



“el arbitraje comercial era de uso continuo y difundido desde inicios del período colonial, demostrando que las amenazas de litigio no son requisitos previos para el arbitraje en muchas ocasiones”

Derecho a la sombra del arbitraje*

254

Bruce L. Benson**

I. INTRODUCCIÓN

¿Opera el arbitraje a la sombra del derecho estatal como se asume frecuentemente,¹ o puede aquél convertirse en una opción viable que prescindiera de la atribución estatal de creación y aplicación normativas? Si el arbitraje prescindiera del Estado, ¿será posible, en efecto, que sea el derecho el que opere, más bien, a su sombra? Estas interrogantes son desarrolladas en el presente trabajo. La respuesta ofrecida a éstas es que, bajo determinadas circunstancias, el derecho extiende una sombra sobre el arbitraje, a veces tenue y otras, inexistente. Asimismo, el arbitraje puede extender una sombra apreciable sobre el derecho estatal. Una u otra alternativa depende de la perspectiva en la cual nos encontremos.

La sección II trata los supuestos subyacentes tras la discusión, respecto a que el arbitraje necesariamente se sitúa a la sombra del derecho, y ofrece un contraargumento que descansa en un supuesto distinto. El primer argumento considera al arbitraje como una alternativa procedimental y se apoya en el supuesto de que una autoridad coercitiva debe respaldar las cláusulas arbitrales en los contratos y ejecutar las decisiones arbitrales a fin de inducir a las partes al cumplimiento de lo prometido. Una alternativa se sustenta en la hipótesis de las sanciones privadas como un medio efectivo para inducir a las partes a actuar según lo comprometido en las cláusulas arbitrales y aceptar las decisiones arbitrales. La Sección III se enfoca en la naturaleza y el potencial de las sanciones privadas y las circunstancias bajo las cuales éstas son lo suficientemente contundentes como para liberar al arbitraje de las sombras. Asimismo se analizan las condiciones que someten al arbitraje a la sombra del Derecho estatal. Finalmente, en la última sección (Sección

* Traducción del artículo original en Inglés titulado “Law in the Shadow of Arbitration” por:

MIRANDA QUIROGA, Luis Alberto. Bachiller en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, con especialización en Derecho Regulatorio. Asistente en el curso Derecho Mercantil I en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

RIVERA FERREYROS, Gustavo Nilo. Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, con estudios de maestría en Administración, Derecho y Economía de los Servicios Públicos por la Universidad Carlos III de Madrid y la Universidad del Salvador de Buenos Aires y en Derecho de la Empresa por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Árbitro nacional y profesor universitario de la PUCP. Socio del Estudio Villavicencio, Meza & Rivera Abogados S. Civil de R.L.

** Presidente del Departamento de Economía, Profesor DeVoe Moore e investigador distinguido en la Universidad Estatal de Florida, EE.UU.

1 Ver Whytock (2008) para la ejemplificación de la metáfora de la “Sombra del derecho”, y referencias a otros que han utilizado el mismo término.

IV) se examinarán los supuestos bajo los cuales tanto los contratos como el arbitraje pueden extender una sombra sobre el derecho estatal.

II. DERECHO ESTATAL, ARBITRAJE Y SOMBRAS

A menudo el arbitraje se caracteriza exclusivamente como una opción procedimental conducente a la resolución de disputas de orden contractual.² Consideradas así las cosas, el derecho sustantivo por aplicarse no será otro que aquél aplicado en las controversias sometidas a la jurisdicción estatal. Por otro lado, se afirma con frecuencia que no existe viabilidad en el arbitraje si no cuenta con respaldo estatal, dado que la facultad concedida a la parte vencedora de solicitar tutela jurisdiccional inducirá a la contraparte a la aceptación del arbitraje (Willoughby 1929: 56; Landes y Posner 1979: 247; Shavell 1995: 3). Lo señalado reforzaría el cuestionamiento a la aplicación, de parte de los árbitros, del mismo derecho que se aplica en los tribunales, toda vez que, a fin de otorgar credibilidad a la amenaza de litigio, las decisiones arbitrales deberán ser de aceptación de los jueces. Las decisiones arbitrales deberán ceñirse a las expectativas del modo de considerar éstas en los tribunales. Conforme a esta perspectiva, el arbitraje se desplegaría “a la sombra del derecho”, que será por cierto, una sombra muy oscura.

A lo largo del tiempo, los jueces han sido frecuentemente hostiles frente al arbitraje, rechazando la aplicación de las cláusulas arbitrales en los contratos y/o negándose a ejecutar los fallos arbitrales (Horwitz 1977; Benson 1989, 1995). Asumiendo la necesidad de la intervención judicial, se colige que la normatividad que obliga a los jueces a considerar los acuerdos de ejecución para el arbitraje como irrevocables y plenamente exigibles, se percibe a menudo como necesaria a efectos de superar la resistencia de los tribunales (Lazarus, et al. 1965: 18; Murray, et al. 1989: 435), y la aprobación de una normatividad tal presuntamente se constituye en el principal estímulo para la utilización del arbitraje (Willoughby 1929: 56; Lucas 1987: 55).³ De manera similar, Rubin (1994) afirma que la aprobación de dichas normas en las economías del ex bloque soviético facilitaría la ejecutoriedad del contrato y un óptimo desarrollo económico. En el ámbito internacional donde las cláusulas arbitrales se incluyen en el noventa por ciento de todos los contratos aproximadamente (Volckart y Mangels 1999; Casella 1996) la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, que hace ejecutables ante los tribunales estatales, los laudos privados internacionales, se considera de manera análoga como “la piedra angular del arbitraje comercial internacional actual”

(van den Berg 1981:1). Este tratado, introducido en 1958, fue suscrito por ciento treinticuatro naciones entre los años 1959 y 2003 (Leeson 2008: 67).

En contraste con las afirmaciones acerca de la necesidad de respaldo estatal para el éxito del arbitraje, Charny (1990: 409-412) sostiene que “las sanciones no legales” pueden llevar a los miembros de una “comunidad de negociadores” a aceptar el arbitraje y acatar los fallos arbitrales, considerando el arbitraje sustentado en dichas sanciones como “un sustituto perfecto de la intervención de los poderes públicos” (traducción libre). Las sanciones no legales son esencialmente las “sanciones privadas” discutidas en una creciente literatura económica y legal que da cuenta de la magnitud de la credibilidad que puede surgir del “*bond-posting*” o del “*hostage-taking*,” lo que incluye la potencial pérdida de reputación o las reciprocidades específicas de las relaciones derivadas de las transacciones repetidas. Estas sanciones se discuten líneas abajo, pero lo principal es que, si el arbitraje no necesita el respaldo estatal, como se derivaría de la prescindibilidad del litigio en favor de aquél, entonces, cabría esperar lo mismo para el derecho sustantivo aplicado por el Estado. En otras palabras, los contratos podrían especificar el sistema de derecho sustantivo que será aplicado en el arbitraje, adquiriendo éste importancia tanto por razones procedimentales como por razones sustantivas. El arbitraje abre la puerta a la competencia inter jurisdiccional. En este contexto, los contratos internacionales casi siempre contienen cláusulas arbitrales (Volckart y Mangels 1999; Casella 1996), pero muchos de ellos también consignan qué derecho nacional debe aplicarse en caso de surgir una controversia. Frecuentemente, estos contratos no especifican la fuente del derecho, sin embargo, ello también implica un particular conjunto de reglas (una jurisdicción específica) que subyace tras los contratos. El análisis detallado de la documentación disponible efectuado por Lew (1978: 581) revela que, en principio “la solución a toda controversia deberá encontrarse *prima facie* en el contrato mismo. ¿Qué es lo que las partes pensaron, qué es lo que pactaron y qué es lo que esperaban?” (también ver Trackman 1983 y Draetta et al. 1992). No obstante, cuando los árbitros no pueden dilucidar las intenciones de las partes en el contrato, lo que probablemente suceda, éstos deben decidir qué es lo que éstos buscaban o hubiesen buscado; bajo esta premisa, Lew (1978: 582-583) encuentra que los árbitros generalmente no hacen referencia alguna al derecho nacional a menos que las partes lo hayan señalado expresamente o hayan esperado que algún sistema en particular debiera aplicarse. En lugar de ello, generalmente éstos aplican las reglas consuetudinarias que comúnmente son reconocidas dentro de los “sistemas jurídicos internacionales privados de donde las partes provienen” (Lew 1978:

2 Los beneficios derivados del procedimiento arbitral incluyen que: (1) los árbitros pueden ser elegidos de acuerdo con su pericia en materias vinculadas con la controversia, reduciendo de esta manera la posibilidad de error judicial así como el tiempo y costos derivados del proceso judicial; (2) como un procedimiento de carácter menos contencioso, el arbitraje es más proclive a sustentar relaciones de trato repetido; (3) si puede mantenerse la situación de privacidad; y (4) pueden adquirirse los servicios arbitrales en el mercado sin incurrir en la costosa demora que se origina en tanto se asigna el tiempo en los tribunales (Benson 2000).

3 Los primeros estatutos arbitrales denominados “modernos” en los Estados Unidos se aprobaron en Nueva York (1920) y en Nueva Jersey (1923), seguido por el gobierno federal en 1925 y los estados de Oregon (1925), Massachusetts (1925), Pennsylvania (1927) y California (1927) (Ver Sturges 1930). Otros estados siguieron el mismo ejemplo en las décadas subsiguientes.

585). En otras palabras, las fuentes relevantes de las reglas son los contratos, los usos y las prácticas consuetudinarias dentro de sus comunidades, de tal manera que las reglas relevantes de derecho son esas costumbres.

Los procesos contractuales y consuetudinarios pueden entrelazarse con facilidad. Como Fuller (1981: 224-225) explica, “Si nos permitimos pensar en el derecho contractual como el “derecho” que las partes mismas traen a la vida a través del acuerdo, ciertamente la transición del derecho consuetudinario al derecho contractual llega a ser fácil” En efecto, Fuller (1981: 176) argumenta que una distinción aguda entre costumbre y contrato es inapropiada:

- Para el caso de problemas que fueron dejados sin solución expresa en el contrato por las partes, éstos se resolverán comúnmente preguntándose cuál es la “práctica estándar” respecto a dicho asunto. En dicho caso, es difícil saber si por pertenecer a una actividad determinada, las partes quedan sujetas a un cuerpo normativo consuetudinario o si ellas, mediante un acuerdo tácito, han incorporado prácticas estándar a los términos del contrato. El significado de un contrato no está determinado solamente por el área de la actividad a la cual pertenece sino por la interacción de las partes mismas después de adoptar el acuerdo.(...) El significado así atribuido al contrato se genera, obviamente, mediante procesos que son esencialmente los que producen derecho consuetudinario (...) [En efecto,] un contrato [puede deducirse] completamente de la conducta de las partes; (...) las partes pueden haberse conducido recíprocamente, de tal manera que podría decirse que estamos frente a un intercambio tácito de promesas. En este caso, podemos decir que la analogía entre contrato y derecho consuetudinario adquiere identidad. (Traducción libre).

En esencia, los miembros de una comunidad pueden establecer reglas obligacionales recíprocas, a través de acuerdos contractuales y a través de la observación de las prácticas esperadas, y una cláusula arbitral en un contrato que deja de señalar un derecho nacional en particular, implica que las partes optan por la aplicación del derecho consuetudinario. Claramente esto ocurre cuando el arbitraje se aplica dentro de una organización comercial como las empresas (Bernstein 1992, 1996), y en muchas disputas contractuales que surgen en el comercio internacional donde ningún sistema jurídico privativo a un país, tiene jurisdicción sobre ambas partes (Lew 1978: 584-585). Como resultado, los contratos internacionales han evolucionado a tal punto -o lo que es lo mismo decir, que los contratos intranacionales han evolucionado de manera independiente- que en la actualidad claramente difieren de muchas tipos de contratos nacionales sujetos a las regulaciones tanto del *civil law* como del *common law* (Draetta et al. 1992: 3).

Incluso si las sanciones privadas no son “perfectos sustitutos de la intervención de los poderes públicos” las sanciones privadas aplicables, implican que el arbitraje permite a las partes en el contrato escapar de la sombra oscura del derecho estatal. La cuestión es, sin embargo, que tales sanciones varían considerablemente en fuerza (Benson 1995, 2000, 2006). Ciertamente, en este contexto es inapropiado hablar de “comunidad de negocios” o de “sector comercial” como un agregado con algún conjunto de reglas comunes, restricciones e incentivos que podrían denominarse derecho comercial consuetudinario. Existen comunidades de negocios que escapan de la sombra del derecho, otras que caen bajo dicha sombra hasta cierto punto, y otras que son engullidas finalmente por dicha sombra. Cabe señalar, sin embargo, que algunos de los sistemas de reglas consuetudinarias y contractuales aplicadas a través del arbitraje y de las sanciones privadas pueden proyectar también, una gran sombra sobre el derecho comercial de muchos Estados. Para ver por qué, deberá tomarse en cuenta tanto la naturaleza de las sanciones privadas como las circunstancias bajo las cuales éstas probablemente serán aplicadas.

III. LA FUERZA DE LAS SANCIONES PRIVADAS

Si cada relación comercial implica una transacción simultánea, única y diferenciada, entonces la aceptación voluntaria de acudir al arbitraje privado o de cumplir sus decisiones probablemente no ocurra en la ausencia de una amenaza creíble de imponer una sanción relevante. He aquí el clásico problema del dilema del prisionero. Una salida a este dilema es la amenaza del litigio y la intervención de los poderes públicos que respaldan esta amenaza, asumiendo que la amenaza sea creíble en la medida en que el tribunal nacional competente quiera otorgar fuerza obligatoria a los contratos y a las decisiones arbitrales.⁴ El juego del dilema del prisionero parece ser el modelo subyacente tras la afirmación de que las sanciones legales son un prerequisite necesario para el arbitraje y ciertamente, en un sentido amplio, para el cumplimiento de los contratos, pero la analogía del dilema del prisionero no caracteriza, en efecto, a la mayoría de tipos contractuales comerciales. Después de todo, la mayoría de los empresarios esperan mantenerse en actividad por un largo tiempo. Bajo tales circunstancias, las reciprocidades derivadas de los tratos continuos y las sanciones a la reputación pueden crear fuertes incentivos para la cooperación en el cumplimiento de los compromisos contractuales adquiridos. En esencia, la “reputación” y/o los beneficios de los tratos continuos son inversiones realizadas por los compradores y vendedores activos que pueden ser “capturados” por un grupo económico importante, según el modelo Williamson (1983), a fin de asegurar que el compromiso para cooperar es creíble. La amenaza de retractarse de un acuerdo de trato continuo redituable, puede inducir a ambas partes

4 Otra opción es la autotutela; si, en represalia, se manifiestan amenazas creíbles de violencia.

al cumplimiento individual de sus promesas incluso si una de éstas se pudiese beneficiar con el incumplimiento, de manera similar alguien puede invertir en crear una reputación de “fair dealing”, un buen producto, y/o servicios de alta calidad que genere una serie de negocios provechosos nuevos y continuos. Si tal persona o empresa se niega a cumplir con una obligación contractual que puede ser incluso una cláusula arbitral, esa reputación puede dañarse severamente debido a la difusión que hará la parte afectada de dicha conducta disfuncional. Otros agentes probablemente modificarán sus prácticas comerciales con el ofensor. Un potencial socio comercial simplemente puede elegir no negociar con el agente no cooperante, y si todos reaccionan de la misma manera el resultado será el ostracismo a gran escala. También es posible el ostracismo parcial o condicional. El potencial socio comercial puede acordar negociar con la parte a quien se le imputa la conducta disfuncional, pero solamente si se configuran las condiciones que acusen un riesgo menos elevado al esperado, quizá mediante la exigencia de ganancias relativamente más elevadas –por ejemplo, requiriendo precios más elevados si éste vende o más bajos si compra– o por el otorgamiento de una garantía. Estas condiciones actúan a manera de sanción ya que elevan los costos de hacer negocio.⁵

La fuerza de la amenaza de captura varía en diversos ambientes institucionales. Por ejemplo, rechazar el trato con alguien acusado de conducta disfuncional puede ser muy costoso si no existen sustitutos disponibles a lo ofrecido por la parte acusada. Un ambiente competitivo convierte la amenaza de sanciones privadas en algo relativamente creíble. Otros factores institucionales también afectan la credibilidad de las amenazas de captura.

- Instituciones Políticas.- Los horizontes temporales son elementos determinantes de la fuerza de los potenciales efectos en la reputación, como también lo son a efectos de fijar las tasas de descuento en las relaciones de trato continuos. Los incentivos para invertir en la construcción y el mantenimiento de la reputación se debilitan significativamente, por ejemplo cuando el horizonte temporal del agente decisor es corto. De manera similar, altos niveles de incertidumbre tienden a socavar el potencial de las sanciones privadas, tales como las amenazas a la reputación o a las relaciones de largo plazo. Rubin (1994: 32) explica que mucha de la incertidumbre que existe en gran parte de los mercados refleja la inestabilidad política. Cuando los derechos de propiedad son inestables debido al potencial comportamiento oportunista del gobierno (por ejemplo, cambios en la política tributaria a fin de capturar las cuasi-rentas que surgen gracias a las inversiones

en la reputación), o a la inestabilidad en el marco regulatorio como resultado de las reacciones políticas a las demandas de los grupos de interés, o a la corrupción de los reguladores, los incentivos para invertir en la reputación son débiles, de manera tal que las amenazas de las sanciones privadas probablemente también lo sean. Bajo estas circunstancias, Rubin (1994) cuestiona que las sanciones legales que apoyan el arbitraje sean incentivos importantes para arbitrar (Rubin 1994). En efecto, esto supondría que un gobierno que es tan corrupto y/o ineficiente como para crear derechos de propiedad estables, fuera suficientemente confiable y/o eficiente como para otorgarle fuerza efectiva a los contratos.

Un gobierno puede también elevar los costos derivados de la utilización de las sanciones privadas, por ejemplo, el uso de boicots, o la distribución de cierto tipo de información podría ser declarada ilegal. Un ejemplo de ello lo tenemos en los Estados Unidos cuando en la controversia entre la *Paramount Lasky Corporation vs. United States*, 282 U.S. 30 (1930), un acuerdo explícito de boicot dirigido a sustentar un sistema de arbitraje fue desmontado por la Suprema Corte de los Estados Unidos. Un grupo de productores cinematográficos acordaron una cláusula arbitral en todos los contratos celebrados con los exhibidores de películas, y para boicotear a cualquier exhibidor que rehusara el arbitraje o se negara a aceptar un fallo arbitral. Este acuerdo se consideró ilegal a pesar del hecho que no hubiese prueba de que el propósito de este no fuera otro que hacer efectivo el arbitraje (es decir, no hubo intención alguna de crear un cartel).⁶ En la medida en que las reglas contra tales acciones privadas se puedan aplicar, las sanciones privadas pueden ser incentivos insuficientes para aceptar el arbitraje.

- Insituciones Privadas.- Los compromisos arbitrales y las amenazas a la reputación pueden convertirse en más creíbles, en muchos casos, si individuos con intereses recíprocos en interacciones de largo plazo crean organizaciones contractuales tales como sociedades o intercambios comerciales. Dependiendo de los requisitos para ser miembro (p.ej., la fuerza de las sanciones impuestas por el grupo), una afiliación a tal organización puede ser una información que implique una obligación o aseguramiento (una señal creíble de comportamiento reputable). Además, el grupo puede proveer mecanismos para superar las fricciones en la comunicación. Esos grupos pueden también rebajar los costos de transacción del arbitraje mediante el establecimiento

5 Un ejemplo moderno es el mecanismo de valoración de reputación aplicado por eBay en que las ventas, los precios y la perdurabilidad varían significativamente entre los vendedores, dependiendo de sus feedback records, con un feedback desfavorable que implica "castigo" pero no un ostracismo inmediato (Cabral y Hortacsu 2004: 1-2).

6 Lo que constituiría un giro en sentido opuesto a lo resuelto en el caso *Paramount Lasky*, lo tenemos en *Silver vs. New York Stock Exchange* (373 U.S. 341 (1963)). En este caso, se consideró que la aplicación de las reglas del mercado de valores mediante el boicot, no constituía violación de las leyes antimonopolio, dadas las salvaguardas procedimentales adecuadas existentes en los intercambios. “Incluso antes de *Silver* generalmente se asumía que las leyes antimonopolio no tenían aplicación en el marco de la autonomía privada de los intercambios regulados” (Landes y Posner 1979: 257).

de acuerdos de arbitraje internos. Así, la afiliación puede incluir una obligación contractual de boicotear a quien se niegue a cumplir un compromiso de arbitraje o a aceptar su fallo. En realidad, cualquiera de las partes que rechace el arbitraje puede ser inmediatamente expulsado de la organización aunque dependiendo de las circunstancias pueden imponerse sanciones menos severas.

No todas las transacciones se producen entre miembros de sociedades e intercambios comerciales, en efecto, el arbitraje puede provenir también de otras fuentes [p.ej., a través de organizaciones tales como la Cámara Internacional de Comercio (ICC) o la *American Arbitration Association* (AAA), o de instituciones privadas que presten tales servicios]. En efecto, tales alternativas pueden reducir los incentivos para crear o afiliarse a grupos de negocios, particularmente si un empresario se encuentra en la posición de amenazar con sanciones severas sin contar con el respaldo de una organización. No obstante, si los empresarios no pertenecen a una organización debido a que los problemas de acción colectiva generan la elevación de los costos de transacción derivados de organizarse, entonces al menos, para alguno de éstos, las sanciones privadas podrían constituirse en desincentivos para negociar o arbitrar, en parte ya sea porque los canales de comunicación son informales y relativamente no efectivos y en parte, en razón de la falta de mecanismos de sanción automática que una organización puede imponer. Las transacciones pueden incluso involucrar negocios de única vez o intercambios repetidos. De esta manera, para algunos organizados bilateralmente, la amenaza de sanciones legales a través del litigio puede aplicarse para incentivar la aceptación del arbitraje en caso de controversia.

- Racionalidad limitada.- Son pocas las ocasiones en que muchos hombres de negocios se ven involucrados en un conflicto que no pueda ser resuelto mediante la negociación directa o la salida (retiro) del negocio, y que, puedan no pertenecer a una organización en la que deban observar el arbitraje entre otras partes. Por lo tanto, pueden no hallarse familiarizados con el arbitraje, o pueden no entenderlo. Si emerge un conflicto imprevisto y aparentemente irresoluble, el individuo puede acudir al litigio judicial, relativamente más conocido. En efecto, una manera de reunir información es buscar la consultoría de alguien reputado como experto en resolución de conflictos, pero lo más probable es que tal información provenga de un abogado. La información asimétrica y los intereses propios del abogado sugieren que los problemas del agente principal sean resueltos mediante el proceso judicial antes que mediante el arbitraje. En este contexto, sin embargo, quizá la aprobación de las normas que disponen el respaldo del arbitraje por los tribunales, podría generar una conciencia respecto a su consideración como alternativa e incluso crear

una fuente de credibilidad para los compromisos de arbitrar entre las empresas (esto también vuelve al arbitraje más atractivo para los abogados como se explica *infra*). Por lo tanto, tales normas pueden desviar algunos conflictos del litigio judicial hacia el arbitraje, lo cual reduce los costos de transacción para su solución. Esto sugiere que dichas normas son deseables a menos que presenten algunos efectos adversos, aunque, en realidad no los presentan.

- Amenazas de litigio y costos de transacción.- Consideremos los impactos de las normas sobre el arbitraje aprobadas en los Estados Unidos durante la década de 1920. Antes que varios estados aprobaran las normas que obligaban a los jueces a dar cumplimiento a los acuerdos de arbitraje y a sus fallos, con frecuencia, esos acuerdos y decisiones no se consideraban vinculantes por los jueces que eran hostiles al arbitraje. Sin embargo, el arbitraje comercial era de uso continuo y difundido desde inicios del período colonial, demostrando que las amenazas de litigio no son requisitos previos para el arbitraje en muchas ocasiones (Benson 1995). Alrededor de 1920, en un gran segmento de la comunidad de empresarios estadounidense, los tribunales nunca eran invocados para las disputas contractuales. Entonces, ¿por qué los estados aprobaron normas que obligaban a los tribunales a respaldar el arbitraje?

El primer impulso político detrás de las normas del arbitraje provino de los colegios profesionales toda vez que los abogados consideraron el uso creciente del arbitraje sin su intervención como una amenaza al control que ostentaban sobre la elaboración del contrato y la resolución del conflicto (Benson 1995). Los abogados ofrecieron razones de “interés público” para las normas, de acuerdo, pero una serie de efectos claramente estaban dirigidas a beneficiar su profesión. Por ejemplo, Cohen (1921: 150) observó que, antes que “ser despojado de la jurisdicción sobre el arbitraje, a los tribunales les es otorgada jurisdicción sobre éste.”

Antes de la aprobación de las normas, la credibilidad para los acuerdos arbitrales provenía de las sanciones privadas, a menudo impuestas por grupos empresariales formales e informales. Con la aprobación de la norma, los estados afirmaron esencialmente que éstos eran la fuente de autoridad para tales acuerdos. No es sorprendente que un gran número de demandas llevadas a los tribunales fueran interpuestas precisamente en los estados que aprobaron dichas normas, lo que generó una “monumental tragicomedia” en la medida en que los individuos que acudían al arbitraje con la finalidad de evitar el litigio se encontraban finalmente litigando, no respecto al fondo de la controversia sino respecto al fondo y las características del arbitraje mismo (Isaacs 1930: 149-151). Las empresas que enfrentaban la perspectiva de una revisión en sede judicial debían compatibilizar el arbitraje con las normas arbitrales y la ley precedente incluyendo

el derecho procesal. Para ello la intervención de los abogados en el arbitraje se hacía necesaria.

- Problemas del agente principal.- Si la escalada del proceso judicial era simplemente la reacción inicial a la nueva legislación en tanto los individuos intentan definir los nuevos márgenes legales, entonces *ceteris paribus* la ventaja de los procesos judiciales sobre el procedimiento arbitral debería haber disminuido con el tiempo. No obstante, Ashe (1983: 42) explica que en los primeros años de la década de 1980 aún se podía ver el incremento del proceso judicial respecto al arbitral. El cuestiona que ello refleje la tendencia relativamente fuerte de los abogados de la parte vencida, de llevar a los tribunales una decisión o fallo arbitral en comparación con el empresario, vencido en el arbitraje, pero que no cuenta con la asesoría de un abogado. De hecho, para que ello suceda, las normas deberían haber generado el problema del agente principal. El consejo de un abogado que recomiende acudir a los tribunales puede ciertamente estar influenciado por sus propios intereses y la creciente complejidad de la legislación estatal en materia arbitral, incrementa la asimetría informativa entre abogado y cliente, de suerte que Ashe pudiera estar en lo correcto. El número creciente de fallos arbitrales llevados a los tribunales está realmente correlacionado con la intervención, también creciente, de los abogados en las decisiones empresariales (Ashe 1983: 42), lo cual sustenta su hipótesis.
- Desincentivos para establecer la cláusula arbitral y para arbitrar.- El potencial subyacente tras el litigio para fortalecer los compromisos que las partes serían capaces de ejecutar mediante las sanciones privadas puede “enfriar” la capacidad para asumir compromisos al grado que las partes se consideren incapaces de evitar los costos del litigio (Charny 1990: 428). La posibilidad de revisión judicial del fallo arbitral implica que la decisión arbitral pueda verse como menos determinante que lo que había sido antes de la aprobación de las normas (Willoughby 1929: 64; Ashe 1983: 42), lo cual implica un desincentivo para llegar a una solución arbitrada. Además, las partes en un conflicto pueden tener incentivos más débiles para usar el arbitraje. Considerando que las sanciones privadas pueden aplicarse incluso si las legales también lo han sido, los empresarios pueden evitar el arbitraje en favor del litigio en un esfuerzo por evitar sanciones múltiples (Charny 1990: 427). Esto puede a su turno, obstaculizar el desarrollo de relaciones de confianza en la medida en que el cumplimiento de los compromisos se percibirán como provenientes del efecto disuasivo de las sanciones legales.
- Moral hazard.- Las primeras investigaciones de Mentschikoff (1961: 14) sobre el arbitraje, usando los registros de la AAA concluyeron que la participación del abogado extiende y complica significativamente la mayoría de casos de arbitraje sin facilitar las decisiones. Una razón para ello es que

los abogados frecuentemente no comprenden los usos y las prácticas de negocios relevantes. De manera similar, Lazarus et al. (1965: 95) encontraron, en virtud del cuestionario distribuido a los árbitros, que los abogados tienden a estar menos que adecuadamente preparados para representar a sus clientes en el arbitraje y que prefieren el uso de prácticas más valoradas en el litigio antes que los procedimientos informales, de preferencia entre empresarios. En esencia, un *moral hazard* se crea en la medida en que los abogados tengan incentivos relativamente fuertes para eludir el arbitraje, el cual a menudo perciben como una etapa previa al proceso judicial antes que como una alternativa a éste. Además, tal como Lazarus y otros (1965: 102) resaltan, muchas de las ventajas del arbitraje surgen precisamente porque éste difiere del proceso judicial, pero algunos procedimientos arbitrales (p.ej., ante la AAA) han sido alterados para “adecuarse a la actuación de los abogados” haciéndolos más parecidos a los procesos ordinarios ante los Tribunales. De esta manera, las sanciones legales parecen haber incrementado significativamente los costos del arbitraje y reducido su atractivo. Los incentivos para incluir cláusulas arbitrales en los contratos han disminuido, al menos hasta cierto punto, y el potencial para contratar podría también haberse reducido. Después de todo, los empresarios tienen que ser más cuidadosos y formales al redactar sus contratos a fin de asegurar que un juez poco informado no cometa errores. Por lo tanto, los abogados se convierten en un importante factor para la elaboración del contrato, y el costo de contratar se incrementa desde su inicio.

- El objetivo de los costos de transacción.- Cuan difundidos e importantes han sido estos costos de transacción en crecimiento, es de hecho difícil de determinar. La participación de los abogados en los arbitrajes de la AAA, en calidad de asesores jurídicos, se elevó del 36 por ciento en 1927 al 70 por ciento en 1938, 84 por ciento en 1942, y 91 por ciento en 1947 (Auerbach 1983: 111; Kellor 1948: 26), y dado que la AAA ha sido la fuente de arbitraje más conocida y estudiada, muchos escritores asumirían que sus procedimientos son representativos del arbitraje en general. Sin embargo, esto no es así. Después de todo, mientras los jueces y los abogados iban haciendo causa común en la AAA influyendo sustancialmente en sus políticas y procedimientos, y creando un ambiente favorable a la intervención “lucrativa” del abogado (Kellor 1948: 18, 69), la AAA suministró únicamente el 27 por ciento de los casos arbitrales a mediados de la década de los 50 (Mentschikoff 1961: 857). Muchos más casos de arbitrajes se dan bajo el amparo de varias asociaciones de comercio, y grupos empresariales generalmente optan por procedimientos más flexibles e informales que prescinden de los abogados. Mentschikoff (1961: 857) por ejemplo, reporta que alrededor del 40 por ciento de las asociaciones

comerciales de la nación prohibían explícitamente la representación del abogado en el arbitraje en la década de 1950, mientras que la intervención de éstos en los demás casos era “altamente improbable”. De manera similar, Lazarus y otros (1965: 92) investigaron 1,673 asociaciones de comercio, y todos los investigados indicaron que “no se alentaba” la participación de asesores legales en el arbitraje.

La heterogeneidad de la comunidad de negocios de hecho proyecta una luz diferente sobre los procedimientos de la AAA más “formales” que lo sugerido por Ashe, Auerbach y otros. Las asociaciones de comercio han superado el problema de la acción colectiva y han organizado un acuerdo natural de respaldo recíproco, de manera tal que ha sido relativamente fácil para ellos establecer sus propios sistemas de arbitraje especializados, mecanismos de transmisión de información y/o sanciones automáticas. Las empresas que no pertenecen a tales organizaciones pueden carecer de accesos disponibles para los procedimientos establecidos, pero aún así pueden intentar evitar el litigio, lento y costoso, acudiendo al arbitraje de la AAA o a numerosas opciones disponibles alrededor del mundo que no estén vinculadas a organizaciones específicas de arbitraje. Con seguridad, bien podría ser que para algunos (o muchos) de los miembros de la comunidad de negocios que optan por el arbitraje no administrado por alguna organización, la amenaza de litigio se constituye en la fuente primaria de credibilidad que respalda sus compromisos para arbitrar. Ello a su vez implica que, teniendo en cuenta que las sanciones privadas son relativamente débiles, la invocación de los tribunales es más probable y, en consecuencia, un fuerte incentivo para involucrar a los abogados desde un inicio. Los puntos tratados *supra* acerca de los problemas del agente principal y el *moral hazard* son aún pertinentes para aquellos empresarios que no pueden emplear las relativamente fuertes sanciones privadas que se hallan disponibles en las organizaciones, pero la intervención del abogado, al igual que en los procedimientos de la AAA, puede constituir la alternativa de bajo costo, dada la función que la amenaza de litigio cumple: estos costos son relativamente elevados, solamente cuando se comparan con una alternativa inaccesible. Esto no significa que los árbitros independientes -tales como los asignados a través de la AAA- pudiesen constituir la opción de bajo costo para la resolución de conflictos en ausencia de normas de arbitraje y la consiguiente necesidad de la pericia del abogado; sin embargo, como alternativa, incluso una alternativa menos onerosa se habría desarrollado sin necesidad de que la norma hubiera generado incentivos para involucrar a los abogados.

- ¿Cuándo el derecho extiende una sombra? - Conci- bamos la “comunidad de negocios” dividida en tres grupos a efectos de considerar las consecuencias de contar con sanciones legales que respalden el arbi-

traje. En primer lugar, una parte importante de dicha comunidad puede aplicar las sanciones privadas para dar cumplimiento a los contratos y a prevenir tanto la intervención del abogado como la de someter las decisiones arbitrales a una revisión en sede judicial. Así, la disponibilidad de la amenaza de litigio tiene probablemente un impacto poco significativo en tales negocios. El arbitraje entre los miembros de este grupo generalmente no es eclipsado por la sombra del derecho estatal. Los árbitros tendrán en cuenta los términos del contrato y los usos y prácticas consuetudinarios dentro de la referida comunidad de negocios a menos que el contrato estipule en sentido diferente.

En segundo lugar, parte de la comunidad de negocios puede ser incapaz de ejecutar los acuerdos arbitrales sin prescindir de las sanciones legales provistas por el estado. Sin embargo, en razón de la provisión estatal del litigio y de las sanciones legales, alguno de sus integrantes puede optar por la intervención de terceros para el arbitraje. La relativa importancia de las sanciones legales provistas por el estado los lleva a buscar la intervención de los abogados en el arbitraje y los problemas del agente principal y del *moral hazard* pueden relativamente generar un gran número de revisiones judiciales de los fallos arbitrales. De esta manera, los costos de resolución de conflictos son más elevados en promedio que aquéllos del primer grupo, pero son más bajos que lo que éstos serían sin la existencia de sanciones legales. La sombra del derecho estatal es, en este caso, muy oscura. El arbitraje permanece como una opción procedimental, pero no es mucho lo que puede hacer para optimizar la competencia inter-jurisdiccional y la selección del derecho aplicable.

Un tercer grupo puede vincularse a los dos primeros [en realidad, una relación sin solución de continuidad puede considerarse más realista]. Las sanciones privadas pueden ser relativamente débiles comparadas con el primer grupo, pero aún suficientemente fuertes como para incentivar la conformidad con el arbitraje en más supuestos prescindiendo de amenazas de litigio y de sanciones legales. No obstante, con el advenimiento de las sanciones legales y la posibilidad de revisar en sede judicial las decisiones arbitrales, las sanciones privadas pueden ser insuficientes como para desincentivar a alguna de las partes de acudir a los tribunales. En consecuencia, los árbitros y las partes tendrán incentivos para considerar cuál será el tratamiento que los jueces brindarán al arbitraje y a sus fallos. Es decir, los costos de transacción asociados con el arbitraje surgen para este grupo, en la medida en que la posibilidad de revisión judicial implique la intervención del abogado en el arbitraje. ¿Cuántos negocios, de hecho, han visto empeorada su situación por haber sido forzados a la intervención de los abogados y tener que considerar las implicancias de una revisión judicial? No hay manera de saberlo con certeza, en parte porque

los esfuerzos para situar al arbitraje a la sombra del derecho pueden desviar significativamente el desarrollo del arbitraje. Sin embargo, no se infiere que la cantidad de casos sometidos al arbitraje comercial sería dramáticamente menor en ausencia de la amenaza de litigio, en tanto existieran mejores incentivos para desarrollar mecanismos de sanciones privadas.

En general, una comunidad cerrada de empresarios suele ofrecer beneficios privados e imponer sanciones privadas que son suficientes para hacer del arbitraje una opción jurisdiccional, y de ese modo evitar la sombra del derecho. En total ausencia de dicha comunidad, quizás porque las tendencias en el proceso judicial socavan los incentivos para cooperar, el arbitraje puede aún sobrevivir si el estado lo ratifica como opción procedimental. Entre esos extremos hay situaciones en que el arbitraje sirve como un mecanismo para iluminar la sombra pero sin escapar completamente de ella. En algunos casos, las sanciones privadas serían factibles pero la amenaza de litigio puede verse como un sustituto de bajo costo. Sin embargo, bajo tales circunstancias, el arbitraje puede también extender una sombra, en la medida en que el estado puede ser inducido a reconocer diversos usos y prácticas aceptadas por los árbitros en un esfuerzo por reconocer también la competencia inter-jurisdiccional.

IV. EL DERECHO A LA SOMBRA DEL ARBITRAJE

Los estados y sus tribunales -a diferencia de las empresas- prefieren no tener que competir.⁷ En este contexto, los tribunales estatales, legisladores y/o *dictators*⁸ son frecuentemente hostiles hacia el arbitraje y el derecho consuetudinario e intentan eliminar o absorber esta fuente de competencia. Una manera de tratar de establecer jurídicamente un monopolio es imponiendo reglas de manera vertical. Incluso en una sociedad con un estado fuerte, algunos grupos son aún capaces de aplicar sus propias normas usando sanciones privadas, incluso cuando al hacerlo transgreden el derecho estatal. Esto sucede probablemente en los casos en que los beneficios generados a través de la interacción voluntaria son mayores y/o el grupo relevante interactúa a través de las jurisdicciones de diferentes autoridades de manera tal que la competencia inter-jurisdiccional se presente. Por lo tanto, cuando el estado intenta imponer sus propias reglas de derecho positivo y éstas colisionen con las normas del derecho consuetudinario, las normas a menudo favorecen a aquél. Tal como Nee (1998: 88) explica las “normas de oposición” inevitablemente evolucionan en tanto los incentivos creados por las instituciones sean débiles respecto a aquéllos para iniciar un litigio. Una

norma aceptada de comportamiento para mucha gente, sujeta a las reglas impuestas de manera vertical, puede ser la de “ignorar la regla impuesta coercitivamente es correcto si puedes librarte”. Por ejemplo, en la medida en la que los gobiernos europeos intentaron controlar el comercio marítimo a fin de gravarlo, y conceder autorizaciones a favor de numerosos monopolios entre 1500 y 1800, el “comerciante promedio y marino mercante” reaccionaron mediante la piratería y el contrabando, y una sustancial parte del comercio marítimo fue realizado transgrediendo normas de algunos estados (Rosenberg y Birdzell 1986: 92–96). Además, las clases medias e incluso las altas voluntariamente vistieron, bebieron y comieron bienes de contrabando (Rosenberg y Birdzell 1986: 93). Lo mismo ocurre actualmente en el comercio de drogas ilícitas y en los bienes que presentan alta imposición fiscal, así como en aquellos mercados altamente regulados. Los sectores informales en muchas regiones del mundo en vías de desarrollo son ejemplos evidentes (de Soto 1989, 2000).

En el comercio, la capacidad para contratar incluso cuando el gobierno intenta enervarlo pueda invalidar económicamente las reglas estatales desfavorables mediante el reconocimiento de otras reglas. Por ejemplo, De Alessi y Staaf (1991) enfatiza que la capacidad histórica de contratar con relación a las reglas influenciadas por decisiones del *common law* han constituido una importante salvaguarda contra la legislación judicial y/o el error judicial en los Estados Unidos y otras jurisdicciones sujetas al sistema del *common law*. La nulidad contractual sin embargo, también puede aplicarse a la legislación. La posibilidad de contratar invocando reglas no deseables varía claramente según los regímenes políticos. Por ejemplo, puede ser más fácil anular reglas creadas en el proceso, relativamente más descentralizado, del *common law*, que en el proceso legal del *civil law*, relativamente más centralizado. Cabe señalar que, probablemente, los compromisos asumidos deben ser creíbles para que contratar se constituya en una opción valedera. Esto significa que las sanciones privadas deben estar no solamente disponibles sino que deben ser lo suficientemente efectivas como para inducir a las partes contratantes a aceptar el arbitraje y sus decisiones en caso de surgir una controversia.

Si una parte del sector comercial desarrolla fuertes sanciones privadas a través, por ejemplo, de organizaciones tales como asociaciones comerciales, los esfuerzos estatales de monopolizar el derecho pueden tomar una forma distinta. Una alternativa a la imposición de reglas que pueden colisionar con las normas consuetudinarias es que el Estado simplemente las sancione como derecho positivo y asuma aplicarlas y ejecutarlas. La codificación del derecho comercial consuetudinario presenta una larga data (Berman 1983: 341, Mitchell 1904: 11, y Benson 1989) y se mantiene hasta la actualidad. Por ejemplo, el Código Uniforme de Comercio (UCC por sus siglas en inglés)

7 Los estados cuentan con muchas razones para luchar por la monopolización del derecho. Ver por ejemplo, Holcombe (1994), Levi (1988), y Benson (1999).

8 Al respecto consultar la bibliografía existente referida a la Teoría de la Elección Social (Nota del traductor).

de los Estados Unidos “captura la esencia del derecho del comerciante [derecho comercial consuetudinario]... habilitándolo para el cambio conforme a las prácticas actuales” (Chen 1992: 93). Chen asimismo cuestiona que la aprobación del uso del UCC sea superior al tratamiento que hacían los tribunales del *common law* de los usos y costumbres antes de la aprobación del UCC. De manera más general, el artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980, el cual ha sido incorporado en la legislación de muchos países, establece que las partes están obligadas por los usos y prácticas que se hubiesen establecido entre ellas, así como por el uso del que tuvieran conocimiento o debieran haberlo tenido y que es de conocimiento difundido en el comercio internacional y observado de manera regular en los contratos del tipo empleado por las partes.

Evidentemente, la costumbre no es la única fuente del derecho comercial que se halla en constante evolución. La legislación, incluyendo el derecho creado por los Tribunales, puede tener una influencia relevante en este proceso [ver Trakman (1983) y Benson (1995)]. Tal como Rubin (1995: 124) enfatiza, sin embargo, influencia no es lo mismo que control, y además, la influencia puede moverse en ambas direcciones. Nuevas reglas para el comportamiento en los negocios continúan en desarrollo mediante prácticas y negociaciones contractuales en evolución y algunas de ellas continúan siendo implícita e incluso explícitamente reconocidas por los jueces. Además, incluso cuando no lo son (quizá porque colisionan con las normas), los empresarios no requieren tratar a las decisiones judiciales (o las normas arbitrales) como elementos determinantes permanentes de las reglas de comportamiento. Son capaces de elaborar contratos que especifiquen diferentes tipos de comportamiento y que incluyan cláusulas arbitrales. Otras opciones también surgen; así, mientras muchos cuestionan que el derecho es aquello que los jueces dicen que es, únicamente esto es cierto hasta el punto en que los medios procesales se invoquen o se espere hacerlo; en caso contrario, podrá haber otras consideraciones dirigidas al control de la conducta de las partes y a menudo las habrá (Rubin 1995: 118); así, gran parte del derecho comercial en evolución dentro de los Estados Unidos permanece, sino independiente, al menos aislado de las regulaciones autoritarias (Rubin 1995: 124; Benson 1995).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASHE, B. F. 1983. Arbitration finality: myth or reality? *Arbitration Journal* 38: 42-51.

AUERBACH, J. S. 1983. *Justice Without Law?*. New York: Oxford University Press.

BENSON, B. L. 1989. The spontaneous evolution of commercial law. *Southern Economic Journal* 55: 644-661.

BENSON, B. L. 1995. An exploration of the impact of modern arbitration statutes on the development of arbitra-

tion in the United States. *Journal of Law, Economics, & Organization* 11: 479-501.

BENSON, B. L. 1999. An economic theory of the evolution of governance and the emergence of the state. *Review of Austrian Economics* 12: 131-160.

BENSON, B. L. 2000. Arbitration. In *The Encyclopedia of Law & Economics*, 159-193, eds. B. Bouckaert and G. De Geest, Aldershot, England: Edward Elgar.

BENSON, B. L. 2006. Contractual nullification of economically-detrimental state-made Laws. *Review of Austrian Economics* 19: 149-187.

BERMAN, H. J. 1983. *Law and Revolution: The Formation of Western Legal Tradition*. Cambridge, MA: Harvard University Press.

BERNSTEIN, L. 1992. Opting out of the legal system: extralegal contractual relations in the diamond industry. *Journal of Legal Studies* 21: 115-158.

BERNSTEIN, L. 1996. Merchant law in a merchant court: rethinking the code's search for immanent business norms. *University of Pennsylvania Law Review* 144: 1765-1821.

CABRAL, L. and Hortacsu, A. 2004. The dynamics of seller reputation: theory and evidence from eBay. *National Bureau of Economic Research Working Paper* 10363.

CASELLA, A. 1996. On market integration and the development of institutions: the case of international commercial arbitration. *European Economic Review* 40: 155-186.

CHARNY, D. 1990. Nonlegal sanctions in commercial relationships. *Harvard Law Review* 104: 373-467.

CHEN, J. C. 1992. Code, custom, and contract: the Uniform Commercial Code as Law Merchant. *Texas International Law Journal* 27: 91-135.

COHEN, J. H. 1921. The law of commercial arbitration and the New York statute. *Yale Law Journal* 31: 147-160.

DE ALESSI, L. and Staaf, R. J. 1991. The common law process: efficiency or order? *Constitutional Political Economy* 2: 107-126.

DE SOTO, H. 1989. *The Other Path: The Invisible Revolution in the Third World*. New York: Harper & Row.

DE SOTO, H. 2000. *The Mystery of Capital: Why Capitalism Triumphs in the West and Fails Everywhere Else*. New York: Basic Books.

DRAETTA, U.; Lake, R. B.; and Nanda, V P. 1992. *Breach and Adaptation of International Contracts: An Introduction to Lex Mercatoria*. Salem, NH: Butterworth Legal Publishers.

FULLER, L. 1981. *The Principles of Social Order*. Durham, N.C.: Duke University Press.

HOLCOMBE, R. G. 1994 *The Economic Foundations of Government*. New York: New York University Press.

- HORWITZ, M. 1977. *The Transformation of American Law, 1780-1860*. Cambridge: Harvard University Press.
- ISAACS, N. 1930. Review of Wesley Sturges, *Treatise on Commercial Arbitration and Awards*. *Yale Law Journal* 40: 149-151.
- KELLOR, F. 1948. *American Arbitration: Its History, Functions and Achievements*. Port Washington, NY: Kennikat.
- LANDES, W. M. and POSNER, R. A. 1979. Adjudication as a private good. *Journal of Legal Studies* 8: 235-284.
- LAZARUS, S.; BRAY, J. J., JR.; CARTER, L. L.; COLLINS, K. H.; GIEDT, B. A.; HOLTON, R. V., JR.; MATTHEWS, P. D.; and Willard, G. C. 1965. *Resolving Business Disputes: The Potential for Commercial Arbitration*. New York: American Management Association.
- LEESON, P. T. 2008. How important is state enforcement for trade? *American Law and Economics Review* 10: 61-89.
- LEVI, M. 1988. *Of Rule and Revenue*. Berkeley: University of California Press.
- LEW, J. 1978. *Applicable Law in International Commercial Arbitration: A Study in Commercial Arbitration Awards*. Dobbs Ferry, NY: Oceana Publications.
- LUCAS, M. M. 1987. The future of arbitration. *Arbitration Journal* 42: 55-59.
- MENTSCHIKOFF, S. 1961. Commercial arbitration. *Columbia Law Review* 61: 846-869.
- MITCHELL, W. 1904. *An Essay on the Early History of the Law Merchant*. Cambridge, England: Cambridge University Press.
- MURRAY, J. S.; Rau, A. S.; and Sherman, E. F. 1989. *Processes of Dispute Resolution: the Role of Lawyers*. Westbury, NY: Foundation.
- NEE, V. (1998). "Norms and networks in economic and organizational performance. *American Economic Review Papers and Proceedings* 88, 85-89.
- ROSENBERG, N. and L. E. Birdzell Jr. 1986. *How the West Grew Rich: The Economic Transformation of the Industrial World*. New York: Basic Books.
- RUBIN, E. L. 1995. The nonjudicial life of contract: beyond the shadow of the law. *Northwestern University Law Review* 90: 107-131.
- RUBIN, P. H. 1994. Growing a legal system in the post-communist economies. *Cornell International Law Journal* 27: 1-47.
- SHAVELL, S. 1995. Alternative dispute resolution: an economic analysis. *Journal of Legal Studies* 26: 1-28.
- STURGES, W. A. 1930. *A Treatise on Commercial Arbitrations and Awards*. Kansas City: Vernon Law Book Company.
- TRAKMAN, L. E. 1983. *The Law Merchant: The Evolution of Commercial Law*. Littleton, CO: Fred B. Rotham & Company.
- VAN DEN BERG, A. J. 1981. *The New York Arbitration Convention of 1958*. Deventer, The Netherlands: Kluwer Law and Taxation Publishers.
- VOLCKART, O. and Mangels, A. 1999. Are the roots of the modern *Lex Mercatoria* really medieval? *Southern Economic Journal* 65: 427-450.
- WILLIAMSON, O. E. 1983. Credible commitments: using hostages to support exchange. *American Economic Review* 83: 519-40.
- WILLOUGHBY, W. F. 1929. *Principles of Judicial Administration*. Washington, D.C.: Brookings Institute.
- WHYTOCK, C. A. 2008. Litigation, arbitration, and the transnational shadow of the law. *Duke Journal of Comparative and International Law* 18: 449-475.