

EL ARBITRAJE Y SU FUNCIÓN EN LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES

Rodolfo CRUZ MIRAMONTES

SUMARIO: I. *El arbitraje comercial. Generalidades.* II. *Los principios de la UNIDROIT y el arbitraje comercial.*

El esfuerzo de quienes durante años trabajaron en sus gabinetes de estudio y lograron ponerse de acuerdo para ofrecer a quienes llevan a cabo cotidianamente negociaciones de intercambio de bienes y servicios es digno de encomio.

En esta época en que la interrelación mundial se incrementa en todos los espacios continentales, viene a constituir una aportación y una respuesta a una necesidad evidente; contar con un marco jurídico que facilite el orden en dichas relaciones.

Bien se dice y reconoce por los autores de las Reglas, que no se trata de un acuerdo internacional en los términos formales de la Convención de Viena de los tratados internacionales.

Por contra es una estructura de principios que integran un andamiaje ordenado de los elementos que aparecen en todo contrato de intercambio de bienes susceptibles de un tráfico comercial.

Entre sus méritos está haber recogido la opinión de un número considerable de juristas de varios países, que han aportado sus ideas, conocimientos y experiencias con el mismo propósito.

De ahí que esta oportunidad de analizar, revisar, comentar y difundir este cuerpo de principios y reglas, sea única.

Es verdad sabida que cualquier compromiso que provoque el nacimiento de derechos y obligaciones entre las partes celebrantes del mismo, será más eficaz si contempla en su clausulado mecanismos de prevención de conflictos y en el caso de que surjan, de solución a los mismos.

Como obra humana nunca será perfecta, pero sí susceptible de mejorarse. Por ello la prudencia aconseja que los actores de un convenio dediquen un espacio del mismo para el tema de las controversias.

Desde luego que una regla de oro es contar con una redacción clara, precisa y nítida que evite en lo posible las interpretaciones al clausulado. Será, pues, pertinente tener un conocimiento del idioma en que se redacte más allá del común; no me refiero sólo a la precisión de conceptos técnicos sobre la materia u objeto de la transacción sino a la expresión gramatical en su totalidad.

En las Reglas y Principios en comento, se ha elaborado todo un capítulo, el marcado con el número siete, que nos habla del incumplimiento en general y nos orienta para resolver si existen causas que lo expliquen justificando así a la parte que aparezca como reo del mismo.

Asimismo, se ocupa de la situación contraria, definiendo los derechos y facultades que surgieran de tales faltas.

Todo acto externo de conducta acarrea consecuencias, por lo que dejar de cumplir una obligación dará pie a que se subsane la deficiencia.

En la axiología jurídica se considera que no alcanzar un valor jurídico estando obligado a hacerlo, provoca un vacío que hay que llenar. Por ello surge la sanción que en manos del Estado puede forzarse a observarla aun contra su voluntad, mediante la coacción.

La sanción se da por el ejercicio de una acción legal ante el poder jurisdiccional y es una forma, la más común, de buscar la justicia del caso concreto.

Empero no es el único medio de intentar restablecer del orden alterado por la falta de cumplimiento de un deber surgido de un convenio, pues existen los llamados medios alternativos de solución de controversias. Tradicionalmente se consideran como tales a la mediación, la conciliación, la amigable composición, los buenos oficios, la transacción extraprocesal y el arbitraje.

Sin desconocer que pudieran existir algunos más, conviene recordar que entre todos ellos existe una constante que las identifica y es la voluntad de los interesados en acogerse a cualquiera de ellos y aceptar que acorde con el seleccionado, termine con el conflicto.

También encontraremos que entre todos ellos y el arbitraje existe una gran diferencia: la resolución del problema se encarga a un tercero: el árbitro y se acepta de antemano que su decisión será obligatoria.

En este mecanismo se establece un paralelismo con el sistema jurisdiccional, pues en ambos surge la figura de un triángulo: cuya base se integra por las partes en conflicto y el vértice, por el juzgador.

La gran diferencia entre ambos es que uno surge de la voluntad concurrente de las partes en conflicto y la otra del Estado quien lo establezca en ejercicio de una función pública, como es el restablecer el derecho ante el caso concreto, por lo que sus decisiones estarán investidas de imperio y podrán ser ejecutadas coercitivamente en razón de la pertinencia de restablecer el orden público y la seguridad jurídica.

A continuación me referiré exclusivamente al arbitraje y, en particular, al que se ocupa de los conflictos en materia comercial.

I. EL ARBITRAJE COMERCIAL. GENERALIDADES

Ante la proliferación de negociaciones y acuerdos internacionales comerciales y liberación de ataduras gubernamentales, la institución del arbitraje como un medio económico, eficaz y sobre todo rápido, de resolver las controversias, adquiere día con día, una mayor relevancia.

Ya se dijo que este mecanismo alternativo pretende ser más rápido en sus trámites y en una época en donde el tiempo en los negocios significa dinero, constituye un gran atractivo.

Otro foco de atención lo forma su flexibilidad, pues: “El Arbitraje es una institución que por esencia no se ciñe a cánones fijos y predeterminados, su objetivo es la flexibilidad, agilidad y adaptabilidad”.¹ Será la voluntad de las partes quien decida los elementos procedimentales básicos al someter el caso al arbitraje, y así deberán establecer:

1. Objeto del arbitraje.
2. Números de árbitros y su selección.
3. Sede e idioma del arbitraje.
4. Ley aplicable.

1. *Objeto del arbitraje*

En principio se puede establecer desde un ángulo doctrinal, que cualquier tema que relacione a las personas sean físicas o morales, puede ser objeto del arbitraje.

¹ Santos, Rubén B., *Arbitraje comercial internacional*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1988, p. 118.

En la práctica, sin embargo, no sucede así, pues ciertos temas no son susceptibles de arbitrarse. Esto se debe a dos fuentes de limitación; por una parte el Estado y por la otra la voluntad de las partes.

La arbitrabilidad o no del litigio como la denomina Jorge Alberto Silva² tiene a la ley como primera limitante y como segunda a los tratados internacionales.

Las partes de un contrato pueden acordar someter las eventuales diferencias que surjan por la ejecución del contrato en el clausulado del mismo o bien con posterioridad.

Al hacerlo pueden establecer que cualquier problema será susceptible de arbitrarse o bien excluir algún tipo de conflicto, materializándose así la segunda fuente de limitantes tal como lo señalamos anteriormente.

Será preciso que al darse el conflicto y someter el caso al tribunal arbitral, se precisen los puntos sobre los que el árbitro se pronuncie.

Habida cuenta que la esencia del arbitraje es la voluntad de las partes, no debe quedar a la interpretación del árbitro algún tema a considerar, pues si lo hiciera o bien si tratare en exceso al mismo o no se ocupase de alguno de ellos cometería el llamado “exceso de poder”.

En efecto la doctrina establece con claridad los fenómenos de los *ultra petita*, de *extra petita* o de *minus* o *infra petita* como límites del actuar arbitral.

En las ocasiones en que tribunales internacionales se han ocupado de estos temas ha prevalecido la tendencia a considerar no ejecutables los primeros, pero sí al tercero, salvo que la legislación interna del país en donde se pretende ejecutar el laudo, lo rechace.

Todo lo dicho nos enfatiza que al someter un caso a este mecanismo alternativo de solución de controversias debemos ser puntillosos en definir los asuntos a tratar, bien desde el momento de consignar la cláusula arbitral o al celebrar el pacto comisorio.

De apegarnos a esta preocupación dependerá que el “Acta de Misión” o también llamada *Terms of reference* reflejen con fidelidad las inquietudes de las partes.

Una meta o propósito que los árbitros siempre deben tener en cuenta y que ha sido subrayada a través de la práctica de instituciones fomen-

² *Arbitraje comercial internacional en México*, México, Pereznieta Eds., 1994, p. 83.

tadoras del arbitraje comercial como la CCI, es que el laudo sea ejecutable por las autoridades nacionales en donde vaya a tener lugar.

De aquí la insistencia en cuidar otros aspectos.

2. La designación de los árbitros

Empezaré por puntualizar que este tema está condicionado por el hecho de si se trata de un arbitraje público o privado, así como si en este segundo supuesto, acudimos a un juez jurisdiccional que puede eventualmente fungir como árbitro, o a un centro administrador de arbitrajes o se constituye un tribunal *ad-hoc*.

En el primero de los casos existen tribunales permanentes como el Tribunal Internacional de Arbitraje de La Haya o bien se crean a propósito para conocer del caso en cuestión.

Sobre este punto México ha tenido una experiencia no muy alentadora en varios problemas que sometió a este tipo de tribunales como fueron los de “El Fondo Piadoso de las Californias”, el de la “Isla de la Pasión o Cliperton” y el de “El Chamizal”.

En cuanto al privado ya consignamos la situación existente en México en cuanto un juez jurisdiccional pueda, a petición de parte, actuar como árbitro.

Desde hace tiempo han surgido centros administradores de arbitrajes y su esencia se remonta a la Edad Media cuando los comerciantes se agrupaban temporalmente durante las ferias o bien en especialidades de trabajo como sucedía con las llamadas Ligas y atendían las controversias entre sus agremiados.

De ahí que sea propio que las cámaras de comercio tengan a su cargo ocuparse del arbitraje.

Las más connotadas son entre otras la Cámara Internacional de Comercio de París, creadora de la Corte de Arbitraje Internacional (CAI) y de la Corte de Arbitraje de la propia Cámara; la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC), la American Arbitration Association (AAA), el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), etcétera.

En tercer término tenemos aquellos que surgen al amparo de un contrato o convenio que los previene y que por naturaleza, su vida es efímera.

Será pertinente advertir que el arbitraje puede rendirse por un árbitro o por un grupo colegiado compuesto generalmente por tres o cinco miembros.

En las Reglas de Conciliación y Arbitraje de la CCI vigentes desde 1988 se contempla que conforme lo decidan las partes podrá haber “un árbitro único” (artículo 3o.) o bien tres árbitros (artículo 4o.).

Cabe ahora preguntarnos si existe una lista de elementos que condicionen el nombramiento de los árbitros.

Es lógico que podamos responder que hay elementos mínimos comunes a todos como son los de honorabilidad, capacidad, conocimientos de la disciplina en general de que se trate dándose además que se prefiera a quien sea primeramente jurista y por supuesto que conozca la especialidad de la profesión o ciencia que se trate. Por sabido, no se insiste que el árbitro debe ser independiente de las partes, pero es el elemento que define el carácter de tal.

3. *Sede e idioma del arbitraje*

Cabe indagar por qué la determinación de la sede del arbitraje es tema digno de ser considerado.

Dado que las partes buscan contar con las facilidades necesarias para que los árbitros trabajen bien y tengan acceso a los medios técnicos más útiles, es lógico que se deberá escoger una sede que disponga de estas facilidades.

Estimo que bastará una oficina que cuente con las principales, pudiendo ser como en muchos casos la del presidente del Tribunal.

Otro elemento básico es tomar en cuenta el sistema legal de la sede. El conocimiento de esta situación es de gran importancia máxime cuando el contrato involucre partes sujetas a sistemas legales diversos pese a que se seleccione uno como aplicable.

Esta selección de sede estará vinculada necesariamente al idioma en que se maneje el arbitraje; hay un sinnúmero de detalles que surgen en la práctica que pueden constituir un camino fácil en el andar del proceso o por lo contrario, piedras que provoquen tropezones y dificultades al caso.

Se recomienda pues que las partes, al convenir la cláusula arbitral, especifiquen con cuidado el número de árbitros, la sede y el idioma en que los mismos trabajarán.

La preocupación de las partes de que en caso dado los laudos tengan eficacia se fincará en la certeza que den estos eslabones de la cadena.

4. El tema de la ley aplicable presenta sus interrogantes

En efecto será necesario tener bien claro que en un caso concreto pueden concurrir varios ordenamientos legales ya que puede suceder que:

- a) Sea uno el que rija la celebración del contrato.
- b) Otro el que se refiera al fondo del asunto.
- c) Uno distinto que regule el procedimiento del arbitraje.
- d) Y se tenga que acudir a normas del lugar de la sede, ante la ausencia de previsiones suficientes.

A esto debemos añadir que la aplicación o ejecución del laudo tendrá que sujetarse al orden legal del país en el que tenga su sede la parte que resulte condenada.

5. Toca ahora referirnos a la ejecución del laudo

Con todo lo dicho aceptaremos que los árbitros deben tener en consideración, al dictarlo las cláusulas del contrato, las disposiciones legales aplicables al procedimiento y al fondo del problema.

La convergencia de la globalización económica, de la apertura de mercados merced a la Unión Europea, al TLCAN, a las negociaciones múltiples con el resto de países de América, las aproximaciones comerciales con los países asiáticos y demás actividades similares, provocarán el florecimiento de las actividades comerciales a lo largo y a lo ancho del mundo.

Con ello surgirán necesariamente conflictos, discrepancias y deficiencias en la aplicación de los contratos que los industriales, comerciantes y prestadores de servicios elaboren.

Por ello la fijación de líneas de conducta claras y objetivas, serán fundamentales para aprovechar las oportunidades que los nuevos mercados ofrezcan y esto vale por igual para el acuerdo en sí como para la solución de los conflictos que surjan.

II. LOS PRINCIPIOS DE LA UNIDROIT Y EL ARBITRAJE COMERCIAL

Para comprender mejor esta aproximación que existe entre los Principios UNIDROIT y el mecanismo de solución de controversias anteriormente considerado, debemos formular alguna consideración previa.

El texto en comento no constituye por esencia un código contractual ni pretende ser un instrumento absoluto que comprenda todo el universo de elementos que se presentan en las negociaciones comerciales ni mucho menos aspira a su regulación completa.

Como bien dice el Preámbulo al establecer los propósitos de los Principios: “Estos Principios establecen reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales”.

Asimismo que: “Los Principios constituyen un conjunto de normas de derecho contractual comunes a diversos ordenamientos jurídicos, mejor adaptadas a las exigencias del comercio internacional”.

Por ende hay temas que sólo son mencionados o tangencialmente abordados como sucede con la solución posible a las controversias interpartes.

Esto de ninguna manera significa que se ignore o menosprecie el asunto; por lo contrario se tiene bien presente como los acredita el Comentario 4.a. del preámbulo cuando expresamente sugiere que:

“Cuando las partes deseen adoptar los principios como el derecho aplicable a su contrato, es aconsejable combinar la adopción de los Principios con un acuerdo de arbitraje”.

Más adelante en el comentario 6, al establecer que los Principios pueden estimarse como un medio para complementar instrumentos internacionales, sostiene que:

“Hasta ahora, pertenecía en cada caso a los jueces y a los árbitros buscar tales principios y criterios autónomos para interpretar e integrar los instrumentos internacionales sobre la base de un estudio comparado de las soluciones adoptadas en los diferentes ordenamientos jurídicos nacionales. Los Principios podrían facilitar considerablemente esta tarea”.

Habida cuenta de lo dicho, cabe ahora analizar con esta óptica, qué comprenden los Principios sobre solución de conflictos y en particular sobre el arbitraje.

La certeza del lugar relevante que el arbitraje ocupa en los Principios como ya advertimos, viene a ser confirmada en el artículo 1.10 y en sus comentarios que al ocuparse de las “Definiciones” nos advierte que la palabra “Tribunal” incluye al arbitral y a continuación comenta expresamente que:

“La importancia de los Principios para solucionar controversias por medio del arbitraje ya ha sido puesta de relieve [...]”.

De forma más específica, el capítulo 7, se ocupa expresamente del arbitraje al considerar el incumplimiento de las obligaciones contractuales. La definición que se establece del término es de una gran amplitud por lo que en la práctica, será objeto sin duda, de consideración en un futuro caso de arbitraje. En efecto se considera como incumplimiento no solamente la falta de ejecución de las obligaciones contraídas sino también el cumplimiento defectuoso o tardío.

A través de las cuatro secciones en que se divide el capítulo, se proporcionan tanto disposiciones generales, como derechos derivados del incumplimiento, particularmente el resarcimiento al que se le dedica la sección 4 y se fijan pautas para la terminación del contrato.

Su conocimiento cabal será de gran utilidad sin duda para quien actúe como árbitro en un caso concreto sujeto a las reglas pues le brindará criterios que le guiarán en diversos temas, algunos de los cuales llaman la atención por sus matices que le imprimen cierta novedad a los conceptos tradicionales.

Así, podemos consignar la definición de la fuerza mayor y el acotamiento que se hace sobre su aplicación y efectos.

Es de señalarse también por su importancia, la prevención que se establece en los comentarios sobre su debida interpretación en relación con la “Excesiva onerosidad” (*Hardship*) de la que se ocupa el capítulo 6, sección 2 (ver artículo 7.2.4).

Sin embargo, la aportación más original a nuestro entender está contenida en el artículo 7.2.4 al contemplar que un Tribunal, también los arbitrales, pueda resolver no sólo que el obligado cumpla con lo debido sino también que pague una multa y que sea cubierta directamente a su contraparte. Debemos aclarar que el texto en español dice “pena”, pero en realidad se refiere a una multa por lo que sustituimos a nuestro riesgo, el término.

Se distingue en el párrafo 2 del artículo comentado, que la multa será independiente de los daños y perjuicios pactados.

Como se ve, este precepto ofrece muchos puntos para comentar, pero nos detendremos por ahora en lo que concierne al arbitraje.

Tradicionalmente se le ha negado a los árbitros tal facultad que siendo en su esencia una sanción, se le ha reservado al poder público. Por lo tanto es discutible su aceptación en un caso concreto.

En el comentario 6 al propio artículo, los autores se ocupan de esta prevención y afirman que:

Penas impuestas por árbitros.

Como el artículo 1.10 establece que la palabra “tribunal” incluye también a los tribunales arbitrales, surge la cuestión de si los árbitros también tienen la facultad de imponer penas.

Mientras que la mayoría de los ordenamientos jurídicos pareciera negar dicha atribución a los árbitros, algunas legislaciones modernas y la práctica judicial más reciente la han reconocido. Esta solución encuentra apoyo en los Principios, y se relaciona con la importancia creciente del arbitraje como medio alternativo para la solución de controversias, especialmente en el comercio internacional. Como la ejecución de una penalidad impuesta por los árbitros sólo puede ser llevada a cabo por los jueces, o con la aquiescencia de ellos, esta supervisión judicial funciona como prevención contra cualquier tipo de abuso en el que puedan incurrir los árbitros.

En nuestra opinión no es procedente esta facultad, pues no solamente se presta a múltiples confusiones desvirtuando a la institución del arbitraje, sino abre las puertas a serias desviaciones y abusos que atentarían contra el mismo.

Llama la atención por otra parte, la amplitud que se le da al derecho del reclamante para exigir no sólo el cumplimiento sino la reparación, el reemplazo y cualquier otra forma de subsanar la prestación defectuosa (artículo 7.2.3).

Cuando se trate de un incumplimiento liso y llano, se consagra el derecho del afectado para reclamar el resarcimiento, que desde luego no está reñido con otras reclamaciones tales como “...subsanación del incumplimiento” (*sic*), “admisión de error”, “publicación en periódicos”, etcétera.

A continuación en el artículo 7.4.2. se precisa que el afectado tendrá el derecho a la reparación integral del daño, aun cuando éste pueda ser

no pecuniario, como por ejemplo con el sufrimiento moral y la angustia emocional.

La importancia del derecho al resarcimiento es indudable, de ahí que se abunde sobre el tema del daño, llegándose inclusive a consagrar una facultad discrecional a favor de los árbitros, para que fijen el monto del resarcimiento según su criterio cuando no pueda establecerse con certeza, su monto o cuantía.

Ciertamente que este precepto 7.4.3 confirma la convicción que tuvieron los autores de las reglas, para afianzar el arbitraje comercial como el medio idóneo para resolver los conflictos derivados de su aplicación.

Podríamos consignar otros criterios más que aparecen en este capítulo 7 de gran utilidad para el futuro árbitro, pero dado que también en otros hay cosas dignas de mención, pasaremos a tratarlos.

El artículo 3.17 que se refiere a los efectos retroactivos que se pueden considerar ante la nulidad de un contrato admite ciertas excepciones que son mencionadas en el Comentario primero que se formula al precepto.

Expresamente se consigna que pese a la citada anulación hay ciertas disposiciones del contrato que pueden subsistir, entre las que se encuentra la cláusula arbitral.

La autonomía de dicha cláusula constituye como bien dicen los profesores L. Craig, W. Park y J. Paulson: “un concepto angular del arbitraje internacional”.³

Múltiples autores se han ocupado de analizar la validez de la afirmación anterior, destacando entre ellos el juez Stephen Schewel, quien habiendo revisado el tema desde varios ángulos tales como el teórico, el práctico y el académico, confirma que habiendo dotado de jurisdicción a los árbitros, ésta subsiste aún para juzgar si dicho contrato es válido o no.

Los autores citados proporcionan casos juzgados en tribunales franceses, suizos, ingleses y otros que se han pronunciado de esta manera.

Esto explica que la Corte de Comercio Internacional haya consagrado en el artículo 8, párrafo 4 el principio de la autonomía cuando establece que:

Efectos del Convenio de Arbitraje...

4. Salvo estipulación en contrario, la posible nulidad o inexistencia de un contrato no implica la incompetencia del árbitro si este admite la va-

3 *International Chamber of Commerce Arbitration*, Oceana P., 1991, p. 65.

lidez del Convenio de Arbitraje. Continúa siendo competente, incluso en caso de inexistencia o de nulidad del contrato, para determinar los derechos respectivos de las partes y pronunciarse sobre sus demandas y conclusiones.⁴

En este orden de ideas, se da al arbitraje el tratamiento adecuado al establecer por ejemplo que siendo la esencia de los contratos la concurrencia de la voluntad de las partes, habrá que respetar ciertas formalidades que las leyes nacionales o internacionales prevengan, dándose el ejemplo de aquellas referentes a la aceptación expresa y por escrito de someterse al arbitraje.

Para concluir esta revisión sobre las Reglas UNIDROIT y el Arbitraje, podríamos decir que contiene no sólo un marco jurídico para la celebración de contratos comerciales internacionales sino criterios y luces para quien se ocupe en el futuro de actos regidos por los mismos.

Es más, me atrevería a sostener que aun en conflictos diversos pueden resultar de gran utilidad al haberse inspirado en la práctica más reciente fundada en principios ancestrales del derecho común.

4 Reglamento de Conciliación y Arbitraje de la CCI, París, Publicación núm. 447, junio de 1988.