the evaluation criteria proposed by the United States for cases be-

⁸³ In fact, Yanguas authored *La double nationalité en Amérique. Revue de Droit International et Législation Comparée* (Bruselas, 1925).

⁸⁴ *Mergé Case* – Decision No. 55, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XIV, 245–46.

⁸⁵ *Mergé Case* – Decision No. 55, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XIV, 245–46.

fore the Commission to determine whether a person has American nationality. These criteria comprised:

- a. The habitual residence.
- b. Americans by birth, but of Italian parentage, where they have habitually lived.
- c. Italian naturalized Americans, if they reacquire Italian nationality as a consequence of the law for having lived more than two years in Italy if they do not intend to establish definitive residence in Italy.
- d. Regarding American women married to Italians, the nationality prevails if they have lived in the USA, and if the *permanent interests of the head of the family* are in the U.S.
- e. In case of the end of the marriage, if the family lived in Italy and the widow moves to the U.S., *the habitual residence will not be decisive*, but the education given to the children will be what indicates the prevailing nationality.

To date, the test, although not defined in any document, has been regularly applied in several cases, for example, as defined in Nottebohm⁸⁶ and Mergé was fur-

ther refined in the cases of the Islamic Republic of Iran and the United States of America (Case A/18), and has continued to be used, for example, in investor-State cases. This test implies that the dominant and effective nationality will consider factors such as (i) habitual residence, (ii) center of interests, (iii) family ties, (iv) participation in public life, (v) dominant and effective nationality during the relevant period⁸⁷. These requirements are the ones that have been analyzed by tribunals in investor-state cases in recent years, without taking into consideration the dynamism of humanity in the past thirty years.

D. Habitual Residence

To date, it can be inferred that the fundamental element for declaring the dominant nationality of a person with dual nationality is the place of residence, even though it had been said, *ad infinitum*, that it was only one more factor, and not the fundamental criterion.

However, this criterion of residence, which may have seemed so stable and, perhaps, conclusive in 1903, 1930, or 1955, has changed radically in the last thirty years, in a globalized world. Indeed, in the decade of the twenties of the twenty-first century, we have very interesting statistics. For example, in some of the world's most important financial cen-

⁸⁶ *Alberto Carrizosa et al. v. Colombia*, Memorial on Jurisdiction, PCA Case No. 2018-56, 130.

⁸⁷ See *Islamic Republic of Iran v. United States of America*, IUSCT Case No. A-18, ¶51 (<https://jsumundi.com/en/document/decision/en-islamic-republic-of-iran-v-united-states-of-america-decision-decision-no-dec-32-a18-ft-friday-6th-april-1984>)

ters, the populations include foreigners in the following proportions: 90% of the population of Dubai, 40% of Sydney, 37% of New York, 37% of London, 29% of Singapore, 29% of Madrid, 20.52% of Miami, 15% of Paris, 3% of Shanghai, and 1.34% of Hong Kong. As for the populations of Miami and New York, of that percentage of foreigners, a group has naturalized, but the remaining 8.6% in Miami⁸⁸, and 9.38% in New York⁸⁹, continue with their foreigner status. Likewise, there are several nationals of the former Soviet republics residing in London⁹⁰.

Soon, many of the children of those foreigners, will become dual nationals, by *ius soli* or *ius sanguinis*, and they will be investors and new problems will arise from nationality, but the criterion of residence cannot have so much value, in a world in which the main form of transportation is the airplane, where investors have private jets, and today they are in London and tomorrow they will be in New York. The criterion must be holis-

tic⁹¹, leaving behind the exaggerated value that has historically been given to residence.

Likewise, dual nationality contains several problems or, perhaps, one problem with several edges. What does dual nationality entail? On the one hand, whether a person can sue one of the countries of which he is a national, on the other, whether he can export his earnings to the country with which he has closer ties.

IV. Dual Nationals in Investor-State Arbitration

It is well known that the first bilateral investment treaty (BIT) was signed between the Federal Republic of Germany and Pakistan. The BIT, like most of the BITs that followed, dealt exclusively with investment protection, and initiated the modern era of international foreign investment protection law⁹². It is also the first treaty to contain the basic standards of protection that comprise virtually all

⁸⁸ In fact, according to World Population Review, foreign residents in Miami are distributed by origin as follows: 77.68% Latin American, 9.35% Asian, 8.13% European, 3.15% North American, 1.44% African and 0.26% from Oceania.

⁸⁹ According to World Population Review, NYC's foreign residents are distributed by origin as: 51.55% Latin American, 29.49% Asian, 11.83% European, 1.7% North American, 4.79% African and 0.64% Oceania.

⁹⁰ In this group are Roman Abramovich, who has Russian, Israeli and Portuguese nationalities, Len Blavatnik, Lubov Chernukhin, a major donor to UK Conservative Party campaigns, and a group of young people who, being of Soviet origin, have resided and been educated in London.

⁹¹ Merriam-Webster Dictionary defines holism as a philosophical school of thought according to which "the universe and especially living nature is correctly seen in terms of interacting wholes (as of living organisms) that are more than the mere sum of elementary particles." See *Merriam-Webster Dictionary*, s.v. "holism," <https://www.merriam-webster.com/dictionary/holism>.

⁹² Pedro J. Martinez-Fraga and Joaquin Moreno Pampín, "Reconceptualizing the Statute of Limitations Doctrine in the International Law of Foreign Investment Protection: Reform beyond Historical Legacies," *New York University Journal of International Law and Politics* 50 (2017): 838.

BITs today⁹³. Consequently, investment arbitration under ICSID rules began in 1972, in the case styled *Holiday Inns S.A. v. Morocco*, and during these fifty-plus years 970 cases have been filed⁹⁴. In these five decades there have been a few cases involving dual nationality, among them *Olguín v. Paraguay*, *Champion Trading v. Egypt*, *Micula v. Romania*, not a very long list because ICSID rules prohibit a person from suing the country of which he or she is a national⁹⁵. At the same time, there have been the cases of the Islamic Republic of Iran against the United States of America, and several cases under UNCITRAL rules, such as *Oostergetel v. Slovakia*, *Serafin Garcia v. Venezuela*, *Ballantine v. Dominican Republic*, *Alberto Carrizosa v. Colombia*, and *Fraiz v. Venezuela*. To have an overview of the approach to dual nationality in arbitral tribunals over the last fifty years, we will briefly refer to what happened in each of these arbitrations.

A. Iran – U.S. Claims Tribunal

To summarize, in 1981, the United States and Iran signed the Algiers Accords, which ended the hostage crisis at the U.S. Embassy in Tehran and created a Tribunal to resolve disputes between the two countries and their nationals. Nearly 4,700 private U.S. claims were filed against the Government of Iran before the Tribunal and most were settled, resulting in more than \$2.5 billion in awards to U.S. nationals and companies. Among those there were cases of dual nationals, two of which are outlined here:

1. *Diba v. Iran*⁹⁶: Mr. Diba was a dual national of the US and Iran, and the tribunal had to apply the genuine link test contained in the Algeria Agreements. The tribunal began by analyzing Mr. Diba's nationality on the basis of the decision in case A/18 of April 6, 1984, which stated that in order to be considered a US national it was necessary to define the dominant and effective nationality, and this was accomplished by taking into consideration "the claim-

⁹³ Martínez-Fraga and Moreno Pampín, "Reconceptualizing the Statute of Limitations Doctrine in the International Law of Foreign Investment Protection," 839.

⁹⁴ See *ICSID World Bank Group, Cases Database* (<https://icsid.worldbank.org/cases/case-database>).

⁹⁵ In fact, article 25(2)(a) provides that: "National of another Contracting State" means: (a) any natural person who had the nationality of a Contracting State other than the State party to the dispute on the date on which the parties consented to submit such dispute to conciliation or arbitration as well as on the date on which the request was registered pursuant to paragraph (3) of Article 28 or paragraph (3) of Article 36, but does not include any person who on either date also had the nationality of the Contracting State party to the dispute...." (emphasis supplied). See *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States* (ICSID Convention), art. 25(2)(a), opened for signature Mar. 18, 1965, 575 U.N.T.S. 159.

⁹⁶ See *Benny Diba and Wilfred J. Gaulins v. The Islamic Republic of Iran, The Iranian Ministry of Housing and Urban Development*, IUSCT Case No. 940 (Iran-US Claims Tribunal) (Award) (October 31, 1989) (<https://iusct.com/wp-content/uploads/2020/11/C940-Doc-167eng.pdf>).

ant's from birth, and all relevant factors which evidence the reality and the sincerity of the choice of national allegiance they claim to have made," i.e., "habitual residence, center of interests, family ties, participation in public life, and other evidence of attachment to that country⁹⁷." After analyzing Mr. Diba's life and even though he seemed to have integrated into the U.S. culture, after his divorce, Mr. Diba went to live in Iran, and traveled very little to the U.S. He was also unable to demonstrate any financial interest he had with the USA. Therefore, the court concluded that Mr. Diba's dominant and effective nationality during that period was not that of the U.S. and, therefore, it did not have jurisdiction to review the case against Iran⁹⁸.

2. *Malek v. Iran*⁹⁹: This was the case of a doctor, born in Iran, who at the age of 17 went to study medicine in England, and finished his studies in Rochester, Minnesota. Dr. Malek sued for USD 3.5 million in compensation for expropriation of property in Iran. The claimant had be-

come a naturalized U.S. citizen on November 5, 1980. In developing the case, the tribunal found that the *claimant had met the test of dominant and effective nationality*¹⁰⁰, for which it conducted an extensive analysis. It emphasized that "[o]bviously, in order to establish what is the dominant and effective nationality on the date on which the claim arose, it is necessary to scrutinize the events in Claimant's life prior to this date¹⁰¹." The Tribunal further reasoned that "[i]n effect, Claimant's entire life, from his birth, and all the factors which, during this span, evidence the reality and sincerity of the choice of national allegiance he claims to have made, are relevant¹⁰²." Mr. Malek's predicament was that his American nationality was limited to a very short period, between November 5, 1980 and January 19, 1981 and, during that very short period, there was no expropriation act against him by the Iranian authorities, therefore, the tribunal considered that no compensation was due.

⁹⁷ *Benny Diba and Wilfred J. Gaulins v. The Islamic Republic of Iran*, IUSCT Case No. 940, 5.

⁹⁸ *Benny Diba and Wilfred J. Gaulins v. The Islamic Republic of Iran*, IUSCT Case No. 940, 8.

⁹⁹ See *Reza Said Malek v. The Government of the Islamic Republic of Iran*, IUSCT Case No. 193 (Iran-US Claims Tribunal) (Award No. IITL68-193-3) (June 23, 1988) (<https://iusct.com/cases/final-award-no-534-11-august-1992/>).

¹⁰⁰ *Reza Said Malek v. The Government of the Islamic Republic of Iran*, IUSCT Case No. 193, ¶ 25. (Indeed, "[i]n the Interlocutory Award the Tribunal found that the Claimant's dominant and effective nationality was that of the United States of America as from 5 November 1980 to 19 January 1981.")

¹⁰¹ *Alberto Carrizosa et al. v. Colombia*, Claimant's Reply to Respondent's Answer on Jurisdiction, PCA Case No. 2018-56, ¶ 798.

¹⁰² *Alberto Carrizosa et al. v. Colombia*, Claimant's Reply to Respondent's Answer on Jurisdiction, PCA Case No. 2018-56.

B. ICSID Cases

As noted previously, there are not many dual nationality cases brought under ICSID rules because Article 25(2)(a) bars a person from suing the country of which he or she is a national.

1. *Olguin v. Paraguay*¹⁰³: The claimant, a U.S. and Paraguayan national, brought an ICSID claim against the Republic of Paraguay arising out of a treaty breach related to an investment in the food processing sector in Paraguay, which was to be owned and operated by a Paraguayan entity. Although dominant and effective nationality was not considered because the applicable BIT was silent on the matter, the Tribunal expressed the relevant propositions as part of its analysis and determined that it lacked jurisdiction due to the preclusive effect of the ICSID regime on the issue. However, the Tribunal recognized that “[t]here is no dispute that [the claimant] has dual nationality, and that both are effective¹⁰⁴.”

2. *Champion Trading v. Egypt*¹⁰⁵: This case was brought by Champion Trading and the Wahba brothers, three dual nationals, in connection with a cotton export business they had in Egypt. The Wahba brothers, although American by birth, were the children of an Egyptian father and an American mother, and in making the investment in Egypt they identified themselves as nationals. The tribunal concluded, after analyzing the elements of the *Nottebohm* case and the A/18 cases, that, regardless of the reason for which they identified themselves as Egyptian nationals, the ICSID Convention prohibited a person from suing the country of which he was a national, and therefore the claim was dismissed out of hand, because although the claimants wanted the dominant and effective nationality to be analyzed, the reality was that article 25 of the ICSID Convention was clear and definitive. Only the validity of the nationality was sufficient to dismiss the claim¹⁰⁶.

¹⁰³ See *Eudoro Armando Olguin v. Republic of Paraguay*, ICSID Case No. ARB/98/5 (Award) (July 26, 2001).

¹⁰⁴ *Alberto Carrizosa et al. v. Colombia*, Claimant’s Reply to Respondent’s Answer on Jurisdiction, PCA Case No. 2018-56, ¶¶ 820–21.

¹⁰⁵ See *Champion Trading v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/02/9 (Decision on Jurisdiction) (October 23, 2003).

¹⁰⁶ *Champion Trading v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/02/9, 17. (Indeed, the tribunal held that “[t]he mere fact that this investment in Egypt by the three individual Claimants was done by using, for whatever reason and purpose, exclusively their Egyptian nationality clearly qualifies them as dual nationals within the meaning of the Convention and thereby based on Article 25(2)(a) excludes them from invoking the Convention.”)

3. *Micula v. Romania*¹⁰⁷: This case involved Swedish investors (originally from Romania) and Romania. After the overthrow of Ceausescu’s communist regime in December 1989, Romania found itself in a complicated economic and social turmoil. In this situation, Romania adopted measures to attract and promote investment. Among these measures was Emergency Government Ordinance No. 24/1998 (“EGO 24”), which established a framework for the granting of investment incentives in “disadvantaged” regions of Romania. The Claimants are two Swedish nationals, Viorel and Ioan Micula, and three companies owned by them. Beginning in 1998, relying on the incentives offered by EGO 24, the investors started building an integrated food platform designed to produce consumer products and beverages for the Romanian market. In August 2004, Romania thwarted the Miculas’ plans by announcing that it would repeal EGO 24, effective February 22, 2005. The repeal of the incentives caused the Miculas to suffer cash flow constraints that made impossible for them to com-

plete the projects they had planned based on EGO 24. The Miculas filed a claim against Romania before IC-SID in 2005 and obtained a favorable decision in September 2008. The tribunal analyzed that the respondent argued that “the [claimants’] Swedish nationality is effective and was obtained solely ‘to advance their purpose.’” As to whether there was a *genuine connection*, the defendant argued that the claimants resided “permanently and remain physically almost constantly in Romania.” It also concluded that “their professional and economic interests, as well as their cultural, social, and family ties are in and with Romania. As a result of these strong and continuous ties to Romania, considered that the claimants “cannot invoke their Swedish nationality with respect to Romania.” However, the Tribunal rejected such assertions and found that respondent’s argument that claimants’ Swedish nationality could not be binding in Romania because of claimants’ alleged tenuous ties to Sweden *was without merit*¹⁰⁸. Finally, with regard to the

¹⁰⁷ See *Ioan Viorel Micula, F.C. European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipak S.R.L. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/20 (Decision on Jurisdiction and Admissibility) (September 24, 2008).

¹⁰⁸ *Alberto Carrizosa et al. v. Colombia*, Claimant’s Reply to Respondent’s Answer on Jurisdiction, PCA Case No. 2018-56, ¶805 (In fact, the court—making use of the genuine link test—noted that: (i) the claimants had “assets in Sweden”; (ii) one of the claimants had “in-laws ... living in Sweden”; (iii) one of the claimants had “two daughters of Swedish nationality”; (iv) the claimants “intended to retire in Sweden”; (v) the claimants paid “into pension funds to that effect”; and finally (vi) the Tribunal reasoned that “[t]he fact that [the Claimants] currently reside in Romania is not a decisive factor. Indeed, it is clear that they have done so

claimants having their residence in Romania, the tribunal's analysis found that "[t]he fact that they presently reside in Romania is not a decisive factor. Indeed, *it is clear that they have done so in order to run their business, and as testified by Mr. Viorel Micula they could live in another country if they had their business located somewhere else*¹⁰⁹."

C. UNCITRAL Cases

Contrary to the ICSID rules, the UNCITRAL rules do not provide that a person may not bring a claim against the country of which it is a national. In this group of cases, in fact, what is done is to look at the BIT and see if the extremes required therein are met. Under the UNCITRAL rules there are a few known cases of dual nationality, where different interpretations have been given to the issue of dual nationality, making use, most of the time, of the Nottebohm and Mergé decisions, as well as the U.S.–Iran decision A/18, in other words, the dominant and effective nationality has been reviewed, according to *the genuine link test*.

1. *Oostergetel v. Slovakia*¹¹⁰: An unusual case. The applicants filed a claim based on the 1991 BIT between the Kingdom of the Netherlands and the Czech and Slovak Federal Republic. The claim was filed in 1993, when Slovakia was independent. The claimants, of Dutch nationality, had an investment in Slovakia, consisting of a majority shareholding in a yarn and thread company, Bratislavská Cvernová Továrň (BCT), which had previously been privatized by the Government. The claim concerned actions and omissions by the Slovak authorities that resulted in the bankruptcy of BCT, in particular, actions taken by a Bratislava court and the local tax office. During the course of the arbitration, the *ad-hoc* tribunal had to deal with the issue of the claimants' dual nationality, as Slovakia pointed out that the claimants had dual Dutch and Belgian nationality. In this regard, Slovakia proposed to define the dominant and effective nationality of the claimants, which according to them was that of Belgium, and not that of the Nether-

in order to run their business, and as testified by [one of the Claimants] they could live in another country if they had their business located somewhere else.”)

¹⁰⁹ *Alberto Carrizosa et al. v. Colombia*, Claimant's Reply to Respondent's Answer on Jurisdiction, PCA Case No. 2018-56, ¶104 (This observation is fundamental, because the issue of residence has been so closely linked to the way of defining dominant and effective nationality, that this time, the arbitrators stepped out of the comfort zone and used all the elements, without giving an inordinate value to residence, as we have seen historically, despite the fact that the residence criterion is not the only criterion, nor one of greater value over the others. However, this maxim was abandoned in later cases, as if it had never existed.)

¹¹⁰ See *Jan Oostergetel and Theodora Laurentius v. The Slovak Republic*, UNCITRAL Ad-Hoc Arbitration (Decision on Jurisdiction) (April 30, 2010) (https://jsumundi.com/en/document/decision/en-jan-oostergetel-and-theodora-laurentius-v-the-slovak-republic-decision-on-jurisdiction-friday-30th-april-2010#decision_506).

lands. In the Decision on Jurisdiction, the tribunal said that Slovakia had not been successful in proving the claimants' dual nationality. Moreover, the tribunal noted that Slovakia's mention of "Champion Trading... is also misplaced, since in that case the claimants had two nationalities and hence the tribunal applied the effective nationality principle in order to determine which one of the two was the claimants' dominant nationality¹¹¹." For their part, the claimants –based on Micula–questioned the application of the effective nationality principle in single nationality cases, as opposed to dual nationality¹¹². Finally, the tribunal noted that the claimants "hold and have continuously held the Dutch nationality at all time periods that are relevant to this Tribunal's jurisdiction in the present case¹¹³." In the decision on the merits, the Tribunal did not agree with the plaintiffs, since it considered that the losses derived from the ordinary risks of any business and that they did not originate

from Slovakia's actions or omissions. Although this is not, strictly speaking, a dual nationality case, the tribunal nevertheless analyzed the elements of *Nottebohm*¹¹⁴, the *Champion Trading*¹¹⁵ case, and the *Micula*¹¹⁶ case, among other cases, to define the nationality of the claimants.

2. *Serafín García v Venezuela*¹¹⁷: The case involved an investor of Spanish origin, Serafín García, who emigrated to Venezuela in 1961, and his daughter Ana García Gruber, born in Venezuela in 1980. Serafín García lost his Spanish nationality in 1972, by naturalization in Venezuela. Between 2003 and 2004, both reacquired the Spanish nationality. During the expropriation furor of the Venezuelan government of Hugo Chávez in 2010, the companies of these investors were occupied and then expropriated. The investors filed their claim under the BIT signed between Spain and Venezuela in 1995. In the development of the case, Venezuela alleged that both

¹¹¹ *Jan Oostergetel and Theodora Laurentius v. The Slovak Republic*, UNCITRAL Ad-Hoc Arbitration (Decision on Jurisdiction), ¶129.

¹¹² *Jan Oostergetel and Theodora Laurentius v. The Slovak Republic*, UNCITRAL Ad-Hoc Arbitration (Decision on Jurisdiction), ¶131.

¹¹³ *Jan Oostergetel and Theodora Laurentius v. The Slovak Republic*, UNCITRAL Ad-Hoc Arbitration (Decision on Jurisdiction), ¶135.

¹¹⁴ *Jan Oostergetel and Theodora Laurentius v. The Slovak Republic*, UNCITRAL Ad-Hoc Arbitration (Decision on Jurisdiction), ¶¶112, 132.

¹¹⁵ *Jan Oostergetel and Theodora Laurentius v. The Slovak Republic*, UNCITRAL Ad-Hoc Arbitration (Decision on Jurisdiction), ¶112.

¹¹⁶ *Jan Oostergetel and Theodora Laurentius v. The Slovak Republic*, UNCITRAL Ad-Hoc Arbitration (Decision on Jurisdiction), ¶131.

¹¹⁷ See *Serafín García Armas & Karina García Gruber v. The Bolivarian Republic of Venezuela*, PCA Case No. 2013-3 (Decision on Jurisdiction) (December 15, 2014).

investors were Venezuelan nationals and argued that it was essential to define the dominant and effective nationality of the investors¹¹⁸. In the decision on jurisdiction, the arbitrators who analyzed the case, undertook the task of reviewing all the BITs subscribed by Venezuela, those subscribed by Spain, and even the treaty of friendship subscribed between both nations in 1990. The conclusion was that the BIT stated that investors would be understood as “[p]hysical persons having the nationality of one of the Contracting Parties according to its legislation and making investments in the territory of the other Contracting Party” and, therefore, “it is sufficient that they possess Spanish nationality¹¹⁹.” Thus, it continued “[t]his text does not impose any limitation on dual nationals, and it is not possible to deprive the nationality freely granted by one State and accepted as valid by the other of its effects¹²⁰.” Summarizing, the tribunal held that “[t]he

conclusion reached by this Tribunal that a non-existent condition in the BIT on the nationality of investors protected by that Treaty cannot be added to the BIT is consistent with the conclusions reached by other arbitral tribunals that have considered these issues¹²¹.”

The case was decided on its merits, with a finding against Venezuela for expropriating the investors in the amount of USD 214 million. Venezuela took the case to the Paris Court of Appeals, which annulled the award, noting that the investors did not have Spanish nationality at the time of making the investment. The investors appealed the decision and the French Court of Cassation pointed out that the Court of Appeals erred by adding as a condition that the investors had to have Spanish nationality at the time of making their investment, a condition that the treaty had not foreseen. Finally, on June 27, 2023, the Paris Court of Appeals¹²² stated that the reasons proposed by Venezuela for the annulment were rejected and ordered Venezuela -as a pun-

¹¹⁸ *Serafin Garcia Armas & Karina Garcia Gruber v. The Bolivarian Republic of Venezuela*, PCA Case No. 2013-3 (Decision on Jurisdiction), ¶ 81 (Indeed, Venezuela argued that “[i]n the first instance, a natural person having the nationality of both Contracting States does not satisfy the definition of ‘investor’ set forth in the BIT, because that Treaty does not allow a national to sue its own State before an international forum. Secondly, the rules and principles of international law applicable to nationality preclude the admission of claims brought by natural persons having dual nationality, especially if the nationality of the respondent State is the dominant or prevailing nationality.”) (emphasis added).

¹¹⁹ *Serafin Garcia Armas & Karina Garcia Gruber v. The Bolivarian Republic of Venezuela*, PCA Case No. 2013-3 (Decision on Jurisdiction), ¶197

¹²⁰ *Serafin Garcia Armas & Karina Garcia Gruber v. The Bolivarian Republic of Venezuela*, PCA Case No. 2013-3 (Decision on Jurisdiction), ¶200

¹²¹ *Serafin Garcia Armas & Karina Garcia Gruber v. The Bolivarian Republic of Venezuela*, PCA Case No. 2013-3 (Decision on Jurisdiction), ¶206

¹²² See *Cour d'appel de Paris*, RG n° 22/02752 (27 juin 2023) (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/180098.pdf>).

ishment- to pay 150,000 euros, for expenses not included in the legal costs, in accordance with article 700 of the French Code of Civil Procedure.

It appeared that the 2014 Decision on Jurisdiction, and the subsequent Decision on the Merits in April 2019, embodied a before and after, leaving for history Nottebohm, Mergé, the A/18 cases, and many of those mentioned here, all of them inclined to the application of the *genuine link test*, and to give excessive value to residence. However, as soon as September 2019, the *Ballantine v. Dominican Republic* case was decided, against any logical criteria.

3. *Ballantine v. Dominican Republic*¹²³:

The scarcity of treaty-based arbitral awards interpreting dominant and effective nationality in the context of public international investment protection law was observed in a case filed in September 2014 founded on alleged violations of the Dominican Republic-Central America Free Trade Agreement (DR-CAFTA). Despite the slow analysis of the case, since it took three years from the time it was filed until the tribunal in issuing Procedural Order No. 2 on April 21, 2017, offered some valuable insights that were consistent with the expansive qualitative construc-

tion of the dominant and effective test that we have been studying.

The case involved the Ballantine family, Americans who went in 2000, to do Christian missionary work in the Dominican Republic. After about a year, they returned to the U.S., however, they were captivated by the place and decided to undertake a project called Jamaca de Dios. The project began to be developed in 2005, and consisted of two phases, the first one for luxury housing and the second one for a luxury hotel with spa and other services. In 2005 the Ballantines sold their business in the U.S. and moved with their children to the Dominican Republic, year in which they were approved for permanent residency, which was later renewed in 2008. On December 30, 2009, they were approved for naturalization and formally acquired citizenship in 2010. During that time, they lived on the island, their children attended schools there and voted in Dominican elections, among other things. Likewise, they continued to travel to the United States, they kept in touch with the family, they celebrated Thanksgiving with the family in the U.S., they had the money in accounts in the U.S., and finally, when the children finished high school, they went to the U.S. to study at the college. In that background, it was necessary to analyze, at the request of the Dominican Republic,

¹²³ See *Michael Ballantine and Lisa Ballantine v. Dominican Republic*, PCA Case No. 2016-17 (Award) (September 3, 2019) (<https://jsumundi.com/en/document/decision/en-michael-ballantine-and-lisa-ballantine-v-the-dominican-republic-award-tuesday-3rd-september-2019>).

which was the dominant nationality, since the country considered that the dominance was for the Dominican nationality. The tribunal in Procedural Order No. 2, observed “that any comprehensive interpretation of the dominant and effective test would need to be rooted in the factual particularities of the case before it. It specifically observed having to examine (i) “the immediate context” of the factual matrix, (ii) Claimants’ “acquisition of Dominican nationality,” (iii) the “asserted reasons for acquiring that nationality,” (iv) “the facts surrounded by the investment” at issue, (v) “the conduct of the host-State vis-à-vis the [Claimants]”, (vi) “Claimants’ conduct with respect to the host State,” and (vii) “the evidence concerning the facts previous to the date of filing for arbitration¹²⁴.”

Similarly, the tribunal decided not to bifurcate the case and go straight to the merits, on the grounds that “the facts relating to the Objection [the dominant and effective nationality of the claimants] appear to be intertwined with those relating to the merits, which would justify their being considered together¹²⁵.”

When everything seemed to indicate that a qualitative analysis of the genuine link test would be taken forward, the tribunal issued its award in September 2019. Again, an arbitral tribunal analyzed the *Nottebohm*, *Mergé* and *A/18* cases, and noted that the dominant and effective nationality analysis should encompass the claimants’ entire lives, however, that analysis “is relevant but not determinative in assessing whether nationality is dominant and effective¹²⁶.”

Surprisingly, the *Ballantine* Tribunal omitted the application of customary international law in its analysis, and instead applied its own limited four-pronged test of (a) habitual residence, (b) the individual’s personal attachment to any particular country, (c) the center of the person’s economic, social and family life, and (d) the circumstances under which the second nationality was acquired, taking into account the specific context of the dispute¹²⁷.

The majority of the tribunal gave more weight to a consideration of residence - erroneously contextualized - than even to the set of factors applied. Finally, the majority considered that the dominant and effective nationality of the investors

¹²⁴ *Alberto Carrizosa et al. v. Colombia*, Memorial on Jurisdiction, PCA Case No. 2018-56, 298.

¹²⁵ *Michael Ballantine and Lisa Ballantine v. Dominican Republic*, PCA Case No. 2016-17 (Procedural Order No. 2, ¶ 28) (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8772.pdf>).

¹²⁶ See *Michael Ballantine and Lisa Ballantine v. Dominican Republic*, PCA Case No. 2016-17 (Award) (September 3, 2019) (citing *Malek v. Iran*, Interlocutory Award, ¶ 14) (<https://jsumundi.com/en/document/decision/en-michael-ballantine-and-lisa-ballantine-v-the-dominican-republic-award-tuesday-3rd-september-2019>).

¹²⁷ *Alberto Carrizosa et al. v. Colombia*, Claimant’s Reply to Respondent’s Answer on Jurisdiction, PCA Case No. 2018-56, ¶ 987.

was that of the Dominican Republic and, therefore, the tribunal had no jurisdiction over the case.

As a result of the award, arbitrator Marney Check, made a separate and thorough dissenting opinion, in which, among other things, referring to dominant and effective nationality, she stated:

I disagree with the Majority that ‘the inclusion of this phrase [i.e., dominant and effective nationality] in an investment chapter within the broader framework of a Free Trade Agreement imbues that phrase with a specific meaning’ and therefore ‘it [is] appropriate to give specific meaning to the terms used in DR-CAFTA rather than directly incorporating any other standard ...[.] (citation omitted) The standard articulated in DR-CAFTA is not an investment treaty-specific test for dominant and effective nationality. Rather it is the well-established customary international law standard. My opinion this regard is consistent with the recent decision in *Aven v. Costa Rica*, where the tribunal applied the Nottebohm test in examine the question of dual nationality under DR- CAFTA Article 10.28¹²⁸.

In conclusion, Ms. Check carefully outlined what should be the appropriate temporal analysis from the relevant dates in line with the applicable standard es-

tablished in customary international law and agreed to by the Contracting Parties:

The proper inquiry should examine the Claimants ties to the United States and the Dominican Republic over the course of their lifetimes to determine whether, at the time of the alleged breach (i.e., 12 September 2011 and at the time of the submission of the claim to arbitration (i.e., 11 September 2014, the dominant and effective nationality of each Claimant was that of the United States or the Dominican Republic.

This case was not a fortunate conclusion, not least because the DR-CAFTA stated that a tribunal shall decide the issues in dispute in accordance with [the treaty] and the applicable rules of international law. That unconditional mandate could not be subject to any exceptions. It was not referential in nature but was intended to provide guidance for each Tribunal applying it to create its own ad hoc rule¹²⁹.

The tribunal missed the opportunity to move away from the perennial concept of residence and move towards the holistic concept advocated by Check¹³⁰.

¹²⁸ *Michael Ballantine and Lisa Ballantine v. Dominican Republic*, PCA Case No. 2016-17 (Partial Dissent of Ms. Check on Jurisdiction, ¶ 12).

¹²⁹ *Alberto Carrizosa et al. v. Colombia*, Claimant’s Reply to Respondent’s Answer on Jurisdiction, PCA Case No. 2018-56, ¶¶1001-2

¹³⁰ In fact, Check said that the dominant and effective nationality of Mrs. Ballantine at all times relevant to the case was that of the U.S., as was the case with Mr. Ballantine. Finally, arbitrator Check said that it was important to analyze the reason why the Ballantine acquired Dominican nationality, i.e., to protect their investments in that country, and that element was fundamental in the holistic determination of that dominant and effective nationality.

4. *Alberto Carrizosa v. Colombia*¹³¹:

This case arose from the expropriation of a bank in Colombia in 1998, during the so-called “*crisis de fin de siglo*”¹³². That crisis was generated by a decision of the government of Colombian President Ernesto Samper (1994-1998), which ordered the withdrawal of all public funds from financial institutions not subject to the control of the Colombian Financial Superintendency, generating the bankruptcy of some 300 cooperative banks and a financial crisis of colossal proportions. The Carrizosa was a married couple made up of a well-known businessman from Bucaramanga, Colombia and an American woman who landed in Colombia as part of John F. Kennedy’s Peace Corps. The couple had three children, who obtained Colombian nationality by *ius soli*, and American nationality by *ius sanguinis*. The case had several edges, as for the expropriation of 1998, the Carrizosa’s fought it in the Colombian courts that ended in a favorable sentence to the family in 2007, where Colombia was ordered to pay about one hundred million dollars for the expropriation. The opinion was issued by the Council of State, the highest contentious-administrative instance. The problem was that -in a strange interven-

tion of the Colombian Constitutional Court at the request of the then President of the Republic- the opinion was revoked. That new opinion, SU-447, was of 2014, and represented a second expropriation to the Carrizosa family, which took the case to international instances, to UNCITRAL arbitration, under the administration of the Permanent Court of Arbitration in The Hague. Here we will limit ourselves to the case of the brothers, which had an important nationality component. In the case of *Alberto Carrizosa et al. v. Colombia*¹³³, the Claimants made a very substantial body of evidence to demonstrate that their *dominant and effective nationality*, as required by the U.S.-Colombia TPA, was that of the United States. To this end, the claimants submitted nine elements that, taken together, made it evident that the claimants’ effective nationality was that of the USA. These factors were: (i) how and why they acquired the American nationality, (ii) how the plaintiffs considered themselves, (iii) family, (iv) education, (v) residence, (vi) language, (vii) finances, (viii) health, and (ix) cultural affinity. Fundamental factors, which must be considered as a unit, an amalgam. There is no reason for one to have more weight than another at the time

¹³¹ *Alberto Carrizosa et al. v. Colombia*, Memorial on Jurisdiction, PCA Case No. 2018-56.

¹³² Which translates into English as turn-of-the-century crisis.

¹³³ *Alberto Carrizosa et al. v. Colombia*, Memorial on Jurisdiction, PCA Case No. 2018-56.

of analysis, or what is the same, the residence factor cannot be the fundamental value, something that has been said since Nottebohm and Mergé, moreover, Micula shed light on the subject of residence. The Carrizosa brothers said that they were Americans by birth and that their mother had raised them as Americans, that is, the values, the language, the love for the U.S., they were also Colombians because they were born there, but they identified more with the U.S. culture. Subjectively, they said they considered themselves Americans, not Colombians. The family was educated as American, they by their mother, and their children by them. The education, both high school and college and postgraduate in the U.S. Their residence was in the U.S. from 1983 to 1990 and then from 2000 to 2007, in the case of Alberto, from 1983 to 1997, in the case of Felipe, and from 1983 to 2004, in the case of Enrique. They said that in the family the language spoken was English, that the center of their finances was in the U.S., where they paid taxes, that their health was controlled in the U.S., where they also had the surgeries they had had and, finally, that the cultural affinities of the three brothers, trips, family gatherings, celebra-

tions such as 4th of July, Halloween and Thanksgiving, were observed in the family and the office, and that they expected to retire to live in the U.S., when the next generation takes control of the business¹³⁴.

These factors were confirmed with dates, certificates, addresses of residence in the U.S., among abundant evidence. Colombia refuted them with the legal argument, almost exclusively, of residency, and with evidence such as that Felipe Carrizosa was part of a golf club in Bogota, and that Enrique Carrizosa's wife, who is American by birth and rearing, had posted on Facebook a family photo when Enrique, his wife and daughters attended the *Festival de la Leyenda Vallenata*, and where he wore a t-shirt that read "*El rock de mi pueblo*"¹³⁵. Likewise, the three women wore traditional Colombian clothing.

While this was being discussed, the U.S. State Department decided to intervene, in a rather retaliatory position, for the plaintiffs' use of an expert, and presented as the State's position, that the dominant and effective nationality of the plaintiffs was not that of the U.S. but of Colombia. The tribunal, in an analysis said that it was necessary to consider: (i) the "[d]ifferent factors are taken into consideration, and their importance will vary from one case to the next: the habit-

¹³⁴ *Alberto Carrizosa et al. v. Colombia*, Memorial on Jurisdiction, PCA Case No. 2018-56, ¶¶ 835-944.

¹³⁵ *Alberto Carrizosa et al. v. Colombia*, Respondent's Answer on Jurisdiction, PCA Case No. 2018-56, ¶ 455.

ual residence of the individual concerned is an important factor, but there are other factors such as the centre of his interests, his family ties, his participation in public life, attachment shown by him for a given country and inculcated in his children, etc.,¹³⁶ (ii) the circumstances of acquisition of the nationality, as in *Nottebohm*¹³⁷, (iii) The prevalence of one nationality over the other citing *Merge*¹³⁸, and citing *Ballantine*, which connection is stronger¹³⁹, and (iv) Claimants themselves urged on the Tribunal the need to apply a qualitative, not quantitative, test, but by the same token, they suggest that the Tribunal should accord equal weight to all factors to which they (and Respondent) have drawn attention on the basis that: there is no authority setting forth a test or a methodology for the application of a test that sets forth a hierarchy between and among the various elements to be considered¹⁴⁰.

With those alleged factors under scrutiny and making it clear that the claimants were resident in Colombia, the tribunal said that it had “adopted a holistic approach in its analysis, albeit with the necessary emphasis on the period of the Critical Dates. In the face of irrefutable

evidence of Claimants’ long and deep-rooted connections with Colombia over many years, it would be a leap to conclude that, all evidence susceptible of objective examination to the contrary, Claimants’ dominant nationality was that of the United States. In the Tribunal’s view (having adopted the language of Respondent’s submission):...there is no way anyone could reasonably conclude from all this that [Claimants] were predominantly [nationals] of the United States¹⁴¹,” and therefore accepted what was said by Colombia’s representatives, i.e., “[T]his is a Colombian family suing Colombia in an international forum contrary to one of the most long-standing and time-honored principles of international law, which is you cannot sue the State of your nationality in an international forum¹⁴².” Given this conclusion, further analysis of the case was unnecessary.

Once again, an arbitral tribunal, in an investor-State case, missed the opportunity to make history and define, once and for all, the factors to be taken into account, but no, they chose to subject themselves to the residence factor¹⁴³, ig-

¹³⁶ *Alberto Carrizosa et al. v. Colombia*, Award, PCA Case No. 2018-56, ¶183.

¹³⁷ *Alberto Carrizosa et al. v. Colombia*, Award, PCA Case No. 2018-56, ¶184.

¹³⁸ *Alberto Carrizosa et al. v. Colombia*, Award, PCA Case No. 2018-56, ¶185.

¹³⁹ *Alberto Carrizosa et al. v. Colombia*, Award, PCA Case No. 2018-56, ¶186.

¹⁴⁰ *Alberto Carrizosa et al. v. Colombia*, Award, PCA Case No. 2018-56, ¶192.

¹⁴¹ *Alberto Carrizosa et al. v. Colombia*, Award, PCA Case No. 2018-56, ¶253.

¹⁴² *Alberto Carrizosa et al. v. Colombia*, Award, PCA Case No. 2018-56, ¶253.

¹⁴³ See generally ¶¶ 237, 238, 241, 244 y 248.

noring the Micula¹⁴⁴, and the reality of the world in 2020, which by the way, was going through a pandemic and people made video conferences for trials, business and to be in contact with their loved ones. Today, more than ever, the residence factor can be neither definitive nor binding.

5. *Fraiz v. Venezuela*¹⁴⁵: This case was filed by a dual citizen of Spain and Venezuela. The claimant, based on the same BIT that gave rise to the judgment against Venezuela in the case of Serafin Garcia, filed a claim before the Permanent Court of Arbitration of The Hague, alleging that his investments—in media and public advertising—had been expropriated by Venezuela¹⁴⁶. In this regard, the claimant asserted that between 1988 and 2014, he developed those businesses and that in different acts of the government, his rights over the investments were gradually being cut off until in 2014 he lost control of them, to the extent that today they are in the hands of the government or third parties¹⁴⁷. As expected, the claimant presented all kinds of fac-

tual and legal arguments, the most valuable being that it had obtained Spanish nationality in 2003. Venezuela, on the other hand, requested to define what was the claimant's dominant and effective nationality, despite the fact that the Serafin Garcia arbitral tribunal had analyzed this point in depth, as well as the Paris Court of Appeals and the French Court of Cassation. Following its analysis of the claimant's particular situation, the tribunal said that (i) Mr. Fraiz was born in Venezuela in 1965, (ii) he acquired Spanish nationality in 2003, (iii) he studied in Venezuela, (iv) he married in Venezuela, (v) his daughter was born in Venezuela, and (vi) when he was expropriated, he settled in Miami, U.S.¹⁴⁸. The court noted that the question in the case was whether the claimant's Spanish nationality preponderated over his Venezuelan nationality¹⁴⁹. The answer to that question was in the negative¹⁵⁰ and said that Fraiz was born and made social and family life in Venezuela, that he studied his professional career in Vene-

¹⁴⁴ *Ioan Viorel Micula, F.C. European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipak S.R.L. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/20 (Decision on Jurisdiction and Admissibility) (September 24, 2008). (Indeed, Micula's tribunal concluded that "[t]he fact that they presently reside in Romania is not a decisive factor. Indeed, it is clear that they have done so in order to run their business, and as testified by Mr. Viorel Micula they could live in another country if they had their business located somewhere else.")

¹⁴⁵ *Fernando Fraiz Trapote v. Bolivarian Republic of Venezuela*, PCA Case No. 2019-11 (Final Award, January 31, 2022), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw16446.pdf>

¹⁴⁶ *Fernando Fraiz Trapote v. Bolivarian Republic of Venezuela*, PCA Case No. 2019-11, ¶¶3–5.

¹⁴⁷ *Fernando Fraiz Trapote v. Bolivarian Republic of Venezuela*, PCA Case No. 2019-11, ¶¶87–9.

¹⁴⁸ *Fernando Fraiz Trapote v. Bolivarian Republic of Venezuela*, PCA Case No. 2019-11, ¶¶191–7.

¹⁴⁹ *Fernando Fraiz Trapote v. Bolivarian Republic of Venezuela*, PCA Case No. 2019-11, ¶¶413.

¹⁵⁰ *Fernando Fraiz Trapote v. Bolivarian Republic of Venezuela*, PCA Case No. 2019-11, ¶¶414.

zuela¹⁵¹, developed his business in Venezuela, and lived there from his birth until 2014, having never lived in Spain¹⁵². Therefore, the court concluded that the links with Spain were “insufficient” to have the protection of the BIT.

The case itself was of no great significance, except for the fact that, under the premises studied in *Serafin Garcia*, the claimant would have been considered as an investor, however, not having analyzed Article I.1 (a) of the BIT -referring to the definition of investor- in the same manner, and having required the genuine link test, that is, the elucidation of which was the dominant and effective nationality, it demolished the claimant’s aspirations, who certainly lost his assets in Venezuela.

V. The Factors, How They Have Been Analyzed and Applied - Qualitative, Not Quantitative Analysis

The cases analyzed so far allow us to conclude that, throughout 240 years, the factor that has been considered fundamental to decide whether a person *-who has two nationalities-* belongs to one country or another, has been the residence. We see this in most of the anal-

yses, both in the oldest and in the most recent cases, such as *Ballantine and Carrizosa*.

In view of the preponderance that had been given to the factor prior to 1930, the Hague Convention on Conflicts of Nationalities went so far as to recommend that states adopt legislation that was *favorable to the renunciation of nationality where the person did not reside*¹⁵³. However, an unexpected twist came with *Nottebohm*, *Mergé* and the *A/18* cases, it was decided to analyze the life of the person with dual nationality, to verify his emotional, family, cultural and commercial ties, in short, “the whole life of the person¹⁵⁴,” in order to determine which would be the dominant and effective nationality.

This criterion not only broadened the range of factors, but also directed us towards a qualitative, not quantitative analysis of factors, in other words, it is not an *album of stickers*, where the winner is the one who completes the stickers, but rather, the person must show what his level of affinity or commitment to a certain country actually is. For example, in *Micula*, we saw how the tribunal admitted that the investor, although born in Romania and residing there, had the dominant and effective nationality of Sweden,

¹⁵¹ *Fernando Fraiz Trapote v. Bolivarian Republic of Venezuela*, PCA Case No. 2019-11, ¶¶202. (In fact, one of the issues that affected the claim was that Mr. Fraiz always identified himself as Venezuelan, to the extent that he sent a letter to the president, Nicolás Maduro, dated January 17, 2014, “requesting his help and protection to be ‘favored’ by and in his capacity as a Venezuelan [investor] against foreign companies.”)

¹⁵² *Fernando Fraiz Trapote v. Bolivarian Republic of Venezuela*, PCA Case No. 2019-11, ¶¶413-5.

¹⁵³ See note 59

¹⁵⁴ See note 99

because, as we said before, the tribunal reasoned that even if the claimants resided in Romania, it was not a decisive factor¹⁵⁵.

The arbitral tribunals, the few that have had this issue in their hands, have struggled to study the case and the factors to determine the dominant and effective nationality, even when it was not required by the text of the BIT, as it happened in *Fraiz v. Venezuela*, to reach the most disconcerting solution, as it is, to say that the important factor is the residence.

The issue cannot be limited to where the investors reside, but, as Arbitrator Check said in *Ballantine v. Dominican Republic*, to a holistic, all-encompassing analysis, which really analyzes the life of the investors, how they acquired their nationality, where they studied, whom they married, how they educated their children (not where), with which country they identify themselves more, where they have their medical check-up, where they pay taxes, where they have their savings, etc., all these factors should be analyzed, even more so after the Covid-19 pandemic, which has opened the world to telecommuting, i.e., we can work in a law firm in New York or London and yet reside in Australia or New Zealand. When arbitrators understand that they must analyze these elements -which carry as much as 69 years in the balance-

the everlasting axiom of the preponderant importance of the residency factor will fall once and for all.

VI. New Times Demand New Paradigms

After having analyzed the issue of nationality, considering its form of acquisition, the test to determine which is the dominant and effective nationality, as well as the return to the common -and safe- place of residence, we must conclude that it is necessary to move forward. Why? Because this is not the society of 240 years ago, nor that of 70 years ago, nor even that of 30 years ago. We are at the dawn of a new era, as we said before, investors have several nationalities and reside, many times in places different from their nationality, in the place where they have the investment, and all the known and yet to be known variants. In other words, the capital of an investor should be able to be protected even if he invests in one of his home countries, as long as it is demonstrated in a holistic manner, which is his dominant and effective nationality, without the need to “die” with a 1930 concept, that is, the place where you reside¹⁵⁶.

As stated, new times require new paradigms, and those paradigms must include:

First, that the dual citizenship rule create a new class of investor; therefore, it

¹⁵⁵ See note 108

¹⁵⁶ However, there are exceptional cases, e.g., for Israel, the status of “foreigner” or “Israeli” depends on the country of residence, not on the country of citizenship.

broaden the set of jurisdictional investors. It is 2023, mobility, videoconferencing, and technology -in general- compel the consideration of dual or multi-nationals investors. The possibility of investing in one place or another, without imposing the limitation of residence, due to the fact that, otherwise, it would be limiting the possibility of third world countries receiving funds from their second generation children or from those who moved away seeking fortune and who, having achieved it, cannot help that country of nostalgia. This is important, for instance, from the list of billionaires with double or triple nationality¹⁵⁷, none of them could invest in their country of origin, since any expropriation would fall on a national and there is no right to international investment protection, all of which could be catalogued as a great loss for countries receiving investment, such as India, Bangladesh, Venezuela, Türkiye, or Colombia. In the case of Colombia, for instance, the law compels nationals who have dual nationality, by *ius soli* or *ius sanguinis*, to enter Colombia and identify themselves in all legal documents with the Colombian

identification¹⁵⁸, so how can it be established that a person is an American, if he is obliged by law to identify himself as Colombian? There would be no way. Therefore, it is necessary to understand that dual nationals belong to a new investor class that is becoming more common every day. How has it been done so far? Investments are made through corporations, but these are *euphemisms* that, in the end, are used to counteract a reality; the person is a national of the place where the investment was made, even if that nationality is not the dominant and effective one.

Second, the purpose of the dual nationality investor universe is to repatriate wealth and create new investment opportunities in the home host state. It sounds like a tongue twister, however, the objective sought by the dual nationality investor is to help the former home country, to create investment opportunities, to create wealth in that place, by investing from what is his new country and which, usually, will be the one of the effective and dominant nationality, regardless of the place of residence. Whether the person lives in the place where the investment is

¹⁵⁷ See *infra* Appendix A and Appendix B (The lists, which contain some twenty names, show (i) how many investors have dual nationality, and (ii) how many of those investors reside in a country other than the one of which they are citizens. It is simply a way of showing the dilemma that these investors may face and, no doubt, that their children will face in the future).

¹⁵⁸ In fact, Law 43 of 1993, in article 22 states: "Colombian nationals who have dual nationality in the national territory shall be subject to the Political Constitution and the laws of the Republic. Consequently, their entry and stay in the territory, as well as their departure, must always be done as Colombians, and they must identify themselves as such in all their civil and political acts." (In Spanish original reads, in pertinent part: "*El nacional colombiano que posea doble nacionalidad, en el territorio nacional, se someterá a la Constitución Política y a las leyes de la República. En consecuencia, su ingreso y permanencia en el territorio, así como su salida, deberán hacerse siempre en calidad de colombianos, debiendo identificarse como tales en todos sus actos civiles y políticos.*")

made is not relevant, the important issue is that he/she makes the investment and that he/she generates opportunities for that country¹⁵⁹. Therefore, now the “only” important thing is not to be able to repatriate the profits to the country of origin of the investment, but to be able to invest in that place that, perhaps out of nostalgia or gratitude, the dual nationality investor wants to provide a service, even though his dominant and effective nationality is that of the country of origin of the funds.

Third, the general idea is to ferret out fraud, i.e., to prevent citizens of the host state from purposely making false vehicles as belonging to the capital-exporting states. Indeed, from the very beginning, almost 300 years ago, the idea of judges and arbitrators has been to prevent investors from protecting the capital they invest in host countries by subterfuge. The problem of dual nationals is that the only way to avoid appearing as national investors is to renounce the nationality of the country where they were born or where their parents came from, with the aggravating circumstance that, in many countries, there is no renunciation of citizenship¹⁶⁰. Transparency is a fundamental objective of defining when a na-

tionality is dominant and effective, hence exceeding the lower limit, which is represented by residence.

Fourth, dual nationality should be analyzed from a qualitative and not a quantitative criterion. We have analyzed this issue in depth. To define which is the dominant and effective nationality of a person, requires -by definition- to analyze the whole life of a person, to analyze all the factors, to give them the relevance that corresponds, therefore, the qualitative analysis, by means of the holistic approach, is the only solution to solve this already long conflict. The qualitative analysis, as mentioned above, obliges us to ponder the investor’s life and how he/she acquired the nationality; where he/she studied; who he/she married; how he/she educates his/her children (not where); with which country he/she identifies him or herself more; where he/she has a medical check-up; where he/she pays taxes; where he/she has his/her savings; and others that allow to determine the dominant and effective nationality¹⁶¹.

Fifth, no single factor, including the place of primary residence, is or should be decisive. Residence, as was the case with the previous point, has been the

¹⁵⁹ That was the tribunal’s understanding in *Micula* and, therefore, stated that although the *Miculas* were originally from Romania, they were now nationals of Sweden and were only in Romania to take care of their investments.

¹⁶⁰ This subject of renunciation is very interesting. The heir to the Fiat empire, John Elkann, having been born in the USA of an Italian father and mother -the daughter of Gianni Agnelli- renounced his nationality acquired by *ius soli*, to be the sole holder of the nationality acquired by *ius sanguinis*.

¹⁶¹ See *supra* at V. (The Factors, how they have been analyzed and applied - Qualitative, not quantitative analysis).

subject of extensive analysis in this work. Indeed, there are no preponderant factors in determining dominant and effective nationality, there are only factors, and they must be weighed by the tribunal. If all factors were given equal weight, we would not see so many awards returning to the commonplace of residence. Therefore, the residence factor is just another factor and not “the” *sine qua non* factor.

Sixth and finally, the factors to be considered are not exhaustive, there may be other factors, even more so in a world like today’s, where artificial intelligence is making its first steps, but we do not know what the future may offer and that could be considered to define the dominant and effective nationality of an investor. We do not know what the future looks like, but as long as there are investors and nationalities, and even more so, nationals of several countries, it will be necessary to analyze each and every one of the factors that investors consider relevant to assert, so as to be able to determine what is that dominant and effective nationality that has been talked about since the cases of Mr. Nottebohm, and Mrs. Mergé and that appears as a fundamental element in the treaties of the United States and many other countries.

These latter paradigms suggest a refutable presumption that a kind of checklist-a form of new test- could be used as a starting point to define whether the nationality of the investor falls in the country re-

ceiving the investment, or in the country from which the investment originates.

As previously stated on several occasions, the tribunal must consider the entire life of the investor and not analyze solely their place of residence. Therefore, that checklist regarding investors should include:

- i. how they acquired their nationality,
- ii. where they studied,
- iii. whom they married,
- iv. how they educated their children (not where),
- v. with which country they identify themselves more,
- vi. where they have their medical check-up,
- vii. where they pay taxes,
- viii. where they have their savings,
- ix. and, of course, where they have their residence, which is also a factor, in addition to others that the tribunal and the interested party may define in their claim.

VII. Conclusion

A uniform standard is essential. Reaching agreement cannot possibly be such a Herculean task. The outline of a standard was achieved in the Nottebohm, Mergé, and A/18 cases, however, in recent times, we have seen how practitioners have shown new and revolutionary factors in defining dominant and effective

nationality, and that path must be pursued further. Likewise, it is imperative that the tribunals proceed with a holistic approach, away from the simple and unfair route of downsizing everything to the place of residence. If the arbitration tribunals do not devote themselves to resolving the issue of the dual nationality of investors, we would be condemning them -under the current criteria- to an arbitrary deprivation of one of the nationalities they hold¹⁶². Understandably, arbitrators have been too fearful of confronting states defending themselves against expropriation of foreign investors, but there must be limits to this, for the own good of a solid international investment law with expectations for the future, which over the years has been losing lucidity, due to the positions of the defending states. This is what the quote from Harper Lee's novel refers to: that it takes *real courage* on the part of arbitrators to determine when the investor's dominant and effective nationality should be understood as being other than that of their place of residence, as this requires a more complex analysis. Otherwise, this difficulty will remain unsolved for a long time.

To paraphrase Professor Gabrielle Kaufmann-Kohler, in reference to the use of

stare decisis in international investment law, defining dominant and effective nationality based on new factors "is a necessity... if only for the sake of the rule of law¹⁶³."

¹⁶² See Andrés A. Mezgravis, "The arbitrary deprivation of dual nationality in investment arbitration," *Arbitration International* 39, no. 4 (December 2023): 549–570.

¹⁶³ See Gabrielle Kaufmann-Kohler, in her lecture of November 14, 2006, entitled *Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse?* The text, in the form of an article, is available at <https://lk-k.com/wp-content/uploads/Arbitral-Precedent-Dream-Necessity-or-Excuse.pdf>. (In fact, in the last paragraph of the presentation she states: "[t]hese final points lead to the overall conclusion that 'arbitral precedent' is a necessity for certain types of disputes, if not only for the sake of the rule of law.")

Appendix A

List of renowned investors with dual nationality

Investor	Nationalities
Elon Musk	South Africa/Canada/U.S.A.
Adam Foroughy	Iran/U.S.A.
Safra Catz	Israel/U.S.A.
Eren Ozmen	Turkey/U.S.A.
Mortimer Zuckerman	Canada/U.S.A.
Andrew Chern	China/U.S.A.
Vinod Khosla	India/U.S.A.
Miriam Adelson	Israel/U.S.A.
Rupert Murdoch	Australia/U.S.A.
Thomas Peterffy	Hungary/U.S.A.
Pierre Omidar	France/Iran/U.S.A.
Eric Schmidt	U.S.A./Cyprus
Roman Abramovich	Russia/Israel/Portugal
Teddy Sagi	Israel/Cyprus
Liu Zhongtian	China/Malta
Pavel Durov	Russia/St. Kitts & Nevis
Myron Wentz	U.S.A./St. Kitts & Nevis
Evan Spiegel	U.S.A./France
Peter Thiel	Germany/U.S.A./New Zealand
Harlan Crow	U.S.A./St. Kitts & Nevis

Appendix B

Investors living in countries other than their country of nationality

Investor	Nationalities	Place of residence
Bernard Arnaud	France	Brussels
Francoise Bettencourt	France	Luxemburg
Giovanni Ferrero	Italy	Luxemburg
Klaus-Michael Kuhne	Germany	Switzerland
Jorge Paulo Lemann	Brazil/Switzerland	St. Louis, Mo, U.S.A.
Carolina Herrera	Venezuela/U.S.A.	N.Y., U.S.A. ¹⁶⁴
David Velez	Colombia	Uruguay
Jorge M. Perez	Argentina/U.S.A.	Miami, Fl., U.S.A.
Marcelo Claire	Bolivia	Miami, Fl., U.S.A.
Luis Carlos Sarmiento	Colombia	Miami, Fl., U.S.A.
Jaime Gilinsky	Colombia	London, U.K.
Gustavo Cisneros ¹⁶⁵	Venezuela	Miami, Fl., U.S.A.
Juan Carlos Escotet	Venezuela/Spain	A Coruna, Spain
Alicia Koplowitz	Spain	London, U.K.
Roman Abramovich	Russia/Israel/Portugal	Turkey
Teddy Sagi	Israel/Cyprus	London, U.K.
Myron Wentz	U.S.A./St. Kitts & Nevis	Grand Cayman
Pavel Durov	Russia/St. Kitts & Nevis	Dubai, U.A.E.
Muhammed Aziz Khan	Bangladesh	Singapore

¹⁶⁴ Special mention requires the case of this Venezuelan-born designer. There is no BIT between Venezuela and the USA. However, for the sake of discussion, let's assume that there was a BIT in force. In that case, the designer made her investment in the USA in 1982, became a naturalized American citizen in 2009, and settled permanently in New York in 2023. Undoubtedly, it could be said that this foreign investment of a Venezuelan investor in the U.S.A., until 2009, would have been protected by the BIT.

¹⁶⁵ Mr. Cisneros has passed away in 2023 in Miami, headquarters of the Cisneros Group.

Affection and affectation in one's sense of home: A comment on Joaquín Moreno Pampín's Dual citizenship of natural persons in international investment arbitration

Carli N. Conklin*

Principia No. Especial 1-2025 pp. 107-117

Resumen: El trabajo comenta críticamente el artículo de Joaquín Moreno Pampín sobre la determinación de la nacionalidad dominante y efectiva en el arbitraje internacional de inversiones cuando concurren situaciones de doble nacionalidad. A partir de una perspectiva histórica, filosófica y práctica, el texto destaca la insuficiencia de los enfoques que privilegian casi exclusivamente la residencia física y defiende la adopción de un test multifactorial que incorpore vínculos sociales, culturales, económicos, familiares y, especialmente, el componente afectivo del “sentido de hogar”. Mediante paralelos con debates históricos sobre justicia procesal y pertenencia jurídica, el comentario subraya que una aproximación más holística permitiría decisiones más justas y precisas, al tiempo que ayudaría a distinguir entre una nacionalidad genuinamente asumida y meras estrategias de afectación o treaty shopping en el arbitraje de inversiones.

Abstract: The paper offers a critical commentary on Joaquín Moreno Pampín's analysis of dominant and effective nationality in international investment arbitration involving dual nationals. Drawing on historical, philosophical, and procedural perspectives, it challenges approaches that give near-exclusive weight to physical residence and argues instead for a multifactor test. Such a test should account not only for residence, but also for social, cultural, economic, familial, and especially affective ties reflecting an individual's genuine sense of home. By situating Moreno Pampín's proposal within broader debates on procedural justice and legal belonging, the paper contends that a more holistic approach would lead to fairer and more accurate determinations of nationality, while also helping adjudicators distinguish between genuine nationality claims and strategic affectation or treaty shopping in investment arbitration.

Palabras Claves: Doble nacionalidad | Nacionalidad dominante y efectiva | Arbitraje internacional de inversiones | Sentido afectivo de hogar | Test multifactorial

* Received her JD and PhD in American Legal History from the University of Virginia. She is an Associate Professor at the University of Missouri School of Law, an Associate Professor of Constitutional Democracy at the University of Missouri's interdisciplinary Kinder Institute on Constitutional Democracy, and Director and Faculty Fellow of the School of Law's Center for the Study of Dispute Resolution.

Keywords: Dual nationality | Dominant and effective nationality | International investment arbitration | Affective sense of home | Multifactor test

In *Dual Citizenship of National Persons in International Investment Arbitration*, Joaquín Moreno Pampín considers the legal conflicts that arise in dual nationality of natural persons from the perspective of the 21st century, and in the specific arena of international investment arbitration¹. He promotes a multi-factor test to determine “dominant and effective nationality” within the framework of history, both the more recent procedural history of adjudicator-applied tests for determining nationality, and the longer philosophical history of how we understand nationality and the relationship between our claims of nationality and the rights and obligations those claims entail.

Moreno Pampín prompts us to take seriously the need for procedural clarity in the factors utilized by adjudicators to determine the dominant and effective nationality of persons with dual nationality, alongside our need to seriously consider not only place of physical residence, but also—and equally so—a variety of other factors related to one's affective sense of home and its relationship to the rights and obligations the individual has undertaken as a result.

In making these arguments, Moreno Pampín is entering into long-running debates about process justice in arbitra-

tion and the relationship between one's affective sense of home and one's relationship to the law. Two debates in early America, one between merchants in antebellum Massachusetts, and one between colonial leaders in Massachusetts Bay Colony, provide a discursive backdrop for Moreno Pampín's claims, highlighting the perennial nature of our desire for process justice in arbitration and the perceptual impact of our affective sense of home in our understanding of our rights and obligations under the law.

Process questions in the practice of arbitration arose early in the new United States. Massachusetts, with its longstanding merchant community, provides a rich example. In 1786, a Boston, Massachusetts newspaper published an ongoing debate between Benjamin Austin, a leading merchant, writing under the pen name of *Honestus*, and a fellow merchant, writing under the pen name of *Merchant*². The issue at hand was the efficacy of arbitration versus courts for the resolution of disputes between merchants. Austin argued that resolution of one's dispute by arbitration was superior to adjudication by litigation in the courts of law, since arbitration was speedier, more cost-effective, and would be more likely to result in justice, as merchant arbitrators were best equipped to know

¹ Joaquín Moreno Pampín, “Dual Citizenship of Natural Persons in International Investment Arbitration”

² For the following discussion of Benjamin Austin's efforts to promote arbitration in antebellum Massachusetts, see generally Carli N. Conklin, “Lost Options for Mutual Gain? The Lawyer, the Layperson, and Dispute Resolution in Early America,” *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 28 (2013): 581.

and to apply the commercial law to the dispute at hand. In contrast, Merchant argued that disputing merchants would be better served through the law courts, where judges and lawyers were increasingly well-versed in the commercial law, where the processes were increasingly efficient, and where, as a result, litigation was increasingly capable of justly resolving the merchants' disputes.

Austin compiled his arguments into a pamphlet, titled *Observations on the Pernicious Practice of the Law*, which he published later that same year. The pamphlet is instructive not only as a window into early American arbitration, but also as a window into the prevailing philosophies of law—and issues in law—that helped structure debates about the efficacy of arbitration in early America³. In 1814, Austin re-issued his pamphlet, including a Preface that hailed the improvements in law that had worked to alleviate so many of the concerns he had voiced about the law courts decades prior.

To read Austin's original 1786 pamphlet alongside its 1814 reissue is to see how process issues in arbitration can arise from or find resolution in changing circumstances, as the response to one process issue raises others, or as issues that were resolved in one context arise anew as the context changes. The wide-ranging debate between Honestus and Merchant about the efficacy of arbitration to resolve commercial disputes in eighteenth-century Massachusetts is not so different from the ongoing debates we have about arbitration processes today. These debates often are centered on a desire for a process of justice that is speedy, affordable, and accessible, and an outcome of justice that is determined by an adjudicator who is capable and well-informed on the issues in dispute⁴.

Although the time period, field of conflict, applicable rules of law, and specificities of the arbitral model explored in Moreno Pampín's article differ from those that formed the backdrop of the debate between Honestus and Mer-

³ For a general overview of arbitration in antebellum America, see Carli N. Conklin, "A Variety of State-Level Procedures, Practices, and Policies: Arbitration in Early America," *Journal of Dispute Resolution* (2016); Carli N. Conklin, "Introduction: Beyond the FAA: Arbitration Procedure, Practice, and Policy in Historical Perspective," *Journal of Dispute Resolution* (2016): 1; Carli N. Conklin, "A Robust History of Arbitration in Early America: Commentary on *The New Federal Arbitration Law*," in *Discussions in Dispute Resolution: The Foundational Articles*, ed. Art Hinshaw, Andrea Kupfer Schneider, and Sarah Rudolph Cole (Oxford: Oxford University Press, 2021); Eben Moglen, "Commercial Arbitration in the Eighteenth Century: Searching for the Transformation of American Law," *Yale Law Journal* 93 (1983): 135; James Oldham and Su Jin Kim, "Arbitration in America: The Early History," *Law and History Review* 31 (2013): 241–266; Carli N. Conklin, "Transformed, Not Transcended: Extrajudicial Dispute Resolution in Antebellum Kentucky and New Jersey," *American Journal of Legal History* 48 (2006): 87; and Conklin, "Lost Options for Mutual Gain?," 581.

⁴ For an overview of process issues in arbitration, see Thomas J. Stipanowich, "Arbitration the 'New Litigation,'" *University of Illinois Law Review* (2010): 1.

chant, many of the underlying questions are the same:

1. What institution or entity has or ought to have jurisdiction over this dispute?
2. What law applies to the parties in this dispute?
3. What process is most likely to secure justice for these disputants?
4. What protections might we need to put in place to ensure justice?

Moreno Pampín seeks to address issues like these specifically as they have arisen in the context of the dual nationality of natural persons in international investment arbitration.

Moreno Pampín begins his work by providing an historical survey of the rise of dual nationality, the problem of determining dominant and effective nationality in international investment arbitration, and how the field has attempted to navigate these conflicts over time. As Moreno Pampín describes, the problem of determining the nationality of a person with dual nationality whose dispute falls under a bilateral or multilateral investment treaty is complicated by (1) the various means by which nation states grant citizenship (most commonly *ius soli* or place of birth, *ius sanguinis* or by inheritance through one's parent or parents, and/or through state-sanctioned

naturalization processes); (2) the methods by which arbitrators and the courts have determined which factor or factors are to be of fundamental value in the determination of one's nationality for such purposes; and (3) the shifting nature of those methods over time⁵. Moreno Pampín then argues for a revamping of the existing analytical frameworks in light of increases in “the mobility and speed of communications, as well as remote work,” arguing that the resulting changes in work habits and locations necessitate a movement away from the prevailing paradigms, which give “greater value to the residence factor, over any other...⁶”

Underlying Moreno Pampín's discussion of dual nationality—both the claims one makes about their own nationality and the factors the various adjudicators consider in determining the applicable nationality in the issue at hand—are questions of affection and affectation. In fact, it is perhaps our long-held presuppositions about affection and affectation, their impact on the rights and duties of nationality, and their connection to our sense of home, that not only have made one's place of residence the prevailing factor for these determinations, but also have made a paradigm shift toward the

⁵ See Moreno Pampín, “Dual Citizenship”

⁶ See Moreno Pampín, “Dual Citizenship”

prevalence of other factors so challenging to realize⁷.

Our sense of home is often connected to a specific geographic location. When one's residence, business interests, and social, cultural, religious, educational, and community ties are integrated within a specific geographic location, a preference for physical residence as a prevailing factor in determining nationality may make sense. The physical address of one's residence may, in such cases, serve as a clear and convenient shorthand that encapsulates all other ties. Moreno Pampín suggests this analysis loses its efficacy in a world where remote work is ubiquitous, and in a field where locating one's business interests within multiple States is not only a norm, but increasingly a necessity⁸. In such circumstances, the place of one's residence—or residences—is not necessarily synonymous with one's sense of home—the place of one's greatest social, cultural, religious, educational, and community ties⁹. In such a world, Moreno Pampín argues, preferencing residence over other factors, instead of alongside them, makes less sense. It is an argument that urges us to take more seriously a totality

of factors that tap into the affective nature of one's claim to nationality.

Moreno Pampín surveys a variety of factors adjudicators have considered in attempting to resolve these disputes over nationality. Perhaps, as Moreno Pampín suggests, it is the seemingly clear-cut convenience or efficiency of utilizing a single factor such as residence that makes preferencing residence so appealing. Multi-factor tests ultimately require a more subjective discussion of how nationality is expressed by “the whole life of the person¹⁰.” Adjudicators have seemed to recognize the benefits of moving beyond the primacy of residence, first by expanding the factors beyond residence to include cultural, social, familial, emotional, religious, educational, and economic ties, and then by stating that even this broader list of factors is not finite¹¹. In considering this multiplicity of factors, adjudicators have created space for a more holistic analysis, one that considers an individual's affective sense of home, that is then articulated by identification with a specific nationality¹². It is a feeling of commitment toward one place over another, that expresses itself in confirming actions and behaviors.

⁷ As Moreno Pampín highlights, “The legal community has always analyzed nationality as a concept with political, legal, and social connotations, which is defined as ‘a legal bond having as its basis a social fact of attachment, a genuine connection of existence, interests and sentiments, together with the existence of reciprocal rights and duties.’” See Moreno Pampín, citing *Nottebohm Case* at 23, April 6, 1955.

⁸ See Moreno Pampín, “Dual Citizenship”

⁹ See Moreno Pampín, “Dual Citizenship”

¹⁰ See Moreno Pampín, “Dual Citizenship”

¹¹ See Moreno Pampín, “Dual Citizenship”, (citing to the *Nottebohm Case* (*Liechtenstein v. Guatemala*), I.C.J. Reports, Second Phase (April 6, 1955), 4-23), 37-38, 40-41.

¹² See Moreno Pampín, “Dual Citizenship”

Instead of preferencing physical residence, multi-factor tests attempt to uncover how our affective sense of home relates to our understanding of our own nationality, the actions we take within that understanding, the ties these actions create to our communities, as well as the place we physically reside¹³.

The *Oxford English Dictionary* defines “affection” as “[f]avourable or kindly disposition towards a person or thing¹⁴.” Affection is what the courts seemed to be getting at first with the primacy, and then preferencing, of residence in determinations of nationality. The multi-factor tests adjudicators have adopted in times of increased migration and the proliferation of dual and triple nationality suggest an effort to get to the affective nature of nationality in the changed circumstances of today, where one's physical residence may be less central. To what extent is this person genuinely attached to the place of claimed nationality—with its rights and responsibilities, privileges and obligations?¹⁵ It is a reference to the affective nature of nationality that we see so prevalent in another time of heightened mo-

bility, changes in technology, and shifting landscapes of residence, business, and community: mid-eighteenth century colonial British North America.

In their debates about the applicability of the law of England in the British colonies in North America, the colonists regularly couched their arguments in terms of the rights they held as British subjects and the rights they held as colonists, especially the right to exercise domestic legislative authority. They wove together themes of nationality that pulled from the common law and civil law traditions, advocating for their rights based on ancestry or parentage, home or residence, and a holistic view of what it meant, to them, to be British subjects, and no less so due to their physical location not in England, but as colonists in British North America. We see these themes come out strongly in one of the most influential speeches in early America, James Otis's speech, *Against Writs of Assistance* (1761)¹⁶. While the subject of dispute is the applicability of a what we would today call a search warrant, Otis's framing of the argument is around the idea of

¹³ See Moreno Pampín, “Dual Citizenship”

¹⁴ *Oxford English Dictionary*, s.v. “affection (n.1),” September 2025, <https://doi.org/10.1093/OED/5020883494>

¹⁵ See Moreno Pampín, “Dual Citizenship” (stating that the Nottebohm case involved “a (i) qualitative inquiry into the (ii) ‘genuineness’ of the citizenship status at issue during (iii) a relevant timeframe.” Quoting from *Alberto Carrizosa et al. v. Colombia*, Memorial on Jurisdiction, PCA case No. 2018-56, at 130 at ¶217).

¹⁶ For the following discussion, see John Adams, “Adams' ‘Abstract of the Argument’: ca. April 1761,” *Founders Online*, National Archives, <https://founders.archives.gov/documents/Adams/05-02-02-0006-0002-0003>. Original source: *The Adams Papers, Legal Papers of John Adams*, vol. 2, *Cases 31–62*, ed. L. Kinvin Wroth and Hiller B. Zobel (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1965), 134–144.

home—the place of one’s residence—and how ideas of home are intertwined with our sense of the rights and obligations we hold both within our nationality and within our place of residence.

In 1761, James Otis, former Advocate General for Massachusetts Bay Colony in the British colonies of North America, was faced with the task of arguing on behalf of the government in favor of an open-ended search warrant known as the general writ of assistance. Unlike a special writ of assistance, granted under oath for the search of a specific location for specific goods believed to be concealed therein, the general writ was open-ended, so that, as Otis described it, “a person with this writ, in the day time may enter all houses, shops, &c. at will, and command all to assist¹⁷.”

Rather than argue on behalf of the general writ, Otis resigned his position as Advocate General and took up the position of the other side, arguing on behalf of the people of Boston that, while special writs were legal, general writs were not. He claimed the general writ, “appears to me... the worst instrument of arbitrary power, the most destructive of English liberty and the fundamental principles of the constitution, that ever was found in an English law-book¹⁸.”

Otis couched his arguments in the rights he believed the colonists held as British subjects, claiming his position of advocacy on behalf of the people of Boston was “in favour of British liberty, at a time, when we hear the greatest monarch upon earth [King George III] declaring from his throne, that he glories in the name of Briton, and that the privileges of his people are dearer to him than the most valuable prerogatives of his crown¹⁹.” That Otis believed the privileges of the British people extended to the British colonists in North America was clear. And among these privileges most dear to those subjects, according to Otis, was the privilege of one’s home:

Now one of the most essential branches of English liberty is the freedom of one’s house. A man’s house is his castle; and while he is quiet, he is as well guarded as a prince in his castle. This writ, if it should be declared legal, would totally annihilate this privilege²⁰.

Otis argued for the essentiality of home in one’s conception of English liberty, and from that foundation argued for the rights British North American colonists had, and believed they ought to have had, as British subjects living outside of England. Home, for the colonists, was both a physical residence and an affective sense of what it meant to be British. John Adams described Otis’s speech as “[a] dissertation on the Rights of Man in a State

¹⁷ Adams, “Abstract of the Argument.”

¹⁸ Adams, “Abstract of the Argument.”

¹⁹ Adams, “Abstract of the Argument.”

²⁰ Adams, “Abstract of the Argument.”

of Nature,” stating not only that “these Rights [to life, liberty, and property] were inherent and inalienable” but also that they were the natural consequence of the Massachusetts Bay colonists’ legal standing as British subjects²¹. It was an argument that highlighted both common law and civil law traditions. Adams summarized it as follows:

[Otis] asserted that our Ancestors as British Subjects, and We their descendants as British Subjects were intitled to all those Rights by the British Constitution as well as by the Law of Nature, and our Provincial Charter as much as any Inhabitant of London or Bristol or any Part of England²²...

Otis emphasized the interrelationship of the rights and duties of the colonists as British subjects and the relationship of those rights to the colonists’ physical home or place of residence in British North America²³. Neither obviated the other. His speech highlights how our affective sense of home relates to how we define our attachment to, and our conception of, our rights and responsibilities within a given community, which may or may not fully align with the location of our physical residence.

In James Otis’ description as one’s home as one’s castle, and in the fervency with which Otis argued that the British colonists in North America had retained the rights of British subjects, even though they were separated from England geographically, we see an affective argument for determining nationality. In arguing for a multi-factor test that does not preference residence over other factors, Moreno Pampín suggests this more affective feeling of nationality matters—it matters for how we conceive of ourselves and the country we call home, it matters for the decisions we make in terms of physical residence and the location of our business interests, and it matters for adjudicators engaged in decision-making about one’s nationality under international investment law and the consequences of those decisions for the individuals whose nationality is at issue. To adopt Moreno Pampín’s argument that the changing circumstances of increased dual citizenship, heightened mobility, and remote work necessitate a change in how questions of nationality in international investment arbitration are adjudicated would be to give weight to individuals’ arguments about the affective nature of their nationality²⁴. It would require adjudicators to consider the com-

²¹ John Adams to William Tudor Sr., June 1, 1818, *Founders Online*, National Archives, <https://founders.archives.gov/documents/Adams/99-02-02-6901>

²² Adams to Tudor, June 1, 1818.

²³ From John Adams to William Tudor Sr., June 1, 1818; John Adams to William Tudor Sr., March 29, 1817, *Founders Online*, National Archives, <https://founders.archives.gov/documents/Adams/99-02-02-6735>; Thomas Jefferson, *A Summary View of the Rights of British America* (Williamsburg, VA, 1774).

²⁴ See Moreno Pampín, “Dual Citizenship”

plications of a more holistic view, weighing a multiplicity of factors alongside physical residence, and to perhaps come to a greater accuracy in decision making, as a result.

At the same time, if adjudicators are to take Moreno Pampín's argument seriously and move away from either primacy or preference for physical residence as the prevailing factor in determining nationality in these cases, a key challenge will be how to guard against cases where one's claim of nationality is not one of affection, but one of affectation. *The Oxford English Dictionary* defines "affectation" as: "The artificial or studied assumption of behaviour; artificiality (of manner); putting on of airs; (also) an instance of this²⁵" It is affectation that adjudicators seem to be most concerned with as they seek to resolve conflicts of nationality in international investment disputes. Is the person whose nationality is in conflict genuinely attached to the country of their claimed nationality (affection), or are their claims to that end merely an affectation—an "artificial" appearance of nationality, manufactured for the purposes of treaty shopping²⁶?

Historically, adjudicators have looked askance at one's attempt to unilaterally divest oneself from the duties and obliga-

tions of nationality for the benefit of oneself and to the potential harm of the community²⁷. But in a time of increasing dual nationality, mobility, remote work, and international investments, Moreno Pampín suggests the greater risk may be that preferencing residence over other factors could strip someone of the rights and protections they believed they held and that their perceived dominant and effective nationality would entail. What test is best suited to justly determine nationality in international investment involves process questions, like those raised by Benjamin Austin, that continually crop up in the ever-changing landscape of arbitration.

While the multi-factor test Moreno Pampín promotes to answer these questions may be complex and time consuming to implement, it would, as Moreno Pampín argues, enable adjudicators to take a more holistic view, and one that already seems to exist beneath the surface of the adjudicators' current case-by-case approach and their reluctance to lay out an exhaustive list of factors to be considered when nationality is in dispute²⁸. It would allow adjudicators to account more fully for the role of affection and its relationship to one's sense of home in the broadest terms, without narrowing that sense

²⁵ *Oxford English Dictionary*, s.v. "affectation (n.)," September 2025, <https://doi.org/10.1093/OED/6433756355>

²⁶ Samuel Johnson, *A Dictionary of the English Language*, s.v. "affectation" (London, 1755), <https://johnsonsdictionaryonline.com/views/search.php?term=affectation>; See Joaquín Moreno Pampín, Dual Citizenship of Natural Persons in International Investment Arbitration

²⁷ See Moreno Pampín, "Dual Citizenship"

²⁸ See Moreno Pampín, "Dual Citizenship"

of home to physical residence. In addition, a more comprehensive analysis could protect against affectation—treaty shopping disguised as affection—in cases of dual citizenship, as adjudicators could consider more fully if the claimant's proclaimed nationality was actually evidenced not only by physical place of residence, but also in confirming actions and behaviors across the whole of the claimant's life²⁹.

What an individual claims to be their “dominant and effective” nationality—whether such a claim is real or affected—may or may not line up with the individual's place of physical residence or the adjudicator's ultimate determination of that individual's nationality for purposes of international investment arbitration³⁰. But a paradigm, like that promoted by Moreno Pampín, that allows adjudicators to consider the sum total of an individual's affective, cultural, social, commercial, educational, religious, and residential ties would merge our affective sense of home, and the rights and responsibilities it entails, as highlighted by James Otis, with Benjamin's Austin's insistence that in arbitration, as in litigation, just processes and just outcomes are intrinsically intertwined. As Moreno Pampín argues, the multi-factor processes utilized by adjudicators for analyzing conflicts of nationality may bring us closer to those just ends amidst today's

concurrency of increasing claims of dual (or triple) citizenship, heightened mobility, and the ubiquitousness of remote work in the realm of international investment.

²⁹ See Moreno Pampín, “Dual Citizenship”

³⁰ See Moreno Pampín, “Dual Citizenship”

La doctrina del grupo de contratos y su impacto en la extensión del convenio arbitral: Hacia una teoría unificada

María Palacios La Manna*

Principia No. Especial 1–2025 pp. 119-135

Resumen: Este artículo examina la doctrina del grupo de contratos y su impacto en la extensión del convenio arbitral en escenarios de transacciones complejas. Partiendo del carácter esencialmente consensual del arbitraje, analiza cuándo es posible sostener una intención común de someter a arbitraje controversias derivadas de contratos conexos, aun si algunos no contienen cláusula arbitral o incluyen mecanismos distintos. A través de doctrina y jurisprudencia comparada, el trabajo identifica criterios como el vínculo económico, la unidad funcional del negocio y la compatibilidad de cláusulas. Asimismo, aborda la extensión a no signatarios, especialmente en grupos de empresas, destacando divergencias entre enfoques pro-arbitraje (Francia) y posiciones restrictivas (Suiza e Inglaterra).

Abstract: This article examines the doctrine of the group of contracts and its impact on extending arbitration agreements in complex transactions. Starting from arbitration’s consensual nature, it analyzes when a common intent to arbitrate may be inferred across interconnected contracts, even where some lack an arbitration clause or provide for different dispute resolution mechanisms. Drawing on doctrine and comparative case law, the paper identifies key criteria such as the economic link between contracts, the functional unity of the transaction, and the compatibility of dispute resolution clauses. It also addresses extension to non-signatories—particularly within corporate groups—highlighting the contrasting approaches between pro-arbitration jurisdictions (such as France) and more restrictive ones (notably Switzerland and England).

Palabras Claves: Grupo de contratos | Extensión del convenio arbitral | Contratos conexos | No signatarios | Intención común de arbitrar

Keywords: Group of contracts | Extension of the arbitration agreement | Interconnected contracts | Non-signatories | Common intent to arbitrate

* Abogada egresada de la Universidad Central de Venezuela, mención “cum laude” (2019); LL.M. en resolución de Disputas de la Universidad de Missouri (2025); Estudios Avanzados en Contratos Internacionales y Arbitraje de la Universidad Metropolitana (2021); Estudios Avanzados en Arbitraje de la Universidad Monteavila (2022); Actualmente forma parte de la Cámara de Resolución de Disputas de la Federación Venezolana de Fútbol.

Sumario: I. Introducción, II. La teoría de los Grupos de Contratos, III. De la naturaleza de la cláusula o convenio arbitral, IV. Contexto del Grupo de Contratos y el arbitraje, V. Jurisprudencia sobre el Grupo de Contratos, VI. Grupo de contratos en el caso de partes no signatarias, VII. Jurisprudencia relevante en relación con la teoría del Grupo de Empresas, VIII. Conclusiones

I. Introducción

El arbitraje como mecanismo de resolución de controversias, siempre se ha establecido como una declaración de voluntad de las partes, y de cómo estas pueden limitar o expandir su alcance; sin embargo, la doctrina ha ido desarrollando la posibilidad de extender de una cláusula arbitral a terceros (como partes que no suscribieron directamente el acuerdo, y que por ende, no resulta tan evidente su declaración de voluntad), en la actualidad del comercio globalizado se evidencia como un problema frecuente la posibilidad de extender los alcances de la cláusula arbitral de un contrato a otro, que en muchos casos, puede abarcar a terceros inclusive.

Normalmente parte de la doctrina ha desarrollado que muchas veces resulta más complejo determinar qué materias en particular pueden encontrarse sometidas a arbitraje y cuáles no, ahora bien, estos casos resultan más complejos en el contexto del grupo de contratos¹, que en principio parecen ser acuerdos que están conectados, donde solo algunos de estos

pueden contener cláusulas arbitrales mientras que otros no; y en ese caso, no sería evidente la voluntad de las partes en querer dirimir sus controversias a través de la jurisdicción arbitral en lo que se originó producto de un contrato sin cláusula de sumisión expresa.

A diferencia de un procedimiento arbitral convencional y sencillo, donde las partes arbitran por la existencia de una cláusula en su contratos, que nos lleva a esta específica jurisdicción, cuando nos encontramos ante un grupo de contratos, resulta menester entender no solo la naturaleza del arbitraje como jurisdicción, sino que tanto es posible la conexión entre contratos, y cual es la posibilidad de extensión que pudiese existir entre cláusulas arbitrales.

La doctrina establece: “Without consent, no amount of connections between multiple parties and multiple contracts would be sufficient to give an arbitral tribunal jurisdiction”², lo que implica el rol protagónico que sigue tomando el consentimiento, y ya será labor del tribunal arbitral determinar si en el grupo de con-

¹ Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard, and Berthold Goldman, *Fouchard, Gaillard & Goldman on International Commercial Arbitration* (The Hague: Kluwer Law International, 1999), 518.

² Fernando Mantilla-Serrano, “Multiple Parties and Multiple Contracts: Divergent or Comparable Issues?,” in *Multiparty Arbitration*, Dossiers of the ICC Institute of World Business Law 7 (The Hague: Kluwer Law International, 2010), 25.

tratos las partes acordaron someter todas sus diferencias a la jurisdicción arbitral o no.

En este mismo orden de ideas se destaca: “Arbitration is consensual by nature. The arbitrators exclusively derive their jurisdiction from the will of the parties, expressed in an arbitration agreement. Any answer to the questions raised above must therefore start from an interpretation of the intent of the parties in the case in question, such as it is expressed in the arbitration clause”³.

A lo largo de este artículo podremos analizar la “flexibilidad” que puede tener una cláusula arbitral, aunque existan grupos de contratos que no establezcan expresamente su voluntad de arbitrar de forma tan sencilla, evaluaremos como la jurisprudencia dentro del derecho comparado nos permite (o no) una interpretación más extensiva sobre el alcance y qué elementos se deben tomar en cuenta ante estos casos en cuanto a lo que deben contener la redacción de las cláusulas arbitrales para poder ser extendidas a grupos de contratos (que en algunos casos puede incluir, además, a terceros no signatarios- como sería el caso del grupo de empresas-).

II. La teoría de los Grupos de Contratos

Debemos entonces realizar un enfoque a la naturaleza de los grupos de contratos, entendiendo estos casos como aquellos contratos relacionados, pues se encuentran vinculados uno al otro en una misma relación económica o dependencia funcional⁴.

Mantilla Serrano señala la necesidad de la existencia de un lazo económico que pueda crear un vínculo entre los múltiples contratos, pues: “without this economic link to bind the contracts together, there would be little reason to consider that they should share a common arbitration agreement”⁵.

Dentro de los grupos de contratos, se debe entender que, para la doctrina, existen dos grandes ramas, la primera: (1) los contratos que conviven o coexisten con la finalidad de alcanzar una meta en conjunto, como por ejemplo: (i) un acuerdo macro y contratos concretos de implementación de dicho acuerdo; (ii) un contrato principal y un contrato accesorio para financiar la transacción principal; o (iii) un grupo de contratos de igual nivel y que conjuntamente logren un objetivo común. En la segunda rama tenemos: (2) aquellos grupos de contratos que se encuentran unidos por una relación de sustitución, o dos contratos su-

³ Bernard Hanotiau, *Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-Issue and Class Actions*, International Arbitration Law Library (The Hague: Kluwer Law International, 2006), 229.

⁴ Bernard Hanotiau, *Complex Arbitrations*, 219.

⁵ Fernando Mantilla-Serrano, “Multiple Parties and Multiple Contracts,” 19.

cesivos entre las mismas partes, pero donde el posterior impacta al primero ya sea modificándolo o extinguiéndolo (sea a través de una transacción, novación o mutuo disenso)⁶. De igual manera, la jurisprudencia francesa ha considerado, que los grupos de contratos están interrelacionados siempre que: (i) se celebren contratos sucesivos con prestaciones recíprocas, (ii) existan convenios macros y contratos de implementación y (iii) existan contratos que si bien están al mismo nivel y no existe un acuerdo macro, cuentan con una relación económica conjunta que los pueda unir⁷.

En ese orden de ideas Hanotiau sostiene que: “the courts have uniformly concluded that if two agreements between the same parties are closely connected and one finds its origin in the other, or is the complement or the implementation of the other, the absence of an arbitration clause in one of the contracts does not prevent disputes arising from the two agreements from being submitted to an arbitral tribunal and decided together”⁸.

Podemos asumir entonces, que el principal problema consiste en determinar si los contratos constituyen un todo indivisible, lo cual dependerá enteramente de la intención de las partes. En relación a este punto, Laurent Aynès desarrolla

que un todo indivisible significa que: “if each of the partial agreements exists only by the preceding and calls on the following; a will, unique in its aim, is expressed in a variety of complementary instruments. It is also the existence of a subordination that makes it possible to identify the group formed by a main contract and a sub-contract”⁹.

Entra en juego entonces, la redacción de los contratos y de sus respectivas cláusulas arbitrales, pues si estamos en presencia de un grupo de contratos que son individualizables, cuyas obligaciones pueden existir sin la necesidad de un contrato matriz de manera independiente y nos encontramos con una cláusula que limita de manera específica acudir a la vía arbitral en casos particulares, será fácil asumir entonces que lo establecido en la cláusula, en principio, no se le puede extender al resto de los contratos.

Ahora bien, cuando la redacción no es tan clara (independientemente de si nos encontramos ante contratos individualizables o no) debemos buscar ir más allá para poder entender el contexto en el que se dio la negociación que permitió la existencia de ese grupo de contratos, pues desde ese origen podríamos asumir o no si existe la voluntad de resolver cualquier tipo de controversia por la vía arbi-

⁶ Bernard Hanotiau, *Complex Arbitrations*, 219.

⁷ Philippe Leboulanger, “Multi-Contract Arbitration,” *Journal of International Arbitration* 13 (1996): 49–50.

⁸ Hanotiau, *Complex Arbitrations*, 281.

⁹ Hanotiau, *Complex Arbitrations*, 281, citando a Laurent Aynès.

tral, es decir, si limitamos o expandimos el alcance de la cláusula.

III. De la naturaleza de la cláusula o convenio arbitral

Doctrinarios como Fernando Cantuarias y José Luis Repetto han desarrollado su criterio sobre esta materia en que: “si de lo que se trata es determinar si un convenio arbitral puede ser extendido a otros contratos “relacionados”, entonces se deberá estar sumamente atento a la existencia de un “convenio arbitral global” (escenario ideal) o un convenio arbitral con una redacción amplia”¹⁰.

Es por este motivo, que se entiende que en principio, sin consentimiento un árbitro no puede solucionar las controversias derivadas de otro contrato que no contiene un convenio arbitral compatible¹¹.

Resulta necesario entonces analizar este tema desde la óptica de Gary Born, que establece:

International commercial agreements sometimes provide expressly for a single, unitary dispute resolution mechanism to govern all of the parties’ various contractual relations. If such a global dispute resolution provision exists, either in a stand-alone agreement (providing an arbitration mechanism for disputes in a series of related substantive contracts) or as a clause in a single umbrella agreement, then application of the clause to disputes

arising under several contracts is not controversial: there is no reason that an arbitration clause in one contract cannot encompass disputes or claims under another contract, provided that this is what the parties agreed. Frequently, however, the parties’ drafting efforts lack this foresight, and disputes arise regarding the scope and interaction of overlapping or parallel dispute resolution provisions¹².

Quiere decir entonces que quizás ante la jurisdicción ordinaria sea posible conocer de absolutamente todas las controversias que se puedan generar con el objeto de diversos contratos relacionados entre sí, sin importar si existe una modificación a un acuerdo previo o si se extinguió por la generación de una sustitución o renovación, sin embargo, dentro del arbitraje, al ser una jurisdicción que nace plenamente de la autonomía de la voluntad de las partes, su competencia se limitará exclusivamente a lo pactado en concreto por las partes, es decir, no se puede asumir que independientemente del contrato de donde provenga la controversia se tiene igual jurisdicción que aquella que resulta expresa de la declaración de voluntad.

Hoy en día, la doctrina entiende que la posición ante este tema ha sido un dilema, pues son muchas las tendencias sobre la posible interpretación de la cláusula arbitral; que en otras palabras se re-

¹⁰ Fernando Cantuarias Salaverri y José Luis Repetto Deville, “Arbitraje y múltiples contratos,” *THEMIS: Revista de Derecho*, No. 71 (2017): 139.

¹¹ Fernando Cantuarias Salaverri y José Luis Repetto Deville, “Arbitraje y múltiples contratos,” 135–152.

¹² Gary Born, *International Commercial Arbitration* (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2014), 1370.

sumiría a la pregunta **¿Qué fue lo que las partes sometieron a arbitraje?**¹³, puesto que, en la dinámica actual que posee el arbitraje comercial internacional se ha ido construyendo una tendencia jurisprudencial a nivel global que tiende a la interpretación más amplia de las cláusulas arbitrales, y por ende, extensiva e inclusiva.

Lo anterior se entiende como que, la postura al momento de interpretar un convenio arbitral tiende a ser la de adoptar una posición “pro-arbitraje”.

Ahora bien, en la actualidad existe una variedad de normas incluidas en diversos reglamentos de instituciones arbitrales que pueden servir como una guía en esta materia, ya que lo que se busca con la posible extensión de las cláusulas arbitrales a los grupos de contratos es evitar que se realicen diversos procedimientos en paralelo que estén referidos a una misma situación jurídica, de esta forma se genera un ahorro de gastos y se evita la dilación de los lapsos procesales¹⁴.

Lo anterior se ratifica al tomar en cuenta que si de un mismo esquema contractual se derivan una serie de procesos arbitrales diferentes, puede terminar siendo sumamente perjudicial para el árbitro que busca lograr una comprensión completa del negocio jurídico que se trate, y por ende, traer consigo una serie de laudos contradictorios. Por tal motivo establece Lucas Villagrán que, “la acumulación de pretensiones sobre contratos distintos de un mismo grupo sirve como remedio a estas eventuales situaciones”¹⁵.

Ahora bien, no es menos cierto que las partes pueden utilizar fórmulas de redacción amplias que puedan incluir la aplicación del convenio arbitral a contratos relacionados entre sí. Las partes siempre podrán acordar una determinada redacción lo suficientemente amplia dentro de su convenio arbitral para que este sea extensible a otros contratos¹⁶.

Por ejemplo, la postura de una interpretación de la cláusula pro arbitraje busca de alguna manera resolver la pregunta de

¹³ Lucas Villagrán Gajard, “Cláusulas Arbitrales en Grupos de Contratos: El Dilema de la Extensión Ratione Personae,” *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, No. 256 (julio–diciembre 2024): 141–165.

¹⁴ Christ Ansa, “Multi-Party and Multi-Contract Arbitration,” *Indian Journal of Law and Legal Research* 4 (2022): 4, y Lucas Villagrán Gajardo, “Cláusulas Arbitrales en Grupos de Contratos: El Dilema de la Extensión Ratione Personae,” *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, No. 256 (julio–diciembre 2024): 141–165, “Algunos ejemplos de estas normas son el reglamento de 2021 de la International Chamber of Commerce (ICC) en su artículo 9, el reglamento de 2021 de la Stockholm Chamber of Commerce en su artículo 14, el reglamento de 2021 de la Cámara de Comercio de Londres y el artículo 29 del nuevo reglamento arbitral del Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong. Es notable destacar que el Reglamento Uncitral del año 2021 no posee normas relativas a pretensiones vinculadas a múltiples contratos, presumiblemente por la ausencia de consenso político entre los Estados en relación con las formalidades del consentimiento para someterse a arbitraje”

¹⁵ Villagrán Gajardo, “Cláusulas Arbitrales en Grupos de Contratos,” 141–165.

¹⁶ Fernando Cantuarias Salaverry y José Luis Repetto Deville, “Arbitraje y múltiples contratos,” 135–152.

si ¿se han querido someter o no, al arbitraje, las disputas de esos contratos relacionados? Citando entonces a una de las posturas más importantes y trascendentales de la Cámara de los Lores del Reino Unido que establece que

la interpretación de la cláusula arbitral debe partir de la presunción de que las partes, como hombres de negocios racionales, han querido someter todas sus disputas derivadas de su relación al conocimiento de un solo tribunal¹⁷

Siendo este análisis una fuente de inspiración para la interpretación doctrinaria, como observamos se sigue la tendencia en los casos *Emmott v. Michael, Wilson and Partners Ltd.*⁴¹⁻⁴²¹⁸.

Quiere decir entonces que existe la posibilidad de que las partes por el solo hecho de tener una redacción que incluya expresiones como: “relacionada”, “que guarden relación”, “en conexión con” podría implicar una interpretación extensiva de que las partes voluntariamente aceptaron someter a arbitraje no solo las controversias del contrato, sino además las de cualquier otro contrato que esté relacionado o que guarde relación con dicho contrato principal¹⁹.

Entendiendo que el escenario ideal sería aquel donde existiera un convenio arbitral individual y global que especificara qué relaciones contractuales en particular pudiese alcanzar, no es menos cierto que también se debe dar un especial foco al derecho aplicable al momento de analizar este tipo de convenios arbitrales²⁰.

IV. Contexto del Grupo de Contratos y el arbitraje

Bajo la base de que el arbitraje nace y se desarrolla dentro de la declaración de voluntad de las partes, Mantilla Serrano afirma que cualquier tribunal arbitral o corte que pretenda hacer aplicar la doctrina del grupo de contratos debe primero determinar si las partes consintieron o no someter sus controversias a la jurisdicción arbitral como un primer paso inicial²¹.

Es menester recalcar que en muchas oportunidades, la redacción de la cláusula arbitral puede ser un factor determinante para entender que tanto puede proceder o no la ampliación de su alcance, por tal motivo se ratifica que los contratantes son libres de limitar qué tipos de controversias pueden ser sometidos

¹⁷ Appellate Committee of the House of Lords (Reino Unido), 17 de octubre de 2007, *Fiona Trust & Holding Corp v. Privalov* [2007].

¹⁸ England and Wales High Court (Reino Unido), 19 de abril de 2021, *Melford Capital Partners (Holdings) LLP and Others v. Frederick Wingfield Digby* [2021]; England and Wales High Court (Reino Unido), 16 de julio de 2021, *Surrey County Council v. Suez Recycling and Recovery Surrey Ltd* [2021]; High Court of Australia (Australia), 8 de mayo de 2019, *Rinehart v. Hancock Prospecting Pty Ltd* [2019] HCA 13; Appellate Division of the High Court of the Republic of Singapore (Singapur), 8 de mayo de 2023, *Allianz Capital Partners GmbH Singapore Branch v. Goh Andressy* [2023].

¹⁹ Fernando Cantuarias Salaverry y José Luis Repetto Deville, “Arbitraje y múltiples contratos,” 135–152.

²⁰ Fernando Cantuarias Salaverry y José Luis Repetto Deville, “Arbitraje y múltiples contratos,” 135–152.

²¹ Fernando Mantilla-Serrano, “Multiple Parties and Multiple Contracts,” 25.

das a la jurisdicción arbitral, y pactarlo así en su cláusula de sumisión, de igual forma es voluntad de las partes declarar que se someten exclusivamente al fuero arbitral en caso de controversias en una determinada etapa de la ejecución del contrato, o por el contrario, excluir alguna controversia en virtud de su materia específica.

Ahora bien, al estar presentes ante un grupo de contratos, es común observar casos en el que cada contrato (que haga vida dentro del grupo) cuente con una cláusula de resolución de controversias diferente, y que por ende (y producto de estas redacciones difusas y patológicas) pueden ser francamente contradictorias estas cláusulas entre sí.

Podemos estar entonces frente a: (i) Un grupo de contratos donde uno de los acuerdos cuenta con cláusula de sumisión arbitral y otro(s) no; (ii) donde exista una cláusula arbitral por un lado y una cláusula de vía judicial ordinaria por otro lado; o (iii) que cada contrato cuente con una cláusula arbitral diferente y que no sean compatibles entre sí.

Resulta importante entender que cuando consideremos que estemos ante cláusulas que no son compatibles entre sí, como indica el profesor Hanotiau, se debería de igual forma proceder con un test de compatibilidad, que radica en preguntar, como es lógico **¿cuál fue o es**

la voluntad real de las partes?²² Con más detalle, se busca con el test dar respuesta a si las partes querían o quieren verdaderamente renunciar a la posible extensión de una cláusula arbitral al momento en que deciden introducir o redactar otra cláusula totalmente diferente en otro de los contratos que forma parte del grupo de contratos²³.

Resulta lógico afirmar que lo ideal es que existan cláusulas que se traduzcan al claro entendimiento de la voluntad directa y concreta de las partes; por tal motivo, siempre se buscará promover una redacción clara que nos permita asumir que en efecto, cada una de los contratos que existan dentro de un grupo deben llevarse ante la jurisdicción arbitral, o si por el contrario, existen materias estrictamente limitadas donde las partes prefieren acudir ante los tribunales ordinarios.

Sin embargo, vale la pena puntualizar que resolver las controversias ante los tribunales ordinarios siempre será un derecho de las partes, que aunque crean que han “renunciado” podrán aceptar nuevamente acudir a esta vía por reconocimiento tácito a que se “ignore” la cláusula de sumisión arbitral, más aún dependiendo del ordenamiento jurídico en el que se busque hacer cumplir las obligaciones contractuales que se reclamen; esa posibilidad siempre estará sobre la

²² Hanotiau, *Complex Arbitrations*, 269.

²³ Fernando Cantuarias Salaverry y José Luis Repetto Deville, “Arbitraje y múltiples contratos,” 135–152.

mesa mientras que las partes estén de común acuerdo en perder los que, quizás, son los mayores privilegios en cuanto una resolución a través de la jurisdicción arbitral: decisiones más rápidas y eficaces.

V. Jurisprudencia sobre el Grupo de Contratos

La doctrina a nivel internacional al evaluar estas situaciones tiende a categorizar los supuestos en que el arbitraje puede chocar ante un grupo de contratos, y como ya se mencionó en el capítulo anterior, se deben categorizar de la siguiente manera: (i) Cuando uno de los contratos del grupo tenga una cláusula arbitral pero otro no; (ii) cuando un contrato del grupo tiene cláusula arbitral y otro cláusula de sumisión en la vía ordinaria; y (iii) cuando varios contratos dentro del grupo tengan cláusulas arbitrales que no sean similares entre sí.

Sobre los casos en que exista una cláusula arbitral en un contrato del grupo, pero en el contrato que se quiere hacer valer no hay cláusula de sumisión, encontramos:

- *Buyer (Italia) v. Seller (Alemania)*. Final Award, ICC Case 11440-2003²⁴: En este caso, las partes suscribieron un Master Agreement en virtud del cual una parte se comprometió a vender un negocio a la otra. En ese contrato se establecía un

convenio arbitral ICC. Luego, se dieron algunas controversias respecto al mencionado documento, lo que motivó a que las partes suscribieran un Settlement Agreement, pero este último no contenía un convenio arbitral. Después también se dieron una serie de controversias derivadas del Master Agreement, ya que el comprador alegaba que el vendedor había violado ciertas representaciones, garantías y demás obligaciones. Se llega al arbitraje, y en esa etapa, los alegatos del comprador se basaban en que los reclamos del vendedor estaban fundamentados en el Settlement Agreement, el cual no contenía un convenio arbitral. El Tribunal Arbitral concluye extendiendo el alcance de la cláusula en favor de una postura “pro-arbitraje”.

- *Caso Glencore* (Decisión de la Corte de Apelaciones de París 23 de noviembre de 1999): La corte de apelaciones de París, en este caso, extendió el alcance de la cláusula arbitral que se encontraba en el contrato de compraventa al que era el segundo contrato, porque en opinión de ese órgano, ambos contratos constituían una relación contractual única. La corte realiza un particular análisis en el que observa que dichos contratos se celebraron a pocas semanas de diferencia y

²⁴ Albert Jan van den Berg, ed., *Yearbook: Commercial Arbitration 2006*, vol. 31 (The Hague: Kluwer Law International, 2006), 127–147.

que estaban intrínsecamente conectados, puesto que el primer contrato versaba sobre la entrega de una determinada mercancía y el segundo contrato versaba sobre la devolución de la misma mercadería²⁵, sin mencionar que en este mismo análisis se desarrolla la existencia de un vínculo económico estrecho entre ambos contratos.

- *Fletamentos Maritimos SA v. Effjohn International BV*²⁶: En este caso *Fletamentos Maritimos S.A.* suscribe un contrato de cooperación que incluye una cláusula arbitral con *Effjohn International BV* en el marco de un negocio de cruceros. Luego, las partes compran un barco en nombre de una empresa de Bermuda. Surge a su vez una controversia porque *Fletamentos Maritimos* consideraba que *Effjohn International BV* no había pagado la parte que le correspondía con respecto a la adquisición del barco. Es por ese motivo *Fletamentos Maritimos* inició un procedimiento arbitral y *Effjohn International BV* sostuvo que el tribunal arbitral no tenía competencia para pronunciarse sobre dicha adquisición, ya que en su criterio, el conflicto venía de un

contrato que no tenía un convenio arbitral. La Corte mantuvo que no habían suficientes razones para oponerse al arbitraje, ya que la compra del barco fue celebrada dentro del contexto del contrato de cooperación, el cual contenía un convenio arbitral.

Sobre los casos en que exista una cláusula arbitral en un contrato que forma parte del grupo, mientras que uno de los que se busca hacer valer tiene una cláusula que acude a la vía judicial:

- Corte de Casación Francesa en sentencia del 17 de marzo de 2010, caso *Société Komatsu Asia & Pacitif PTE Ltd v. Société Pac. Auto*²⁷: Determinó que los reclamos cubiertos en paralelo por una cláusula arbitral y una cláusula de selección de foro, deben ser sometidos a arbitraje.
- Corte de Apelaciones de París en sentencia del 11 de abril de 2002 en el caso *SA JDA Software France et autres v. SA Kiabi*²⁸: Establece que en el contexto de múltiples contratos, se determina que la existencia de una cláusula de solución de controversias judiciales no debilita o disminuye los efectos de una cláusula arbitral.

²⁵ *Société Glencore Grain Rotterdam BV c. Société Afric.*

²⁶ *Fletamentos Maritimos SA v. Effjohn International BV* (1996) 2 Lloyd's Rep 304 (QB), en "Jurisprudence – England," *ASA Bulletin: Association Suisse de l'Arbitrage* 15 (1997): 130-135.

²⁷ Born, *International Commercial Arbitration*, 1375.

²⁸ Cour d'appel de Paris (Francia), 11 de abril de 2002, *SA JDA Software France et autres v. SA Kiabi*, Rev. Arb. (2003): 1252.

- CCI 4392: En este caso, las partes habían celebrado un contrato macro que contenía una cláusula arbitral y posteriormente, celebran otro contrato que guarda relación con el primero (macro), que otorgaba jurisdicción a la vía judicial. Como respuesta, el panel arbitral rechaza extender el convenio arbitral del contrato macro al segundo contrato, sobre la base de la existencia de una cláusula de que someten sus controversias a la jurisdicción de los tribunales ordinarios en el segundo contrato²⁹ Fouchard, Gaillard & Goldman sobre este caso señalan que

where a contract containing a clause attributing jurisdiction to the courts is related to another contract containing an arbitration clause, there can be no extension of the arbitration clause to the first contract³⁰.

Sobre los casos en que existen cláusulas arbitrales diferentes en cada contrato que forma parte del grupo.

- Corte de Apelaciones de París el 11 de abril de 2002³¹: En este caso las partes habían celebrado un acuerdo macro (que contaba con una cláusula de sumisión arbitral ad-hoc bajo las Reglas UNCITRAL, en francés, con un tribunal compuesto

por tres árbitros) y adicionalmente, suscribieron tres contratos adicionales que formaban parte de un grupo, en el que JDA Software y JDA Worldwide otorgaron a Kiabi una licencia para usar un software, con posterioridad, las partes celebran un cuarto contrato para clarificar las condiciones de la licencia que se otorgaba y la misma contaba con una cláusula arbitral con términos diferentes (ad-hoc bajo Reglas UNCITRAL, que debía ser compuesto por un tribunal de 1 o 3 árbitros, con sede París y el procedimiento arbitral debía tramitarse en inglés). Kiabi inició un procedimiento arbitral y el panel emitió un laudo preliminar de jurisdicción, en el que determina que el idioma del arbitraje sería el francés para el acuerdo marco y sus tres primeros contratos e inglés para el cuarto contrato. Y autorizó a las partes a emitir sus alegaciones en inglés o en francés. La Corte de Apelaciones de París determinó que los árbitros no habían excedido sus facultades, ya que a las partes se le garantizaba el derecho a la defensa al poderse manifestar en cualquiera de los dos idiomas, y en conclusión la Corte de Apelaciones de París consideró

²⁹ Fouchard, Gaillard y Goldman, *Fouchard, Gaillard & Goldman on International Commercial Arbitration*, 304.

³⁰ Fouchard, Gaillard y Goldman, *Fouchard, Gaillard & Goldman on International Commercial Arbitration*, 304.

³¹ Hanotiau, *Complex Arbitrations*, 292–295.

que los convenios arbitrales eran compatibles.

Podemos concluir de este análisis jurisprudencial como si bien, es un ejercicio subjetivo de cada panel arbitral la evaluación de que tanto resulta evidente o no la voluntad de las partes de someter todos los conflictos derivados de una relación comercial al fuero arbitral, también se evidencia que pueden existir contradicciones muy evidentes que obliguen a un panel arbitral a limitar su alcance y, en ejercicio del kompetenz-kompetenz realizar un análisis que determine la falta de jurisdicción del panel arbitral y como, sobre todo en los casos donde existen cláusulas de sumisión en conjunto con cláusulas que establecen la vía judicial para resolución de conflictos en un grupo de contratos, la jurisdicción arbitral se ve bastante limitada y la tendencia es a declarar una posible incompatibilidad de cláusulas e incompetencia del panel arbitral.

VI. Grupo de contratos en el caso de partes no signatarias

Vale la pena aclarar, que hasta el momento, nos hemos limitado a analizar la procedencia de la extensión de la cláusula en grupos de contratos, y en la práctica, esta situación por lo general agrega la complejidad de estar presentes no solo frente a un grupo de contratos donde,

como ya se ha reiterado, cabe la pregunta de ¿qué materias fueron voluntariamente sometidas a arbitraje?, sino que al estar frente a grupos de empresas o partes, la extensión a terceros no signatarios obliga a preguntarnos ¿quién fue el que se sometió voluntariamente estas materias al arbitraje?

Sobre este tema, la doctrina ha desarrollado la teoría del grupo de empresas, en la que se permite extender el alcance de la cláusula arbitral suscrito por una sola o algunas de las compañías que forman parte del grupo, a las otras, se aparta de la independencia que se otorga a las compañías en razón a su naturaleza como entidades jurídicas, del mismo modo que se ha determinado que el pacto arbitral adquiere una validez y eficacia propia³² que permite

su aplicación a las partes directamente involucradas en la ejecución del contrato, de forma tal que es legítimo presumir que la cláusula arbitral ha sido aceptada por éstas y que a su vez conocen su existencia y aplicabilidad, así no hayan sido firmantes del Contrato³³.

Ratificando lo anterior, esta teoría nace con el caso Dow Chemicals, de 1982 en Francia, donde el tribunal arbitral estableció que:

independientemente de la personalidad jurídica de cada uno de los miembros, un

³² Daniel Felipe Villegas Correa, “Teoría del Grupo de Compañías como Forma de Extensión de la Cláusula Arbitral a No Signatarios del Pacto Arbitral” (tesis de diplomado, Universidad Libre, Facultad de Derecho, Diplomado de Derecho de los Negocios y Arbitraje Internacional 2, Bogotá, D.C., 2016).

³³ Cour d’appel de Paris (Francia), 1988. *Korsnas Marma v. Durand-Auzias*.

grupo de compañías constituye una realidad económica única (une réalité économique unique) que el Tribunal Arbitral debe tener presente a la hora de determinar el alcance de su jurisdicción³⁴.

Estando delante de un grupo de empresas procurando evaluar el alcance del consentimiento arbitral, establece la jurisprudencia, gracias al caso señalado con anterioridad, que el consentimiento implícito fundamenta la extensión del *ratione personae* del acuerdo arbitral, por lo que se deben tomar en cuenta ciertos principios que fungen como base de la teoría del grupo de compañías, como lo serían:

- i. Ante la existencia de diversas compañías que pertenecen a un mismo grupo empresarial o que puedan contar con un vínculo corporativo, el consentimiento que permite el sometimiento a la jurisdicción arbitral toma un nuevo sentido, justificando de esta forma que aunque no sean signatarias directas de un acuerdo, la intención real de las partes era estar sometidas a la justicia arbitral.
- ii. Se aplica esta doctrina en los casos donde se busca la intención real que pudo haber tenido el no signatario en la etapa de negociación y perfeccionamiento del contrato, para evaluar qué tanto era su deseo de someterse a la justicia arbitral, o, si en cambio

en algún momento manifestó su consentimiento implícito en una etapa posterior³⁵.

- iii. Ahora bien, la pertenencia de una compañía al grupo societario no implica *per se* la extensión de la cláusula arbitral, es requisito absolutamente necesario demostrar la voluntad real que se desprende de cada caso concreto por cada una de las partes que quiere participar en el proceso.
- iv. la personalidad jurídica de las compañías involucradas no se ve afectada por esta clase de extensión de la cláusula arbitral.
- v. Es importante destacar que la incertidumbre sobre una posible extensión de cláusula a terceros, se dará siempre sobre la base de que cada una de las compañías del grupo tenga su propia personalidad jurídica independiente, ya que si existiera dependencia de una matriz, no existe propiamente un problema con la extensión *ratione personae* del acuerdo arbitral³⁶.

VII. Jurisprudencia relevante en relación con la teoría del Grupo de Empresas

Jurisprudencia Francesa: Bajo la teoría del grupo de empresas, los tribunales franceses han adoptado la posición de la posibilidad de extensión de la cláusula

³⁴ Laudo interlocutorio, *Dow Chemical c. Isover Saint-Gobain*, 1982.

³⁵ Villegas Correa, "Teoría del Grupo de Compañías como Forma de Extensión de la Cláusula Arbitral a No Signatarios del Pacto Arbitral."

³⁶ Hanotiau, *Complex Arbitrations*, 292–295.

arbitral bajo estos supuestos, algunos de los casos más relevantes son:

- **Société Sponsor AB Lestrade:** En este caso se pretendía extender la cláusula arbitral firmada por una subsidiaria a la que fuese su compañía matriz, aunque esta última no suscribió el pacto arbitral directamente. El contrato del que alegaba el incumplimiento contenía una cláusula arbitral. Luego del proceso los demandados apelaron alegando que la cláusula arbitral no era oponible a Sponsor AB (empresa matriz) puesto que ésta no la había firmado³⁷. Al llegar el proceso a la Corte de Apelaciones de Pau se confirmó la decisión basados en la teoría expuesta en el caso Dow Chemicals, señalando que:

...Sponsor AB no solo jugó un rol indispensable en la negociación de la promesa de compraventa, sino que también estuvo directamente involucrada en el incumplimiento de las obligaciones que se originaron de dicho contrato. Así, Sponsor AB únicamente es un tercero en apariencia; éste dirigió e inspiró la operación, éste fue el cerebro detrás de la parte contratante³⁸.

- **Orri contra la Société des Lubrifiants:** En este caso la Corte de Apelaciones de París aceptó la extensión del acuerdo arbitral de confor-

midad con la teoría del grupo de empresas y justificó su análisis en “la existencia de un grupo de sociedades que se encontraban cobijadas bajo una misma realidad económica y que actuaban de conformidad con lo dispuesto por una misma autoridad controlante”³⁹.

- **Kis France v. Société Générale:** Aquí la Corte de Apelaciones de París confirmó un laudo que aplicó la doctrina del grupo de empresas. Puesto que, Kis France, que era la sociedad matriz, firmó un contrato con Société Générale, donde se establece de manera explícita que ambas compañías actuaban en nombre de sus subsidiarias, quienes no firmaron el acuerdo directamente; y aunque posteriormente apelaron en la búsqueda de anular el laudo ante la Corte de apelaciones, esta misma mantuvo la decisión y ratificó que los árbitros no habían sobrepasado los límites de su jurisdicción⁴⁰.

Jurisprudencia Inglesa y Suiza: Vale la pena resaltar que para estos casos, la postura es la de no adoptar la teoría del grupo de empresas, pues, se establece una especie de “renuncia a la extensión *ratione personae*” dentro del convenio

³⁷ Cour d’appel de Pau (Francia), 1988.

³⁸ Cour d’appel de Pau (Francia), 1988.

³⁹ Cour d’appel de Paris (Francia), 1990.

⁴⁰ Cour d’appel de Paris (Francia), 1989.

arbitral⁴¹ y en cambio, se tienen a manejar las situaciones de la siguiente manera:

- Caso *cartier*: El Tribunal Federal de Suiza⁴² dió prioridad a la personalidad jurídica independiente de cada sociedad que hacía parte de este grupo de empresas ante la “realidad económica del grupo”. La posición del tribunal Federal suizo se fundamenta en que ha negado la aplicación de la teoría del grupo de empresas declarando que las partes que están involucradas en la ejecución de un contrato deben establecer con claridad y precisión cuáles son las compañías signatarias del acuerdo arbitral.
- *X. S.A.L. Y. S.A.L. contra Z Sàrl* del año 2003⁴³: En este caso se establece que se puede rescindir de formalismos, como lo sería la constancia por escrito del acuerdo arbitral⁴⁴, pero únicamente este supuesto de rescisión aplica a las partes iniciales signatarias del acuerdo,

por ende, el requisito se mantiene para aquellas partes no signatarias a las que se les buscaría extender los alcances del acuerdo.

- *Petersons Farms contra C&M Farming Limited*: Esta decisión es vista como un precedente histórico al “no reconocimiento” de la teoría del grupo de empresas, ya que impide que se tome a esta teoría como parte de un derecho transnacional o de la *lex mercatoria*⁴⁵. En este caso, la Corte Comercial de Londres estableció que “la doctrina del grupo de compañías no existe en el derecho inglés”⁴⁶.

Podemos concluir de este conjunto de decisiones que el tratamiento que se le darpa a la extensión del acuerdo arbitral dependerá en gran medida de donde nos encontremos, ya que en Francia se observa una postura tendiente a más al “pro-arbitraje” que interpreta extensivamente la aplicación de la cláusula arbitral en cuanto podamos estar al frente de una misma realidad económica independien-

⁴¹ Jean-François Poudret y Sébastien Besson, *Comparative Law of International Arbitration*, 2.^a ed. (London: Sweet & Maxwell, 2007), párr. 252, citados por Laura Sinisterra Páez, “Algunos apuntes sobre la teoría del grupo de compañías como fundamento para la extensión del pacto arbitral a no signatarios,” *Revista de Derecho Privado* (Universidad de los Andes, Facultad de Derecho), No. 44 (julio-diciembre de 2010).

⁴² Tribunal Federal (Suiza), *Cartier*, 1979.

⁴³ Tribunal Federal (Suiza), *X. S.A.L. y Y. S.A.L. c. Z Sàrl*, 2003, ATF 129 III 727 (4P.115), en *ASA Bulletin: Association Suisse de l'Arbitrage* 22 (2004): 364–410.

⁴⁴ Ley Federal de Derecho Internacional Privado (Suiza), 1987, cap. 12 (Arbitraje internacional), art. 178(1).

⁴⁵ Tobias Zuberbühler, “Non-Signatories and the Consensus to Arbitrate,” *ASA Bulletin: Association Suisse de l'Arbitrage* 26 (2008): 27; y John P. Gaffney, “The Group of Companies Doctrine and the Law Applicable to the Arbitration, Commentary,” *Mealey's International Arbitration Report* 19, no. 6 (2004).

⁴⁶ England and Wales High Court (Commercial Court) (Reino Unido), 2004, *Peterson Farms Inc v. C&M Farming Ltd* [2004] EWHC 121 (Comm), ¶62.

temente de quien haya sido la parte signataria. Mientras que en Suiza o el Reino Unido observamos una postura mucho más limitada, en la que la autonomía de la voluntad será independiente en cada una de las partes que se encuentren independientemente de sus realidades económicas; por tal motivo, no es posible sencillamente ampliar la interpretación del acuerdo arbitral y pretender que le sea aplicado a terceros cuya voluntad expresa no es posible de identificar.

VIII. Conclusiones

Se observa como la extensión de la cláusula arbitral a distintos contratos que no la contengan (e inclusive lo que puede generar que se extienda a terceros no signatarios) tiende a ser un postura en la actualidad por parte de los paneles arbitrales, no solo por el hecho de promocionar el arbitraje como un mecanismo de resolución de conflictos eficaz, sino también por (i) evitar múltiples litigios que resulta ser contradictorios entre sí; (ii) ahorro de tiempo y recursos al centralizar de cierta manera el proceso de la resolución de varias controversias en uno solo; (iii) generar coherencia en la interpretación y análisis de todas las cláusulas que pueden encontrarse dentro de todos los contratos que forman parte del grupo, pues a fin de cuentas se realiza un análisis del contexto entero del grupo de contratos; (iv) promover de esta manera, la integridad de los proyectos comerciales que acuden ante el panel; y por último (v) la extensión implica en la práctica, un

reconocimiento a las transacciones comerciales complejas y modernas de la actualidad, donde los contratos no son elementos aislados sino que forman parte de una red, y deben ser entendidos como tal.

Ahora bien, si bien la postura de la extensión toma en cuenta los elementos antes mencionados y procura generar es impacto positivo, es labor de cada panel arbitral el que dentro del análisis de cada caso contrato (y de cada redacción a cada cláusula de sumisión arbitral) mantenga presente: (i) que la jurisdicción arbitral no debe ser entendida como una imposición, al contrario, debe ser siempre producto de un acto de manifestación de la autonomía de la voluntad de las partes; (ii) se debe buscar garantizar la seguridad jurídica de las partes, evitando incertidumbre y los posibles inconvenientes que puedan surgir a raíz de la diferentes formas de interpretación que pueden tener las cláusulas de sumisión arbitral; (iii) evitar también el posible riesgo de que sea catalogado como un abuso la extensión del alcance de la cláusula a otros contratos, sobretodo cuando estamos en presencia de una desproporcionalidad en cuanto a poder dentro del contrato de las propias partes.

Si bien se busca promover el desarrollo de una teoría unificada al momento de la interpretación de la posible extensión del alcance de las cláusulas o acuerdos arbitrales, no es menos cierto que existirán limitaciones eventuales de acuerdo a

cada jurisdicción de cada Estado y legislación aplicable de acuerdo al caso; por lo que nuevamente se reitera la gran importancia que posee la redacción clara y expresa de las cláusulas de sumisión, donde las partes deben entender que sí hacen vida dentro de una relación comercial, la idea es siempre promoverla y buscar que se desarrolle y crezca aún más en beneficio de los involucrados, por ende, entender esta clase de relaciones implica darles su reconocimiento como parte de un conjunto de contratos que se entrelazan, y que la mejor forma de proteger estas conexiones es mediante la redacción de cláusulas o acuerdos arbitrales que permitan de manera concreta y directa entender que la voluntad de los involucrados es la de resolver sus conflictos de la forma más rápida y económicamente eficiente.

Aunque parezca reiterativo, una redacción que aborda la posibilidad de la extensión de la cláusula permite a las partes tener seguridad jurídica y también prever con certeza las consecuencias de todas sus acciones dentro del cumplimiento de los contratos. La extensión de la cláusula arbitral dentro del grupo de contratos se configura como una herramienta útil siempre que todas las partes involucradas verdaderamente entiendan lo que implica ese alcance.

Comentario sobre la doctrina del grupo de contratos y su impacto en la extensión del convenio arbitral: Hacia una teoría unificada

Rafael Gely*

Principia No. Especial 1–2025 pp. 137-144

Resumen: Este trabajo ofrece un comentario crítico al artículo de María Palacios La Manna sobre la “doctrina del grupo de contratos” y su incidencia en la extensión del convenio arbitral. Partiendo de la evolución pro-arbitraje en Estados Unidos, el autor contextualiza los desafíos que surgen cuando se pretende aplicar una cláusula arbitral contenida en un contrato a disputas nacidas de contratos conexos, incluso frente a no signatarios. Aplauda el aporte metodológico de Palacios La Manna –su tipología de contratos vinculados y su matriz comparada de casos– y destaca que el eje decisivo sigue siendo la intención de las partes. Concluye señalando interrogantes sobre los límites de la extensión y su impacto en partes menos sofisticadas

Abstract: This paper offers a critical commentary on María Palacios La Manna’s article on the “group of contracts” doctrine and its impact on extending arbitration agreements. Drawing from the pro-arbitration evolution in the United States, the author situates the problem of applying an arbitration clause contained in one contract to disputes arising under related agreements, including situations involving non-signatories. It endorses Palacios La Manna’s methodological contribution—her typology of connected contracts and her comparative case matrix—while emphasizing that party intent remains the decisive element. The paper concludes by raising questions about the limits of extension and its potential effects on less sophisticated parties.

Palabras Claves: Arbitraje | Convenio arbitral | Grupo de contratos | No signatarios | Intención de las partes

Keywords: Arbitration | Arbitration agreement | Group of contracts | Non-signatories | Party intent

* Rafael Gely es profesor en la facultad de derecho de la Universidad de Missouri. El profesor Gely obtuvo su grado en derecho y su doctorado en relaciones laborales e industriales en la Universidad de Illinois en Champaign-Urbana. El profesor Gely ha publicado más de 50 libros y artículos en revistas académicas reconocidas a nivel nacional e internacional. En la Facultad de Derecho de la Universidad de Missouri, el profesor Gely imparte cursos de derecho laboral, arbitraje laboral y resolución de conflictos, entre otros.

**Sumario: I. Introducción, II. A Manera de Trasfondo, III. Grupo de Contratos,
IV. Reflexiones finales**

I. Introducción

El desarrollo de la ley de arbitraje en los EE. UU. se puede resumir acertadamente de la siguiente manera: (1) el aumento en el uso del arbitraje en todos tipos de contratos; y (2) el desarrollo de un marco legal cada vez más favorable al arbitraje. A medida que se generalizó el uso de las cláusulas arbitrales y comenzaron a surgir controversias en relación con esa expansión, la ley se adaptó revisando la doctrina existente. Los que la profesora Sara R. Cole ha denominado “litigantes gerenciales” (“managerial litigants”) presentaron nuevos argumentos legales en apoyo de sus posiciones¹. Esos argumentos crearon tensiones con las doctrinas en uso, lo que requirió que los tribunales proporcionaran orientación adicional. Esta dinámica se ha repetido en varias ocasiones y de cierta manera, ha delineado el desarrollo de la ley de arbitraje en los EE.UU.

En “*La doctrina del grupo de contratos y su impacto en la extensión del convenio arbitral*”, Palacios La Manna analiza un nuevo frente en el que se está produciendo la expansión de las cláusulas compromisorias: situaciones

en las que una parte busca extender una cláusula de arbitraje que aparece en un contrato a una disputa que surge bajo un contrato diferente y que podría involucrar a una parte que no es parte del contrato que contiene la cláusula de arbitraje.

II. A Manera de Trasfondo

Para contextualizar la discusión, comenzamos con un breve resumen sobre el arbitraje en los Estados Unidos. El arbitraje ha sido una parte integral de la forma en que se resuelven las disputas legales desde los primeros días de la República². Como señala la profesora Carli N. Conklin, el arbitraje procede de la tradición Inglesa (English Common Law), en donde se aceptaba el arbitraje como proceso lícito para resolver conflictos y los tribunales generalmente ejecutaban los laudos arbitrales³. Como también señala la profesora Conklin, los procedimientos de arbitraje ingleses se llevaron a América del Norte y luego se adaptaron a las circunstancias locales⁴. A diferencia de sus homólogos ingleses, los tribunales estadounidenses eran menos favorables a la práctica del

¹ Sarah R. Cole, “Managerial Litigants? The Overlooked Problem of Party Autonomy in Dispute Resolution,” 51 *UC Law SF Law Journal* 1199 (2000).

² Carli N. Conklin, “Una variedad de procedimientos, prácticas y políticas a nivel estatal: Arbitraje en América temprana,” *Journal of Dispute Resolution* (Spring 2016): 55.

³ Conklin, “Una variedad de procedimientos, prácticas y políticas a nivel estatal,” 55.

⁴ Conklin, “Una variedad de procedimientos, prácticas y políticas a nivel estatal,” 63–64.

arbitraje⁵. El poder judicial veía el arbitraje con sospecha y la ejecución de los laudos dictados por los árbitros no era segura⁶.

El proceso se arraigó en el panorama legal de los Estados Unidos hace un siglo, en 1925, con la promulgación de la Ley Federal de Arbitraje (Federal Arbitration Act o FAA por sus siglas en Inglés)⁷, que dejó en claro la intención del gobierno de los Estados Unidos de promover y apoyar la práctica del arbitraje. La Ley protegía el proceso de arbitraje contra la intervención judicial y contra atentados por gobiernos estatales de impedir el uso del arbitraje⁸.

El apoyo al arbitraje se fortaleció a principios de la década de 1960 en una serie de decisiones judiciales que implicaban el uso del arbitraje en el entorno de las relaciones laborales, es decir, el arbitraje entre empleadores y sindicatos. En esos casos, conocidos como la *Steelworkers Trilogy*, la Corte Suprema de los Estados Unidos dejó en claro que el poder judi-

cial debe ceder al proceso de arbitraje y, en general, hacer cumplir la decisión de las partes de someter una disputa a arbitraje y apoyar el laudo del árbitro cuando una parte se niega a acatar la decisión del árbitro o impugna esa decisión en los tribunales⁹.

La tendencia hacia la deferencia judicial al arbitraje se aceleró en las décadas de 1980 y 1990 y continúa hasta el día de hoy, a través de una serie de decisiones también de la Corte Suprema de los EE. UU. que invalidan casi todos los esfuerzos de las legislaturas estatales para dificultar la aplicación de los acuerdos de arbitraje. En una serie de casos en la década de 1980, la Corte Suprema de los Estados Unidos anuló decisiones anteriores que negaban la ejecución de acuerdos para arbitrar disputas estatutarias (*statutory claims*)¹⁰. Poco después, el Tribunal amplió este enfoque al área del derecho laboral, primero al sostener en *Gilmer v. Interstate Johnson/Lane Corp.*,¹¹ que las disposiciones de arbitraje podrían requerir la ejecución de

⁵ Conklin, “Una variedad de procedimientos, prácticas y políticas a nivel estatal,” 63–64.

⁶ Sabra A. Jones, “Desarrollo histórico del arbitraje comercial en los Estados Unidos,” 12 *Minnesota Law Review* 240, 247–48 (1928).

⁷ 9 U.S.C. § 2 (2012).

⁸ Por ejemplo, la FAA requiere que cuando un tribunal determine que las partes han acordado celebrar un acuerdo de arbitraje válido, el tribunal suspenderá todos los procedimientos y ordenará a las partes que arbitren. 9 U.S.C. § 3. La FAA también se adelanta a los intentos de los estados individuales de invalidar los acuerdos de arbitraje imponiendo a los acuerdos de arbitraje condiciones que no se imponen a otros contratos.

⁹ *United Steelworkers v. American Manufacturing Co.*, 363 U.S. 564 (1960); *United Steelworkers v. Warrior & Gulf Navigation Co.*, 363 U.S. 574 (1960); *United Steelworkers v. Enterprise Wheel & Car Corp.*, 363 U.S. 593 (1960).

¹⁰ *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 U.S. 614 (1985); *Shearson/American Express, Inc. v. McMahon*, 482 U.S. 220 (1987); *Rodriguez de Quijas v. Shearson/American Express, Inc.*, 490 U.S. 477 (1989).

¹¹ *Gilmer v. Interstate/Johnson Lane Corp.*, 500 U.S. 20 (1991).

disputas estatutarias y luego en *Circuit City v. Adams*¹², al interpretar que la restricción de la FAA sobre “contratos de empleo” (contracts of employment) se aplica solo a los contratos de trabajo para los trabajadores en la industria del transporte como los específicamente menciona la Ley¹³. Como resultado de estas decisiones, los empleadores pudieron imponer acuerdos para arbitrar todas las reclamaciones relacionadas con el empleo, a la mayoría de los empleados, como condición de empleo, con excepciones limitadas. Sentencias similares siguieron en otras áreas. En el caso *Mitsubishi Motors Inc. v. Soler Chrysler-Plymouth*¹⁴, el Tribunal sostuvo que los árbitros internacionales podían decidir reclamaciones relacionadas con las leyes antimonopolio de los Estados Unidos y, en *Shearson/Am. Express, Inc. v. McMahon*¹⁵, las que surgieran en virtud de las leyes bursátiles.

Hoy en día, en los Estados Unidos, no es una exageración decir que el arbitraje es prácticamente intocable, lo que significa que hay muy pocas circunstancias en las que una corte pudiese evitar la ejecución de una cláusula arbitral y muy pocas situaciones en las que una corte pudiese negarse a ejecutar el laudo de un árbitro. La caracterización hecha por el juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos,

Hugo Black, en el que se refirió a las disposiciones de arbitraje como contratos que estaban “por encima de todas las demás disposiciones contractuales”, ciertamente se ha convertido en verdad, con acuerdos de arbitraje adquiriendo el estatus de “super contratos” sujetos a una revisión judicial mínima¹⁶.

III. Grupo de Contratos

El artículo de Palacios La Manna discute un nuevo frente en la expansión del uso de las cláusulas arbitrales. En particular, el artículo se enfoca en situaciones en que una parte en un contrato que contiene una cláusula de arbitraje trata de hacer valer esa disposición en una transacción derivada de un contrato separado, pero relacionado, contra otra parte que tal vez no sea signataria de ambos contratos. Este escenario crea inmediatamente una serie de preguntas y preocupaciones con respecto a la aplicabilidad de dichos contratos. En la medida en que la aplicabilidad de las disposiciones de arbitraje se basa en nociones de voluntariedad y autonomía de las partes, la aplicación de dichas disposiciones en situaciones que involucran grupos de contratos se vuelve problemática. El artículo trata de abordar algunas de esas preguntas.

¹² *Circuit City Stores, Inc. v. Adams*, 532 U.S. 105 (2001).

¹³ *Circuit City Stores*, 532 U.S. at 119.

¹⁴ *Mitsubishi Motors Corp.*, 473 U.S. 614 (1985).

¹⁵ *Shearson/American Express, Inc.*, 482 U.S. 220 (1987).

¹⁶ *Prima Paint Corp. v. Flood & Conklin Mfg. Co.*, 388 U.S. 395 (1967) (Black, J., dissenting).

Palacios La Manna comienza hábilmente enmarcando la discusión en el contexto de la teoría de los contratos grupales identificando de esa manera una serie de situaciones en las que, lo que podrían parecer contratos individuales separados, están relacionados sustantiva o funcionalmente. Por ejemplo, Palacios La Manna señala (1) contratos “que conviven o coexisten con la finalidad de alcanzar una meta en conjunto” como el caso de un contrato marco acompañado de acuerdos individualizados; (2) contratos “que se encuentran unidos por una relación de sustitución” como en el caso de los contratos sucesivos; y (3) contratos “que cuentan con una relación económica conjunta que los pueda unir”. De manera perspicaz, Palacios La Manna señala que la decisión sobre si varios contratos forman un “grupo,” depende en gran parte de los términos de los propios contratos, lo que pone de relieve la importancia de la redacción de los contratos. A continuación, Palacios La Manna nos recuerda que la cuestión de la intención de las partes con respecto a la aplicabilidad de las disposiciones de arbitraje siempre ha estado en el centro del desarrollo de la jurisprudencia sobre arbitraje y que invariablemente se reduce la cuestión o dinámica, a esa de determinar la intención de las partes.

Al situar la discusión sobre las cláusulas de arbitraje en el entorno de grupos de contratos, Palacios La Manna contribuye tres puntos claves. En primer lugar, ella contextualiza el debate sobre las disposi-

ciones de arbitraje. Como se señaló anteriormente, gran parte de la discusión sobre el uso generalizado del arbitraje parece implicar que las disposiciones de arbitraje son únicas y diferentes de otros tipos de disposiciones contractuales. Al situar la discusión de las cláusulas de arbitraje en el contexto de grupos de contratos, Palacios La Manna nos recuerda que, después de todo, las cláusulas de arbitraje son solo cláusulas contractuales y que, en gran medida, cuando los tribunales interpretan esas cláusulas, simplemente están haciendo lo que hacen en cualquier disputa contractual: tratar de discernir la intención de las partes. En segundo lugar, Palacios La Manna también nos recuerda que, en gran medida, la respuesta a la pregunta de si es apropiado exigir a las partes que arbitren una controversia en virtud de una cláusula de arbitraje en un contrato diferente en el que no fueron parte, se encuentra dentro de los límites de la doctrina contractual. Por último, Palacios La Manna destaca el hecho de que, en última instancia, se trata de determinar la intención de las partes, algo que normalmente hacen los tribunales en las disputas contractuales.

A continuación, Palacios La Manna procede a proporcionar una descripción muy útil de decisiones judiciales y de arbitraje de múltiples jurisdicciones relacionadas con la interpretación de las cláusulas de arbitraje en situaciones que involucran grupos de contratos. También es útil que Palacios La Manna crea una matriz de esos casos que enmarca la

discusión en dos dimensiones: la naturaleza de la relación de la parte en la disputa y el contenido de la cláusula arbitral.

En la primera dimensión, Palacios La Manna distingue entre situaciones en las que todas las partes en la controversia habían firmado los contratos que contenían la cláusula de arbitraje (es decir, disputas entre signatarios), y disputas en las que al menos una de las partes no había firmado el contrato que contenía la cláusula de arbitraje (es decir, disputas entre no signatarios). La segunda dimensión se centra en si existe una cláusula de arbitraje en cada uno de los contratos que forman el grupo y en el contenido de dichas cláusulas. En particular, Palacios La Manna distingue entre situaciones que involucran (1) un contrato con una cláusula arbitral y un contrato sin cláusula arbitral; (2) un contrato con una cláusula de arbitraje y un contrato que provee para la resolución de disputas a través del poder judicial; y (3) contratos diferentes, todos los cuales tienen cláusulas de arbitraje, pero donde los términos de las cláusulas de arbitraje pueden ser diferentes.

Con respecto a los contratos que involucran a signatarios, la discusión de Palacios La Manna muestra que es probable que los tribunales y los paneles arbitrales hagan cumplir la cláusula de arbitraje independientemente de si todos los contratos del grupo incluyen una cláusula de arbitraje y de lo que la cláusula establece

(es decir, la segunda dimensión). Este resultado no es sorprendente en el caso de los grupos en los que al menos un contrato incluye una cláusula de arbitraje y de los contratos en los que todos los contratos incluyen dicha cláusula, aunque las mismas no sean idénticas. En la primera categoría, en la que un contrato incluye una cláusula de arbitraje y el otro guarda silencio, la preferencia general hacia el arbitraje y la elección afirmativa de las partes de recurrir al arbitraje parecerían tener suficiente peso como para inclinar el resultado a favor del arbitraje. En el tercer tipo de caso, el hecho de que ambos contratos prevean cláusulas de arbitraje muestra una clara intención de las partes de someterse a arbitraje, aun si las cláusulas son contradictorias en los detalles. Los resultados de los casos resumidos por Palacios La Manna en la segunda categoría, sin embargo, son sorprendentes. En dos de los tres casos que ella analiza, los tribunales aceptaron la cláusula arbitral a pesar de que en uno de los contratos había una cláusula que permitía la revisión judicial. En el otro caso, un tribunal arbitral se negó a extender la cláusula de arbitraje al contrato que prevenía la revisión judicial. Si bien la justificación no está del todo clara, parece ser el caso de que las partes decidieron intencionalmente no optar por el arbitraje al reconocer explícitamente la opción de la revisión judicial. Exigir el arbitraje en esos casos parece ser contrario a la intención de las partes.

A continuación, Palacios La Manna resume los casos que involucran a los no signatarios. Su resumen muestra que cuando se trata de no signatarios, el enfoque cambia. En particular, el enfoque cambia de un enfoque sobre la relación entre los contratos a un enfoque sobre la relación entre las partes, a lo que Palacios La Manna se refiere como “la teoría del Grupo de Empresas”. Según Palacios La Manna, esta teoría busca respetar la independencia jurídica de una entidad comercial, al mismo tiempo que reconoce que puede haber otras conexiones que justifiquen extender las disposiciones de arbitraje a un no signatario. Palacios La Manna señala, sin embargo, que tal teoría parece estar limitada al derecho francés y ha sido rechazada en otras jurisdicciones como Inglaterra y Suiza.

IV. Reflexiones finales

De una manera simple, pero reflexiva, el artículo de Palacios La Manna proporciona un marco sólido para comprender situaciones que involucren cláusulas arbitrales incluidas en grupos de contratos. Como se señaló anteriormente, al fundamentar la discusión en la teoría de los grupos de contratos, Palacios La Manna nos recuerda que, si bien las cláusulas de arbitraje tienden a recibir mucha atención, en su esencia, son solo cláusulas contractuales, que en gran medida se rigen por los principios tradicionales del derecho contractual. Su artículo también proporciona un marco útil para analizar diferentes tipos de situaciones que involucren grupos de contratos. El marco

que ella usa para examinar las varias decisiones de tribunales sugiere que, en aplicación de los principios del derecho contractual, los tribunales y los paneles arbitrales se han sentido generalmente cómodos con la extensión de las cláusulas de arbitraje a todos los contratos que forman un grupo de contratos, ciertamente en el caso de los signatarios e incluso en el caso de los no signatarios, al menos cuando aplican el derecho francés.

El artículo de Palacios La Manna proporciona una base sólida para aquellos interesados en comprender mejor la extensión de las cláusulas de arbitraje en casos que involucren grupos de contratos. Como es el caso con trabajos académicos de alta calidad, el trabajo de Palacios La Manna incita preguntas importantes que pudiesen explorarse en trabajos futuros. Dos de estas preguntas creo que son de interés particular.

En primer lugar, ¿qué ocurriría si una parte trata de extender una disposición de arbitraje tal vez fuera de los parámetros identificados por Palacios La Manna, tal como es el caso de la aplicación de una disposición contra un no signatario cuando la relación entre el grupo de entidades es débil o mínima? ¿Deben los tribunales hacer cumplir la disposición de arbitraje en esos casos? Palacios La Manna parece sugerir que las cortes estarían dispuestas a este tipo de extensión. Pero, ¿existe algún límite?

En segundo lugar, en general los ejemplos que Palacios La Manna provee involucra todo contrato en el cual las partes son entidades comerciales sofisticadas en transacciones contractuales complejas. En ese contexto, la tendencia a adoptar un principio general de ampliación de las cláusulas de arbitraje es entendible. Sin embargo, ¿se mantiene el principio en situaciones en las que una de las partes es menos sofisticada o alguien que no tiene experiencia en estos contratos (lo que en inglés se refiere como un “non-repeat player”)? Más claramente, ¿se aplica el principio a las transacciones entre empresas y consumidores o entre empleadores y empleados? Este es un problema que ha preocupado a la ley de arbitraje de EE. UU. durante años y las transacciones que involucran contratos grupales podrían ser otra expansión en ese frente.

Negociación de cláusulas arbitrales

Luis Felipe Sorondo *

Principia No. Especial 1-2025 pp. 145-163

Resumen: Este trabajo analiza la negociación de cláusulas arbitrales como un ejercicio estratégico, y no como una simple adopción de modelos estandarizados. Partiendo de que no existe un punto universal de eficiencia en la administración de justicia, sostiene que el diseño del convenio arbitral debe ajustarse a las necesidades concretas de las partes (tiempo, costos, operador, reglas, sede y ley aplicable). El estudio demuestra que una cláusula negociada puede optimizar el resultado del arbitraje y reducir patologías, ampliando la zona de regateo y la capacidad de las partes para capturar valor frente a la alternativa de cláusulas prefabricadas.

Abstract: This paper examines the negotiation of arbitration clauses as a strategic exercise, rather than the mere adoption of standardized templates. Starting from the premise that there is no universal point of efficiency in the administration of justice, it argues that the design of the arbitration agreement should be tailored to the parties' concrete needs (time, costs, decision-maker, rules, seat, and applicable law). The study shows that a negotiated clause can improve arbitral outcomes and reduce pathologies, by expanding the bargaining range and enhancing the parties' ability to capture value as compared to pre-drafted clauses.

Palabras Claves: Negociación de cláusulas arbitrales | Convenio arbitral | Eficiencia en la administración de justicia | Zona de regateo | Cláusulas patológicas

Keywords: Arbitration clause negotiation | Arbitration agreement | Efficiency in the administration of justice | Bargaining zone | Pathological arbitration clauses

* Luis Felipe Sorondo es abogado egresado de la Universidad Monteávila, donde cursó el Programa de Estudios Avanzados en Arbitraje. Es Especialista en Derecho Financiero y Tributario por la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB) y cuenta con un LL.M. en Dispute Resolution por la Universidad de Missouri.

Sumario: I. Introducción, II. Formación de la voluntad, III. Negociar una cláusula, IV. Conclusiones

I. Introducción

El arbitraje, como mecanismo alternativo para la resolución de conflictos, tiene su fundamento en el principio de voluntariedad de las partes, esto es, en la manifestación recíproca de voluntades aceptando el sometimiento de conflictos al foro arbitral. De este acuerdo de arbitraje puede dejarse evidencia en el marco de un contrato continente, o a través de un contrato que exclusivamente regule las características del arbitraje.

Normalmente, para redactar los convenios arbitrales, las partes acuden a modelos prefabricados por cámaras o centros de arbitraje que buscan, esencialmente, (i) facilitar un formato elaborado por expertos y que reduce las probabilidades de que la cláusula que elaboren las partes padezca alguna patología que impida su ejecución o despoje de validez su contenido, y (ii) atraer a un determinado centro, la administración y resolución del conflicto; y si bien, ordinariamente, estos modelos cumplen con su objetivo, se ha abandonado la práctica de evaluar las características de un convenio arbitral desde la perspectiva de la negociación de un acuerdo de esta naturaleza.

Como con cualquier contrato o –cláusula contractual–, las partes disponen de, y emplean, herramientas para conseguir un mejor resultado en su acuerdo. Estas partes apelan a técnicas y estrategias de negociación con las que procuran

conseguir un mejor precio, mejores tiempos de entrega, mejor distribución de responsabilidades y de riesgos, en definitiva, un mejor negocio. Las cláusulas arbitrales entran dentro de esta gama de elementos contractuales que, dependiendo de las técnicas de negociación, pueden resultar más favorables o menos favorables para las partes. Esto queda en evidencia cuando consideramos:

(i) que los convenios, en sí mismos, requieren de aprobación por ambas partes –lo que implica que cualquiera de ellas considera que aceptable, rentable, o, en definitiva, acorde a sus intereses, el contenido del convenio; y

(ii) incluso los modelos prefabricados dejan a elección de las partes elementos como el número de árbitros, el derecho aplicable, la cantidad y naturaleza de conflictos cubiertos por la cláusula, la administración del arbitraje (*i.e.* institucional o *ad hoc*), entre otros—lo que implica que son variables que se determinan a partir del mejor interés de cada parte.

El propósito del presente trabajo de investigación consiste en explorar los elementos negociables del convenio arbitral tanto durante la formación de la voluntad para acudir a arbitraje –esto es, antes de que ambas partes estén de acuerdo en derogar la jurisdicción estatal en función de la arbitral– como durante la redacción del convenio propiamente, incluyendo los puntos revisados

en el párrafo anterior. En este sentido, anticipamos que el resultado de la investigación será que el impacto de una cláusula arbitral negociada es distinto al impacto de una cláusula contractual adoptada a partir de un modelo sin evaluar detenidamente cada uno de sus elementos.

II. Formación de la voluntad para acudir a arbitraje

En una sociedad con una dinámica acelerada, con circunstancias contingentes, y donde las facilidades de conexión cimentan las bases para la abundancia de interacciones sociales, se despierta en las personas la necesidad de proteger sus intereses y de conseguir mecanismos que garanticen dicha protección, en el marco de sus interacciones. Por ello, con la modernización del Estado, es común ver que las sociedades hayan monopolizado la administración de la justicia buscando que el ente administrador esté regulado con limitaciones y controles que aseguren imparcialidad en la toma de decisiones.

No obstante lo anterior, es comúnmente aceptado en los foros académicos de economía el hecho de que los monopolios son, en sí mismos, una falla de mercado¹, entendida esta como el o los eventos que impiden que las condiciones de mercado mantengan como “deseable” una activi-

dad o detengan lo “indeseable” de una actividad².

Cruzando estas dos premisas, la inferencia lógica que podemos concluir es que la monopolización de la administración de justicia —como actividad deseada— hace insostenible los elementos, atractivos para la sociedad, de la participación de justicia. Con la monopolización de la administración pueden verse comprometidos elementos como costos, tiempos, calidad, etc. Elementos que son propios de la administración de justicia, antes que de la justicia en sí misma.

A propósito de esto, podemos evaluar dos instituciones: la justicia, propiamente hablando, y los mecanismos para administrarla. La justicia, por una parte, tiene por objeto darle a cada persona lo que le corresponde o aquello a lo que tiene derecho; mientras que su administración, como institución organizada en pro de la correcta “entrega” de lo que le corresponde a cada quien, tiene como elemento deseable la materialización de dicha “entrega”. Esta institución está tan íntimamente ligada al objeto administrado—la justicia— que su ineficiencia despoja de la cualidad “deseable” a la jus-

¹ Francis M. Bator, “The Anatomy of Market Failure,” *The Quarterly Journal of Economics* 72, no. 3 (1958); y Steven G. Medema, “Mill, Sidgwick, and the Evolution of the Theory of Market Failure,” *History of Political Economy* 36, no. 4 (2004)

² Bator, “The Anatomy of Market Failure”; y Medema, “Mill, Sidgwick, and the Evolution of the Theory of Market Failure”, Refiriéndose, indiscriminadamente, por “actividad” como “consumo” o “producción”.

ticia³. En otras palabras, sin una administración eficaz, no hay justicia.

Ahora, el objeto de ambas instituciones es tan dinámico como la sociedad en la que vivimos. Cada circunstancia requiere de una evaluación que, por un lado, tome en cuenta principios universales, y, por otro lado, tome en cuenta las particularidades de cada caso, sin sacrificar aspectos esenciales para la satisfacción de la administración de justicia, en pro de cumplir con formalidades procesales, aliviar la carga de trabajo u otros motivos. En definitiva, la justicia y la administración de justicia deben responder a las necesidades de las partes que la solicitan.

¿Pero cómo se configuran los elementos de la administración de justicia de manera que responda a las necesidades de quienes la solicitan? ¿Qué, en definitiva, hace atractivo uno u otro mecanismo de administración de justicia?

Si partimos de la premisa que la necesidad de justicia y la justicia, propiamente, tienen varias dimensiones (*i.e.* distributiva, restaurativa, procesal, conmutativa, etc.) podemos sostener que existen elementos característicos de cada una para poder satisfacer la necesidad o administrar la justicia. Mal podríamos considerar justicia, para aquel quien solicita el reparo de un bien jurídico lesionado (justi-

cia restaurativa), el reconocimiento de los mismos derechos que su contraparte (justicia conmutativa). Sobre esta conclusión podemos erigir la idea que la administración de justicia debe ajustarse al tipo de necesidad que presenta el solicitante, sin embargo, esto no es incompatible con que existan elementos categóricos comunes a todas las necesidades y que influyen sobre la eficiencia de la administración, tales como: (i) el tiempo, (ii) los costos asociados, (iii) el operador (o quien materialmente se encarga de administrar la justicia), (iv) las reglas y/o condiciones y (v) la administración.

Así, haciendo un ejercicio comparativo de lo que cada mecanismo de administración de justicia ofrece en cada categoría (*i.e.* más o menos tiempo, más o menos costos, la experticia de uno u otro operador, y tal o cual regla para conducir el proceso o para juzgar el fondo) conseguimos una primera aproximación a la determinación de qué es más atractivo. No obstante, el ejercicio que queda pendiente es contrastarlo con las necesidades del solicitante, es decir, ¿es necesariamente mejor para todos los solicitantes de justicia menos tiempo, menos costo, el mismo operador y/o las mismas reglas? ¿Existe un punto de eficiencia universal en la administración de justicia? ¿O es que, acaso, la eficiencia depende de la necesidad?

³ No en vano el aforismo “Nada se parece tanto a la injusticia como la justicia tardía”, atribuida al filósofo Séneca, ha adquirido tanta popularidad. En esta máxima se oculta, como elemento esencial para la administración eficaz de la justicia, el tiempo asociado para la materialización o “entrega” de la justicia propiamente.

Apegándonos al carácter circunstancial de las interacciones sociales, esto es, a la característica de contingente y relativa que cada interacción social comporta, podemos respondernos diciendo que no existe un punto universal de eficiencia sino que la eficiencia de la administración dependerá de la consideración que éste —el mecanismo de administración— haga de las características del caso en concreto.

Consideremos el siguiente ejemplo: un individuo (“A”) ocasionó un daño a otro (“B”). B dispone de tres alternativas: (i) tomar la “justicia” por su mano; (ii) negociar y llegar a un acuerdo con A para que este repare el daño que ocasionó y satisfaga el resto de los intereses de B a propósito del daño ocasionado; o (iii) acudir a los mecanismos jurisdiccionales. Cada una de estas alternativas son mecanismos que pueden, o no, ser eficientes para la satisfacción del interés de B. Las variantes comunes a cada alternativa también pueden arrojar resultados diferentes. Quizá tomar la “justicia” por propia mano sea el medio más rápido, aunque negociar un acuerdo sea el más beneficioso y acudir a los mecanismos jurisdiccionales sea el más seguro. Profundizando un poco más, tenemos, a su vez, dos sub alternativas en el tercer supuesto: mecanismos jurisdiccionales es-

tatales o mecanismos jurisdiccionales privados.

En este punto, el solicitante de justicia debe hacer un análisis costo-beneficio contrastando las bondades de cada alternativa (y sub alternativa, según aplique) unas con otras para llegar al mecanismo más apropiado.

III. Negociar una cláusula arbitral

Habiendo determinado que la mejor opción es acudir al foro arbitral, el solicitante aún tiene campo para mejorar el resultado de la administración de justicia. La racionalización del uso del tiempo, la elección de los árbitros, la determinación de las leyes aplicables o, en definitiva, entender cada variante⁴, tiene un impacto significativo en el resultado del proceso arbitral. Una cláusula arbitral bien diseñada no solamente sirve para conducir el proceso arbitral, sino para obtener un resultado justo⁵ (deseable).

En el diseño de una cláusula arbitral, una investigación diligente apoyará el desarrollo de esta, asegurando que los derechos y responsabilidades de cada parte estén claramente delineados⁶. Estas partes tienen interés en conseguir un mejor resultado al someter sus conflictos al arbitraje, cada parte querrá proteger y satisfacer sus intereses aprovechando los espacios que puedan conquistar (o lo que es igual: las variables comunes a los

⁴ Davy Karkason, *Arbitration Clauses: A Negotiation Guide* (s. l.: s. e., s. f.), “Crafting Compelling Arbitration Clauses for Success,”.

⁵ Karkason, “Crafting Compelling Arbitration Clauses for Success”.

⁶ Karkason, “Crafting Compelling Arbitration Clauses for Success”.

mecanismos de administración de justicia). La clave para alcanzarlo es una buena negociación.

La negociación es un proceso interactivo de comunicación donde dos o más partes, que poseen interés en un mismo objeto del cual carecen, intentan coordinar sus conductas o asignan recursos de una manera tal que los ubique en una mejor posición a aquella en la que estuvieran si actuaran solos (o no negociaran)⁷. El éxito de la negociación dependerá de las habilidades, técnicas y estrategias que cada parte emplee, por lo que debe planificar el encuentro con su(s) contraparte(s).

Un buen plan de negociación requiere que se tome en consideración lo siguiente:

- i. Fijar sus objetivos con el encuentro, entendiendo la importancia y alcance de cada objetivo y fijando prioridades para los mismos;
- ii. Hacer el mejor estimado de la opinión de la contraparte sobre sus objetivos y sobre los objetivos de dicha contraparte, anticipando qué buscará;
- iii. Entender las fortalezas y debilidades de su posición así como los de su contraparte;

- iv. Identificar las áreas en las que sus intereses, posturas e incluso problemas se solapan;
- v. Desarrollar un plan conversacional, identificando dónde necesitan que comience la discusión, cómo pueden construir un ambiente de colaboración que facilite el campo para llegar a acuerdos; y
- vi. Proponer el mejor foro para la discusión. Sea en persona o sea a través de videoconferencias⁸.

Contrastando cada variable del proceso arbitral con esta propuesta de plan para definir una estrategia de negociación, el interesado primero debe determinar qué elemento del proceso tiene prioridad (*i.e.* tiempo, dinero, operador, administración, ley aplicable) y determinar su objetivo, para luego estimar los de su contraparte. Posterior a ello, podría compararlos según el cuadro que se ilustra anexo “A”.

Con este cruce de información, es evidente que A se considera en una posición de dominio que lo apalancará para conseguir lo que necesita. No obstante, aún debe negociar y para poder implementar su estrategia primero debe:

- i. Determinar si existe una zona de regateo —es decir, si es posible alcanzar un acuerdo que sea beneficioso para ambos— e identificar la gama de posibles acuerdos, o lo

⁷ Russell Korobkin, *Negotiation: Theory and Strategy* (New York: Aspen Publishers, 2009).

⁸ Erin Gleason, “Negotiation in the Context of Arbitration,” *Wolters Kluwer Arbitration Blog*, 2019.

- que es igual, todas las combinaciones que pueden existir entre concesiones;
- ii. Enfocar el punto de atención de la negociación de manera que conduzca a ambas partes de que su mejor opción es negociar en lugar de actuar solos; y
 - iii. Emplear técnicas de negociación que le permitan capturar parte o la totalidad de los beneficios que ofrece la zona de regateo—sin que ello implique necesariamente un mal negocio para la contraparte⁹.

En este punto es cuestión de que A planifique una estrategia dirigida a alcanzar su objetivo. Dicha estrategia puede involucrar: realizar “concesiones” para persuadir a su contraparte sobre los espacios que está dejando de ocupar o apoyarse en la presión económica. El éxito dependerá de la persuasión y capacidad de conducción de la negociación que, en este ejemplo particular, A tenga.

Por su parte, el panorama de B podría ser el que se muestra en el cuadro “B”.

Podemos observar que los objetivos de B en buena parte fueron atinados por la apreciación hipotética que hiciera A en nuestro ejemplo. Ahora, B podría apoyarse en el desconocimiento que A posee de la capacidad de B para costear altos honorarios, independientemente de su indisposición para ello. Así, la estrategia de B podría ser no ceder ante la presión

económica que pretenda ejercer A pero sugerir que se modifiquen los lapsos que manejan normalmente los centros de arbitraje de manera que le resulte también atractivo para A acudir a la administración institucionalizada del proceso.

En definitiva, el resultado se definirá a partir de la mejor capacidad de una de las partes. En nuestra opinión, el mejor resultado al que podrían llegar A y B en este ejemplo (y en términos *paretianos*) con información limitada, es el siguiente: el interés de A es inmediatez, mientras que el de B es experiencia y buena conducción del proceso. A y B deben acordar el nombramiento de un árbitro experimentado, adoptar las reglas de un centro y modificar los lapsos del proceso de manera que ambos satisfacen su interés.

Evaluemos ahora una cláusula concreta, realizada por el Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje de Venezuela (“CEDCA”) y que, además, es de tipo escalonada. La cláusula modelo establece:

Cualquier controversia que guarde relación directa o indirecta con este contrato, será resuelta en conciliación, por un conciliador, de conformidad con el Reglamento de Conciliación y Arbitraje del CEDCA. En caso de que la conciliación no prospere, la controversia será decidida definitivamente mediante arbitraje de [derecho] [equidad], de conformidad con las leyes [que las partes determinen], en [la ciudad y sede que determinen las partes], en idioma [que acuerden las partes], de conformidad con el Reglamento de Concilia-

⁹ Russell Korobkin, *Negotiation: Theory and Strategy*.

ción y Arbitraje del CEDCA, por [un árbitro] [tres árbitros] nombrados conforme a ese Reglamento. Los árbitros [podrán] [no podrán] dictar medidas cautelares, [inclusive antes de que quede constituido el Tribunal Arbitral que conocerá el fondo de la controversia]. El Laudo arbitral [será] [no será] motivado y [será] [no será] objeto de la presentación previa prevista en el Reglamento.

En primer lugar, esta cláusula sirve a las partes con dos fases, es decir, procesos distintos, probablemente operadores distintos, lapsos diferentes, motivaciones distintas e incluso obligatoriedad diferente en lo que a adoptar las decisiones se refiere. No obstante, cumple su propósito filtrando un conflicto de llegar al foro arbitral, asistiendo a las partes para que lleguen a un acuerdo amistoso. Esta fase se caracteriza por ofrecer a las partes un tercero (conciliador) experto quien procurará orientarlas en alcanzar una solución que, en la mejor medida posible, satisfaga sus intereses¹⁰. Naturalmente, el resultado de este medio es distinto al de un arbitraje pues no es el tercero quien impone una decisión, sino que son las partes quienes llegan a un acuerdo, de haberlo.

Este filtro al foro arbitral tiene un impacto importante en el momento de la formación de la voluntad de acudir a los medios alternativos de resolución de

controversias. Su inclusión en una cláusula arbitral y eventual ejecución supondrán para las partes tiempo y dinero. Estos dos componentes crean zona de regateo para los negociadores y amplían la gama de acuerdos a los que las partes pueden llegar. Su inclusión en un acuerdo arbitral deberá responder a preguntas cómo: ¿qué tipo de conflicto puede presentarse? ¿cuál es la disposición de las partes a resolver amistosamente sus controversias? ¿cuánto tiempo están dispuestas a esperar por un resultado, incluso, si la conciliación no cumple su objetivo? ¿cuál es el poder económico de las partes?

Un buen negociador identificará rápidamente si los conflictos que pueden presentarse tienen más probabilidades de versar sobre aspectos complejos o sencillos de un contrato (tipo de conflicto); si tales conflictos pueden despertar emociones en las partes que impidan racionalizar sus actitudes y toma de decisiones para alcanzar un acuerdo (disposición de las partes a una solución amistosa); si la conciliación es un medio eficiente para conflictos de una determinada naturaleza (disposición a esperar); si la conciliación es un paso verdaderamente necesario o si puede dispensarse en función de los intereses económicos de las partes (poder económico).

¹⁰ La Guía del Conciliador del CEDCA ofrece la siguiente definición: “El procedimiento de conciliación consiste en una reunión donde participan dos o más partes en conflicto y un tercero neutral con amplia experiencia en la materia objeto de la disputa, denominado Conciliador, quien ayuda al restablecimiento de la comunicación entre las partes, favoreciendo así la obtención de un acuerdo mutuamente beneficioso que ponga fin a la controversia. Se trata de un procedimiento privado y confidencial.”

Con base en esto, el buen negociador generará un perfil de tolerancia y de intereses de sí mismo (o su representado) y de su contraparte y empleará herramientas de negociación para incluir una fase conciliatoria o no, en un acuerdo arbitral escalonado.

En segundo lugar, este modelo de cláusula arbitral arroja múltiples variantes para que las partes las definan en función de sus intereses: (i) arbitraje de derecho o equidad; (ii) con base en el derecho de un determinado país; (iii) cuyo proceso sea conducido en un determinado lugar, ciudad o sede; (iv) en el idioma que prefieran las partes; (v) de conformidad con el reglamento del CEDCA; (vi) compuesto por un determinado número de árbitros (uno o tres); (vii) que podrán o no dictar medidas cautelares; (viii) aún antes de constituirse el tribunal arbitral; (ix) que tendrán o no la obligación de motivar el laudo; y (x) que tendrán o no la obligación de presentarle a las partes el laudo antes de su publicación.

Cada una de estas variables, igualmente, tienen un impacto significativo en la toma de la decisión de acudir a arbitraje o no y, de hacerlo, cómo quieren las partes que dicho proceso sea conducido y, en consecuencia, generan zona de regateo.

Nuevamente, un buen negociador identificará rápidamente las consecuencias de cada variable y generará un perfil de tolerancia y de intereses de sí mismo (o de su representado) así como el de su contraparte para descubrir cuál es el

acuerdo más beneficioso para sí (o su representado) y/o cuál es el acuerdo en el que ambas partes no pueden estar en una mejor posición sin perjudicar a la de su contraparte.

Cruzando las dos fases de este modelo de cláusula arbitral propuesto por el CEDCA podemos desarrollar el siguiente ejemplo:

A y B firmaron un contrato de transporte de personal en donde A necesita que sus empleados lleguen de sus respectivos domicilios a sus lugares de trabajo en un determinado tiempo y B ofrece vehículos ejecutivos dispuestos para el transporte de personal. Existen tres puntos para recoger y dejar al personal; dos de ellos quedan en la ciudad y el tercero queda a las afueras de esta; la hora de recogida es a las 7:00 A.M. para llegar a las 8:00 A.M. al lugar de trabajo y la hora de salida es a las 6:00 P.M. para arribar al destino de devolución a las 7:00 P.M.; B cobrará un monto fijo por los tres vehículos de transporte; A recibirá y despedirá a sus empleados en la entrada del lugar de trabajo puntualmente los días de trabajo. Las partes omitieron incluir una cláusula arbitral.

Ahora, durante la ejecución del contrato se hizo costumbre que el tráfico en la ciudad impidiera que el vehículo que transporta al grupo que se encuentra a las afueras de la ciudad pudiera llegar a las 8:00 A.M. sufriendo retrasos de varios minutos. Esta situación afecta el rendi-

miento de los trabajadores e impacta los resultados del negocio de A.

Ante la inconformidad que A posee con la ejecución del contrato decide abordar a B, quien se excusa en que el tráfico de la ciudad es un factor que escapa de su control y no puede justificar un incumplimiento de contrato.

En este conflicto podemos observar que hay una parte que exige cumplimiento del contrato y hay otra que, si bien reconoce que los extremos del contrato no están siendo satisfechos, advierte que no es una situación que pueda controlar y mal podría atribuírsele culpa por incumplimiento del contrato. Ambas partes quieren solventar la situación. Veamos cómo puede abordarse este conflicto.

- Perfil de A – Esta parte desea que sus empleados lleguen a tiempo a su lugar de trabajo. Dado que su negocio se está viendo afectado por el rendimiento de sus trabajadores, preferiría no incurrir en altos honorarios para resolver el conflicto, sin embargo, la necesidad de una solución vinculante e inmediata predomina y, de ser necesario, optaría por acudir a arbitraje.
- Perfil de B – Reconoce que hay una irregularidad en la ejecución del contrato. Quiere solventar la situación para continuar prestando el servicio pues es su única fuente de ingresos. Considera que existen formas amigables de resolver el

conflicto. No está dispuesto a incurrir en altos honorarios.

Como primera aproximación, las partes deben explorar la voluntad de su contraparte de derogar la jurisdicción estatal en favor de un medio alternativo para la resolución del conflicto. Una vez determinado que lo que ofrecen los órganos estatales de administración de justicia no se ajusta a sus intereses, deben explorar la idea de cuál es el mecanismo alternativo idóneo.

Desde el punto de vista de B, quien considera que existen medios para llegar a un acuerdo amistoso pues admite que existe una irregularidad, debe persuadir a A que basta apoyarse en un tercero–conciliador–que los orientará y ofrecerá perspectivas diferentes e incluso podrá sugerir cambios en la dinámica de la ejecución del contrato.

Desde el punto de vista de A, la situación es diferente. A necesita que el contrato se ejecute tal y como fue pactado, no quiere que su negocio siga siendo afectado y preferiría acudir a arbitraje para conseguir una decisión que pueda ejecutar contra B o conseguir un resarcimiento, de ser necesario. No obstante, para A, esto no significa que no esté abierto a explorar opciones, todo en la medida que satisfaga sus intereses.

Recurramos al cuadro “C” con las apreciaciones de las partes.

Observamos cómo A prefiere acudir a la sede arbitral sin una fase previa, ha defi-

nido sus objetivos, entiende que las flaquezas de sus objetivos residen en que, de no llegar a acuerdo alguno sobre cómo resolver el conflicto (*i.e.* foro arbitral vs conciliación) podrá costarle más tiempo y dinero en sede jurisdiccional (*i.e.* órganos estatales) y su negocio seguirá estando afectado; estima que debe negociar con B.

Para definir una estrategia, A primero determina su zona de regateo. De conformidad con su estimación, B prefiere acudir a una fase conciliatoria motivado en que considera que puede convencer a A de llegar a un acuerdo amistoso. La idea de B es dispensar del foro arbitral porque puede proponer ideas de arreglo.

Así, la zona de regateo de A para convencer a B sería: (i) aceptar que B prepare las ideas que considera servirán como arreglo para ambos; y (ii) ceder en las variantes de la cláusula arbitral que A estima coinciden con sus objetivos.

La estrategia, entonces, sería: (i) persuadir a B de que la fase conciliatoria sólo costará tiempo y dinero siendo aún necesaria la fase arbitral; (ii) convencer a B de acudir a la fase arbitral y que, habiendo cedido en la presentación previa que el CEDCA hace del laudo a las partes, la decisión del árbitro tiene oportunidades de mejora, negociarían cualquiera de las ideas que B proponga como arreglo amistoso; y (iii) convencer a B que A está efectivamente cediendo en variantes (aún en aquellas que en realidad coincide con sus

objetivos). Si A convence a B de estas intenciones, e incluso, mantiene a su favor las variantes en que no coinciden (*i.e.* Administración y medidas cautelares), no sólo conseguiría su objetivo principal (*i.e.* dispensar de la fase conciliatoria y acudir directamente al fuero arbitral) sino que, además, habría capturado la mayor ganancia de la zona de regateo, consiguiendo, para sí, el mejor acuerdo posible.

Evaluemos ahora la apreciación de B, en el cuadro. “D”.

Desde la perspectiva de B, quien apuesta sus recursos a conseguir una solución en la fase conciliatoria, la zona de regateo y la estrategia son diferentes. B entiende que la mayor debilidad de su posición es que cualquier error en sus cálculos sobre el resultado de la fase conciliatoria, lo llevará a quedarse sin recursos para acudir al foro arbitral y que los órganos estatales aún no podrán asistirlo en sus necesidades; un riesgo que, aunque alto, está dispuesto a asumir.

La estimación de B define su zona de regateo y estrategia de la siguiente manera: (i) si bien es cierto que la fase conciliatoria está compuesta por etapas que define el conciliador y con las que, naturalmente, tomará tiempo llegar a una solución, no es menos cierto que las etapas procesales del arbitraje extenderán la obtención de un resultado (presentación de la demanda, notificaciones, aporte y valoración de las pruebas, toma de decisión, redacción del laudo, presentación

previa a las partes, etc.); (ii) la experiencia del conciliador será igual valiosa para conseguir un acuerdo; (iii) persuadir a A para que acepte las propuestas que B posee sobre cómo solucionar el conflicto (*i.e.* variando las rutas, cambiando el precio, fijando nuevos horarios, etc.)

El objetivo de B es conseguir que A decida acudir exclusivamente a conciliación sin que exista mayor zona de regateo relacionada exclusivamente con esta fase. Ahora, la segunda mejor opción de B sería acudir a arbitraje, donde sí existe zona de regateo y donde sí se puede mejorar su posición ante la eventual decisión de acudir a arbitraje.

Finalmente, de estos ejemplos podemos apreciar que la negociación de una cláusula arbitral tendrá siempre un impacto diferente a la adopción de un modelo prefabricado en el que las partes no reparan en las variantes que la cláusula trae, de ser el caso (a propósito de las cláusulas que sólo contemplan la voluntad de las partes de acudir a arbitraje).

Si tomamos como ejemplo la cláusula básica de arbitraje ofrecida por el CEDCA, la cual va de la siguiente manera:

Cualquier controversia que guarde relación directa o indirecta con este contrato, será resuelta definitivamente mediante arbitraje, de conformidad con el Reglamento de Conciliación y Arbitraje del CEDCA

Notaremos que, aunque cumple su propósito de llevar a las partes al foro arbitral, deja muchas incógnitas pendientes

por responder y que serían resueltas, en última instancia, por el centro de arbitraje y su reglamento, sin tomar en consideración las necesidades de las partes. En otras palabras, la aproximación a las variantes de la cláusula sería a partir del conflicto, es decir, una vez existen intereses contrapuestos, y no a partir de la planificación, en donde se pueden prever escenarios y descubrir qué, en definitiva, necesitan las partes en su eventual proceso arbitral.

IV. Conclusiones

De este trabajo, como bien anticipáramos al principio de la investigación, podemos concluir que alcanzar un acuerdo de arbitraje negociado tiene consecuencias distintas a adoptar modelos prefabricados donde se toman poco o nada en cuenta las distintas variables que pueden ser acordadas.

Uno de los efectos es poder diseñar, con apego a las necesidades de la parte interesada, las distintas variables que un acuerdo arbitral posee. El impacto de los honorarios, de la experticia de los árbitros, de la conducción del arbitraje o, incluso, del derecho o ley aplicable, son determinantes para que una persona con intención de acudir a arbitraje pueda decidir o no sobre si adoptar este mecanismo de resolución de conflictos o si quiera derogar la jurisdicción estatal en favor de otro mecanismo.

Hemos encontrado que no existe un punto de eficiencia universal en la administración de justicia sino que, por el

contrario, el mecanismo de administración debe responder a las necesidades del solicitante y adaptarse a la dimensión de la justicia que se solicita, esto es, distributiva, restaurativa, conmutativa, entre otras.

Asimismo, hemos visto las formas en que una parte puede armar una estrategia de negociación a partir de las variantes de una cláusula arbitral, incluso cuando es de tipo escalonada.

En definitiva, existen más posibilidades de que las partes puedan capturar más beneficios negociando una cláusula arbitral antes que adoptando un modelo sin reparar en sus variantes.

Cuadro “A”

Ítem	Parte A (Objetivos definidos)	Parte B (Objetivos estimados)
Tiempo	Necesita obtener una decisión inmediata	Le resulta irrelevante el tiempo
Dinero	Tiene suficiente margen y el dinero no es un problema	No tiene suficiente dinero para soportar altos honorarios
Operador	Prefiere un árbitro para evitar largas discusiones	Prefiere un árbitro para no incurrir en altos honorarios
Administración	Prefiere un arbitraje ad hoc para evitar los lapsos que adoptan normalmente los centros de arbitraje	Prefiere un arbitraje ad hoc para no incurrir en altos honorarios
Ley aplicable	Prefiere que el fondo sea juzgado según derecho venezolano	Prefiere que el fondo sea juzgado según derecho venezolano

Cuadro “B”

Ítem	Parte B (Objetivos definidos)	Parte A (Objetivos estimados)
Tiempo	Le resulta irrelevante el tiempo	Necesita una decisión inmediata
Dinero	Dispone de fondos suficientes y prefiere invertirlo en un centro de administración	Posee fondos suficientes para costear los gastos de la resolución del conflicto
Operador	Prefiere un árbitro para evitar incurrir en altos honorarios	Prefiere un árbitro para obtener una decisión más rápida
Administración	Prefiere un arbitraje institucional para garantizar una mejor conducción del proceso apoyado en la experiencia	Prefiere un arbitraje ad hoc para definir sus lapsos y ahorrar tiempo
Ley aplicable	Prefiere que el fondo sea juzgado según derecho venezolano	Prefiere que el fondo sea juzgado según derecho venezolano

Cuadro “C”

Ítem	Parte A (Objetivos definidos)	Parte B (Objetivos estimados)
Fase conciliatoria		
Tiempo	Necesita una decisión inmediata	Necesita una decisión inmediata
Dinero	Prefiere no incurrir en altos honorarios. Conoce que, de resolverse el conflicto en fase conciliatoria, los honorarios serían significativamente menores a aquellos si el conflicto llegase al foro arbitral. Prefiere no asumir el riesgo y acudir al foro arbitral	Prefiere no incurrir en altos honorarios. También conoce el riesgo de acudir preliminarmente a una fase conciliatoria, pero prefiere asumir el riesgo
Decisión	Considera que no podrán llegar a una decisión amistosa por lo que deberán acudir a un tercero que imponga lo que, en el marco de un procedimiento arbitral, sea justo y demostrado	Considera que sí podrán llegar a una decisión amistosa
Fase arbitral		
Tiempo	Necesita una decisión inmediata	Necesita una decisión inmediata
Dinero	Dispone de fondos suficientes y prefiere invertirlo en un centro de administración de arbitraje	No está dispuesto a incurrir en altos honorarios
Operador	Prefiere un árbitro para evitar incurrir en altos honorarios	Prefiere un árbitro para obtener una decisión más rápida
Administración	Prefiere un arbitraje institucional para garantizar una mejor conducción del	Prefiere un arbitraje ad hoc para definir sus lapsos y ahorrar tiempo

	proceso apoyado en la experiencia	
Derecho/Equidad	Prefiere un arbitraje de derecho	Prefiere un arbitraje de derecho
Sede	Prefiere un arbitraje en la ciudad del lugar de trabajo	Prefiere un arbitraje en la ciudad del lugar de trabajo
Idioma	Español	Español
Reglamento	No tiene inconvenientes en acudir al reglamento del CEDCA	No tiene inconvenientes en acudir al reglamento del CEDCA
Medidas Cautelares	Desea que los árbitros puedan dictar medidas cautelares aún antes de la constitución del tribunal	Desea que los árbitros no puedan dictar medidas cautelares
Motivación de la decisión	No desea una decisión motivada	Desea una decisión motivada
Presentación previa	No desea revisar previamente su decisión	Desea revisar previamente su decisión
Ley aplicable	Prefiere que el fondo sea juzgado según derecho venezolano	Prefiere que el fondo sea juzgado según derecho venezolano

Cuadro “D”

Ítem	Parte B (Objetivos definidos)	Parte A (Objetivos estimados)
Fase conciliatoria		
Tiempo	Necesita una decisión inmediata	Necesita una decisión inmediata
Dinero	Prefiere no incurrir en altos honorarios. Conoce que, de resolverse el conflicto en fase conciliatoria, los honorarios serían significativamente menores a aquellos si el conflicto llegase al foro arbitral. Prefiere asumir el riesgo y acudir a la fase conciliatoria	Prefiere no incurrir en altos honorarios. También conoce el riesgo de acudir preliminarmente a una fase conciliatoria, pero prefiere no asumir el riesgo y acudir directamente a la fase arbitral
Decisión	Considera que podrán llegar a una decisión amistosa a partir de las ideas que B puede proponer	Considera que no podrán llegar a una decisión amistosa por lo que deberán acudir a un tercero que imponga lo que, en el marco de un procedimiento arbitral, sea justo y demostrado
Fase arbitral		
Tiempo	Necesita una decisión inmediata	Necesita una decisión inmediata
Dinero	No dispone de fondos suficientes para acudir ni a conciliación + arbitraje, ni a arbitraje solamente	Dispone de fondos suficientes para ambas fases
Operador	Prefiere un árbitro para evitar incurrir en altos honorarios	Prefiere un árbitro para obtener una decisión más rápida
Administración	Prefiere un arbitraje ad hoc para definir sus lapsos y ahorrar tiempo	Prefiere un arbitraje institucional para garantizar una mejor conducción del proceso apoyado en la

Derecho/Equidad	Prefiere un arbitraje de derecho	experiencia Prefiere un arbitraje de derecho
Sede	Prefiere un arbitraje en la ciudad del lugar de trabajo	Prefiere un arbitraje en la ciudad del lugar de trabajo
Idioma	Español	Español
Reglamento	No tiene inconvenientes en acudir al reglamento del CEDCA	No tiene inconvenientes en acudir al reglamento del CEDCA
Medidas Cautelares	Desea que los árbitros puedan dictar medidas cautelares aún antes de la constitución del tribunal	Desea que los árbitros puedan dictar medidas cautelares aún antes de la constitución del tribunal
Motivación de la decisión	Desea una decisión motivada	Desea una decisión motivada
Presentación previa	Desea revisar previamente su decisión	Desea revisar previamente su decisión
Ley aplicable	Prefiere que el fondo sea juzgado según derecho venezolano	Prefiere que el fondo sea juzgado según derecho venezolano

Comentarios críticos al trabajo investigativo de Luis Felipe Sorondo sobre negociación de cláusulas arbitrales

Gerardo Picó del Rosario* y Linda Vázquez Marrero**

Principia No. Especial 1–2025 pp. 165-173

Resumen: El presente comentario crítico examina el trabajo investigativo de Luis Felipe Sorondo sobre la negociación de cláusulas arbitrales, destacando su acierto metodológico al vincular la autonomía privada con la administración eficaz de la justicia y, en particular, al situar el arbitraje dentro del debate sobre la monopolización jurisdiccional del Estado. A partir de esa base conceptual, se subraya el valor de su aproximación práctica: la advertencia frente al uso irreflexivo de cláusulas genéricas y la defensa de una redacción estratégica, ajustada a las necesidades concretas del negocio jurídico. El texto concluye que la negociación de la cláusula arbitral funciona como mecanismo preventivo de conflictos y como instrumento de previsibilidad, eficiencia y legitimidad en la resolución de controversias.

Abstract: This critical commentary examines Luis Felipe Sorondo's research on the negotiation of arbitration clauses, highlighting its methodological strength in linking party autonomy to the effective administration of justice, and in situating arbitration within the broader debate on the State's monopolization of adjudication. On that conceptual foundation, the text underscores the practical value of Sorondo's analysis: his

* El Prof. Picó posee un Bachillerato en Administración de Empresas, Juris Doctor, y Maestría en Derecho con concentración en los Métodos Alternos a la Adjudicación, de las Universidades de Puerto Rico, Interamericana y Missouri, respectivamente. El Profesor Picó fue admitido a ejercer la profesión de Abogado ante el Tribunal Supremo de Puerto Rico y ante el Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos en 1994. Durante su vida profesional, se ha desempeñado como Juez de Derecho Administrativo dentro de varias entidades gubernamentales a nivel estatal y federal, ha ejercido la práctica privada de su profesión y ha fungido como Catedrático Adjunto de las facultades de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico y de la Universidad de Missouri en Columbia. El Profesor Picó es Árbitro y/o Mediador para el Tribunal Supremo de Puerto Rico, el Programa REDRESS del servicio postal de los Estados Unidos y el Tribunal de Distrito Federal para el Distrito Oeste de Missouri. Ha publicado artículos, fungido como ponente y colaborado en el diseño de sistemas de resolución de controversias.

** Linda Vázquez Marrero obtuvo su Bachillerato en Relaciones Laborales de la Universidad de Puerto Rico en 1989. En 1993, obtuvo su Juris Doctor de la Escuela de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico. Durante sus años como estudiante de Derecho formó parte de la directiva de la Revista Jurídica, y se desempeñó como su directora durante el año académico 1992-1993. En ese periodo tuvo la oportunidad de publicar un artículo de Revista Jurídica titulado: "Derecho al Trabajo: Aspectos de las cláusulas de antinepotismo como condición de empleo en un contrato de trabajo. *Sostre Lacot vs. Echlin of Puerto Rico*, 90 JTS 92". En 1996, completó una Maestría en Relaciones Laborales. Su carrera profesional ha estado orientada al Derecho Laboral y a los métodos alternos de resolución de conflictos, con énfasis en la negociación colectiva. Fue parte del Comité Negociador del Convenio Colectivo de la Autoridad de Acueductos y Alcantarillados de Puerto Rico y la Unión Independiente Auténtica (UIA) en 2012. Asimismo, trabajó durante 22 años como abogada laboral en la Autoridad de Energía Eléctrica de Puerto Rico.

warning against the unreflective use of generic arbitration clauses and his defense of strategic drafting tailored to the transaction's specific needs. The commentary concludes that negotiating the arbitration clause operates as a preventive mechanism for disputes and as an instrument of foreseeability, efficiency, and legitimacy in dispute resolution.

Palabras Claves: Negociación de cláusulas arbitrales | Autonomía de la voluntad | Monopolización de la justicia | Administración eficiente de justicia | Cláusulas genéricas (modelos CEDCA)

Keywords: Negotiation of Arbitration Clauses | Party Autonomy | Monopolization of Justice | Efficient Administration of Justice | Generic Arbitration Clauses (CEDCA Model)

Sumario: I. Introducción, II. Reflexión sobre la monopolización de la justicia y la formación de voluntad para acudir a arbitraje, III. Mecanismos de administración de justicia, IV. Sobre negociación de cláusulas arbitrales, V. Conclusión

I. Introducción

En *Negociación de Cláusulas Arbitrales*, Luis Felipe Sorondo aborda con claridad y profundidad un tema de creciente relevancia en el derecho contractual contemporáneo: la inclusión y negociación de cláusulas arbitrales como mecanismo efectivo para resolución de conflictos. Es importante destacar la forma en que el autor establece un vínculo entre la libertad contractual y la correcta administración de la justicia en contextos privados. Resaltamos también como el autor aborda el tema de la monopolización de la justicia con un enfoque novedoso e interesante.

En el escrito, Sorondo explora los elementos negociables de una cláusula arbitral, tanto durante la formación de la voluntad para acudir a arbitraje como durante la redacción del contrato propiamente. Examina el impacto que puede tener una cláusula arbitral debidamente pensada y negociada, versus el impacto de una cláusula contractual adoptada a partir de un modelo genérico.

Consideramos importante tratar temas de actualidad que puedan aportar nueva información a la comunidad jurídica. Este tema es uno de ellos, ya que recientemente se ha proliferado la inclusión y redacción de cláusulas arbitrales en los

contratos como un mecanismo de resolución de disputas.

II. Reflexión sobre la monopolización de la justicia y la formación de voluntad para acudir a arbitraje

Sorondo establece el concepto de monopolización de la justicia como tema introductorio a su investigación, ofreciendo un enfoque distinto e importante. Define lo que se considera el término “monopolización de la justicia” y lo relaciona con resolución de disputas.

Establece que, como parte de la monopolización de la justicia, hay dos problemas a considerar.

1. La imparcialidad en la toma de decisiones, debido a que la monopolización establece unos controles y limitaciones en el ejercicio de ese poder.
2. La premisa que el monopolio en sí mismo es un fallo porque puede no mantener las condiciones deseables para lograr sus objetivos y no va a detener las conductas indeseables.

Ciertamente, en la gran mayoría de los países, la administración de la justicia funciona como un monopolio. De diferentes maneras, pero como un monopolio. Monopolizar la justicia significa con-

centrar el poder de administrar justicia en manos de un grupo (ya sea el Estado, un partido político, un poder económico, entre otros). Estos grupos pueden adoptar diversas formas para administrar la justicia, algunas más restrictivas que otras.

Coincidimos con su planteamiento en cuanto a que, en muchos sistemas jurídicos, el Estado ha asumido el monopolio del poder jurisdiccional como un instrumento de orden y seguridad jurídica. En muchos casos, se asegura la imparcialidad en la toma de decisiones debido a las limitaciones y controles que se establecen.

Pudiéramos recomendar citar a una serie de tratadistas legales que, desde distintos enfoques, han defendido y explicado el beneficio de la monopolización de la justicia, desde el punto de vista legal y no económico.

Podría citar al tratadista Hans Kelsen¹ quien en su obra *Teoría Pura del Derecho* parece sugerir que el monopolio de la justicia es beneficioso. En la cita:

Aparece así el monopolio de la coacción por la comunidad jurídica... garantía mínima de seguridad colectiva.

En cuanto al segundo problema, recomendamos algunos tratadistas que establecen las desventajas de tener un monopolio de justicia. Entre ellos, Juan Carlos Bayón, en su obra *Derecho y poder*²,

donde señala que el monopolio judicial termina siendo un instrumento de reproducción de desigualdades. En su libro aborda repetidamente el tema de los límites al poder judicial y la necesidad de mecanismos de control institucional. Citamos:

...el peligro no es tanto que el Estado administre justicia, sino que lo haga de manera injustificada, sin rendición de cuentas ni controles democráticos.

Presentar el tema de la dualidad de funciones que puede tener la monopolización de la justicia nos parece un acierto como punto de partida para el análisis que el autor desea desarrollar. Nuestra recomendación se dirige, en este punto, a la necesidad de incluir más referencias doctrinales que aborden el concepto de monopolio de justicia desde distintas perspectivas.

De igual forma, pudiera incorporarse el preámbulo de algunas legislaciones o judicaturas que establecen de forma expresa el principio de exclusividad jurisdiccional del Estado. Como ejemplo, sugerimos la Ley de la Judicatura de Puerto Rico de 2003, Ley 201, según enmendada. En su Art 1.002, se dispone que el sistema operará de manera independiente. Más adelante, en el Capítulo 2, se establece que el Poder Judicial del Estado Libre Asociado de Puerto Rico constituirá un sistema unificado en cuanto a la jurisdicción y administración

¹ Hans Kelsen, *Teoría pura del Derecho* (Madrid: Tecnos, 1934), 49–51.

² Juan Carlos Bayón, *Derecho y poder* (España, 2003).

de la justicia. Esto es un ejemplo claro de cómo funciona un sistema judicial bajo un modelo de monopolio en la administración de la justicia. Otro ejemplo pertinente es la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, publicado en la Gaceta Oficial No. 5.991 Extraordinario del 29 de julio de 2010.

Curiosamente, y de forma muy bien planteada, la monopolización de la justicia se presenta en muchos casos como una actividad *deseada*. Podemos coincidir que, en la mayoría de los Estados modernos, se considera conveniente que una sola entidad centralice la administración de la justicia, ya sea un sistema judicial o una agencia reguladora. Esto permite establecer un orden social y una administración de la justicia equitativa. Hasta en las épocas antiguas, como en el Imperio Romano, las sociedades se regían por unas normas generales aplicables a todos por igual, evitando que la justicia se impusiera de forma arbitraria o por mano propia. Tener este tipo de monopolio asegura un marco legal común, con procedimientos y garantías uniformes. Asimismo, garantiza la uniformidad en la aplicación de la ley, establece procedimientos y normas aplicables a todos, así como mecanismos de revisión judicial.

Por tanto, coincidimos con Sorondo que existe un monopolio de la justicia que, lejos de ser problemático en sí mismo, suele considerarse una actividad deseada

y que resulta conveniente para el funcionamiento de una sociedad organizada.

III. Mecanismos de administración de justicia

Ya en su trabajo, Sorondo comienza a evaluar las instituciones de la justicia y los mecanismos para administrarla. Establece la definición de la justicia versus la administración de ésta, finalmente estableciendo que sin una administración (de justicia) eficaz, no hay justicia. Fundamenta su posición en las reflexiones del filósofo Séneca.

Ciertamente, por definición y en términos generales, los mecanismos de la administración de la justicia son los medios, procesos e instituciones, mediante los cuales un estado garantiza el acceso a la justicia, resuelve conflictos y hace valer los derechos y deberes establecidos en el ordenamiento jurídico. Podemos mencionar, entre otros:

- Tribunales, Cortes Supremas o Constitucionales;
- Fiscalía o Ministerio Público;
- Policía o cuerpos de seguridad pública;
- Y también y no menos importantes, los mecanismos alternos de resolución de conflictos: mediación, conciliación y arbitraje, entre otros.

Es en esta parte, donde el autor comienza a establecer la base de su análisis. Comienza a dejarnos saber y a llevarnos

a entender su análisis con el cuestionamiento de cómo se configuran los elementos de la administración de la justicia para que respondan a las necesidades de quienes lo solicitan. Este cuestionamiento, en nuestra opinión, está muy bien traído, y representa el punto fundamental para el desarrollo del análisis propuesto de este escrito investigativo. Aquí, el estudiante demuestra que su análisis comienza desde la base conceptual de los términos aquí expuestos. Nos parece que este eje temático es el fundamento teórico sobre el cual construyó su análisis.

Es desde aquí que el autor analiza cómo puede administrarse la justicia ajustándose a las necesidades que presenta el solicitante. Análisis importante para poder comenzar a ver la administración de la justicia y la justicia misma bajo la misma lupa. Establece en su escrito, y citamos a la página 4: “no es incompatible con que existan elementos categóricos comunes a todas las necesidades y que influyen sobre la eficiencia de la administración.” Contrasta, a su vez, su análisis mencionando las categorías dentro del mecanismo de administración justicia: el tiempo, el costo, la reglas para conducir el proceso, entre otros. Ya podemos comenzar a entender, cómo el autor relaciona de manera extraordinaria la forma de ver la justicia, y como comienza (sin aún decirlo) a aplicar los beneficios de negociar una cláusula de arbitraje que contenga los elementos que cubra las necesidades de las partes.

El sistema judicial es el encargado de evaluar las controversias o delitos y aplicar la ley a través de tribunales y jueces. No hay duda alguna que cumplen una misión trascendental en la resolución de controversias. Sin embargo, los métodos alternos de resolución de conflictos ofrecen alternativas al proceso judicial tradicional, buscando soluciones más rápidas, económicas y asequibles.

Lo importante de esta parte es que busca la satisfacción del interés de las partes. Esto se logra acudiendo a los mecanismos contractuales y velar por una redacción de la cláusula de arbitraje que incluya las categorías (tiempo, costo, lugar, entre otros) que convenga a los intereses de las partes.

IV. Sobre negociación de cláusulas arbitrales

Esta es la parte más sólida del trabajo, por ser el tema principal de investigación. Sorondo expone con claridad los riesgos de adoptar cláusulas arbitrales genéricas sin ajustarlas a las realidades contractuales particulares. Destacamos positivamente su crítica al uso irreflexivo de modelos estándar (como los del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje, en adelante CEDCA), y la manera en que sugiere elementos a considerar para una redacción efectiva: sede, idiomas, reglas aplicables, procedimiento, perfil de árbitros, entre otros.

Además, el análisis sobre la función del abogado como arquitecto de la cláusula arbitral es uno de los puntos a destacar

en este trabajo. Refleja una comprensión madura del rol técnico y estratégico que debe desempeñar el profesional del derecho en la etapa precontractual.

Definitivamente la resolución de conflictos y los contratos están estrechamente vinculados en el ámbito jurídico y comercial. Ambos son herramientas fundamentales para promover la estabilidad, la previsibilidad y la cooperación en las relaciones jurídicas. Todo contrato es la ley entre las partes, por tanto, debe estar cuidadosamente redactado con derechos y obligaciones bien claros, que tengan como propósito prevenir conflictos antes de que ocurran. Esto incluye las cláusulas arbitrales.

Sorondo menciona y trae como una preocupación, la proliferación del uso de cláusulas previamente redactadas de manera genérica. Hacer uso de estas cláusulas, fácilmente encontradas en cualquier búsqueda electrónica, sin ser previamente adaptadas a la realidad de las partes, obstaculiza el propósito de lo que se pretende lograr. Coincidimos totalmente con la premisa expuesta.

Por ello, y como parte de esta investigación, el estudiante explica la importancia de no utilizar estos modelos prefabricados de arbitraje y establece las herramientas que deben ser utilizadas en su lugar. Establece unos ejemplos que sirven de análisis a su investigación. Pero, sobre todo, establece con profunda claridad los asuntos a considerar. Una de las

cláusulas que analiza en su escrito es la cláusula básica ofrecida por el CEDCA, Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje de Venezuela, ya antes mencionado.

Al utilizar estos modelos pre-redactados de manera genérica, las partes sustituyen su derecho a negociar lo que realmente es su voluntad: la libertad contractual. No solamente ceden su libertad contractual, sino que dejan de atender asuntos que pueden evitar que los conflictos escalen a mayores.

Uno de los grandes beneficios de negociar previamente una buena cláusula de arbitraje, es que establece por escrito la solución de gran parte de los futuros problemas o controversias entre las partes. Actúa como un ente previsor. Da claridad al proceso y, por tanto, confiabilidad. Las partes saben qué esperar de esa relación contractual. En otras palabras, imparte una buena administración de la justicia. Una justicia que responde a las necesidades e intereses de las partes. Cuando las partes participan en la redacción del contrato y en la elección del mecanismo de resolución, usualmente están más dispuestas a cumplir con las decisiones derivadas del proceso.

Dentro de este escrito investigativo, Sorondo ha presentado varias alternativas a tomar en consideración. Provee un análisis de varios puntos a considerar antes de hacer una buena cláusula arbitral y, por ende, una buena resolución de con-

flictos. En una de sus conclusiones, nos explica cómo se puede mejorar y lograr un proceso más rápido, justo y eficaz para todas las partes involucradas. Da ejemplos claros de cómo debe hacerse.

También propone como definir un plan o estrategia de negociación, como determinar qué elementos tienen prioridad en el proceso (tiempo, dinero, ley aplicable, entre otros). Nos da ejemplos de cómo identificar los objetivos de las partes. En otras palabras, cómo impartir justicia dándole a cada parte lo que le corresponde o a lo que tiene derecho. La clave para alcanzar una buena administración de la justicia es una buena negociación.

Aunque la cláusula básica ofrecida por el CEDCA cumple su propósito de informar y llevar a las partes a un foro arbitral, hace falta una redacción más exhaustiva que se atempere a las realidades de las partes. Una cláusula que pueda anticipar los posibles conflictos o desacuerdos. Este aspecto está cubierto por este escrito.

Concluye que una cláusula negociada de forma cuidadosa –tomando en cuenta aspectos como la sede, el idioma, las reglas aplicables, los objetivos de las partes, los intereses, entre otros– puede aportar certeza, eficiencia y equilibrio a la resolución de conflictos.

Asimismo, explora la función del abogado como arquitecto de dicha cláusula, capaz de anticipar riesgos y estructurar una solución adaptada a las necesidades del contrato y de las partes involucradas.

A través de este enfoque, se subraya la importancia de abandonar enfoques estandarizados y asumir la redacción de cláusulas arbitrales como una labor técnica y estratégica de primer orden.

Con lo antes dicho, coincidimos en lo expuesto en esta investigación. Toda cláusula arbitral debe estar redactada y personalizada a los intereses de las partes. Al así hacerlo, cumple con los principales propósitos de una resolución de controversias.

V. Conclusión

Entendemos que este trabajo muestra una comprensión del tema en cuestión, en dimensiones teóricas y prácticas.

Desde el lado teórico, Sorondo comienza su análisis crítico desde las bases del problema, introduciendo eficazmente los términos de monopolio de justicia, administración de justicia y justicia desde un punto de vista conceptual, haciendo una distinción de los mecanismos para administrar la justicia. Sobre el monopolio de justicia, con sus opiniones a favor y en contra, es un excelente tema para estudiar o para redactar en un futuro un artículo de revista jurídica. Es pura teoría del Derecho. Reconocemos su mención como parte del escrito y entendemos fue una aportación valiosa. Aunque no era su tema principal, fue una aportación muy importante.

En el lado práctico, Sorondo nos enfatiza los beneficios de tener una cláusula arbitral debidamente redactada y negociada

en los contratos. Su análisis es abarcador y detallista, y demuestra una comprensión adecuada del concepto de autonomía de la voluntad de las partes en los contratos.

La estructura general del escrito es muy clara. Podríamos sugerir hacia el futuro mirar con detenimiento al arbitraje internacional dirigido a toda Latinoamérica. Tiene información importante en este escrito que puede ayudar a otras jurisdicciones.

Otra recomendación es mirar los preceptos establecidos por Hans Kelsen. Especialmente aquellos relacionados a la teoría de “IS VS OUGHT”. En nuestra opinión, esto está estrictamente relacionado con el tema de desarrollar unas cláusulas arbitrales conforme a las necesidades e intereses de las partes. Kelsen, en un sinnúmero de escritos y ponencias, establece, en términos generales, que el “IS” son los hechos observables, la realidad, las leyes. El “OUGHT” son las normas relativas a cómo debe comportarse el individuo. Las regulaciones del comportamiento válido en una sociedad. Viéndolo así, hay algo de carácter moral en esto. Pudiera relacionarse a encontrar la justicia dentro de estos acuerdos arbitrales mirando más el “OUGHT” en la redacción de estos.

Escaping arbitration and class action waivers for harassment because of pregnancy, sexual orientation or gender identity

Sandra Sperino*

Principia No. Especial 1–2025 pp. 175-185

Resumen: El artículo examina el alcance y las implicaciones de la *Ley de Fin del Arbitraje Forzoso por Agresión Sexual y Acoso Sexual de 2021* (“EFAA”, por sus siglas en inglés), una reforma federal que permite a los demandantes invalidar las cláusulas de arbitraje obligatorio y las renunciaciones a demandas colectivas en disputas relacionadas con la agresión sexual y el acoso sexual. El documento analiza cómo las demandas relacionadas —tales como la discriminación por embarazo, orientación sexual o identidad de género— pueden agruparse estratégicamente para evitar el arbitraje, al tiempo que evalúa las tensiones interpretativas, los riesgos de procedimientos fragmentados y los efectos sobre el acceso efectivo a la justicia.

Abstract: The article examines the scope and implications of the *Ending Forced Arbitration of Sexual Assault and Sexual Harassment Act of 2021* (“EFAA”), a federal reform that allows plaintiffs to invalidate mandatory arbitration clauses and class-action waivers in disputes related to sexual assault and sexual harassment. The piece discusses how related claims —such as discrimination based on pregnancy, sexual orientation, or gender identity— may be strategically bundled to avoid arbitration, while analyzing interpretive tensions, risks of fragmented proceedings, and the effects on effective access to justice.

Palabras Claves: Arbitraje forzoso | Acoso sexual | Agresión sexual | Renuncia a acciones colectivas | Acceso a la justicia

Keywords: Forced arbitration | Sexual harassment | Sexual assault | Class-action waivers | Access to justice

* Elwood L. Thomas Endowed Professor of Law, University of Missouri School of Law. This is an updated version of an article originally published in 84 Ohio St. L.J. Online (2023).

Sumario: I. Introduction, II. The Federal Arbitration Act and EFAA, III. Sexual Harassment, A. Sexual Harassment Encompasses Sexualized and Sex-Based Harassment, B. Sexual Harassment Encompasses Harassment Because of Pregnancy (and Related Conditions), Sexual Orientation and Gender Identity, IV. Practically and Normatively Correct, V. Conclusion

I. Introduction

In 2022, Congress amended the Federal Arbitration Act (FAA) through the Ending Forced Arbitration of Sexual Assault and Sexual Harassment Act (EFAA)¹. EFAA allows a person alleging sexual harassment or sexual assault to invalidate certain arbitration agreements and joint-action waivers². Congress passed the Act in response to testimony in which workers alleged that serial sexual harassment and assault continued because workers' claims were forced into private arbitration and could not be publicly adjudicated³.

This Essay argues that the language that Congress used in EFAA is much broader than its title and underlying rationale suggest. EFAA not only applies to harassment that is sexual in nature, it also applies to sex-based harassment, as well as harassment because of pregnancy, sexual orientation, and gender identity.

EFAA does not independently define the term “sexual harassment,” but instead defines it by reference to federal and state law⁴. Federal discrimination jurisprudence uses the term “sexual harassment” to encompass these concepts and thus EFAA does as well⁵.

This Essay comes at an important time because few courts have ruled on the question of how to define sexual harassment under EFAA. It is vitally important that courts understand how the term sexual harassment in EFAA intersects with Title VII jurisprudence defining that term. Courts should interpret EFAA consistent with Title VII and its interpretive case law.

This Essay begins with a brief history of the Federal Arbitration Act and EFAA. It then demonstrates how the term “sexual harassment” in Title VII jurisprudence embraces sexualized harassment, sex-based harassment, pregnancy harass-

¹ Pub. L. No. 117-90, 136 Stat. 26 (2022) (codified as amended in scattered sections of 9 U.S.C.).

² 9 U.S.C. § 402(a).

³ Annie Karni, “House Passes Bill to Nullify Forced Arbitration in Sex Abuse Cases,” *New York Times*, February 7, 2022, <https://www.nytimes.com/2022/02/07/us/politics/house-bill-forced-arbitration.html> <https://perma.cc/LWT8-QSZ4>]. It should be noted that not all arbitration is private and workers who allege sexual assault and sexual harassment could still seek relief through public agencies even if their claims were subject to arbitration prior to EFAA.

⁴ 9 U.S.C. § 401(4).

⁵ See *infra* Part III.

ment, and harassment because of sexual orientation and gender identity. It argues that interpreting EFAA to include these types of harassment is not only consistent with the statute’s text, but is also the best way to proceed practically and normatively.

II. The Federal Arbitration Act and EFAA

EFAA is the first major amendment to the Federal Arbitration Act since it was enacted in 1925⁶. Over the past several decades the Supreme Court has interpreted the FAA to make many arbitration agreements presumptively enforceable⁷. Relevant to this Essay, the Court has upheld arbitration agreements when workers or unions try to enforce federal discrimination law⁸. The Court has also held that arbitration agreements will be enforced even if they require people to waive their ability to proceed through collective action⁹.

President Joseph Biden signed EFAA into law in 2022¹⁰. It amends the FAA to allow a person alleging “conduct constituting a sexual harassment dispute or a sexual assault dispute, or the named representative of a class or in a collective action alleging such conduct” to proceed with their claim even if it otherwise would be subject to a pre-dispute arbitration agreement¹¹. Importantly, EFAA does not invalidate all arbitration agreements that fall within its parameters. Instead, it allows a person alleging such dispute (or their representative) to file suit despite the existence of a pre-dispute arbitration provision that otherwise would be enforced under the FAA¹². If a person bound by such an agreement wishes to proceed through arbitration, EFAA allow this¹³.

The Act is not limited to overcoming arbitration agreements¹⁴. The Act also allows class disputes to proceed even if they otherwise would be subject to a pre-dispute joint-action waiver¹⁵.

⁶ David Horton, “The Limits of the Ending Forced Arbitration of Sexual Assault and Sexual Harassment Act,” *Yale Law Journal Forum* 132 (2022): 1–2.

⁷ Judith Resnik, “Diffusing Disputes: The Public in the Private of Arbitration, the Private in Courts, and the Erasure of Rights,” *Yale Law Journal* 124 (2015): 2837–40 (discussing the Supreme Court’s changed view of arbitration over time); see also Horton, *supra* note 6, at 4–11.

⁸ *14 Penn Plaza LLC v. Pyett*, 556 U.S. 247, 274 (2009); *Gilmer v. Interstate/Johnson Lane Corp.*, 500 U.S. 20, 35 (1991).

⁹ *Lamps Plus, Inc. v. Varela*, 587 U.S. 176, 188–89 (2019); *American Express Co. v. Italian Colors Restaurant*, 570 U.S. 228, 237 (2013); *Stolt-Nielsen S.A. v. AnimalFeeds International Corp.*, 559 U.S. 662, 687 (2010). Exceptions to these parameters exist, but are beyond the scope of this Essay. See, e.g., *Viking River Cruises, Inc. v. Moriana*, 596 U.S. 639 (2022).

¹⁰ Pub. L. No. 117-90, 136 Stat. 26 (2022) (codified as amended in scattered sections of 9 U.S.C.).

¹¹ 9 U.S.C. § 402(a).

¹² 9 U.S.C. § 402(a).

¹³ 9 U.S.C. § 402(a).

¹⁴ 9 U.S.C. § 402(a).

¹⁵ 9 U.S.C. § 402(a).

The legislative history of the act refers to testimony from people who asserted they were groped, subjected to sexual advances and other sexualized treatment¹⁶. This legislative history and the title of the act may give the impression that the act only applies to sexualized harassment. However, the language of the statute does not support this narrow reading. EFAA applies to “to a case which is filed under Federal, Tribal, or State law and relates to the sexual assault dispute or the sexual harassment dispute”¹⁷. The definitions section of EFAA is short. It defines “sexual harassment dispute” to mean “a dispute relating to conduct that is alleged to constitute sexual harassment under applicable Federal, Tribal, or state law”¹⁸. Congressman Robert Scott of Virginia expressed concerns that sexual harassment would be construed narrowly and would exclude sex-based harassment that was not sexual in nature¹⁹.

Courts, not arbitrators, determine whether the Act applies, even if an arbitration agreement purports to delegate such decisions to an arbitrator²⁰. There are still relatively few written opinions interpre-

ting EFAA because the statute is new and only applies to claims that accrue on or after March 3, 2022²¹. Few courts have interpreted the applicability of the statute to harassment based on pregnancy, gender identity or sexual orientation.

III. Sexual Harassment

When courts apply EFAA in the context of federal discrimination law, they will need to reconcile that statute with Title VII. Title VII is the cornerstone federal employment discrimination statute. The text of Title VII prohibits an employer from discriminating against a worker because of race, sex, national origin, color, or religion²². Two quirks of Title VII result in a broad definition of the term “sexual harassment.” In the Title VII context, the words “sexual harassment” encompass sexualized harassment, sex-based harassment, pregnancy harassment and harassment because of sexual orientation and gender identity.

The first quirk relates to the term “sexual harassment.” Title VII does not contain this term²³. Instead, the statute makes it an unlawful employment practice for an

¹⁶ 168 Cong. Rec. H983–93 (daily ed. Feb. 7, 2022) (remarks by Reps. Nadler, Bustos, Jayapal, and Jackson Lee).

¹⁷ 9 U.S.C. § 402(a). This Essay focuses on issues related to federal discrimination law.

¹⁸ 9 U.S.C. § 401(4).

¹⁹ 168 Cong. Rec. H991 (daily ed. Feb. 7, 2022) (remarks by Rep. Scott).

²⁰ 9 U.S.C. § 402(b).

²¹ *Steinberg v. Capgemini America, Inc.*, No. CV 22-489, 2022 WL 3371323, at *2–3 (E.D. Pa. Aug. 16, 2022).

²² 42 U.S.C. § 2000e-2.

²³ 42 U.S.C. § 2000e-2.

employer “to fail or refuse to hire or to discharge any individual, or otherwise to discriminate against any individual with respect to his compensation, terms, conditions, or privileges of employment”²⁴ because of a protected trait, like sex. As discussed in more detail below, the courts developed the concept of sexual harassment, and this concept embraces much more than sexualized conduct²⁵. The words “sexual harassment” are an umbrella term for all sex-based harassment, whether or not it is sexual in nature.

The second quirk of Title VII relates to its broad definition of “sex.” Through congressional amendment and a Supreme Court decision, the term “sex” under Title VII embraces pregnancy, sexual orientation, and gender identity²⁶.

Given the title of EFAA and the stories leading to its enactment, it might seem that the scope of the statute is limited to sexualized conduct. However, the term sexual harassment in discrimination law is a term of art that does not mimic what that term means to a lay reader. This section demonstrates how the term sexual harassment encompasses non-sexualized, sex-based harassment, as well as ha-

arrassment because of pregnancy, gender-identity, and sexual orientation.

A. Sexual Harassment Encompasses Sexualized and Sex-Based Harassment

The text of Title VII does not contain the words “sexual harassment”²⁷. Instead, this is a theory of discrimination. The Supreme Court explained and developed a framework for evaluating sexual harassment in three cases: *Meritor Savings Bank, FSB v. Vinson*²⁸; *Harris v. Forklift Sys., Inc.*²⁹; and *Oncale v. Sundowner Offshore Servs., Inc.*³⁰.

In *Meritor*, the Court held that Title VII recognized a theory of discrimination called harassment and specifically recognized harassment as encompassing the creation of a hostile environment because of a protected trait³¹.

In *Meritor*, the Court described how sexualized conduct violated Title VII. The Court recognized that an employer would violate Title VII if it conditioned work benefits on the provision of sexual favors³². These cases are sometimes ca-

²⁴ 42 U.S.C. § 2000e-2(a)(1).

²⁵ See *infra* Part III.B.

²⁶ See *infra* Part III.B.

²⁷ 42 U.S.C. § 2000e-2.

²⁸ *Meritor Savings Bank, FSB v. Vinson*, 477 U.S. 57, 67 (1986).

²⁹ *Harris v. Forklift Systems, Inc.*, 510 U.S. 17, 21 (1993).

³⁰ *Oncale v. Sundowner Offshore Services, Inc.*, 523 U.S. 75, 78 (1998).

³¹ *Meritor Savings Bank, FSB v. Vinson*, 477 U.S. 57, 65 (1986).

³² *Meritor Savings Bank, FSB v. Vinson*, 477 U.S. 57, 65 (1986).

lled “quid pro quo” cases³³. In such cases, the supervisor imposes on the plaintiff the condition of sexual favors as a *quid pro quo* for the supervisor granting employment opportunities, and that condition of sexual favors is not imposed on employees of the opposite sex³⁴. The denial of an employment opportunity because of the individual’s refusal to have a sexual or dating relationship with a supervisor is discrimination because of sex³⁵.

In *Meritor*, the Court recognized that Title VII also prohibited what it called a hostile environment because of sex³⁶. It noted that the text of Title VII did not limit claims to hiring, promotion, or termination, but rather applied to all

“terms, conditions, or privileges” of employment³⁷. Relying on the statutory text and EEOC Guidelines, the Court held that Title VII prohibited “[u]nwelcome sexual advances, requests for sexual favors, and other verbal or physical conduct of a sexual nature”³⁸. Such sexual misconduct constitutes prohibited sexual harassment, even if it is not directly linked to the grant or denial of an economic *quid pro quo*, where “such conduct has the purpose or effect of unreasonably interfering with an individual’s work performance or creating an intimidating, hostile, or offensive working environment”³⁹. The Court also indicated that Title VII provided employees the opportunity to work in environments that are

³³ This terminology is meant to be descriptive only and is not meant to suggest the quid pro quo is a separate claim from other kinds of harassment or that harassment is a separate claim under Title VII. For an in-depth discussion of the dangers of viewing harassment as a separate claim, see generally Sandra F. Sperino, “Harassment: A Separate Claim?,” *Belmont Law Review* 6 (2019): 121. There is a rich literature discussing how to properly conceptualize harassment. See generally Vicki Schultz, “Reconceptualizing Sexual Harassment,” *Yale Law Journal* 107 (1998): 1683; Martha Chamallas, “Structuralist and Cultural Domination Theories Meet Title VII: Some Contemporary Influences,” *Michigan Law Review* 92 (1994): 2370; Tristin K. Green, “Discrimination in Workplace Dynamics: Toward a Structural Account of Disparate Treatment Theory,” *Harvard Civil Rights–Civil Liberties Law Review* 38 (2003): 91; Joanna L. Grossman, “Moving Forward, Looking Back: A Retrospective on Sexual Harassment Law,” *Boston University Law Review* 95 (2015): 1029; Vicki Schultz, “Open Statement on Sexual Harassment from Employment Discrimination Law Scholars,” *Stanford Law Review Online* 71 (2018): 17 [hereinafter *Schultz Open Statement*].

³⁴ *Valentin-Almeyda v. Municipality of Aguadilla*, 447 F.3d 85, 94 (1st Cir. 2006) (quoting *O’Rourke v. City of Providence*, 235 F.3d 713, 728 (1st Cir. 2001)).

³⁵ See, e.g., *Henson v. City of Dundee*, 682 F.2d 897, 901 (11th Cir. 1982); *Katz v. Dole*, 709 F.2d 251, 254, 256 (4th Cir. 1983); *Craig v. Y & Y Snacks, Inc.*, 721 F.2d 77, 78, 80 (3d Cir. 1983); *Miller v. Bank of America*, 600 F.2d 211, 212–13 (9th Cir. 1979); *Bundy v. Jackson*, 641 F.2d 934, 940 (D.C. Cir. 1981).

³⁶ *Meritor Savings Bank, FSB v. Vinson*, 477 U.S. 57, 65 (1986).

³⁷ *Meritor Savings Bank, FSB v. Vinson*, 477 U.S. 57, 63 (1986) (quoting 42 U.S.C. § 2000e-2(a)(1)).

³⁸ *Meritor Savings Bank, FSB v. Vinson*, 477 U.S. 57, 65 (1986) (quoting 29 C.F.R. § 1604.11(a) (1985)).

³⁹ *Meritor Savings Bank, FSB v. Vinson*, 477 U.S. 57, 65 (1986) (quoting 29 C.F.R. § 1604.11(a)(3) (1985)).

free of discriminatory ridicule, intimidation, and insults⁴⁰.

Quoting a lower court opinion, the Supreme Court noted:

Sexual harassment which creates a hostile or offensive environment for members of one sex is every bit the arbitrary barrier to sexual equality at the workplace that racial harassment is to racial equality. Surely, a requirement that a man or woman run a gauntlet of sexual abuse in return for the privilege of being allowed to work and make a living can be as demeaning and disconcerting as the harshest of racial epithets⁴¹.

The Supreme Court indicated that not all conduct would rise to the level of an actionable hostile environment⁴². Rather “it must be sufficiently severe or pervasive ‘to alter the conditions of [the victim’s] employment and create an abusive working environment’”⁴³.

The Supreme Court returned to harassment law in *Harris*, a case in which a female employee presented evidence that her supervisor made both demeaning and sexual comments to and about female employees, including the plaintiff⁴⁴. The Court cited to evidence that

the supervisor had said “You’re a woman, what do you know,” “We need a man as the rental manager;” and called the plaintiff “a dumb ass woman”⁴⁵. There was also evidence that the supervisor requested female employees to get coins from his front pants pocket and suggested the plaintiff go to the Holiday Inn with him to negotiate her raise⁴⁶.

The Supreme Court considered how serious conduct or speech needed to be to constitute an actionable hostile environment claim. The Supreme Court noted: “The phrase terms, conditions, or privileges of employment evinces a congressional intent to strike at the entire spectrum of disparate treatment of men and women in employment, which includes requiring people to work in a discriminatorily hostile or abusive environment”⁴⁷. When articulating the standard for harassment, the Court did not separate the sexual conduct and comments from the sex-based comments, but instead considered them together⁴⁸.

In *Harris*, the Supreme Court held that conduct that is severe or pervasive enough to create an objectively hostile or abusive work environment is cogniza-

⁴⁰ *Meritor Savings Bank, FSB v. Vinson*, 477 U.S. 57 (1986).

⁴¹ *Meritor Savings Bank, FSB v. Vinson*, 477 U.S. 57, 67 (1986) (quoting *Henson v. Dundee*, 682 F.2d 897, 902 (11th Cir. 1982)).

⁴² *Meritor Savings Bank, FSB v. Vinson*, 477 U.S. 57, 67 (1986).

⁴³ *Meritor Savings Bank, FSB v. Vinson*, 477 U.S. 57, 67 (1986).

⁴⁴ *Harris v. Forklift Systems, Inc.*, 510 U.S. 17, 19 (1993).

⁴⁵ *Harris v. Forklift Systems, Inc.*, 510 U.S. 17, 19 (1993).

⁴⁶ *Harris v. Forklift Systems, Inc.*, 510 U.S. 17, 19 (1993).

⁴⁷ *Harris v. Forklift Systems, Inc.*, 510 U.S. 17, 21 (1993) (quoting *Meritor Savings Bank, FSB v. Vinson*, 477 U.S. 57, 64 (1986)).

⁴⁸ *Harris v. Forklift Systems, Inc.*, 510 U.S. 17 (1993).

ble⁴⁹. In determining whether an environment is objectively hostile, the Court indicated that it must look at all of the circumstances⁵⁰. In addition to looking at whether the environment is objectively hostile, the Supreme Court also held that the worker must subjectively perceive the environment to be hostile⁵¹.

In *Oncale v. Sundowner Offshore Servs., Inc.*, the plaintiff alleged that male employees harassed him⁵². The Supreme Court held that Title VII prohibits same-sex sexual harassment⁵³. In doing so, the Court emphasized that sexual harassment need not be sexual in nature. It indicated: “A trier of fact might reasonably find such discrimination, for example, if a female victim is harassed in such sex-specific and derogatory terms by another woman as to make it clear that the harasser is motivated by general hostility to the presence of women in the workplace”⁵⁴.

The Supreme Court recognized that Congress was not likely thinking about the problem of same-sex harassment when it enacted Title VII⁵⁵. However, the Supreme Court held that this was not controlling. Rather, the text of Title VII prohibits discrimination because of sex

and does not limit its protections to one protected sex or to opposite-sex harassment⁵⁶.

Federal courts recognize sexual harassment as encompassing both sexualized conduct and sex-based conduct. EFAA incorporates this understanding of sexual harassment when it defines sexual harassment by reference to the applicable federal law.

B. Sexual Harassment Encompasses Harassment Because of Pregnancy (and Related Conditions), Sexual Orientation and Gender Identity

The term “sex” in Title VII is multi-faceted, including pregnancy (and related conditions), sexual orientation and gender identity. When Title VII jurisprudence refers to sexual harassment, it includes these concepts. When EFAA uses the term “sexual harassment,” it also includes harassment because of pregnancy, sexual orientation and gender identity.

As discussed in the prior section, the term “sexual harassment” in Title VII is an umbrella term that includes sexualized harassment, as well as sex-based ha-

⁴⁹ *Harris v. Forklift Systems, Inc.*, 510 U.S. 17 (1993).

⁵⁰ *Harris v. Forklift Systems, Inc.*, 510 U.S. 17, 23 (1993).

⁵¹ *Harris v. Forklift Systems, Inc.*, 510 U.S. 17, 21–22 (1993).

⁵² *Oncale v. Sundowner Offshore Services, Inc.*, 523 U.S. 75, 77 (1998).

⁵³ *Oncale v. Sundowner Offshore Services, Inc.*, 523 U.S. 75, 82 (1998).

⁵⁴ *Oncale v. Sundowner Offshore Services, Inc.*, 523 U.S. 75, 80 (1998).

⁵⁵ *Oncale v. Sundowner Offshore Services, Inc.*, 523 U.S. 75, 79 (1998).

⁵⁶ *Oncale v. Sundowner Offshore Services, Inc.*, 523 U.S. 75, 79–80 (1998).

rassment. Given the text of Title VII and the case law interpreting it, the term “sex” also encompasses pregnancy, sexual orientation, and gender identity.

In *General Electric Co. v. Gilbert*, the Supreme Court interpreted the term “sex” in Title VII narrowly and held that pregnancy distinctions were not “sex” distinctions⁵⁷. In response to *Gilbert*, Congress passed the Pregnancy Discrimination Act of 1978, which amended Title VII to include pregnancy, childbirth, or related conditions⁵⁸. Instead of adding a new protected class under Title VII, Congress simply redefined the term “sex” to also include pregnancy, childbirth and related conditions⁵⁹. Sexual harassment under Title VII embraces all forms of sex-based harassment. Thus, the term sexual harassment under Title VII also includes harassment because of pregnancy⁶⁰.

Discrimination because of gender identity or sexual orientation also fall within Title VII’s prohibition against sex discrimination. In *Bostock v. Clayton County, Ga.*, the Supreme Court held that Title VII prohibits discrimination because of

sexual orientation and gender identity⁶¹. In doing so, it did not create new protected classes under Title VII. Instead, the Court held that it is impossible to discriminate against a person based on gender identity or sexual orientation without discriminating on the basis of sex⁶².

Given this history, when EFAA refers to a sexual harassment dispute under federal law, it includes harassment disputes based on pregnancy (and related conditions), sexual orientation, and gender identity.

IV. Practically and Normatively Correct

The text of EFAA defines sexual harassment by reference to federal law⁶³, and federal law broadly defines that concept to include sexualized harassment and sex-based harassment, as well as harassment based on pregnancy, sexual orientation and gender identity. The text of EFAA and Title VII and the case law interpreting Title VII all support this outcome.

This is also the most practical result for courts. A hypothetical illustrates the

⁵⁷ *General Electric Co. v. Gilbert*, 429 U.S. 125, 136 (1976).

⁵⁸ 42 U.S.C. § 2000e(k).

⁵⁹ 42 U.S.C. § 2000e(k).

⁶⁰ *Donaldson v. American Banco Corp.*, 945 F. Supp. 1456, 1461 (D. Colo. 1996) (noting that “sexual harassment” includes “pregnancy-based harassment”); *EEOC v. Hacienda Hotel*, 881 F.2d 1504, 1515 n.8 (9th Cir. 1989), abrogated in part on other grounds by *Faragher v. City of Boca Raton*, 524 U.S. 775, 787–88 (1998) (recognizing that harassment because of pregnancy is sexual harassment); see also *Gorski v. New Hampshire Department of Corrections*, 290 F.3d 466, 473–74 (1st Cir. 2002) (considering sex and pregnancy allegations together).

⁶¹ *Bostock v. Clayton County, Georgia*, 590 U.S. 644, 652 (2020).

⁶² *Bostock v. Clayton County, Georgia*, 590 U.S. 644, 652 (2020).

⁶³ See supra note 4 and accompanying text.

problems that will occur if courts attempt to disentangle sexualized harassment from other types of harassment based on sex. Imagine that courts declare that EFAA only applies if a plaintiff alleges sexualized harassment and does not otherwise cover non-sexual, sex-based harassment.

Understandably, plaintiffs who would otherwise be bound by arbitration or class-waiver provisions will try to plead their evidence as involving sexualized harassment, which may distort the claims being brought. Unfortunately, courts will be drawn into all sorts of controversies about whether certain conduct or speech is sexualized or whether it is sex-based, but not sexual in nature. This kind of parsing has happened (unsuccessfully) before in the discrimination jurisprudence when courts prior to *Bostock* tried to distinguish sex-based discrimination claims from sexual orientation discrimination⁶⁴.

Reading EFAA as including sexualized harassment, as well as harassment because of sex (including pregnancy, sexual orientation, and gender identity) is also the interpretation that best effectuates the underlying goals of both EFAA and Title VII. Sexualized harassment is not a standalone phenomenon. Instead, sexualized discrimination is intertwined with other types of sex-based harassment and discrimination⁶⁵.

V. Conclusion

Sexual harassment in federal discrimination law is an umbrella term that encompasses sexualized harassment and sex-based harassment, including harassment because of pregnancy, sexual orientation, and gender identity. When EFAA uses the term “sexual harassment” it incorporates by reference this underlying Title VII structure.

This Essay demonstrates why this outcome is consistent with the text of EFAA and Title VII’s text and supporting case

⁶⁴ See, e.g., *Hively v. Ivy Tech Community College of Indiana*, 853 F.3d 339, 350 (7th Cir. 2017) (discussing how attempts to do this required “considerable calisthenics”).

⁶⁵ *Schultz Open Statement*, supra note 33, at 19–28; *Solis v. Prime Communications Retail, LLC*, No. 5:24-CV-02389-AH-(SHKX), 2025 WL 1255143, at *3 (C.D. Cal. Apr. 7, 2025) (state law pregnancy harassment claim fell within EFAA); *Ding v. Structure Therapeutics, Inc.*, 755 F. Supp. 3d 1200, 1213 (N.D. Cal. 2024) (holding sex-based harassment falls within EFAA); *Doe v. Saber Healthcare Group*, No. 3:23CV1608, 2024 WL 2749156, at *6 (M.D. Pa. May 29, 2024) (sexual orientation and gender nonconformity harassment fall within EFAA); *Mera v. SA Hospitality Group, LLC*, 675 F. Supp. 3d 442, 444 (S.D.N.Y. 2023) (holding that sexual orientation claims fall within the ambit of the EFAA); but see *Singh v. Meetup LLC*, 750 F. Supp. 3d 250, 259 (S.D.N.Y. 2024) (holding allegations of pregnancy discrimination did not fall within EFAA); *Raupp v. Compass Group USA, Inc.*, No. 24-10565, 2024 WL 4948838, at *3 (E.D. Mich. Dec. 3, 2024) (refusing to construe plaintiff’s complaint related to sexual orientation as sexual harassment for purposes of the EFAA); *Johannessen v. JUUL Labs, Inc.*, No. 3:23-CV-03681-JD, 2024 WL 3173286, at *4 (N.D. Cal. June 24, 2024) (under state law separating harassment from discrimination); *Stephens v. DFW Linq Transport, Inc.*, No. 3:24-CV-00352-N, 2025 WL 1697537, at *4 (N.D. Tex. June 16, 2025) (separating pregnancy discrimination from harassment).

law. It also shows how this interpretation is a practical one that avoids enmeshing federal judges and Title VII jurisprudence in unnecessary debates about what counts as sexualized harassment and what does not.

Precedente

U.S. v. Carlineo: Restorative Justice as an “Unusual” Special Condition of Supervised Release

Rachel J. Wechsler*

Principia No. Especial 1–2025 pp. 189–195

1. Institution or tribunal that renders or administers the decision

United States Second Circuit Court of Appeals

2. Country and/or place of the decisión

United States of America

3. Name of the judges or arbitrators

Judge Barrington D. Parker

4. Date of the decision

May 25, 2021

5. Case number or file number

No. 20-1020-cr

6. Type of decision

Court’s decision on the merits

7. Subject matter of the decision

Criminal Law

8. Parties

Defendant-Appellant: Patrick W. Carlineo, Jr.

Appellee: United States of America

* JD, DPhil, MSc, Associate Professor, University of Missouri School of Law

9. Applicable law and rules

United States Federal Law

10. Summary of the Controversy

Fact Summary: On March 21, 2019, Patrick W. Carlineo, Jr. called the office of Congresswoman Ilhan Omar and spoke with a member of her staff. He said, “Do you work for the Muslim Brotherhood? Why are you working for her? She’s a fucking terrorist. I’ll put a bullet in her fucking skull.” Carlineo later admitted to making the call during an FBI interview. He explained that he did so because he hates individuals whom he believes are radical Muslims holding positions in the U.S. government and he views Congresswoman Omar as one such individual. The FBI agents later executed a search warrant at Carlineo’s home and found shotguns, rifles, and a pistol, which he was not permitted to possess due to his criminal record.

Procedural Summary: Carlineo pleaded guilty to charges of threatening a United States official and being a felon in possession of firearms pursuant to a plea agreement. The United States District Court for the Western District of New York sentenced Carlineo to one year and one day in prison followed by three years of supervised release. The sentencing judge imposed standard and special conditions of supervised release, including one that Carlineo challenged: participation in the Partners in Restorative Initiatives restorative justice program. Prior to sentencing Carlineo, the sentencing court had received a letter from Congresswoman Omar specifically requesting that the court apply a restorative justice approach rather than impose a sentence of incarceration or financial penalty. The court also received a letter from the founder of Partners in Restorative Initiatives setting out restorative justice options for the court to consider. Carlineo moved to vacate this special condition and the district court denied his motion. He appealed this denial to the Second Circuit Court of Appeals.

11. Parties’ positions

(i) Defendant-Appellant

Carlineo argued that the special restorative justice condition must be vacated because it was vague and overbroad, impermissibly delegated judicial sentencing authority to the Probation Office, and was not reasonably related to the crime because his threats were motivated by his political beliefs rather

than by racial or religious bigotry, the latter of which the restorative justice program was intended to address¹.

(ii) Appellee

The U.S. argued that the special condition should be affirmed because it was “crystal clear,” was not an impermissible delegation of authority because the district court decided in which specific program Carlineo was required to participate (Partners in Restorative Initiatives), and was sufficiently related to Carlineo’s concerning use of the word, “Muslims,” in his threats².

12. Decision

The Second Circuit held that the district court had abused its discretion in imposing the special restorative justice condition of Carlineo’s supervised released and vacated this special condition.

13. Rationale of the decision

The Second Circuit articulated two grounds for its decision to vacate the special restorative justice condition: (1) undue vagueness and (2) improper delegation of authority to the Probation Office³. First, the court concluded that the special condition was impermissibly vague because the district court had failed to specify the type or frequency of restorative justice activities Carlineo was required to complete and had failed to provide him with sufficient notice of what conduct would constitute a violation of the condition⁴. The fact that the Partners in Restorative Initiatives program had not been approved by the U.S. Probation Office, as required by the federal Sentencing Guidelines, contributed to the court’s vagueness holding⁵.

Second, the court reasoned that the district court’s failure to sufficiently define the special condition resulted in an impermissible delegation of the district court’s sentencing authority to the Probation Office⁶. If the special condition were permitted to stand, the Probation Office would have had discretion over material terms of Carlineo’s sentence—decision-making

¹ U.S. Court of Appeals for the Second Circuit, Brief for Defendant–Appellant at 3–7, 25–29, 34–49, *United States v. Carlineo*, 998 F.3d 533 (2d Cir. 2021) (No. 20-1020-cr).

² U.S. Court of Appeals for the Second Circuit, Brief for Appellee at 7, 10–11, *United States v. Carlineo*, 998 F.3d 533 (2d Cir. 2021) (No. 20-1020-cr).

³ *United States v. Carlineo*, 988 F.3d 533, 533 (2d Cir. 2021).

⁴ *United States v. Carlineo*, 988 F.3d at 537.

⁵ *United States v. Carlineo*, 988 F.3d at 537.

⁶ *United States v. Carlineo*, 988 F.3d at 537-38.

authority that must be exercised by the sentencing court rather than delegated⁷.

⁷ *United States v. Carlineo*, 988 F.3d at 537-38.

14. Brief comment of the author

A widespread assumption is that victims of crime desire retribution against the person who harmed them in the form of the harshest possible sentence.⁸ But crime victims are not a monolith⁹. Some victims, like Congresswoman Ilhan Omar, wish for a different outcome—one rooted in healing, repair, accountability, and addressing the root causes of offending¹⁰.

Before Carlineo’s sentencing, Congresswoman Omar sent a letter to the district court judge requesting that compassion be applied in deciding the sentence¹¹. She explained: “A punitive approach to criminal justice will not stop criminals like Mr. Carlineo from committing a crime again or prevent others from committing similar acts. Only restorative justice can do that”¹². Though not obligated to do so, the sentencing judge clearly considered Congresswoman Omar’s wishes when including what the Second Circuit Court of Appeals described as an “unusual” special condition of supervised release in Carlineo’s sentence: participation in the Partners in Restorative Initiatives program¹³.

In its opinion, the Second Circuit explained that “[s]pecial conditions must meet certain statutory requirements[: they]... must be reasonably related to ‘(A) the nature and circumstances of the offense and the history and characteristics of the defendant; (B) the need for the sentence imposed to afford adequate deterrence to criminal conduct; (C) the need to protect the public from further crimes of the defendant; and (D) the need to provide the defendant with needed educational or vocational training, medical care, or other correctional treatment in the most effective manner.’”¹⁴ Notably, none of these requirements relate to the victim’s needs and wishes. This reflects the broader marginalization of victims within the conventional criminal legal process. In his seminal article, *Conflicts as Property*, criminologist Nils Christie asserts that the state appropriates victims’ “property” when it

⁸ Danielle Sered, *Until We Reckon: Violence, Mass Incarceration, and a Road to Repair* 20 (2019).

⁹ Lara Bazelon and Bruce A. Green, “Victims’ Rights from a Restorative Perspective,” 17 *Ohio State Journal of Criminal Law* 293, 295 (2020).

¹⁰ See Sered, *Until We Reckon*, supra note 8, at 42–46.

¹¹ Letter from Rep. Ilhan Omar to Hon. Frank P. Geraci, Jr., Chief Judge, U.S. District Court for the Western District of New York (Nov. 19, 2019), <https://x.com/IlhanMN/status/1196870032099364864/photo/1>.

¹² Letter from Rep. Ilhan Omar to Hon. Frank P. Geraci, Jr., Chief Judge, U.S. District Court for the Western District of New York (Nov. 19, 2019).

¹³ See *United States v. Carlineo*, 998 F.3d at 534.

assumes control of criminal cases¹⁴. He observes that “for most proceedings [the victim] is pushed completely out of the arena... [and] has lost the case to the state”¹⁵.

In contrast, restorative justice has been touted for its empowerment of victims, focus on meeting their needs, and provision of meaningful opportunities for their voluntary participation¹⁶. Although there is disagreement about its precise definition, restorative justice typically involves a facilitator who brings together “those who have a stake in a specific offense or harm to collectively identify and address harms, needs, and obligations in order to heal and put things as right as possible”¹⁷. Through restorative justice, victims of harm are able to articulate their own needs, have them centered in the justice response, and exercise a level of control over the process and outcome that is entirely unavailable to them in the mainstream criminal legal process in the U.S. and elsewhere¹⁸.

There exists a degree of tension between the Second Circuit’s requirement of specificity for a special condition to be upheld and restorative justice’s incorporation of flexibility and tailoring to individual situations and the particular stakeholders involved. It is very difficult to know exactly how long it will take for participants to engage with the harm and collaboratively develop an agreement for repair before a particular restorative justice process even begins. Yet, as the appeals court noted, the district court had not even specified which format the restorative justice requirement would take from among the options provided in the letter it had received from the founder of Partners in Restorative Initiatives: “(1) a sentencing circle, (2) a listening circle, (3) a combination of the listening circle and community service, and (4) community service”¹⁹. However, it is unlikely that specifying from among these options in the district court’s oral sentencing pronouncement or judgment would have been sufficient to save the special condition because the federal Sentencing Guidelines only authorize the imposition of special programmatic conditions for programs with Probation

¹⁴ Nils Christie, “Conflicts as Property,” 17 *British Journal of Criminology* 1, 3, 7–8 (1977).

¹⁵ Christie, “Conflicts as Property,” at 3.

¹⁶ Howard Zehr, *The Little Book of Restorative Justice: Revised and Updated* 21–23, 93 (2014); Bazelon and Green, “Victims’ Rights from a Restorative Perspective,” supra note 9, at 328–30, 333–34; Sered, *Until We Reckon*, supra note 8, at 96–128, 133–47.

¹⁷ Zehr, *The Little Book of Restorative Justice*, supra note 16, at 47–48.

¹⁸ See Zehr, *The Little Book of Restorative Justice*, supra note 16, at 21–23.

¹⁹ *United States v. Carlineo*, 998 F.3d at 535–37.

Office approval, which the Partners in Restorative Initiatives program lacked²⁰.

In light of the Second Circuit’s opinion in *Carlineo*, courts that wish to sentence a defendant to participation in restorative justice should, to the extent possible without compromising restorative justice principles and values, attempt to provide specifics about the format, frequency, and substance of the program activities to protect the special condition from being vacated due to vagueness. Moreover, restorative justice advocates should encourage probation offices to evaluate and approve restorative justice programs so they are available as legitimate options for judges to select when they are sentencing defendants.

On a more fundamental level, scholars, advocates, and policymakers should work to increase judges’ familiarity with restorative justice as a sentencing option with empirical support for its value and legitimacy²¹. It is telling that the Second Circuit refers to restorative justice as an “unusual” special condition in its opinion²², which underscores its underutilization within the U.S. criminal legal system. With efforts to raise awareness among sentencing judges and probation offices, hopefully restorative justice will no longer be regarded as “unusual” in the not-too-distant future.

²⁰ *United States v. Carlineo*, 998 F.3d at 537.

²¹ See, e.g., Heather Strang et al., “Restorative Justice Conferencing (RJC) Using Face-to-Face Meetings of Offenders and Victims: Effects on Offender Recidivism and Victim Satisfaction. A Systematic Review,” 12 *Campbell Systematic Reviews* 1, 2 (2013) (finding that, “on average, RJCs cause a modest but highly cost-effective reduction in repeat offending, with substantial benefits for victims,” based on the results of ten methodologically rigorous studies); Lindsay Fulham et al., “The Effectiveness of Restorative Justice Programs: A Meta-Analysis of Recidivism and Other Relevant Outcomes,” *Criminology & Criminal Justice* 1, 1–2, 14, 18–21 (2023) (concluding that restorative justice programs are associated with greater victim and client (offending party) satisfaction, better victim perceptions of procedural justice, greater client accountability, and modestly reduced general recidivism as compared to the conventional criminal legal system, but noting that certain results should be viewed with caution due to methodological weaknesses and/or outliers in some of the underlying studies); Ana M. Nascimento, Joana Andrade, and Andreia de Castro Rodrigues, “The Psychological Impact of Restorative Justice Practices on Victims of Crimes—a Systematic Review,” 24 *Trauma, Violence & Abuse* 1929, 1940–43 (2023) (finding extensive empirical support for the existence of positive psychological impacts of restorative justice (involving victim–offender meetings) for crime victims, including reduced post-traumatic stress symptomatology, lessened negative emotions, and an increased sense of validation and closure); Catherine S. Kimbrell, David B. Wilson, and Ajima Olaghere, “Restorative Justice Programs and Practices in Juvenile Justice: An Updated Systematic Review Meta-Analysis for Effectiveness,” 22 *Criminology & Public Policy* 161, 175, 183 (2022) (concluding that restorative justice programs and practices are associated with a greater reduction in future delinquent behavior (small-to-medium effect size), higher level of victim satisfaction (very large effect size), and better perceptions of fairness among both victims and youth participants (large effect size), as compared to the traditional juvenile justice system response to juvenile delinquency).

²² *United States v. Carlineo*, 998 F.3d at 534.

Normas Editoriales de Principia

Normas Editoriales para la presentación de artículos académicos para Principia

Revista del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias de la Universidad Monteávila

I. Sobre los artículos

1. Las colaboraciones que sean enviadas deben ser inéditas y cumplir con le Código de Ética de Principia.
2. Los originales deben ser remitidos, dentro del plazo de convocatoria, a la dirección de correo electrónico cierc@uma.edu.ve
3. El manuscrito debe venir acompañado de un breve resumen en español e inglés de unas 10 líneas que sinteticen el contenido del artículo. En dicho resumen también deberá incluirse las palabras claves en español e inglés.
4. Deberá incluirse un resumen corto del currículum del autor en una nota al pie de página.
5. Deberá contar con: Resumen; Introducción; Desarrollo; Conclusiones.
6. Estará prohibido en el texto resaltar en **negritas**, *cursiva*, y/o subrayado. Solo estará permitido, cuando una cita textual de otro texto así lo contenga.
7. Tipo y tamaño de letra:
 - i. Tipo de letra: Times New Roman tanto en el cuerpo del texto (título, párrafo, tablas y cuadros) como en las notas a pie de página.
 - ii. Tamaño de la letra: 11 puntos en el cuerpo del texto (títulos, párrafos, tablas y cuadros) y 9 puntos en las notas a pie de página.
8. El interlineado debe ser de 1,5 en el cuerpo del texto (títulos, párrafos, tablas y cuadros) y sencillo en los títulos de más de dos líneas, las citas largas –afuera del párrafo– y en las notas a pie de página.
9. Alineación del texto:
 - i. Los títulos de los capítulos deben estar centrados.
 - ii. Los subtítulos deben estar alineados a la izquierda.
 - iii. Los párrafos y las notas a pie de página o al final del texto deben ir justificados (alineados tanto a la izquierda como a la derecha). Excepto la primera línea de los párrafos que llevará una sangría de 5 espacios (1,25 cm).

10. Programas del texto: Los artículos deben entregarse en formato Microsoft Word para PC (versiones 2003, 2007, 2010 o 2013 o posterior). El archivo de texto debe tener la extensión .doc o .docx (no se acepta .rtf ni .pdf para el archivo de texto).

II. Sobre las citas, pies de página y referencias

1. Citas:
 - i. Tipo de cita: Estilo CHICAGO en una nota al pie de página. Se debe de mantener a lo largo de todo el texto.
 - ii. El Estilo CHICAGO puede ser encontrado en:
https://www.chicagomanualofstyle.org/tools_citationguide/citation-guide-1.html
 - iii. Las citas textuales de menos de 40 palabras deben tener el mismo formato que el texto (no hay diferencia), y deben estar “entrecomilladas”
 - iv. Las citas de más de 40 palabras deben ir en párrafo aparte con sangría continua de 5 espacios y con interlineado sencillo. Este tipo de cita no utiliza comillas.
2. Notas a pie de página deben estar en letra Times New Roman 9.

III. Arbitraje doble ciego

1. Los trabajos presentados para publicación en Principia serán sometidos a arbitraje doble ciego, basándose en los criterios aquí establecidos y en el Código de Ética de la revista.



El Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias (CIERC) de la Universidad Monteávila, nace de la iniciativa de reconocidos profesores y profesionales venezolanos y extranjeros vinculados a la Universidad Monteávila, la Universidad Católica Andrés Bello y el Instituto de Estudios Superiores de Administración (IESA), con el fin de fomentar la utilización de los Medios Alternativos de Resolución de Controversias como vía efectiva para reducir la conflictividad que caracteriza nuestras relaciones comerciales, familiares y personales e incluso, contribuir activamente a solucionar la crisis de justicia e institucionalidad que enmarca nuestro sistema judicial.

El CIERC presenta así diversas herramientas de investigación y formación académica y profesional, orientadas, ante todo, al desarrollo de una metodología efectiva de gerencia y control de riesgos y conflictos, y a fomentar y promover los medios alternativos al litigio judicial para la resolución de controversias, no sólo invitando a las partes a utilizarlos, sino particularmente promoviendo y participando activamente en la formación de árbitros, mediadores y negociadores.

Como parte de las herramientas de investigación y formación académica que promueve el CIERC, nace la necesidad de realizar una publicación que conjugue diferentes artículos de opinión, académicos y de información acerca del desarrollo de los diferentes mecanismos alternativos de resolución, para seguir fomentando el estudio y el desarrollo intelectual en esta área.