



Estudio del CURI

EL ARBITRAJE COMERCIAL E INVERSIONES A NIVEL INTERNACIONAL: PRINCIPALES TÓPICOS EN LOS PROCEDIMIENTOS JURISDICCIONALES

Prof. Juan Manuel Rivero Godoy

*Consejo Uruguayo
para las Relaciones Internacionales*

19 de junio de 2019

Estudio N° 4/19

El CURI mantiene una posición neutral e independiente respecto de las opiniones personales de sus Consejeros y Colaboradores. El contenido y las opiniones de los “Estudios del CURI” y “Análisis del CURI” constituyen la opinión personal de sus autores.

EL ARBITRAJE COMERCIAL E INVERSIONES A NIVEL INTERNACIONAL: PRINCIPALES TÓPICOS EN LOS PROCEDIMIENTOS JURISDICCIONALES

Por Juan Manuel Rivero Godoy ¹.

Resumen

El siguiente trabajo tiene como objetivo mostrar algunas cuestiones relevantes referidas al arbitraje internacional de comercio e inversiones, sobre todo si se tiene en cuenta los hechos y los diversos factores de conexión o “*connecting factors*” que se ven involucrados en la casuística arbitral y las características que van emergiendo en su transcurso. En ese sentido, la idea es dejar expreso lo importante del asesoramiento previo cuando se pretende regular un contrato o tratado internacional—y bajo diversos contextos fácticos- a efectos de evitar problemas referidos a la jurisdicción, derecho aplicable y el llamado “*enforcement*” del laudo. A través de varios ejemplos podrá apreciarse mejor el desarrollo del tema.

Briefing

The following excerpt focus on showing some outstanding issues about the International Commercial and Investment Arbitration Proceedings, overall whether taking on count facts and the variety of connecting factors involved on the practice of arbitration and the emerging characteristics. By the way, it is important to stress on the previous assessment on drafting a contract or international treaty –under different circumstances of facts- in order to avoid some problems referred to jurisdiction, applicable law and award enforcement. The practice in arbitration could be useful to confirm the abovementioned.

Palabras claves: *Arbitraje-jurisdicción-derecho aplicable-ejecución-inversiones*

Key words: *Arbitration-jurisdiction-applicable law-enforcement-investment*

¹ Profesor Titular de Derecho Internacional Público Universidad ORT
Profesor Adscripto Derecho Internacional Público UDELAR
e-mail: dr.juanmanuelriverogodoy@gmail.com
majestic477@gmail.com

Sumario

Introducción.

1. Jurisdicción: *fórum shopping election*.
 - 1.1. El supuesto fáctico: *the trigger*.
 - 1.2. Problemas con el foro seleccionado.
2. Medidas provisionales: *provisional measures*.
3. Admisibilidad de prueba sospechosa.
4. Derecho aplicable: *applicable law*.
5. Ejecución del laudo: *enforcement*.
6. Conclusiones.
7. Bibliografía.

Introducción

La recurrencia al arbitraje internacional es cada vez más notoria y necesaria por diversas razones. Algunas de ellas son de índole económica, cultural, moda, confidencialidad, especialidad, etc. No obstante ello, la dinámica internacional lleva a que haya innumerables negocios que relacionan diversos territorios y por ende diversas jurisdicciones. En virtud de ello los negociadores huyen de sus propias jurisdicciones domésticas y adoptan tratados internacionales o contratos que incluyen como opción el acudir al arbitraje internacional para solucionar sus disputas. Eso sucede porque los inversores extranjeros han logrado escapar de la jurisdicción del Estado donde invierten a causa de los múltiples Acuerdos Bilaterales de Inversión (ABI) que les otorga esa preferencia.

Por otro lado, los Estados que necesitan de esas inversiones ceden en las negociaciones y aceptan de antemano el arbitraje. Dependiendo el tipo de conflicto – comercial o inversiones- el centro de arbitraje puede variar desde el CIADI,

CAM-CCBC, la CCI o la CPA², por ejemplo. Lo cierto que tanto Estado como inversor deberán recurrir a prestigiosos Buffets de abogados que se dedican a ello y conocer las diversas “Alternative Dispute Resolution Associations” que nuclean el know how de los procedimientos.

Diferente cuestión será determinar el derecho aplicable, la forma de ejecución y sus problemas, además de eventuales problemas de jurisdicción. Eso conlleva tiempo y dinero.

1. Jurisdicción: *fórum shopping election*.

1.1. El supuesto fáctico³: *the trigger*.

En términos muy generales el arbitraje supone un medio alternativo de disputas que involucra varias partes⁴. En ese sentido, los sujetos involucrados serán partes privadas, públicas o mixtas, incluso personas físicas. La gran ventaja que supone este mecanismo de solución de disputas es su especialidad, tiempos y confidencialidad de los procedimientos. Al contrario de lo que supone la jurisdicción doméstica cuando de esos términos se trata. Sin embargo, más allá de si eso hoy constituye una “real ventaja” el arbitraje se ha vuelto una moda mundial que opera en todas las regiones del mundo a mayor o menor escala.

La difusión que hacen las diversas instituciones como el CLA, la IBA, ADR, etc., sobre el arbitraje ha generado círculos muy profundos de operadores de procedimientos arbitrales como abogados, académicos, árbitros, etc.

Ahora bien, el disparador del arbitraje siempre lo constituye un acuerdo inter partes donde se otorga, en caso de eventual controversia, la posibilidad de constituir un arbitraje privado sujeto a un procedimiento concreto. La validez de ese acuerdo también es importante. Así lo menciona Fresnedo (2015, p. 30) “En

² A veces la Corte Permanente de Arbitraje opera como espacio de desarrollo del arbitraje pero puede estar regido por las reglas de procedimiento de otra institución como la UNCITRAL. Esa opción también la dispone el CIADI con relación a UNCITRAL.

³ En este caso el expositor tuvo la particularidad de participar en calidad de Moot Court Árbitro. Debido a la cláusula de confidencialidad solo se darán datos abstractos o ficticios de las Partes.

⁴ En los arbitrajes de inversiones y comerciales hay diferencias, no solo por las Partes sino por lo que da lugar a que el arbitraje se realice. Estos aspectos se verán más abajo.

otras palabras, el arbitraje mismo descansa sobre la base de la validez y eficacia del acuerdo arbitral. Es por ello que sin acuerdo valido no hay arbitraje”. No es extraño que una jurisdicción doméstica intervenga para dilucidar la validez de ese acuerdo arbitral debido a causas que han podido –eventualmente- generar alguna nulidad o violación de algún orden público internacional doméstico.

Ahora bien, muchas veces se opta por un reglamento de arbitraje concreto como las reglas de la CCI, CAM-CCBC, CIADI, UNCITRAL, etc.⁵, o de una institución arbitral específica que puede o no coincidir con aquellas. La redacción de esas cláusulas arbitrales es variada.

Ejemplo:

In the event of any controversy or claim arising out of or relating to this contract, or a breach thereof, the parties hereto shall consult and negotiate with each other and, recognizing their mutual interests, attempt to reach a satisfactory solution. If they do not reach settlement within a period of xxx days, then, upon notice by any party to the other (others), any unresolved controversy or claim shall be settled by arbitration in English (any other language) in xxx (City or country) or such other location as the parties may agree under the rules of the Center for Arbitration and Mediation xxx.

Este es un ejemplo tipo de cláusula arbitral incluida en un acuerdo, hay variadas formas de estipulación pero lo importante es dejar establecido que ante una controversia –dependiendo cual- las Partes han optado por una determinada jurisdicción donde ventilar su caso. El caso del CIADI⁶ no es excepción. El artículo 25 dispone:

La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro.

⁵ Una vez comunicado al Centro de Arbitraje respectivo la voluntad de iniciar el arbitraje y elegido el árbitro el Centro invita a las Partes a presentar los méritos del caso, locación del arbitraje, lenguaje, el derecho aplicable, etc.

⁶ Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and nationals of other States, 1965.

Generalmente, en estos casos el tratado que involucra a los dos Estados (o más) contiene una previsión expresa sobre la posibilidad de que sus nacionales puedan recurrir al arbitraje -una vez agotados los medios conciliatorios o de amigable composición- en casos en que se vulneran sus derechos como inversores. Asimismo, el tratado contempla los estándares internacionales que sirven para determinar los incumplimientos de las Partes. Es una forma de derecho aplicable como cuando el tratado prevé ciertas reglas referidas al trato justo y equitativo o las medidas que deben tomarse en caso de expropiaciones. Muchas veces el tratado o contrato provee el derecho aplicable aunque no siempre expresamente.

1.2. Problemas con el foro seleccionado.

No obstante las Partes haber dejado en claro el procedimiento arbitral como forma de resolver su disputa, una vez constituido aquel pueden surgir algunos aspectos relativos a si efectivamente el tribunal es competente para dilucidar el caso. Véase que si bien la elección puede ser clara y evidente frente a la elección de la jurisdicción, el tribunal puede ser incompetente en la materia o por operar un hecho que hace que no pueda dictar el laudo.

Esto sucede, por ejemplo, cuando una de las Partes pretende plantear los hechos y su reclamo por daños ante dos jurisdicciones, una doméstica y otra arbitral. Esa particular situación conlleva a que -generalmente el demandado o *respondent*- alegue una excepción preliminar a la jurisdicción del tribunal arbitral. Incluso porque el reclamo no es pertinente de dilucidar ante el tribunal arbitral por no estar contemplado en el acuerdo. Sin embargo, habrá que analizar cada caso vis à vis.

Esto acontece porque en la práctica una misma relación fáctica es o puede ser regulada por dos contratos. En materia comercial y corporativa -por ejemplo- se puede dar la existencia de un contrato laboral "*employment contract*" y, por otro lado, un contrato corporativo "*corporate contract*" entre dos partes de una relación. Es un problema para el Tribunal arbitral decidir si el presente arbitraje es una duplicación de procedimientos o una nueva demanda con hechos y normas distintas. Además, ya puede haber una jurisdicción -la doméstica- invo-

lucrada en la resolución del conflicto como cuando se plantea un reclamo laboral.

Es claro que la letra de los contratos es de gran utilidad en estos casos, pero no es un detalle menor que ambos reclamos por el demandante “*the claimant*” provienen de una única relación fáctica, lo que hace complejo determinar si el demandado es responsable por sus “*fiduciary duties*” o por sus “*employee duties*”. Si es claro que el Tribunal debe decidir si asume competencia en el reclamo o considera que no tiene jurisdicción dado que el demandante optó previamente por una jurisdicción doméstica y ello supone una renuncia tácita al arbitraje. Son claramente dos aspectos distintos.

Incluso, esta cuestión de si el Tribunal arbitral tiene jurisdicción también puede ser dejada de lado para la etapa del mérito dado que el análisis de fondo puede significar el determinar si los hechos caen bajo una cuestión laboral exclusivamente o bajo un encuadre corporativo. De ser el primer punto, el demandante ya habría iniciado procedimientos paralelos ante una jurisdicción doméstica lo que daría a que el Tribunal arbitral desestimara el reclamo⁷ dado que tácitamente se puede considerar que el reclamante ha dejado de tener interés en el arbitraje (interés en el proceso). Téngase en cuenta que lo más lógico a efectos de costos y tiempo sería que se esperara la dilucidación del caso ante la jurisdicción doméstica por ser primero en tiempo y luego que el tribunal arbitral decidiera sobre esa base y en forma preliminar. Con ello se evitaría una reiteración de juicios, un enriquecimiento injusto del reclamante, non bis ibídem, etc.

Lo que sí es claro en la práctica arbitral es que el Tribunal Arbitral tiene la *kompetenz* de la *kompetenz*. Este principio general de derecho que emerge de la práctica de los tribunales internacionales tiene sustento en que nadie mejor que el árbitro (s) sea quien fundamente porqué tiene el poder de asumir el caso, sobre todo por las prácticas dilatorias de las Partes para increpar la competencia del tribunal y derribar la validez de ese acuerdo arbitral.

Como expresa Llain Arenilla (2014, p.147) “Existe entonces una gran variedad de tácticas dilatorias, como expondremos más adelante, pero también una gran

⁷ Con la respectiva condena en costas y costos para el doblemente reclamante.

variedad de recursos y facultades dadas a los árbitros por medio del principio de competence-competence, que les permiten favorecer el avance del proceso arbitral”. También señala L. Yves Fortier (1999: p. 396), “the broad discretion granted to the arbitrator to determine the conduct of proceedings arms him, in effect, with a full quiver of arrows to be deployed in the fight against dilatory tactics”.

Este principio de la competencia ha sido también reflejado en otros tribunales internacionales como la CIJ, CPI o el TIDM.

2. Medidas provisionales: provisional measures.

2.1. Solicitudes de las Partes sobre el mérito.

Las medidas provisionales tienen varios fundamentos, pero el principal es salvaguardar derechos que pudiesen verse afectados si se espera al fallo sobre el fondo del asunto. Así dispone, por ejemplo, en material de inversiones el artículo 47 del Convenio CIADI al expresar que “provides that the tribunal may recommend provisional measures to preserve the respective rights of either party if it considers that the circumstances so require”. Solo se conceden bajo circunstancias excepcionales. Las características es que sean necesarias, urgentes y proporcionales. Un previo análisis de jurisdicción-competencia también ocurre por parte del Tribunal Arbitral en esta etapa.

La necesidad de la medida implica que el TA evalúe los daños (naturaleza y probabilidad) que ocurrirían si la medida no se tomara (United Utilities v. Letonia).

El daño debe probarse como “cierto de ocurrir”. El daño puede ser referido como “*serious harm*”, “*irreparable harm*” o “*significant harm*”. La urgencia de la medida debe ser fundada en que no se puede esperar a que se dicte el Laudo. La amenaza al derecho en juego puede ser indicio de esa urgencia. La proporcionalidad implica un balance entre el daño ocasionado al *claimant* por no otorgar la MP y el daño ocasionado al *respondent* en caso de otorgar la MP.

En el caso *Hydro v Albania*:

... which related to criminal proceedings engaged against foreign investors by a host State. In that case, the provisional measure related to the possibility of incarceration, and the Tribunal considered that a stay of the proceedings would allow the claimant to participate in the arbitration, without putting an end to proceedings.

Por otro lado, en materia comercial es de interés hablar sobre los “*security costs*” y “*third party joined proceedings*”. Estos aspectos refieren a las respectivas solicitudes que realizan las Partes ante la eventualidad de que una de ellas se vuelva insolvente o se presuma tal antes del proceso arbitral. Es el caso cuando the *claimant* solicita un préstamo a un Banco privado para que pague el *fee* del arbitraje. Esta situación hace sospechar al *respondent* de que en caso de haber un fallo a su favor el reclamante no pueda hacer frente al pago del laudo.

Esto significa que el tribunal arbitral debe decidir si concede una medida provisional donde impone al claimant el pago de una suma determinada para la eventualidad de que deba hacer frente al pago de lo reclamado por el respondent en su contestación de demanda. ¿Por qué se da esta circunstancia? En primer lugar, el reglamento de arbitraje del cual han optado las Partes establece esta posibilidad, ejemplo de ello son las reglas de procedimiento de la CAM-CCBC y la CCI. En segundo lugar, porque de los elementos agregados en el expediente (the record) surge que el Banco actúa como “*funding*” de los procedimientos de una de las partes (the claimant en este caso). Además, la información agregada demuestra que todos sus negocios y cuentas radican en ese Banco quién financia los costos del procedimiento arbitral.

Esto quizás lleve a concluir que hay otro tipo de relación entre Banco y claimant que haga suponer que el verdadero solvente sea el primero y por ello se justifique que sea admitido como tercero interviniente del procedimiento arbitral. Esta situación está prevista -por ejemplo- en las reglas de la CCI en su artículo 7 “*La parte que desee incorporar una parte adicional al arbitraje deberá presentar su solicitud de arbitraje en contra de la parte adicional*”.

3. Admisibilidad de prueba sospechosa.

Esta parte es de vital importancia dado que debe resolverse con anterioridad a que se ingrese al mérito del caso. Se trata de prueba que es obtenida de forma ilegal y que pretende hacerse valer durante los procedimientos, pero cuya admisión puede inclinar la balanza hacia una de las Partes.

La situación plantea una “práctica” que si bien no puede afirmarse que se busque se da en lo que constituye el mercado comercial donde grandes compañías se disputan contratos millonarios y donde el tráfico de información es vital para obtener ventajas contractuales. Durante varios arbitrajes comerciales surge que es muy común el tráfico de información clasificada y clasificada entre los involucrados.

De algunos procedimientos arbitrales surge que una de las partes (the claimant) se apodera de un dispositivo informático que contiene información crucial para confirmar un eventual incumplimiento contractual corporativo y laboral. A partir de esa información construye su caso sobre “*fiduciary duties claim*”. Durante la etapa inicial del procedimiento, ya no lo relativo a las medidas provisionales, el tribunal arbitral debe decidir si admite la prueba o la rechaza por considerarse ilegal. Es importante destacar algunas cuestiones.

Por un lado, no se discute la veracidad de lo contenido en los mails por ejemplo. La información allí contenida es veraz y prueba los incumplimientos contractuales del respondent. El problema es que la forma en que ha sido obtenida, a través del hurto del dispositivo en manos del demandado, hace dudar sobre la posibilidad de control y garantías de una prueba que es ilegal. Ahora bien, la prueba en sí no es “ilegal” sino su modo de obtención, por lo que son dos cosas distintas. Es debatible este punto dado que no hay “producción de prueba con intencionalidad” de obtener un determinado contenido del mail, por ejemplo. Sino que se trata de información existente y que el *respondent* ha contribuido con su existencia cuando redacta mails y los intercambia con terceros. Aspecto diferente es una grabación que el *claimant* obtenga “clandestinamente” del *respondent*. No solo opera mala fe sino que violenta el principio de seguridad jurídica.

Claramente nadie hace prueba en su propia contra, pero quizás el hecho de que al tratarse de un mail corporativo the *clamaint* debería poder acceder a él de otra forma ya que le pertenece la información que sus empleados manejan. Esa circunstancia acompleja la valoración del tribunal sobre si admitir una prueba que puede decidir el litigio a favor del reclamante.

Para decidir este punto, nada sencillo, las reglas de procedimiento del arbitraje pueden constituir una solución, si es que así está pre establecido. El problema es cuando no lo está. ¿Cómo decidir esa situación?

Una de las soluciones puede ser consultar el derecho que rige en materia probatoria en el lugar del asiento o locación del arbitraje. Si el arbitraje si rigiese por las reglas de la CCI, por ejemplo, pero el asiento de aquel fuera en Republica Dominicana quizás las normas probatorias de este último sean las indicadas para saber si debe o no admitirse la prueba así obtenida. Otra solución puede ser acudir a las normas donde el hecho delictivo ocurrió para que provea la solución sobre el régimen probatorio. Finalmente, podría utilizarse algunas reglas en materia de prueba que la International Bar Association (IBA) ha recomendado, aunque ello no implica una obligatoriedad para el Tribunal arbitral.

Como se expresó anteriormente es de interés mostrar que hay un capítulo de prueba proveniente de la IBA que puede ser utilizado en los arbitrajes internacionales y que revisten gran utilidad práctica. La IBA ha expresado que “Asimismo, las partes y los Tribunales Arbitrales pueden adoptar las Reglas de la IBA sobre Prueba, en todo o en parte, al inicio del arbitraje o en cualquier momento posterior. Podrán también modificarlas o utilizarlas como guías para el desarrollo de su propio procedimiento”. En la de la IBA el artículo 9⁸ expresa:

... states the general principle, also found in many institutional and ad hoc arbitration rules, that the arbitral tribunal shall determine the admissibility, relevance, materiality and weight of evidence. Obviously, the arbitral tribunal shall exercise its discretion in making such determinations, which are central to its role. Para ello, las partes pueden elegir durante el procedimiento o al redactar

⁸ Commentary on the revised text of the 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration.

la cláusula arbitral –donde seleccionan el reglamento de determinada cámara comercial- que también hacen uso de estas guías materia probatoria.

En el caso de la ley uruguaya de Arbitraje Comercial Internacional se dispone que:

A falta de acuerdo, el tribunal arbitral podrá, con sujeción a lo dispuesto en la presente ley, dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado. Esta facultad conferida al tribunal arbitral incluye la de determinar la admisibilidad, la pertinencia y el valor de las pruebas⁹.

No obstante dar una solución práctica no hay referencia normativa al derecho aplicable a la prueba. Este punto es de vital importancia dado que una vez emitido el laudo y si este se basa en una prueba considerada “ilegal” podría ocasionar problemas en el lugar de ejecución del laudo (diferente al del asiento del arbitraje) dado que se podría estar ante la violación del orden público internacional del Estado de ejecución o por contravenir principios del ordenamiento jurídico en cuestión. Ejemplo de ello sería que se produjo una violación a las garantías del debido proceso.

4. Derecho aplicable: *rule of law*.

Este es uno de los aspectos más interesantes y no siempre bien claro de dilucidar. Las Partes por lo general no aclaran que derecho será el aplicable en su relación contractual que como se vio puede afectar o involucrar varios lugares y ello hacer posible la aplicación de un determinado derecho, según el punto de conexión más “apropiado”¹⁰. A tales efectos, y sin animar una respuesta absoluta, los diferentes reglamentos proveen algunas directivas útiles, pero siempre es clave recordar que el contrato o tratado internacional (según el arbitraje) provee de una respuesta sobre derechos, deberes, obligaciones, etc.

En el caso de la Cámara de Comercio Internacional el artículo 21 expresa:

⁹ Ley 19.636 Art. 19.2. Disponible en <http://www.impo.com.uy/bases/leyes-originales/19636-2018>.

¹⁰ El derecho aplicable no siempre está claro si corresponde con el lugar del arbitraje, con el lugar de ejecución del contrato, con la facultad del tribunal de decidir el *rule of law*, etc. Para ello depende de la circunstancias del caso, pero si hay algo que sirve de guía es la letra del contrato entre las Partes. Ahí ya hay indicaciones de las obligaciones y derechos que les corresponde.

The parties shall be free to agree upon the rules of law to be applied by the arbitral tribunal to the merits of the dispute. In the absence of any such agreement, the arbitral tribunal shall apply the rules of law which it determines to be appropriate.

... The arbitral tribunal shall take account of the provisions of the contract, if any, between the parties and of any relevant trade usages.

... The arbitral tribunal shall assume the powers of an amiable compositeur or decide ex aequo et bono only if the parties have agreed to give it such powers.

En otro reglamento como el de la CAM-CCBC¹¹ se dispone “... *The parties will be able to choose the rules of law to be applied by the Arbitral Tribunal to the merits of the dispute. In case of omission or divergence, it falls upon the Arbitral Tribunal to decide in this regard*”.

Nuevamente, el problema surge cuando recae en el tribunal la decisión de determinar un derecho aplicable ante la omisión de las Partes. 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:

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 (en Grande, Silvina: 2008).

Aquí también corresponde una referencia a los principios. 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, tenemos un caso ante la C.C.I sobre la aplicación de estos principios reconocidos por el

¹¹ Article 9.4.

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 ¹² (en Piedra Poveda: 2012).

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 invocó 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 recurrió a los principios de UNIDROIT como regla primaria para determinar su aplicación al contrato (en Piedra Poveda: 2012).

Si bien la controversia entre cuál es el derecho aplicable al fondo del asunto es complejo, Piedra Poveda (2012) 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;”.

En ese sentido el Caso C.C.I N°12193¹³ de 2004 muestra que:

...el caso de un contrato de distribución entre un fabricante alemán y un distribuidor 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 merca-*

¹² Caso N°10930 de 2002, C.C.I.

¹³ Visitar el sitio www.unilex.info Unidroit Principles of International Commercial Contracts.

toria 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 la Convención (CISG) y a los Principios UNIDROIT, definiendo ambos 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 y 4.1 - 4.8 de los Principios de UNIDROIT (Caso C.C.I N°8908 de 1998).

En estas breves referencias puede constatarse 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 de las relaciones entre la UNIDROIT y la UNCITRAL se terminan por elaborar convenios internacionales que recogen tales prácticas. Y como se sabe la costumbre¹⁴ internacional es considerada una de las fuentes, que por lo general termina siendo recogida por convenciones. Por lo que no habría mayores reparos en considerar que hay una costumbre internacional en materia privada para este tipo de relaciones comerciales. Claramente amerita un estudio profundo para determinar su viabilidad teórica y práctica.

La ley 19.636 sobre Arbitraje Comercial Internacional uruguayo dispone algunas soluciones. Una de ellas, se mantiene en la línea de lo que se viene exponiendo, con lo que recoge cierta práctica internacional de estas asociaciones y cámaras de comercio. En ese sentido, cuando hay omisión por parte de las Partes en la controversia, el tribunal arbitral puede “Si las partes no indican el derecho aplicable, el mismo será escogido por el tribunal arbitral conforme a los criterios que estime convenientes”. Sin embargo, la referencia a “criterios que estime convenientes” es poco clara y por demás ambigua.

Asimismo, en otra parte de la misma disposición¹⁵ la ley ha sido un poco más lineal al sugerir que en todos los casos el Tribunal arbitral “decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos del comercio inter-

¹⁴ En realidad debe entenderse el procedimiento por el cual se forma la costumbre, ésta solo constata la existencia de una regla consuetudinaria, pero su proceso de formación es mucho más complejo de determinar dado que se trata de ello. Así también lo expresa el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia al hablar de “prueba de una práctica”.

¹⁵ Artículo 28.4.

nacional aplicables al caso”. Esta referencia final ¿es una clara muestra que se estaría haciendo referencia en términos indirectos a los principios o guías de la UNIDROIT y UNCITRAL?

Por otro lado, es de destacar que en materia de arbitraje de inversiones el reglamento CIADI también dispone en su Artículo 42 que:

El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables.

Esta disposición es mucho más clara, en materia de inversiones, que en la práctica comercial. Quizás el hecho de que una de las Partes sea un Estado hace que haya mayor seguridad jurídica en las reglas aplicables. Incluso, en caso de falta de acuerdo la guía es suficientemente ilustrativa. En primer lugar se puede acudir al derecho interno del Estado parte (sea administrativo, legal como constitucional). También hay referencia expresa al derecho internacional privado, por lo que todo lo relacionado al conflicto de leyes es aplicable, al igual que los tratados como las normas internas de esa rama jurídica. Y finalmente, habla de normas de derecho internacional. Estas últimas que abarcan no solo las privadas hacen eco de las del derecho internacional público. No solo tratados, convenciones o protocolos, sino costumbres y principios generales de derecho reconocidos por los principales sistemas jurídicos. Sin dejar de mencionar el derecho aplicable del tratado.

5. Ejecución del Laudo: *enforcement*.

La ejecución del laudo si bien no presenta tanta complejidad como los ítems anteriores, no significa que no pueda surgir producto de las cuestiones que se deciden durante el procedimiento arbitral y que van contenidas en el laudo final.

Esto significa que depende de donde proviene el laudo (asiento del mismo) es la normativa a aplicar o donde el laudo va a ser ejecutado (asiento de la ejecución). Un ejemplo de ello es si los Estados cuyas jurisdicciones se ven involucradas son

parte de algún acuerdo¹⁶ internacional en materia de reconocimiento de sentencias y laudos arbitrales extranjeros¹⁷. Para ello, es necesario que el laudo arbitral, en este caso, cumpla con algunas exigencias como el requisito de la competencia del árbitro (s) que dictó el laudo. Esto refiere a lo que se llama la “jurisdicción exclusiva” para el caso concreto y que excluye a cualquier otra.

Por otro lado, que el proceso arbitral haya dado lugar al respeto por las garantías del debido proceso. Asimismo, se requiere que la sentencia o laudo haya adquirido la calidad de cosa juzgada (no esté pendiente algún recurso de nulidad por ejemplo). Final, pero no exhaustivamente, que el laudo no contrarie el orden público internacional del Estado donde se lo ejecutará.

Es interesante resaltar la nueva ley de Arbitraje Comercial en Uruguay. El artículo 40 dispone:

Un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se haya dictado, será reconocido como vinculante en la República y, tras la presentación de una petición por escrito al tribunal competente, será ejecutado de conformidad con las disposiciones de este artículo y del artículo 41”. Y establece como una de las excepciones al reconocimiento “que el reconocimiento o la ejecución del laudo son contrarios al orden público internacional de la República (Artículo 41 b ii).

6. Conclusión.

De lo expuesto brevemente surgen algunas conclusiones relevantes y dirigidas a la práctica colosal que el arbitraje internacional viene mostrando los últimos 20 años.

A estos efectos, hay varios aspectos que aún requieren de profundización y debate para lograr cierta uniformidad en algunos tópicos. Ejemplo de ello son los variados reglamentos citados que no hay optado –aún- por regular algunas cuestiones referida a la prueba o derecho aplicable de forma clara. Como contrapartida, los contratos o tratados que dan lugar al arbitraje como jurisdicción

¹⁶ Por ejemplo la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros (CIDIP II, Montevideo 1979) Convención Interamericana sobre Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de Sentencias Extranjeras (CIDIP III, Bolivia, 1984) Protocolo de las Lañas 1992 sobre Cooperación Judicial, Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958, entre otras.

¹⁷ En caso de no haberlo en Uruguay rige lo referente a reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales del Código General de Proceso y Ley 19.636. Habría que analizar si esta ley no ha derogado en parte lo establecido en el CGP.

alternativa tampoco son claros y suficientemente ilustrativos para dilucidar estas cuestiones.

Ello quiere decir que sería conveniente ser más prácticos a la hora del asesoramiento previo y regular esos puntos que luego terminan por ser un problema que solo el tiempo y dinero insumidos logran despejar, pero que a la postre terminan siendo tarde para los intereses en juego.

Para ello, no siempre los abogados contemplan todo el espectro de problemas que implica la redacción de un contrato. Asimismo, los clientes no saben si es o no conveniente dejar todo regulado o confiar en que el Tribunal arbitral tiene la suficiente capacidad para resolverlo. Tampoco el hecho de que la elección del árbitro por las Partes garantice una victoria en términos de convencimiento del árbitro de la contraparte.

Quizás los especialistas en temas internacionales puedan brindar una óptica más global y su pericia negocial-comercial sea de utilidad para quienes redactan cláusulas al conocer un poco más en detalle los pormenores del comercio internacional. Sobre todo para determinar las prácticas comerciales.

7. Bibliografía.

Libros y revistas:

- Fortier, L. Y (1999). The Minimum Requirements of Due Process in Taking Measures against Dilatory Tactics: Arbitral Discretion in International Commercial Arbitration. A Few Plain Rules and a Few Strong Instincts en Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention, 396 (A. J. van Den Berg, Ed., Kluwer Law International, The Hague, 1999).
- Llaine Arenilla, Shirley (2014). El rol del principio de “competence-competence” en la prevención de tácticas dilatorias en el arbitraje comercial internacional, 24 International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional.
- Grande, Silvina (2008). La Lex mercatoria en los laudos de la CCI. Colombia. Editado por la Universidad de la Sabana, Colombia. Dikaion, Volumen 22, N° 17. Páginas 199-244.
- Roque J. Caivano (2010). El Arbitraje: Nociones Introductorias. Visitado el 29-07-2013. Disponible en <http://www.derecho-comercial.com/Doctrina/Arb-001>
- Piedra Poveda, Federico (2012). Principios de la Jurisprudencia Arbitral Comercial Internacional. Costa Rica. Visitado el 25-07-2013. Disponible en www.poder-judicial.go.cr.
- García, Ignacio (2009). Lex Mercatoria, pluralismo jurídico y globalización, El Monopolio del Derecho por parte del Estado. Revista Judicial N°92. San José, Costa Rica Pág. 166.
- Santos Belandro, Ruben (2000). Arbitraje Comercial Internacional. Oxford University Press.
- Fernández Rosas, José (2013). Sistema de arbitraje comercial en la República Dominicana. Instituto Global de Altos Estudios en Ciencias Sociales. Editorial Funglode.
- Schöll, Michael (2008). Sourcebook of International Arbitration (Switzerland). Schutless Juristische Medien.
- Olivera García, R. y Jiménez de Aréchaga, M. (2000). El Arbitraje en Uruguay. Imprimex S.A.

-Vescovi, Eduardo (2000). Derecho Procesal Civil Internacional. Uruguay, el Mercosur y América. Ediciones Idea.

-Cuniberti, Gilles (2017). Conflict of Laws. A comparative approach. Text and cases. Edward Elgar Publishing.

-Fresnedo, Cecilia (2015). El acuerdo arbitral como piedra angular del arbitraje. El rol de la judicatura en el control de su validez. En Revista Uruguaya de Derecho Internacional Privado N° 7. Fundación de Cultura Universitaria.

Páginas oficiales recomendadas:

- www.iba-world.com
- www.unicitral.org/unicitral/es/index.html.
- <http://icsid.worldbank.org>.
- www.iccwbo.org
- www.icj.org
- www.unilex.info
- www.iccspain.org
- https://www.camaralima.org.pe/repositorioaps/o/o/par/practicade-pruebas/practica_de_prueba.pdf
- [https://www.ibanet.org/Publications/publications IBA guides and - free materials.aspx](https://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx)

Jurisprudencia de interés:

-Técnicas Medioambientales TECMED SA v. The United Mexican States. Case No. ARB (AF)/00/2.

- Hydro S.r.l. and others v Republic of Albania (ICSID Case No. ARB/15/28).

- United Utilities (Tallinn) B.V. and Aktsiaselts Tallinna Vesi Claimants v. Republic of Estonia Respondent ICSID Case No. ARB/14/24.