

El Arbitraje Internacional en el marco de la Cámara de Comercio Internacional (C.C.I): Panorama actual y principales tópicos*

International arbitration under the International Chamber of Commerce (ICC): Recent trends and mainy

Juan Manuel Rivero Godoy¹

Resumo

El artículo a continuación pretende describir en forma general la temática del arbitraje como medio de solución de controversias, el cuál muestra un significativo crecimiento en el mundo. Por otro lado, el arbitraje internacional, y en especial el aplicado a los negocios o comercio internacional plantea varias dudas. En especial al derecho aplicable al fondo del asunto. En este sentido, no siempre es seguro la aplicación de reglas entendidas como obligatorias, ejemplo de ello son los principios de la UNIDROIT o de la *lex mercatoria*. A su vez, se detalla la actualidad de forma estadística sobre el desarrollo del arbitraje desde los últimos años y un panorama general desde sus inicios en el marco de la Corte Internacional de Arbitraje. Además, se describirán los tópicos más importantes cuando de arbitraje se habla como lo es la ejecución de los laudos, las medidas cautelares, el derecho de fondo, etc. Finalmente, habrán de mencionarse algunos aspectos ya señalados, pero extraídos de algunos casos de la Corte y que refieren a la aplicación del derecho de fondo. Asimismo, se hará referencia a aquellas cuestiones que podrían ser importantes cuando una de las partes (Estado o particulares) suscribe una cláusula arbitral; y lo que ello significa.

Palabras-clave: Arbitraje internacional. Comercio internacional. UNIDROIT.

Abstract

The following article pretends to describe an incipient international mechanism of solution disputes, which actually shows a worldwide growing utilization. The application of international arbitration on international business and commerce leaves many doubts. Especially if an applicable rule of law is about. By the way, there is not security in the application of mandatory rules inside arbitration proceedings as the principles of UNIDROIT or *lex mercatoria*, for example, as the principal rule of law to be applicable therein. Despite of that, it can see an update vision from statistics about the growing development of arbitration, a general view can be provided since last years from the International Court of Arbitration researching. Besides, a brief description of the most important topics, for example, the enforcement of rendered awards, provisional and interims measures, applicable rules of law, etc. Finally, a reference of previous items, but extracted from the cases determined by Court shall be shown, especially on rules of law (Unidroit principles). Some of them have a significant treatment when one of the parties signs an arbitration clause as part of a contract, without meaning State or non State.

Keywords: International arbitration. International business. UNIDROIT.

* Recibido em 07.08.2014

Aprovado em 05.11.14

¹ Profesor Adscripto de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Correo electrónico: majestic477@gmail.com.

1 Introducción

La importancia del arbitraje internacional, en especial dentro de la comunidad internacional de negocios ha generado un incremento en el uso de este medio de solución de controversias (OLIVERA; ARECHAGA, 2000, p. 6). Las razones de recurrir al arbitraje privado internacional tienen variados fundamentos. Uno de ellos es evitar el acceso a las jurisdicciones locales, porque parecería que aparejan una connotación negativa, basada en los altos costos y las demoras (a veces injustificadas) en el procedimiento y el dictado de una sentencia.

Por otro lado, no siempre se dispone de una jurisdicción nacional suficientemente calificada o instruida para hacer frente a temas vinculados al mundo de los negocios (inversiones, tecnología, construcción, contratos internacionales, incoterms, finanzas, etc.). Es así, que algún autor refiera a que en Uruguay, por ejemplo, se pueda recurrir a este medio de solución de conflictos (MALEL, 1997, p. 28). Siempre y cuando se respeten algunas cuestiones que se vinculan con la noción de orden público (OLIVERA; ARECHAGA, 2000, p. 6).

Así también lo confirma Roque J. Caivano:

En los tiempos modernos el problema de cómo mantener la paz social se agrava porque el crecimiento demográfico, la mayor concentración de población en las grandes ciudades, el avance tecnológico y el aumento del tráfico de servicios y negocios, la generación permanente de nuevas necesidades sociales -entre otras muchas razones- han producido un aumento en la conflictividad, que a su vez ha desbordado las estructuras que el Estado provee para dirimirlos, esto es, el Poder Judicial. Como contrapartida, en los últimos tiempos se está verificando una mayor presencia de los métodos alternativos de solución de controversias, tales como la mediación o el arbitraje (CAIVANO, 2010, p. 1).

Dados estos elementos y el trabajo mancomunado de aquellos que se dedican a crear y consolidar otras alternativas para la resolución de conflictos, es que se ha creado un marco provisto, específico, en el seno de *The Chamber of Commerce International*² (C.C.I) para facilitar y poner a disposición de los usuarios las técnicas del arbitraje en una versión más moderna.

Lo cual se hace realidad con el nuevo Reglamento de Arbitraje de 2012. Otros reglamentos también forman

parte del Arbitraje-no ya de la C.C.I- en general y están al alcance de lo que las partes involucradas decidan y elijan.³

El auge de este medio de solución de conflictos tiene origen por la década de 1920 donde se crea la *Corte Internacional de Arbitraje*, cuyo fin fue (y es) transformarse en líder y centro de referencia en temas de comercio internacional y en especial para brindar un marco de litigio y de amistosa solución.

Es así que durante 2009-2010⁴ se han constatado más de 1640 demandas presentadas ante la C.C.I. Gran parte del fundamento de esta jurisdicción incipiente se asienta en los cambios experimentados en los últimos 20 años, como podrían ser:

- Surgimiento de una economía transnacional,
- Inversiones transfronterizas,
- Nuevas tecnologías,
- Búsqueda de especialistas en resolución de estos temas,
- Soluciones rápidas, menos costosas e informales,
- Etc.

Sin embargo, los aspectos que anteriormente hacían del arbitraje algo deseable, hoy muestran muchos de los “males” que presentan las jurisdicciones nacionales, que hacen de aquel la necesidad de un replanteamiento. No por su escasa importancia, sino porque ha comenzado a padecer los males de “los altos costos” y las “demoras” que antes lo hacían atractivo por la ausencia de ellos.

Pero esto tiene cierta explicación, que se basa en la complejidad de los casos sometidos, las articulaciones de las partes para dilatar el procedimiento, y otras tantas que podrían mencionarse, pero que se originan en la práctica judicial y se trasladan al arbitraje. Y no en menor lugar, las posibilidades “reales” de lograr la ejecución de un laudo en la jurisdicción nacional competente (según los casos y distintos criterios). Estos criterios pueden ser estudiados en el marco del derecho internacional privado (lugar del dictado del acto, lugar de ejecución, etc.).

Actualmente, la región de América Latina se está

³ Ejemplo son los reglamentos de la I.B.A (International Bar Association) y de la UNCITRAL que brindan reglas de procedimiento para instaurar y conducir el arbitraje. Visitar www.iba-world.com y www.unicitral.org/unicitral/es/index.html.

⁴ <http://www.iccwbo.org/court/arbitration/id5531/index.html>.

² Cámara de Comercio Internacional.

transformando en un mercado proclive como plataforma de la práctica arbitral actual, para llevar a cabo arbitrajes lejos de la Sede de la Corte Internacional de Arbitraje (París). Lo cual muestra el crecimiento y evolución del sistema arbitral. A diferencia del CIADI⁵ en el cual se litiga aún en la sede. Además, el C.I.A.D.I nuclea especialmente las demandas contra Estados por parte de los particulares (inversores).

Esta modalidad consolida de alguna manera la aproximación del arbitraje hacia la región y fomenta la necesidad de instruirse en este mecanismo de resolución de conflictos, a los cuales acuden no solo Estados sino también empresas.

En este sentido, se hace aconsejable entender las vinculaciones entre las inversiones extranjeras y el establecimiento de cláusulas arbitrales como alternativas a las jurisdicciones nacionales. Esto significa que muchas veces las necesidades de atraer inversiones se hacen bajo el marco de acuerdos generales de arbitraje o bajo los TBI⁶, es decir, muchos Estados han, por ejemplo, firmado el Tratado de Washington (CIADI) para resolver litigios relativos a inversiones en el Centro de disputas que aquel provee. Además, muchas de las actividades de personas (en especial empresas y en ocasiones inversores particulares) se rigen en cuanto al procedimiento a seguir y derecho de fondo aplicable, a reglas establecidas en reglamentos de arbitrajes. Lo cual lleva a que los Estados deban supeditar el ingreso de inversiones extranjeras bajo la firma de cláusulas arbitrales. Sin dudas que una investigación debería confirmar esta hipótesis preliminar. Es decir, *¿se podría hablar de una declinación de la soberanía de algunos Estados (pequeños y en vías de desarrollo) a raíz del peso que tienen las transacciones económicas que proveen inversión (capitales) y fomentan trabajo?*

Por otro lado, raramente se hace un análisis de los riesgos sobre la conveniencia de dejar un posible litigio en manos de una jurisdicción foránea y bajo reglas no siempre al alcance de los juristas estatales. Un ejemplo de esto último es el del Estado uruguayo, en sus litigios internacionales ha tenido que recurrir siempre a asesores extranjeros que son quienes entienden de estas reglas. Nuevamente, la necesidad para los Estados de América

Latina de incursionar y desarrollar su propio sistema es recomendable y se hace una necesidad en este siglo.

Los tópicos más relevantes del Arbitraje

1. La autonomía de la voluntad como base de la jurisdicción arbitral.
2. Las reglas de la C.C.I ¿procedimiento y derecho aplicable?
3. Medidas provisionales: previas, durante y posterior al arbitraje. La Convención de Nueva York 1958.
4. Arbitrajes múltiples: grupo societario, garantes, fiadores, etc. Diferentes puntos de conexión. Consolidación de arbitrajes.
5. La cláusula arbitral: Aspectos principales.
6. Redacción de los contratos con inclusión de cláusula arbitral.

2 La autonomía de la voluntad como base de la jurisdicción arbitral

Es de destacar que muchas de las cuestiones sobre el porqué acceder o acerca de la eficacia⁷ del arbitraje radican en la voluntad de las partes, no solo al adoptar el compromiso de constituir el arbitraje sino sobre cuales aspectos incluir en él. En esa decisión influyen aspectos como: el costo, la sede del arbitraje, el idioma, gastos en abogados y la aplicación del derecho de fondo en particular, éstas entre las más usuales.

Pero puede notarse una preocupación mayor: la eficacia del arbitraje. Por lo general cuando se acude al ámbito judicial, brindado por la garantía del Estado, hay una especie de sensación de mayor respaldo a lo actuado, dado que el juez tiene el respaldo de la fuerza pública. Este aspecto no aparece a simple vista en el arbitraje, lo cual lo deja al descubierto “a priori” sobre su eficacia, en especial por lo que implica el reconocimiento del laudo extranjero⁸.

En ese sentido, son las “partes” quienes deben dar pleno cumplimiento a lo dispuesto por un “juez privado” (árbitro), salvo que se apoyen en medidas cautelares que

⁵ Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas Inversiones. Visitar <http://icsid.wroldbanc.org>.

⁶ Tratados Bilaterales de Inversión.

⁷ En el sentido de cumplimiento de las órdenes dictadas en el marco de aquel.

⁸ En Uruguay hay un capítulo expreso en el Código General de Proceso sobre el laudo arbitral y le ejecución de sentencias extranjeras. En especial en el Título VIII sobre el Proceso Arbitral y Título X sobre Normas Procesales Internacionales.

respalden esas decisiones. Lo cual plantea la siguiente interrogante: ¿para qué acudir entonces al arbitraje?

Una de las causas de acceder al arbitraje es la necesidad de atraer inversiones, lo cual hace que los inversionistas extranjeros no quieran someterse en caso de controversias a las leyes del lugar⁹ (Estado) donde radican sus riesgos y ganancias, ya sea frente al Estado o a sus nacionales en las transacciones que se efectúan.

La otra causa, se da porque muchas veces los jueces nacionales no tienen la disponibilidad en tiempo de atender situaciones que ameriten rápida resolución y no tienen siempre la especialidad que se requiere para tratar temas complejos y con varios derechos de fondo susceptibles de ser aplicables. Ante esta situación (no siempre) el arbitraje da una respuesta efectiva en términos de tiempo, costos y certidumbre en el derecho aplicable.

Aún así, la fuerza del arbitraje (desde lo psicológico hasta lo normativo) radica en la autonomía de la voluntad, en el libre cumplimiento de lo que así se disponga. Aunque, esta premisa es válida solo para un aspecto del proceso: la etapa de conocimiento. Por otro lado, en la etapa de ejecución es ineludible acudir o buscar respaldo en la jurisdicción nacional, cualquiera ésta sea.

Lo importante, es destacar que las partes en una transacción tienen la posibilidad de pactar una jurisdicción distinta a la nacional que les brinde menores costos, rapidez, especialidad, flexibilidad y un idioma más familiar. Sobre todo cuando en América Latina los inversionistas pertenecen a países de habla inglesa o que utilizan el idioma inglés o francés para sus relaciones. Sin dudas que esta ventaja no siempre es bien recibida por parte de los Estados, ya que ante una eventualidad de litigio se hizo opción del arbitraje y van a tener que acudir a una jurisdicción extranjera en idioma extranjero y con asesores legales extranjeros¹⁰.

Por lo cual, no siempre el arbitraje es seleccionado bajo, lo que podría acordarse en llamar, la categoría jurídica de “autonomía de la voluntad” sino que viene impuesta por los cánones del mercado internacional, sobre todo en materia jurídica comercial. Es lógico que los grandes inversionistas busquen negociar un “forum

shopping” ante Estados necesitados de inversiones. También las empresas deben enfrentarse en sus diferentes acuerdos comerciales (contratos) a la instalación de determinadas cláusulas, entre ellas, el arbitraje.

3 Las reglas de la C.C.I ¿procedimiento y derecho aplicable?

En el reglamento que es proporcionado por la C.C.I no se detalla cual es el derecho aplicable (al fondo del asunto) en el marco del proceso arbitral iniciado. Solo sirve para saber cuál va a ser desde el procedimiento las reglas técnicas a seguir e indirectamente sugiere opciones al derecho aplicable.

Lo cual plantea preguntarse, si en este caso también es trasladable la regla de “*iura novit curia*”, en especial cuando nada dicen las “partes”. En este sentido, si las partes en el acuerdo (contrato) que contempla la relación comercial, o la que fuere, incluyen cual es el derecho aplicable a sus relaciones, no habría problema dado que el árbitro tiene a su disposición el derecho de fondo aplicable y seleccionado libremente por las Partes. Solo habría que hacer un reenvío al contrato y observar cuáles reglas estatuyeron los contratantes.

Aunque, si el arbitraje fue pactado y se dispuso la equidad (arbitraje de equidad)¹¹ es consecuente con ello que el árbitro aplique el derecho o la solución que entienda pertinente, esa libertad se la da la opción del arbitraje por equidad. Ante esto, parecería que las partes no deberían objetar la decisión del laudo dado que ya obró la voluntad en ese sentido, sería una contradicción a la regla de la autonomía y en especial a la buena fe¹². No debe olvidarse que la buena fe es una regla muy utilizada y seguida en las relaciones internacionales para exigir el cumplimiento de los compromisos internacionales.

Otra cosa sucede con el arbitraje clásico o de derecho, donde el árbitro debe decidir cual derecho es el aplicable, pero en especial cuando nada se menciona en el contrato, sobre todo un derecho específico. Para ello, hay que comenzar, desde un plano lógico, por entender cuales reglas radican en el contrato. Si existen reglas aplicables

⁹ La llamada “lex fori”.

¹⁰ Véase sino el caso del Estado uruguayo, tanto frente a la Corte Internacional de Justicia por las Pulp Mills como ahora ante el CIADI por Philip Morris, Uruguay tuvo que acudir a asesores extranjeros y litigar con un derecho de fondo extranjero. Visitar www.icj.org and <http://icsid.worldbank.org>.

¹¹ Artículo 21 N° 3 del Reglamento C.C.I “*El tribunal..... o decidirá ex aequo et bono únicamente si las partes,....., le han otorgado tales poderes.*” Disponible en www.iccwbo.org

¹² La Corte Internacional de Justicia ha consagrado la importancia de tal principio o regla, como en el caso de las Pesquerías entre la R.F. de Alemania e Islandia 1972.

en él, es claro que el árbitro podrá hacer uso de ellas. Así se menciona en el artículo 21 N°2 del Reglamento C.C.I. “El tribunal deberá tener en cuenta las estipulaciones del contrato....”.

Aunque no siempre resulta claro establecer cuál es el derecho de fondo a ser aplicado, dado que constituirá materia de controversia si una de las partes entiende que el laudo no está debidamente justificado. En este caso al árbitro se le abren varias opciones que, lógicamente, deberá justificar:

- aplicar el derecho comercial de costumbre en el plano internacional, sobre todo porque son “partes” de distintos países,
- ello implica hacer uso de las normas jurídicas relativas a contratos y relaciones comerciales internacionales (reglas de la UNIDROIT, UNCITRAL, etc.), así lo dispone el artículo 21 N°2 del Reglamento C.C.I en cuanto a “usos comerciales”,
- aplicar el derecho del lugar en donde el contrato tenga cumplimiento, que puede coincidir o no con la Sede del arbitraje, hasta incluso recurrir a los órdenes internos de cada “parte”,
- etc.

La adopción de un derecho a aplicar no es un asunto fácil cuando el contrato nada menciona. Las opciones que se le presentan al juez son varias y todas ellas posibles desde un plano de justificación, y más aún, cuando las “partes” fueron omisas en hacer una remisión expresa. Ante lo cual, el árbitro debe en su tarea aplicar un derecho; y esa omisión no debería ser obstáculo a la decisión final. Dado que la diferencia sustancial (ya mencionada más arriba) es la asistencia inmediata de la fuerza pública entre la jurisdicción nacional y el arbitraje, y las etapas de conocimiento en ambos son similares hoy día (tiempos, costos, etc.), parecería que la regla del *iura novit curia* también debería aplicarse. De lo contrario el árbitro deberá decir que no puede resolver el litigio por ausencia de normativa, lo cual a estas alturas parece ilógico y desmedido.

Desde el momento que se decide acceder al arbitraje está implícito (al igual que en la jurisdicción nacional) que el decisor (árbitro) conoce cuál es el derecho que mejor se adapta al caso, o al menos que lo justificará en esa búsqueda que suplanta a la omisión de las “partes”. El reglamento de la C.C.I así parece reconocer la mentada regla en la disposición del artículo 21 N°1 segunda parte

“A falta de acuerdo de las partes, el tribunal arbitral aplicará las normas jurídicas que considere apropiadas”. Es el claro reflejo de la aceptación de la regla procesal mentada del *iura novit curia*.

Uno de los temas controversiales, en este tópico, es la aplicación de la “*lex mercatoria*” por parte de los árbitros. Dado que se discute si realmente dicha *lex mercatoria* es un ordenamiento jurídico internacional consolidado en temas comerciales que deba ser aplicado obligatoriamente por los árbitros. En este sentido Silvina Grande señala que:

Michael Mustill, entre otros, objetó la concepción originaria de la *lex mercatoria*. Sostuvo, contra la creciente autonomía de la *lex*, que no existe ninguna autoridad internacional con el poder normativo necesario para crear un ordenamiento jurídico al cual deba someterse toda la comunidad internacional de negocios (GRANDE, 2008, p. 8).

Aún así, hay autores como Ignacio García que sostiene que:

La *lex mercatoria* es, en términos muy generales y abstractos, un ordenamiento. Contiene todos los elementos propios de un lenguaje normativo (hecho, valores, normas y sanciones. Es impuesto al sujeto y no procede de su interioridad. Ante el incumplimiento de cierto deber-ser en el comercio, la *lex mercatoria* impone una sanción (GARCÍA, 2009, p. 166).

En un análisis de 2008 de Silvina Grande que toma como tiempo de estudio el período 1974-2000 y donde se estudiaron 39 laudos arbitrales de la C.C.I, se arribó a los siguientes resultados:

- 7 casos versan sobre arbitrajes por equidad donde se aplica la *lex*,
- 6 fueron resueltos sin acudir a un derecho en especial,
- 26 versaron sobre el derecho aplicable en arbitrajes de derecho,
- De esos 26 laudos 11 se pronuncian a favor de la aplicación de la *lex*,
- 5 rechazan esa aplicación de la *lex*,

De la investigación realizada Silvina Grande extrajo la siguiente conclusión:

[...] *lex mercatoria* no es mencionada en el casi 39% de las sentencias relevantes (el 22% del total analizado). Esto indicaría en definitiva que no puede apoyarse la tesis de la existencia de la *lex mercatoria* como derecho aplicable a la solución de controversias en el comercio internacional con fundamento en la jurisprudencia de la C.C.I porque aún sobre la base de la cantidad de laudos que la C.C.I indica como referidos

a la *lex mercatoria* (en donde los porcentajes deberían ser muy altos) únicamente el 24% se pronuncian en favor de la misma como derecho aplicable, [...] (GRANDE, 2008, p. 17).

Por otro lado, *¿cómo juegan los mentados “principios”¹³ Unidroit?* Es interesante hacer un breve repaso de los principios o reglas más aplicadas en el arbitraje internacional que lógicamente tienen trascendencia para los contratos comerciales internacionales. Cabe acotar que la *lex mercatoria* no se agota en los principios, se entiende que es mucho más amplia en su aplicación.

Ejemplo de ello, existe un caso ante la C.C.I sobre la aplicación de estos principios reconocidos por el arbitraje internacional, en este caso el tribunal arbitral ante un contrato entre un parte francesa y otra rumana tuvo que aplicar no solo disposiciones del derecho rumano (así lo indicaba el contrato) sino que acudió a las disposiciones de la ley francesa y principios de la Unidroit.¹⁴ (Caso N°10930).

En otro asunto (Caso C.C.I N°13012 de 2004) en “Un contrato entre una empresa francesa, y una empresa estadounidense, no hace referencia respecto del derecho aplicable al acuerdo, la primera invoco la aplicación de la ley francesa, la otra, la aplicación de la ley del estado estadounidense de Illinois, el tribunal determinó que ninguno de los FACTORES DE CONEXIÓN eran lo suficientemente convincentes, como para aplicar alguna legislación en particular, así que la decisión se basó en los principios generales del derecho y la *lex mercatoria*. Se recurre a los principios de UNIDROIT como regla primaria para determinar de aplicación al contrato”.

Si bien la controversia entre cuál es el derecho aplicable al fondo del asunto, Piedra Poveda ha manifestado que:

Sobre el particular, sea sobre el derecho aplicable a los contratos, el Preámbulo de los Principios de UNIDROIT en su versión 2010, establece al respecto ciertas reglas básicas como guía para los árbitros, puntos sobre los cuales se ha desarrollado la jurisprudencia; (PIEDRA POVEDA, 2012, p. 11).

En ese sentido el Caso C.C.I N°12193¹⁵ de 2004 muestra que “...el caso de un contrato de distribución entre un fabricante alemán y un distribuido libanés, en el cual el contrato no establecía lo referente a la ley aplicable al mismo, en este se determinó que la ley aplicable iba a ser la ley libanesa. Una de las partes solicitó la aplicación subsidiaria de los principios generales del derecho o *lex mercatoria* como se expresa en los principios de UNIDROIT –lo cual fue rechazado - según el tribunal arbitral, porque la aplicación de la *lex mercatoria* solo se justifica si el contrato está estrechamente relacionado con más de un país o si el derecho nacional aplicable falla en proveer de solución al asunto debatido. Hace referencia el tribunal arbitral al artículo 7.4.1 de los Principios de UNIDROIT para demostrar que la disposición correspondiente de la legislación libanesa se ajusta a la *Lex Mercatoria*”.

En otro caso, “[...] al caso de un fabricante italiano, que constituyó una serie de contratos con un distribuidor de Liechtenstein para el suministro de tuberías. Posterior a las primeras entregas surgió una disputa entre las partes, cada una acusando a la otra de haber infringido sus obligaciones respecto del contrato, llegando las partes finalmente a un acuerdo de solución, pero poco después empezaron a discutir sobre el adecuado cumplimiento de este acuerdo. El Tribunal Arbitral sostuvo que, mientras que los contratos de ventas individuales se rigen por la Convención de Naciones Unidas sobre los contratos de Compraventa Internacional de Mercancías (CISG), el acuerdo de solución estaría regido por la ley italiana. Sin embargo, a la hora de resolver el asunto por el fondo, el tribunal Arbitral se refirió repetidamente, además de las disposiciones relevantes del Código Civil italiano, a disposiciones contenidas en Convención (CISG) y a los Principios UNIDROIT, definiendo ambos como texto como “textos normativos que pueden ser considerados de utilidad en la interpretación de todos los contratos de una naturaleza internacional”. En particular, con el fin de determinar el alcance del acuerdo de solución, el Tribunal Arbitral aplicó las reglas de interpretación contenidas en los artículos 1362-1371 del Código Civil italiano, destacando sobre todo el principio de buena fe. En apoyo, se refirieron a las normas contenidas en los artículos 1.7

¹³ Sin dejar pasar por alto que los principios han sido una creación del método jurídico y recogido por la jurisprudencia, pero probablemente tengan recepción normativa en el derecho positivo. Y sin más, cuando tales “principios” son aplicados, *¿se hacen desde una óptica de una nueva fuente o como una práctica o uso o costumbre?*

¹⁴ Caso N°10930 de 2002, C.C.I.

¹⁵ Visitar el sitio www.unilex.info Unidroit Principles of International Commercial Contracts.

y 4.1 - 4.8 de los Principios de UNIDROIT” (Caso C.C.I N°8908 de 1998)

En estas breves referencias puede constatar que los tribunales arbitrales sea en forma prevalente o subsidiaria (complementaria) terminan invocando algunos principios que refieren a los de la UNIDROIT, pero no en exclusividad, aún así el problema radica en cuál es el grado de certeza existente en cuanto a su aplicación, esa certidumbre se vuelve más plausible en la medida que el contrato entre las partes nada diga o sea ambiguo, en cuanto al derecho aplicable. Esto último da margen al árbitro para aplicar esos usos o costumbres del comercio internacional, que en principio tienen reflejo en lo que dispone la UNIDROIT. Sin dudas, que otra cuestión que afecta su aplicación o que hace de los detractores entender que no es un cuerpo normativo obligatorio de aplicación, es que se entiende que no hay un organismo internacional mundial que imponga el deber de aplicar tales principios o reglas. Este argumento va sobre todo contra la existencia o fuerza obligatoria del derecho internacional en general. Si bien las relaciones entre la UNIDROIT y la UNCITRAL terminan por elaborar convenios internacionales que recogen tales prácticas. Y como se sabe la costumbre¹⁶ internacional es considerada una de las fuentes de constatación de normas internacionales, que por lo general termina siendo recogida por las convenciones.

Este es uno de los tantos motivos del porqué dejar en claro al momento de establecer la cláusula arbitral cuál va a ser el derecho aplicable, no hay que olvidar que el arbitraje tiene como fundamento la autonomía de la voluntad de las partes como categoría jurídica, si éstas hacen referencia a tal o cuál ordenamiento jurídico (ley aplicable), el árbitro tiene el deber de fallar en base a tal normativa.

4 Medidas provisionales: previas y dentro del arbitraje. Convención de Nueva York.

Según el nuevo reglamento¹⁷ el procedimiento tiende a dictar una decisión vinculante posible de ejecutarse bajo las disposiciones de la Convención de Nueva York de 1958 (para aquellos que la han suscripto),

es decir en los territorios de los Estados Partes; y bajo disposiciones de arbitraje doméstico para quienes no son partes de aquella¹⁸. Generalmente, esto último se halla en códigos procesales o leyes nacionales.

Ésta es una de las cuestiones que más importancia reviste, por ser claramente de contenido práctico. Y se refiere a la posibilidad de que un árbitro dicte *conservatory and interim measures* antes, durante o posterior al laudo y que sea efectiva. Así lo establece la disposición del artículo 29 del Reglamento de la C.C.I. Sin embargo, la mencionada disposición es bajo el supuesto de un tribunal arbitral ya constituido, en cambio, bajo el supuesto del “*emergency arbitrator*”¹⁹ también pueden solicitarse aquellas antes de haberse instaurado el tribunal arbitral, lo cual es novedoso²⁰. Pero lo más llamativo es preguntarse *¿cómo se efectiviza desde la práctica?* Porque parecería que no bastaría solo con que las “partes” se comprometan a cumplir la orden del árbitro. Esa orden *¿tiene la misma fuerza de una orden dictada por un juez nacional?*, en la cual ordena un embargo de cuenta bancaria o en un registro público, por ejemplo. Esa medida cautelar dictada por el árbitro de emergencia debe estar reconocida en el ordenamiento interno procesal del Estado donde se presenta y que una de las Partes tenga bienes, y que además no contradiga aspectos de jurisdicción con el Poder Judicial local.

Ante estos casos el Reglamento nada menciona, aunque habría que ver estas posibilidades bajo la Convención de New York de 1958, dado que así se menciona al inicio del Reglamento. O proceder a revisar las disposiciones sobre arbitraje doméstico según corresponda. En ambos supuestos, lo que se puede inferir lógicamente es que la orden del árbitro (sea cual fuere y en la modalidad que fuera) debe estar respaldada por algún tribunal nacional del Poder Judicial, habilitado por su ley doméstica o por haber su Estado suscripto el Convenio de New York. Las disposiciones de los Art. 3²¹ y siguientes obran en ese sentido.

Por otro lado, no se excluyen la aplicación de otros convenios que contengan similares expresiones y que posibiliten no solo el reconocimiento de tales laudos

¹⁸ Que por lo general se hallan en los diferentes Códigos de Proceso como en Uruguay por la ley 19.090.

¹⁹ Artículo 29 del Reglamento CCI.

²⁰ Y controversial dado el carácter excepcional que reviste.

²¹ Del Convenio de New York de 1958.

¹⁶ En realidad debe entenderse el procedimiento por el cual se forma la costumbre, ésta solo constata su existencia.

¹⁷ Arbitration and ADR Rules, CCI.

arbitrales, sino la posibilidad de obtener su ejecución. Ejemplo de ello tenemos (entre otras) la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros o incluso la Convención sobre Arbitraje Comercial Internacional.

En cuanto a la medida cautelar ordenada por el árbitro de emergencia, previa constitución del arbitraje, dicha orden debe estar conforme a lo establecido en el ordenamiento interno que se pretende su ejecución. Como referencia, en Uruguay, el Código General de Proceso²² en su Cap. IV del Título VIII p. 272 establece el procedimiento para las medidas cautelares. En ese sentido, una vez presentada ante el juez competente, del Poder Judicial nacional, la medida ordenada por el árbitro extranjero, se deberá presentar la demanda pertinente en el plazo de 30 días²³, sino el que solicitó la medida deberá pagar los daños y perjuicios ocasionados (art. 311.2). Además, el tribunal nacional tiene facultad de solicitar la contra cautela que entienda pertinente (art. 313. N° 5).

Estas normas se complementan con el Título X Cap. III sobre Normas Procesales Internacionales, en especial la cooperación internacional en materia cautelar. Si bien los tribunales locales darán cumplimiento a la medida cautelar ello no implica que reconozcan el laudo a dictarse en ese proceso. Para ello hay que cumplir con los requisitos establecidos en el Cap. IV sobre reconocimiento de sentencias extranjeras y su ejecución. Aplicables a los laudos internacionales (art. 543).

En cuanto a la Convención de Nueva York de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, es de observar que no consagra expresamente las medidas cautelares antes de constituirse el arbitraje y en especial las medidas dictadas por la figura del árbitro de emergencia. Sólo se prevé el reconocimiento y ejecución del laudo o sentencia arbitral definitiva.

Sin embargo, el art. 3 de la convención establece que “Cada uno de los Estados contratantes reconocerá la autoridad de la sentencia arbitral y concederá su ejecución de conformidad con las normas de pro-

cedimiento vigentes en el territorio donde la sentencia sea invocada”. En ese caso, en Uruguay habría que invocar las disposiciones ya mencionadas, ut supra, para obtener el cumplimiento de una medida “previa” a la constitución del arbitraje (cualquiera sea la sede arbitral) y previo al dictado del laudo. Difícilmente se deba hacer invocando las disposiciones de la Convención de Nueva York.

Claramente, ello dependerá de la jurisprudencia e interpretación de cada juez nacional, pero una justificación de una orden cautelar previa a la constitución del arbitraje, es muy poco probable que un juez nacional la cumpla invocando el art. 3, ya que se refiere al laudo final.

5 Arbitrajes múltiples: grupo societario, garantías, fiadores, etc. Diferentes puntos de conexión. Consolidación de arbitrajes

En primer lugar, en virtud del nuevo reglamento de arbitraje se permite la “consolidación de arbitrajes”. Es decir, toda vez que hayan causas pendientes de resolución una de las partes podrá solicitar que ambos arbitrajes (por ejemplo) sean decididos en uno solo. Siempre y cuando las partes hayan acordado la consolidación, o que las demandas se hayan formulado bajo el mismo acuerdo de arbitraje; o si lo fueron bajo distintos acuerdos de arbitraje se requiere que las partes sean las mismas y que sea bajo la misma relación jurídica. Es una forma de abaratar tiempos y sin dudas costos, al margen de mantener una coherencia en la decisión final evitando laudos arbitrales contradictorios de no operar la consolidación.

Por otro lado, el reglamento permite que una de las partes en el arbitraje pueda traer a una parte adicional (*joinder of additional parties*). La hipótesis más importante es la de la vinculación de contratos. Es posible que varias partes puedan estar vinculadas a través de distintas relaciones contractuales (es muy usual en la compraventa de recursos naturales como el gas o petróleo y los contratos de transporte de aquellos), lo cual implicaría que una parte no vinculada directamente a uno de los contratos, podría estarlo de forma indirecta por participar en la operativa comercial o en uno de sus momentos. El problema se suscita, entonces, cuando hay terceros vinculados a la ejecución del contrato, lo cual lleva a la Corte Internacional de Arbitraje (C.I.A) a aplicar la teoría del grupo societario.

²² Ley 19.090.

²³ Téngase presente que esa demanda no se presenta en el tribunal nacional donde se presentó la medida cautelar, sino cuando se constituye el arbitraje, lo cual podría demorar más de 30 días y quedar sin efecto la medida así ordenada por el árbitro de emergencia. Éste no tiene facultad para recibir la demanda.

Ante esta situación varios podrían ser incluidos como partes adicionales.

Es la C.I.A la que decide si el arbitraje se lleva con tantas partes como entienda aplicable según aquella teoría, pero la complejidad aparece cuando una de las partes (*joinder party*) no asumió ningún compromiso arbitral. En ese caso, la parte adicional podrá objetar la jurisdicción, pero no el haber sido “atraído” al arbitraje.

A priori puede parecer desmedida esta atribución, sobre todo si se acuerda que en el arbitraje la voluntad de acceder a él es su fundamento. Sin embargo, una vez demostrada la vinculación de las partes en la ejecución del contrato principal, que da pie al arbitraje, es lógico que tengan una cierta legitimidad pasiva, si detrás hay lo que se conoce como “unión transitoria de empresas”²⁴ (U.T.E). Es el típico caso de las sociedades controladas, cuando la sociedad controlante ha suscripto el acuerdo de arbitraje, en virtud de ello, *¿se hace extensible la cláusula arbitral incluso a las controladas?* Actualmente, la Corte aplica en varias oportunidades el criterio o teoría de la U.T.E.

6 La cláusula arbitral: Aspectos principales

Es de común acuerdo en el mundo jurídico y por los expertos la frase de que aunque el contrato tenga cláusulas nulas, ello no afecta la cláusula arbitral. Con esto no se quiere decir otra cosa que la cláusula arbitral es independiente del resto del contrato.

En materia de arbitraje doméstico, hay jurisdicciones que exigen no solo la existencia de la cláusula llamada compromisoria²⁵, sino de un posterior acuerdo compromisorio que respalde aquella, una vez surgido realmente una disputa. Pero cuando se habla del arbitraje, como en este caso, bajo los auspicios de la *Chamber of Commerce International*, lo que permite el acceso al arbitraje es una cláusula arbitral bajo los efectos del Reglamento ya mencionado de 2012.

Por lo cual, ante alguna controversia sobre “*the scope of the clause*” será el tribunal o árbitro constituido quien observe dicho alcance y validez (como fuerza

obligatoria y existencia). Sin embargo, es lógico preguntarse *¿cuáles requisitos debe reunir una cláusula en términos generales para tener esa fuerza obligatoria y existencia?*

Aquí no siempre es fácil asestar una pronta respuesta, dado que hay determinados puntos de conexión que pueden configurar ciertos reparos y conducir a alguna de las partes a plantear la validez de la cláusula. En ese sentido, el lugar donde fue celebrada y acordada la cláusula *¿tiene alguna incidencia en el derecho aplicable (el de los contratos por ejemplo)?* De ser así, *¿es el tribunal arbitral el competente para determinarlo?* Y si el arbitraje tiene como Sede París o Singapur, *¿debe aplicarse el derecho extranjero con relación a esas Sedes para determinarse si la cláusula fue bien otorgada?*

Sin embargo, puede ser clara una cuestión, si una de las partes recibe una demanda a instancias de la cláusula arbitral bajo el reglamento de la C.C.I, nada le obsta a que se presente ante la jurisdicción ordinaria del lugar donde se otorgó la cláusula y exija un control de validez bajo las normas generales de los contratos y de las normas procesales sobre el proceso arbitral, es decir, del lugar donde se suscribió el acto. El problema es determinar *¿cómo afecta una decisión negativa sobre el arbitraje en relación con el procedimiento ya iniciado ante la C.C.I?* Ello dependerá de las causas que dieron lugar a la nulidad, algunas podrán afectar al laudo *in totum* (art. 500 del Código General de Proceso de Uruguay) y otras a determinados aspectos de aquel.

En las cuestiones precedentes será competente el juez nacional que hubiera conocido del asunto sino hubiere mediado el compromiso (art. 494 C.G.P de Uruguay). Esa circunstancia se da en caso que se mencionó más arriba cuando el arbitraje está desarrollándose ante la C.C.I y una de las Partes alega su nulidad.

La otra cuestión lógica es concluir que si el árbitro es quien decidirá el fondo del asunto (lo importante), es razonable pensar que también tiene la competencia para determinar si asume el rol de la función jurisdiccional, y para ello deberá decidir si la cláusula arbitral fue bien otorgada, dado que ella es la que permite la consecución del arbitraje.

Es regla que los propios árbitros son jueces de su competencia, así lo establece el art.6 5) del Reglamento de la C.C.I, pero si hay causas de nulidad quienes serán competentes son los jueces del poder judicial nacional ante el que se planteen.

²⁴ Es decir, empresas que tienen vinculación temporal para la ejecución de una actividad económica determinada que requiere la participación de todas ellas.

²⁵ Ver por ejemplo los art. 473 y siguientes del Código General de Proceso en Uruguay.

7 Redacción de los contratos con inclusión de cláusula arbitral: el lenguaje

En la redacción de las cláusulas arbitrales se hace aconsejable eliminar determinadas anomalías que podrían generar problemas a futuro. En esa labor es imprescindible que quienes redactan (*draft contracting*) sean también asistidos por quienes ya han litigado o van a ser los futuros litigantes una vez surgida una controversia.

El fundamento de esta necesidad radica en que no siempre se deja bien en claro:

- La sede del arbitraje,
- El idioma a seguir durante el procedimiento,
- El derecho aplicable al fondo y a la cláusula arbitral,
- Excluir expresamente el árbitro de emergencia,
- Si se opta por un arbitraje de derecho o de equidad,
- Etc.

Generalmente es un problema con los “silencios” u “omisiones”, ejemplo: si no se establece el idioma es probable que se litigue en inglés o francés, eso supone un gasto mayor en abogados con tales capacidades²⁶. O que el hecho de no establecer la sede del arbitraje, supondría litigar en los estrados de la Corte Internacional de Arbitraje (Sede en París)²⁷. Y lo mismo con el derecho aplicable, de no mencionarse se debe entender que el árbitro tiene sus libertades y no siempre se puede estar conforme con el derecho que ha decidido aplicar.²⁸

A efectos de optar decidir si acudir al arbitraje o no, se recomienda la lectura del reglamento de arbitraje y sus modelos de cláusulas arbitrales. Esta guía es muy viable para dejar en claro la forma en que el arbitraje se ha estipulado. Dentro de la teoría general de derecho el uso del lenguaje²⁹ y su importancia es cada vez más sustancial, aunque lógicamente no siempre es fácil erradicar la vaguedad y ambigüedad de determinadas palabras, pero

cuanto más se colabore en claridad menos problemas de interpretación habrá, sobre todo cuando hay que poner en marcha el proceso.

8 Datos relevantes³⁰

Desde los inicios de la C.I.A.³¹ más de 19.000 asuntos han sido sometidos para decisión o acuerdo amistoso. En los cuales se ha constatado la actividad y presencia de árbitros y Partes provenientes de más de 180 países y territorios independientes.

Durante 2011 se recibieron cerca de 796 solicitudes de arbitraje, los cuales involucraron 2.293 Partes de más de 139 países. De esos casos un 10,2% tuvo por Parte una entidad estatal o paraestatal. En cuanto a la Sede del arbitraje, se llevaron a cabo audiencias en 63 países. Ante lo cual fueron confirmados más de 78 árbitros de distintos países. Por otro lado, el 22,7% de los casos tuvo cifras en disputas abajo del millón de dólares americanos. En tanto que 508 laudos fueron emitidos (*awards were rendered*).

Mientras que en 2012 fueron recibidas cerca de 759 solicitudes y dos pedidos de “*emergency measures*”. Las Partes involucradas fueron cercanas a 2.036, y participaron árbitros y Partes provenientes de 139 Estados. Las cifras por debajo al millón de dólares, en cuanto al valor de las disputas, fue del 23,8% del total de casos (solicitudes). Un 9,9% de los casos tuvo por Parte una entidad estatal o paraestatal. Mientras que el arbitraje se llevó a cabo en 59 sedes de distintos Estados, fueron 76 los árbitros confirmados para atender las solicitudes. Finalmente, se dictaron cerca de 491 laudos arbitrales.

Si bien no se dispone actualmente de las cifras de 2013 y lo que va de 2014, puede verse un mantenimiento en la utilización del arbitraje, aunque dicha tendencia, si se comparan las cifras de 2012-2011, es a la baja, pero levemente. Difícilmente, a estas alturas, se pueda decir que hay un retroceso en el uso del arbitraje. Lo relevante es que se ha constituido en un medio por demás común para resolver controversias de índole comercial.

Bibliografía

²⁶ Que por lo general las Cancillerías ni los abogados particulares en causas particulares utilizan o conocen.

²⁷ Hoy se tiende a la deslocalización de la Sede fuera de París. El año pasado de 2013 se llevaron a cabo arbitrajes en República Dominicana por ejemplo.

²⁸ Incluso si se opta por más de un árbitro, en caso de no mencionarse el número se entiende que se optó por un solo árbitro. Este es el criterio de la Corte en su práctica.

²⁹ Sobre su importancia puede consultarse a Ricardo Guibourg, Bulgyin, o Saussure.

³⁰ Extraídos de las estadísticas de la página oficial en español la C.C.I www.iccspain.org.

³¹ Corte Internacional de Arbitraje (París).

BIURRUN, Rafael; URIARTE, Gonzalo. *Código general de proceso anotado y concordado*. Montevideo: Fondo de Cultura Universitaria, 2013.

CAIVANO, Roque J. El *arbitraje*: nociones introductorias. Disponible em: <<http://www.derecho-comercial.com/Doctrina/Arb-001>>. Acceso em: 29 jul. 2013.

GARCÍA, Ignacio. Lex Mercatoria, pluralismo jurídico y globalización, el monopolio del derecho por parte del Estado. *Revista Judicial*, San José, Costa Rica, n. 92, 2009.

GRANDE, Silvina. La Lex mercatoria en los laudos de la CCI. Colombia, *Revista Dikaion*, vol. 22, núm. 17, diciembre, 2008, pp. 199-244

MALEL, Enrique. “*El arbitraje civil y comercial*”. Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay Montevideo, 1997.

OLIVERA, Ricardo; ARECHAGA, Mercedes Jiménez de. *El arbitraje en Uruguay*. Montevideo: Bolsa de Comercio de Uruguay, 2000.

PASTORI, Alejandro. *Jurisprudencia esencial internacional de derecho internacional público y de la integración regional*. Montevideo: Zonalibro, 2009.

PIEDRA POVEDA, Federico. *Principios de la jurisprudencia arbitral comercial internacional*. Costa Rica, 2012. Disponible em: <www.poder-judicial.go.cr>. Acceso em: 25 jul. 2013.

SANTOS BELANDRO, Ruben B. *Bases fundamentales del Derecho Internacional Privado Interamericano*. 4ta edición. Montivideo: Asociación de Escribanos del Uruguay, 2011.