

Resolución de disputas comerciales

ARBITRAJE Y MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

VERSIÓN - ARGENTINA



© Centro de Comercio Internacional 2016

El Centro de Comercio Internacional (ITC) es la agencia conjunta de la Organización Mundial del Comercio y las Naciones Unidas.

Dirección física: ITC
54-56, rue de Montbrillant
1202 Ginebra, Suiza

Dirección postal: ITC
Palais des Nations
1211 Ginebra 10, Suiza

Teléfono: +41-22 730 0111

Fax: +41-22 733 4439

Correo electrónico: itcreg@intracen.org

Internet: <http://www.intracen.org>

© Cámara de Exportadores de la República Argentina 2017

Dirección postal: Av. Roque Sáenz Peña 740
piso 1º
C1035AAP Buenos Aires, Argentina

Teléfono/Fax: +54 11 4394-4482

E-mail: contacto@cera.org.ar

Internet: <http://www.cera.org.ar>

RESOLUCIÓN DE DISPUTAS COMERCIALES

ARBITRAJE Y MÉTODOS ALTERNATIVOS DE
RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

VERSIÓN - ARGENTINA

SUMARIO PARA SERVICIOS DE INFORMACIÓN COMERCIAL

ID= 43223

2017

C-33 032 RES

Centro de Comercio Internacional (ITC)

Cámara de Exportadores de la República Argentina (CERA)

Resolución de disputas comerciales: arbitraje y métodos alternativos de resolución de conflictos - Argentina

Ginebra, Buenos Aires: ITC/CERA, 2017. xii, 70 páginas.

Manual adaptado a las necesidades de las pequeñas y medianas empresas exportadoras de Argentina, centrada en los métodos de arbitraje comercial y resolución de conflictos, aborda los diferentes tipos de conflictos que se dan en el comercio internacional, y describe métodos para su prevención y resolución. Asimismo, abarca los principios y aspectos prácticos fundamentales del arbitraje comercial internacional. Esta edición proporciona algunas herramientas e información útil para operadores comerciales que se inicien en el comercio internacional, así como para empresarios con más experiencia y abogados. Describe los tipos de conflictos que pueden darse en el comercio internacional, y los mecanismos de resolución de conflictos existentes, algunos de reciente creación.

Descriptores: **Argentina, Arbitraje; Resolución de conflictos; Derecho mercantil.**

Español

ITC, Palais des Nations, 1211 Ginebra 10, Suiza (www.intracen.org)

Las denominaciones empleadas en esta publicación y la forma en que aparecen presentados los datos que contiene no implican, de parte del Centro de Comercio Internacional, juicio alguno sobre la condición jurídica de países, territorios, ciudades o zonas, o de sus autoridades, ni respecto de la delimitación de sus fronteras o límites.

Imagen digital de la portada: © shutterstock

Doc. P82.S/DMD/TFPB/17-III

ISBN 978-92-9137-445-8

© Centro de Comercio Internacional 2016/Adaptación - Argentina 2017

Reservados todos los derechos. Prohibida la reproducción, el almacenamiento en un sistema de recuperación de información o la transmisión de cualquier forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, electrostático, de grabación magnética, mecánico, de fotocopia o por otros métodos, de esta publicación o de alguna de sus partes sin la previa autorización por escrito del Centro de Comercio Internacional.



PRÓLOGO

Con el aumento del comercio internacional, los operadores comerciales, y entre ellos las pequeñas y medianas empresas (PYME), se ven expuestos a tratar con nuevos interlocutores comerciales, países, culturas, sistemas jurídicos y prácticas mercantiles. Las nuevas oportunidades traen consigo nuevos riesgos, en particular cuando falta información vital e inteligencia de mercado.

Los contratos mercantiles dan lugar a desacuerdos y disputas, y hoy día se acepta que la resolución de disputas constituye una parte importante de la gestión de riesgos, pero cuando estas son de carácter internacional hay dificultades añadidas que suelen tener que ver con jurisdicciones diferentes, tradiciones jurídicas distintas, procedimientos diversos y a veces más de un idioma. Las disputas comerciales internacionales conllevan costos elevados, que afectan en particular a las pequeñas empresas que realizan operaciones comerciales transfronterizas. Entonces, ¿cómo debe un operador comercial internacional evitar o resolver los conflictos durante las distintas fases contractuales, desde la negociación hasta el cumplimiento?

Esta segunda edición constituye una revisión significativa de la primera edición, publicada por el Centro de Comercio Internacional en 2001. Ofrece información actualizada para empresas, en particular para las que se están embarcando en actividades comerciales transfronterizas. Describe los tipos de disputas que pueden darse en el comercio internacional, y los mecanismos de resolución para resolverlas, algunos de reciente creación.

El arbitraje sigue siendo el método más popular para resolver las disputas comerciales internacionales, si bien la mediación está ganando popularidad. En un momento en que la mayoría de países y regiones del mundo cuenta con instituciones de arbitraje y de mediación, esta publicación ofrece una mayor transparencia sobre el funcionamiento de estos procesos y su capacidad de facilitar un acceso económico y rápido a la resolución de disputas para las pequeñas empresas en los países en desarrollo.

Una mayor concienciación y utilización de los diversos métodos de arbitraje y procedimientos resolución de disputas alternativos redundará en un desarrollo de un comercio más sólido y fluido, y creará un entorno de negocio más transparente y eficiente. El ITC respalda esta idea y apuesta por mejorar los servicios de resolución alternativa de disputas para beneficio de las pequeñas empresas.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Arancha González'.

Arancha González
Directora Ejecutiva
Centro de Comercio Internacional

PRÓLOGO PARA LA EDICIÓN ARGENTINA

La Cámara de Exportadores de la República Argentina aprecia profundamente la iniciativa del Centro de Comercio Internacional (ITC) para participar en la publicación de la segunda edición de "*Contratos Modelo para la Pequeña Empresa: Guía Legal para hacer Negocios Internacionales*" que estará a disposición de las pequeñas y medianas empresas (PYMES).

Para la Cámara de Exportadores de la República Argentina es de suma importancia el apoyo a las pequeñas y medianas empresas en sus diferentes relaciones comerciales y poder contar con diferentes modelos de acuerdos que respondan a sus necesidades en materia de celebración de contratos con sus socios es pilar fundamental en su desarrollo.

El documento contiene diferentes contratos tipo destinados a las pequeñas y medianas empresas, en temas que se presentan en su día a día como es el suministro de bienes y servicios, distribución a nivel nacional e internacional, desarrollo de cooperación, asociación de empresas, venta internacional de mercancías, joint venture, aprovisionamiento en mercancías a escala internacional entre otros.

Esta guía contribuirá al desarrollo exportador de las diferentes PYMES, pieza fundamental en el crecimiento económico del país.

La guía está disponible en la página web: <http://www.cera.org.ar>.



Enrique S. Mantilla
Presidente
Cámara de Exportadores de la República Argentina - CERA

AGRADECIMIENTOS

La primera edición del presente documento fue redactada por Herman Verbist, Christophe Imhoos y Jean-François Bourque. Geoffroy Loades fue el editor.

Esta segunda edición refleja el papel, cada vez más destacado, de la mediación y el arbitraje en la resolución de disputas comerciales y ha sido elaborada por Herman Verbist y Jean-François Bourque, con aportaciones adicionales de David Watkiss.

Ezequiel Lizarraga Guicovsky, oficial superior de gestión de iniciativas de facilitación del comercio y mediación del ITC, brindó asesoramiento para esta edición.

Herman Verbist, abogado formado en Bélgica, actúa en calidad de árbitro internacional y asesor de las partes en procesos de arbitraje. Ha sido asesor de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. Es autor de libros y diversos artículos sobre el tema, y es formador en seminarios y talleres de arbitraje.

Jean-François Bourque, exasesor jurídico superior del ITC, fue anteriormente asesor especial de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.

David Watkiss es un abogado formado en los Estados Unidos y especializado en comercio internacional, inclusive en mediación y arbitraje. También fue editor de la publicación *Harvard Law Review*.

Victoria Sarant, estudiante de un doctorado en Derecho, y Natalie Domeisen, del ITC, han revisado y aportado comentarios al manuscrito.

La presente co-publicación entre el Centro de Comercio Internacional (ITC) y La Cámara de Exportadores de la República Argentina (CERA) ha sido coordinada por Ezequiel M. Guicovsky Lizárraga, Oficial sénior, y María Paula Recalde, Asistente, Facilitación del comercio y política empresarial, División de Desarrollo de los Mercados del ITC.

La gestión de la edición fue realizada por Natalie Domeisen, Directora de Publicaciones y la edición por Evelyn Seltier, Gestora de Proyectos. La corrección final y la edición por ordenador han sido realizadas por Isabelle Jouve, Responsable de Diseño.

ÍNDICE

PRÓLOGO	iii
PRÓLOGO PARA LA EDICIÓN ARGENTINA	iv
AGRADECIMIENTOS	v
SIGLAS	ix
UTILIZACIÓN DE ESTE MANUAL	x

PARTE 1 - SOBRE DISPUTAS COMERCIALES INTERNACIONALES 1

TIPOS DE DISPUTAS COMERCIALES INTERNACIONALES.....	2
Disputas en la compraventa de materias primas y mercaderías	2
Disputas en contratos de distribución, representación e intermediación.....	2
Disputas en contratos de construcción, ingeniería e infraestructura	3
Disputas sobre contrataciones	4
Disputas sobre propiedad intelectual	4
Disputas sobre nombres de dominio	7
Disputas sobre empresas mixtas	7
Disputas marítimas	7
Disputas con agencias de inspección previa a la expedición	8
Disputas con las autoridades aduaneras	9
Disputas que afectan a bancos	10
Disputas sobre contratos de trabajo	10
Disputas que afectan a Estados o entidades estatales	10
PREVENCIÓN Y RESOLUCIÓN DE DISPUTAS COMERCIALES.....	12
Negociación de contratos	12
Cláusulas de exención y adaptación	12
Formas no jurisdiccionales de resolución de disputas	14
Comisiones para la revisión de disputas y Comisiones para la resolución de disputas.....	16
Formas jurisdiccionales de resolver disputas	19
¿Arbitraje o mediación?	24

PARTE 2 - MEDIACIÓN 27

MEDIACIÓN	28
¿Qué es la mediación?.....	28
Un poco de historia y de contexto	28
El proceso de mediación	29
El papel del mediador	29
El papel de los representantes legales en la mediación	30
Preguntas y respuestas	30

PARTE 3 - ARBITRAJE

33

ARBITRAJE	34
Arbitraje institucional	34
Arbitraje ad hoc	35
EL ACUERDO DE ARBITRAJE	37
¿Es necesario introducir una cláusula compromisoria?	37
La cláusula compromisoria debe efectuarse por escrito	37
Funciones de una cláusula compromisoria	37
¿Cláusula compromisoria o acuerdo de sometimiento a arbitraje?	37
Incorporación de la cláusula compromisoria por referencia	38
¿Quién puede suscribir un acuerdo de arbitraje?	38
Separabilidad de la cláusula compromisoria	38
Legislación aplicable al acuerdo de arbitraje.....	39
Las normas sobre arbitrabilidad difieren.....	39
Contenido del acuerdo de arbitraje	41
Cláusulas compromisorias que deben evitarse.....	50
Redacción recomendada para los acuerdos de arbitraje	51
CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL	52
Arbitraje institucional	52
En el contexto del arbitraje ad hoc	52
Arbitraje entre más de dos partes	54
FACULTADES, DEBERES Y COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL	55
Facultades y limitaciones	55
Deberes de un tribunal arbitral	55
Competencia del tribunal	56
Árbitro de emergencia	56
PROCEDIMIENTO DE ARBITRAJE	58
Principio general: autonomía de las partes	58
Normas de procedimiento que decide el tribunal arbitral	58
Audiencias y pruebas	58
DERECHO APLICABLE	61
El Derecho aplicable al fondo de la disputa	61
El Derecho aplicable al acuerdo de arbitraje.....	63
EL LAUDO ARBITRAL	66
Laudo final	66
Laudos parciales y provisionales	66
Laudo aceptado	66
Reconocimiento y ejecución	66
Impugnación de los laudos arbitrales	68
Los costos del arbitraje	69
ANEXOS.....	70
Herramientas útiles	70
Documentos clave	70

CUADROS

Cuadro 1:	Contratos de representación y distribución tipo	3
Cuadro 2:	Contratos tipo en la industria de la construcción	4
Cuadro 3:	Redacción de una cláusula de arbitraje que afecte a cuestiones de propiedad intelectual	5
Cuadro 4:	Ejemplos de disputas sobre nombres de dominio	6
Cuadro 5:	Derechos de los importadores en las disputas sobre valoración con las autoridades aduaneras	8
Cuadro 6:	Resolución de disputas en el Acuerdo sobre Facilitación del Comercio de la Organización Mundial del Comercio	9
Cuadro 7:	El Estado es una parte del arbitraje	10
Cuadro 8:	¿Quién firma una cláusula de arbitraje para el Estado?	11
Cuadro 9:	Principios de UNIDROIT sobre disposiciones relativas a dificultades especialmente gravosas	13
Cuadro 10:	Opciones de cláusulas de mediación	14
Cuadro 11:	Cómo funciona una comisión para la resolución de disputas – Ertan Hydroelectric Project, República Popular China	16
Cuadro 12:	Cláusulas tipo sobre peritaje técnico	19
Cuadro 13:	¿Arbitraje o litigio judicial?	20
Cuadro 14:	Cláusulas de mediación y arbitraje combinadas	24
Cuadro 15:	Arbitraje ad hoc según el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI	36
Cuadro 16:	Los contratos que violan el orden público internacional no son ejecutables	40
Cuadro 17:	Modelo de declaración de independencia en un arbitraje ad hoc	53
Cuadro 18:	Nombramiento de árbitros en una disputa con más de dos partes	54
Cuadro 19:	El «efecto negativo» de un acuerdo de arbitraje con respecto a los juzgados y tribunales de los Estados	56
Cuadro 20:	El arbitraje de emergencia en la práctica	57
Cuadro 21:	Técnicas de gestión de casos	59
Cuadro 22:	Cómo obtener pruebas cuando las partes proceden de diferentes culturas jurídicas	60
Cuadro 23:	Los principios de UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales	61
Cuadro 24:	El Artículo V de la Convención de Nueva York	67
Cuadro 25:	La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional	68
Cuadro 26:	Ejemplos de costos de arbitraje	69

SIGLAS

CCI	Cámara de Comercio Internacional
CDB	Mesa mixta para la resolución de disputas
CEDR	Centro para la Resolución Efectiva de Disputas (Reino Unido)
CNUDMI	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
DAB	Comisión de Resolución de Disputas
DOCDEX	Peritaje de Disputas de Crédito Documentario
DRB	Comisión de Revisión de Disputas
FIDIC	Federación Internacional de Ingenieros Consultores
IBA	Asociación Internacional de Abogados
ICANN	Corporación para la Asignación de Nombres y Números en Internet
ICDR/AAA	Centro Internacional de Resolución de disputas de la Asociación Americana de Arbitraje
IFIA	Federación Internacional de Organismos de Inspección
INCOTERMS	Términos Comerciales Internacionales, publicados por CCI
IPE	Inspección previa a la expedición
ITC	Centro de Comercio Internacional
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OMA	Organización Mundial de Aduanas
OMC	Organización Mundial del Comercio
OMPI	Organización Mundial de la Propiedad Intelectual
PI	Propiedad Intelectual
Pyme	Pequeña y mediana empresa
RAD	Resolución alternativa de disputas
SA	Convenio del Sistema Armonizado
UNIDROIT	Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado

UTILIZACIÓN DE ESTE MANUAL

La resolución de disputas es una parte importante de la gestión del riesgo en el comercio internacional. La reducción de barreras está exponiendo a las pequeñas y medianas empresas (pymes) a nuevos mercados y a la competencia internacional, así como a nuevos socios, países, culturas y usos comerciales.

Las oportunidades internacionales generan nuevos riesgos, puesto que las negociaciones comerciales de carácter internacional dan lugar a disputas. En comparación con las disputas entre entidades pertenecientes a un mismo país, las disputas comerciales internacionales se enfrentan a problemas adicionales, como la existencia de varias jurisdicciones, diferentes sistemas y tradiciones jurídicas, diferentes procedimientos, y es frecuente que en ellas intervengan más de un idioma.

Las estrategias de resolución de disputas comerciales han experimentado una rápida evolución en los últimos 20 años. El presente manual se ocupa del arbitraje y de otros métodos de resolución de disputas como alternativas a los procedimientos judiciales que se emplean actualmente de manera generalizada para evitar o resolver disputas empresariales en un contexto internacional. Estos métodos de resolución de disputas presentan ventajas significativas.

Este manual está destinado a operadores empresariales con diferentes grados de experiencia, y a asesores jurídicos. El objetivo es ofrecer a los profesionales formas de asegurar la estabilidad en sus negociaciones contractuales, mediante el empleo efectivo de métodos de resolución de disputas en los negocios internacionales.

ARBITRAJE COMERCIAL Y RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE DISPUTAS

El arbitraje continúa siendo el principal mecanismo de resolución de disputas en el comercio internacional y es un método efectivo en las grandes operaciones. Sin embargo, otros métodos, como la mediación, se adaptan mejor a las necesidades y realidades de las pymes. Las partes pueden optar por llevar su caso a un juzgado o tribunal estatal, o ante una autoridad administrativa nacional, y a veces se ven obligadas a ello. Sin embargo, para la mayoría de contratos que afectan a partes de diferentes países, los operadores empresariales pueden sentirse en desventaja si su disputa se lleva ante los juzgados o tribunales del país de la otra parte, en el idioma de esta, y conforme a las reglas de procedimiento de dicho país.

Conseguir neutralidad y flexibilidad son, en consecuencia, las dos razones básicas por las que se han concebido los procedimientos de arbitraje y de resolución alternativa de disputas (RAD), como la mediación, con el apoyo y la cooperación de los juzgados y tribunales estatales. Sin embargo, existen también otras consideraciones para utilizar el arbitraje o la RAD, a saber, las limitaciones de tiempo, la necesidad de conocimientos especializados, la confidencialidad y, sobre todo en el caso del arbitraje, la fuerza ejecutiva internacional.

La RAD es un acrónimo relativamente nuevo pero ya muy utilizado. En estas páginas, se emplea RAD para abarcar todos los métodos, a excepción de los litigios (a través de los juzgados y tribunales) y del arbitraje, para evitar y resolver disputas con la ayuda de un tercero. Entre los procesos de RAD, el uso de la mediación ha aumentado drásticamente en las últimas décadas y su relevancia práctica es indiscutible. Esta segunda edición dedica más espacio a la mediación, si bien cabe señalar que este método todavía se utiliza más en disputas de ámbito nacional que internacional.

ARBITRAJE Y PROCEDIMIENTOS ANTE LOS JUZGADOS Y TRIBUNALES DE LOS ESTADOS

Los procedimientos de arbitraje y RAD –en general, procedimientos extrajudiciales–, no compiten con los procedimientos de los juzgados y tribunales de los Estados. El arbitraje no podría haber prosperado sin la cooperación y el control último de los juzgados y tribunales de los Estados. Los procedimientos en juzgados y tribunales, el arbitraje y la RAD son procedimientos complementarios. No sorprenderá en exceso a las empresas que operan en todo el mundo que este manual haga especial hincapié en el arbitraje. El arbitraje se ha convertido en un método que frecuentemente se utiliza para resolver disputas comerciales internacionales y, en la actualidad, es la única alternativa legalmente vinculante y ejecutable frente a los procedimientos ante los juzgados y tribunales de los Estados. Tampoco es intención de este manual convencer a las partes de que utilicen el arbitraje o la RAD en vez de los juzgados y tribunales de los Estados. Numerosas disputas comerciales se resuelven diariamente a través de procedimientos judiciales y resulta más indicado que las resuelva un tribunal estatal. La elección se realizará en cada caso conforme a las circunstancias que rodeen al contrato en cuestión.

LOS MÉTODOS DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS SE DEBEN SOPESAR DETENIDAMENTE ANTES DE FIRMAR UN CONTRATO

Existe una diferencia práctica y fundamental entre los procedimientos judiciales y el arbitraje (así como, en menor medida, los procedimientos de RAD). Si una parte desea optar por el arbitraje con relación a un contrato en particular, la decisión debería tomarse en el momento de redactar dicho contrato, procediéndose a la inclusión de una cláusula de arbitraje. Las partes solo pueden ser sometidas a arbitraje si han acordado hacerlo. Sin embargo, es bien sabido que se puede recurrir a los juzgados y tribunales para que conozcan un asunto incluso en ausencia de cláusula concreta referente a su competencia. En consecuencia, solo se podrá disfrutar de las ventajas del arbitraje si las empresas conocen de antemano sus estipulaciones contractuales. Una vez que surge la disputa, si las partes no se han puesto previamente de acuerdo sobre el arbitraje, será, por lo general, demasiado tarde. Las partes pueden acordar el arbitraje una vez surgida la disputa, pero esto es poco frecuente ya que en ese caso es probable que una de las partes considere el arbitraje como una desventaja.

Antes de firmar el contrato, las partes también deberían estudiar la mediación, el peritaje y otros procedimientos de RAD si desean disfrutar de todas las ventajas de estos procedimientos. Hoy en día, la mayoría de instituciones de arbitraje ofrecen cláusulas tipo, lo que permite combinar el arbitraje con la mediación, o generar una obligación de mediar antes de comenzar el arbitraje. Las empresas deben realizar sus propias elecciones antes de celebrar un contrato internacional. Por eso, parte de este manual está dedicada a la redacción de disposiciones de resolución de disputas.

Este manual proporcionará a los empresarios una perspectiva más completa y una mejor comprensión de la amplia selección de métodos prácticos para evitar y resolver sus disputas comerciales. De hecho, hay pruebas suficientes de que los procedimientos de arbitraje internacional y los procedimientos de RAD funcionan, que se utilizan exhaustivamente y que están en constante evolución.

RESUMEN

La Parte 1 – Sobre disputas comerciales internacionales trata sobre los diferentes tipos de disputas que se suelen encontrar en el comercio internacional y describe los métodos disponibles para evitarlas o resolverlas.

La Parte 2 – Mediación está dedicada a los fundamentos de la mediación mercantil.

La **Parte 3 – Arbitraje** aborda los principios y aspectos prácticos fundamentales del arbitraje de disputas comerciales internacionales.

Los Anexos proporcionan algunas herramientas y materiales de referencia prácticos.



PARTE 1

SOBRE DISPUTAS COMERCIALES INTERNACIONALES

TIPOS DE DISPUTAS COMERCIALES INTERNACIONALES	2
Disputas en la compraventa de materias primas y mercaderías	2
Disputas en contratos de distribución, representación e intermediación	2
Disputas en contratos de construcción, ingeniería e infraestructura	3
Disputas sobre contrataciones	4
Disputas sobre propiedad intelectual	4
Disputas sobre nombres de dominio	7
Disputas sobre empresas mixtas	7
Disputas marítimas	7
Disputas con agencias de inspección previa a la expedición	8
Disputas con las autoridades aduaneras	9
Disputas que afectan a bancos	10
Disputas sobre contratos de trabajo	10
Disputas que afectan a Estados o entidades estatales	10
PREVENCIÓN Y RESOLUCIÓN DE DISPUTAS COMERCIALES	12
Negociación de contratos	12
Cláusulas de exención y adaptación	12
Formas no jurisdiccionales de resolución de disputas	14
Comisiones para la revisión de disputas y Comisiones para la resolución de disputas	16
Formas jurisdiccionales de resolver disputas	19
¿Arbitraje o mediación?	24

TIPOS DE DISPUTAS COMERCIALES INTERNACIONALES

Aunque la resolución de disputas no sea ciertamente lo primero que las partes tienen en mente cuando celebran un contrato internacional, tienen que ser conscientes de que en cualquier momento pueden surgir diferencias, motivos de queja o disputas. Es importante prever los problemas potenciales e identificar de antemano un método, o una combinación de métodos, para evitar o resolver cualquier disputa.

Es necesario formularse dos preguntas fundamentales a la hora de celebrar un contrato internacional:

- En primer lugar, ¿qué tipos de disputas podrían surgir?
- Y en segundo lugar, ¿qué métodos existen para evitar o resolver las disputas?

DISPUTAS EN LA COMPRAVENTA DE MATERIAS PRIMAS Y MERCADERÍAS

Cuando el contrato concierne a la compraventa de mercaderías, puede surgir una disputa con respecto a, entre otras cosas, la calidad de estas, su precio y el pago, el transporte y el plazo, y las condiciones de entrega. Se podrían evitar disputas estableciendo disposiciones contractuales claras en relación con estas cuestiones.

Los términos comerciales internacionales (Incoterms), publicados por la Cámara de Comercio Internacional (CCI), proporcionan un conjunto de normas internacionales para interpretar los términos comúnmente más utilizados en el comercio internacional. Cabe señalar que los Incoterms son una referencia básica para evitar disputas en los contratos de compraventa. Definen claramente las responsabilidades de compradores y vendedores con respecto a la entrega, el seguro y los procedimientos aduaneros, y están reconocidos como norma internacional por las autoridades aduaneras y los juzgados y tribunales de la mayoría de naciones que se dedican al comercio. El objetivo de los Incoterms es evitar las incertidumbres que surgen como resultado de las diferentes interpretaciones en los distintos países, o al menos reducirlas en un grado considerable. De este modo se pueden evitar, o al menos reducir de manera sustancial, las incertidumbres causadas por las diferentes interpretaciones en los distintos países. A fecha de 2011, existían 11 Incoterms válidos. A fin de evitar cualquier ambigüedad, la CCI recomienda incluir siempre las palabras «Incoterms 2010» después del

Incoterm, por ejemplo: FOB (franco a bordo en el sitio de embarque) Kuala Lumpur Incoterms 2010.

También pueden surgir disputas con respecto a las cartas de crédito, las condiciones de la transferencia del pago o la fecha del mismo. Las disputas en materia de cartas de crédito se pueden resolver a través de un procedimiento denominado DOCDEX (véase más adelante), basado únicamente en documentos, administrado por la Cámara de Comercio Internacional.

La compraventa de materias primas suele realizarse a través de consignaciones, sin referencia a contrato alguno. Salvo que las partes hayan establecido una relación prolongada, la ausencia de contrato situará al vendedor en desventaja en caso de que surja una disputa sobre la calidad, cantidad o precio de las mercaderías. En tales circunstancias es probable que haya que presentar el caso ante los tribunales del Estado del lugar de establecimiento del comprador.

Las asociaciones mercantiles han desarrollado modelos de contrato. En el comercio especializado de materias primas, como café, cereales, cacao, aceites y grasas, las asociaciones mercantiles han desarrollado modelos de contrato normalizados con cláusulas que suelen hacer referencia a su propio conjunto de normas de arbitraje. Estos arbitrajes de peritaje tienen que ver principalmente con la calidad de una materia prima y se suelen realizar de forma acelerada.

DISPUTAS EN CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN, REPRESENTACIÓN E INTERMEDIACIÓN

Existe una diferencia entre los contratos de distribución y representación. Los distribuidores compran y venden, mientras que los representantes comerciales promueven y negocian la venta de productos en nombre de otra persona (el principal), quien a continuación vende los productos a clientes.

El punto más polémico de los contratos de representación es la retribución del representante una vez terminada la operación. Los clientes son del principal. Muchas jurisdicciones, incluida la de los Estados miembros de la UE, tienen leyes de obligado cumplimiento destinadas a proteger

Cuadro 1: Contratos de representación y distribución tipo

Las partes pueden emplear contratos de representación y distribución tipo internacionalmente aceptados para evitar disputas. A continuación se incluyen algunos ejemplos.

- Modelo de contrato del ITC para Agencia Comercial Internacional (disponible en <http://www.intracen.org/itc/exportadores/modelos-de-contratos/>).
- Modelo de contrato del ITC para la Distribución Internacional de Productos (disponible en <http://www.intracen.org/itc/exportadores/modelos-de-contratos/>).
- Modelo de contrato del ITC para el Suministro Internacional de Productos a largo Plazo (disponible en <http://www.intracen.org/itc/exportadores/modelos-de-contratos/>).
- Modelo de la CCI de contrato de agencia comercial (disponible en ICC Publishing SA, 33-43 avenue du Président Wilson, 75116, Francia, www.iccwbo.org).
- Modelo de la CCI de contrato de distribución (disponible en ICC Publishing SA, 33-43 avenue du Président Wilson, 75116 París, Francia, www.iccwbo.org).
- Modelo de la CCI de contrato de intermediación ocasional (disponible en ICC Publishing SA, 33-43 avenue du Président Wilson, 75116 París, Francia, www.iccwbo.org).

a los representantes, con independencia de las disposiciones contractuales. Los tribunales y árbitros deben tener en cuenta estas leyes de obligado cumplimiento. Otras disputas típicas que pueden surgir de los contratos de distribución o de representación son, entre otras, las siguientes:

- Que el fabricante/proveedor no suministre las mercaderías al distribuidor de conformidad con el contrato o en la fecha estipulada en el mismo;
- Que el fabricante/proveedor suministre las mercaderías a competidores del distribuidor/representante, cuando el contrato establece la exclusividad para el distribuidor/representante;
- Que el distribuidor no compre al fabricante/proveedor las cantidades estipuladas por contrato o no las compre en los plazos acordados;
- Que el distribuidor/representante distribuya las mercaderías fuera del territorio autorizado por el fabricante/proveedor;
- Que el distribuidor/representante nombre a un subdistribuidor/subrepresentante, cuando el fabricante/proveedor no lo permita;
- Que el distribuidor comience a producir productos similares a los del fabricante/proveedor, cuando dicha producción paralela no esté permitida; y
- Que el distribuidor se niegue a pagar los productos del fabricante/proveedor.

Las partes pueden recurrir a diversos métodos para resolver estas disputas. En algunos casos puede ser suficiente invitar a un perito para que determine la calidad de las mercaderías o el número de compraventas realizadas u organizadas por el representante. Para otras disputas, como las relativas a la resolución del contrato, podría ser necesario llevar el caso ante un juez o árbitro. Dado que estos contratos pueden implicar información mercantil confidencial, es posible que algunos socios mercantiles prefieran estipular cláusulas de arbitraje en sus contratos.

DISPUTAS EN CONTRATOS DE CONSTRUCCIÓN, INGENIERÍA E INFRAESTRUCTURA

La ejecución de los contratos de construcción e ingeniería internacionales, como túneles, presas, puentes, autopistas y recintos universitarios, se suele prolongar varios años y suele llevar implícitas fuertes sumas de dinero. Los contratos de pequeño valor, breves plazos de construcción y repetitivos son una excepción a esta regla general. Pueden surgir disputas por los siguientes motivos:

- Que la obra construida no cumpla las estipulaciones contractuales;
- Que la obra no esté concluida en el plazo estipulado en el contrato;
- Que la construcción necesite mayor cantidad de materiales, o materiales o estructuras nuevos y diferentes (variaciones), no previstos en el contrato o en el precio acordado;
- Que las autoridades del país donde la construcción se encuentre en curso impongan nuevos requisitos, que influyan en el alcance y costo de las obras;
- Que los subcontratistas concertados para realizar una parte del contrato no la ejecuten de acuerdo con las estipulaciones contractuales acordadas entre el contratista principal y la propiedad de las obras;
- Que el comprador se niegue a proporcionar una garantía de pago o a abonar el precio de la obra ejecutada o de parte de ella; o
- Que el contratista no proporcione una garantía de ejecución o alguna otra garantía.

No es infrecuente que haya que resolver diversas disputas durante las distintas fases de un proyecto de construcción. Es importante evitar la interrupción del calendario de obras mientras se resuelven estas disputas.

Cuadro 2: Contratos tipo en la industria de la construcción

La Federación Internacional de Ingenieros Consultores (FIDIC) publica los modelos de contrato tipo de construcción más comúnmente utilizados. Diversos organismos de desarrollo, incluidos el Banco Mundial, el Banco Asiático de Desarrollo, el Banco Africano de Desarrollo y el Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo han adoptado las Condiciones de Contratación para la Construcción de FIDIC como parte de sus documentos de licitación tipo, que sus prestatarios deben seguir. Los contratos tipo de FIDIC incluyen:

- Construcción para obras de edificación e ingeniería diseñadas por el empleador
- Construcción y diseño de plantas
- Diseño, construcción y funcionamiento

- Contrato EPC/llave en mano
- Abreviado

FIDIC publica guías útiles que ayudan a decidir cuál de sus principales contratos es más adecuado para un proyecto concreto. Las Condiciones Contractuales FIDIC contienen disposiciones para adjudicar disputas a una Comisión de Resolución de Disputas de una o tres personas, seguida de arbitraje.

Otros modelos tipo utilizados en la industria de la construcción incluyen: Nuevo Contrato de Ingeniería (NEC) elaborado por el Instituto de Ingenieros Civiles (ICE) del Reino Unido, y el Contrato modelo de la CCI para la entrega llave en mano de una planta industrial, disponible en: ICC Publishing SA, 33-43 avenue du Président Wilson, 75116 París, Francia, <http://www.iccwbo.org>).

Debido a la duración, alcance y elevado costo de las operaciones en los contratos de construcción, es frecuente redactar cláusulas de resolución de disputas, ya sea *ad hoc* o siguiendo las normas establecidas. En el pasado, el ingeniero del propietario, actuando imparcialmente, tenía la autoridad para tomar decisiones *in situ* en caso de disputa, que en última instancia serían revisadas mediante arbitraje.

Desde mediados de la década de 1990, en la mayoría de contratos internacionales a gran escala se ha reducido la facultad para resolver disputas del propietario y se ha sustituido por la intervención de una Comisión para la Resolución de Disputas o una Comisión para la Revisión de Disputas. Estas se componen por lo general de uno a tres peritos técnicos, a menudo ingenieros.

Los contratos para grandes proyectos suelen incluir una combinación de consejo de disputas y arbitraje. Las diferencias que surgen durante un proyecto de construcción de largo plazo se remiten primero a la junta de disputas, mientras el proyecto normalmente continúa. Las disputas no resueltas por la junta de disputas se remiten posteriormente a arbitraje. Las operaciones de la Comisión para la Resolución de Disputas y la Comisión para la Revisión de Disputas se describen más adelante en este manual.

DISPUTAS SOBRE CONTRATACIONES

Existen dos fases en las disputas sobre contrataciones. La primera se refiere al proceso de licitación, y a menudo están involucradas las autoridades públicas. Un licitante puede impugnar la licitación ante la autoridad contratante cuando considere que el proceso ha sido injusto, se han infringido las reglas o el licitante haya sido excluido injustamente para ventaja de otro licitante. Estas disputas están sujetas a plazos de tiempo muy reducidos, a menudo de alrededor de 10 días, llamados «periodos de suspensión», entre la

decisión de la autoridad contratante de adjudicar el contrato y el momento de la firma del contrato con el licitante ganador.

El demandante presentará una solicitud de inmediato al tribunal competente o a la autoridad indicada en la licitación antes de la emisión del contrato, para obtener una suspensión automática del contrato para un periodo mayor. Aquí es cuando se pueden utilizar los diversos procesos de negociación o mediación. Por ejemplo, podría alcanzarse un acuerdo, o volverse a publicitar la licitación. Los organismos públicos por lo general ofrecen en sus procedimientos los detalles sobre cómo realizar un proceso de apelación, y el organismo responsable de la mediación. Las autoridades públicas de varios países han adoptado la mediación para asegurarse de que las relaciones entre compradores y proveedores no son conflictivas.

El segundo tipo de disputa hace relación al propio contrato. Las cláusulas de resolución de disputas no serán negociables, y el licitante debe cumplir con los procesos contractualmente exigidos: tribunales, arbitraje o combinación de mediación y arbitraje.

DISPUTAS SOBRE PROPIEDAD INTELECTUAL

Los contratos comerciales internacionales a menudo afectan a los derechos de propiedad intelectual (PI), como licencias de patentes, marcas comerciales, asistencia técnica y transferencia de tecnología o de *know how*. Pueden surgir diversos tipos de disputas sobre PI, como por ejemplo:

- ¿Han de pagarse regalías?
- ¿Cuál es el importe adeudado en concepto de regalías?
- ¿Están cubiertos los desarrollos de nuevos productos por la licencia?

Cuadro 3: Redacción de una cláusula de arbitraje que afecte a cuestiones de propiedad intelectual

Para facilitar la aplicación de un fallo arbitral relativo a componentes de PI importantes, y para evitar los problemas creados por el arbitraje, la Comisión de Arbitraje y RAD de la CCI ha propuesto ejemplos de cláusulas, además de la cláusula de arbitraje tipo, mediante las cuales las partes acuerdan aplicar el laudo arbitral.

Estos tipos de disposiciones podrían incluirse en un contrato con el fin de persuadir a un tribunal para que dé efecto al acuerdo entre las partes de someter sus diferencias a arbitraje, aun cuando estas tengan un componente de PI. La eficacia de estas disposiciones debe examinarse detenidamente en lo que respecta a la ley aplicable al arbitraje y los tribunales de la jurisdicción donde podría exigirse su aplicabilidad.

Ejemplo 1:

«Esta disputa es una disputa comercial privada entre las partes y afecta al comercio internacional». O «Toda disputa que pueda surgir es probable que sea una disputa comercial privada entre las partes y que afecte al comercio internacional».

Ejemplo 2:

«Las partes acuerdan que dicha disputa, y todos los aspectos de la misma, se resolverán mediante arbitraje vinculante en cuanto a los derechos de las partes con respecto a la otra».

Ejemplo 3:

«En el caso de que para determinar esta disputa sea necesario que el Tribunal examine alguna cuestión relevante para la validez, exigibilidad o vulneración de algún [derecho de propiedad intelectual] de una parte respecto de la otra, el Tribunal tendrá autoridad para considerar todas esas cuestiones, y expresar su opinión en relación con las mismas».

Se acuerda expresamente que el Tribunal no tendrá autoridad para declarar válido o no válido, exigible o no exigible, vulnerado o no vulnerado dicho [derecho de propiedad intelectual], si bien el Tribunal podrá dar su opinión a las

partes sobre si, en opinión del Tribunal, un tribunal u otra entidad gubernamental confirmaría la validez, exigibilidad o vulneración de dicho [derecho de propiedad intelectual].

El Tribunal especificará [podrá indicar] las razones por las que emite ese dictamen. Sin embargo, el dictamen y la exposición de motivos por parte del Tribunal no serán considerados por ninguna parte como una declaración de validez o invalidez, exigibilidad o no exigibilidad, o vulneración o no de dicho [derecho de propiedad intelectual]».

Ejemplo 4:

«El laudo del Tribunal:

- (a) establecerá qué actos, si los hubiere, puede realizar o no realizar cada parte en relación con la otra parte;
- (b) únicamente será definitivo, vinculante y efectivo entre las partes;
- (c) no podrá ser recurrido por ninguna parte; y
- (d) no será considerado ni utilizado por las partes para alegar que tienen efecto sobre una persona o entidad que no sea una parte».

Ejemplo 5:

«Las partes acuerdan expresamente que los fallos basados en el laudo del Tribunal podrán realizarse a favor o en contra de cualquiera de las partes, en cualquier jurisdicción, que el Tribunal determine adecuada dadas las circunstancias, y la parte contra la cual pueda efectuarse dicho fallo acuerda por la presente cláusula someterse a la jurisdicción del tribunal en el que se emita dicho fallo».

Ejemplo 6:

«Las partes acuerdan incorporar los términos del laudo en [un acuerdo subyacente o asociado de transferencia de tecnología, licencia, etc.] como modificación vinculante al acuerdo, y exigible como tal, con efecto en la fecha del laudo».

- ¿En qué circunstancias puede rescindirse una licencia?
- ¿Qué compensación debería concederse por infringir la licencia?
- ¿Cuándo infringen las restricciones de uso de la PI las normas de defensa de la competencia?
- ¿Cuándo un empleado tiene la propiedad de un derecho de PI?

Los métodos para resolver las disputas sobre PI deben valorarse detenidamente. En virtud de las leyes de algunos países, estas disputas pueden resolverse mediante arbitraje. Por ejemplo, en la mayoría de países, el fallo de un árbitro sobre si una patente es válida o no será vinculante,

pero solo para las partes de la disputa. No será vinculante para terceros, ya que el fallo podría considerarse que se encuentra bajo la jurisdicción exclusiva de los tribunales donde fuera expedida la patente. En algunas situaciones podría ser necesario establecer medidas cautelares, que en ocasiones podrían ser suficientes para detener la violación o infracción de los derechos de PI. Las medidas cautelares se obtienen en los tribunales.

Las disputas sobre PI no surgen únicamente de los contratos exclusivamente de PI. Pueden surgir de diferentes tipos de acuerdos: acuerdos de licencia de PI, incluidos acuerdos donde la licencia solo es parte de una operación

comercial más amplia, como los contratos de franquicia o representación; acuerdos para la transferencia de PI en una adquisición o empresa mixta; y acuerdos que afectan a la investigación y el empleo.

Al elegir un proceso de resolución de disputas particular, las partes deben prever los tipos de disputas que es probable que surjan. Esto les ayudará a elegir entre el litigio y el arbitraje, procesos ambos jurídicamente vinculantes, o entre estos procesos y la conciliación, mediación, peritaje y otros tipos de resolución «blanda» de disputas. Si las partes optan por el arbitraje, prever los tipos de disputas

que pueden surgir les ayudará a elegir una institución de arbitraje adecuada.

Si un contrato afecta principalmente o de manera exclusiva a la PI, puede interesar a las partes elegir un sistema de resolución de disputas a cargo de una institución respetada y con experiencia en ese campo específico, como la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), que administra varios mecanismos de resolución de disputas sobre PI, o la CCI. Aunque no está especializada en PI, alrededor del 12% de los casos presentados ante la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI contienen un componente significativo de PI.

Cuadro 4: Ejemplos de disputas sobre nombres de dominio

Decisión de 7 de marzo de 2000 en el caso n.º: NAF 0092529 (Philips India Limited contra Proton Engineers)

En 2000, Philips India Limited (Philips) presentó una reclamación contra Proton Engineers (Proton), que había registrado el nombre de dominio «philipsindia.com». Proton había comenzado a desarrollar la página web de Philips y había realizado una solicitud para el nombre de dominio. Sin embargo, en lugar de realizar la solicitud en nombre de Philips, Proton registró el nombre de dominio bajo su propio nombre.

El árbitro de ICANN determinó que el nombre de dominio era tan similar al nombre comercial o la marca de servicio de Philips que inducía a confusión, que Proton no tenía interés legítimo en el nombre de dominio y que Proton había registrado y utilizado el nombre de dominio de mala fe. El árbitro ordenó que el nombre de dominio fuera transferido a Philips.

Decisión de 3 de abril 2000 en el caso n.º OMPI D2000-0034 (ISL y FIFA contra Chung, Corea y otros)

FIFA, la Federación Internacional de Fútbol y organizadora del Mundial de Fútbol, y ISL, su agente de marketing (conjuntamente, los Demandantes) demandaron al Demandado por el uso abusivo de 15 nombres de dominio como worldcup2002.com y 2002worldcup.org. El Demandado se había ofrecido a vender los nombres de dominio a los Demandantes, quienes sostenían que cada uno de los nombres de dominio era tan similar a las marcas comerciales del Mundial de Fútbol de la FIFA que inducían a confusión.

El panel determinó que 13 nombres de dominio que contenían las palabras World Cup eran tan similares a la marca comercial registrada del Mundial (World Cup) que inducían a confusión. Sin embargo, los dos últimos nombres de dominio (wc2002.com y wc02.com) no sugerían World Cup directamente. El panel también determinó que la única conclusión plausible del hecho de que el Demandado hubiera registrado un número tan grande de nombres de dominio era que pretendía almacenarlos para evitar que los Demandantes reflejaran su marca comercial World Cup en

un nombre de dominio. En consecuencia, el panelista exigió la transferencia a la FIFA de los 13 primeros nombres de dominio, a excepción de los nombres de dominio con «wc».

Decisión en el caso OMPI n.º D2010-0776 del 14 de julio de 2010 (El caso LURPA –Junta Láctea Danesa (Danish Dairy Board), Dinamarca contra Cykon Technology Limited de Hong Kong, República Popular China)

El Demandante adquirió marcas comerciales en todo el mundo para utilizar el nombre LURPAK como marca colectiva en la industria láctea danesa. El Demandado registró el nombre de dominio objeto de disputa LURPA. La página web a la que se accedía con el nombre de dominio controvertido llevaba a un sitio que vendía una variedad de bienes y servicios que no tenían nada que ver con la industria láctea.

El Demandante reclamaba que el nombre de dominio controvertido era muy similar e inducía a confusión a su conocida marca comercial y al nombre de dominio correspondiente. La omisión de la letra «k» del nombre de dominio controvertido era insuficiente para crear una diferencia sustancial entre los dos nombres.

El Demandado argumentó que las dos palabras, «lurpak» y «lurpa», no eran fonéticamente similares ni se pronunciaban de forma similar. Sin embargo, el panel determinó que el nombre de dominio objeto de disputa era similar e inducía a confusión a las marcas comerciales del Demandante aunque los dos nombres se distinguieran por una letra. Ninguno de los nombres es genérico ni representa una palabra aceptada. Ambos son nombres inventados. El panel citó otro caso donde los demandados habían intentado sacar ventaja de los errores tipográficos de los usuarios de Internet cuando tecleaban la página web del demandante, una práctica denominada «typosquatting» y condenada en varios fallos de la OMPI.

El panel ordenó que el nombre de dominio LURPA.com. se transfiriera al Demandante.

DISPUTAS SOBRE NOMBRES DE DOMINIO

Los nombres de dominios de Internet, como los terminados en .com, .net, .org, tienen un valor enorme. En consecuencia, su asignación y uso han dado lugar a numerosas disputas sobre el abuso de registro de nombres de dominio, lo que se conoce comúnmente como ciberocupación. En 1999, La Corporación para la Asignación de Nombres y Números en Internet (ICANN), el organismo que coordina la asignación de nombres de dominios de Internet, estableció la Uniform Domain-name Dispute Resolution Policy, que se ha convertido en la norma internacionalmente aceptada para resolver disputas sobre nombres de dominio.

Con arreglo a esta política, el titular de una marca comercial puede elevar un caso de ciberocupación a un proveedor de servicios de resolución de disputas aprobado de la lista de ICANN. El demandante debe demostrar que el nombre de dominio objeto de disputa es idéntico, o tan similar que induce a confusión, que el demandado no tiene derecho o interés legítimo en el nombre de dominio, y que el demandado ha registrado y utiliza el nombre de dominio de mala fe.

ICANN cancelará, transferirá o cambiará los registros del nombre de dominio una vez haya recibido la decisión de un Panel Administrativo que actúe en virtud de esta política. El procedimiento generalmente se realiza por escrito. Otras disputas sobre nombres de dominio para marcas comerciales se pueden resolver también por acuerdo, proceso judicial o arbitraje. Para más información sobre los procedimientos de resolución de disputas de ICANN y un listado de todos los casos presentados, junto con el texto publicado de las decisiones, consulte el sitio de ICANN: www.icann.org. Para más información sobre los servicios de resolución de disputas de la OMPI, consulte www.wipo.org

El procedimiento está diseñado para que no dure más de 55 días. Las tarifas varían desde \$EE.UU. 1.500 para una disputa que afecta a un nombre de dominio ante un único panelista, hasta \$EE.UU. 7.000 para una disputa que afecta a 10 o más nombres de dominio ante tres panelistas.

A fecha de 2015, cuatro organizaciones son proveedores de servicios de resolución de disputas acreditados por ICANN:

- Centro Asiático de Resolución de disputas sobre Nombres de Dominio
- Instituto CPR para la Resolución de disputas
- Foro Nacional de Arbitraje
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)

Entre 1999 y 2014, el número total de casos de ciberocupación presentados ante la OMPI, que ha gestionado más de la mitad de las disputas sobre nombres de dominio, afectaron a más de 54.000 nombres de dominio y alrededor de 30.000 procedimientos.

Hasta hace poco, los nombres de dominio estaban dominados por .com y algunos otros dominios de alto nivel como .org, .int, y .net. Desde 2013, se están introduciendo cerca de 1.400 nuevos dominios de alto nivel, como .express, .cafe, .love, .tickets y .school. Se espera que esta proliferación perturbe las estrategias de protección de marcas comerciales existentes y generen una nueva serie de disputas.

DISPUTAS SOBRE EMPRESAS MIXTAS

Los grandes proyectos empresariales a menudo incluyen acuerdos de empresa mixta (*joint venture*) entre compañías situadas en diferentes países. La redacción de un acuerdo de empresa mixta conlleva muchas cuestiones, como la aportación de cada participante en la empresa mixta, la producción y explotación de licencias, la asistencia técnica, la dotación y formación del personal, las divisas, los métodos de pago, y la resolución de la empresa mixta.

La compleja estructura de una empresa mixta internacional requiere un método adecuado de resolución de disputas. Dado que puede haber involucrados diferentes sistemas jurídicos cuando surge una disputa, los tribunales podrían no ser los mejores foros. Un panel internacional de árbitros con experiencia en el campo podría ser más adecuado. Sin embargo, las partes no siempre tienen acceso a un procedimiento de arbitraje completo. La mediación puede ser un método mejor para resolver las diferencias dentro de una empresa mixta, conservando así la relación a largo plazo.

DISPUTAS MARÍTIMAS

Debido a que el transporte internacional de mercancías se realiza principalmente por mar, los contratos marítimos ocupan un lugar importante en las operaciones empresariales internacionales. Los contratos marítimos no afectan solo a exportadores e importadores.

Existe una tradición en la comunidad marítima de resolver la mayoría de disputas en Londres a través de la Asociación de Árbitros Marítimos de Londres, o en Nueva York a través de la Sociedad de Árbitros Marítimos. Sin embargo, existen otros centros de arbitraje experimentados, como la Japan Shipping Exchange Association, Moscow Maritime Arbitration Court, Gdynia Maritime Arbitration Centre (Polonia) y la *Chambre Arbitrale Maritime de Paris*.

Los acuerdos de arbitraje en los contratos de fletamiento, que son contratos entre un fletador que se hace cargo del uso de la totalidad o una parte sustancial de un buque que pertenece al propietario, están contenidos en contratos tipo, que rara vez se negocian.

Los conocimientos de embarque son documentos que prueban la recepción de mercancías para su envío, emitidos por el transportista o el transitario. Los conocimientos de embarque son contratos de transporte que determinan, entre otras cosas, cómo se enviarán las mercancías, cuándo se cargarán, cuándo deberían llegar a destino, y en ocasiones dónde y cómo se va a verificar la calidad de las mercancías. Los conocimientos de embarque a menudo incorporan por referencia cláusulas de arbitraje marítimo o cláusulas que hacen referencia a los tribunales. La validez de esta incorporación por referencia ha dado lugar a numerosas disputas.

En las disputas marítimas, el tiempo es generalmente esencial, ya que las mercancías podrían perecer o deteriorarse rápidamente, y porque podrían generarse gastos de sobreestadía si el buque llega tarde. Los tribunales rara vez resultan adecuados para resolver rápidamente estas disputas, aunque su intervención puede ser importante si son necesarias medidas cautelares o provisionales urgentes, tales como impedir que una parte retire activos de un territorio determinado, inmovilizar un buque o designar a un perito.

En ocasiones, las partes no han podido firmar un acuerdo debido a la necesidad de emprender una acción de emergencia, por ejemplo en el caso del rescate de un buque. En función de las prácticas aplicables en algunos puertos, las partes pueden estar vinculadas a un acuerdo de arbitraje sin un documento escrito, únicamente en base a una aceptación oral de determinada ayuda.

DISPUTAS CON AGENCIAS DE INSPECCIÓN PREVIA A LA EXPEDICIÓN

Algunos gobiernos de países importadores ordenan el empleo de agencias de inspección previa a la expedición (IPE). En 2015, en más de 30 países, no se permite a los importadores y los departamentos de contratación pública importar mercancías sin haber obtenido una certificación de la cantidad, calidad y precio antes de la expedición. Esta certificación es entregada por una agencia de IPE designada que opera en el país del exportador. Los gobiernos utilizan esta política para controlar tanto la infravaloración como la sobrevaloración de productos, y para impedir intentos de evasión de los derechos de aduana. En la práctica, el importador ordenará al exportador que obtenga un certificado «informe de verificación sin objeciones» de la agencia de IPE designada por el gobierno.

Las empresas son algo reticentes a que las agencias de IPE participen en la verificación obligatoria de los precios acordados por el importador y el exportador. En 1995 entró en vigor el Acuerdo sobre Inspección Previa a la Expedición de la Organización Mundial del Comercio (OMC). El acuerdo intenta alcanzar un equilibrio entre las reticencias de los exportadores y los intereses de países que consideran útiles los servicios de IPE.

El acuerdo de la OMC proporciona un mecanismo institucional para tener en cuenta las quejas de los exportadores sobre la arbitrariedad o las decisiones erróneas. El proceso tiene dos fases. En la primera, un exportador puede recurrir por escrito la decisión de la

Cuadro 5: Derechos de los importadores en las disputas sobre valoración con las autoridades aduaneras

El Acuerdo de la OMC sobre Valoración Aduanera de 1995 contiene disposiciones que protegen los intereses de los importadores en caso de que no estén de acuerdo con la negativa de la administración aduanera a aceptar el valor de transacción declarado por el importador.

Artículo 10

Toda la información de naturaleza confidencial o que se suministre de forma confidencial a efectos de la valoración aduanera será tratada como estrictamente confidencial por las autoridades pertinentes, que no la divulgarán sin el permiso específico de la persona o gobierno que suministra dicha información, excepto en la medida en que deba divulgarse en el contexto de un procedimiento judicial.

Artículo 11

1. La legislación de cada Miembro establecerá, en relación con la determinación del valor arancelario, el derecho de

apelación, sin sanción, por parte del importador u otra persona responsable de pago del arancel.

2. Un derecho de apelación inicial sin sanción puede ser ante una autoridad dentro de la administración aduanera o a un organismo independiente, pero la legislación de cada Miembro estipulará el derecho de apelación sin sanción ante una autoridad judicial.

3. Deberá entregarse una notificación del fallo del recurso a la parte recurrente, y las razones para dicha decisión deberán entregarse por escrito. La parte recurrente también será informada de otros derechos de recurso de los que disponga.

Artículo 16

Previo petición escrita, el importador tendrá derecho a una explicación sobre cómo se ha calculado el valor arancelario de las mercancías importadas.

agencia de IPE ante la oficina administrativa de la agencia de IPE que realizó la inspección.

En la segunda, si el exportador sigue estando disconforme dos días hábiles después de haber entregado el recurso, puede remitir la disputa a una Entidad Independiente que aplicará un examen independiente y designará a uno o tres peritos. Ambas partes comparten los costos del procedimiento de apelación. En un plazo ampliable a 21 días, el perito o peritos pueden decidir si las partes han cumplido con el Acuerdo de IPE o no. La decisión del perito o peritos, que también distribuye los costos en función del fondo del caso, es vinculante para la agencia de IPE y el exportador.

Este mecanismo de la OMC no ha sido muy utilizado. Pero la amenaza de su utilización puede resultar muy útil para los exportadores y suponer una moneda de cambio en las negociaciones con las agencias de IPE, que generalmente desean evitar este proceso.

La Entidad Independiente, formada conjuntamente por la Federación Internacional de Organismos de Inspección y la CCI, es un órgano subsidiario del Consejo de Comercio de Mercancías de la OMC en Ginebra, Suiza.

DISPUTAS CON LAS AUTORIDADES ADUANERAS

Existen principalmente dos tipos de disputas entre exportadores e importadores y las autoridades aduaneras. El primero se refiere a la clasificación y el segundo a la valoración.

Las cuestiones de clasificación tienen consecuencias económicas importantes, ya que un producto podría estar sujeto a impuestos más o menos elevados. La clasificación también desencadena una serie de obstáculos no

arancelarios como licencias, inspecciones y restricciones contingentarias. Sin embargo, no se ha encontrado una forma de resolución rápida en este contexto. Desde la introducción en 1988 del Convenio del Sistema Armonizado (SA) por parte de la Organización Mundial de Aduanas (OMA), la nomenclatura del SA ha pasado a utilizarse en todo el mundo. El SA está compuesto por cerca de 5.000 grupos independientes, cada uno de ellos identificado por un código de seis dígitos. Inevitablemente existen diferencias de opinión sobre cómo deberían tratarse productos concretos en el SA.

La ciencia y la tecnología han creado nuevos productos que no estaban contemplados cuando se adoptó el SA. Aunque el SA se revisa aproximadamente cada cinco años, es difícil mantenerse al día de los nuevos productos creados. Debido a que es responsable de modificar e interpretar la nomenclatura del SA, la OMA constituye el único foro internacional para resolver cuestiones de clasificación arancelaria internacional. Sin embargo, en contraste con su capacidad para modificar la nomenclatura del SA, la función de la OMA en la interpretación de la nomenclatura del SA únicamente es consultiva, y solo los gobiernos pueden remitir los problemas de clasificación a la OMA, no las empresas privadas.

La mayoría de países ha introducido otras subdivisiones de los Códigos SA, denominadas sub-partidas nacionales, que dividen la clasificación SA de seis dígitos en ocho o 10 dígitos. La capacidad de interpretar estas subpartidas nacionales recae en los tribunales y las autoridades administrativas nacionales.

Una disputa entre las autoridades aduaneras y una compañía no evitará que esta última pague primero los derechos aduaneros exigidos para que los productos pasen por aduana. Hoy en día, las disputas sobre clasificaciones se remiten a los tribunales y administraciones nacionales de acuerdo con diferentes normas, estatutos y procedimientos interpretativos. Esta complejidad ha llevado a algunos a

Cuadro 6: Resolución de disputas en el Acuerdo sobre Facilitación del Comercio de la Organización Mundial del Comercio

La resolución de disputas en el Acuerdo sobre Facilitación del Comercio de la OMC, adoptado en 2013, tiene dos disposiciones importantes.

Artículo 3: Resoluciones anticipadas

1. Cada Miembro emitirá una resolución anticipada de forma razonable y en el plazo determinado al solicitante que haya presentado una petición escrita con toda la información necesaria. Si un Miembro rehúsa emitir una resolución anticipada, lo notificará de inmediato al solicitante por escrito, estableciendo los hechos relevantes y los fundamentos de su decisión.

Artículo 4: Procedimientos de recurso o revisión

1. Cada Miembro establecerá que una persona para la cual aduanas emita una decisión administrativa tiene derecho, dentro de su territorio, a:

(a) Un recurso administrativo o una revisión por parte de una autoridad administrativa de mayor rango que, o independiente, del funcionario o la oficina que ha emitido la decisión;

y/o

(b) Un recurso o revisión judicial de la decisión.

referirse al sistema SA como el «sistema no armonizado de clasificación arancelaria».

Las disputas sobre la valoración de mercancías son de naturaleza diferente. El Acuerdo de la OMC sobre Valoración Aduanera de 1995 establece la regla básica de que el valor sujeto a derechos arancelarios debería basarse en el precio de la transacción, por ejemplo en el precio de factura.

El acuerdo reconoce que los precios obtenidos a partir de diferentes importadores para el mismo producto pueden variar. Los funcionarios de aduanas pueden rechazar el valor de transacción si tienen motivos para dudar de la veracidad o la exactitud del precio declarado de las mercancías importadas, basado en la facturación. En estos casos, debería darse al importador la oportunidad de justificar el precio declarado.

DISPUTAS QUE AFECTAN A BANCOS

Cuando las partes han establecido el pago mediante una carta de crédito, pueden surgir disputas sobre si los documentos son conformes a las estipulaciones contractuales y/o las Reglas y Usos Uniformes relativos a los Créditos Documentarios, editadas por la CCI.

Desde 1997, las disputas sobre créditos documentarios pueden resolverse obteniendo un dictamen no vinculante de expertos con arreglo al procedimiento DOCDEX aplicado por la CCI. Estas normas se revisaron en 2015.

DISPUTAS SOBRE CONTRATOS DE TRABAJO

La mayoría de legislaciones nacionales establecen que las disputas laborales deben ser dirimidas por sus tribunales. Sin embargo, algunos países permiten que las disputas laborales se resuelvan mediante arbitraje o métodos de RAD.

En asuntos internacionales, el requisito de llevar las disputas laborales a los tribunales a menudo puede eliminarse en virtud de muchas leyes nacionales. Las empresas deben elegir el método apropiado para resolver disputas, en particular cuando contratan a personal en el extranjero, cuando envían su propio personal al extranjero o cuando contratan a personal del extranjero.

DISPUTAS QUE AFECTAN A ESTADOS O ENTIDADES ESTATALES

En los contratos comerciales internacionales puede haber implicadas entidades estatales o el propio Estado. Un gobierno o una entidad estatal puede encargar un proyecto de construcción. Las entidades gubernamentales pueden decidir comprar productos en el extranjero.

Si un contrato está firmado por un Estado o una entidad estatal, el socio contractual debe verificar si la entidad tiene capacidad, con arreglo a sus leyes, para acordar un

Cuadro 7: El Estado es una parte del arbitraje

Un ejemplo del Estado como parte del arbitraje es la Decisión arbitral ad hoc de 18 de noviembre de 1983, en Benteler (Alemania) contra el Estado de Bélgica.

En 1980, el Estado de Bélgica y una compañía de ingeniería alemana, Benteler, suscribieron un acuerdo relativo a la reestructuración de otra compañía. El acuerdo contenía una cláusula de arbitraje.

Cuando surgió una disputa, Bélgica alegó que el Código Judicial belga prohibía presentar esta disputa a arbitraje. Según Bélgica, la capacidad del Estado de llegar a un compromiso es una cuestión de capacidad que solo podía decidirse con arreglo a la legislación nacional.

Benteler se acogió al artículo II (1) del Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1961, según el cual las «personas jurídicas de Derecho público» tienen derecho a suscribir acuerdos de arbitraje. Bélgica no negó que el Convenio Europeo fuera aplicable en principio, pero solo con la condición de que el asunto afectara a una

operación comercial internacional. Defendía que el acuerdo no estaba relacionado con una operación comercial con arreglo a la ley belga.

El tribunal arbitral rechazó los argumentos de Bélgica, concluyendo que sería contrario al objetivo del Convenio Europeo admitir que sus términos habían de ser interpretados según la legislación nacional, ya que dicha interpretación produciría precisamente el tipo de dificultades que querían evitar los autores del Convenio. El tribunal también sostuvo que el acuerdo afectaba al comercio internacional en el sentido del Convenio Europeo.

El tribunal concluyó que un Estado que ha suscrito una cláusula de arbitraje estaría actuando en contra del orden público internacional si más tarde cuestionara la coherencia de su obligación de arbitrar con su legislación nacional.

Cuadro 8: ¿Quién firma una cláusula de arbitraje para el Estado?

El Laudo Arbitral del 16 de febrero de 1983, Arbitraje de la CCI n.º 3493, ilustra la importancia de quién firma una cláusula de arbitraje para el estado.

1. SPP (Middle East) Ltd (Hong Kong); 2. Southern Pacific Properties Ltd (Hong Kong) contra 1. la República Árabe de Egipto (Egipto); 2. Egyptian General Company for Tourism and Hotels (EGOTH) (Egipto)

Un acuerdo firmado por SPP, un promotor inmobiliario y EGOTH hacía referencia a la construcción de dos urbanizaciones turísticas en Egipto. A continuación de las firmas de SPP y EGOTH aparecían las palabras «aprobado, aceptado y ratificado por el Ministro de Turismo» y la firma del Ministro. El acuerdo contenía una cláusula de arbitraje de CCI.

Tras la oposición en el Parlamento Egipcio, el gobierno egipcio emitió decretos cancelando una de las urbanizaciones. Los demandantes reconocían que el gobierno tenía facultad soberana para cancelar el proyecto. Sin embargo, sostenían que la cancelación constituía un incumplimiento de las obligaciones contractuales a las que se había sometido el gobierno libremente.

El Gobierno egipcio negaba que fuera parte del acuerdo que contenía la cláusula de arbitraje. Sostenía que la firma del ministro no tenía relevancia contractual y que esta firma debía atribuirse o bien al hecho de que el ministro era Presidente de la Asamblea de EGOTH y firmaba como tal, o bien debía atribuirse a las facultades de supervisión

que poseía el ministro en calidad administrativa. El gobierno sostenía también que los decretos por los que se cancelaba el proyecto eran actos legislativos y ejecutivos que constituían actos de Estado, y como tales no podían sentenciarse como incumplimiento de contrato. Asimismo, el gobierno sostuvo que el acuerdo de arbitraje debía ser explícito, intentando acogerse a la doctrina de que las suspensiones de inmunidad deben ser explícitas.

El tribunal arbitral rechazó los argumentos del Gobierno egipcio y determinó que el gobierno se convirtió en parte del acuerdo al haberse comprometido contractualmente a una serie de obligaciones en virtud del acuerdo. Al hacerlo, el gobierno se vinculó forzosamente al mecanismo establecido para resolver disputas, la cláusula de arbitraje de la CCI.

El tribunal aceptó el principio de que una cláusula de arbitraje debería ser clara e inequívoca, y determinó que el acuerdo no contenía ambigüedades. El gobierno, al convertirse en parte del acuerdo, no podría dudar racionalmente de que estaría vinculado a la cláusula de arbitraje contenida en este.

El tribunal arbitral sostuvo también que no era necesaria una suspensión de inmunidad explícita, y que el reconocimiento de una suspensión implícita por remisión a arbitraje, a la luz de la evolución doctrinal y jurisprudencial del arbitraje internacional, no se puede considerar una desviación de los requisitos del ordenamiento jurídico internacional.

arbitraje o métodos de RAD para resolver las disputas y, en caso afirmativo, en qué condiciones y por parte de quién puede ser firmado un acuerdo de este tipo. Verificar estas cuestiones antes de firmar el contrato evitará dificultades una vez haya surgido la disputa.

PREVENCIÓN Y RESOLUCIÓN DE DISPUTAS COMERCIALES

Un contrato bien redactado y equilibrado es esencial para evitar disputas. El conflicto se evita utilizando un lenguaje que contemple que las circunstancias vigentes en el momento de la firma pueden variar.

Los dos mejores métodos para evitar disputas son negociar un contrato de forma reflexiva y exhaustiva, y reservarse el derecho de modificar el contrato para reflejar los cambios significativos en las circunstancias. La capacidad de modificar el contrato en una fecha posterior es importante cuando la situación cambia y afecta sustancialmente a los términos acordados.

La mejor manera de abordar la resolución de disputas es conocer qué tipos de disputas podrían surgir en virtud del contrato y los métodos de resolución de disputas existentes, y establecer en el contrato aquellos métodos que las partes acuerden utilizar.

NEGOCIACIÓN DE CONTRATOS

Las partes de contratos comerciales internacionales deben prestar especial atención a la fase de negociación del contrato. Un contrato bien negociado y redactado con términos claros y sencillos es más fácil de ejecutar y menos propenso a disputas que un contrato firmado en el último minuto o redactado con términos ambiguos e imprecisos. Con frecuencia, las partes no están de acuerdo sobre todas las disposiciones de un contrato. Generalmente es necesaria cierta flexibilidad. El sentido común debe imperar. Las partes deben comprometerse a negociar de buena fe.

Las partes deben consultar a un abogado cualificado cuando los contratos son complejos o cuando el alcance o efecto de algunas disposiciones pueda generar dudas. Las empresas con abogados internos deben utilizar sus servicios. Si una parte del contrato no dispone de un abogado interno, muchas veces es más sensato consultar y pagar a un abogado externo para que dé su opinión legal que correr el riesgo de someterse a procedimientos de resolución de disputas cuyo costo puede exceder sustancialmente el de obtener una opinión legal.

El sentido común dicta que las partes nunca deben firmar un contrato con prisa. Si una parte se ve presionada para firmar un contrato rápidamente, el contrato con frecuencia acaba dando problemas de ejecución. Por tanto, las partes

deben tomarse el tiempo necesario para investigar y reflexionar antes de firmar el contrato.

CLÁUSULAS DE EXENCIÓN Y ADAPTACIÓN

Aunque un contrato haya sido negociado por las partes de buena fe, a veces la situación vigente en el momento de la firma cambia considerablemente. Como resultado, el contrato no puede ejecutarse con las mismas condiciones, o directamente no puede ejecutarse. Por ejemplo, si un terremoto destruye la única fábrica que puede producir los productos que se van a vender, cumplir el contrato a tiempo podría ser físicamente imposible.

A veces el cumplimiento podría no ser imposible, pero los acontecimientos ocurridos suponen una carga excesiva e imprevista para una de las partes. Por ejemplo, un contrato a largo plazo para la entrega de crudo a un precio fijo podría ser desastroso económicamente para el proveedor si el precio del petróleo ha aumentado drásticamente, o lo contrario para el comprador. En una situación así, una de las partes podría alegar «dificultades especialmente gravosas» como excusa para no cumplir el contrato.

A veces el cumplimiento es legalmente imposible. Estas situaciones pueden calificarse de imposibilidad, catástrofe, frustración de propósito, cambio de condiciones presupuestas o fuerza mayor.

Las leyes de la mayoría de países tienen disposiciones que regulan la fuerza mayor, y algunas leyes contemplan situaciones especialmente gravosas. Estas disposiciones varían de un país a otro, y pueden no satisfacer los requisitos de las partes de contratos internacionales. Las partes de contratos internacionales con frecuencia necesitan cláusulas contractuales sobre fuerza mayor y dificultades especialmente gravosas que, bien redactadas, eviten o resuelvan las disputas que podrían surgir sin necesidad de recurrir a procesos judiciales o arbitrales.

La CCI ha redactado dos tipos de disposiciones para ayudar a las partes a redactar contratos. El primero establece las condiciones para la exención de responsabilidad cuando el cumplimiento se ha vuelto literal o prácticamente imposible (fuerza mayor). El segundo abarca situaciones en las que el cambio de las condiciones ha hecho que el cumplimiento sea excesivamente oneroso (dificultad especialmente

gravosa). Ninguna de las disposiciones está vinculada a un sistema legal particular. Sin embargo, se debe tener cuidado de asegurar que no entran en conflicto con ninguna disposición legal imperativa aplicable.

La cláusula de fuerza mayor exime de la responsabilidad contractual e incluye disposiciones para la suspensión y rescisión del contrato. Las partes pueden o bien reproducir en su contrato el texto propuesto en la Publicación n.º 650 de la CCI, o bien incorporar la cláusula de fuerza mayor de la CCI mediante referencia en su contrato, utilizando la siguiente formulación: «Por la presente se incorpora la cláusula de Fuerza Mayor (Exención) de la Cámara de Comercio Internacional (Publicación n.º 650 de la CCI) a este contrato».

El concepto de dificultad especialmente gravosa es una teoría relativamente reciente del Derecho de los contratos internacionales. Se encuentra principalmente en los contratos de largo plazo que requieren una redacción individual detallada. Según la cláusula de dificultad especialmente gravosa de la CCI, las partes pueden o bien reproducir en su contrato el texto propuesto en la

Publicación n.º 650 de la CCI, o bien incorporar la cláusula de dificultad especialmente gravosa de la CCI mediante referencia en su contrato, utilizando la siguiente fórmula: «Por la presente se incorpora la Cláusula de dificultad especialmente gravosa de la Cámara de Comercio Internacional (Publicación n.º 650 de la CCI) a este contrato».

Las cláusulas 6.2.1 a 6.2.3 de los Principios de UNIDROIT para los contratos del comercio internacional 2010 (véase el cuadro 9) proporcionan unas directrices útiles para redactar contratos. Las disposiciones de dificultades especialmente gravosas contemplan la renegociación y la revisión de los términos contractuales para que pueda continuar el cumplimiento del contrato. Están diseñadas fundamentalmente para proyectos de largo plazo. Las cláusulas de naturaleza general deben adaptarse a las circunstancias particulares de un contrato individual. Las partes deben tener cuidado al utilizar estas disposiciones, ya que podrían no ser adecuadas para algunos productos o intercambios comerciales. La misma precaución debe ejercerse al utilizar la cláusula de dificultad especialmente gravosa de la CCI.

Cuadro 9: Principios de UNIDROIT sobre disposiciones relativas a dificultades especialmente gravosas

Las siguientes disposiciones tipo sobre las dificultades especialmente gravosas provienen de los Principios de UNIDROIT para los contratos de comercio internacional (2010). Es posible que sea necesario adaptarlas antes de incorporarlas a los contratos. Por ejemplo, estos artículos hacen referencia a un tribunal, si bien las partes tendrían que especificar qué tribunal o tribunal arbitral está previsto.

Artículo 6.2.1:

Contrato a respetar

Cuando el cumplimiento de un contrato sea más oneroso para una de las partes, esa parte sigue estando a pesar de ello obligada a cumplir sus obligaciones contractuales, con sujeción a las siguientes disposiciones sobre dificultades especialmente gravosas.

Artículo 6.2.2:

Definición de dificultad especialmente gravosa

Existe una dificultad especialmente gravosa cuando la ocurrencia de acontecimientos altera de manera fundamental el equilibrio del contrato, ya sea porque el costo de que una parte cumpla el contrato ha aumentado, o porque el valor del cumplimiento que recibe una parte ha disminuido, y

(a) los acontecimientos ocurren o son conocidos por la parte en desventaja una vez formalizado el contrato;

- (b) los acontecimientos no podrían haber sido tenidos en cuenta de manera razonable por la parte en desventaja en el momento de formalización del contrato;
- (c) los acontecimientos se escapan del control de la parte en desventaja; y
- (d) el riesgo de los acontecimientos no ha sido previsto por la parte en desventaja.

Artículo 6.2.3.

Efectos de la dificultad especialmente gravosa

1. En caso de dificultad especialmente gravosa, la parte tiene derecho a solicitar una renegociación. La solicitud se hará sin demora injustificada, e indicará los fundamentos sobre los que se basa.
2. La solicitud de renegociación de por sí no legitima a la parte en desventaja a dejar en suspensión el cumplimiento.
3. De no llegarse a un acuerdo dentro de un plazo razonable, cualquiera de las partes puede recurrir al tribunal.
4. Si el tribunal determina que existe dificultad especialmente gravosa, puede, si es razonable:
 - (a) resolver el contrato en una fecha y con unos términos por determinar; o
 - (b) adaptar el contrato con vistas a restablecer su equilibrio.

FORMAS NO JURISDICCIONALES DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS

TRIBUNALES, ARBITRAJE Y MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS

Las disputas comerciales se pueden resolver mediante procesos jurisdiccionales o mediante procesos no jurisdiccionales. Los procesos jurisdiccionales son el litigio judicial y el arbitraje. Tanto los tribunales como los tribunales arbitrales tienen facultad para emitir fallos vinculantes cuya aplicación se puede exigir a la parte perdedora.

Los procesos no jurisdiccionales implican el recurso a mecanismos de RAD, como la conciliación y la mediación. En contraste con las sentencias de los tribunales y los laudos de los tribunales arbitrales, la aplicación de las conclusiones de los procedimientos de RAD no es exigible a las partes. Las partes no están obligadas legalmente a respetarlas. El cumplimiento de la sentencia es una cuestión de buena voluntad.

La exigibilidad de los acuerdos de mediación o conciliación y las condiciones de validez dependen de los marcos legales nacionales. Las partes pueden vincularse contractualmente a la recomendación de un mediador o conciliador. Si una de las partes no cumple con la recomendación para la que había dado su aceptación, la otra parte tendrá que llevar el caso a un tribunal o un tribunal arbitral.

Los términos «conciliación» y «mediación» se aplican a procedimientos muy similares en los contextos del Derecho civil y el Derecho consuetudinario, especialmente a escala internacional. Hoy en día, los dos términos se utilizan indistintamente en la práctica.

Desde 1919, las reglas de resolución de disputas de la CCI eran el Reglamento de conciliación y arbitraje. En 2001, la CCI sustituyó su Reglamento de conciliación facultativa por el Reglamento RAD, que abarcaba una amplia variedad de técnicas de resolución de disputas como la mediación, el juicio informal y la evaluación neutral. En 2014, la CCI sustituyó el Reglamento RAD por el Reglamento de mediación de la CCI.

Cuadro 10: Opciones de cláusulas de mediación

Con efecto en 2014, el Reglamento de mediación de la CCI determina la designación de un tercero neutral, el mediador, para ayudar a las partes a resolver su disputa. La CCI propone las siguientes cláusulas contractuales, considerando la mediación como: (i) una opción, (ii) una obligación a tener en cuenta, (iii) una obligación en paralelo al arbitraje, o (iv) un paso preliminar obligatorio antes del arbitraje.

Opción de utilizar el Reglamento de mediación de la CCI

Las partes pueden, en cualquier momento, y sin perjuicio de otros procedimientos, buscar una resolución a una disputa que surja de o en relación con el presente contrato de conformidad con el Reglamento de mediación de la CCI.

Obligación de tener en cuenta el Reglamento de mediación de la CCI

En caso de que surja una disputa de o en relación con el presente contrato, las partes acuerdan, en primera instancia, discutir y plantearse someter la disputa al Reglamento de mediación de la CCI.

Obligación de someter la disputa al Reglamento de mediación de la CCI a la vez que se permite un procedimiento de arbitraje paralelo si es necesario

En caso de que surja una disputa de o en relación con el presente contrato, las partes someterán la disputa primero al Reglamento de mediación de la CCI. El inicio del

procedimiento con arreglo al Reglamento de mediación de la CCI no impedirá que una parte inicie un arbitraje con arreglo a la subcláusula XX siguiente.

Todas las disputas que surjan de o en relación con el presente contrato serán resueltas en última instancia con arreglo al Reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional por uno o más árbitros designados de conformidad con dicho Reglamento.

Obligación de someter la disputa al Reglamento de mediación de la CCI, seguida de arbitraje si es necesario

En caso de que surja una disputa de o en relación con el presente contrato, las partes someterán la disputa primero al Reglamento de mediación de la CCI. Si la disputa no ha sido resuelta con arreglo a dicho Reglamento en el plazo de [45] días desde la presentación de una Solicitud de mediación, o en el periodo que las partes acuerden por escrito, dicha disputa será resuelta de forma definitiva con arreglo al Reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio por uno o más árbitros designados de conformidad con dicho Reglamento.

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) adoptó el Reglamento de conciliación en 1980, y en 2002 adoptó la Ley modelo sobre conciliación comercial internacional. La Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas que instaura el Modelo reza: «Estos métodos de resolución de disputas, a los que se hace referencia con expresiones como conciliación y mediación, y expresiones con un sentido equivalente, se utilizan cada vez más en la práctica comercial nacional e internacional como una alternativa al litigio».

CARACTERÍSTICAS BÁSICAS DE LA CONCILIACIÓN

Un procedimiento de conciliación reúne a las partes ante un tercero que estas han elegido para que resuelva su disputa. Si el procedimiento da resultado, las partes y el conciliador firman un acuerdo de resolución.

Durante el procedimiento, el conciliador propone a las partes las que considera son las mejores perspectivas para resolver la disputa. El conciliador dirige el proceso como considera conveniente, guiándose por los principios de imparcialidad, equidad y justicia. Al igual que en el arbitraje, existen dos tipos de procedimientos de conciliación: ad hoc e institucional.

- La conciliación ad hoc es organizada y administrada por las partes sin la asistencia de ninguna institución. El Reglamento de conciliación de CNUDMI es un ejemplo de reglamento de conciliación ad hoc.
- La conciliación institucional está organizada por una institución o un centro especializado que generalmente también gestiona arbitrajes. Sin embargo, los procedimientos de conciliación son diferentes de los de arbitraje.

Los procedimientos de conciliación requieren el acuerdo de todas las partes. El acuerdo puede expresarse mediante una cláusula en el contrato o, posteriormente, mediante un acuerdo de conciliación, que puede ser verbal o escrito. Por ejemplo: «Todas las disputas relacionadas con el presente contrato se someterán a conciliación con arreglo al Reglamento X. El lugar de la conciliación será X».

Algunos reglamentos que regulan procedimientos de conciliación se inspiran en los de los procedimientos de arbitraje. Establecen un intercambio de memorándums, vistas y también algunas reglas de procedimiento.

El principio de contradicción no tiene que ser necesariamente respetado por razones de eficiencia. El conciliador puede escuchar a las partes a la vez o por separado. Se recomienda ser flexible a la hora de tomar evidencias para ser eficientes. Esta flexibilidad implica utilizar medios informales, tales como la sugerencia, la propuesta y la persuasión. Esta flexibilidad no es incompatible con el principio de contradicción siempre que las partes estén de acuerdo. En la conciliación, el principio de confidencialidad

impide a las partes divulgar en el procedimiento posterior ante tribunales arbitrales o judiciales las propuestas o evidencias presentadas en el curso de la conciliación.

Si la conciliación no da resultado, las partes pueden llevar el caso a los tribunales judiciales o arbitrales.

En la mayoría de países existe una separación total entre las personas que actúan como conciliadores y las que actúan como árbitros. La línea que separa a unos de otros es mucho más delgada en algunos países, como la República Popular China, donde los árbitros pueden alentar a las partes a conciliar, y actuar como conciliadores en el mismo procedimiento. En la mayoría de países los órganos administradores suelen ser distintos. Por lo general, si la conciliación falla, el conciliador no será designado árbitro en ese mismo caso. Las propuestas o recomendaciones realizadas por el conciliador no tienen un efecto vinculante. Las partes son libres de aceptarlas o rechazarlas. Sin embargo, si las partes están de acuerdo, pueden confirmar estas propuestas en un contrato firmado, un acuerdo de mediación o en un laudo arbitral vinculante.

CARACTERÍSTICAS BÁSICAS DE LA MEDIACIÓN

La mediación es una variación de la conciliación en la que un tercero, el mediador, realiza un intento de resolver disputas, examinando las reivindicaciones de las partes y recomendando una o más soluciones posibles. Las partes son libres de aceptar o rechazar estas soluciones. Al igual que en la conciliación, la mediación puede ser ad hoc o institucional.

La mediación deja la capacidad de decidir a las partes. El mediador no decide qué es «justo» o «adecuado». El mediador actúa como catalizador entre intereses opuestos, intentando acercarlos definiendo las cuestiones y eliminando los obstáculos a la comunicación, a la vez que moderando y guiando el proceso para evitar la confrontación y la mala fe. El mediador intentará que cada parte haga concesiones durante el proceso de mediación.

JUICIOS INFORMALES

Un juicio informal no es un procedimiento judicial, sino una forma amistosa de resolver disputas. Se trata de un procedimiento abreviado. Los juicios informales son muy frecuentes en Estados Unidos, en particular en disputas empresariales internacionales. Un juicio informal no difiere sustancialmente de un procedimiento de conciliación o de mediación. El proceso pretende ayudar a las partes a llegar a una resolución amistosa, pero únicamente después de obtener pruebas y de los debates contradictorios.

Por lo general, el punto de partida es un acuerdo entre las partes, que desean superar sus diferencias lo antes posible para poder retomar relaciones comerciales normales.

Cuadro 11: Cómo funciona una comisión para la resolución de disputas – Ertan Hydroelectric Project, República Popular China

Esta fue la primera comisión para la resolución de disputas utilizada en China. El proyecto consistía en una presa de hormigón y una central hidroeléctrica subterránea. La construcción duró nueve años y costó 2 millones de dólares de los EE.UU. El propietario era la Asociación Hidroeléctrica Estatal China. En total había cinco contratistas europeos y dos contratistas chinos.

Se utilizaron las condiciones FIDIC. Se instaló una Comisión de Revisión de Disputas de tres personas para los dos contratos principales, compuestas por miembros del Reino Unido, Colombia y Suecia. Cada una de las partes eligió a un miembro, y los miembros eligieron a un presidente. Las recomendaciones de la Comisión de Revisión de Disputas eran vinculantes salvo que una parte notificara la remisión a arbitraje dentro de un periodo de tiempo establecido. Cuando una parte notificara la remisión a arbitraje, las recomendaciones no serían vinculantes en ese tiempo, y podían ser admisibles para arbitraje.

La Comisión de Revisión de Disputas realizó visitas a las plantas cada cuatro meses, con más de 20 visitas en total.

Algunas partes se mostraron recelosas al principio, pero se dieron cuenta de que el proceso de la Comisión de Revisión de Disputas podía ayudar al proyecto resolviendo complejas disputas. A medida que creció la confianza en la Comisión de Revisión de Disputas, esta fue siendo más proactiva y ayudó a resolver disputas potenciales sobre una gran variedad de cuestiones técnicas y contractuales. El procedimiento tuvo lugar en inglés y en chino. Todas las remisiones a la Comisión de Revisión de Disputas estuvieron sujetas a vistas *in situ*. Algunas disputas fueron vistas por la Comisión de Revisión de Disputas durante sesiones *in situ*. Las recomendaciones solían presentarse por escrito algunas semanas más tarde.

Se remitieron cuarenta disputas a la Comisión de Revisión de Disputas. No se remitió ninguna disputa a arbitraje. Todas las disputas se resolvieron con acuerdos amistosos entre las partes, bien inmediatamente después de la publicación de la recomendación, o en acuerdos finales después de la construcción.

Fuente: The Dispute Resolution Board Foundation

Cada parte proporciona un representante de alto nivel, con facultad para vincular a la parte en caso de que se alcance una resolución.

En la primera fase, los abogados de las partes intercambian memorándums y documentos, y a continuación exponen sus argumentos ante los directivos de alto nivel de las partes. Pueden recibir asistencia de asesores u observadores neutrales. Después de esta primera fase, los representantes de las partes comienzan las negociaciones para resolver el asunto. Básicamente la idea es remitir la disputa a los directivos de alto nivel una vez estos han sido informados mediante el intercambio de documentos y los argumentos de los abogados. Un juicio informal pretende transformar una disputa legal en una cuestión de política comercial.

Los juicios informales son diferentes del arbitraje. En un procedimiento de arbitraje, cada parte presenta sus argumentos ante los árbitros que tienen el deber de fallar sobre la disputa. En los juicios informales, los representantes de las partes no son investidos de poderes judiciales; se les designa para que encuentren una resolución amistosa. Además puede haber asesores neutrales que presten asistencia a los representantes de las partes. Estos asesores no imponen una solución a las partes. Únicamente asisten al procedimiento y dan asesoramiento si se les pide. Se puede solicitar al asesor neutral que presida el panel del juicio informal y proponga soluciones que puedan facilitar una resolución de forma razonable. El asesor neutral puede considerar conveniente consultar a los representantes de las partes por separado.

Para más información, consulte el reglamento de juicios informales editado por la Cámara de Comercio de Zúrich (Suiza) y los del Centro Belga de Arbitraje y Mediación (CEPANI).

www.wipo.int/amc/en/events/conferences/1995/blessing2.html
www.cepani.be

COMISIONES PARA LA REVISIÓN DE DISPUTAS Y COMISIONES PARA LA RESOLUCIÓN DE DISPUTAS

Las Comisiones para la revisión de disputas son un mecanismo eficaz utilizado en proyectos de construcción a gran escala, para hacer frente a la amplia variedad y cantidad de disputas a las que se enfrentan las partes durante la ejecución de un proyecto de varios años.

Este método de RAD surgió en Estados Unidos en 1975 para la construcción del Túnel Eisenhower en Colorado. La Comisión para la Revisión de Disputas dirimió tres disputas. Las relaciones entre propietario y constructor fueron cordiales durante todo el proyecto. Fue un éxito arrollador.

La primera comisión de disputas internacional de éxito se creó en 1981 en Honduras para la construcción de la represa El Cajón. En 1995, el Banco Mundial estableció la obligatoriedad de las comisiones de disputa para todos los proyectos de construcción y obras civiles que contaran

con financiación suya superior a 50 millones de dólares de los EE.UU. Desde entonces, la Federación Internacional de Ingenieros Consultores, la Asociación Americana de Arbitraje, la CCI y diversas asociaciones profesionales han introducido reglamentos sobre comisiones sobre disputas. Miles de contratos de obras públicas, nacionales e internacionales, han incorporado el concepto para grandes proyectos de construcción e infraestructuras internacionales.

Estos contratos prevén la designación de un panel de expertos, generalmente técnicos de la construcción (ingenieros, abogados y/o economistas), ya sea en el momento de la firma o durante el proceso de ejecución del contrato.

Existen principalmente tres tipos de comisiones para disputas, que se clasifican de acuerdo con las facultades conferidas a la comisión por las partes. En 2004, la CCI adoptó el Reglamento sobre comisiones para disputas, revisado en 2015, que establecía tres tipos diferentes. La FIDIC generalmente utiliza el concepto de Dispute Adjudication Boards. La Asociación Americana de Arbitraje (AAA) utiliza el término Comisión para la Resolución de Disputas (Dispute Resolution Board) para describir facultades similares a las Comisiones para la Revisión de Disputas de la CCI:

COMISIÓN PARA LA REVISIÓN DE DISPUTAS

La autoridad de la Comisión para la Revisión de Disputas se limita a realizar recomendaciones. En algunas circunstancias, las recomendaciones de la Comisión para la Revisión de Disputas pueden ser vinculantes para las partes, si no son impugnadas dentro de un plazo específico de tiempo. Con arreglo al Reglamento sobre comisiones para disputas de la CCI, una recomendación de una Comisión para la Revisión de Disputas es vinculante y su aplicación resulta exigible si no se presenta una notificación de disconformidad en el plazo de 30 días.

Análogamente, el término «Comisión para la Resolución de disputas» de la AAA se define como un panel de tres partes neutrales seleccionadas por las partes para convertirse en partes del equipo de proyecto. El panel asiste a reuniones, revisa documentos de proyecto importantes y proporciona recomendaciones para ayudar a resolver las disputas antes de que se intensifiquen. En el plazo de 14 días después de la finalización de la vista, la comisión proporcionará a las partes una recomendación escrita no vinculante para resolver la disputa, que será vinculante si no se impugna.

COMISIÓN PARA LA RESOLUCIÓN DE DISPUTAS (DISPUTE ADJUDICATION BOARD)

Estas comisiones por lo general están autorizadas a emitir fallos provisionales y vinculantes que deben cumplirse a su recepción. Con arreglo al reglamento de la FIDIC, el fallo de la Comisión de Resolución de Disputas será inmediatamente

vinculante para las partes. Con independencia de que el contratista o el empleador estén o no disconformes con la decisión, deben darle efecto salvo y hasta que sea revisada amistosamente o en un laudo arbitral. Una decisión de la Comisión de Resolución de Disputas puede remitirse posteriormente a un tribunal definitivo dentro de un plazo establecido. La decisión será definitiva si no se impugna dentro de un plazo establecido.

A petición de las partes, una Comisión de Resolución de Disputas también puede efectuar recomendaciones no vinculantes. El Libro Rojo de la FIDIC contempla el establecimiento de una Comisión de Resolución de Disputas que dicte decisiones vinculantes. La Comisión de Resolución de Disputas también puede ofrecer asesoramiento y recomendaciones sobre cuestiones remitidas a esta por las partes conjuntamente.

COMISIÓN PARA DISPUTAS COMBINADA

Estas comisiones normalmente emiten recomendaciones, pero también tienen facultad para tomar decisiones si una parte así lo solicita y ninguna parte se opone. En caso de objeción, la Comisión para Disputas Combinada decidirá si emitir una recomendación o una decisión.

Las partes designan a los miembros de la Comisión de Revisión de Disputas o la Comisión de Resolución de Disputas de la misma forma en que se constituye un tribunal arbitral, con una diferencia importante: el panel se suele designar al principio del proyecto y para toda su duración. Cada parte designa a su perito, y los dos peritos designados designan al tercero, salvo que las partes acuerden un mecanismo de designación diferente. También se puede designar una Comisión de Revisión de Disputas o Comisión de Resolución de Disputas de un miembro.

La Comisión de Revisión de Disputas y la Comisión de Resolución de Disputas normalmente siguen un proyecto desde el inicio hasta el final mediante visitas *in situ*, el estudio de informes mensuales, el intercambio de correspondencia y diversos informes. El objetivo es ser capaces, si se lo requieren, de reaccionar de inmediato y con conocimiento, y si es necesario emitir un dictamen, recomendación o decisión escrita. Los peritos de la Comisión de Revisión de Disputas y la Comisión de Resolución de Disputas a menudo reciben unos honorarios mensuales y una comisión por hora por sus intervenciones *in situ*.

La Comisión de Revisión de Disputas y la Comisión de Resolución de Disputas también funcionan como organismos asesores. Las partes pueden solicitar un dictamen escrito preliminar. El dictamen no vincula a las partes o a la comisión. La comisión tiene una misión más formal cuando emite una decisión o una recomendación en un procedimiento que permite a todas las partes expresar sus opiniones.

Una vez la comisión ha entregado su dictamen, decisión o recomendación, cada una de las partes indica, dentro de un plazo establecido, si lo acepta o no. Si la decisión no es aceptada, hay opciones como un proceso ante los tribunales o de arbitraje.

ASOCIACIÓN: UNA FORMA DE EVITAR DISPUTAS

La asociación es una forma de hacer negocios que pone énfasis en la confianza, el trabajo en equipo y la cooperación entre las partes de un contrato. Es una forma de evitar disputas, y no un método de resolver disputas.

La asociación se utiliza a menudo en proyectos de construcción como herramienta de gestión. El concepto es establecer una relación de trabajo entre las partes mediante una estrategia de compromiso y comunicación formal, desarrollada entre las partes, donde la confianza y el trabajo en equipo pueden evitar disputas, crear un espíritu de cooperación y facilitar que el proyecto se lleve a cabo con éxito.

La asociación se produce organizando talleres en los que participan las partes. Un facilitador neutral promueve la creación de equipos y ayuda a las partes a identificar sus expectativas. El objetivo es eliminar la mentalidad del «nosotros frente a ellos» y crear un espíritu de «nosotros». Este ejercicio pretende prever posibles disputas y encontrar la forma de evitarlas. La asociación requiere que las partes sean entrenadas y gestionadas por un tercero, el facilitador.

PERTAJE TÉCNICO

A menudo los primeros problemas que surgen en los contratos industriales o de alta tecnología internacionales son de naturaleza técnica. Por lo general, es más eficiente abordar estos problemas técnicos con expertos que en una batalla legal ante jueces o árbitros que carecen del conocimiento especializado.

La decisión de llamar a un experto para resolver las diferencias en lugar de acudir a los tribunales o al arbitraje puede depender del origen de las partes. Existe una diferencia de mentalidad importante entre abogados de tradiciones de Derecho civil y abogados de tradiciones de Derecho consuetudinario. Los abogados de Derecho consuetudinario suelen consultar a sus propios expertos para adoptar una posición. Por el contrario, los abogados de Derecho civil pedirán al tribunal, ya sea judicial o arbitral, que designe a un experto neutral independiente que informe sobre cuestiones técnicas.

En caso de que surjan dificultades técnicas durante un proyecto, las partes pueden remitir el asunto al Centro Internacional de Peritaje Técnico de la CCI. El Reglamento del Centro establece tres tipos de servicios, según los cuales el Centro propone nombres de peritos, los designa,

o aplica procedimientos de peritaje realizados conforme a los Reglamentos de Peritaje.

Se proponen peritos cuando las partes no han acordado utilizar a los peritos de la CCI, pero una o ambas partes desea tener el nombre de un perito independiente. La CCI propondrá a un experto a petición de una parte, un tribunal arbitral o un tribunal judicial. La función del centro termina una vez ha propuesto a un perito.

Las designaciones se realizan cuando las partes han acordado que se designe un perito y utilizan el centro como autoridad que realice la designación, o cuando el Centro Internacional para la RAD de la CCI considere que existen razones suficientes para designar a un perito. Esto puede estipularse en el contrato entre las partes utilizando una de las cláusulas tipo de la CCI.

Se aplica un peritaje técnico cuando las partes no han previsto remitir la disputa a un perito, pero encuentran una dificultad técnica, como por ejemplo el desacuerdo sobre las modificaciones de las especificaciones contractuales, que elevará los costos. En ese caso acuden a la CCI o a otra institución para designar a un perito y aplicar el proceso de peritaje.

Las partes pueden pedir al Centro Internacional de Peritaje para la RAD de la CCI que aplique un proceso de peritaje con arreglo a los Reglamentos de Peritaje de la CCI. En este caso, la función del Centro Internacional para la RAD de la CCI no termina con la selección de un perito. La aplicación del proceso de peritaje por parte de la CCI incluye:

- Coordinar a las partes y el perito;
- Empezar los pasos adecuados para favorecer la rápida finalización del proceso de peritaje;
- Supervisar los aspectos financieros del procedimiento;
- Designar a un perito o confirmar al perito acordado por todas las partes;
- Revisar la forma del informe del perito;
- Notificar el informe definitivo del perito a las partes; y
- Notificar la terminación del proceso de peritaje.

Con arreglo al Reglamento de Peritaje de la CCI, la decisión del perito no tiene efecto vinculante salvo que las partes hayan acordado de otro modo.

PERTAJE PARA LA RESOLUCIÓN DE DISPUTAS EN MATERIA DE INSTRUMENTOS DOCUMENTARIOS – DOCDEX

En 1997, la CCI elaboró un sistema para resolver disputas en materia de instrumentos documentarios (DOCDEX) mediante su Centro Internacional para la RAD. El

Cuadro 12: Cláusulas tipo sobre peritaje técnico

Peritaje opcional

Las partes pueden, en cualquier momento, y sin perjuicio de otros procedimientos, acordar someter una disputa que surja de o en relación con el presente contrato a un procedimiento de peritaje gestionado de conformidad con los Reglamentos de Peritaje de la CCI.

Obligación de presentar las disputas a peritaje, seguido de arbitraje si es necesario

En caso de que una disputa que surja de o en relación con el presente contrato, las partes acuerdan presentar el asunto, en primera instancia, a un procedimiento de peritaje gestionado de conformidad con los Reglamentos de Peritaje de la CCI. Si la disputa no ha sido resuelta mediante un procedimiento de peritaje gestionado de este tipo, previa

notificación de la terminación del procedimiento de peritaje por parte del Centro Internacional para la RAD de la CCI, se resolverá en última instancia con arreglo al Reglamento de Arbitraje de la CCI, por uno o más árbitros designados de conformidad con el Reglamento de Arbitraje.

La Cámara de Comercio Internacional como autoridad designadora en un peritaje administrado por las partes

En caso de que surja una disputa de o en relación con el presente contrato, las partes acuerdan someter la cuestión a un peritaje según la definición de la cláusula [Y] del presente contrato. El perito será designado por el Centro Internacional para la RAD de la CCI de conformidad con las disposiciones para la designación de peritos de los Reglamentos de Peritaje de la CCI.

Reglamento DOCDEX establece un sistema más similar al peritaje que al arbitraje.

Es necesario un sistema relativamente rápido y directo para resolver disputas en materia de instrumentos documentarios porque algunos bancos eluden su obligación de pagar cartas de crédito irrevocables alegando «discrepancias». Estas supuestas discrepancias se deben o bien a una mala interpretación o una mala aplicación de las Reglas y Usos Uniformes relativos a los Créditos Documentarios de la CCI, o a la invención de discrepancias con la intención de retrasar el pago o justificar un impago por parte del banco. El sistema está diseñado básicamente para alentar a los bancos a resolver las diferencias entre ellos cuando se enfrentan a disputas entre sus respectivos clientes.

El Reglamento DOCDEX afecta a cuatro códigos de la CCI para los bancos:

- Reglas y Usos Uniformes relativos a los Créditos Documentarios;
- Reglas Uniformes para los Reembolsos Interbancarios relacionados con Créditos Documentarios;
- Las Reglas Uniformes relativas a Cobranzas; y
- Las Reglas Uniformes relativas a Garantías a Primer Requerimiento de la CCI.

Cuando una disputa se gestiona con arreglo al Reglamento DOCDEX, el Centro designa a tres peritos de una lista creada por la Comisión Bancaria. Estos tres peritos realizan su trabajo de forma anónima. Toda la correspondencia entre las partes y los peritos pasa por el Centro Internacional de Peritaje de la CCI. La conclusión de los peritos se entrega tras haber sido examinada por el Asesor Técnico de la Comisión Bancaria. El proceso dura dos meses en promedio. Las conclusiones DOCDEX no

tienen que cumplir con los requisitos legales aplicables a un laudo arbitral y, salvo que se acuerde de otro modo, no son vinculantes para las partes.

FORMAS JURISDICCIONALES DE RESOLVER DISPUTAS

RECURSO A LOS TRIBUNALES

Los tribunales juzgan casos y emiten sentencias, basándose en los fundamentos de las disputas, en procesos judiciales. Pero también pueden prestar servicios como conceder a una parte medidas provisionales o cautelares, designar a peritos técnicos y, en algunas jurisdicciones, poner en marcha procedimientos de conciliación que a veces son un paso preliminar antes de incoar un procedimiento sustantivo.

PROCESO JUDICIAL

El proceso judicial se utiliza generalmente en litigios donde las partes son de la misma nacionalidad. Las disputas se llevan a los tribunales del país del que las partes son ciudadanos. Sin embargo, si las partes no residen en el mismo lugar, será necesario determinar, al principio, la ubicación del tribunal.

En asuntos internacionales, ¿qué tribunal tiene jurisdicción: el país del demandante o el país del demandado? Las partes pueden resolver esta cuestión incluyendo una cláusula de elección de foro en su contrato. El foro (el tribunal) estará por lo general en el país del demandante o del demandado. Sin embargo, este tipo de cláusula no se utiliza con frecuencia en contratos comerciales internacionales, ya que ninguna

Cuadro 13: ¿Arbitraje o litigio judicial?

ASUNTO	Litigio	Arbitraje
Finalidad	Las decisiones de los tribunales están sujetas a varios recursos.	La mayoría de laudos arbitrales no están sujetos a recurso. Solo pueden impugnarse ante los tribunales en situaciones muy concretas.
Reconocimiento internacional	Generalmente es difícil. Una resolución judicial será reconocida en otro país generalmente por la aplicación de un tratado bilateral o en virtud de unas normas más bien estrictas. Hay excepciones regionales (es decir, los países de la OHADA y la Unión Europea).	Sí. Mediante diversas convenciones internacionales, en particular la Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras de Nueva York en 1958.
Neutralidad	Aunque los jueces pueden ser imparciales, aplican el idioma y las reglas procesales de su país, y a menudo son de la misma nacionalidad que una de las partes.	Las partes pueden estar en igualdad de condiciones en relación con el lugar de arbitraje, el idioma o idiomas utilizados, las reglas procesales, la nacionalidad de los árbitros y los representantes letrados.
Competencia especializada y seguimiento personal	No todos los jueces tienen habilidades y experiencia especializada. En casos de larga duración puede ser que haya varios jueces que se ocupen del caso.	Las partes pueden seleccionar a los árbitros especializados que deseen, siempre que estos sean independientes. Por lo general, los árbitros se ocupan del caso de principio a fin.
Flexibilidad	Los tribunales deben seguir sus reglamentos procesales.	La mayoría de reglamentos arbitrales permiten un grado de flexibilidad a la hora de definir el procedimiento arbitral, las vistas, los plazos y la localización de las vistas y las reuniones de arbitraje.
Medidas provisionales	En los casos en que se requiera una acción rápida y efectiva contra una infracción (mediante una medida cautelar o el embargo del material infractor) se pueden obtener inmediatamente medidas de desagravio de los tribunales incluso antes de que comience el procedimiento fundamental. Previa notificación, los tribunales pueden imponer medidas cautelares a terceros.	Antes de que se constituya el tribunal arbitral, las partes tendrán que obtener medidas cautelares temporales en los tribunales. Aun cuando esté constituido el tribunal arbitral, en la mayoría de jurisdicciones las partes pueden obtener órdenes judiciales que suspendan la conducta ilícita. En muchos países, el propio tribunal arbitral también está facultado para hacerlo. Los árbitros no pueden emitir órdenes que afecten a terceros.
Testigos	Los tribunales pueden requerir que terceros y testigos de su jurisdicción se presenten ante el tribunal.	Los árbitros no tienen autoridad para convocar a terceros sin su consentimiento, ni para obligar a un tercero a llevar a un testigo.
Velocidad	Los procedimientos pueden retrasarse y ser largos. Las partes pueden verse envueltas en recursos largos y costosos.	El arbitraje puede ser más rápido que el litigio. Puede ser muy rápido, y durar semanas o meses si las partes llegan a un acuerdo.
Confidencialidad	Las vistas y resoluciones judiciales por lo general son públicas.	Las audiencias de arbitraje no son públicas, y solo las partes reciben copias de la sentencia, lo que constituye una ventaja cuando hay involucrados secretos comerciales e invenciones. Las disposiciones contractuales que contienen disposiciones de confidencialidad deberían ser aplicables en el procedimiento de arbitraje. Dado que esta cuestión es importante en las disputas en materia de PI, las partes pueden estipular disposiciones adicionales sobre confidencialidad (en forma de cláusulas contractuales), o bien pueden hacerlo los árbitros (en forma de orden procesal o en sus términos de referencia).
Costes	Las partes no pagan a los jueces, y las comisiones administrativas son razonables. Los principales costos son los honorarios de abogados y peritos.	Los honorarios de los árbitros, los gastos de viaje y alojamiento, y los costos administrativos de la institución arbitral son asumidos por las partes por adelantado. Un arbitraje de la CCI para una disputa de 1 millón de dólares de los EE.UU. ante tres árbitros costará una media de 140.000 dólares de los EE.UU. Ante un único árbitro, costará en promedio 61.000 dólares de los EE.UU. (en escalas de 2010).

de las partes quiere resolver las disputas en un tribunal extranjero.

En ocasiones, las partes no estipulan ninguna disposición sobre la resolución de disputas. En ese caso, cuando surge una disputa, los tribunales deben determinar qué tribunal tiene jurisdicción, aplicando las normas de conflicto de leyes en relación con la competencia judicial, o revisando tratados bilaterales o multilaterales. En estas circunstancias, un tribunal puede declinar su competencia, y remitir el caso, basándose en las normas de conflicto de leyes, a un tribunal de otro país. Esto puede provocar un retraso considerable y aumentar los costos de manera significativa.

En general, las partes no desean que sus disputas sean resueltas por tribunales de otro país. Esto es así porque puede parecer inapropiado someter la disputa que rige por otro sistema legal a jueces cuyas calificaciones y educación se enraízan en su propio sistema legal. Otro motivo de preocupación es que podría ser necesario traducir el contrato y la correspondencia relativos a la disputa a la lengua de trabajo del juez elegido. Asimismo, las alegaciones orales tendrán lugar en esta lengua, y esto podría causar molestias a las partes.

Las partes podrían correr el riesgo de elegir la competencia de un tribunal de un país que no se ha adherido a un tratado bilateral o multilateral sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales, lo que dificultaría la ejecución de una sentencia. Por último, los procedimientos judiciales son públicos.

Por lo general, en los litigios ante los tribunales las partes no tienen que correr con los costos de tiempo y gastos del juez. En el arbitraje, las partes pagan los honorarios y gastos de los árbitros.

MEDIDAS PROVISIONALES Y CAUTELARES ANTE LOS TRIBUNALES

Las partes involucradas en un litigio ante los tribunales por lo general tienen la posibilidad de solicitar medidas provisionales o cautelares con uno o más de los siguientes objetivos:

- Garantizar que el objeto de la disputa no resulta perjudicado antes de que se adopte y aplique una sentencia definitiva;
- Regular la conducta de las partes y las relaciones entre ellas durante el procedimiento; y
- Conservar las pruebas y organizar la administración del procedimiento.

Por ejemplo, podría necesitarse una medida provisional o cautelar para evitar que una parte oculte o saque de la jurisdicción en cuestión los productos objeto de la disputa o los bienes que permitirían a una parte obtener un resarcimiento si ganara el caso.

Una parte también puede obtener durante la realización del procedimiento una orden para que la otra parte adopte o se abstenga de adoptar determinadas medidas. Un tribunal puede ordenar que las partes mantengan el status quo hasta la sentencia final, alegando, por ejemplo, que una de ellas no solicita la garantía bancaria acordada contractualmente.

Una medida provisional o cautelar puede estar destinada a conversar pruebas. También a recabar pruebas mediante el testimonio de testigos de los hechos o de peritos antes de examinar el fondo de la cuestión.

Los árbitros carecen de facultades para ordenar medidas provisionales como embargar inmuebles y bienes, u ordenar que terceros asistan a la vista. Por eso en la mayoría de países hoy en día los tribunales cooperan con los tribunales arbitrajes y las partes involucradas en un procedimiento arbitral ordenando las medidas provisionales que un árbitro no está facultado a ordenar.

PERITAJE TÉCNICO ORDENADO POR UN TRIBUNAL

Los tribunales pueden ordenar un peritaje técnico. Antes de comenzar el procedimiento, ya sea judicial o arbitral, una parte puede solicitar la designación de un perito para que dé su dictamen técnico sobre el asunto objeto de disputa.

Este peritaje puede ser provisional si las circunstancias requieren que se ponga en marcha sin demora. Este podría ser el caso en relación con la venta de alimentos, que a menudo son perecederos, cuando la inspección debe efectuarse lo antes posible, sin esperar al inicio del procedimiento sustantivo. El peritaje ordenado por tribunales se utiliza más en sistemas de Derecho civil que en sistemas de Derecho consuetudinario.

MEDIACIÓN ORDENADA POR LOS TRIBUNALES

En algunos países, los propios jueces tienen facultad para mediar o conciliar a las partes, aunque en la práctica disponen de poco tiempo para hacerlo. Esta opción se regula normalmente en los códigos procesales nacionales.

La mediación ordenada por los tribunales puede parecer una contradicción. La mediación es voluntaria, confidencial y no vinculante. Podría parecer incongruente que un juez ordene a las partes procesales que participen en un proceso voluntario. Sin embargo, varios países han adoptado una legislación que promueve u obliga a las partes a someter sus casos a mediación.

Por ejemplo, en Australia los tribunales tienen facultad para remitir a las partes a mediación, con o sin el consentimiento de estas. También existe legislación que exige que las partes adopten «medidas reales para la resolución de disputas»

antes de que comience cualquier procedimiento judicial. La mediación se considera una de estas «medidas reales».

En Hong Kong, China, en congruencia con el deber de los tribunales de facilitar la resolución de disputas de una forma rentable, los tribunales están facultados para ordenar a las partes que medien. En otros países, tales como Francia y Côte d'Ivoire, los jueces pueden remitir a las partes a mediación, pero solo con el consentimiento de estas. El juez conserva la jurisdicción del caso. Si la mediación funciona, el acuerdo se registra y puede aplicarse como si se tratara de una sentencia.

En el Reino Unido, los tribunales no pueden obligar a las partes a someter a mediación una disputa comercial. Sin embargo, la tendencia es a emitir cada vez más órdenes exigiendo a las partes que intenten alcanzar una resolución por mediación. Una parte que haga caso omiso de esta orden probablemente se enfrentará a sanciones económicas. También en el Reino Unido, si se lleva un caso a los tribunales por infracción del acuerdo entre las partes de mediar antes de ir a pleito, el tribunal podría negarse a examinar el caso.

En algunos países, la mediación es una medida obligatoria previa al procedimiento judicial. Por ejemplo, en Indonesia las partes procesales están obligadas a mediar antes de someter la cuestión a un procedimiento civil, y durante el procedimiento también es posible una mediación administrada por el tribunal. De no seguirse los procedimientos de mediación impuestos por la ley, la sentencia podría declararse nula y sin validez.

Italia ha introducido la mediación obligatoria para determinados asuntos civiles y comerciales antes de iniciar un juicio. En Colombia, donde la práctica de la mediación está consolidada, las disputas en materia civil y comercial deben someterse a un proceso de mediación obligatoria antes de presentarse a un tribunal.

ARBITRAJE COMERCIAL

El arbitraje es un método de resolución de disputas particular, basado en el acuerdo entre las partes. La norma general es que si no hay acuerdo de someter el asunto a arbitraje, no hay arbitraje. Salvo por alguna excepción, las partes deben acordar mediante un contrato someter el asunto a arbitraje, y o bien determinar qué reglas se aplican al procedimiento, o bien hacer referencia a las reglas de arbitraje que se aplican bajo la administración de una institución arbitral. En el arbitraje ad hoc, las partes determinan ellas mismas, sin ayuda de una institución arbitral, cómo se va a realizar el arbitraje. En el arbitraje institucional o administrado se gestiona el proceso de arbitraje con ayuda de una institución arbitral.

Dependiendo del acuerdo entre las partes, la realización del procedimiento de arbitraje puede o no variar respecto de la realización del procedimiento ante un tribunal, salvo

en que el procedimiento pertenece a las partes (o la institución arbitral, o un tercero designado por ellas) quienes constituyen el tribunal arbitral. Las reglas de procedimiento de arbitraje por lo general son más flexibles e implican menos formalidades que las de los tribunales.

Los tipos de arbitraje se describen en mayor detalle a continuación. También se describen las diferencias básicas entre el arbitraje ad hoc y el arbitraje institucional.

ARBITRAJE AD HOC

En un arbitraje ad hoc, las partes determinan el tribunal arbitral y especifican las reglas que regirán el procedimiento. En caso de dificultades, por ejemplo, si es preciso sustituir a un árbitro, las partes pueden solicitar a veces la intervención de un tribunal para que las ayude. En el arbitraje ad hoc, las partes deben acordar con los árbitros los honorarios y gastos de estos últimos.

ARBITRAJE INSTITUCIONAL

En un arbitraje institucional, las partes encargan a una institución arbitral que administre el procedimiento de conformidad con el reglamento de arbitraje de la institución. Las partes deben elegir la institución de arbitraje de común acuerdo. El alcance de la administración varía de una institución a otra. Las partes deben tener en cuenta estas diferencias.

Por lo general, la institución arbitral administra el proceso «parcialmente» y limita su asistencia a la constitución del tribunal arbitral (designación de árbitros) teniendo en cuenta los deseos de las partes y gestionando algunos aspectos económicos, como los honorarios de los árbitros. La institución arbitral aplica su propio reglamento de arbitraje.

Algunas instituciones de arbitraje, conforme a sus reglamentos, reciben una solicitud de arbitraje y se la notifican a la otra parte de la solicitud. La otra parte manifiesta su postura sobre el caso y sobre la constitución del tribunal arbitral. Estas instituciones pueden tener facultad para fijar una cantidad de dinero que cubra los costos del arbitraje, reclamar su pago y, al final del procedimiento, determinar los costos totales. Pueden tramitar la notificación a las partes del laudo arbitral. Otras instituciones pueden hacer mucho menos. Este tipo de arbitraje se suele denominar arbitraje «parcialmente administrado».

Otro tipo de arbitraje institucional es el «totalmente administrado». Cuando el arbitraje institucional es totalmente administrado, la institución recibe la solicitud de arbitraje y notifica a la otra parte, pero también ayuda a constituir el tribunal arbitral, fija un anticipo de los costos y quizá también el lugar de arbitraje. Una vez se ha satisfecho el anticipo de los costos, la institución envía el expediente a los árbitros y supervisa cómo se realiza el procedimiento hasta la emisión del laudo.

La institución controla el procedimiento y resuelve dificultades como la sustitución de árbitros. La institución ocasionalmente garantiza que el laudo tiene la forma adecuada, y también puede llevar la atención de los árbitros a determinados puntos relativos a los fundamentos del caso. Notifica el laudo a las partes después de haber fijado los costos finales del arbitraje y se asegura de que se pague a los árbitros. La institución se asegurará de que se hayan cumplido los diferentes pasos del procedimiento dentro de los plazos establecidos por su reglamento de arbitraje. Por ejemplo, el arbitraje CCI es un sistema de arbitraje totalmente administrado.

¿LITIGIO JUDICIAL O ARBITRAJE?

Una vez examinadas distintas formas de evitar y resolver disputas, es preciso elegir el método de resolución de disputas más adecuado. ¿La disputa debería ser resuelta por un tribunal judicial o un tribunal arbitral?

En relación con los contratos internacionales, a menudo las partes tienen dificultades para coincidir en la elección de un tribunal nacional, y elegir un tribunal en un tercer país no suele resultar adecuado.

Los procedimientos judiciales por lo general son largos debido a la sobrecarga de trabajo de los juzgados. Además, los tribunales tienen varios niveles de competencia: tribunales de primera instancia, tribunales de apelación y tribunales supremos, que ofrecen la posibilidad de que una parte no satisfecha solicite una revisión larga y cara de los fundamentos del caso.

Los tribunales no siempre están especializados en asuntos comerciales, y los jueces no tienen necesariamente la formación adecuada en resolución de disputas comerciales internacionales. En algunos países puede tenerse la idea de que los jueces no ofrecen las garantías de independencia e imparcialidad esperadas y que son fundamentales para una buena administración de la justicia. Por último, los procedimientos judiciales por lo general se rigen por reglas procesales estrictas y a menudo inflexibles.

En el arbitraje prevalece la autonomía de las partes. Las partes son libres de organizar su procedimiento empleando el reglamento de arbitraje establecido o redactando su propio reglamento. Pueden elegir a sus árbitros, fijar límites de tiempo o hacer que un tercero los fije. La decisión es en principio final en cuanto a los fundamentos. Las bases para anular una decisión se limitan a errores procesales fundamentales.

Al igual que los jueces, los árbitros tienen el deber de independencia e imparcialidad. Los árbitros pueden ser elegidos por sus cualificaciones profesionales y técnicas específicas, y por su disponibilidad. La confidencialidad que se aplica al arbitraje puede aportar una mayor tranquilidad en comparación con los procedimientos ante los tribunales, que son públicos.

Sin embargo, existen otros factores a tener en cuenta. Las partes no pagan a los jueces, pero corren con todos los honorarios y gastos de los árbitros y las comisiones de la institución de arbitraje que administra el caso. Los árbitros no tienen las facultades que tienen los jueces para decretar medidas cautelares y otros tipos de medidas provisionales, como el embargo de inmuebles, o la interrogación de testigos o terceros que pudieran no desear participar en el procedimiento. En algunos países, los tribunales tienen experiencia en campos especializados, como disputas marítimas, bancarias o en materia de patentes.

Con la evolución de la integración regional, las decisiones de los tribunales comerciales pueden ser aplicadas rápidamente entre determinados países. Este es el caso de la Unión Europea a través del Reglamento (UE) No. 1215/2012, de 12 de diciembre de 2012 (refundición), relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Este es también el caso de diversos países africanos que son miembros de la Organización para la Armonización del Derecho Mercantil en África.

Aunque el arbitraje puede recomendarse con carácter general para resolver disputas comerciales internacionales, el recurso a los tribunales es una opción válida, dependiendo de las circunstancias. El Cuadro 13 presenta algunas de las ventajas y desventajas del arbitraje y el litigio ante los tribunales.

CONFIDENCIALIDAD

En el arbitraje, la cuestión de si las partes deben mantener la confidencialidad de los documentos y la información divulgada es un asunto complejo y existen diferentes opiniones en los distintos sistemas jurídicos. El tipo de arbitraje y las partes involucradas pueden afectar a la respuesta.

El arbitraje comercial es un método de resolución de disputas privado. Las personas que no participan en el procedimiento de arbitraje no pueden asistir al mismo, salvo que las partes y el tribunal arbitral lo acepten. Solo las partes del arbitraje reciben copias de la sentencia, lo que constituye una gran ventaja cuando hay involucrados secretos comerciales e invenciones.

Algunas leyes de arbitraje y reglamentos institucionales contienen disposiciones sobre confidencialidad, pero la mayoría de leyes y reglamentos guarda silencio al respecto. Algunos reglamentos de arbitraje permiten a las partes pedir protección sobre secretos comerciales al tribunal. Las partes que desean proteger información confidencial o mantener la confidencialidad del arbitraje deben incluir una disposición sobre confidencialidad o bien en el acuerdo de arbitraje, los términos de referencia entre las partes y el tribunal arbitral, o bien en una orden de protección del tribunal arbitral.

La situación es diferente en el arbitraje entre inversor y Estado basado en un tratado, donde las disputas tienen lugar entre Estados e inversores de otros Estados basándose en tratados de inversión bilaterales o multilaterales. Debido a que hay fondos públicos involucrados en el arbitraje de inversiones, las decisiones de los tribunales en el arbitraje entre inversor y Estado revisten un interés público. Esta necesidad de transparencia a veces puede entrar en conflicto con intereses como la protección de datos, la protección de políticas nacionales u otros intereses nacionales como la seguridad. La transparencia de las inversiones internacionales contribuye a generar un crecimiento sostenible y promueve el Estado de derecho, la buena gobernanza, las garantías procesales, la justicia y la equidad. La transparencia también genera una mayor legitimidad de los arbitrajes de inversiones.

CNUDMI ha adoptado dos instrumentos en relación con la transparencia en el arbitraje entre inversionistas y Estados en el marco de tratados. El Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el marco de un Tratado (el Reglamento sobre la Transparencia) proporciona un marco procesal a disposición del público en casos de arbitraje sobre inversiones en el marco de tratados pertinentes suscritos después del 1 de abril de 2014. La Convención sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el marco de un Tratado UNCITRAL de la CNUDMI (la Convención sobre la Transparencia) de 2014 proporciona un mecanismo para aplicar el Reglamento sobre la Transparencia a los casos de arbitraje que surjan con arreglo a cerca de 3.000 tratados de inversiones.

¿ARBITRAJE O MEDIACIÓN?

¿Es mejor recurrir al arbitraje que utilizar métodos de RAD como la conciliación o la mediación? Esta cuestión es diferente de si elegir entre tribunales y arbitraje. Una cláusula de arbitraje excluye la intervención de los tribunales en los fundamentos de un caso. Sin embargo, la conciliación y la mediación no excluyen el arbitraje, y el arbitraje no excluye la conciliación y la mediación.

En el arbitraje, la decisión es una, definitiva y vinculante para las partes. Está sujeta a reconocimiento judicial y puede ejecutarse contra una parte perdedora. En los procedimientos judiciales, las decisiones del tribunal de primera instancia pueden someterse a uno o más recursos. Sin embargo, una vez se emite la resolución definitiva, los efectos económicos son retroactivos hasta la fecha en que se presentó la demanda.

La eficiencia de los métodos de RAD depende de la buena voluntad de las partes, que son libres de participar o no en el proceso, y de aceptar o no las recomendaciones de un conciliador o mediador. Ante el incumplimiento de una de las partes, los acuerdos de resolución alcanzados mediante mediación o conciliación deberá ejecutarlos un tribunal.

COMBINACIÓN DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN: CLÁUSULAS DE DOS NIVELES

Algunos contratos utilizan un enfoque de dos niveles. El primero es el recurso a la mediación. En un segundo nivel, si la mediación no funciona, pueden incoarse procedimientos de arbitraje. Las partes a menudo acuerdan tácitamente este procedimiento cuando intentan resolver su disputa de manera amistosa antes de recurrir a procedimientos judiciales o arbitrales. En ocasiones pueden acordar más formalmente utilizar este sistema de dos niveles en su contrato o cuando surge una disputa.

Para las partes contractuales involucradas en una relación de largo plazo, la combinación de arbitraje y mediación puede resultar esencial para mantener una relación cordial y continuada aun cuando surja una disputa.

Cuadro 14: Cláusulas de mediación y arbitraje combinadas

Cláusula de resolución de conflictos del ITC, adaptada a las pequeñas empresas de los países en desarrollo

El ITC recomienda a todas las pymes incluir una cláusula de resolución de conflictos específica al contrato, basada en la negociación entre las partes. A continuación, presentamos un modelo de cláusula contractual que combina mediación y arbitraje, la cual puede ser adaptada a cualquier contexto nacional.

Para consultar otros modelos, visite www.intracen.org/model-contracts-for-small-firms

«1. Si surgiera una disputa de este contrato, las Partes intentarán resolverla de forma amistosa. Se plantearán designar a un mediador para ayudar a su resolución. Ninguna de las partes incoará un procedimiento judicial o de arbitraje salvo que se haya entregado una notificación de 30 días por escrito a la otra parte».

«2. Toda disputa, controversia o reclamación que surja de o en relación con este contrato (incluida su conclusión, interpretación, ejecución, incumplimiento, terminación o invalidez) será resuelta de forma irrevocable con arreglo al reglamento de [especificar la institución de arbitraje] por [especificar el número de árbitros, p. ej., un árbitro, tres árbitros] designados de acuerdo con dicho reglamento. El lugar de arbitraje será [especificar]. El idioma del arbitraje será [especificar]».

Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo

He aquí un ejemplo de cláusula de resolución de conflictos combinada vigente a escala nacional.

«Toda disputa, controversia o reclamación que surja de o en relación con este contrato, o el incumplimiento, terminación o invalidez del mismo, se remitirá primero a Mediación de acuerdo con el Reglamento de Mediación del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, salvo que una de las partes se oponga.

Si una de las partes se opone a la Mediación, o si se pone fin a la Mediación, la disputa se resolverá de forma irrevocable mediante arbitraje, de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo».

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual

Finalmente, una definición de este concepto propuesta por una organización internacional.

«Toda disputa, controversia o reclamación que surja de o en relación con este contrato y todas las modificaciones posteriores del mismo, incluyendo, sin limitación, su formación, validez, efecto vinculante, interpretación, ejecución, incumplimiento o resolución, así como las reclamaciones no contractuales, se someterán a mediación de acuerdo con el Reglamento de Mediación de la OMPI. El lugar de arbitraje será [especificar lugar]. El idioma que se utilizará en la mediación será [especificar idioma].

En la medida en que, una disputa, controversia o reclamación de este tipo no haya sido resuelta por mediación en el plazo de [60][90] días desde el inicio de la mediación, se remitirá, previa presentación de una Petición de Arbitraje de una parte, y será resuelta de forma irrevocable por arbitraje de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje [Acelerado] de la OMPI.

De forma alternativa, si antes de que venza dicho periodo de [60][90] días, alguna de las partes no participa o deja de participar en la mediación, la disputa, controversia o reclamación se remitirá, previa presentación de una Petición de Arbitraje de la otra parte, y será resuelta de forma irrevocable por arbitraje de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje [Acelerado] de la OMPI. El tribunal arbitral estará compuesto por [un árbitro][tres árbitros]. El lugar de arbitraje será [especificar lugar]. El idioma a utilizar en el procedimiento de arbitraje será [especificar idioma]. La disputa, controversia o reclamación sometida a arbitraje se resolverá de conformidad con las leyes de [especificar jurisdicción]».



PARTE 2

MEDIACIÓN

MEDIACIÓN	28
¿Qué es la mediación?	28
Un poco de historia y de contexto	28
El proceso de mediación	29
El papel del mediador	29
El papel de los representantes legales en la mediación	30
Preguntas y respuestas	30

MEDIACIÓN

El Estado de Derecho y la seguridad contractual se encuentran entre los factores más importantes para las PYME y los inversores extranjeros. Las instituciones de arbitraje y mediación y los expertos legales de todo el mundo reconocen que la mediación comercial –que es diferente del arbitraje– puede generar resoluciones más rápidas y resultados más tangibles que procesos de arbitraje o judiciales más «legalistas».

Los argumentos para considerar que los servicios de mediación comercial eficaces son un elemento necesario de un entorno empresarial sano son tales que desde abril de 2011 (Directiva 2008/52/CE) todos los países europeos deben aplicar leyes que garanticen que los acuerdos de resolución por mediación son ejecutables como si se tratara de resoluciones judiciales.

En diversos países de África y Latinoamérica, la mediación ha demostrado ser tan efectiva que se ha convertido en una práctica obligada antes de incoar un procedimiento judicial.

¿QUÉ ES LA MEDIACIÓN?

El artículo 3 de la Directiva Europea sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles establece que:

(a) Se entiende por «mediación» un procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador. Este procedimiento puede ser iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional o prescrito por el Derecho de un Estado miembro.

Incluye la mediación llevada a cabo por un juez que no sea responsable de ningún procedimiento judicial vinculado a dicho litigio. No incluye las gestiones para resolver el litigio que el órgano jurisdiccional o el juez competentes para conocer de él realicen en el curso del proceso judicial referente a ese litigio.

(b) Se entenderá por «mediador» todo tercero a quien se pida que lleve a cabo una mediación de forma eficaz, imparcial y competente, independientemente de su denominación o profesión en el Estado miembro en cuestión y del modo en que haya sido designado o se le haya solicitado que lleve a cabo la mediación.

JAMS International, proveedor de servicios de mediación privados del Reino Unido, utiliza esta definición: «La mediación es un proceso en el que las partes se reúnen con

una persona imparcial y neutral elegida de común acuerdo que las ayuda en la negociación de sus diferencias».

El Centro para la Resolución Efectiva de Disputas, proveedor de servicios de mediación del Reino Unido, describe la mediación como: «Un proceso flexible realizado de forma confidencial, en el que una persona neutral ayuda a las partes activamente a trabajar en pro de un acuerdo negociado de una disputa o diferencia, donde las partes tienen el control último de la decisión a adoptar y de los términos de la resolución».

UN POCO DE HISTORIA Y DE CONTEXTO

En las reuniones de instituciones de resolución de disputas organizadas por ITC entre 2002 y 2009 se dio una visión internacional del surgimiento de la mediación. Durante estas reuniones, los participantes se dieron cuenta de que la mediación se estaba adoptando a gran escala. Aquí se ofrecen algunas opiniones extraídas de estas reuniones.

- En la década de 1980, los directivos estadounidenses estaban descontentos con el sistema de litigios públicos, debido a los elevados costos, los retrasos, la acritud, la diversidad de procedimientos y las ineficiencias. Los abogados de los departamentos jurídicos de algunas de las principales corporaciones estadounidenses crearon un instituto para estudiar las alternativas al litigio. Se distribuyó una declaración, que fue firmada por más de 4.000 corporaciones: «Los abajo firmantes se proponen al menos considerar el uso de un método alternativo de resolución de disputas con otra empresa que haya firmado la declaración».
- A principios de la década de 1990, la Cámara de Comercio de Bogotá, Colombia, que tradicionalmente gestionaba algunos cientos de arbitrajes al año, se dio cuenta de que la ciudad estaba tan plagada de violencia que los servicios de mediación no solo se ofrecerían a las empresas, sino también a la población en general. La mediación se incorporó a la constitución del país, y en Bogotá se crearon 22 centros de mediación para resolver las disputas locales con la ayuda de mediadores voluntarios formados. Se estableció la formación en mediación obligatoria para abogados.

La mediación se aplicó también en los colegios. En Bogotá se calculó que uno de cada dos estudiantes había sufrido robos, y uno de cada tres había sufrido palizas y abusos físicos de otros estudiantes. A partir de 2001 un proyecto

mucho más ambicioso formó a 20.800 mediadores en 225 centros educativos para que abordaran estas cuestiones. (www.ccb.org.co)

- En la Sudáfrica posterior al apartheid se encargó a la Comisión de Conciliación, Mediación y Arbitraje que resolviera las disputas laborales principalmente mediante mediación. Según cifras de 2012, la cifra anual de conciliaciones supera las 100.000 y el número de arbitrajes es de alrededor de 50.000. Existe una obligación legal de someter las disputas sobre despidos indebidos a conciliación con una vista en el plazo de 30 días. Las disputas no resueltas pueden remitirse entonces a la Comisión de Conciliación, Mediación y Arbitraje para arbitraje, y algunas para litigio. En 2011 y 2012, la tasa de acuerdos fue del 65%. Un informe de la OIT afirma: «En comparación con los tribunales convencionales, ya sean tribunales civiles con competencia general o tribunales laborales especializados, la Comisión de Conciliación, Mediación y Arbitraje ha demostrado tener un gran éxito».
- China tiene un sistema que combina mediación y arbitraje. Las partes del arbitraje o el tribunal arbitral pueden sugerir la mediación. La legislación sobre arbitraje permite al árbitro realizar mediación antes de emitir una sentencia arbitral. En la práctica, los árbitros sistemáticamente preguntan a las partes si desean que el tribunal arbitral las ayude a alcanzar una resolución amistosa.
- Las instituciones europeas promovieron la mediación en los Estados miembros adoptando la Directiva 2008/52/CE en 2008. La Directiva pretende «facilitar el acceso a la resolución de disputas y promover la resolución amistosa de disputas fomentando el uso de la mediación y garantizando una relación equilibrada entre la mediación y el procedimiento judicial». Solo se aplica a disputas civiles y mercantiles transfronterizas. La Directiva no impone una obligación de mediar a las partes, pero enfatiza las ventajas de la mediación. Un estudio de la UE de 2015 recomienda que la Unión Europea considere exigir la mediación obligatoria en determinadas categorías de casos, con la posibilidad de no participar. El estudio también señala que existe un respaldo entusiasta a las medidas diseñadas para promover la mediación en la Unión Europea.

El surgimiento de la mediación es un fenómeno de escala mundial. Este acontecimiento ha llevado a los juristas a volver a examinar las actitudes y las premisas que subyacen al litigio judicial y el arbitraje. El aumento de la mediación es una reacción al crecimiento de los procesos de contradicción y confrontación, y también contra el principio de abogacía, por el que durante siglos los abogados han sido entrenados exclusivamente para defender los intereses de sus clientes a expensas de la otra parte.

Como resultado, cada vez hay un mayor reconocimiento de que los conflictos –tradicionalmente considerados el principal resorte de la interacción humana– pueden, y en

muchos casos deben, resolverse mediante la cooperación entre las partes.

EL PROCESO DE MEDIACIÓN

Cada mediador tendrá su propio estilo, si bien a continuación se dan las principales fases de mediación.

Introducción: El mediador, con ambas partes presentes, describe el proceso y las reglas fundamentales de la mediación, la función de las partes, subraya su independencia e imparcialidad, y da su visión sobre los problemas.

Las partes expresan su visión: Cada parte, sin ser interrumpida, tendrá la oportunidad de contar su historia y explicar cómo ve los problemas.

Recopilación de información: Mediante preguntas abiertas, el mediador se generará una idea de los problemas y establecerá una relación con las partes.

Se identifican los problemas: El mediador describe su visión de los problemas, y perfecciona los problemas con la información proporcionada por las partes. El objetivo es alcanzar un acuerdo sobre los problemas.

Generación de opciones: Un método comúnmente utilizado durante esta fase son las sesiones privadas con cada parte, en las que se exploran diversas opciones posibles y se les anima a generar resoluciones. La información facilitada al mediador en reuniones no puede divulgarse a la otra parte sin el consentimiento de la parte que la ha suministrado.

Alcanzar o no alcanzar un acuerdo: Si se alcanza un acuerdo, este se pone por escrito y es firmado por las partes, sus abogados y el mediador. El tribunal puede hacer cumplir este acuerdo firmado. Si no se alcanza ningún acuerdo, cualquiera de las partes puede recurrir al arbitraje, si hay acuerdo para arbitrar, o al litigio.

EL PAPEL DEL MEDIADOR

Por lo general, los mediadores no proponen ni sugieren una resolución. Son facilitadores que ayudan a las partes identificar los motivos para alcanzar un acuerdo. Cada mediador tiene su propio estilo. Sin embargo, las partes deben saber de antemano qué esperar del proceso. La mayoría de mediadores están entrenados en mediación facilitadora. Estos mediadores estructuran el proceso de mediación para ayudar a las partes a alcanzar un resultado que sea satisfactorio para ambas.

JAMS proporciona la siguiente declaración sobre el papel de un mediador:

«La mediación deja rigurosamente todo el poder de decisión en manos de las partes. El mediador no decide qué es “justo” o “adecuado”, no evalúa, culpa o emite una opinión sobre los fundamentos del caso, ni sobre las oportunidades de éxito si el caso se sometiera a litigio. Más bien el mediador actúa como catalizador entre intereses opuestos, intentando acercarlos definiendo los problemas y eliminando los obstáculos a la comunicación, a la vez que modera y guía el proceso para evitar la confrontación y la mala fe. Sin embargo, el mediador intentará que cada parte haga concesiones durante el proceso de mediación».

Las comisiones por horas son fijadas por el Centro Internacional de la CCI para RAD, y se calculan en base al tiempo dedicado de forma justificada por el mediador. Estos costos se reducen significativamente cuando se trata de una mediación en países en desarrollo.

EL PAPEL DE LOS REPRESENTANTES LEGALES EN LA MEDIACIÓN

En la mediación, la participación del asesor jurídico de cada parte puede resultar adecuada y útil. El asesor confirmará si un acuerdo de resolución es aceptable, y puede ayudar a redactarlo. El acuerdo será entonces vinculante para las partes.

Para que el resultado sea positivo, los abogados deben dejar a un lado su papel dominante tradicional y adoptar una función de asesoramiento y apoyo. También deben entender que el que su cliente obtenga el máximo beneficio probablemente no sea el mejor resultado para la mediación.

PREGUNTAS Y RESPUESTAS

¿Cuánto dura la mediación?

La mayoría de mediaciones no dura más de dos días. Las mediaciones de casos complejos pueden durar una semana o más.

¿La mediación es confidencial?

Sí. La mayoría de códigos de conducta especifican que los mediadores están sujetos a una obligación de confidencialidad. La mayoría de códigos también establecen que las posturas presentadas por las partes en la mediación no pueden ser utilizadas por las demás partes en un arbitraje o litigio posterior.

¿Cuánto cuesta la mediación?

La mediación tiene un costo mucho menor que el arbitraje. El Centro de Mediación y Arbitraje de París estableció en 2014 que, en promedio, las mediaciones realizadas según su reglamento duran 15 horas y cuestan 5.000 euros. Según la escala de mediación de la CCI en 2015, los costos de una mediación por una cuantía en disputa de entre 2 y 10 millones de dólares de los EE.UU. ascienden a \$EE.UU. 2.000 de tasa de presentación, \$EE.UU. 15.000 de gastos administrativos, más los honorarios y gastos de mediadores. No hay una comisión por horas preestablecida.



PARTE 3

ARBITRAJE

ARBITRAJE	34
Arbitraje institucional	34
Arbitraje ad hoc	35
EL ACUERDO DE ARBITRAJE	37
¿Es necesario introducir una cláusula compromisoria?	37
La cláusula compromisoria debe efectuarse por escrito	37
Funciones de una cláusula compromisoria	37
¿Cláusula compromisoria o acuerdo de sometimiento a arbitraje?	37
Incorporación de la cláusula compromisoria por referencia	38
¿Quién puede suscribir un acuerdo de arbitraje?	38
Separabilidad de la cláusula compromisoria	38
Legislación aplicable al acuerdo de arbitraje	39
Las normas sobre arbitrabilidad difieren	39
Contenido del acuerdo de arbitraje	41
Cláusulas compromisorias que deben evitarse	50
Redacción recomendada para los acuerdos de arbitraje	51
CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL	52
Arbitraje institucional	52
En el contexto del arbitraje ad hoc	52
Arbitraje entre más de dos partes	54
FACULTADES, DEBERES Y COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL	55
Facultades y limitaciones	55
Deberes de un tribunal arbitral	55
Competencia del tribunal	56
Árbitro de emergencia	56
PROCEDIMIENTO DE ARBITRAJE	58
Principio general: autonomía de las partes	58
Normas de procedimiento que decide el tribunal arbitral	58
Audiencias y pruebas	58
DERECHO APLICABLE	61
El Derecho aplicable al fondo de la disputa	61
El Derecho aplicable al acuerdo de arbitraje	63
EL LAUDO ARBITRAL	66
Laudo final	66
Laudos parciales y provisionales	66
Laudo aceptado	66
Reconocimiento y ejecución	66
Impugnación de los laudos arbitrales	68
Los costos del arbitraje	69

ARBITRAJE

El arbitraje es el mecanismo alternativo más conocido y accesible para que los tribunales resuelvan disputas. Se utiliza principalmente en empresas para operaciones internacionales, ya que a menudo es más fácil ejecutar sentencias arbitrales en un país extranjero que es parte de la Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras de Nueva York de 1958 que las sentencias judiciales.

ARBITRAJE INSTITUCIONAL

El arbitraje institucional implica que las partes eligen realizar su arbitraje con arreglo al reglamento y con la ayuda de una institución arbitral. Al hacerlo, esperan de la institución arbitral determinados servicios para la organización y supervisión del procedimiento arbitral. La institución arbitral cobra a las partes determinados honorarios por sus servicios. Esta cuantía por lo general cubre los gastos administrativos de la institución arbitral. Dependiendo de la institución arbitral y el reglamento escogido, la cuantía pagada por las partes también puede cubrir los honorarios y gastos de los árbitros.

Para obtener la asistencia de una institución arbitral, las partes deben acordar explícitamente, por lo general en la cláusula compromisoria de sus contratos o en un acuerdo de sometimiento a arbitraje firmado cuando surge una disputa. El nombre de la institución debe indicarse correctamente. Si el nombre de la institución arbitral no estuviera claro o estuviera incompleto, esto podría generar un conflicto entre las partes en el momento en que surgiera la disputa.

Por ejemplo: «[D]e conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de Ginebra» es incorrecto, ya que solo existe una Cámara de Comercio Internacional y está situada en París. El texto correcto sería «Cámara de Comercio Internacional». Este error aparentemente inofensivo en ocasiones ha causado meses de retrasos y gastos. La forma más sencilla de prevenir este error es utilizando la cláusula recomendada por la institución, disponible en la página web de la CCI.

ELECCIÓN DE LA INSTITUCIÓN DE ARBITRAJE APROPIADA

El número de instituciones arbitrales que hay en el mundo está aumentando, ya que el arbitraje se está convirtiendo en el método generalmente aceptado para resolver disputas comerciales internacionales. Hoy en día existen cientos de instituciones de arbitraje en prácticamente todos los países.

Algunas instituciones arbitrales administran arbitrajes nacionales, es decir procedimientos entre ciudadanos de un país determinado. Otras ponen énfasis en el arbitraje internacional y sus reglamentos están disponibles en diferentes idiomas. También hay instituciones que administran arbitrajes de ambos tipos.

Si bien la mayoría de instituciones administra arbitrajes en todos los sectores económicos, algunas se centran específicamente en un sector o actividad económica, como casos marítimos, disputas sobre materias primas o sobre construcción. Por ejemplo, la Comisión de Arbitraje Marítimo de Tokio gestiona el departamento de arbitraje de Japan Shipping Exchange en las áreas de transporte, construcción de buques, suscripción de seguros marítimos, comercio, agentes navales e instalaciones costeras. La Asociación de Comercio de Grano y Alimentos Animales de Londres ofrece un servicio de arbitraje que trata casos relacionados con la venta de grano.

En diversos países pueden encontrarse instituciones que gestionan procedimientos de arbitraje para disputas relacionadas con el café, como la Cámara de Arbitraje de Café de Amberes, la Cámara de Arbitraje de Café Italiano de Génova, la Cámara de Arbitraje de Trieste y el Consejo del Café de Bangalore.

Las partes deben confirmar que la institución arbitral a la que desean someter sus disputas posee experiencia en el sector económico en cuestión. Esta experiencia se plasma por lo general en que la institución arbitral cuenta con un listado o panel de posibles árbitros con conocimientos del campo, de entre los cuales la institución puede designar a uno o más árbitros en caso de que las partes no designen a los árbitros ellas mismas.

Algunas instituciones pueden ofrecer a las partes un listado restringido de personas que pueden elegir como árbitros. Algunas instituciones arbitrales pueden limitar el listado de árbitros a ciudadanos de su propio país o a personas con trayectorias específicas. Otras instituciones arbitrales pueden no utilizar un sistema de listas y dar total libertad a las partes para que elijan al árbitro o árbitros de su elección.

ASISTENCIA DE LAS INSTITUCIONES DE ARBITRAJE

Tipos de asistencia

No todas las instituciones arbitrales prestan los mismos servicios. Algunas se limitan a ofrecer reglamentos y

directrices, y no ofrecen ningún otro servicio. Otras instituciones ofrecen reglamentos y una lista de árbitros cualificados, pero no participan en la designación de árbitros. Dado que estas instituciones no administran casos, no cobran tasas administrativas.

Otro grupo de instituciones ayudan en la puesta en marcha del arbitraje y la designación de árbitros. Otras instituciones supervisarán todo el proceso de arbitraje, desde la notificación a la parte demandada de la petición de arbitraje a la notificación a las partes de la sentencia arbitral.

Servicios típicos

Por lo general, una institución arbitral recibe una petición de arbitraje y la envía a la parte demandada. La institución puede establecer un plazo para que el demandado presente su defensa y sus comentarios sobre la constitución del tribunal arbitral y el lugar de arbitraje.

La asistencia de un tribunal arbitral puede ser valiosa porque garantiza que el proceso se ponga en marcha rápidamente, aun si el demandado no está dispuesto a participar. Si un demandado no designa a un coárbitro o no está de acuerdo con el demandante en la constitución y el proceso del tribunal arbitral o el lugar de arbitraje, la institución arbitral adoptará las medidas necesarias para constituir el tribunal arbitral y decidir el lugar de arbitraje.

Por lo general, las instituciones de arbitraje establecerán un plazo para que el tribunal emita su sentencia, o para que establezca en primer lugar los términos de referencia. La institución arbitral comprobará si el tribunal cumple estos plazos. Si la sentencia arbitral no se emite en el plazo fijado, la institución arbitral decidirá si aplica una ampliación.

En caso de que un árbitro incumpla sus obligaciones, por ejemplo si no es imparcial o no puede hacerlo por enfermedad, o decide renunciar o fallece, la institución arbitral decidirá sobre su sustitución sin demorarse en el procedimiento. No se requerirá intervención de los tribunales en situaciones que pueda perturbar el desarrollo del proceso de arbitraje.

Si una parte no participa o rechaza participar en el arbitraje, la institución arbitral comprobará que el tribunal ha respetado el proceso debidamente. Esto garantiza que la sentencia emitida por el tribunal sea ejecutable. Esta supervisión puede ofrecer garantías de que la sentencia será reconocida por los tribunales del país en que debe ejecutarse, que la mayor parte de las veces es el país de la parte perdedora.

En un arbitraje institucional, la sentencia del tribunal por lo general es notificada a las partes por la institución, no por el tribunal. Algunas instituciones garantizarán que la notificación se efectúa de acuerdo con los estándares formales. Habitualmente la institución arbitral fija los honorarios arbitrales al final del arbitraje. Fijar los costos de arbitraje, administrar los anticipos de costos y asegurar que se paga a los árbitros son servicios importantes que prestan las instituciones.

El arbitraje institucional tiene la importante ventaja de que, por lo general, pone a disposición de las partes personal profesional que contesta a las preguntas de estas en relación con la organización y realización del procedimiento de arbitraje.

Varias instituciones de arbitraje ofrecen sales de vistas y de árbitros, así como servicios de secretariado y de otros tipos. Los costos administrativos pueden diferir de una institución a otra, dependiendo de los servicios que estas ofrezcan. La cuantía de los gastos administrativos, tales como los honorarios de los árbitros, por lo general se determinan de acuerdo con una escala en función del importe objeto de disputa. Las instituciones publican estas escalas junto con sus reglamentos de arbitraje.

ARBITRAJE AD HOC

El arbitraje ad hoc no se realiza en virtud del reglamento de una institución arbitral. Dado que las partes no están obligadas a seguir el reglamento de una institución arbitral, estas pueden acordar sus propias reglas de procedimiento. El arbitraje ad hoc es un arbitraje «*do-it-yourself*».

El lugar en el que tiene lugar un arbitraje ad hoc es importante, ya que la mayoría de dificultades que afectan al arbitraje se resolverán con arreglo a la legislación nacional del lugar del arbitraje.

Supongamos, por ejemplo, que las partes han acordado un arbitraje ad hoc ante «uno o tres árbitros» y que una de las partes no participa en el procedimiento. ¿Cuántos árbitros se designarán? ¿Quién decidirá el número? ¿Quién designará al árbitro o a los árbitros? Las respuestas a estas preguntas dependen en gran medida de dónde tendrá lugar el arbitraje.

Dado que las partes en un arbitraje ad hoc no utilizan los reglamentos de una institución arbitral, deben estar lo más de acuerdo posible sobre las reglas que han elegido para evitar interrupciones durante el proceso de arbitraje. Deben estar de acuerdo en cuestiones como la forma en que se constituirá el tribunal, el lugar del arbitraje y el plazo para la presentación de la sentencia. También tendrán que alcanzar un acuerdo con los árbitros en relación con el cálculo de la remuneración.

Si las partes no han establecido reglas para la organización y realización del arbitraje, con carácter general se someterán al reglamento de arbitraje y procesal del país donde tenga lugar el arbitraje.

VENTAJAS Y COSTOS DEL ARBITRAJE AD HOC

Las partes a menudo optan por el arbitraje ad hoc para evitar los costos adicionales y los posibles retrasos generados

Cuadro 15: Arbitraje ad hoc según el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI

Las partes pueden acordar realizar un arbitraje ad hoc según el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, un conjunto de reglas completo que abarca la constitución del tribunal, la realización del procedimiento y la emisión de la sentencia arbitral. Las reglas han sido probadas en todo el mundo y se considera universalmente que son aceptables.

Por ejemplo, las partes que no han incluido en su acuerdo de arbitraje una estipulación que establezca que su procedimiento arbitral se regirá por un reglamento de arbitraje particular pueden querer hacerlo cuando surja una disputa. En esta situación, el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI puede resultar muy útil.

Para agilizar el proceso, si las partes eligen el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, deben designar de antemano

a una «autoridad facultada para realizar designaciones» en su acuerdo de arbitraje. Con arreglo al Reglamento de la CNUDMI, la autoridad facultada para realizar designaciones puede designar a un árbitro cuando una parte no lo haga, y también puede decidir sobre las impugnaciones y sustituciones de árbitros.

Si las partes no designan a una autoridad facultada para realizar designaciones, y si surgen preguntas en el transcurso del arbitraje, una de las partes tendrá que solicitar al Secretario General de la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya que designe a una autoridad facultada para realizar designaciones, lo que evitará pérdidas de tiempo innecesarias.

Fuente: <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/arb-rules-2013/UNCITRAL-Arbitration-Rules-2013-S.pdf>

por la aplicación de los reglamentos de determinadas instituciones de arbitraje.

Sin embargo, el arbitraje ad hoc no siempre genera procedimientos de arbitraje más rápidos y menos costosos. Dado que no hay una institución que establezca y supervise los plazos, y que no hay una escala fija para los honorarios, las partes tendrán que acordar los plazos y cómo se va a realizar el cálculo de la remuneración de los árbitros directamente con estos. Es posible que las partes paguen a los árbitros una tarifa por hora acordada. La aplicación de esta tarifa puede derivar en que las partes paguen en total un importe mayor que el que habrían pagado si hubieran sometido su disputa a una institución arbitral.

En el arbitraje ad hoc no hay institución que supervise a los árbitros y el procedimiento. El éxito del procedimiento dependerá en gran medida de lo bien que se organicen los árbitros y mantengan el control del arbitraje. Ni las partes ni los árbitros tendrán oportunidad de pedir apoyo o asistencia específicos a una institución si surgen problemas imprevistos que los árbitros no puedan manejar. La única asistencia disponible sería la de los tribunales.

OBTENCIÓN DE ASISTENCIA

Aun cuando las partes de un arbitraje ad hoc no sometan su disputa al reglamento de una institución arbitral, pueden solicitar a una institución arbitral, u otra institución como la cámara de comercio, o el presidente de un órgano jurisdiccional, que actúen en calidad de «autoridad facultada para realizar designaciones». En este caso, las partes no tienen que convocar a un tribunal, con los requisitos procesales que esto implica, para que se designen a uno o más árbitros.

La institución arbitral o de otro tipo que actúa como autoridad facultada para realizar la designación por lo general se ocupará de constituir el tribunal arbitral con la misma rapidez que si se tratara de un caso gestionado según su reglamento de arbitraje. Por lo general, exigirá el pago de una cuantía reducida para realizar esta designación.

EL ACUERDO DE ARBITRAJE

¿ES NECESARIO INTRODUCIR UNA CLÁUSULA COMPROMISORIA?

El arbitraje es el mecanismo de resolución de disputas más utilizado en el comercio internacional. Esto hace que sea recomendable utilizar cláusulas de arbitraje escritas. Sin una cláusula de resolución de disputas, es mucho más complicado determinar qué órgano jurisdiccional o tribunal arbitral tendrá competencia. ¿Será el tribunal del lugar donde tiene lugar la operación entre las partes, el lugar de residencia del demandado o el lugar de residencia del demandante?

Sin una cláusula sobre resolución de disputas, las partes tendrán que recurrir a la aplicación de las normas de conflicto de leyes y posiblemente a convenios internacionales o tratados bilaterales para determinar qué tribunal es competente. Esto puede causar incertidumbres, pérdida de tiempo y gastos añadidos. Además, existe un riesgo de que más de un tribunal reclame la jurisdicción y emita sentencias contradictorias. Esta situación genera el riesgo de que una sentencia emitida en una jurisdicción no sea reconocida o ejecutada en otra.

LA CLÁUSULA COMPROMISORIA DEBE EFECTUARSE POR ESCRITO.

El arbitraje debe ser consentido por ambas partes y depende de la voluntad de las mismas. La intención de recurrir a arbitraje se expresa mediante un contrato escrito, el acuerdo de arbitraje, negociado entre las partes, y distinto del contrato comercial en el que se incluye este.

Incluso en el caso de que el contrato original se efectúe oralmente, este no sería el caso de la cláusula compromisoria. La mayor parte de la legislación sobre arbitraje nacional e internacional, incluyendo la Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras de Nueva York, requiere que la cláusula compromisoria se estipule por escrito, aun cuando el acuerdo original sea oral. El Artículo II (2) de la Convención de Nueva York estipula: «El término “acuerdo por escrito” incluirá una cláusula compromisoria en un contrato o acuerdo de arbitraje, firmada por las partes o contenida en un intercambio de cartas o telegramas».

El acuerdo de arbitraje por lo general se considera que es por escrito si está incluido en un documento firmado por las partes, o está contenido en un intercambio de faxes, mensajes de correo electrónico u otro medio de comunicación que pruebe su existencia.

FUNCIONES DE UNA CLÁUSULA COMPROMISORIA

La cláusula compromisoria debe:

- Generar efectos vinculantes para las partes;
- Excluir la intervención de los tribunales en la resolución de una disputa, al menos antes de comunicar el laudo;
- Otorgar a los árbitros facultad para resolver las disputas entre las partes; y
- Facilitar procedimientos eficientes para dictar un laudo ejecutable por ley.

¿CLÁUSULA COMPROMISORIA O ACUERDO DE SOMETIMIENTO A ARBITRAJE?

Las partes que deseen resolver una disputa mediante arbitraje tienen dos opciones. Pueden esperar hasta que surja una disputa y entonces acordar un arbitraje, o pueden anticiparse a los acontecimientos incluyendo una cláusula compromisoria en su contrato. En ambos casos, el acuerdo se denomina acuerdo de arbitraje, pero en la práctica las diferencias son sustanciales.

La experiencia demuestra que si una parte se plantea el arbitraje, debería introducir una cláusula compromisoria en el contrato original en lugar de esperar hasta que surja la disputa e intentar entonces negociar un acuerdo de sometimiento a arbitraje con su parte contractual. Una vez surgida una disputa, es probable que las partes ya no estén de acuerdo en nada, en concreto sobre cómo resolver sus disputas. La parte que se encuentre más presionada probablemente intentará acogerse a la jurisdicción de los tribunales de su país. Una parte podría considerar que hay una ventaja táctica en el litigio judicial, mientras que la otra podría preferir el arbitraje. Por tanto, se recomienda que la parte se anticipe a esta situación optando por incluir una cláusula compromisoria en el contrato original.

INCORPORACIÓN DE LA CLÁUSULA COMPROMISORIA POR REFERENCIA

El arbitraje puede tener lugar sin que exista una cláusula compromisoria en el contrato comercial. Se puede alcanzar un acuerdo para recurrir al arbitraje cuando se realice una operación, remitiendo todas las cuestiones que no sean el costo, la expedición y el precio a las «Condiciones Generales» de una industria o corporación.

Este enfoque es sencillo, útil y rápido, ya que permite a los socios comerciales suscribir un contrato simplemente intercambiando cartas, mensajes de correo electrónico o faxes. Si las Condiciones Generales incluyen una cláusula compromisoria, su aceptación puede ser de aplicación a dicha cláusula generar una obligación de arbitraje. Sin embargo es necesario adoptar algunas precauciones para asegurar su validez y claridad. En ocasiones, el recurso al arbitraje no está definido claramente. Esto suele ocurrir, en particular, con las Condiciones Generales en letra pequeña que a veces utilizan algunas empresas.

Los órganos jurisdiccionales de algunos países recelan de la práctica de incorporar cláusulas de arbitraje en las Condiciones Generales por referencia, y cuestionarán su validez. Estas jurisdicciones pueden dudar de que las partes hayan consentido la incorporación de una cláusula sobre resolución de disputas, en particular cuando la disputa se produce en un tercer país. Los órganos jurisdiccionales pueden negarse a reconocer la cláusula compromisoria contenida en las Condiciones Generales, pero estarán más dispuestos a reconocer la validez de una cláusula compromisoria contenida en un contrato o intercambio de correspondencia.

Cuando los socios empresariales desean suscribir un contrato que haga referencia a las Condiciones Generales existentes, deben hacer referencia de forma explícita a la cláusula compromisoria contenida en estas condiciones. A continuación se da un ejemplo de una referencia directa al arbitraje que por lo general será reconocida:

«Acordamos entregar en condiciones [franco a bordo] en Hamburgo, entre el 5 y el 16 de septiembre de 2015, 4.000 toneladas de pulpa de grado 3 de calidad, con arreglo a las Condiciones Generales de la Asociación Marroquí de Exportadores de Naranjas. Arbitraje con arreglo al Reglamento de la Cámara de Comercio e Industria de Ginebra (Suiza), en virtud de la Cláusula 15 de dichas Condiciones Generales. Notifique por favor su aceptación contestando a este mensaje de correo electrónico.»

¿QUIÉN PUEDE SUSCRIBIR UN ACUERDO DE ARBITRAJE?

La Convención de Nueva York establece en el Artículo V (1) (a) que el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral puede rechazarse si una de las partes del arbitraje estaba «bajo alguna incapacidad».

La capacidad de una parte de suscribir un acuerdo de arbitraje depende de su legislación nacional. Así, es necesario asegurarse de si un Estado o una entidad estatal, un ayuntamiento, o incluso una entidad privada tienen la capacidad, con arreglo a su legislación nacional, de suscribir un acuerdo de arbitraje. Si hay alguna duda, se recomienda buscar un dictamen legal de un abogado del país en cuestión.

Cuando un representante, agente o intermediario firma un contrato con una cláusula compromisoria, es necesario comprobar si esta persona está facultada para vincular a la entidad en nombre de la cual este actúa. Por lo general, la legislación nacional del país en que está establecida la entidad rige la capacidad de un representante de actuar en nombre de esta.

SEPARABILIDAD DE LA CLÁUSULA COMPROMISORIA

La separabilidad –o «autonomía», «independencia», «divisibilidad»– del acuerdo de arbitraje es un principio legal ampliamente aceptado sin el cual el arbitraje no habría prosperado. De acuerdo con el principio de separabilidad, la cláusula compromisoria de un contrato posee vida propia, con independencia del resto del contrato. Si el acuerdo subyacente se declarara no válido por cualquier motivo, la cláusula compromisoria seguirá siendo válida.

Esta teoría se basa en la idea de que los demandados que tengan unos argumentos débiles para su defensa y deseen evadirse del arbitraje utilizarían el argumento de que si el contrato no es válido, la cláusula compromisoria contenida en el contrato también debe ser no válida. De esta forma el arbitraje no tendría lugar y los árbitros no tendrían competencia.

Este argumento parece lógico y podría haber limitado seriamente el arbitraje de no haberse aceptado el principio de separabilidad. Separabilidad significa que:

- En caso de que un tribunal arbitral considere que el contrato que contiene el acuerdo de arbitraje no existe o es nulo y no válido, esto no provoca que el acuerdo de arbitraje se considere inexistente, o que es nulo y no válido.
- El tribunal tendrá competencia para determinar los derechos y obligaciones respectivos de las partes, y para juzgar las demandas y alegaciones, aun cuando

el contrato que contenga la cláusula compromisoria se considere inexistente, nulo y no válido.

- Las cláusulas de arbitraje pueden regirse por una ley diferente del contrato principal.

El principio de separabilidad se describe en el Artículo 16 (1) de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional: «Una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se tratará como un acuerdo independiente del resto de términos del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo y no válido no conllevará *ipso jure* la invalidez de la cláusula compromisoria».

LEGISLACIÓN APLICABLE AL ACUERDO DE ARBITRAJE

VALIDEZ DEL ACUERDO DE ARBITRAJE

El término «acuerdo de arbitraje» abarca dos tipos de acuerdos: la cláusula compromisoria, incorporada al contrato y el acuerdo de sometimiento a arbitraje, que las partes pueden suscribir una vez surgida una disputa.

Para que un acuerdo de arbitraje tenga efecto tiene que ser válido. ¿En qué aspectos el acuerdo debe ser válido, y con arreglo a qué legislación se determina su validez? La cláusula compromisoria por lo general se rige por la misma legislación que el resto del contrato, y su validez se examinará con arreglo a la legislación de ese país. No es frecuente, pero es posible, establecer que la cláusula compromisoria se rija por la legislación de un país cuando el resto del contrato se rige por la legislación de otro país.

La arbitrabilidad y la susceptibilidad de ser resuelto por vía de arbitraje son dos requisitos que deben cumplirse para que un acuerdo de arbitraje sea válido. Sin embargo, estos requisitos pueden regirse por diferentes legislaciones aplicables. La cuestión de la susceptibilidad de ser resuelto por vía de arbitraje viene determinada por la legislación aplicable a la partes, mientras que la cuestión de la arbitrabilidad puede estar determinada por diferentes legislaciones, incluida la legislación del país de ejecución.

Si la disputa no puede resolverse por arbitraje, la sentencia arbitral no tendrá efecto. La Convención de Nueva York establece expresamente en el Artículo V (2) (a) que el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral puede rechazarse cuando «el objeto de la diferencia no es susceptible de resolución por vía de arbitraje».

Esta cuestión se resuelve con arreglo a la legislación del país donde se pretende reconocer y ejecutar. Por lo general surge en disputas relativas a asuntos como la legislación en materia de competencia, legislación concursal y legislación laboral. Estas áreas quedan excluidas de la competencia de los árbitros en algunos países.

PLANTEAR LA CUESTIÓN DE LA VALIDEZ AL INICIO DE UN ARBITRAJE

Es bastante común que una de las partes, normalmente el demandado, plantee la cuestión de la validez de un contrato de arbitraje en una fase u otra durante el procedimiento de arbitraje. Al principio de un acuerdo de arbitraje, una parte puede querer impugnar el sometimiento de la disputa a arbitraje, argumentando que el acuerdo de arbitraje no es válido. Esta impugnación puede realizarse ante el tribunal arbitral o ante un tribunal judicial.

En caso de que las partes hayan decidido previamente resolver sus disputas mediante arbitraje institucional, la institución, conforme a su reglamento, puede decidir aceptar o no poner en marcha el arbitraje. Por lo general, la decisión de la institución de poner en marcha el arbitraje es de naturaleza administrativa. Una vez constituido, el tribunal arbitral, con arreglo al principio de *Kompetenz-Kompetenz*, puede decidir por sí mismo si tiene competencia para resolver una disputa presentada ante él. Eso significa que, en principio, un tribunal judicial no desempeña ninguna función en la decisión de un tribunal arbitral sobre su propia competencia.

Si la institución arbitral decide no poner en marcha un arbitraje basándose bien en que no hay una cláusula compromisoria válida, bien en que la cláusula compromisoria no hace referencia a la institución arbitral, la parte disconforme puede impugnar esta decisión administrativa ante un tribunal judicial del lugar en que esté ubicada la institución.

PLANTEAR LA CUESTIÓN DE LA VALIDEZ AL FINAL DE UN ARBITRAJE

Al final del procedimiento arbitral, la parte perdedora que quiera anular la sentencia arbitral o que se niegue su reconocimiento y ejecución puede plantear la cuestión de la validez del acuerdo arbitral en una acción judicial.

Si las partes no han llegado a un acuerdo sobre la elección de la ley aplicable, la validez del acuerdo de arbitraje tendrá que ser decidida o bien con arreglo a la ley del lugar de arbitraje, o a la ley del lugar de ejecución. Aun cuando un tribunal arbitral haya decidido que el acuerdo de arbitraje es válido, la cuestión de la validez puede ser examinada de nuevo por el tribunal judicial en la fase de ejecución con arreglo a la legislación del lugar de ejecución. Si se solicita a un tribunal judicial del lugar del arbitraje que anule la sentencia arbitral, este examinará la validez del acuerdo de arbitraje con arreglo a la ley del lugar del arbitraje.

LAS NORMAS SOBRE ARBITRABILIDAD DIFIEREN

El requisito de arbitrabilidad significa que la cuestión objeto de disputa debe tener la capacidad de ser resuelto

Cuadro 16: Los contratos que violan el orden público internacional no son ejecutables

Este ejemplo explica la sentencia arbitral del Proceso Arbitral n.º 1110 de 1963 de la CCI, de un ingeniero argentino contra una compañía británica, donde el árbitro consideró que, con arreglo a la ley francesa y británica, los contratos que violan gravemente la «moral» o el orden público internacional quedan excluidas del arbitraje.

Las partes suscribieron un acuerdo por el que la compañía británica pagaría al ingeniero argentino, un influyente empresario, un porcentaje del precio de los contratos de equipos eléctricos que la compañía británica quería obtener de las autoridades argentinas. La compañía británica recibió un contrato, pero rehusó pagar una comisión al ingeniero argentino. Las partes acordaron recurrir a arbitraje con arreglo al Reglamento de la CCI en París.

El árbitro sostuvo que, con arreglo a la ley francesa, los árbitros no pueden ejecutar contratos que impliquen una infracción grave contra la «moral», haya sido cometida en Francia o en el extranjero. Sometiendo la cuestión a la Resolución de Ámsterdam del Instituto de Derecho Internacional de 1957, el árbitro estableció que la arbitrabilidad del caso había de determinarse con arreglo

a la ley vigente para el fundamento del caso, que era la ley argentina, tal y como habían acordado las partes.

El árbitro encontró que, con arreglo a la ley argentina, todas las cuestiones que afectan a la moral están excluidas del arbitraje, y que con arreglo a un principio general del Derecho reconocido por las naciones civilizadas, las naciones que violan seriamente el *bonos mores* o el orden público internacional no son válidos, o al menos no ejecutables, y no pueden ser autorizados por tribunales judiciales o árbitros.

El árbitro consideró que, aunque las comisiones no iban a utilizarse exclusivamente para sobornos, una parte sustancial de ellas debía de estar destinada a este fin. Recalcó la idea de que la corrupción es un mal internacional y contrario a la moral y el orden público internacional.

El árbitro rechazó tener competencia porque consideró que un caso de este tipo, que implicaba una violación grave de la moral y el orden público internacional, no sería ejecutado en los tribunales argentinos o franceses ni en ningún otro país civilizado ni ningún otro tribunal arbitral.

mediante arbitraje. Si la cuestión objeto de disputa no puede ser sometida a arbitraje, el acuerdo de arbitraje no será válido para esa disputa. Las normas que determinan la arbitrabilidad difieren entre países y sistemas legales. Los árbitros deben tener en cuenta estas diferencias a la hora de determinar una cuestión relativa a la arbitrabilidad.

El concepto de arbitrabilidad es una limitación de política pública al alcance del arbitraje como método para resolver disputas. Cada país puede decidir, de acuerdo con sus propias consideraciones de orden público, qué cuestiones pueden resolverse por arbitraje. Los árbitros deben tener en cuenta las consideraciones de orden público del país donde se pretende reconocer y ejecutar la sentencia arbitral. Dado que este podría ser cualquier país del mundo donde la parte perdedora posea activos, los árbitros deben centrarse en las cuestiones objeto de disputa que la mayoría de países consideran no arbitrables. Normalmente estos son disputas que afectan a las leyes sobre competencia y antimonopolio, relaciones nacionales, legislación concursal y determinados derechos de PI.

Sin embargo, la jurisprudencia y la doctrina arbitral en Europa y Estados Unidos cada vez reconocen más que las cuestiones de Derecho de la competencia que surgen de contratos internacionales pueden resolverse por arbitraje, con algunas limitaciones.

La Convención de Nueva York establece en el Artículo V2 (a) que se podrá negar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución comprueba: «Que, según

la ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de resolución por vía de arbitraje». Véase también el Artículo 34 (2) (b) (I) de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, enmendada en 2006.

¿SON ARBITRABLES LAS DEMANDAS POR SOBORNO?

La cuestión de la arbitrabilidad surge cuando hay involucrado soborno o alguna otra forma de corrupción. A pesar de los esfuerzos de muchos países de prohibir las prácticas corruptas, a menudo los incentivos económicos y de otro tipo son una parte institucionalizada del proceso de obtención de contratos. Los árbitros han adoptado distintas posturas en casos en los que una parte pide ejecutar un contrato para el pago de sobornos, que a menudo son parte de una comisión.

En 1963, un famoso árbitro sostuvo que los contratos para el pago de sobornos no son válidos porque infringen el orden público internacional, y en consecuencia las disputas relativas a dichos contratos no son arbitrables. En 1983, un tribunal arbitral de la CCI sostuvo que cuando un agente reclamaba una comisión, este tribunal tenía competencia pero el contrato era ilegal.

DETERMINAR LA CAPACIDAD LEGAL

Las partes deben tener capacidad legal para suscribir el contrato. Por ejemplo, ¿tiene autoridad un representante de

ventas para firmar una cláusula compromisoria en nombre del vendedor? Si el Ministro de Obras Públicas firma un contrato de construcción donde aparece «aprobado y firmado», ¿esto constituye simplemente una autorización administrativa para continuar, o significa que el país o el ministro estarán obligados por el contrato?

Si alguna o ambas partes carecen de capacidad para suscribir el contrato, el contrato no es válido. Las reglas que determinan la capacidad de una parte no son uniformes y pueden diferir entre países y sistemas legales. Los árbitros deben tener en cuenta estas diferencias a la hora de determinar una cuestión relativa a la capacidad.

Para una persona física, la capacidad tiene que ver principalmente con la edad a la que la persona puede vincularse contractualmente, y esto dependerá principalmente de las leyes de su país. Para una empresa, la capacidad está determinada por la ley del país donde está constituida la empresa.

Las normas que determinan si una parte puede suscribir una cláusula compromisoria serán las mismas que las que determinen si una parte tiene capacidad para suscribir cualquier tipo de contrato. Por lo general esto excluye a menores de edad, insolventes y personas con problemas mentales, ya que estas personas no pueden suscribir un contrato.

Si una parte carece de capacidad para suscribir un acuerdo de arbitraje, pueden denegarse el reconocimiento y la ejecución de la sentencia arbitral a petición de la parte contra la cual es invocada. El Artículo V (1) (a) de la Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras de Nueva York establece que se podrá denegar el reconocimiento y la aceptación de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta prueba:

«Que las partes en el acuerdo (...) estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que es aplicable o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes se han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia.»

La cuestión de la capacidad para suscribir un acuerdo de arbitraje a menudo surge en relación con Estados o entidades estatales que han firmado un contrato que estipula el arbitraje. En muchos países no hay restricciones para que el Estado o sus entidades suscriban un acuerdo de arbitraje. Sin embargo, hay algunos países donde el Estado o sus entidades tienen prohibido suscribir un acuerdo de arbitraje en cuestiones nacionales, o donde solo pueden hacerlo después de recibir una autorización especial. Las sentencias arbitrales suelen mantener el principio de que un Estado que firma un acuerdo de arbitraje no puede alegar que carecía de la capacidad para hacerlo.

El principio de que las personas jurídicas tienen derecho a formalizar acuerdos de arbitraje válidos en contratos internacionales ha dejado de ser refutado en la mayoría de países europeos, ya que este principio se estableció en el Artículo II.1 del Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1961.

CONTENIDO DEL ACUERDO DE ARBITRAJE

Deben evitarse las cláusulas compromisorias incompletas o imprecisas. Si bien existen muchas cláusulas compromisorias tipo, quien las redacte debe asegurarse de que la cláusula tipo resulta adecuada para el contrato particular, o modificarla para que se adecue a las circunstancias particulares. Las cláusulas modelo establecidas y recomendadas por las instituciones de arbitraje establecidas pueden encontrarse en todos los continentes. Una cláusula compromisoria no tiene por qué ser larga y detallada para ser ejecutable. La redacción de una cláusula para la resolución de disputas debería guiarse por dos principios: la simplicidad y la precisión. Considérense dos cláusulas de arbitraje:

- «Legislación inglesa – arbitraje, en su caso, en Londres con arreglo al Reglamento de la CCI».
- «Debe recurrirse en primera instancia a los árbitros nombrados por las partes para intentar resolver la disputa de forma amistosa. De no resolverse de esta forma, elegirán a un tercer árbitro que será un abogado, especializado en patentes, ciudadano de un tercer país y con dominio de las lenguas italiana, alemana e inglesa».

Aunque la primera cláusula pueda parecer simplista, los tribunales ingleses la consideraron un acuerdo de arbitraje válido para arbitrar disputas en Londres con arreglo al Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional, donde la ley inglesa regía el contrato.

La segunda cláusula procede de una cláusula compromisoria suscrita entre empresas italianas y alemanas. En lo que respecta al método de nombramiento de árbitros, un texto demasiado preciso puede paralizar el procedimiento en la fase de constitución del tribunal. Es cuestionable si los dos árbitros nombrados podrían encontrar fácilmente al tercer árbitro, que debe ser una persona muy excepcional para cumplir los criterios establecidos en esa cláusula. Este es un ejemplo de requisitos demasiado precisos o sofisticados que podrían dar lugar a un procedimiento más largo y costoso que lo previsto por las partes.

ALCANCE DE LA CLÁUSULA: DESCRIPCIÓN DE LOS TIPOS DE DISPUTAS

Es conveniente ser precisos al redactar los elementos de la cláusula compromisoria. Sin embargo, hay una excepción a

esto. Es conveniente ser imprecisos al describir los tipos de disputas que van a resolverse por arbitraje. La descripción debería ser lo más amplia posible para que abarque todos los tipos de disputas que pueden surgir del contrato.

Para lograr esta amplitud no es necesaria una lista larga. Por ejemplo, proporcionar arbitraje «para todas las disputas o diferencias que surjan de la conclusión, interpretación y/o cumplimiento del contrato» genera incertidumbre sobre la facultad de los árbitros para resolver la cuestión de la resolución del contrato. Ante la recusación de una parte, un tribunal arbitral puede decidir que no tiene competencia para determinar la cuestión de la resolución del contrato con arreglo a dicha cláusula.

En la práctica, cuando las partes intentan describir con precisión los tipos de disputas que se pueden someter a arbitraje, lo que limita el alcance del poder de un tribunal arbitral, la cláusula compromisoria no incluye todas las categorías de disputas. Esto a menudo lleva a un litigio paralelo ante un tribunal judicial, al que se puede acudir para que examine la competencia del tribunal arbitral para resolver la disputa. Dependiendo de la lengua elegida y del sesgo del tribunal judicial que lleve el asunto, esto puede provocar un efecto desafortunado y llevar al fracaso el arbitraje.

Es recomendable redactar la cláusula lo más ampliamente posible para que abarque cuestiones relacionadas con el cumplimiento del contrato, así como las que afectan a su existencia, validez, incumplimiento, resolución y consecuencias económicas.

Una buena forma de redactar una cláusula compromisoria es: «Todas las disputas, diferencias o reclamaciones que surjan del presente contrato o en relación con el mismo...» Este texto podría complementarse con lo siguiente: «... así como cualquier otro acuerdo firmado o por suscribir en relación con el presente contrato».

Este lenguaje debería abarcar cualquier otro acuerdo, modificación, anexo, contrato de aplicación o de sustitución que las partes puedan suscribir de forma simultánea o posterior en relación con la operación. Cuando una parte firma un anexo a un contrato que contiene una cláusula compromisoria en el contrato original, podría surgir una disputa de dicho anexo. La otra parte podría alegar falta de competencia basándose en que la cláusula compromisoria no cubre las disputas que surjan del anexo. Este texto adicional resuelve esta dificultad. Asimismo, el propio anexo podría indicar que la cláusula compromisoria del contrato original se aplica también al mismo.

¿ARBITRAJE AD HOC O INSTITUCIONAL?

Existen dos tipos de arbitraje: el arbitraje institucional y el arbitraje ad hoc.

El arbitraje institucional se realiza con arreglo al reglamento de arbitraje de una institución elegida, como la Asociación

Americana de Arbitraje, la Cámara de Comercio Internacional, el Centro Regional de Arbitraje de Kuala Lumpur o la Corte de Arbitraje Internacional de Londres. En los procedimientos de arbitraje ad hoc las partes especifican ellas mismas el reglamento que rige los procedimientos

Se recomienda el arbitraje institucional puesto que presenta ventajas significativas, ya que las partes cuentan con el reglamento y con el personal de apoyo de la institución. La elección de una institución arbitral depende de criterios como la nacionalidad de las partes, la naturaleza de la operación, cuestiones de ejecución, y factores regionales y políticos, así como de la necesidad de administración y supervisión del caso.

Los servicios ofertados por las instituciones arbitrales varían significativamente. La mayoría de instituciones de arbitraje limitan su intervención a recibir peticiones de arbitraje y a notificarlas a la otra parte, a ayudar a las partes a constituir el tribunal arbitral o a intervenir cuando una parte incumple a este respecto.

Algunas instituciones notifican la sentencia arbitral a las partes; otras monitorizan y fijan los costos del arbitraje. Otras instituciones ejercen una administración y supervisión completas, como la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, que supervisa todas las fases del procedimiento, desde la constitución del tribunal arbitral hasta la revisión del borrador de las sentencias arbitrales presentadas por los árbitros.

Cuando las partes acuerdan un arbitraje ad hoc, se recomienda el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. Este contiene las reglas necesarias para la correcta ejecución del procedimiento arbitral y es respetado en círculos comerciales internacionales.

CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Las partes deben determinar el método para constituir el tribunal arbitral. En arbitrajes internacionales, las reglas de la institución rigen el proceso de constitución del tribunal. A menudo también establecen el mecanismo de reconocimiento y transmisión de la petición de arbitraje y de respuesta a la petición.

El texto es muy simple y por lo general lo proporciona la institución. Por ejemplo: «Todas las disputas se resolverán de forma irrevocable con arreglo al Reglamento de Arbitraje de ... [citar el reglamento elegido].»

En el arbitraje ad hoc, las partes deben establecer el mecanismo para constituir el tribunal. Se aconseja determinar el número de árbitros y establecer disposiciones sobre su nombramiento.

NÚMERO DE ÁRBITROS

Muchas leyes de arbitraje nacionales exigen que haya un número impar de árbitros. Como resultado, una cláusula compromisoria que imponga un número par de árbitros puede considerarse nula en esos países. Por lo general, los tribunales de los arbitrajes comerciales internacionales están compuestos por uno o tres árbitros. En el arbitraje ad hoc, las partes pueden acordar uno o más árbitros. En el arbitraje de CNUDMI, salvo que las partes acuerden un árbitro, se nombrarán tres.

En el arbitraje institucional, el número de árbitros puede quedar abierto hasta que surja la disputa. La mayoría de reglamentos de arbitraje institucional establecen que los tribunales estén compuestos por uno o tres miembros. En caso de desacuerdo entre las partes sobre el número de árbitros, la institución arbitral decidirá el asunto tomando en consideración las circunstancias y la importancia del caso.

Una cláusula de arbitraje institucional podría contener lo siguiente: «Todas las disputas que surjan del presente contrato o en relación con el mismo serán resueltas en última instancia con arreglo al Reglamento de arbitraje de ... vigente en este momento por uno o más árbitros nombrados de conformidad con dicho Reglamento».

El número de árbitros influye en el costo del arbitraje. Tres árbitros cuestan el triple que uno. El procedimiento también puede durar más porque puede ser más difícil programar reuniones con tres árbitros que con uno.

Por lo general, el criterio determinante a la hora de decidir el número de árbitros es la importancia y la complejidad de la disputa, aunque a veces es difícil realizar una evaluación antes de que esta surja. Por tanto, al menos en el caso del arbitraje institucional, puede ser sensato dejar esta cuestión abierta hasta que surja la disputa.

La confianza es una cuestión fundamental. El tribunal realizará mejor su función cuando las partes tengan plena confianza en los árbitros. Esto se debe o bien a que las partes han conseguido nombrar conjuntamente a un único árbitro, o a que cada una de las partes ha tenido oportunidad de nombrar a un árbitro y los árbitros nombrados por ambas partes han elegido al presidente del tribunal.

UN ÁRBITRO

Si un tribunal va a estar compuesto por un único árbitro, hay dos opciones posibles: las partes nombran al árbitro por anticipado o cuando surge una disputa.

Es poco frecuente que las partes elijan a un árbitro por anticipado, ya que no pueden saber si este va a estar disponible cuando surja la disputa.

Habitualmente, el árbitro único se nombra cuando surge una disputa. Las partes deben acordar cómo será dicha designación. Las partes pueden acordar nombrarlo mediante una propuesta conjunta de las partes. Si no se puede realizar una propuesta conjunta, las partes deben designar a un tercero, como una autoridad judicial o una institución arbitral, para que realice el nombramiento.

¿Qué autoridad nominadora debe escogerse? Se recomienda una institución arbitral antes que un tribunal judicial porque la institución cuenta con los medios adecuados para realizar un nombramiento, incluyendo el listado de árbitros y su experiencia en arbitraje.

En el arbitraje ad hoc, se recomienda vincular la constitución del tribunal arbitral al inicio del propio arbitraje, estipulando el método de notificación de la petición de arbitraje y de respuesta del demandado, en ausencia de una referencia a un reglamento de arbitraje.

El texto propuesto es el siguiente:

«El arbitraje se resolverá de forma irrevocable por un único árbitro. La parte demandante notificará su petición de arbitraje por escrito y por correo certificado o servicio de mensajería a la parte demandada. Esta última responderá por escrito y por correo certificado o servicio de mensajería en el plazo de 30 días desde la recepción de la petición de arbitraje.»

Las partes intentarán nombrar conjuntamente al árbitro único dentro de los 30 días siguientes a la recepción de la respuesta, y de no ser así, el árbitro será nombrado por [mencionar el nombre de la institución de arbitraje], que actuará como autoridad nominadora, a instancia de una de las partes».

MÁS DE UN ÁRBITRO

Las observaciones efectuadas en relación con el nombramiento de un único árbitro en el arbitraje ad hoc seguirán siendo válidas para la constitución de un tribunal arbitral con más de un miembro con los siguientes requisitos. Cuando haya varios árbitros, el número habitual será tres. Cada una de las partes nombra a su árbitro, y los dos árbitros nombrados por las partes nombran al tercer árbitro, que presidirá el tribunal arbitral. En caso de que no se designe a ninguno de los árbitros, se debe designar a una autoridad nominadora tal y como se ha descrito con anterioridad. Una cláusula de este tipo podría incluir:

«El arbitraje se resolverá de forma irrevocable por tres árbitros. La parte demandante notificará su petición de arbitraje por escrito y por correo certificado o servicio de mensajería a la parte demandada, y de forma simultánea nombrará a un árbitro. La parte demandada responderá por escrito y por correo certificado o servicio de mensajería en el plazo de 30 días desde la recepción de la petición de arbitraje, y en la contestación nombrará a un árbitro.»

Los dos árbitros así designados nombrarán conjuntamente en el plazo de 30 días a un árbitro que presidirá el tribunal arbitral. Todo árbitro no designado dentro del plazo establecido más arriba será nombrado por [mencionar el nombre de la institución de arbitraje], que actuará en calidad de autoridad nominadora, a instancia de una de las partes o de los árbitros nombrados».

NACIONALIDAD Y CUALIFICACIONES DE LOS ÁRBITROS

Las partes deben abstenerse de detallar todos sus deseos en relación con las cualificaciones de las partes para evitar elecciones imposibles. La elección de la nacionalidad se efectúa generalmente en función de las nacionalidades de las partes, el número de árbitros, el lugar del arbitraje, la legislación aplicable y los deseos de las partes. No hay necesidad de incluir disposiciones específicas en la cláusula compromisoria. Por lo general, el presidente de un tribunal arbitral compuesto por tres miembros y un árbitro único tendrán diferente nacionalidad de la de las partes.

En relación con las cualificaciones de los árbitros, un principio unánimemente aceptado es el requisito de que el árbitro sea independiente e imparcial. En determinados reglamentos de arbitraje, la falta de independencia o de imparcialidad de un árbitro puede provocar la impugnación de su autoridad, o incluso la anulación del procedimiento. Algunos reglamentos de arbitraje supeditan el nombramiento de los árbitros a la confirmación escrita de su independencia y a la prueba de que los árbitros poseen las cualificaciones y el tiempo necesarios para el arbitraje.

ARBITRAJE DE LA COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL

En 1976, CNUDMI adoptó un reglamento de arbitraje ad hoc recomendado para la resolución de disputas comerciales. El Reglamento de la CNUDMI de 1976 fue sometido a una revisión exhaustiva en 2010 y en 2013. Dicho reglamento permite a las partes arbitrar disputas sin recurrir al reglamento de una institución arbitral.

Recalcando la utilidad del Reglamento de la CNUDMI, algunos analistas han advertido: «En un arbitraje ad hoc, el nombramiento del tribunal arbitral es una línea de fractura, ya que no hay ninguna institución arbitral que supervise el proceso e intervenga para realizar un nombramiento cuando una o más partes no hayan efectuado el suyo».

El Reglamento de la CNUDMI establece que, cuando las partes no hayan alcanzado un acuerdo sobre el método de nombramiento de árbitros, no hayan remitido la cuestión a una autoridad nominadora o cuando la autoridad nominadora haya rehusado nombrar a un árbitro, cualquiera de las partes puede recurrir al Secretario General de la

Corte Permanente de Arbitraje de La Haya para que designe a una autoridad nominadora. Dicho Secretario General puede actuar directamente como autoridad nominadora. La autoridad nominadora también decidirá sobre cuestiones relacionadas, como la impugnación y sustitución de árbitros, y la determinación de los honorarios de los árbitros.

La cláusula modelo de la CNUDMI establece: «Todo litigio, disputa o reclamación resultante de este contrato o en relación con el mismo, su incumplimiento, resolución o nulidad, se resolverá mediante arbitraje de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI vigente en este momento».

La CNUDMI recomienda que los usuarios de esta cláusula modelo nombren a la autoridad nominadora (nombre de la institución o persona), el número de árbitros (uno o tres), el lugar del arbitraje (ciudad y país) y el idioma o idiomas que se utilizarán en el procedimiento arbitral.

LUGAR DEL ARBITRAJE

La elección del lugar del arbitraje se puede posponer hasta el momento en que surja una disputa, evitando así las discusiones acaloradas en el momento de redacción de la cláusula. Sin embargo, el lugar del arbitraje es importante.

En el arbitraje ad hoc, las partes pueden acordar que el árbitro o árbitros determinen el lugar del arbitraje. En el arbitraje institucional, en caso de que las partes no se hayan puesto de acuerdo, el lugar del arbitraje será o bien el lugar de la institución o el lugar determinado por la institución.

Dado que las normas obligatorias aplicables en el lugar del arbitraje pueden perjudicar al proceso, pueden surgir incertidumbres si el lugar del arbitraje no haya sido determinado previamente. En el arbitraje ad hoc, una vez surgida la disputa, cada parte tendrá tendencia a elegir un lugar que considere más favorable para ella. En el arbitraje institucional suele prevalecer la voluntad de las partes. Pero en ausencia de acuerdo entre las partes, el arbitraje tiene lugar en el país de la institución o en un lugar determinado de acuerdo con el reglamento de arbitraje aplicable, preferiblemente en un país donde la ley y los tribunales sean propicios.

Deberían tenerse en cuenta consideraciones prácticas, incluida la facilidad de acceso al transporte; la eficiencia de los sistemas de telecomunicaciones, incluidas líneas que permitan videoconferencias y un acceso rápido a Internet; buenas infraestructuras y logística, como instalaciones hoteleras y salas de reuniones; y la estabilidad política del país. Sin embargo, más importantes son las leyes del lugar del arbitraje que definirán el alcance y la función de los tribunales judiciales en relación con el procedimiento arbitral.

Es preferible un entorno jurídico propicio para el arbitraje. Los códigos procesales civiles y las leyes de arbitraje de algunos países son muy propicios para el arbitraje, otros

menos y otros en absoluto. Sin embargo, la tendencia general es a reconocer el arbitraje como un método válido de resolución de disputas internacionales.

Un arbitraje puede paralizarse si tiene lugar en un país hostil al arbitraje. Algunas leyes nacionales que rigen la intervención de tribunales son gravosas. Por ejemplo, en un país, por cada audiencia el tribunal arbitral debe comparecer ante un tribunal civil local para informar a este tribunal sobre el estado del procedimiento arbitral.

La ley nacional del lugar del arbitraje debe proporcionar a la parte perdedora la posibilidad de impugnar la sentencia arbitral. Es necesario examinar si la ley del lugar del arbitraje permite la anulación de la sentencia arbitral antes de decidir el lugar del arbitraje y en qué condiciones. Las leyes nacionales favorables al arbitraje limitan el modo de recurrir una sentencia arbitral. Las leyes de otras naciones pueden ser más flexibles y pueden perjudicar los esfuerzos realizados por un tribunal arbitral para resolver una disputa. Las leyes de algunos países relativas al arbitraje comercial internacional permiten que las partes acuerden limitar el modo de recurrir la sentencia arbitral.

Otra razón por la que el lugar del arbitraje es importante tiene que ver con la ejecución de una sentencia arbitral. Las partes deben comprobar si el país considerado como lugar del arbitraje ha ratificado la Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras de Nueva York. Una sentencia arbitral emitida en un país que ha ratificado la convención será reconocida y ejecutada en otro país que también la haya ratificado, de conformidad con las condiciones de la convención. La lista de países puede encontrarse en www.uncitral.org o www.legacarta.net.

Las partes deben prestar atención a las disposiciones procesales obligatorias del lugar del arbitraje. Estas disposiciones pueden dificultar, retrasar o paralizar el proceso arbitral. Algunos ejemplos son requisitos para emplear árbitros masculinos y abogados locales, y para registrar la sentencia arbitral ante los tribunales del lugar del arbitraje.

Estas cláusulas de arbitraje deberían contener la siguiente frase: «El arbitraje tendrá lugar en [mencionar la ciudad y país]».

LEGISLACIÓN APLICABLE AL FONDO DE LA DISPUTA

La ley aplicable determina las obligaciones de las partes y ayuda a subsanar vacíos en las disposiciones contractuales. La ley aplicable debe ser acordada entre las partes y especificarse en el contrato. La no elección de la ley aplicable puede generar incertidumbres no deseadas.

La cuestión de qué ley es de aplicación al contrato no surge solo en caso de disputa. Surge cuando el contrato se

está suscribiendo, y a veces antes, ya que la ley aplicable determinará la validez de los derechos y obligaciones de las partes. Al ejecutar el contrato, las partes necesitan saber cuál es la ley aplicable, ya que las disposiciones contractuales no siempre especifican toda la gama de sus derechos y obligaciones respectivos.

La ausencia de acuerdo sobre la ley aplicable en el contrato complica la resolución de una disputa, a la vez que puede dar lugar a disputas. Incluso actuando de buena fe, las partes pueden verse tentadas de ejecutar el contrato por referencia a sus propias leyes nacionales. Así, las partes podrían no estar ejecutando el mismo contrato, lo que incrementa el riesgo de disputa. Una parte que actúa de mala fe puede aprovecharse de la incertidumbre sobre qué ley es aplicable para convencerse de que es libre de cumplir la ley que más convenga a sus intereses.

La no elección al principio de la ley aplicable al contrato no favorece la resolución de disputas. Las leyes nacionales pueden diferir. Por ejemplo, en los países con Derecho consuetudinario, la cuestión del plazo de prescripción, denominada también normas de prescripción –el periodo dentro del cual las partes deben presentar reclamaciones– es una cuestión de procedimiento. En los países con Derecho civil, se trata de una cuestión sustantiva. Así, en países con Derecho consuetudinario, una parte puede renunciar a la defensa del plazo de prescripción si no lo alega. En países con Derecho civil, no puede renunciarse a él.

Cuando no se conoce la ley aplicable previamente, pueden surgir preguntas sobre cómo redactar una petición de arbitraje o una contestación a una petición de arbitraje. Puede que se pierda un tiempo considerable en convencer a un tribunal arbitral para que aplique la ley de una nación en lugar de la de otra. Esta incertidumbre puede retrasar el procedimiento e incrementar los costos. La no elección de la ley aplicable no facilita la constitución del tribunal arbitral, en particular cuando se debe elegir a un único árbitro o al presidente del tribunal. Esta es la razón por la que la mayoría de los árbitros está familiarizada con uno o quizás dos legislaciones nacionales.

La mayoría de sistemas legales reconoce el derecho de las partes de escoger la ley que rige sus contratos comerciales internacionales. Los reglamentos de arbitraje comercial internacionales por lo general establecen principios para determinar la ley aplicable. Por ejemplo, puede otorgarse poder al tribunal arbitral para que elija la ley nacional aplicable, o se le puede ordenar que aplique las normas de conflicto de leyes adecuadas.

ELECCIÓN DE LA LEGISLACIÓN APLICABLE

La legislación aplicable al contrato debe elegirse cuidadosamente para evitar sorpresas desagradables, y debe acordarse durante las negociaciones contractuales. Debería haber un apartado especial para la cláusula de

la elección de legislación aplicable a todo el contrato. Esta cláusula no debería incorporarse en la cláusula compromisoria.

Es posible que las partes quieran que el contrato se rija por su legislación nacional, ya que están familiarizadas con ella y les es más favorable. Sin embargo, puede que la legislación nacional sea favorable a ellas en algunas áreas pero no en otras. Por ejemplo, la legislación francesa no permite la teoría de circunstancias imprevistas, que permite adaptar las disposiciones contractuales en caso de que se produzcan cambios sustanciales después de la firma del contrato. La no admisión de la teoría de las circunstancias imprevistas puede ir contra los intereses del vendedor cuando el precio de las mercaderías sube en vez de bajar. En consecuencia, un vendedor francés puede verse inclinado a aceptar el Derecho del país del comprador.

No es sencillo recurrir al Derecho de otro país, sobre todo para una empresa que realiza la mayor parte de su facturación en su mercado interno. Someter los contratos de exportación a uno o más ordenamientos jurídicos completamente diferentes es un proceso complicado que, en ocasiones, escapa a los medios de las pequeñas y medianas empresas. En tal caso, la preferencia por recurrir a su propio Derecho resulta comprensible. Sin embargo, si ambas partes insisten en que se aplique su Derecho nacional, el contrato no se celebrará. Una de las partes tiene que ceder o convenir ambas un Derecho neutral. De este modo, se deberán tener en cuenta los factores a los que hacemos referencia más adelante antes de elegir el Derecho nacional.

CRITERIOS DE ELECCIÓN DEL DERECHO APLICABLE

El Derecho que se esté considerando tiene que ser accesible. Debe ser posible acceder a su contenido sin que ello implique un esfuerzo innecesario, por los medios usuales (códigos, jurisprudencia y tratados disponibles en bibliotecas de Derecho, librerías, en Internet o en firmas locales). Ello implica que las partes comprendan el lenguaje en que está formulado el Derecho.

El Derecho que se esté sopesando deberá, asimismo, estar bien adaptado al tipo concreto de operación mercantil prevista por las partes. Sería preferible que una compañía exportadora optara por la aplicación de un único Derecho extranjero para sus contratos internacionales. Ello facilitaría la gestión y ejecución de sus contratos.

Si se opta por un Derecho neutral, debería, en la medida de lo posible, pertenecer a un ordenamiento jurídico del mismo tipo que el Derecho nacional propio de la parte (Derecho civil, Derecho consuetudinario o ley islámica) para evitar una gran disparidad. Por ejemplo, como la India utiliza el sistema de Derecho consuetudinario inglés, una empresa india que trate con una empresa indonesia probablemente se sentirá más cómoda con la elección del

Derecho australiano (sistema del Derecho inglés), mientras que la empresa indonesia, cuyo sistema de Derecho Civil se basa en buena medida en el Derecho neerlandés, podría tener algunas dudas.

El Derecho suizo es una elección popular como Derecho neutral en las negociaciones mercantiles internacionales. Ello se debe, esencialmente, a la tradición de Derecho Civil de los países de Europa Continental, América Latina, el Norte de África y el África Subsahariana francófono, así como Indonesia. El Derecho suizo está organizado de una manera sistemática, resulta fácilmente accesible en alemán, francés e italiano, y suele estar traducido al inglés. El Derecho francés también se corresponde con los criterios mencionados, aunque su uso está menos generalizado debido al hecho de que no suele estar traducido a otros idiomas. En cuanto a los países donde rige el sistema del Derecho consuetudinario inglés, el Derecho inglés podría preferirse, por ejemplo, en contratos de seguros y transporte marítimo, pero no en otros ámbitos.

Por último, para una empresa que lleve a cabo la mayor parte de su actividad internacional con otro país en particular, se recomienda que amplíe sus conocimientos del Derecho de ese país y que los aplique a aquellos contratos en los que no puede, o no quiere, aplicar el Derecho de su país.

OTRAS SOLUCIONES

Existen otras soluciones más complicadas que se pueden adoptar con respecto al Derecho aplicable al contrato. Las partes pueden reservar la aplicación de un Derecho nacional para cuestiones que no se aborden en el contrato. Por ejemplo: «Para todas las cuestiones no resueltas en el contrato, será de aplicación el Derecho del país X».

Si bien esta disposición puede resultar útil, aun cuando no esté redactada de esa forma, en la mayoría de países el Derecho solo se aplicará después de considerar el contrato (el Derecho de las partes). De este modo, el Derecho designado por las partes solo intervendrá cuando hubiere una laguna en el contrato o en ausencia de estipulaciones sobre una cuestión en particular. Dicha situación, por lo general, no se producirá si el contrato ha sido negociado en detalle.

Otra solución es el *dépeçage*, que consiste en someter el contrato a una serie de derechos diferentes al mismo tiempo. Se trata por lo general de la respuesta al deseo de una de las partes de mantener la esencia de todos los contratos que firme dentro de la esfera de un único Derecho nacional, al tiempo que conviene en la aplicación de otro Derecho a una cuestión concreta. El *dépeçage* es, no obstante, difícil de manejar y es probable que dé origen a disputas relativas, entre otras cosas, a la cuestión de qué Derecho aplicar a una cuestión en particular.

Las partes pueden asimismo someter su contrato a normas no nacionales, como las prácticas mercantiles

internacionales, la *lex mercatoria* o los principios de UNIDROIT. En la legislación moderna se ha reconocido dicha posibilidad (el Nuevo Código de Enjuiciamiento Civil francés, la Ley suiza sobre Derecho Internacional Privado y la Ley Modelo de la CNUDMI). Estas normas deben tratarse con precaución, ya que no siempre están establecidas claramente y pueden ser una fuente de confusión, no exigibilidad e imprevisibilidad.

IDIOMA DEL ARBITRAJE

Con frecuencia, las operaciones empresariales, incluida la redacción de contratos y las comunicaciones mutuas, se realizan en más de un idioma. En ocasiones, las partes creen equivocadamente que el idioma del contrato dicta la elección del idioma del procedimiento de arbitraje. Sin embargo, la otra parte puede hacer de ello una cuestión de disputa. La misma circunstancia puede plantearse si el contrato se redacta en dos idiomas diferentes (el idioma de cada una de las partes). Las partes deben prever asimismo cómo se va a sustanciar el procedimiento, si va a ser escrito u oral, con la presentación de muchos o pocos documentos, con o sin la participación de testigos, y si va a implicar gran cantidad de traducciones e interpretaciones, con el consiguiente costo de tiempo y dinero.

En ocasiones puede ser difícil, una vez surgida la disputa, que las partes convengan en un idioma común, pues ambas buscarán conseguir alguna ventaja con la elección. Se recomienda que la cláusula compromisoria contenga el idioma o idiomas que se utilizarán en el procedimiento arbitral. La elección del idioma también influirá en la selección de árbitros.

En arbitraje institucional, el reglamento de la institución suele contener disposiciones que tratan con aquellas circunstancias en que las partes no han establecido estipulaciones a este respecto. Algunas instituciones insisten en que los arbitrajes se celebren en el idioma nacional. La mayoría de las veces, el idioma del contrato se toma como precedente del idioma en el que se va a sustanciar el arbitraje. Sin embargo, se concede a los tribunales arbitrales libertad para tener en cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso a la hora de decidir acerca de esta cuestión.

Se recomienda que la cláusula compromisoria contenga un renglón adicional, redactado del modo siguiente: «El idioma o idiomas del arbitraje serán [cítense el idioma o idiomas que se emplearán]».

¿Cómo se debe elegir el idioma? La mayoría de las leyes de arbitraje nacionales y de reglamentos de las instituciones respetan la libertad de elección de las partes por lo que respecta al idioma del arbitraje. Es aconsejable que las partes se guíen por el sentido común. El idioma que se vaya a utilizar en el arbitraje debería ser el idioma que, por lo general, utilicen las partes para comunicarse entre sí y el idioma utilizado durante la negociación y redacción del contrato. Las partes deberán asegurarse de elegir un idioma que, si es posible, ambas dominen con soltura.

Las partes son libres de elegir el idioma y el número de idiomas que se van a emplear en el arbitraje. Algunos reglamentos de instituciones arbitrales imponen un límite al número de idiomas que se pueden utilizar. La traducción y la interpretación implican unos costos. Consideraciones prácticas y mercantiles suelen conducir al uso de un idioma. Se puede alcanzar algún compromiso al comienzo del procedimiento o durante el mismo para la presentación de documentos, pruebas o cualquier otra declaración oral en otro idioma.

LA NEGOCIACIÓN, CONCILIACIÓN O MEDIACIÓN COMO REQUISITO PREVIO PARA RECURRIR AL ARBITRAJE

En secciones anteriores del presente manual se describen los procedimientos de resolución alternativa de disputas (RAD). Los procedimientos de RAD dependen de la buena voluntad de las partes. Las decisiones que se obtienen mediante los mismos, si bien son vinculantes para las partes, no son ejecutables internacionalmente, pero pueden ser ejecutables por los tribunales.

Sin embargo, ¿es adecuado mencionar el recurso a los procedimientos de RAD en un acuerdo de arbitraje, como condición preliminar para la puesta en marcha de un posible arbitraje? Hace dos décadas, los autores de este manual habrían contestado que no, en particular para casos internacionales, considerando los efectos colaterales negativos que podrían tener dichas cláusulas, especialmente como tácticas dilatorias. Convertir un proceso de RAD en condición previa para recurrir al arbitraje puede provocar dificultades procesales y puede dar al traste con las negociaciones.

Por ejemplo, una parte no demasiado bienintencionada podría presentar una alegación de falta de admisibilidad de la petición de arbitraje, esgrimiendo que las partes no han intentado resolver antes la disputa por otros medios. Sin embargo, si las partes desean mediar, pueden hacerlo con o sin cláusula de mediación.

Las ventajas de la mediación están llegando poco a poco a la comunidad jurídica. Estas ventajas están tan aceptadas que la mayoría de instituciones de arbitraje internacionales ofrecen cláusulas tipo que combinan mediación y arbitraje. La tasa de resolución de las mediaciones administradas con arreglo a estas cláusulas combinadas, cuando se conoce, se sitúa en un impactante 50%-85%.

El proceso de redacción de las cláusulas combinadas estándar, a las que a veces se denomina «cláusulas escalonadas», se ha perfeccionado, a menudo estableciendo los plazos de cada escalón, una reacción a la preocupación legítima sobre las tácticas dilatorias. También se dan alternativas, como permitir que las partes soliciten el arbitraje sin recurrir a la mediación, o permitir que la mediación y el arbitraje se den simultáneamente. El Centro Internacional de Resolución de disputas de la Asociación Americana de Arbitraje (ICDR/AAA) ofrece las siguientes cláusulas combinadas:

- Cláusula de negociación-arbitraje
- Cláusula de mediación-arbitraje
- Cláusula de negociación-mediación-arbitraje
- Cláusula de arbitraje y mediación concurrente

La cláusula escalonada de mediación-arbitraje modelo del Centro Internacional de Resolución de disputas de la Asociación Americana de Arbitraje reza:

«En caso de cualquier disputa que surja de este contrato o guarde relación con él o con su incumplimiento, las partes acuerdan primero tratar de resolver dicha disputa mediante mediación administrada por el Centro Internacional para la Resolución de disputas de conformidad con su Reglamento de Mediación Internacional. Si las partes no logran llegar a un acuerdo dentro de los 60 días siguientes a la notificación de una solicitud de mediación por escrito, cualquier disputa o reclamación que no haya sido resuelta será sometida a arbitraje administrado por el Centro Internacional para la Resolución de disputas de conformidad con su Reglamento de Arbitraje Internacional».

Se recomienda que las partes añadan a esta cláusula el número de árbitros y el lugar del arbitraje.

DERECHO APLICABLE AL PROCEDIMIENTO

El Derecho que rige el proceso arbitral, *lex arbitri*, no es necesariamente el mismo que el Derecho aplicable al contrato. Con sujeción a las disposiciones de obligado cumplimiento del lugar del arbitraje, las partes poseen gran libertad de elección a la hora de determinar las normas aplicables al procedimiento de arbitraje.

Resulta útil determinar el Derecho aplicable al procedimiento cuando no se ha convenido el lugar del arbitraje en la cláusula compromisoria, sobre todo en el arbitraje ad hoc. En cambio, reviste menos importancia en el arbitraje institucional puesto que el procedimiento necesariamente se rige por el reglamento de arbitraje de la institución. Sin embargo, estipular el Derecho aplicable al procedimiento permite cubrir algunas lagunas e incluso concretar algunos puntos del procedimiento respecto a los cuales no se pronuncia el reglamento de arbitraje de la institución.

Las partes tienen las siguientes opciones (especialmente en arbitrajes ad hoc):

- Adoptar las normas de procedimiento del lugar del arbitraje: se trata de la resolución más fácil, pero hay que verificar de antemano si es adecuada y, por encima de todo, si proporciona un entorno favorable en el que sustanciar un arbitraje mercantil internacional.
- Adoptar las normas de procedimiento de otro país, una alternativa peligrosa, por cuanto las normas elegidas pueden estar en conflicto con las normas obligatorias del lugar del arbitraje.

- Adoptar un reglamento modelo de procedimiento, como el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.
- Crear normas de procedimiento específicas, lo que requiere un conocimiento profundo de la sustanciación de un procedimiento de arbitraje por parte de las partes y sus abogados.

DERECHO APLICABLE A LA CLÁUSULA COMPROMISORIA

Como hemos visto, la cláusula compromisoria es distinta e independiente del contrato en el que se incluye. En consecuencia, el Derecho que la rige –lo que determina especialmente la validez de la cláusula en cuanto a la forma y el fondo– puede ser diferente del Derecho que rige el resto del contrato. En la práctica, sin embargo, es raro que una cláusula compromisoria se someta a un Derecho diferente del Derecho aplicable al contrato.

De este modo, si una de las partes desea que el Derecho aplicable a la cláusula compromisoria sea diferente del Derecho aplicable al contrato, se recomienda encarecidamente que se estipule de forma expresa. Este podría ser el caso, por ejemplo, cuando entra en juego un Derecho no favorable al arbitraje.

AMIGABLE COMPONEDOR O EX AEQUO ET BONO

Un tribunal arbitral solo podrá decidir como *amigable componedor o ex aequo et bono* (en equidad y justicia) si se le hubieran otorgado expresamente dichas facultades. Es aconsejable dejar constancia de ello en la cláusula compromisoria. Diversas legislaciones nacionales y reglamentos de arbitraje institucional reconocen dichas facultades.

El principio de la *amigable composición* no se conoce en algunos ordenamientos jurídicos. Por tanto, a la hora de decidir si se otorga dicha facultad a los árbitros, es mejor verificar que es compatible con el Derecho aplicable al procedimiento y al contrato.

La *amigable composición* tiene sus orígenes en el Derecho francés. Se trata de la facultad que se otorga a los árbitros de hacer caso omiso a las disposiciones de un determinado Derecho que no sean obligatorias, en caso de que consideren que la estricta aplicación de las mismas se traduciría en un resultado injusto. Teniendo esto en cuenta, es preferible que dicha facultad se otorgue al tribunal arbitral solo si se ha determinado también el Derecho aplicable al contrato de antemano. Las partes son las que deben otorgar la facultad de *amigable composición* al tribunal y esto debe reflejarse por escrito en la cláusula compromisoria o en otro documento.

Por lo general, el contrato se sustenta y ejecuta con arreglo al ordenamiento jurídico con independencia de lo «injusto» que demuestre ser. Pero un caso que se decida *ex aequo*

et bono invalida el estricto Estado de Derecho y requiere en su lugar que las decisiones se basen en lo que es justo y equitativo en función de las circunstancias. Aun cuando se haya otorgado al tribunal arbitral facultad para decidir como *amigable componedor* o *ex aequo et bono* sigue estando obligado por las estipulaciones del contrato y los principios del orden público internacional.

La *amigable composición* posee la ventaja de permitir al árbitro ignorar las normas que parezcan demasiado rígidas o injustas en un caso concreto. En la *amigable composición* se concede al árbitro cierta flexibilidad para que pueda dictar una decisión más acorde con la voluntad de las partes, sin que disponga de la facultad de volver a redactar el contrato mediante la creación de nuevas obligaciones.

MEDIDAS PROVISIONALES O CAUTELARES

En determinadas circunstancias puede ser necesario tomar medidas para conservar o proteger el asunto objeto de disputa hasta que finalice el arbitraje (en los contratos de compraventa de mercaderías o en los contratos de construcción, por ejemplo). La facultad del árbitro de ordenar medidas provisionales o cautelares es reconocida por la mayoría de leyes de arbitraje y reglamentos del arbitraje mercantil internacional. Es aconsejable estipular dicha facultad en la cláusula compensatoria (del arbitraje ad hoc) con el fin de evitar disputas sobre la competencia del árbitro para ordenar tales medidas.

Hay que recordar, no obstante, que esas medidas, si se ordenan, pueden tener un efecto limitado, pues el tribunal que lo hace no tiene facultades para obligar a una de las partes a cumplirlas. Compete, consecuentemente, a la otra parte recurrir al juzgado o tribunal nacional competente para que ordene su ejecución. En la práctica, la parte contra la que se tomen las medidas suele cumplirlas voluntariamente para no perder crédito ante el tribunal.

RENUNCIA A LA INMUNIDAD SOBERANA

Una cláusula compromisoria es lo suficientemente vinculante como para que no sea necesario redactar una estipulación a tal efecto de que el Estado renuncie a su derecho a la inmunidad soberana. Es poco frecuente, en la práctica, que un Estado que comparece como una de las partes en un arbitraje plantee una alegación de inmunidad de jurisdicción. Si un Estado es una de las partes de una cláusula compromisoria, para la otra parte es más importante asegurarse de:

- Que dicho Estado ostenta la capacidad de otorgar una cláusula compromisoria conforme a su propio Derecho.
- Que sus representantes están autorizados a otorgar dicha cláusula compromisoria en su nombre.

- Que la disputa es susceptible de arbitraje, es decir, que no está dentro de la esfera de la competencia exclusiva de los juzgados y tribunales de ese Estado.

ARBITRAJE DE MÁS DE DOS PARTES

Los arbitrajes en los que se encuentran presentes más de un demandante y un demandado se denominan habitualmente arbitrajes de más de dos partes. Será importante obrar con especial cautela por lo que se refiere al mecanismo de constitución del tribunal arbitral, especialmente en el arbitraje ad hoc. Esta cuestión se examina en mayor detalle más adelante.

Dada la diversidad de situaciones de más de dos partes, es difícil proponer una cláusula tipo que aborde esta cuestión. Las partes implicadas deberán evitar que haya tantos árbitros que resulte imposible el correcto funcionamiento del tribunal arbitral. Por ejemplo, no tiene sentido tener un tribunal arbitral de cinco árbitros solo porque haya cinco partes. Una posible resolución, si las partes no están de acuerdo sobre la constitución del tribunal, sería recurrir a una autoridad nominadora convenida para que nombre ya sea a los tres árbitros o al árbitro único.

Sea cual fuere el método adoptado, es necesario garantizar que no infringe las posibles disposiciones de obligado cumplimiento que imperen en el lugar del arbitraje acerca de la constitución del tribunal arbitral, y que el mecanismo elegido no paraliza los posibles procedimientos de ejecución.

PRORRATEO ANTICIPADO DE LOS COSTOS DEL ARBITRAJE

En el arbitraje institucional, esta cuestión se contempla ya en el reglamento de arbitraje de las instituciones, con independencia del hecho de que ambas partes pueden haber pagado los anticipos de los costos, por lo que no es necesario que la cláusula compromisoria recoja ninguna estipulación a tal efecto.

En el arbitraje ad hoc, en cambio, puede resultar útil incorporar a la cláusula compromisoria una estipulación a dicho efecto, teniendo en cuenta que, en el arbitraje mercantil internacional, se reconoce que los árbitros poseen amplias facultades discrecionales para determinar el prorrateo de los costos del arbitraje.

RENUNCIA A RECURRIR

Una de las ventajas del arbitraje internacional es que, una vez pronunciado el laudo, en principio no se puede someter a un recurso. De este modo, la mención de la palabra «definitivamente» en una cláusula compromisoria puede resultar útil como recordatorio de dicho principio.

El Derecho del lugar donde se haya dictado el laudo, sin embargo, por lo general contempla la posibilidad de un recurso para anular el laudo arbitral conforme a unos motivos limitados que normalmente guardan relación con la existencia, validez y objeto de la cláusula compromisoria, así como con la correcta constitución del tribunal arbitral. Las estipulaciones de dichos derechos suelen ser obligatorias y no susceptibles de renuncia.

Algunas legislaciones conceden a las partes la oportunidad de renunciar a cualquier recurso contra el laudo arbitral. Este acuerdo solo será válido si media estipulación expresa. Por ejemplo, el Artículo 192, subsección 1, de la Ley suiza sobre Derecho Internacional Privado establece que:

«Si ninguna de las partes tiene su domicilio, su residencia habitual, o un establecimiento de negocios en Suiza, las partes podrán, mediante declaración expresa en el acuerdo de arbitraje o mediante un acuerdo posterior por escrito, excluir completamente el recurso o podrán limitarlo a una o varias de las causas incluidas en el artículo 190, subsección 2».

Al excluir el procedimiento de anulación cuando está permitido, las partes ahorran tiempo y costos. Sin embargo, la sensatez de dicha renuncia es cuestionable.

CLÁUSULAS COMPROMISORIAS QUE DEBEN EVITARSE

A continuación se citan algunos ejemplos de cláusulas engorrosas o de difícil administración.

LA CLÁUSULA «EXCEPCIONAL»

- «Todas las disputas producto del presente contrato se resolverán por medio de arbitraje».

Semejante cláusula será difícil de aplicar en la práctica, especialmente por lo que se refiere a la constitución del tribunal arbitral. No contiene estipulación alguna respecto al nombramiento de los árbitros ni menciona a qué autoridad se podría recurrir para que los designara en caso de que alguna de las partes se abstuviera de hacerlo. Además, tampoco contiene ninguna estipulación sobre el lugar del arbitraje, lo que al menos ofrecería una indicación respecto al juzgado o tribunal estatal competente para el nombramiento de árbitros.

DESIGNACIÓN INEXACTA O INCORRECTA DE LA INSTITUCIÓN ARBITRAL

A continuación se citan algunos ejemplos:

- «Toda disputa o contravención del contrato se someterá a la Cámara de Comercio Francesa de Sao Paulo».

- «En caso de disputa que afectare únicamente al consignador o al armador, tendrá competencia exclusiva el Tribunal de la Cámara de Comercio de París».
- «En caso de que no fuera posible una resolución amistosa, todas las disputas que surgieren se resolverán conforme al Reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de Zúrich».

Estas tres cláusulas son patológicas por cuanto no designan correctamente la institución arbitral. La primera cláusula habla de un organismo inexistente, mientras que las otras dos son ambiguas. La segunda cláusula deja abierta la cuestión de si se trata del Tribunal Comercial de París, o al arbitraje por parte de la Cámara de Comercio e Industria de París. Por lo que respecta a la tercera cláusula, la Cámara de Comercio Internacional tiene de hecho su sede en París, no en Zúrich, por lo que la cuestión que se plantea es si las partes desean recurrir al arbitraje de la CCI, con Zúrich (Suiza) como lugar del arbitraje, o al arbitraje conforme al reglamento de la Cámara de Comercio de Zúrich.

A veces problemas como estos se pueden resolver averiguando la verdadera intención de las partes. Se parte del supuesto, claro está, de que cuando la cláusula compromisoria se ponga en marcha, las partes implicadas jugarán limpio. Sin embargo, estas cláusulas ofrecen a las partes una buena oportunidad de señalar las deficiencias de su redacción e intentar reducirlas a la nada o permitirse tácticas de dilación.

COMBINAR EL ARBITRAJE CON EL PROCEDIMIENTO JUDICIAL

Esto se puede ilustrar de la siguiente forma:

- «Toda disputa que surgiere producto de la ejecución del presente contrato se someterá necesariamente a arbitraje conforme al reglamento del Tribunal de Arbitraje Internacional de Viet Nam; en caso de desacuerdo entre los árbitros elegidos por las partes, se acuerda que la disputa se someta a los juzgados y tribunales de los Estados».

Esta cláusula plantea la cuestión de la naturaleza del mecanismo de resolución de disputas elegido. ¿Establece recurrir a un tribunal arbitral o a un juzgado o tribunal estatal? ¿O sencillamente estipula recurrir a la conciliación antes de la intervención de un juzgado o tribunal estatal competente? La ambigua redacción de este acuerdo demuestra lo importante que es que las partes definan de forma clara y simple el método de resolución de su disputa, sin dar lugar a la confusión entre diferentes tipos de instituciones.

COMPROMISOS DESASTROSOS

Este concepto se ilustra con la siguiente cláusula:

- «Todas las disputas en relación con el presente contrato se llevarán a cabo por parte de árbitros nombrados por la Cámara de Comercio Internacional con sede en Ginebra, de acuerdo con el procedimiento de arbitraje que se establece en el Código Civil de Francia y el Código Civil de Venezuela, con la debida consideración para el Derecho del lugar del arbitraje».

Esta cláusula compromisoria ad hoc, que implica que las partes son francesas y venezolanas, expresa el deseo de las partes de implicar sus respectivos Derechos nacionales en la resolución de la disputa con referencia a un tercer Derecho, a saber el del lugar del arbitraje, Suiza. En la medida en que esos tres Derechos converjan (si eso fuera posible) sobre un punto en concreto, será improbable que surjan problemas. Si no fuera así, el laudo arbitral resultante se podría impugnar alegando que el procedimiento aplicado no era conforme al acuerdo de las partes (por cuanto la CCI solo entraría en juego como autoridad nominadora, lo que debilita el laudo arbitral que se pueda pronunciar).

REDACCIÓN RECOMENDADA PARA LOS ACUERDOS DE ARBITRAJE

ARBITRAJE INSTITUCIONAL

Si las partes desean optar por el arbitraje institucional, deberán redactar una cláusula lo más parecida posible a la cláusula normalizada recomendada, facilitada por la institución arbitral elegida. Las partes deben consultar la página web de la institución arbitral y seleccionar una de sus cláusulas. La mayoría de instituciones arbitrales ofrecen varias opciones en sus cláusulas normalizadas, como el arbitraje, la mediación seguida de arbitraje o el arbitraje acelerado. Las partes pueden utilizar también la siguiente cláusula:

«Cualquier disputa que surgiera en conexión con el presente contrato o en relación con el mismo, como con cualquier otro acuerdo firmado o celebrado en relación con el presente contrato, se resolverá de forma definitiva conforme al Reglamento de Arbitraje de [nombre de la institución elegida] por parte de uno o más árbitros nombrados de conformidad con dicho reglamento. El arbitraje tendrá lugar en [cítese la ciudad y el país]. El idioma o idiomas del arbitraje serán [cítese el idioma o idiomas que se emplearán]».

ARBITRAJE AD HOC

Si las partes optaren por el arbitraje ad hoc, se recomienda que consideren utilizar el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. En tal caso, deberán remitirse a la cláusula compromisoria recomendada por la CNUDMI. Asimismo, deberán especificar en la cláusula una autoridad nominadora.

Las partes podrían considerar igualmente la redacción de una cláusula ad hoc a medida. Sin embargo, esto conllevaría algunos riesgos.

Ejemplo de una cláusula compromisoria ad hoc para un árbitro único:

«Cualquier disputa que surgiera en conexión con el presente contrato o en relación con el mismo se resolverá definitivamente por parte de un árbitro único.

El demandante notificará su petición de arbitraje por escrito, a través de correo certificado o servicio de mensajería, al demandado; este contestará por escrito, a través de correo certificado o servicio de mensajería, en un plazo de 30 días contado desde la recepción de la petición de arbitraje.

Las partes intentarán nombrar conjuntamente al árbitro único en un plazo de 30 días, contado desde la recepción de la respuesta; en caso contrario, el árbitro único lo nombrará [cítese el nombre de la institución], actuando en capacidad de autoridad nominadora, previa petición de cualquiera de las partes.

El arbitraje tendrá lugar en [cítese la ciudad y el país]. El idioma o idiomas del arbitraje serán [cítese el idioma o idiomas que se emplearán]».

Ejemplo de una cláusula compromisoria ad hoc para tres árbitros:

«Cualquier disputa que surgiera en conexión con el presente contrato o en relación con el mismo se resolverá definitivamente por parte de tres árbitros.

El demandante notificará su petición de arbitraje por escrito, a través de correo certificado o servicio de mensajería, al demandado, y simultáneamente nombrará a un árbitro. El demandado contestará por escrito, a través de correo certificado o servicio de mensajería, en un plazo de 30 días, contado desde la recepción de la petición de arbitraje, y nombrará asimismo a un árbitro.

Los dos árbitros nombrados por este procedimiento nombrarán conjuntamente un tercer árbitro que presidirá el tribunal arbitral, en el plazo de 30 días. Si no se hubiere nombrado árbitro alguno en el plazo manifestado, le corresponderá nombrarlo a [cítese el nombre de la institución], actuando en capacidad de autoridad nominadora, previa petición de cualquiera de las partes o de los árbitros designados».

El arbitraje tendrá lugar en [cítese la ciudad y país]. El idioma o idiomas del arbitraje serán [cítese el idioma o idiomas que se emplearán].»

CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

La constitución o nombramiento de un tribunal arbitral es habitualmente el primer paso de un procedimiento de arbitraje. El procedimiento se suele poner en marcha mediante la petición o la notificación de arbitraje incoada por el demandante al demandado o ante una institución arbitral. En función del reglamento aplicable, el establecimiento del tribunal puede correr a cargo de una institución arbitral, de las propias partes o de un juzgado o tribunal estatal.

Este proceso, acompañado del pago de un anticipo parcial sobre los costos que normalmente se exige antes del procedimiento, puede durar solo unas pocas semanas en procedimientos acelerados si las partes cooperan de modo diligente. En la mayoría de los arbitrajes internacionales, normalmente durará de uno a cuatro meses.

ARBITRAJE INSTITUCIONAL

¿QUIÉN NOMBRA AL ÁRBITRO O ÁRBITROS?

La constitución del tribunal arbitral puede diferir de una institución arbitral a otra. Algunas instituciones conceden plena autonomía a las partes para que designen al árbitro que prefieran. Otras restringen la elección de las partes a una lista de árbitros que mantiene la institución.

Aunque las partes tengan libertad para proponer al árbitro o árbitros de su elección, por lo general la institución arbitral supervisará el proceso de nombramiento. Esta supervisión suele suponer que el nombramiento del árbitro o árbitros, incluidos los que designen las partes, de hecho lo realiza la institución arbitral.

LA INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD

La institución arbitral suele llamar la atención del árbitro hacia el requisito de la independencia con respecto a las partes. La mayoría de instituciones exigen a los árbitros que ratifiquen por escrito que son, y van a permanecer, independientes de las partes, así como que revelen cualquier hecho o circunstancia que pudiera arrojar sombras de duda acerca de su imparcialidad en opinión de las partes.

De este modo, un árbitro potencial para un procedimiento de la CCI tendrá que revelar cualquier relación que tuviere,

o hubiere tenido, con cualquiera de las partes. Asimismo, normalmente un árbitro deberá revelar cualquier relación, sobre todo profesional, que tuviere, o hubiere tenido en el pasado, con alguno de los letrados que actúan para las partes del arbitraje. Algunas instituciones pedirán a los árbitros que confirmen que disponen de tiempo suficiente para realizar el arbitraje con diligencia.

La supervisión por parte de la institución arbitral suele llevar implícito que la institución pueda negarse a nombrar a un árbitro o a ratificar la elección de un árbitro propuesto por una de las partes si considera que este no es independiente con respecto a las partes. Antes de tomar una decisión de no nombrar o confirmar a un árbitro, por lo general, la institución arbitral dará a los afectados por dicha decisión la oportunidad de expresar sus opiniones.

RECUSACIÓN DE LOS ÁRBITROS

Si se produce un hecho o circunstancia en el curso del procedimiento que arroje dudas acerca de la independencia o la parcialidad de un árbitro, la institución arbitral generalmente decidirá respecto de las recusaciones que pudiere plantear alguna de las partes. Las decisiones adoptadas por las instituciones arbitrales con respecto a la constitución de un tribunal arbitral o a la sustitución de los árbitros son de carácter administrativo. Cualquiera de las partes puede decidir recurrir la decisión de la institución arbitral ante el juzgado o tribunal estatal competente. Sin embargo, dichos recursos no son demasiado eficaces, pues los juzgados y tribunales de los Estados, en la mayoría de jurisdicciones nacionales, no dictarán órdenes de interrumpir un procedimiento arbitral por estar pendientes de su propia decisión acerca de la recusación.

Estos recursos son, asimismo, infrecuentes pues irían contra la letra y el espíritu del acuerdo de arbitraje, por el que las partes confieren a la institución arbitral las facultades necesarias para administrar el procedimiento.

EN EL CONTEXTO DEL ARBITRAJE AD HOC

Si las partes no han estipulado que una institución arbitral administre el procedimiento, tendrán que ocuparse del

Cuadro 17: Modelo de declaración de independencia en un arbitraje ad hoc

Esta declaración está extraída del Artículo 11 del Reglamento de Arbitraje de CNUDMI.

Nada que declarar

«Soy y seguiré siendo imparcial e independiente de las partes en litigio. A mi leal saber y entender, no existe circunstancia alguna, pasada o actual, que pueda motivar dudas justificables acerca de mi imparcialidad o independencia. Me comprometo, por la presente, a notificar sin dilación a las partes y a los demás árbitros toda circunstancia de esa índole que pueda llegar, en lo sucesivo, a mi conocimiento en el curso de este arbitraje».

Datos a declarar

«Soy y seguiré siendo imparcial e independiente de las partes en litigio. Adjunto a la presente una declaración efectuada en aplicación del artículo 11 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI acerca de (a) toda relación profesional, comercial o de otra índole, mantenida, en el

pasado o en el presente, con alguna de las partes, y de (b) toda otra circunstancia que pudiera ser del caso. [Adjúntese dicha declaración.]

Confirmando que estas circunstancias no influyen ni en mi independencia ni en mi imparcialidad.

Me comprometo por la presente a notificar sin dilación, a las partes y a los demás árbitros, toda relación o circunstancia de esa índole que llegue, en lo sucesivo, a mi conocimiento en el curso de este arbitraje.

Toda parte podrá considerar solicitar del árbitro que agregue a su declaración de independencia e imparcialidad lo siguiente: “Confirmando, de acuerdo con la información de que dispongo en este momento, que puedo dedicar el tiempo necesario para realizar este arbitraje con diligencia y eficacia y respetando los plazos establecidos en el Reglamento”».

proceso de constitución del tribunal arbitral ellas mismas, o someter la cuestión a un juzgado o tribunal estatal.

Si bien en el arbitraje ad hoc las partes disfrutan de un amplio grado de libertad para organizar la constitución del tribunal arbitral conforme a sus propios deseos, deberán tener en cuenta que pueden encontrar dificultades si una de las partes no está dispuesta a participar en el momento en que surge la disputa. En un arbitraje ad hoc, una de las partes (normalmente el demandado) podría no seleccionar un árbitro o negarse a hacerlo en caso de que hubiere de constituirse un tribunal arbitral de tres miembros. Podría negarse a participar en la selección de un árbitro único, o negarse a participar en la selección del presidente del tribunal arbitral.

En tales circunstancias, la otra parte del arbitraje (normalmente el demandante) tendrá que recurrir a un juzgado o tribunal estatal para el nombramiento del árbitro, lo cual, sin duda, tardará más que si una institución arbitral tuviere que decidir acerca del particular. En consecuencia, en algunos arbitrajes ad hoc, las partes estipulan que una institución arbitral actúe como autoridad nominadora, es decir, que se la invite a nombrar a uno o más árbitros, o a realizar el nombramiento en nombre de la parte ausente. Los costos de los nombramientos varían mucho en función de la institución.

La mayoría de arbitrajes institucionales ofrecen el servicio de nombramiento de árbitros en arbitrajes ad hoc. Estos nombramientos no están sujetos a honorarios normalizados internacionales. Las siguientes cifras eran válidas en julio de 2014 y están sujetas a cambios.

El Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, por la prestación de sus servicios como autoridad nominadora de conformidad con el Reglamento de la CNUDMI, cobra a la parte solicitante una cuantía fija de 1.500 euros. Esta cuantía cubre el nombramiento de un árbitro único o presidente, el nombramiento de un segundo árbitro en casos en los que hay tres árbitros, y el nombramiento de árbitros sustitutos. Para decisiones sobre recusaciones de árbitros, el Instituto cobra un importe fijo que asciende a 3.000 euros.

En el Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong, la comisión por presentar una solicitud de nombramiento de un árbitro asciende a HK\$ 8.000.

Los honorarios de la Asociación Americana de Arbitraje para servicios prestados de conformidad con el Reglamento de la CNUDMI dependen del importe de la demanda o contrademanda. La parte que presenta la solicitud paga en su totalidad unos honorarios no reembolsables. Por ejemplo, si la cuantía de la reclamación está entre \$EE.UU. 10.000 y \$EE.UU. 75.000, la comisión de presentación inicial es de \$EE.UU. 750, y no hay comisión de servicio por el caso. Si la cuantía de la reclamación supera los \$EE.UU. 500.000, la comisión de presentación inicial es de \$EE.UU. 6.000, y la comisión de servicio por el caso es de \$EE.UU. 2.000.

Por la prestación de sus servicios como autoridad nominadora de conformidad con el Reglamento de la CNUDMI, la CCI cobra a la parte solicitante una cuantía fija de \$EE.UU. 3.000 por cada solicitud. La comisión cubre otros servicios adicionales, como las recusaciones y el nombramiento de un árbitro sustituto.

Cuadro 18: Nombramiento de árbitros en una disputa con más de dos partes

Este cuadro examina el caso del Tribunal Supremo francés (*Cour de Cassation*), de 7 de enero de 1992, que involucraba a 1. Siemens AG (Alemania) y 2. BKMI Industrieanlagen GmbH (Alemania) contra Dutco Construction Company (Dubai).

Siemens, BKMI y Dutco celebraron un acuerdo de consorcio para la construcción de una planta de cemento en Omán. El acuerdo contenía una cláusula compromisoria que exigía que las disputas fueran resueltas de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CCI por tres árbitros.

En 1986, Dutco presentó una única petición de arbitraje contra sus dos socios en relación con diferentes créditos que afectaban a ambas empresas. Siemens y BKMI quisieron cada una nombrar a un árbitro por su parte. Sin embargo, de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CCI vigente en aquel momento, la Corte de la CCI ordenó que las dos partes nombraran a un coárbitro conjuntamente. Siemens

y BKMI tenían diferentes intereses, y por tanto impugnaron la orden. Sin embargo, se reservaron sus objeciones y nombraron conjuntamente a un coárbitro. En un laudo parcial, el tribunal afirmó que había sido constituido válidamente y que podría continuar como arbitraje de más de dos partes.

Siemens y BKMI solicitaron anular el laudo parcial ante el Tribunal de Apelaciones de París. El tribunal rechazó esta solicitud.

En 1992, el Tribunal Supremo francés anuló la decisión del Tribunal de Apelaciones de París. Sostenía que el principio de igualdad de las partes a la hora de nombrar a los árbitros es una cuestión de política pública a la que solo se puede renunciar una vez surgida una disputa.

ARBITRAJE ENTRE MÁS DE DOS PARTES

Un problema particular surge con respecto a la constitución de un tribunal arbitral en los procedimientos que implican a más de dos partes, es decir, cuando hay múltiples demandantes y/o múltiples demandados. Los arbitrajes de más de dos partes se han convertido en una circunstancia bastante común en un contexto internacional, como en las disputas de construcción que afectan a un cliente, un contratista principal y varios subcontratistas. Las estadísticas de la CCI muestran que hay tres partes en alrededor del 30% de los casos de arbitraje de la CCI.

En la mayoría de los casos no hay problemas con la constitución del tribunal arbitral en la medida en que todas las partes estén de acuerdo en poner en marcha un arbitraje de más de dos partes. Sin embargo, alguno de estos casos puede plantear una serie de dificultades, que las partes deben tener en cuenta. Sería aconsejable que las partes se asegurasen de que todas las partes a las que deseen implicar en el arbitraje de más de dos partes hayan firmado el mismo acuerdo de arbitraje antes de la disputa, o que las partes que no lo hayan firmado manifiesten su consentimiento al mismo en el momento en que surge la disputa. Si una de las partes no está obligada por un acuerdo de arbitraje con las otras partes, o no ha expresado su consentimiento a un procedimiento de arbitraje con las demás, por lo general no se podrá incluir a dicha parte en el arbitraje contra su voluntad.

En el caso de que todas las partes hayan firmado un acuerdo de arbitraje pero no todas estén dispuestas a participar en el procedimiento correspondiente, o que tengan intereses en conflicto, pueden surgir dificultades con respecto al

nombramiento de un coárbitro en nombre de dos o más partes, ya sea del lado de los demandantes o del lado de los demandados.

Habitualmente, esta traba puede surgir si hay más de una parte demandada. Por ejemplo, supongamos un contrato en el que hay dos partes de cada parte involucradas. Si las partes han estipulado someter su disputa a un tribunal arbitral de tres miembros con la idea de que el demandante y el demandado puedan designar cada uno a un árbitro, se producirá un desequilibrio si hay una parte del lado del demandante (que nombra a un coárbitro) y dos del lado del demandado (que no están de acuerdo respecto del nombramiento de otro árbitro).

Normalmente no es factible nombrar más que a tres árbitros. Si los demandados no fueran capaces de nombrar conjuntamente a un coárbitro, y pese a todo se vieran obligados a ello, podrían presentar un alegato relativo a su Derecho a participar en el proceso de constitución del tribunal arbitral en igualdad de condiciones con el demandante.

En el arbitraje institucional, la institución arbitral podría entonces prever el nombramiento de un coárbitro en nombre de los demandados, si estos fueran incapaces de hacerlo conjuntamente, en función del reglamento aplicable. Sin embargo, dicho nombramiento, en una situación en la que la otra parte haya podido designar a su coárbitro, podría producir una falta de igualdad entre las partes en el proceso de constitución del tribunal arbitral. Desde el caso de Dutco (Cuadro 18), las principales instituciones arbitrales han modificado sus reglamentos de manera que estas nombrarán directamente a todos los vocales del tribunal en los casos en que haya más de dos partes y no todas estén de acuerdo con relación a la constitución del tribunal arbitral.

FACULTADES, DEBERES Y COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL

FACULTADES Y LIMITACIONES

Las facultades de un tribunal arbitral son aquellas que las partes hayan concedido. Estas facultades se pueden otorgar de forma expresa, en el acuerdo de arbitraje, o de forma implícita mediante referencia a reglamentos institucionales o de otro tipo (por ejemplo, el reglamento de Arbitraje de la CNUDMI). Estas facultades se otorgan dentro de los límites del Derecho aplicable, que a su vez suelen ser los de la legislación del lugar del arbitraje o la legislación aplicable al acuerdo de arbitraje.

FACULTADES GENERALES DE LOS TRIBUNALES ARBITRALES

Los tribunales arbitrales suelen gozar de las siguientes facultades, salvo que las partes acuerden de otro modo:

- Fijar el lugar del arbitraje, salvo que lo hubieren acordado las partes o lo hubiere decidido una institución arbitral;
- Determinar el idioma o idiomas del arbitraje, salvo que las partes hubieren convenido este particular;
- Fijar el calendario del procedimiento, incluidos el establecimiento y ampliación de plazos para la presentación de los alegatos de las partes;
- Organizar audiencias e inspecciones oculares;
- Oír a los testigos;
- Nombrar peritos; y
- Determinar la legislación aplicable al procedimiento y al fondo de la disputa.

Las partes también pueden conferir la facultad de *amigable componedor* al tribunal arbitral. En este caso el tribunal arbitral está autorizado, al aplicar un Derecho específico, a desviarse de una aplicación estricta de la ley si considera que dicha aplicación estricta desembocaría en un resultado injusto.

MEDIDAS CAUTELARES

Los tribunales arbitrales, en respuesta a la petición de una de las partes, suelen dictar medidas provisionales de protección antes de pronunciar el laudo. Dichas medidas pueden ser:

- Órdenes que exijan a una de las partes que permita el acceso a sus instalaciones para inspeccionar mercancías, instalaciones o documentos concretos;
- Medidas para evitar pérdidas o daños, como la orden a un contratista de que continúe las obras pese a que alegue que tiene derecho a suspenderlas; y
- Medidas para facilitar el posterior cumplimiento del laudo, como el embargo de bienes materiales o cuentas bancarias, o medidas para depositar en una cuenta bancaria conjunta el importe objeto de disputa.

DEBERES DE UN TRIBUNAL ARBITRAL

Los deberes de un tribunal arbitral pueden dimanar del acuerdo de las partes, del Derecho aplicable o, según el caso, del reglamento de arbitraje (institucional o ad hoc) que proceda aplicar. El deber fundamental del tribunal arbitral es dictar una decisión que ponga término a la disputa de las partes.

GARANTÍAS PROCESALES

Un tribunal arbitral tiene el deber de respetar adecuadamente las garantías procesales. El tribunal arbitral deberá mantener la igualdad en el tratamiento dado a todas las partes, actuar de forma imparcial y garantizar que las partes hayan tenido suficientes oportunidades de presentar y defender sus opiniones y contestar las de la otra parte. Algunas instituciones poseen, a este respecto, un código deontológico o un código ético de árbitros.

MANDATO

Algunos reglamentos institucionales estipulan que el tribunal arbitral, antes de instruir el caso, establezca el mandato. Ello exige un documento de procedimiento que recoja los nombres y direcciones de las partes y los árbitros, y realice una exposición resumida de los elementos del caso, las demandas de las partes, las cuestiones que se han de determinar, el Derecho aplicable (si se hubiere acordado) y todos los pormenores pertinentes al procedimiento.

LAUDO RAZONADO

Las partes o el Derecho y reglamento aplicables podrán determinar que la decisión especifique los razonamientos en que se basa y que la decisión se dicte dentro de un plazo específico. Hoy en día, la práctica generalizada en los arbitrajes internacionales es pronunciar laudos razonados.

NOTIFICACIÓN DEL LAUDO

Algunas legislaciones nacionales pueden asimismo establecer otros deberes específicos para los árbitros, por ejemplo, en relación con la notificación y la presentación del laudo arbitral ante los juzgados y tribunales de los Estados.

COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

Si las partes acuerdan someter su disputa a arbitraje, otorgan competencia al tribunal arbitral para determinar la disputa. En consecuencia, los juzgados y tribunales de los Estados no tendrán competencia para decidir sobre la disputa, salvo que la cláusula compromisoria fuera nula o salvo que las partes revocaran el acuerdo de arbitraje.

La competencia que se otorga al tribunal arbitral para determinar las cuestiones en juego no excluye, sin embargo, la posibilidad de acudir a los juzgados y tribunales de los Estados para que adopten determinadas medidas previas al procedimiento de arbitraje, o incluso durante el proceso arbitral, por ejemplo medidas cautelares o provisionales. Recurrir a los juzgados y tribunales de los Estados para dichas medidas no se considerará una renuncia a la cláusula compromisoria.

KOMPETENZ-KOMPETENZ

Si una de las partes impugnara la competencia del tribunal arbitral, al tiempo que alegara la falta de validez del acuerdo de arbitraje, el tribunal arbitral tendrá la facultad de decidir acerca de su propia competencia. Es lo que en general se conoce como el principio de *Kompetenz-Kompetenz* (competencia-competencia). La decisión sobre la competencia la tomará el tribunal arbitral, ya sea en un laudo provisional o en su laudo definitivo.

Que un tribunal arbitral estime que el contrato en el que se recogía el acuerdo de arbitraje es inexistente o nulo, no se traduce en que el acuerdo de arbitraje en sí devenga inexistente o nulo.

ÁRBITRO DE EMERGENCIA

Un arbitraje de emergencia es un proceso, contemplado por los reglamentos de arbitraje de diversas instituciones de arbitraje del mundo, por el que las partes pueden obtener, en cuestión de días, asistencia de emergencia antes de que se constituya un tribunal arbitral. El proceso parece ser eficaz.

Las funciones de los árbitros de emergencia son las siguientes:

- Los arbitrajes de emergencia se aplican por defecto a las partes que han elegido una institución de arbitraje cuyo reglamento prevé este servicio, a no ser que las partes hayan descartado el proceso de arbitraje de emergencia.
- Los árbitros de emergencia no pueden dar órdenes contra terceros que no sean signatarios de un acuerdo de arbitraje.

Cuadro 19: El «efecto negativo» de un acuerdo de arbitraje con respecto a los juzgados y tribunales de los Estados

Las partes que hubieren firmado un acuerdo de arbitraje ya no podrán llevar su caso ante un juzgado o tribunal estatal. Es lo que se denomina el «efecto negativo» de un acuerdo de arbitraje. La principal estipulación a este respecto es el artículo II de la Convención de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrajes Extranjeras, que estipula:

Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica,

contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.

La expresión «acuerdo por escrito» denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o compromiso, firmados por las partes o contenidos en un intercambio de cartas o telegramas.

El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan suscrito un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes a arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable.

Cuadro 20: El arbitraje de emergencia en la práctica

Una disputa surgió entre una empresa china y una empresa indonesia sobre la calidad de una expedición de carbón. El consignador indonesio quería vender la mercancía de carbón, que estaba pendiente de la resolución de la disputa, porque la mercancía se estaba deteriorando rápidamente.

El solicitante (la empresa indonesia) contactó con el Centro Internacional de Arbitraje de Singapur un lunes por la mañana, informando de que quería realizar una petición de arbitraje de emergencia. El solicitante presentó la petición a las 14.00 horas de ese mismo día. A las 17:00 horas,

se nombró a un abogado de Singapur especializado en transporte de mercancías como árbitro de emergencia.

Este árbitro de emergencia presentó sus instrucciones preliminares esa tarde. El día siguiente, después de una audiencia, el árbitro de emergencia emitió una orden que permitía la venta y ordenaba que la otra parte colaborara para que la mercancía pudiera abandonar el puerto.

Fuente: Emergency Arbitration Procedures: A Comparative Analysis, by Raja Bose and Ian Meredith, International Arbitration Law Review, Issue 5, 2012

- Los árbitros de emergencia darán órdenes solo en situaciones de emergencia predeterminadas, donde una de las partes no pueda esperar a la constitución de un tribunal arbitral.
- El demandado está protegido de diversas formas, incluida la norma de que el solicitante debe presentar una petición de arbitraje dentro de un breve periodo de tiempo (aproximadamente diez días). Si no, el procedimiento se resolverá.
- El arbitraje de emergencia no impide que una parte solicite medidas cautelares a un juzgado o tribunal estatal.

La decisión del árbitro de emergencia toma la forma de una orden. Las partes se comprometen a cumplir con la orden. Sin embargo, una vez obtenida la jurisdicción del caso, el tribunal arbitral no estará vinculado por la orden del árbitro de emergencia. El tribunal arbitral puede modificar, resolver o anular la orden. El tribunal arbitral tiene facultad para decidir cualquier demanda de una de las partes relativa al procedimiento, incluida la redistribución de los costos del procedimiento y las demandas que surgieren de o en conexión con el cumplimiento o incumplimiento de la orden.

La parte que solicita el procedimiento corre con el anticipo de los costos del arbitraje de emergencia. El arbitraje de emergencia se utiliza principalmente en casos importantes. Por ejemplo, de conformidad con las disposiciones de la CCI, el solicitante debe pagar \$EE.UU. 40.000, de los cuales \$EE.UU. 10.000 son gastos administrativos de la CCI, y \$EE.UU. 30.000 corresponden a los honorarios y gastos del árbitro de emergencia.

Dado que el arbitraje de emergencia es un añadido reciente al panorama arbitral, existe ambigüedad sobre la actitud de los juzgados y tribunales estatales cuando se les pide que ejecuten una orden de un árbitro de emergencia. Sin embargo, en los Estados Unidos los juzgados y tribunales estatales han rechazado los intentos de las partes de oponerse a la ejecución.

PROCEDIMIENTO DE ARBITRAJE

PRINCIPIO GENERAL: AUTONOMÍA DE LAS PARTES

Una de las principales características del arbitraje, a diferencia del procedimiento ante los juzgados y tribunales de los Estados, es la flexibilidad del procedimiento. En el arbitraje, las partes pueden hacer uso de su libertad de adaptar el procedimiento de acuerdo con sus deseos y necesidades, dentro de los límites de la correspondiente legislación aplicable. Por ejemplo, en un caso las partes acordaron realizar el arbitraje en un barco de crucero para que nadie pudiera marcharse.

El tribunal arbitral deberá tener en cuenta los deseos y esperanzas de las partes en la sustanciación del procedimiento. No obstante, también prestará especial atención a las disposiciones de obligado cumplimiento y a las exigencias de la política estatal del lugar del arbitraje, que no se deberán infringir. Cualquier infracción de dichas disposiciones podría poner en peligro la ejecución y el reconocimiento del laudo arbitral.

Las partes son libres de convenir la legislación aplicable al fondo y al procedimiento de arbitraje. Son asimismo libres de determinar el idioma en el que se sustanciará el arbitraje, el idioma o idiomas en los que podrán presentarse los documentos, los métodos de obtención de pruebas y el calendario del procedimiento.

NORMAS DE PROCEDIMIENTO QUE DECIDE EL TRIBUNAL ARBITRAL

En ausencia de un acuerdo de las partes, sin dejar de tener en cuenta las esperanzas de las mismas y tras haber dado a estas la oportunidad de manifestar sus opiniones, el tribunal arbitral decidirá sobre los puntos siguientes:

IDIOMA O IDIOMAS

¿En qué idioma o idiomas se sustanciará el arbitraje, en caso de que no lo hubieran estipulado previamente las partes? El tribunal arbitral, por lo general, tendrá en cuenta el idioma del contrato a la hora de determinar en qué idioma se llevará a cabo el procedimiento de arbitraje. Si, empero, las partes hubieran utilizado otros idiomas en su correspondencia, con anterioridad o con posterioridad a la firma del contrato, el tribunal arbitral podría tener motivos para aceptar que los documentos se presenten en otros idiomas.

PLAZOS

¿Cuánto tiempo tendrán las partes para presentar alegatos en el marco del procedimiento de arbitraje? Antes de fijar el calendario del procedimiento, el tribunal arbitral consultará a las partes sobre el tiempo que puedan necesitar, y si desean presentar una réplica en una segunda o tercera ronda de alegatos.

El calendario de alegatos se fijará lo antes posible dentro del procedimiento y establecerá el ritmo del mismo. El tribunal arbitral deberá garantizar que las partes respeten el calendario y tendrá facultad para rechazar alegatos presentados fuera de plazo.

AUDIENCIAS Y PRUEBAS

¿Tienen las partes derecho a una audiencia? ¿Se va a basar el laudo solamente en alegatos escritos? ¿Qué pruebas podrán aportar las partes para acreditar su caso? ¿Quién decide si hay que escuchar a un testigo concreto? Si las partes proceden de ordenamientos jurídicos diferentes y poseen criterios distintos en cuanto al alcance de la toma de declaración y la importancia que se dé a esta, el tribunal arbitral decidirá acerca de la cuestión, previa consulta con las partes. Tendrá cuidado de no utilizar un método de toma de declaración al que las partes no estén habituadas y que no garantice plenamente sus derechos de defensa y un tratamiento equitativo.

La práctica general es que, si una de las partes desea ser oída por el tribunal arbitral, este celebre una audiencia. Los juzgados y tribunales de los Estados podrían considerar que una negativa del tribunal arbitral a celebrar una audiencia constituye una infracción de las garantías procesales y del derecho a ser oído, y dicha negativa podría conducir a que el juzgado o tribunal estatal rehusara reconocer o hacer cumplir el laudo arbitral. Adviértase de que en el apartado 1 b) del Artículo V de la Convención de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras dispone que un tribunal podrá denegar el reconocimiento de un laudo arbitral si «la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral (...) no ha podido hacer valer sus medios de defensa».

AUDIENCIAS

Si ninguna de las partes hubiere solicitado una audiencia, el tribunal arbitral no estará obligado a celebrarla, aunque podrá hacerlo pese a todo. Además, podrá optar por determinar los asuntos tomando como base únicamente

Cuadro 21: Técnicas de gestión de casos

El control adecuado del tiempo y los costos es importante en todos los casos. En casos con baja complejidad y valor, es particularmente importante garantizar que el tiempo y los costos sean proporcionales a lo que está en juego en la disputa. A continuación se citan algunas técnicas de gestión de casos para controlar el tiempo y el costo.

Bifurcar el procedimiento o emitir uno o más laudos parciales sobre cuestiones clave puede llevar a una resolución más rápida y eficiente del caso.

Identificar cuestiones que se puedan resolver por acuerdo entre las partes o sus peritos.

Identificar cuestiones que se puedan decidir únicamente en base a documentos, en lugar de a través de pruebas orales o argumentaciones jurídicas en una audiencia.

Controlar la presentación de pruebas documentales:

- Exigiendo a las partes que entreguen con sus alegatos los documentos en los que se basan;
- Evitar las peticiones de presentación de documentos cuando estos sean innecesarios para resolver la disputa;
- Limitar las solicitudes de documentos a las que sean relevantes y sustanciales para el resultado del caso;
- Establecer plazos razonables para la presentación de documentos; y
- Utilizar un calendario de presentación de documentos para facilitar la resolución de cuestiones relativas a la presentación de documentos.

Limitar la duración y el objeto de los alegatos escritos y las pruebas testificales escritas y orales (de testigos de hecho y peritos) para evitar repeticiones y mantener el foco en las cuestiones principales.

Utilizar el teléfono o la videoconferencia para las actuaciones procesales o audiencias de otro tipo donde no sea necesaria la asistencia en persona, y utilizar las tecnologías de la información que permiten la comunicación online entre las partes, el tribunal arbitral y la institución arbitral.

Organizar una conferencia previa a la audiencia con el tribunal arbitral donde se puedan discutir y convenir los acuerdos para una audiencia, y el tribunal arbitral pueda indicar a las partes en qué cuestiones le gustaría que estas se centraran en la audiencia.

Fomentar la resolución:

- Informando a las partes de que tienen libertad para resolver la totalidad o parte de la disputa o bien negociando o bien mediante cualquier otra forma de resolución amistosa de disputas como la mediación; y
- Cuando así lo hayan acordado las partes y el tribunal arbitral, el tribunal puede adoptar medidas para facilitar la resolución de la disputa, siempre y cuando se haga todo lo posible para garantizar que cualquier laudo posterior es ejecutable por ley.

En el informe de la CCI «Control del tiempo y de los costos en el arbitraje» se describen otras técnicas. Disponible en: <http://www.iccspain.org/wp-content/uploads/2015/04/861-0-SPA-Control-del-Tiempo-y-de-los-costos.pdf>

los documentos presentados por las partes si los juzga suficientes.

En caso de celebrar una audiencia, el tribunal arbitral se asegurará de que cada una de las partes dispone de tiempo suficiente para alegar su caso. También podrá formular preguntas a las partes con vistas a aclarar ciertos puntos.

TESTIGOS Y TRANSCRIPCIONES LITERALES

El tribunal arbitral podrá decidir oír a testigos, ya sea de motu propio o a iniciativa de una de las partes. El tribunal arbitral podrá asimismo decidir celebrar una inspección ocular, ya sea de motu propio o a iniciativa de una de las partes, con el fin de familiarizarse con el lugar donde ocurrieron los hechos objeto de arbitraje.

En lo tocante a oír a los testigos, el tribunal arbitral tiene, en general, libertad para escoger un método apropiado.

Puede formular él mismo preguntas a los testigos. También puede dejar a las partes o sus abogados la iniciativa de interrogar y contrainterrogar a los testigos. En casos complejos, las partes pueden solicitar que se realicen transcripciones literales de las declaraciones orales. Las transcripciones requieren una organización especial, ya sea mediante grabación en cinta o anotación manuscrita, y pueden terminar siendo incómodas y gravosas. Una forma de ahorrar tiempo y conservar las pruebas es presentar las declaraciones directas de los testigos por escrito antes de una audiencia, dejando solo el contrainterrogatorio y la presentación oral para la audiencia.

PERITOS

El tribunal arbitral podrá decidir, ya sea de motu propio o a iniciativa de una de las partes, nombrar un perito cuyo cometido sea realizar un dictamen sobre determinados puntos técnicos. Si el tribunal arbitral ordena un peritaje,

Cuadro 22: Cómo obtener pruebas cuando las partes proceden de diferentes culturas jurídicas

Como sucede con frecuencia en el arbitraje internacional, se pueden enfrentar partes y abogados de diferentes formaciones y culturas jurídicas. Estas diferencias pueden generar disputas sobre la cuestión de cómo se obtendrán las pruebas. En los países donde rige el Derecho consuetudinario inglés las partes y sus letrados están acostumbrados a presentar o a solicitar la presentación de grandes paquetes de documentos con el fin de respaldar sus alegaciones, así como en el interrogatorio de sus propios testigos y en el contrainterrogatorio de los testigos de la otra parte durante las audiencias, todo lo cual puede durar varios días. En los países de Derecho romano-germánico no existe tal tradición y, consecuentemente, los abogados de estos ordenamientos jurídicos pueden encontrar dificultades a la hora de defender una causa frente a letrados de países que aplican el Derecho consuetudinario inglés, habituados al contrainterrogatorio. Pueden surgir diferencias con relación a las normas que se van a utilizar y al modo de obtener las pruebas.

La Asociación Internacional de Abogados (IBA) publica las Reglas para obtener pruebas en el arbitraje comercial internacional, que se encuentran a disposición de las partes

y de los árbitros como recurso para la sustanciación de la fase probatoria del procedimiento de arbitraje internacional. Sus normas proporcionan mecanismos para la presentación de documentos, testigos de hecho, peritos e inspecciones, así como para la sustanciación de las vistas. Estas normas están concebidas para su utilización y adopción junto con las normas institucionales o ad hoc que rigen los arbitrajes mercantiles internacionales. Las reglas para la obtención de pruebas de la IBA reflejan los procedimientos en uso en muchos ordenamientos jurídicos diferentes, y pueden resultar particularmente útiles cuando las partes proceden de diferentes culturas jurídicas.

Si las partes desean adoptar las Reglas para la obtención de pruebas de la IBA en su cláusula compromisoria, se recomienda que añadan la siguiente frase: «Además de [reglamento institucional o ad hoc elegido por las partes], las partes acuerdan que el arbitraje se sustanciará conforme a las Reglas para la obtención de pruebas de la IBA.» Las Reglas para la obtención de pruebas de la IBA se pueden consultar en: www.ibanet.org.

es aconsejable que dé a las partes la oportunidad de formular al perito sus comentarios en torno a los puntos técnicos, y también que las partes tengan conocimiento de las conclusiones del perito. Como norma general, la decisión definitiva relativa al asunto en cuestión la tomará el tribunal arbitral, no el perito. Las conclusiones del perito, no obstante, constituyen una base útil para orientar al tribunal arbitral respecto de los puntos técnicos.

DERECHO APLICABLE

EL DERECHO APLICABLE AL FONDO DE LA DISPUTA

LA IMPORTANCIA DE ESTIPULAR EL DERECHO APLICABLE A LA DISPUTA

Es importante acordar con antelación el Derecho aplicable al contrato. El hecho de no especificarlo puede no solo complicar la resolución de la disputa, sino también desembocar en una nueva disputa en torno a qué Derecho es aplicable.

Si la disputa se lleva ante un tribunal arbitral, las partes tendrán, en primer lugar, que convencer al tribunal arbitral del Derecho que consideran aplicable antes de empezar a alegar íntegramente el fondo de su caso. La falta de estipulación en el contrato del Derecho aplicable se traducirá en demoras y en un aumento de los costos.

En ocasiones, las partes que no consiguen alcanzar un acuerdo acerca del Derecho aplicable estipulan que las disputas se resuelvan conforme a los principios generales del Derecho o la *lex mercatoria*, que es el Derecho mercantil europeo habitual. El peligro de esa estipulación es que sigue dejando un gran margen de incertidumbre, y por eso la comunidad del arbitraje ha contemplado siempre la *lex mercatoria* con cierto escepticismo.

Los Principios de UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales (www.unidroit.org) ofrecen diferentes disposiciones legales, como las referentes a dificultades especialmente gravosas, fuerza mayor y la

moneda de pago. Las partes pueden convenir que estos principios rijan las cuestiones importantes de su contrato.

EL DERECHO APLICABLE AL ACUERDO DE ARBITRAJE

Si las partes hubieren acordado el Derecho aplicable al contrato, el tribunal arbitral estará obligado a respetar dicho acuerdo. Sin embargo, el tribunal arbitral seguirá teniendo que preguntarse si hay límites a la aplicación de dicho Derecho. A este respecto, es aconsejable que las partes tengan en cuenta que la cuestión de la capacidad o facultad de actuar de una de las partes, por lo general, se determinará en virtud del Derecho aplicable a la situación de ese ente, y no por el Derecho aplicable al contrato. Asimismo, las repercusiones de la insolvencia de una empresa se tendrán que determinar conforme al Derecho por el que se rige la empresa. Por otra parte, el tribunal arbitral puede llegar a la conclusión de que el ámbito de aplicación del Derecho aplicable está limitado por la intervención del orden público obligatorio de otro ordenamiento jurídico con el que guarde relación el contrato.

Las demandas por responsabilidad extracontractual normalmente se abordarán al amparo del mismo Derecho aplicable al contrato, sobre todo si la conducta ilícita se ha producido durante el cumplimiento del mismo. Sin embargo, no siempre es así, y dado que no siempre es posible decir, en general, qué normas del Derecho privado internacional (normas de conflicto de leyes) puede aplicar el árbitro, el árbitro puede tener que aplicar la *lex loci delicti*, es decir, el Derecho del lugar donde se produjo la pérdida o daño.

Cuadro 23: Los principios de UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales

En 1994, un grupo de trabajo auspiciado por UNIDROIT (Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado) publicó los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales de UNIDROIT, a los que se añadieron disposiciones nuevas en 2004 y 2010. Para el texto completo, véase la página www.unidroit.org. Estos principios establecen 211 normas generales para los contratos internacionales. El Preámbulo a los Principios de UNIDROIT afirma

«Estos principios establecen las normas generales que se aplican a los contratos comerciales internacionales. Ellos

deberán aplicarse cuando las partes hayan acordado someter el contrato a sus disposiciones. Estos Principios pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que el contrato se rija por los «principios generales del Derecho», la *lex mercatoria* o expresiones semejantes. Estos Principios pueden aplicarse cuando las partes no hayan elegido el Derecho aplicable a su contrato. Estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o suplementar textos internacionales de Derecho uniforme. Estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o suplementar el Derecho nacional. Estos Principios pueden servir de modelo para la legislación a nivel nacional o internacional».

LAS FACULTADES DEL AMIGABLE COMPONEDOR

Si las partes hubieran otorgado las facultades del *amigable componedor* a un tribunal arbitral, ello querrá decir que este podrá desviarse de la estricta aplicación del Derecho, si considera que dicha estricta aplicación puede conducir a un resultado injusto. Estas facultades pueden asimismo capacitar a los árbitros para decidir *ex aequo et bono* (en equidad) sin necesidad de determinar el Derecho aplicable, si la legislación que rige el proceso de arbitraje lo permite. Es importante advertir, no obstante, que los *amigables componedores* tienen en cualquier caso la obligación de respetar las normas de orden público en la sustanciación del arbitraje y a la hora de pronunciar el laudo en torno al fondo del asunto. Por último, hay que subrayar que los árbitros solo podrán decidir a título de *amigables componedores* si las partes les hubieran otorgado expresamente dichas facultades.

DETERMINACIÓN DEL DERECHO APLICABLE

Si las partes no hubieran estipulado el Derecho aplicable, corresponde al tribunal arbitral determinar las normas aplicables al fondo de la disputa. Como la autoridad de un árbitro internacional, a diferencia de la del juez de un Estado, no emana de la autoridad del país en el que la ejerce, el árbitro no posee *lex fori* (Derecho del foro). En consecuencia, el tribunal no está obligado a aplicar el Derecho sustantivo del país en el que tiene lugar el arbitraje si las partes no hubieran estipulado la aplicación de este Derecho sustantivo a su disputa. Tampoco está obligado a aplicar las normas de conflicto de leyes de aplicación en el lugar del arbitraje.

Los laudos arbitrales publicados confirman la gran variedad de métodos utilizados por los árbitros internacionales a la hora de determinar las normas jurídicas aplicables. Lo habitual es que los árbitros determinen las normas jurídicas aplicables mediante uno de los tres métodos que se describen a continuación.

RELACIÓN CON LA DISPUTA

Conforme a este principio, el tribunal arbitral examina cada una de las normas de conflicto de leyes de los países que tengan alguna relación con la disputa, como por ejemplo, los países de los que proceden las partes y los países en que se firmó o formalizó el contrato. La ventaja de este método es que aumenta la previsibilidad. Sin embargo, este método no tendría sentido si las normas de conflicto de leyes no se ajustan a las mismas normas jurídicas aplicables.

PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Con este método, los árbitros suelen emplear principios comunes como el de «centro de gravedad» y el de la «relación más estrecha». Este método conlleva un riesgo de exceso de simplificación. Esto puede explicarse por qué algunos tribunales arbitrales, para justificar su elección, se basan en convenciones internacionales como la Convención de Viena del 19 de junio de 1980 sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales, la Convención sobre la Ley aplicable a la compraventa internacional de mercancías, de 15 de junio de 1955, o el Convenio sobre la Ley Aplicable a los Contratos de Venta Internacional de Mercancías, del 22 de diciembre de 1986. Consúltese el texto completo de estas convenciones es: <http://www.legacarta.net>.

LA VÍA DIRECTA

El método de la vía directa (*la voie directe*) quiere decir que el tribunal arbitral procede directamente a resolver la disputa, sin plantear primero la cuestión de las normas de conflicto de leyes aplicables. Con arreglo a este método, el tribunal arbitral establece un factor de relación, que considera decisivo o significativo, entre el contrato y el Derecho que decide aplicar. Este factor puede incumbir al lugar del cumplimiento. Por ejemplo, en casos que involucren ventas internacionales, este puede ser el país del vendedor, quien debe entregar las mercancías, mientras que el comprador simplemente tiene que pagar. Este factor también puede incumbir al centro de gravedad del contrato, el lugar de su cumplimiento y el lugar de residencia del vendedor. Este método puede, sin embargo, devenir peligroso y cuestionable, si la disputa trata esencialmente de la validez del contrato o de cuestiones de plazos.

APLICACIÓN DE UN DERECHO NO NACIONAL AL FONDO DE LA DISPUTA

Los tribunales arbitrales, en una serie de casos, han basado sus laudos no en un único Derecho nacional que rigiera el contrato, sino en las prácticas o usos mercantiles, o en los *lex mercatoria* o principios generales del Derecho.

USOS MERCANTILES

Algunos convenios internacionales, como la Ley Modelo de la CNUDMI, disponen que los árbitros tengan en cuenta los usos mercantiles, incluso aunque sea de aplicación un Derecho nacional.

Hay que recalcar que la referencia a los usos mercantiles muchas veces puede salvar las lagunas del Derecho aplicable, puesto que es muy posible que las prácticas en el mundo comercial internacional estén evolucionando más rápidamente que el Derecho. Sin embargo, los árbitros no podrán apartarse del Derecho elegido por las

partes alegando que están teniendo en cuenta los usos mercantiles.

Si las partes no han elegido un Derecho aplicable, en ocasiones los árbitros se apoyan exclusivamente en los usos mercantiles para motivar su decisión desde un punto de vista jurídico. Al hacerlo, los árbitros tendrán que fundamentar su elección en aquellos convenios internacionales y/o reglamentos de arbitraje que disponen que los árbitros tendrán en cuenta los usos mercantiles.

LA LEX MERCATORIA Y LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

Se hace referencia a los usos mercantiles tanto en los convenios internacionales como en los reglamentos de arbitraje. Por el contrario, no se mencionan ni la *lex mercatoria* ni los principios generales del Derecho. No hay una definición unánimemente aceptada de *lex mercatoria*. Con frecuencia, los árbitros no realizan distinción entre los usos comerciales y la *lex mercatoria*.

En la jurisprudencia arbitral, pocos laudos se basan en la *lex mercatoria* exclusivamente, sin la aplicación de ningún sistema de Derecho nacional. Contra algunos de estos laudos se han presentado peticiones de anulación. Los juzgados y tribunales ingleses y franceses han rechazado dichas peticiones, al tiempo que sostenían que un árbitro puede basar sus decisiones en principios de Derecho internacionalmente aceptados que rijan las relaciones contractuales o la *lex mercatoria*. Esta jurisprudencia, así como la jurisprudencia arbitral, demuestra que se considera aceptable que las partes sometan una disputa a la *lex mercatoria* y no a una legislación nacional específica. Este criterio está respaldado por la referencia a las «normas de Derecho» tanto de la Ley Modelo de la CNUDMI (Artículo 28) como de muchas leyes nacionales de arbitraje y de diversos reglamentos de arbitraje.

A la hora de determinar las normas de la *lex mercatoria* o de los principios generales del Derecho con respecto a la compraventa internacional de mercaderías, los árbitros se suelen apoyar en el Convenio de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, firmado el 10 de abril de 1980. Para el texto completo, véase la página web www.uncitral.org o www.legacarta.net.

EL DERECHO APLICABLE AL ACUERDO DE ARBITRAJE

LA LEX ARBITRI

En el arbitraje mercantil internacional suele suceder que el Derecho aplicable al procedimiento (denominado *lex arbitri*) difiere del Derecho aplicable al contrato o al acuerdo de arbitraje.

Un tribunal arbitral con sede en Singapur, por ejemplo, puede verse obligado a aplicar el Derecho de China o de Brasil al fondo de la disputa. Su propio procedimiento, sin embargo, no se registrará por el Derecho chino o brasileño, sino por la ley de arbitraje de Singapur.

El Derecho procesal aplicable no se limita a regular los procedimientos internos del proceso arbitral, como las reglas para la exhibición de documentos, las diligencias de pruebas, etcétera. Proporciona directrices para la sustanciación del procedimiento de arbitraje. Proporciona normas para la constitución del tribunal arbitral, o para la remoción de árbitros, al menos en la medida en que las partes no hayan estipulado someter su disputa al reglamento de una institución arbitral. Por último, proporciona normas en torno a las posibilidades de que un laudo arbitral sea objeto de reconocimiento y ejecución o, por el contrario, de anulación.

Al acordar someter su disputa al reglamento de una institución arbitral las partes acuerdan esencialmente seguir el reglamento de esa institución. Esos reglamentos difieren de una institución a otra. Algunos reglamentos institucionales apenas si contienen otras disposiciones que las relacionadas con el nombramiento de los árbitros. Otros reglamentos de arbitraje, como el de la CCI, van mucho más allá y disponen la organización y supervisión de todo el procedimiento por esa institución, desde la presentación de la petición de arbitraje hasta la notificación del laudo arbitral.

Al remitirse al reglamento de una institución arbitral, las partes básicamente renuncian a las normas de la ley de arbitraje aplicables en el lugar del arbitraje, a excepción de las disposiciones de obligado cumplimiento de las que no pueden desviarse en ninguna circunstancia. En consecuencia, es importante que las partes que pretenden someter su disputa a arbitraje se centren en la ley de arbitraje que rija en el lugar del mismo. Deberán, de una parte, comprobar qué disposiciones obligatorias existen en el lugar del arbitraje y, de la otra, prestar atención a las posibles intervenciones de los juzgados o tribunales en el citado lugar del arbitraje.

Lo mejor sería que las partes eligieran como lugar del arbitraje uno de los países adheridos a la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, adoptada por las Naciones Unidas en Nueva York en 1958, el convenio internacional más importante en materia de arbitraje. Con fecha de diciembre de 2015, 156 países habían adoptado la Convención de Nueva York. Para la lista de países que han ratificado la Convención, véase: www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html.

El hecho de que tantos países hayan ratificado la Convención de Nueva York no implica que la legislación de arbitraje de todos estos países se haya vuelto idéntica. Desde la década de 1980, un gran número de países ha enmendado sus leyes de arbitraje. Asimismo, es sabido que fundamentalmente han promulgado esas enmiendas no para alcanzar la armonización con las leyes nacionales de otros países, sino,

a menudo, para diferenciar sus leyes de las de los demás con el fin de que resulten más atractivas. En consecuencia, es importante que las partes que deseen acordar un lugar para su arbitraje sean conscientes de esas diferencias.

Además del convenio multilateral mundial de que es la Convención de Nueva York, existen otros convenios multilaterales de ámbito regional. La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo monitoriza activamente los tratados de inversión bilaterales. El número de tratados de inversión bilaterales ha aumentado drásticamente en las dos últimas décadas, de 385 en 1989 a 2.923 en 2015. Afectan prácticamente a todos los países. Estos tratados proporcionan un mecanismo por el cual los inversores extranjeros pueden arbitrar demandas contra un Estado anfitrión sin un acuerdo de arbitraje tradicional. Puede consultarse un listado de los tratados de inversión bilaterales en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/>

DISPOSICIONES DE OBLIGADO CUMPLIMIENTO

Si bien las partes en un arbitraje tienen libertad para elegir las normas procesales aplicables, al mismo tiempo están limitadas por las normas procesales preceptivas del lugar del arbitraje.

El efecto de una infracción de las leyes municipales de procedimiento en virtud de la Convención de Nueva York es que, de acuerdo con el Artículo V 1,e), se podrá denegar la ejecución de un laudo, si: «La sentencia no es aún obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia.»

Por lo tanto, es importante que las partes tengan en cuenta estas normas en el momento de negociar su cláusula compromisoria. Por ejemplo, algunos países no permiten que letrados extranjeros representen a una empresa en un arbitraje.

En algunos países es preciso que las partes se sometan a arbitraje una vez surgida la disputa y con independencia de que hubieren firmado previamente una cláusula de arbitraje.

Así es en algunos países de América Latina, donde un acuerdo de arbitraje incorporado a un contrato no es operativo hasta que se haya firmado un *compromiso*, una vez surgida una disputa específica. Si una de las partes se niega a firmar el *compromiso*, o si no se alcanza un acuerdo sobre alguno de los puntos que este deba cubrir (incluida la designación de los árbitros), las partes pueden recurrir a la ejecución forzosa y hacer que el juzgado o tribunal apruebe el *compromiso* en nombre de la parte renuente.

CONSOLIDACIÓN

En algunos países, los juzgados y tribunales de los Estados están autorizados a decidir la consolidación o

acumulación de diversos procedimientos arbitrales en un solo procedimiento. Por ejemplo, en los Países Bajos se otorga esta facultad al Tribunal de Ámsterdam, con arreglo al Artículo 1046 del Código de Procedimiento Civil neerlandés. Por ello, si las partes no han excluido esta posibilidad de consolidación para un arbitraje en los Países Bajos, las partes pueden ver su caso consolidado con un caso conexo que implique a otras partes, aunque no se hubiera previsto en el momento de celebrar el acuerdo de arbitraje.

NORMAS DE PRESCRIPCIÓN

Aunque no en todos los ordenamientos jurídicos la cuestión del plazo para las demandas se considere materia de Derecho procesal – como generalmente sucedería en los países donde rige el Derecho consuetudinario inglés–, merece la pena mencionar aquí la cuestión porque se trata de un aspecto del procedimiento que no se debe pasar por alto a la hora de seleccionar el lugar del arbitraje.

IDIOMA

Algunas legislaciones disponen que el arbitraje tenga lugar en el idioma del país donde se celebre. Así fue, por ejemplo, en la Arabia Saudita hasta 2012, donde la Nueva Ley de Arbitraje, Artículo 29, aunque más flexible, establece que: «El árabe será el idioma oficial del arbitraje, salvo que el tribunal arbitral o las partes del arbitraje convengan otro idioma o idiomas». Esto ocurre también en los arbitrajes en Kuwait y en los Emiratos Árabes Unidos (EAU), donde el idioma será el árabe salvo que se convenga de otro modo. De este modo, se recomienda a las partes elegir explícitamente el idioma del arbitraje si no desean que sea el árabe.

DEPÓSITO DEL LAUDO

Algunas legislaciones exigen que el laudo se deposite en el juzgado o tribunal local en un plazo breve a partir del pronunciamiento del mismo, en cuyo defecto el laudo se anularía. Por ejemplo, conforme al Derecho kuwaití, el original del laudo se debe depositar en la Secretaría del Tribunal Superior en un plazo de 10 días a partir de la emisión del laudo. Si no se lleva a cabo el citado depósito, el laudo, previa solicitud de cualquiera de las partes, se podrá anular.

ALCANCE DE LA INTERVENCIÓN DEL JUZGADO O TRIBUNAL

El Derecho procesal determina el alcance de intervención del juzgado o tribunal local en el arbitraje. Las partes deben ser conscientes de que, aunque deseen evitar que su caso se vea en los juzgados o tribunales estatales conviniendo una cláusula compromisoria, no pueden excluir la posibilidad de

que un día lleguen a aquellos algunos aspectos de la disputa. La intervención del juzgado o tribunal podría producirse una vez pronunciado el laudo arbitral y, más concretamente, en la fase de ejecución del laudo o procedimiento de *exequatur*. Sin embargo, la intervención de un juzgado o tribunal estatal también podría darse en el curso del arbitraje.

Es posible que las partes deseen recurrir a un juzgado o tribunal local, sin que obste la existencia de una cláusula compromisoria en su relación contractual, ni el hecho de que se haya iniciado ya un procedimiento de arbitraje. Dicho recurso puede responder a diversos motivos. En algunos casos, las partes pueden pretender bloquear o demorar el procedimiento de arbitraje. En otros, puede que busquen la ayuda que no pueden obtener del tribunal arbitral.

Merece la pena mencionar las siguientes situaciones, dentro de la categoría de las tácticas de demora o perturbación:

- La parte impugna la validez de la cláusula compromisoria o la idoneidad para el arbitraje de la disputa ante un juzgado o tribunal local tan pronto tiene conocimiento de que la otra parte contratante ha iniciado un procedimiento de arbitraje contra ella.
- Otra táctica de demora, en absoluto infrecuente, es que una de las partes presente un procedimiento de recusación contra un árbitro ante un juzgado o tribunal local, una vez visto que la impugnación al amparo del Reglamento de Arbitraje, convenido en la cláusula, no ha dado los resultados que pretendía.
- Una de las partes puede intentar retrasar o interrumpir el arbitraje reclamando ante un juzgado o tribunal local una garantía para los costos contra la parte extranjera que ha presentado una petición ante ella.

Hay casos en los que una de las partes desea conseguir una posición más fuerte o proteger sus derechos recurriendo a un juzgado o tribunal local. A continuación se ofrecen algunos ejemplos:

- Una de las partes puede solicitar la asistencia de un juzgado o tribunal local para una determinada diligencia de prueba o con respecto a medidas cautelares o provisionales en el curso de un arbitraje, que no siempre se pueden obtener del tribunal arbitral.
- Una de las partes puede precisar la intervención del juzgado o tribunal local con el fin de desbloquear un procedimiento de arbitraje, por ejemplo cuando en un arbitraje no institucional una de las partes se niega a nombrar a un coárbitro, o cuando una de las partes considera que sus derechos fundamentales no se están teniendo suficientemente en cuenta en el arbitraje.

Una última categoría de casos que vale la pena citar es el de las legislaciones que exigen la intervención de los juzgados y tribunales locales en el curso del procedimiento de arbitraje. Por ejemplo, en algunos países latinoamericanos, es necesario recurrir a los juzgados y tribunales locales con el fin de obligar a una parte recalcitrante a formalizar el compromiso, que se requiere en esos países con

independencia de la cláusula compromisoria suscrita por las partes.

Estas intervenciones de los juzgados y tribunales de los Estados difieren de un país a otro. Las diferencias residen no solo en las posibilidades de intervenir en asuntos de arbitraje, sino también de la celeridad con que se administran dichas intervenciones. Algunos sistemas judiciales son excesivamente lentos y algunos incluso corruptos. Las partes han de ser conscientes de estas posibles intervenciones de los juzgados o tribunales en el curso de un arbitraje, al amparo de los respectivos derechos nacionales. En consecuencia, deben informarse de la jurisprudencia de los juzgados y tribunales locales en el foro antes de decidir el lugar de su arbitraje. En determinados países, las leyes limitan o excluyen ciertas intervenciones.

INTERVENCIONES DE LOS JUZGADOS O TRIBUNALES UNA VEZ PRONUNCIADO EL LAUDO DEFINITIVO

Las intervenciones de los juzgados o los tribunales son posibles a dos niveles:

- Cuando una de las partes está solicitando un *exequatur* contra la parte que no cumplió las condiciones del laudo arbitral; y
- Cuando la parte que no cumplió las condiciones del laudo arbitral solicita un recurso de apelación o una anulación del laudo.

Los convenios internacionales, como la Convención de Nueva York (Artículo V), por lo general determinan las circunstancias en las que los juzgados y tribunales locales pueden denegar el reconocimiento y la ejecución de un laudo extranjero. Además, hay que hacer constar que en algunos ordenamientos jurídicos queda excluida la petición de anulación en determinadas situaciones, o se puede excluir de acuerdo con las partes. Esto último es de aplicación en Bélgica, Suiza, Suecia y Túnez, en el caso de que ninguna de las partes participantes en un arbitraje que tuviere lugar en esos países tenga su residencia o establecimiento principal en los mismos. En Francia, todas las partes pueden excluir la petición de anulación de un laudo arbitral, incluso si las partes tienen su residencia o establecimiento principal en el país.

EL LAUDO ARBITRAL

LAUDO FINAL

El laudo final es el laudo que resuelva definitivamente todas las cuestiones que se sometieron al tribunal arbitral. Tiene un efecto de *cosa juzgada* entre las partes, lo que significa que es vinculante y ejecutivo. Como el procedimiento de apelación acerca del fondo del laudo suele estar excluido en los procedimientos de arbitraje (salvo para asuntos internos en algunos países), el laudo final pondrá fin a la disputa entre las partes.

En ocasiones, sucede que un laudo arbitral contiene un error de cálculo o de transcripción, que puede obscurecer el sentido del laudo. Por ejemplo, al final de un laudo una de las partes se compromete a pagar, digamos, \$EE.UU. 10.000.000, mientras que en el cuerpo del laudo, los importes que se mencionan ascienden a \$EE.UU. 1.000.000. ¿Qué cantidad se tendría que pagar? A veces sucede que un tribunal arbitral no ha abordado una cuestión concreta o que su decisión no resulta clara. Por ejemplo, ha aceptado la demanda del pago de una cantidad específica de dinero, pero no ha tratado la cuestión de los intereses devengados por dicha cantidad. También puede suceder que el tribunal arbitral otorgue los intereses, sin indicar desde qué fecha empiezan a devengarse.

En función del Derecho o el reglamento aplicables, se podrá solicitar al tribunal arbitral que corrija el error, que complete el laudo, o que interprete sus partes confusas. Las leyes o reglamentos de arbitraje pertinentes, si permiten dicha petición, por lo general dispondrán que se ha de presentar dentro de un plazo especificado. No será admisible ninguna petición presentada después de expirar dicho plazo.

LAUDOS PARCIALES Y PROVISIONALES

Si las circunstancias del caso lo exigen, el tribunal arbitral puede dictar un laudo parcial o provisional con el fin de determinar una o más cuestiones antes del laudo final. Los laudos parciales y los laudos provisionales pueden tener diferentes significados por lo que se refiere a su objeto pero, por lo general, se consideran sinónimos.

La pronta resolución de algunas cuestiones con frecuencia permite una pronta resolución del caso. Los laudos parciales o provisionales pueden resultar útiles a los efectos de determinar cuestiones tales como:

- La competencia del tribunal de arbitraje;
- La validez del acuerdo de arbitraje, y

- El Derecho aplicable al fondo; y
- Cuestiones de responsabilidad contractual, antes de decidir sobre el importe de la indemnización por daños y perjuicios, según el caso.

Los tribunales arbitrales no están obligados a pronunciar laudos parciales o provisionales. Pueden decidir determinar todas las cuestiones juntas en un único laudo final. La decisión de dictar o no un laudo parcial o provisional se deberá tomar a la luz de las circunstancias del caso (es decir, si interesa para la sustanciación del arbitraje de forma eficaz y eficiente) y de las expectativas de las partes. Esto puede afectar a la futura sustanciación de los procedimientos de apelación pendientes. En un laudo arbitral no es necesario emitir determinados tipos de decisiones, que pueden ser emitidas por una orden procesal del tribunal arbitral, por ejemplo, la designación de un experto u ordenar que se pague un depósito.

LAUDO ACEPTADO

Si las partes alcanzaren un acuerdo de transacción en el curso del arbitraje, podrán solicitar al tribunal arbitral que registre los términos del acuerdo de transacción en un laudo aceptado. Este laudo tiene la ventaja de ratificar los términos de la transacción en un documento, que se podrá hacer cumplir en los juzgados y tribunales de los Estados.

Si las partes alcanzaren una transacción en el curso de arbitraje, también podrán optar por retirar sus demandas y pedir a la institución o tribunal arbitral que tome nota. Con dicha retirada, sin embargo, las partes ya no tendrían un compromiso vinculante y ejecutivo de respetar el acuerdo de transacción. El laudo aceptado sí proporciona dicho título vinculante y ejecutivo.

RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN

Si una de las partes no cumple voluntariamente los términos del laudo arbitral, la parte ganadora tendrá que procurar la ejecución del laudo arbitral en un juzgado o tribunal estatal competente. Si bien la inmensa mayoría de los laudos se cumplen de forma voluntaria, existe una minoría de casos en los que la parte ganadora ha de emprender un procedimiento de ejecución. Dicho procedimiento consiste en solicitar de un juzgado o tribunal estatal un título ejecutivo (*exequatur*) para que el laudo se pueda

Cuadro 24: El Artículo V de la Convención de Nueva York

Los motivos limitados en virtud de los cuales se puede denegar el reconocimiento de un laudo extranjero se enumeran en el Artículo V de la Convención de Nueva York.

1. Solo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución:
 - a) Que las partes en el acuerdo a que se refiere el artículo 2 estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la Ley que es aplicable o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la Ley a que las partes se han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la Ley del país en que se haya dictado la sentencia; o
 - b) Que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa; o
 - c) Que la sentencia se refiere a una diferencia no prevista en el compromiso o no comprendida en las disposiciones de la cláusula compromisoria, o contiene decisiones que exceden de los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria; no obstante, si las disposiciones de la sentencia que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no han sido sometidas al arbitraje, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras; o
 - d) Que la constitución del Tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado a la Ley del país donde se ha efectuado el arbitraje; o
 - e) Que la sentencia aún no es obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia.
2. También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución comprueba:
 - a) Que, según la ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de resolución por vía de arbitraje; o
 - b) Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país.

ejecutar de la misma manera que la decisión de un juzgado o tribunal de ese país.

CONVENIOS INTERNACIONALES

La ejecución internacional de los laudos arbitrales es materia de diversos convenios internacionales y, por lo general, el procedimiento resulta más sencillo que la ejecución internacional de las decisiones de los juzgados o tribunales estatales. Ello se debe en buena medida al hecho de que el principal convenio a este respecto, la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (la Convención de Nueva York de 1958) haya sido ratificado por 156 países en diciembre 2015.

Otros convenios que merece la pena citar aquí son:

- El Convenio sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Washington, 1965). Más conocido como el Convenio de CIADI, funda el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, una institución del Banco Mundial, para facilitar la resolución de disputas internacionales en materia de inversiones.
- El Convenio Interamericano sobre Arbitraje Comercial Internacional (Panamá, 1975).

- La Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional (Ginebra, 1961).
- El Convenio Árabe sobre Arbitraje Comercial Internacional (Amman, 1987).
- El Tratado sobre la Organización para la Armonización del Derecho Mercantil en África (Port-Louis, 1993).

Los textos completos, la lista de ratificaciones y un resumen descriptivo de estos convenios puede encontrarse en www.legacarta.net.

RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN EN VIRTUD DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK

En los países que han ratificado la Convención de Nueva York, los juzgados y tribunales deben hacer cumplir los laudos arbitrales extranjeros de acuerdo con unas normas mínimas básicas expuestas en los Artículos IV y V de la Convención.

El Artículo IV dispone que la parte que pida la ejecución deberá presentar el original debidamente autenticado de la sentencia o una copia de ese original que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad; y el acuerdo de arbitraje original o una copia que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad. Ambos documentos se

Cuadro 25: La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional

En 1985, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, preparada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), que pretendía «contribuir significativamente al establecimiento de un marco legal unificado para la resolución de forma justa y eficiente de las disputas que surgieran en las relaciones mercantiles internacionales». La Asamblea General «recomendó que todos los Estados examinen debidamente la Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional, teniendo en cuenta la conveniencia

de la uniformidad del Derecho procesal arbitral y las necesidades específicas de la práctica del arbitraje comercial internacional».

Está previsto que la Ley Modelo, enmendada en 2006, sea utilizada en todo el mundo. En diciembre de 2015 se promulgó legislación basada en la Ley Modelo de la CNUDMI en 70 Estados de un total de 100 jurisdicciones.

Véase http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html

deberán presentar en el idioma del país donde el juzgado o tribunal de ejecución tenga su sede. Por lo general la institución arbitral puede proporcionar copias certificadas del laudo o, si no hubiera participado ninguna institución, el tribunal arbitral directamente.

En virtud de la Convención de Nueva York, no se permite a los juzgados y tribunales de los Estados revisar el fondo de los laudos. En el momento en que se hayan suministrado todos los documentos necesarios, el juzgado o tribunal debe conceder el reconocimiento y la ejecución, salvo que medien uno o más de los motivos limitados de denegación que se enumeran en el Artículo V de la Convención.

La jurisprudencia con respecto a la Convención de Nueva York demuestra que se han pronunciado muy pocas decisiones que hayan denegado la ejecución de un laudo arbitral internacional.

No obstante, algunos países han decidido aplicar las estipulaciones de la Convención de Nueva York únicamente de acuerdo con el principio de reciprocidad, es decir con respecto a los laudos dictados en el territorio de otro Estado contratante. Algunos países han optado por las estipulaciones únicamente respecto de los laudos pronunciados sobre cuestiones mercantiles. Estas dos reservas restrictivas, empero, no han tenido un gran impacto sobre el éxito de la Convención y la ejecución de los laudos arbitrales internacionalmente.

IMPUGNACIÓN DE LOS LAUDOS ARBITRALES

Aquella parte que estuviera descontenta con un laudo arbitral podrá optar por impugnar el laudo, presentando una petición de revocación (o anulación). La petición de anulación se debe presentar en el país en los juzgados y tribunales del país en el que se dictó el laudo y debe basarse en la infracción de las leyes de ese país. Las leyes nacionales de arbitraje que permiten las peticiones de

anulación pueden diferir de un país a otro. Por tanto, sería aconsejable que las partes verificasen los motivos por los que se puede anular un laudo antes de decidirse a ubicar un arbitraje en un país en vez de en otro.

Durante los últimos 15 años, muchos países han enmendado sus leyes de arbitraje con el fin de armonizar, y limitar, los motivos de posibles recursos contra los laudos arbitrales. A este respecto, muchos países se han resuelto a incorporar la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional a su legislación nacional.

Los motivos para anular un laudo arbitral con arreglo a la Ley Modelo (Artículo 34) son fundamentalmente los mismos que los establecidos en el Artículo V de la Convención de Nueva York.

Si un laudo se anula en el país donde se dictó, devendrá no válido o inejecutable en ese país. Con arreglo a la Convención de Nueva York, ese laudo normalmente devendrá asimismo inejecutable en todos los países que hayan ratificado la Convención de Nueva York.

La Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1961, firmada en Ginebra por varios países europeos, es más restrictiva que la Convención de Nueva York con respecto a los motivos por los que se puede anular un laudo. Un laudo arbitral que se hubiera anulado en el país del lugar del arbitraje por un motivo que no sea uno de los cuatro que figuran en el párrafo I del Artículo IX de la Convención Europea, podrá seguir siendo reconocido y ejecutado en los Estados partes de la citada Convención.

En cualquier caso, la práctica ha demostrado que se presentan muy pocas peticiones de anulación de laudos y, de estas, muy pocas prosperan. Algunos estudios indican que cerca del 98% de todos los laudos arbitrales dictados internacionalmente se ejecutan.

Cuadro 26: Ejemplos de costos de arbitraje

Estos ejemplos se basan en la tarifa de honorarios de la CCI de 2015 y se ofrecen únicamente a título ilustrativo. La experiencia demuestra que los costos de los arbitrajes internacionales ad hoc a menudo son comparables a los que se ofrecen a continuación.

Ejemplo 1

En un arbitraje administrado por la CCI entre una empresa libanesa y una empresa francesa, el importe total de la reclamación y de la reconvencción es de \$EE.UU. 50.000. Las partes han acordado que el caso lo vea un árbitro único. El lugar del arbitraje es Túnez y el árbitro único es de Marruecos. El anticipo sobre los costos se podría fijar de este modo:

Costos administrativos	\$EE.UU. 3.000
Honorarios estimados del árbitro	\$EE.UU. 6.005 mínimo \$EE.UU. 3.000/ máximo \$EE.UU. 9.010
Costos (viaje, hotel, salas de reunión, etc.)	\$EE.UU. 4.795
TOTAL	\$EE.UU. 13.800

Para calcular los costos totales para cada una de las partes se tendría que añadir las minutas y los costos y gastos de viaje de los abogados, así como sus propios costos y gastos de viaje, incluidos los de sus testigos.

Ejemplo 2

Una disputa entre un vendedor ruso y un comprador canadiense sometida al arbitraje de la CCI es objeto de estudio por parte de tres árbitros en Ginebra. Los árbitros son de Moscú, Montreal y Ginebra. El importe total de la demanda y de la reconvencción es de \$EE.UU. 1.000.000. El anticipo sobre los costos se podría fijar de este modo:

Costos administrativos	\$EE.UU. 21.715
Honorarios estimados de los árbitros	\$EE.UU. 118.135 La tarifa mínima/máxima de un árbitro es de \$EE.UU. 14.627/\$EE.UU. 64.130; la media se sitúa en \$EE.UU. 39.378. En este caso, el importe se multiplica por tres, dado que son tres árbitros.
Costos (viaje, hotel, salas de reunión, etc.)	\$EE.UU. 15.150
TOTAL	\$EE.UU. 155.000

Para calcular los costos globales de cada una de las partes se tendría que añadir las minutas y los costos y gastos de viaje de los abogados, así como sus propios costos y gastos de viaje, incluidas las de sus testigos.

LOS COSTOS DEL ARBITRAJE

El costo del procedimiento de arbitraje puede incluir diversas partidas: los costos y honorarios de los árbitros; los costos y honorarios de los peritos, y las minutas de los letrados de las partes. En el caso del arbitraje institucional, los costos administrativos de la institución arbitral. Puede haber costos adicionales, como gastos de traducción, copias y viaje. Los costos pueden ser considerables, sobre todo en el arbitraje mercantil internacional. Las cuestiones de Derecho transnacional que pueden surgir en el procedimiento de arbitraje internacional en ocasiones exigen la participación de abogados de más de un país.

En el arbitraje institucional, la institución suele fijar un anticipo a cuenta de los costos desde el principio del arbitraje, que debe cubrir los honorarios y costos de los árbitros y los costos administrativos hasta el final del arbitraje. Este anticipo a cuenta de los costos, que se fija ya sea mediante referencia al importe en disputa y sobre la base de unas tarifas de honorarios, o por horas o días, normalmente lo tienen que abonar las partes equitativamente.

Si una de las partes no anticipa el importe que le corresponde, la otra tendrá que sustituir a la parte morosa y sufragar el saldo pendiente del anticipo a cuenta de los costos. El anticipo a cuenta de los costos se abona íntegro antes de que se dicte el laudo final. En su laudo final, el tribunal arbitral decide a cuál de las partes le corresponde pagar los costos. En la mayoría de arbitrajes la parte ganadora recupera los costos de la parte perdedora.

ANEXOS

HERRAMIENTAS ÚTILES

Lega Carta: Base de datos de tratados comerciales internacionales y Mapa de tratados, disponible en www.legacarta.net

Modelos de contrato comercial del ITC para pequeñas empresas, disponibles en <http://www.intracen.org/model-contracts-for-small-firms/>

DOCUMENTOS CLAVE

Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958) disponible en http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention.html

Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (2012) disponible en <http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/ICC-Rules-of-Arbitration/>

La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (1985, modificada en 2006) disponible en http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf

Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (2010), modificado en 2013, disponible en http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2010Arbitration_rules.html

Reglamento de Conciliación de la CNUDMI (1980) disponible en http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1980Conciliation_rules.html



Centro de
Comercio
Internacional

Licencia otorgada a



ISBN 978-92-9137-445-8