

# DEMOSTRACION DE LAS TECNICAS PARA LA SOLUCION DE PROBLEMAS EN LA CELEBRACION Y CUMPLIMIENTO DE CONTRATOS A LARGO PLAZO

(Con referencia especial al poder de los árbitros para llenar lagunas bajo sistemas de *common law* y de derecho civil)\*

Giorgio Bernini

## I. Observaciones preliminares

Permítaseme exponer desde el principio una historia un poco rara sobre la materia de este reporte. Tal historia servirá al propósito de destacar la importancia de los problemas implicados, como también a la dificultad en llegar a conclusiones a menos que la materia misma sea analizada por medio de una cabal investigación sistemática de derecho comparativo.

La conveniencia del arbitraje para resolver problemas relacionados con contratos a largo plazo fue enfatizada por primera vez durante el Cuarto Congreso Internacional sobre el Arbitraje Comercial, llevado a cabo en Moscú en 1972.<sup>1</sup> También se trató sobre el mismo tópico en

---

\* Memoria Tercer Simposio sobre Arbitraje Comercial Internacional, Academia de Arbitraje y Comercio Internacional, 1976.

<sup>1</sup> Colección de Materiales sobre Arbitraje del IV Congreso Internacional (3-6 octubre 1972. Moscú), publicado por la Cámara de Comercio e Industria de la URSS en inglés y francés. Véase también Holtzmann, Logros del Cuarto Congreso Internacional sobre Arbitraje (Un reporte desde Moscú) en el *The Arbitration Journal*, Vol. 27. Núm. 4. Pág. 209 y Resoluciones del Cuarto Congreso Internacional sobre Arbitraje, en Moscú, Octubre 3-6, 1972. loc. cit., Pág. 225.

una conferencia en Londres en 1974.<sup>2</sup> A raíz del Quinto Congreso Internacional de Arbitraje, que se verificó en Nueva Delhi en enero de 1975, el cuarto grupo de trabajo se dedicó íntegramente a las técnicas para solucionar problemas al formular y ejecutar contratos a largo plazo<sup>3</sup>. Finalmente se llevó a cabo en noviembre de 1975 una discusión completa en París, que trató nuevamente sobre este tema múltiple ante un comité *ad hoc* de la barra internacional de abogados.

Uno se podrá preguntar por qué he tratado de escoger nuevamente este tema. Bueno la contestación es simple: durante las discusiones previas, apenas raspamos la superficie de los problemas involucrados que, seguramente, fueron identificados pero no resueltos. Ciertamente, como demostraré en el curso de este reporte, estos problemas están profundamente arraigados en el contexto legal general dentro del cual se está buscando una solución, para que las diferencias con que se tropieza uno, al querer armonizar las contestaciones a casos individuales a la luz de varios sistemas legales, no son realmente otra cosa que expresiones superficiales de las diferencias básicas existentes de la "filosofía" misma de los propios sistemas.

Por "filosofía" pretendo referirme a todo el fondo histórico y sociopolítico que caracteriza los sistemas nacionales bajo consideración.<sup>4</sup>

<sup>2</sup> La Conferencia sobre "Arbitraje Comercial Internacional" fue preparada por el Instituto Británico sobre Derecho Internacional y Comparativo en Londres, octubre 3-6, 1974. Los procedimientos de la Conferencia de Londres, fueron publicados en *Arbitraje Comercial: Documentos y Papeles* (apuntes) coleccionados por C. Schmittoff, 1974-75, Oceana Publications Inc., Dobbs Ferry, New York - El Instituto Británico de Derecho Internacional y Comparativo, Londres, pág. 45 y subsec.

<sup>3</sup> Los Procedimientos del Congreso de Nueva Delhi se encuentran en proceso de publicación bajo los auspicios del Consejo sobre Arbitraje de la India. Véase *Hotzmann, Logros del Quinto Congreso Internacional sobre Arbitraje* (un reporte de Nueva Delhi), en *The Arbitration Journal* (Diario de Arbitraje) Vol. 30 Núm. 1, pág. 1 y Resoluciones del Quinto Congreso Internacional sobre Arbitraje en Nueva Delhi, enero 10, 1975, *loc. cit.*, pág. 18.

El reporte que este autor sometió al Congreso de Nueva Delhi, en coordinación con Howard H. Hotzmann, ya fue publicado en inglés, *Bernini, Técnicas para resolver problemas al formular y ejecutar contratos a largo plazo*, en *V° Congresso Internazionale dell'arbitrato*, marzo 1975. *Supplemento al Notiziario n. 5, pubblicazione quindicinale della Confederazione Generale dell'Industria Italiana y en francés, Les Techniques permettant de résoudre les problèmes qui surgissent lors de la formation et de l'exécution de contrats à long terme*, en la *Revue de l'Arbitrage (Bulletin du Comité Français de l'arbitrage)* 1975, no 1, pág. 13.

Sobre el tema de llenar lagunas véase también el reporte final sometido por este autor en la sesión de clausura del Congreso de Nueva Delhi: *Bernini, Report of Fourth Working Party, in Arbitration Quarterly, Journal of the Indian Council of Arbitration*, vol. IX, No. 4, Jan-March 1975, p. 39. El presente reporte se escribió, tomando en cuenta las interesantes discusiones que se suscitaron en Londres y Nueva Delhi.

<sup>4</sup> Cf. *Bernini, Lo sviluppo del diritto cambiario negli Stati Uniti: Il "negotiable Instruments Act" e la interpretazione datane dalle Corti Americane*, in Banca, Borsa e Titoli di Crédito, 1953, 1, p. 77, n. citando la definición de lord Mansfield en *Luke v. Lyde*, 2 Burr. 883 (K.B. 1759) a p. 887.

A riesgo de mayor simplificación y generalización, me referiré a países de derecho civil en contraste con países de ley común para el propósito de este reporte, aunque las categorías así definidas, seguramente están divididas por linderos, especialmente en el campo del derecho internacional de comercio, que se tornan cada vez más elásticos en proporción directa al restablecimiento creciente de un nuevo cuerpo de preceptos legales que se asemejan estrechamente con la universidad de reglamentaciones, que hace algún tiempo, el gran jurista lord Mansfield definía como sigue: "El derecho mercantil no es ley de un país en particular, sino la ley general de las naciones."

Ciertamente, el derecho mercantil, es decir, la "Lex Mercatoria" como se le denominó al otro lado del canal de la Mancha, fue la ley aplicable a comerciantes que arrastraban sus pies polvosos de una feria a la otra. Fue ésta la ley que aplicaban las Cortes de comercio convenientemente, con tal rapidez que una de las más famosas cortes comerciales, la Pie Powder Court (Corte de Harina para Pasteles) hacía justicia con tanta celeridad, que se decía que el polvo aún no caía de los pies de los comerciantes y ya se había hecho justicia.<sup>5</sup>

A pesar del restablecimiento de uniformidad, aún existen considerables diferencias entre los países de derecho civil y de la ley común, no tanto cuanto sobre el impacto de soluciones concretas, sino más bien cómo y por qué medios se llega a tales soluciones. En esencia de la mera acción de llegar a los problemas legales, es decir, a la "mente legal" (*mens iuridica*) de aquellos que, como jueces, abogados, árbitros y otros en capacidades similares que tienen que tratar con fenómenos legales.

Yo creo en las consideraciones precedentes porque una investigación científica de la ley comparativa es esencial si se desea alcanzar una solución concreta sin caer en el fango "de falsos problemas", que propiamente pertenecen a superestructuras tratando con construcciones dogmáticas, sesgos teóricos y técnicas de diseño radicalmente diferentes que caracterizan el trabajo de un abogado civil en contraste con uno de derecho común.

## **II. La creciente importancia de transacciones comerciales a largo plazo**

Como es generalmente conocido, las relaciones internacionales de comercio se están extendiendo mucho más allá de las fronteras comerciales como tradicionalmente se conocía. En el pasado, la simple compra y venta de artículos a través de las fronteras nacionales fue el

<sup>5</sup> *Loc cit.*, p. 82.

instrumento supremo, probado por prolongada experiencia legal. Ahora ha surgido una nueva necesidad con la cual deben contender los abogados: esto es, la reglamentación de las relaciones contractuales relativas a la transferencia de tecnología, el diseño y construcción de grandes plantas (fábricas) y también la creación de nuevas, más o menos institucionalizadas entidades como consorcios y cooperativas (joint-venture), para llevar a cabo operaciones comerciales en forma continua. Las técnicas legales deben servir a las necesidades cambiantes de las realidades económicas y sociales y así ajustarse a los cambios en "calidad" que van más allá del alcance de los instrumentos legales utilizados y ensayados desde tiempo inmemorial.

Me refiero al nuevo "contenido" de las relaciones contractuales: investigación científica, explotación de patentes, know-how, ingeniería, franquicias, suministro de plantas y maquinaria para exportación con la garantía extendida al uso y desempeño de la planta, y complicadas transacciones legales semejantes, siendo éstos tan sólo algunos ejemplos con lo que se denomina por "contratos a largo plazo". He supuesto a priori que el arbitraje juega un papel único en relación a las transacciones comerciales a largo plazo. Ahora estoy listo de comprobar con hechos lo antes dicho. El primer problema fundamental con que se tropiezan las transacciones comerciales a largo plazo entre las partes, es el de contar de antemano con un reglamento de gran alcance para las relaciones entre sí, de las cuales el contrato será la fuente, pero cuya vida durará largamente y muchas veces por tiempo indefinido.

Establecer reglamentos comprensibles no es solamente difícil, sino muchas veces imposible. Realmente puede suceder que:

a) Ni las partes más cuidadosas podrán desde el principio pensar en todas las posibles implicaciones del contrato que están por ejecutar, o

b) Que las mismas partes podrán estar seguras acaso, qué acontecimientos no pronosticables de tipo tecnológico, económico o político, puedan ocurrir durante la larga vigencia del contrato, que haría necesario modificar los términos y condiciones originalmente convenidas, como precios, regalías, tasas y garantías, etc.

Bajo tales circunstancias siempre es difícil, y a veces casi imposible, al formularse el contrato, iluminar cada "rincón" de las futuras relaciones comerciales y anticipar cada cambio futuro de circunstancias

y consignar en el contrato una cláusula específica que advierta cualquier posible contingencia futura.

Se puede asegurar por lo tanto, en un intento de formar categorías de "lagunas", que desde un principio existen "lagunas" que se presumen inevitables aunque se apliquen las más cuidadosas y avanzadas técnicas de diseño de contratos. Es aquí, donde el arbitraje puede usarse como herramienta singular, como se dijo antes, para resolver al formular y ejecutar contratos a largo plazo. En verdad, como brillantemente escribió Mindi, el arbitraje.

"Podrá usarse en el futuro para arreglar ciertos puntos del contrato donde la información en posesión de las partes, en cierto momento, es insuficiente para llegar a un arreglo preciso . . . (y) el arbitraje es a veces el único camino para romper un estancamiento cuando es prácticamente imposible aplicar reglas contractuales precisas y detalladas. Los puntos futuros que se dejan en blanco porque las partes carecen de información suficiente para llegar a un convenio preciso, son lo que llamamos «lagunas» . . ."<sup>6</sup>

A nivel de diagnóstico, el problema ha sido identificado así: pero ¿cuáles son los remedios? ¿Puede uno sin titubeos asegurar que los árbitros tienen, al menos bajo los mayores sistemas legales, el poder de llenar lagunas, como las definidas anteriormente? La contestación no podrá enmarcarse en términos generales, pero requiere aun antes de tocar la investigación de la ley comparativa, mencionada arriba, una referencia a situaciones de hechos bien identificados. Esta es la razón por la que el Sr. Holtzman y yo hemos preparado un caso hipotético, el cual fue presentado al Congreso de Nueva Delhi y el cual se agrega al final de este reporte. Al construirse el caso hipotético, enfocamos las causas legales involucradas en el problema de "llenar lagunas" y las referencias de cruz se harán a este caso en el transcurso de este reporte cuando sea necesario esclarecer un punto teórico mediante una "confrontación" con cuestiones eminentemente concretas.<sup>7</sup>

### III. Categorías de lagunas

Una laguna, como ya se dijo, es en primer lugar un espacio en blanco, una porción de la materia del contrato, que las partes omitieron regu-

<sup>6</sup> Citado por Holtzman, *Arbitration Clauses Valuable Methods for solving Business Problems Arising in Long Term Business arrangements*, en un apunte presentado en la junta anual de la *American Bar Association* en San Francisco, Calif. en agosto 16, 1972, p. 7 y en un reporte sometido en la Conferencia de Londres, *International Arbitration: Documents and Collected Papers*, cit., p. 416.

<sup>7</sup> El caso hipotético fue publicado en francés "*Revue de l'Arbitrage*", 1975, no. 1, p. 9 "*Droit et Pratique de Commerce International*, Tome 1 No. 3, p. 489 y en inglés en *Vo Congreso Internazionale dell'Arbitrato*" cit., pág. 106.

larizar al negociar y ejecutar el convenio porque simplemente no tenían, o no podían tener en el momento, suficiente información para tomar una decisión prudente. Más apropiadamente uno se está refiriendo ahora a lagunas que podían definirse como "inevitables" o usando un criterio subjetivo de clasificación, lagunas "no-intencionales"

El hecho de no reglamentar una porción de la materia sujeto del contrato, puede además ser consecuencia de una decisión de las partes. Con el fin de superar dificultades durante las negociaciones, de otra forma inevitables, podrá elegirse posponer el arreglo, sobre un cierto punto, poniendo así en efecto, con referencias a cláusulas específicas, el llamado "convenio de convenir". En este caso estamos frente a una laguna "evitable" o "intencional".

Ambas categorías de lagunas ya señaladas, se colocan dentro de la más generalizada definición de "lagunas iniciales". Empero, otro tipo de laguna puede surgir después que las partes hayan ejecutado un convenio, con la intención de ser completo, cuando eventos impredecibles ocurran, alterando sustancialmente los términos y condiciones originalmente convenidos, en donde no existe ninguna cláusula contractual *ad hoc* para regular eventos imprevistos. Esta laguna podría definirse como "laguna superveniente".

La expresión "llenar lagunas" puede extenderse también para cubrir un número de hipótesis colindantes, cuando se está frente al texto de un contrato, y se le pide interpretar el significado de expresiones vagas o indefinidas como por ejemplo "mejor esfuerzo" y/o "máximos empeños", "estándares de racionalidad", "tercer hombre razonable", "bonus pater familias", "arbitrium boni viri", "arbitrium merum" y otros.

Estas son realmente hipótesis colindantes (marginales) y no se puede discutir realmente la existencia de una "laguna" en la situación antes mencionada, pero sin embargo, aquel al que se pide dar un significado preciso a tales expresiones, está frente a una verdadera tarea "creadora". Por esta razón, me referiré a estas hipótesis usando la expresión descriptiva de "cuasi lagunas".

Algunas veces las lagunas meramente se refieren a asuntos subordinados (anciliares), mientras que otras veces las lagunas se refieren a cuestiones que van a la verdadera esencia del convenio comercial, es

decir, al objeto del contrato. La distinción es importante ya que la existencia de una laguna subordinada es contrastada con una laguna no-subordinada, y podrá llevar a diferentes conclusiones legales al examinarse la validez general de un contrato en su totalidad, y en particular al discutirse el poder de un árbitro para llenar la laguna en cuestión.

Las categorías de "lagunas" que he tratado de identificar corresponden a situaciones legales que son inmensamente diferentes en naturaleza y así cada una requiere un análisis por separado.

#### **IV. Lagunas iniciales: Distinción entre arbitraje económico y de sentido estricto**

Al hablar de lagunas iniciales (no importa si se trata de "inevitables" o "evitables" o de "no-intencionales" o "intencionales") en realidad estamos fuera del alcance tradicional del arbitraje.

a) Esto es particularmente cierto, en relación a sistemas de derecho civil donde existe una distinción entre casos donde terceras personas deciden las conclusiones, mismas que también podrían determinarse por las cortes (en inglés "justiciable issues"), y casos donde designadas terceras personas toman decisiones, llenando lagunas para romper estancamientos al decidir sobre diferencias, predominantemente de tipo económico.

Los casos anteriores son los que uno tiene normalmente en mente cuando se habla de arbitraje en el sentido tradicional, o sea, arbitraje como alternativa a la jurisdicción de las cortes comunes (ordinarias).

Estos últimos casos que involucran la determinación de asuntos económicos, tienen varios nombres en los diferentes sistemas de derecho civil: *arbitraggio* en Italia; *expertise irrevocable* en Francia y Bélgica y *binded advies* en los Países Bajos, para mencionar solamente unos cuantos.

Aunque se está usando la palabra *arbitrage* algunas veces en el idioma inglés, para definir este último tipo de arbitraje.<sup>8</sup> Para evitar confusión terminológica yo usaré, a través de este reporte, el término *arbitraje económico*, para describir los casos de llenar lagunas y romper estancamientos. Usaré el término *arbitraje stricto sensu para*

---

<sup>8</sup> Ver infra en nota al calce 12.

describir otros tipos de arbitraje que caben más fácilmente dentro del concepto tradicional del arbitraje. Para una mayor comprensión del problema permítaseme señalar, que *arbitraje económico* se refiere algunas veces en teoría legal y práctica como *arbitraje libre*.

Básicamente en los sistemas de Derecho Civil, los *arbitrajes stricto sensu* y *económico* pueden ponerse dentro de la misma categoría, ya que ambas partes pueden otorgar el poder de nombrar a terceras personas para tomar decisiones. Sin embargo, *stricto sensu* y *arbitraje económico* difieren en que en el primero, las decisiones del árbitro pueden ser forzadas por las cortes, mediante procedimientos *exequatur*, y en los segundos (económicos) por el contrario, las decisiones son obligatorias para las partes de la misma manera como son obligatorios los contratos y el método de sancionar no es por *exequatur*, sino más bien por procedimientos legales apropiados para remediar cualquier otra violación de contrato.

Bajo la *Jus Comune* (la diferencia no parece haber existido en el derecho romano clásico), se señaló una distinción entre el *arbitrador* (la tercera persona que debe tomar una determinación en procedimientos de *arbitraje económico*) y un *árbitro* (un arbitrador actuando dentro del marco de un procedimiento de arbitraje *stricto sensu*).<sup>9</sup>

Razones de tiempo me impiden adentrarme más en el problema terminológico, que podría ser muy interesante, especialmente como se refleja en la terminología legal inglesa, donde ambos términos (*árbitro* y *arbitrador*) sí existen y, según entiendo, se están usando frecuentemente y no siempre en forma correcta —INDISTINTAMENTE.<sup>10</sup>

Nuevamente con el propósito de evitar confusión, usaré el término *arbitrador*, tratándose de terceras personas designadas en procedimientos de *arbitraje económico*, y *árbitro* cuando se trate de terceras personas designadas para procedimientos de *arbitraje stricto sensu*.

La esencia de la diferencia entre *arbitraje económico* (I.E. *libre*) y el de *stricto sensu* es admirablemente enfatizado por Ascarelli con referencia al derecho italiano, bajo el cual el arbitraje *stricto sensu* (llamado *arbitrato rituale*) tiene una naturaleza incontrovertida quasi judicial (o de procedimiento), a tal grado que si las partes omiten someter al juez la sentencia para *exequatur* dentro del estricto límite de tiempo

<sup>9</sup> Cf. Bernini, *Les Techniques permettant . . . etc. loc. cit.*, p. 33.

<sup>10</sup> Cf. Bernini, *ibid.*

de cinco días (Art. 825 Código de Procedimientos Civiles), esta misma sentencia no tiene efectos legales. Consecuentemente las partes pueden someter a *arbitrato rituale* solamente tales diferencias, que de otro modo, serían de competencia judicial.

Es así, como Ascarelli, señala:<sup>11</sup>

“El problema de *arbitrati liberi*, existente en la práctica italiana, que no encuentra contraparte plena en Francia y en Alemania, donde en vista de su mayor liberalidad de su concepto de *árbitros*, el arbitrador generalmente tiene un campo de acción más estrecho, en contraste con el que prevalece en Italia; el *arbitrador* es considerado como un experto (Weisman) y su función vista para ser propiamente ejecutada cuando consiste en valorar un solo elemento dentro del marco de una relación legal más compleja (Kohler). La más ampliamente aceptada doctrina legal italiana define arbitradores como terceras personas, llamadas a decidir una diferencia económica en naturaleza i.e., una diferencia para la cual el derecho no ha previsto solución alguna. Por lo tanto los *arbitradores* deben ser distinguidos de los jueces ya sea por derecho o por equidad, así como *árbitros*, aunque éstos estén autorizados para decidir como *amiable compositeurs* (amigables componedores). A juzgar, sea por derecho, o por equidad, la tercer persona aplicada una solución abstracta decretada de antemano por el sistema legal, proporcionando así por alguna razón la «herramienta» para la solución. Así pues, la tercera persona nombrada, resuelve una disputa *legal* en oposición a una disputa económica”.

Las observaciones de Ascarelli son realmente muy a propósito, ya que tocan el fondo del asunto. No es el cuerpo de reglamentos por aplicarse (derecho estricto versus equidad), lo que marca la distinción entre *arbitradores* y *árbitros*, sino más bien su naturaleza —o mejor dicho— la esencia (económica versus legal) de la diferencia.

b) En los sistemas de common law, la distinción entre el *stricto sensu* y *arbitraje económico* es más imperceptible. Bajo el derecho inglés, existe en principio una diferencia entre el arbitraje *económico* y de *stricto sensu*. De verdad, como Franks escribe con relación al *arbitraje* (el término se usa como se indica arriba, para definir *arbitraje económico*).

“Las partes designan un experto para definir y determinar cuestiones, casi siempre técnicas, sobre las cuales no están en disputa por princi-

---

<sup>11</sup> Ascarelli, *arbitri e arbitratori*, en “Study in tema de contratt”, Milano.1952, p. 207.

pio, y acuerdan obligados con sus determinaciones. Esto comúnmente es el caso en Inglaterra en relación a un individuo (que si las partes no pueden ponerse de acuerdo sobre su identidad a su debido tiempo, será designado por el presidente de algún instituto) para verificar sus conclusiones, actuando como experto y no como un arbitrador."<sup>12</sup>

Empero, bajo el Derecho inglés, no existe diferencia onotológica entre arbitraje económico y *stricto sensu*, como "un mero acuerdo para aceptar la valuación (peritaje), no tiene que constituir un convenio de arbitraje; pero puede serlo. Ya una apreciación o valuación no es necesariamente una sentencia, no hay razón para que no lo sea".<sup>13</sup>

La prueba que debe usarse para distinguir entre arbitraje económico y *stricto sensu* es la intención de las partes. De verdad, como apunta Rusell:

"Dado que un arbitrador podrá tener tanto poder como desean las partes, estará autorizado para hacer un nuevo contrato entre las partes. Muchas veces las partes se previenen en un contrato comercial que en ciertas circunstancias su contrato deberá ser adicionado o modificado para estar acorde con las circunstancias existentes entonces, intentando con ello crear una formal obligación aunque estén mal dispuestos o incapaces para determinar cómo deberán ser los términos nuevos o modificados del convenio. Para una corte, tal señalamiento es inefectivo, por ser cuando mucho un mero «convenio para convenir», pero una prevención de que los nuevos términos modificados serán resueltos por un arbitrador, puede sin dificultad ponerse en ejecución".<sup>14</sup>

En los Estados Unidos existe también una diferencia, en principio, entre arbitraje económico y *stricto sensu*. Empero una clara tendencia está surgiendo, para asimilar apreciaciones (valuaciones) (es decir, la determinación proveniente de arbitrajes económicos) íntegramente a sentencias de arbitraje.<sup>15</sup>

Por ello mismo, la mencionada distinción está desapareciendo, si no es que ya desapareció, con el resultado que cuando las partes están

<sup>12</sup>Citado por Bernini, *Les Techniques permetant...* etc., loc. cit., p. 37.

<sup>13</sup> Cf. Rusell, sobre *Law of Arbitration*, 18ª Edición de A. Walton, Londres 1970, p. 48.

<sup>14</sup> Cf. otra vez Rusell, op. cit., p. 23.

<sup>15</sup> Cf. Holtzmann, *Le Droit des Etats-Unis relatif aux ouvoir des arbitres de complier les lacunes d'un contrat a lon me* en "Revue de l'Arbitrage", 1975, no. 1, p. 60 en páginas siguientes 63 y sig. Vea también las indicaciones en Bernini. *Les Techniques permettant...* etc., páginas 37 y sig.

acordes con su contrato y los asuntos son sometidos a un arbitrador (he aquí la distinción entre *arbitrador* y *árbitro* es inaplicable), la tercer persona nombrada tiene el poder de decidir el caso (inclusive el de llenar lagunas y romper estancamientos) y su decisión tiene la validez de juicio arbitral, ejecutable ante una corte por procedimiento. (La contraparte del exequator en la *common law*).

En conclusión, mientras que en el sistema de Derecho Civil aún existe una noción muy extendida que el poder de los arbitradores no alcanza más allá de los poderes de las cortes (y por lo tanto existe una renuencia frente al *arbitraje económico* y el *arbitraje stricto sensu*),<sup>16</sup> ésta no es la situación en países de *common law*. En tales países, de hecho, el concepto prevaleciente es que asuntos que puedan someterse al arbitraje podrán incluir controversias económicas, o sea, cuestiones que no son *justiciables*, y por tanto no podrán, como cosa de principio, ser sometidos a las cortes.

La Ley de Arbitraje de Nueva York incluye, en este punto emblemático, una previsión:

“Un convenio por escrito, para someterlo, por cualquier controversia que se suscite después . . . al arbitraje es obligatorio sin tomar en cuenta el *carácter justiciable de la controversia*” (subrayado para darle más énfasis).<sup>17</sup>

## V. Laguna supervenida

He adoptado este término poco usual de “laguna supervenida” para identificar un número considerable de situaciones diferentes, a las referidas bajo la designación “lagunas iniciales”.

De hecho, al hablar de lagunas supervenidas, uno se podría preguntar que si se está frente a una verdadera “laguna”. Realmente, como se indica antes, las lagunas supervenidas pueden surgir después que las partes lleguen a un acuerdo (con la intención de que sea completo) siempre que ocurran eventos inpronosticables, que alteran sustancialmente los términos y condiciones originalmente acordados, *donde no existe una cláusula contractual “ad hoc” para regir casos imprevisos*. Subrayo esta condición negativa, porque en caso que conten-

<sup>16</sup>Vea Sanders, *L'arbitrage Dans les Transactions Commerciales a Long Terme*, en “Revue de l'Arbitrage”, cit. . . . p. 63, y o 84; Barmann, en *Internacional Commercial Arbitrations: Documents and Collected Papers*, cit. 63.

<sup>17</sup> Citado por Holtzmann, *Le Droit des Etats-Unis... etc.*, cit., p. 65

ga una cláusula contractual que rija un caso imprevisto (por ejemplo una cláusula de revisión de precio aplicable en caso de suceder un aumento en el costo de la mano de obra y materias primas), uno se verá frente a un convenio entre las partes que previene disputas por surgir. Un convenio así, como observa Russell correctamente: "no es convenio para que haya arbitraje, ni tampoco una sumisión al arbitraje y no está dentro de la función del arbitraje"

Obviamente las partes podrán siempre ejecutar un convenio de arbitraje para resolver disputas surgidas de la aplicación de tal cláusula contractual con la intención de cubrir eventos imprevistos.

Pero "*quid iuris*" en caso que no exista una cláusula específica —un caso donde por el contrario, el contrato a largo plazo de las partes simplemente dice que— si acaso ocurriera un cambio considerable y/o sustancial en las circunstancias prevalecientes en el momento de su ejecución, donde no puede llegarse a un acuerdo para una ajustada "adaptación" ¿cualquier diferencia que surja deberá someterse al arbitraje? En otras palabras, ¿qué pasa en el caso en que las partes pretendan hacer referencia a una cláusula *rebus sic stantibus*, dejando la interpretación de la cláusula completamente en manos de los arbitadores?

Yo creo que estamos ahora completamente dentro del alcance de un convenio de arbitraje *stricto sensu*, porque el objeto de tal convenio, diferir disputas futuras al arbitraje, y no prevenir disputas por surgir. Pero ¿qué del poder de los árbitros?

Creo que en una situación tal, los árbitros tienen el poder de llenar la "laguna supervenida" porque lo que están haciendo es interpretar el deseo de las partes, que expresamente querían la cláusula "*rebus sic stantibus*" para que se incluya en el convenio.

En contraste con *arbitraje económico*, los árbitros se ven confrontados con "lagunas supervenidas" en el sentido arriba descrito, no están llenando espacios en blanco —i.e. suplementando el convenio— dejado abierto *ab initio*, por las partes. Están ejerciendo una función, que es de naturaleza arbitral estrictamente. Su propósito es resolver disputas que emanen de puntos de vista divergentes de las partes sobre el verdadero impacto que tendrá la cláusula *rebus sic stantibus* sobre ciertos términos y condiciones del contrato original.

Debe enfatizarse que este poder para adaptar el contrato a condiciones considerablemente cambiadas debido a sucesos imprevistos,

puede ser ejercido por las cortes de Justicia bajo numerosos sistemas legales. Esta consideración, debidamente señalada por Sanders,<sup>18</sup> corrobora la conclusión que los árbitros pueden hacer lo mismo, ya que su poder no debe ser extendido, en un caso así, más allá del poder de las Cortes de Justicia.

Gran cuidado deberá usarse en el caso bajo consideración al formularse la cláusula arbitral apropiada y/o el convenio. Ya que el poder de los arbitadores descansa sobre la suposición que las partes tienen el propósito de incluir en el convenio una cláusula de *rebus sic stantibus*, esta intención deberá ser clara e inequívocadamente expresada.

En otras palabras, uno no debe confiarse meramente en la fórmula estándar "todas las diferencias que surjan, etc". Al contrario se debe indicar en términos sencillos: "que las partes sí consideran que eventos imprevistos o imprevisibles puedan sustancialmente (o considerablemente) alterar los términos y condiciones del acuerdo originalmente negociado y ejecutado".

"Que las partes están expresamente conformes, que en caso que tales sucesos ocurrieran —no habiendo llegado a un acuerdo entre ellas para la adaptación del contrato a las nuevas circunstancias— las diferencias deberán someterse a los árbitros quienes tendrán el poder de llenar las lagunas, es decir, de reexaminar y cambiar las obligaciones de las partes como se había previsto originalmente.

Por lo tanto, estoy de acuerdo con Sanders, cuando dice que: "En mi opinión es aconsejable insertar una cláusula expresa dentro del contrato y no confiarse en la amplia cláusula de arbitraje al final del contrato".<sup>19</sup>

Naturalmente el poder de los árbitros puede variar según las circunstancias que, en base a la previsión del arbitraje, deberán juzgar con equidad o de otro modo tendrán que aplicar una ley nacional convenida por las partes o la ley nacional —resultante de las mecánicas de reglamentos legales del conflicto— pertinente. Es imposible, sin una referencia específica a sistemas individuales nacionales, explicar lo extenso de esta posible variación. Realmente se podría hacer un  *caveat* en el sentido de que una duda razonable pueda existir en cuanto a que todas las legislaciones nacionales están o no dispuestas a otor-

<sup>18</sup> Cf. Sanders, *op. cit.*, p. 85.

<sup>19</sup> Cf. nuevamente Sanders, *op. cit.*, p. 86.

gar al juez el poder de adaptar el contrato a circunstancias cambiadas, en caso que la previsión contractual "ad hoc" falte.

Para evitar problemas yo propondría que las partes interesadas especifiquen que los árbitros deberán decidir con equidad o que hagan referencia específica, de que la ley que regirá el convenio será aquella seleccionada de un sistema nacional, en la cual el poder antes dicho está conferido al juez. De tal forma no habrá duda en cuanto a la legalidad sobre la decisión arbitral.

## VI. "Quasi-lagunas"

La expresión misma "quasi-lagunas" indica que aún en este caso uno cae dentro del alcance del arbitraje *stricto sensu*. La referencia hacia "lagunas" está pretendida solamente para enfatizar la circunstancia que los árbitros pueden ser llamados para interpretar el deseo de las partes en casos donde lo mismo está expresado en términos muy generales y equívocos.

Ya he mencionado algunas expresiones estándar que se encuentran a menudo en diseños legales. Quisiera señalar que no existen términos legales de arte con significado estandarizado. Será cosa de los árbitros, en caso que surjan dificultades por la interpretación en estos términos, construir el deseo de las partes al darle sentido a los términos en cuestión. Una tarea difícil en verdad, pero completamente dentro del alcance de las funciones de los árbitros. Deberán basar sus decisiones, de acuerdo con las expresiones particulares de la cláusula arbitral o convenio, ya sea bajo consideraciones imparciales o bajo la ley que rige, resultante ya sea por la designación de las partes o de la aplicación de reglamentos de leyes del conflicto pertinente.

Es imposible hacer referencias analíticas aquí sin incurrir en el peligro inherente de llegar a generalizaciones engañosas. Permitaseme, sin embargo, hacer algunas observaciones metodológicas.

Los abogados no dejaron de observar la creciente importancia en la práctica internacional, de las técnicas anglo-americanas para diseñar contratos e instrumentos comerciales. El uso difuso de la lengua inglesa fuera de los países de habla inglesa, muchas veces lleva a la casi inconsciente referencia a patrones contractuales que son extraños a la ley que rige el propio contrato. Para el abogado precavido que compara, esto constituye el suceso más peligroso, porque, como es generalmente sabido, las técnicas de diseño de un contrato son —o al menos deberían ser— la expresión externa de un cuerpo específico de la ley sustantiva contractual.

El uso del idioma inglés ocasiona la inevitable referencia a terminología que tiene su propio significado dentro de su territorio patrio. Trasladar esta terminología dentro del marco de un sistema legal sustancialmente diferente contribuye a la confusión de la corte.

Naturalmente que me refiero a diferencias estructurales de métodos legales; en todo caso, a diferencias verdaderas, como sucede queriendo comparar sistemas de Derecho Civil y de common law de *mens iuridica* con todas sus implicaciones.

Las partes que están por llegar a un acuerdo, al designar la ley que se aplicará, no deberán guiarse por consideraciones genéricas de "neutralidad". Deberán estudiar cuidadosamente los términos y condiciones de su contrato antes de decidir cuál será la más apropiada que regirá.

Esto es particularmente cierto al hablar de "quasi lagunas". Cada expresión vaga e indefinida es mejor explicada en referencia al sistema legal dentro del cual fue creada y donde es mayormente usada. Un contrato en el cual las expresiones "mejores esfuerzos" o "mayores empeños" son mencionados frecuentemente, debido a su materia especial, deberán interpretarse por las leyes nacionales de los países pertenecientes al sistema de common law. Igualmente un contrato caracterizado por expresiones típicas de la tradición de Derecho Civil no debería sujetarse a otras leyes que no sean aquellas que prevalezcan en los países de Derecho Civil.

La interpretación de esas expresiones dentro de su propio marco nacional (natural) llevará a un bien establecido cuerpo de leyes judiciales y opiniones doctrinales, por eso supuestamente, tales interpretaciones se apegarán —en tanto que esto sea posible— al deseo de las partes. De otra manera existe el peligro de traicionar el deseo de las partes al dar origen a contrucciones teóricas apartadas de la realidad de la vida social y económica. Aunque —como suele ocurrir— la ley nacional sea incierta, ofrecerá criterios de evaluación y estándares de comportamiento que puedan representar un marco de referencia para los arbitradores, evitando así, que se queden solos con su propio poder discrecional.

Las dificultades aumentan en progresión geométrica en una situación contractual donde está involucrado más de un sistema legal. Este curso de acción, al referirse a contratos que previenen arbitraje internacional, se facilita más, por las Convenciones Internacionales, con las cuales las rigurosas mecánicas de conflicto de reglamentos legales se han aflojado y muchos caminos puramente nacionalistas al arbitraje han sido superados.

Las Convenciones Internacionales sí prevén el fondo para la creación del verdadero arbitraje comercial internacional. Depende de la sensibilidad del cuerpo judicial nacional como también de la conciencia que en arbitraje internacional comercial no es posible atarse solamente a requerimientos domésticos para que si se quedara el sistema liberal contemplado por la Convención mencionada solamente sobre papel o se hará una realidad viva.

## VII. "Lagunas anciliares y no-anciliares" (dependientes e independientes)

La importancia de esta distinción ya fue discutida. Ciertamente existe un principio muy general, por medio del cual "si las partes están de acuerdo en todos los puntos esenciales, se podrá presumir que la omisión sobre los aspectos de menor importancia no puede restar obligatoriedad al contrato. Si no se llega a algún arreglo sobre los puntos menores, el juez los determinará según la naturaleza del asunto" (véanse, *inter alia*, Artículo 2, Derecho Suizo sobre Obligaciones).<sup>20</sup>

Lagunas anciliares no son, como se usa aquí, otra cosa que "puntos menores" descritos antes. Consecuentemente como no impiden que un convenio se torne obligatorio, parece seguro afirmar que los arbitadores también tienen el poder de llenar estas lagunas. Esta es una conclusión importante porque cuestiones de ley relacionadas a la formación de un contrato no pueden resolverse siempre o evitarse por el recurso de arbitraje. Como el profesor Schlesinger indica:<sup>21</sup>

"Cuando las partes anticipan la posibilidad de cualquier forma de disputa en relación a un contrato indiscutiblemente concertado, pueden dar valor relativo las que de otro modo serían reglas aplicables de la ley sustantiva (también obligatorias), al prevenir el arbitraje y comprometer los arbitadores a la estricta observancia de un juego especial de reglas sustantivas. Pero al estar en duda la formación del contrato, en tal caso el recurso del arbitraje podría perder mucho de su efectividad, a menos que el convenio para arbitrar esté contenido en un "Rah-

<sup>20</sup> Yo cito en el texto, como ejemplo, la previsión clara del Derecho Suizo, pero este principio es susceptible de generalización. En este punto, *Schlesinger, Formation of Contracts (A study of Common Core of Legal Systems)* Editor general Rudolf B. Schlesinger, Oceana Publication Inc., 1968, p. 474 escribe:

"La regla puede deducirse de las autoridades, que las partes tienen que estar de acuerdo sobre los términos esenciales (a menos que éstos sean implícitos) para que su convenio pueda ponerse en ejecución. Se ha dicho que «si al parecer existe un arreglo sobre todos los puntos esenciales...», las Cortes ignorarán una añadidura auxiliar y sin importancia.

<sup>21</sup> Véase nuevamente *Schlesinger, op. cit.*, p. 20.

menvertrag" u otro contrato independiente, siendo posible que cualquier duda causada por la formación del contrato principal se extenderá a la existencia misma del convenio de arbitraje, afectando así el poder de los arbitradores para resolver las disputas, y minado el valor práctico de cualquier sentencia que pudieran emitir contra la contumacia del demandado."

Las observaciones del profesor Schlesinger reflejan la situación misma que surge cuando uno está frente a lagunas no-anciliares, es decir, lagunas que se relacionan a la esencia misma del contrato. A menos que las partes no prevengan la determinación de una tercera persona, el contrato no llegará a existir. La cláusula del arbitraje del mismo contrato es por necesidad, también afectada, quitando *ab origine* a los arbitradores toda facultad para poder llenar tales lagunas.

### **VIII. "El problema de llenar las lagunas" en países de Derecho Civil y de common law: la posibilidad de reconciliar diferencias teóricas profundamente arraigadas con las necesidades urgentes surgidas del arbitraje internacional contractual**

Las observaciones anteriores sí traicionan a mis cromosomas de Derecho Civil, aunque han sido diluidas por la constante exposición a la educación legal inglesa y americana y actividad profesional.

La diferente marca de nacimiento se detecta claramente cuando un abogado está diseñando un contrato internacional. Podrá, como es la costumbre de abogados de Derecho Civil, identificar la ley que deberá regir el contrato, o previsiones específicas de ésta, al incorporar por referencia un sistema legal identificable. O si se inclina a usar otro camino, como lo acostumbran muchos abogados de common law, procurará prevenir cualquier problema que pueda surgir y tratarlo mediante señalamientos precisos.

A la luz de estos dos diferentes caminos, me siento con el derecho de emitir una declaración: el abogado de la common law parece saber más que su colega de Derecho Civil, de los problemas para llenar lagunas.

Como Peterson apunta.<sup>22</sup>

---

<sup>22</sup> Peterson, *Conflict Avoidance Through Conflict of Law and Forum*, en *Drafting Contracts and Commercial Instruments*, Editado por Research and Documentation Corp., Greenvale, N. Y., 1971, p. 158.

“Al grado que la generalización sobre filosofía de diseño es posible, sin embargo, existen dos escuelas de pensamiento sobre esta materia. Una de éstas, que podría llamarse: escuela de incorporación por referencia, pretende resolver el problema de la ley aplicable mediante la relativamente simple adopción de un sistema legal identificado como materia del contrato, o al adoptar un sistema que rijan un aspecto definido del convenio y uno o más sistemas para gobernar otros aspectos. Tal previsión puede o no estar combinada con una elección contractual de foro. Esta visión de incorporación, favorecida por abogados con entrenamiento o experiencia en los países de Derecho Civil, resulta en documentos bastante simples y honrados, con un mínimo de detalles más allá de los términos básicos.

La otra alternativa, que se podrá llamar el punto de vista legislativo o de codificación, pretende prever tan completamente como sea posible los problemas que podrían surgir bajo el convenio en particular y tratarlos con previsiones bastante precisas dentro del mismo contrato. Esta forma apunta obviamente en dirección a documentos altamente complejos. Tal es el punto de vista mayormente favorecido por abogados en base a la Common Law.

El amplio campo de arbitraje está : ás allá del alcance de la presente investigación, pero antes de examinar más de cerca estas dos alternativas de diseño, debe notarse que el creciente uso de arbitraje en casos de contratos internacionales tiene un impacto sobre la filosofía del diseño. Las reglas y procedimientos bajo los cuales deciden los arbitradores varían ampliamente, esto naturalmente, según de los términos de sumisión. Pero aunque el contrato contenga una selección de cláusulas de ley, y especialmente la falta de ella, los arbitradores sienten frecuentemente mayor latitud que las cortes en la búsqueda de reglas legales aplicables. En algunos casos, como por ejemplo, donde el arbitrador es designado como amigable componedor, casi la total discreción se deja en manos del arbitrador. Pero casi todos los arbitradores se sienten atados, para seguir previsiones expresas como la “ley del contrato”, lo que pueda aparecer en términos de sumisión, los contratos conteniendo cláusulas de arbitraje son muy uniformes en cuanto el acceso legislativo o de codificación es muy satisfactorio.

La observación de Peterson es muy aguda y en mi opinión muy cierta. El abogado de Common Law, generalmente enfrenta la tarea de formular un documento muy detallado agudamente compenetrado de los problemas de “lagunas”. Obviamente las “lagunas” tienden a surgir en el momento de exponer los detalles en el texto del contrato.

Los abogados de Derecho Civil se inclinan más a diseñar documentos, como está apuntado arriba, "más simples y honrados (al grano) con un mínimo de detalles más allá de los términos básicos". Lagunas existirán sin embargo, pero tienden a quedarse ocultas, hasta que surjan las disputas entre las partes por las técnicas de incorporación por referencia, mencionadas arriba.

En resumen, mientras existe esta diferencia en grados de conciencia, discutido apenas, el problema sin embargo, está muy presente en ambos sistemas. No obstante, dentro del sistema de Common Law, hay una marcada tendencia a resolver las lagunas en forma pragmática, sin tropezarse con rígidas construcciones dogmáticas.

Si se quiere hacer el esfuerzo con ánimo de esclarecer lagunas, otra distinción podría resultar entre lagunas "ocultas" y lagunas "manifiestas". La primera se encontrará más fácilmente en contratos diseñados por el "estilo" del derecho civil, la otra en contratos hechos al "estilo" de la Common Law.

Sin embargo, independientemente de la circunstancia que pueda haber lagunas ocultas o manifiestas, de hecho existen a menudo, especialmente cuando se trata de transacciones comerciales a largo plazo. ¿Existe acaso un camino razonablemente seguro para el abogado alerta por superar las diferencias (dificultades) que indudablemente existen al estar frente al problema del poder de los arbitradores y/o árbitros para llenarlas? A propósito reiteraré la dicotomía terminológica.

a) Como se ha señalado arriba, en países de Derecho Civil, aún queda un rastro perceptible de la antigua distinción, con la cual una tercera persona nombrada, cuyo papel es llenar lagunas contractuales de naturaleza económica, es un *Arbitrador* (es decir, un experto, un evaluador, un apreciador) en contraste con una tercera persona nombrada que tenga la tarea de resolver un asunto justiciable, quien es un *Arbitro*, *stricto sensu*.

Aunque en ambos casos las partes están ligadas a la determinación de la tercera parte, en la primera, la obligación será de naturaleza contractual, en cambio en la otra, la obligación de la determinación arriba apuntada (incorporada en una sentencia arbitral *stricto sensu*) será obligatoria por medio de exequatur o procedimientos semejantes.

Es interesante notar que dentro de los sistemas legales en que existen tipos de arbitraje de naturaleza puramente convencional (ley particu-

lar) (arbitrato irrituale o arbitrato libero en Italia, *binded advies* en los Países Bajos) será muy difícil trazar una línea divisoria entre *arbitración económica* (*arbitrage* = arbitraje) y la sentencia de un tipo convencional de arbitraje no son realmente otra cosa que un contrato, otros procedimientos de arbitraje similares en su naturaleza contractual. Realmente, el resultado final parece ser el mismo (i.e. la determinación hecha, por la tercera persona designada en el *arbitraje - la arbitración económica*).

Consecuentemente en caso que una de las partes faltara a la obligación de respetarla, entonces la otra tendrá que presentar una demanda ante la autoridad judicial ordinaria, como en cualquier otro caso de violación de contrato.

El resultado mencionado es fácilmente comprensible si uno considera que la determinación de un elemento contractual, por una tercera persona designada (i.e. *arbitraje económico*) bajo teorías de Derecho Civil, corresponde al lugar del contrato por *mandatum* (mandato).<sup>23</sup>

Previsiones sustancialmente similares pueden encontrarse, entre otras, en las leyes francesas, belgas, alemanas, suizas y españolas; de este modo lanzando una sombra de incertidumbre sobre el *arbitraje económico*, la cual se tornará intolerable si es referida al arbitraje internacional comercial, el cual por su propósito mismo, debe encerrar una manería más amplia y más sofisticada.<sup>23 bis</sup>

---

<sup>23</sup> *Black's Law Dictionary*. 3rd Ed., 1933, p. 1153 traduce el término latino "Mandatum" con la expresión de "Contract of Mandate - Contrate - Contrato de Mandato" y define un "Mandatory" (substantivo) como "Uno a quien se ha dado un mandato"

<sup>23 bis</sup> Véase sobre este punto. *Formation of Contracts* (A study of the Core of Legal Systems, Editor Gral. Rudolf B. Schlesinger, cit., P. 88 (*General Report*) 449, (*Report on English Law*), 496 (*Report on French Law*) 513, (*Report on German and Swiss Law - Annotation on Austrian Law*) 530 (*Report on Italian Law*), 535 (*Report on Indian Law*) Sobre este punto ver también *Ascarelli, Arbitri e Arbitrori, en Study in tema de Contrati*, Milano 1952, pp. 207 y sig.

Referente Derecho Español, véase *Cremades, Panorámica Española del Arbitraje Comercial Internacional*. Marcial Pons, Madrid, 1975. p. 16 diciendo que: "No hay arbitraje sino cuando existe una controversia entre las partes. Por ello no se considera arbitraje la intervención de tercero, no para resolver un conflicto pendiente, sino para completar o integrar una relación jurídica aún no definida totalmente. Si la controversia no existe, no cabe compromiso arbitral. Faltaría el objeto del contrato."

También en México, como se desprende del estudio profundo de *Briseño Sierra*. El arbitraje en el Derecho Privado, Imprenta Universitaria, México, 1963. la existencia de una disputa "justiciable", en oposición a la mera determinación de una tercera persona designada para caracterizar la noción de arbitraje (páginas 181 y sig.: en particular en la página 188, nota 3710). De acuerdo con Raúl Cervantes Ahumada *International Commercial Arbitration: A World Handbook (en inglés y en francés)*, *Rapporteur General Pieter Sanders*, Vol. II, p. 59, "The Institution of free Arbitration" (arbitraje libre) es desconocido en México.

b) Los comentarios anteriores tocan un juego de principios que están profundamente arraigados en la tradición del Derecho Romano, que caracterizan en mayor o menor grado a todos los sistemas de Derecho Civil.

Pero, si es que es cierto que la historia como la naturaleza "non facit saltus", también es cierto que el peso de las presiones sociales y económicas, inevitablemente amolda principios muy arraigados a necesidades emergentes e irreversibles.

Al estar confrontado con vicisitudes de la vida comercial contemporánea, las partes requieren de la ayuda técnica legal; no dentro del restringido alcance para solucionar disputas solamente, sino extendido al propósito más amplio de complementar su intención contractual, como también para prevenir que surjan disputas.<sup>24</sup>

*Arbitración económica* (i.e. *arbitraje*) es una herramienta eficaz dentro del taller legal desde tiempo inmemorial. Desempeña una función útil, pero sin duda no es la herramienta óptima a nivel internacional. Las partes que concertan transacciones a largo plazo sí requieren de justicia efectiva y rápida que no están limitadas a un arreglo de una disputa en el sentido tradicional.

El imperceptible lindero entre *arbitraje económico* y de *stricto sensu*, desaparecerá eventualmente también en los países de Derecho Civil. Los abogados no podrán ser requeridos para construir teorías bizantinas para llegar al resultado que las partes pretendían desde un principio, i.e. una decisión de una tercera persona designada, susceptible de rápida y segura coacción, aunque sea en países extranjeros.

Arbitraje comercial internacional es un lente de aumento a través del cual todos los problemas existentes del campo de arbitraje están puestos en enfoque agudo. *Arbitración económica* (i.e. *arbitraje* en su forma tradicional) no puede ser traspuesto, como se dijo antes, al "nuevo orden" que está emergiendo lentamente, al aplicarse nuevas reglas internacionales.

Cualquier incertidumbre alrededor del poder del arbitrador para llenar lagunas es un peligro real que puede exponer inmensamente la apli-

<sup>24</sup> La asistencia de la tercera persona designada al inicio de las negociaciones será de gran ayuda a las partes para poder resolver dificultades y divergencias que muchas veces resultan por la falta de conocimientos técnicos.

Sobre este punto véanse los Apuntes de Investigación de E. Bagliano y G.D'Amely Melodia, *Une Nouvelle Image de L'Arbitrage*, en *Collection of the IV International Congress on Arbitration Materials*, cit..., p. 246.

cación de principios liberales adoptados por la Convención Internacional de acuerdo al reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras. Estos principios han tenido (a veces revolucionario) impacto sobre la legislación doméstica en países que se unieron a tales Convenciones. Es un impacto que poco a poco lima las asperezas debido a teorías parroquiales sobre arbitraje, trayendo consigo inevitablemente una armonización casi imperceptible, principalmente a través del trabajo cotidiano de las cortes de justicia.<sup>25</sup>

Tocante a llenar lagunas de contrato, las diferencias entre países de Derecho Civil y de Common Law, si se analizan a nivel de derecho en acción no son tan grandes como parecen si uno no consigue penetrar el velo de las superestructuras teóricas y construcción dogmática. Realmente, aunque arbitraje *económico* y *stricto sensu* en principio actúan de diferente forma, existe una área de traslape en la cual pueden usarse alternativamente.<sup>26</sup>

Un resultado oportuno sería para tales decisiones limítrofes (aquellas entre arbitraje *económico* y *stricto sensu*) enfocar la Convención de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, siendo así capaces de sentenciar por medio de *exequatur* judicial o procedimientos similares.

Intencionalmente he hecho hincapié para considerar solamente esta área de traslape, descrita hace un momento. Naturalmente hay situaciones en que las partes buscan solamente un arbitraje *económico*, ya que cuidan, sin duda, que la determinación de la tercera persona designada sea solamente obligatoria a nivel de contrato. Querer tratar un caso así de la misma forma como un arbitraje *stricto sensu* no sería meramente imprudente, sino una traición de las intenciones de las partes también.

Hay casos en que es preferible dejar vacante el contrato, alegando que los árbitros no tienen el poder para llenar una laguna no-intencional, escondida; antes de tratar de "salvarla".

---

<sup>25</sup> Ver, como ejemplo, la situación italiana, donde las decisiones de la Corte, aplicando la Convención de Nueva York, están perdiendo espacio, pero convenientemente los estrictos requerimientos del Derecho Italiano relativos al arbitraje doméstico. Véase sobre este punto *Bernini, Observations regarding recognition and enforcement of foreign arbitral awards in Italy*, en "essays in Memoriam Eugenio Mirioli" UTET, 1974, especialmente página 42 y sig. El problema que representa el fondo del artículo arriba mencionado, en que se pueda o no aplicar el texto de la Convención de Nueva York de 1958, al "arbitrati irrutuali". La conclusión sobre este punto no es afirmativa. Véase también a *Recchia, An Italian Approach to International Conventions on Arbitration, ibid.*, p. 393.

<sup>26</sup> Véase abajo (infra) la contestación al caso hipotético, especialmente lagunas "3", "6" y "7".

Por otra parte hay casos que al querer dar por terminado un contrato, sería injusto para la parte que, en el momento de la ejecución, se confíe intencional —y fuertemente en el mecanismo de llenar— lagunas, para proteger, por ejemplo, su considerable inversión en equipo y mano de obra.<sup>27</sup>

El primer criterio que debe aplicarse es, al tratar de identificar de qué tipo de arbitraje se trata, por lo tanto, el deseo de las partes. Este criterio es válido tanto metodológica como prácticamente.

Permítanme recordar en este sentido, las palabras pragmáticas de Russell:

“Aunque una apreciación o valuación (i.e. una situación en el límite con el *arbitraje económico*) no es necesariamente una sentencia (i.e. una decisión derivada de un *arbitraje económico*), no es razón para que no lo sea.”<sup>28</sup>

De verdad, ¿por qué no? A una tercera persona nombrada pueden otorgársele tantos poderes como las partes desean, ya que estas partes son los verdaderos protagonistas del arbitraje. Ellos y solamente ellos saben lo que quieren (o al menos deberían saber qué es lo que desean). Si no poseen el conocimiento necesario para hacer una decisión prudente y expresarla por escrito, los abogados deberían ayudarles a proporcionar el “brazo técnico”.

¿Cómo? Mediante un cuidadoso e inteligente diseño del contrato. Esto es el fondo del problema. Incertidumbres surgen porque uno está frente a cláusulas de arbitraje muy genéricas y vagas, diseñadas sin la menor sospecha de haber creado tantas dificultades, como han sido identificadas en el presente reporte.

Yo no quisiera decir que diseñar contratos con cuidado será una panacea, transformando el *arbitraje económico* en *arbitraje stricto sensu*, como por arte de magia. Esto sería imposible y déjenme enfatizarlo imprudentemente.

También en Estados Unidos, me atrevo a aventurar, habrá casos donde existe la intención de las partes que las terceras personas designa-

<sup>27</sup> Véanse los casos citados por Holtzmann, *Le Droit des Etats-Unis...* etc..., cit., particularmente en la pág. 70.

<sup>28</sup> *Russel, op cit.*, p. 48.

das, actúen como contadores independientes o valuadores y no como árbitros. Pero esto sería así debido a una elección de las partes expresada en su contrato. Los abogados debían ayudar a las partes y obtener en ellos con cuidado los elementos que deberán incorporarse al propio contrato.

### **IX. Diseño de la cláusula de arbitraje con mira a satisfacer los requerimientos tanto del sistema de Derecho Civil como del Common Law**

Durante la discusión ante el Congreso de Nueva Delhi, como también ante el Comité *ad hoc* de la Barra Internacional, la atención se concentró al diseño de una cláusula de arbitraje que podría insertarse en contratos internacionales a largo plazo y que satisfaga los requerimientos de ambos sistemas tanto de Derecho Civil como de Common Law.

Aunque cada uno de los sistemas hace distinción entre lagunas "iniciales" y "supervenientes", se consideró más apropiado proporcionar un diseño tentativo, cubriendo ambas situaciones.<sup>29</sup>

Tomando en consideración:

a) La gran complejidad de este contrato, cuyo diseño puede haber sido el resultado de lagunas y omisiones al momento de la ejecución.

b) La posibilidad de que durante la vigencia a largo plazo, nuevos e imprevistos eventos puedan ocurrir, que afecten sustancialmente los términos y condiciones, originalmente acordados, alterando el equilibrio de los intereses respectivos enfocados por las partes como causa para celebrar este contrato.

c) El acuerdo de las partes sobre la necesidad de prevenir desde ahora que ninguna de las arriba mencionadas circunstancias pueda de manera alguna impedir y/o afectar en el futuro el cumplimiento de este contrato.

Considerando las arriba mencionadas premisas, que por referencia están incorporadas dentro del convenio, las partes a esto, *acuerdan lo siguiente:*

---

<sup>29</sup> La cláusula en el texto difiere en grado considerable de los demás diseños discutidos en Nueva Delhi y en París. Pero, está dirigida a llenar al mismo resultado. Véase *Bernini, Report to the Fourth Working Party, cit., p. 43.*

**1)** En caso de surgir diferencias con respecto al contenido y/o cumplimiento de este contrato, inclusive, pero no limitado por diferencias relacionadas con sucesos de circunstancias apuntadas en las premisas; las partes deberán utilizar para ello sus mejores esfuerzos para llegar a un arreglo amistoso.

**2)** Al no poder llegar a un arreglo amistoso, las diferencias serán arregladas definitivamente por el Sr. . . que las partes aquí designan como árbitro y confiriendo al mismo todos los poderes necesarios y/o oportunos para que pueda desempeñar sus funciones, inclusive, pero no limitadas a los siguientes:

**a)** En caso de que el árbitro considere, a su entera discreción, que las diferencias presentadas a él, deben aplicarse por arbitraje *stricto sensu*, él juzgará el caso . . . (aquí las partes debían especificar si están de acuerdo de que el árbitro juzgue según la ley) posiblemente indicando también la ley que rige (en vigor) o de otra manera (por equidad) y aplicar una sentencia definitiva y obligatoria para las partes y pueda ponerse en ejecución mediante un procedimiento de la corte o por medio de *exequatur* en caso de que cualquier parte se niegue a atenerse a los términos de dicha sentencia;

**b)** En el caso que el árbitro considere, a su entera discreción, que las diferencias sometidas a él, están fuera del alcance de arbitraje *stricto sensu*, él podrá entonces designar una tercera persona, que después de cuidadosa consideración de los hechos a discusión, como también los respectivos debates de las partes, hará las determinaciones apropiadas y/o decisiones, llenando así las lagunas y curando omisiones contractuales. Las determinaciones y/o decisiones hechas por la tercera persona designada se supondrán incorporadas por referencia dentro del contrato original y las partes tendrán el derecho de recurso a éstas solamente probando mala fe o fraude por parte de la tercera persona designada.

**c)** En caso que alguna de las partes se niegue a cumplir las determinaciones y/o decisiones de la tercera persona designada, la otra parte o las otras partes podrán, a su discreción, pedir al árbitro como se había estipulado más adelante, bajo subsección 2), que lleve a cabo un procedimiento arbitral *stricto sensu* con mira de incorporar a la sentencia que sucederá, posible de ejecución por procedimiento de la corte o por medio de *exequatur*, las determinaciones y/o decisiones de la tercera persona designada por el mismo árbitro, como se había previsto más adelante, bajo subsección 2b).

La cláusula diseñada parecerá a primera vista muy complicada. Aunque hice todo el esfuerzo por ser conciso, me fue imposible recortarlo aún más. De hecho, la cláusula diseñada debe incorporar tantas previsiones como sean necesarias para que pueda funcionar con respecto a ambos *arbitrajes* tanto *económico* como *stricto sensu*.

Permítanme unas pocas palabras de comentario:

**a)** No hace falta decir que la cláusula puede prever la designación de más de un árbitro. También el árbitro (o árbitros) podrá(n) tener el poder de nombrar a más de una persona para llenar lagunas y/o curar (remediar) omisiones contractuales.

**b)** En caso de surgir diferencias entre las partes será a juicio del árbitro (de los árbitros) designado, decidir si éstas están dentro o fuera del alcance de arbitraje *stricto sensu*.

Desde luego, este juicio es relativo, ya que depende del cuerpo de leyes sustantivas aplicables al contrato como tal. También la ley que gobierna los procedimientos de arbitraje (que no necesariamente deben coincidir con la ley del país donde se lleva a cabo el arbitraje) puede llegar a ser apropiada; ya que es siempre dudoso, especialmente desde un ángulo comparativo, donde se encuentra el límite exacto entre la ley sustantiva y el procedimiento.

Finalmente, también a la ley del país donde el reconocimiento y acatamiento de la sentencia se busca, por supuesto, deberá dársele cuidadosa consideración. En verdad, el caso a tratar sobre la "justiciabilidad" de la diferencia, podrá llegar a ser en muchos países una barrera al reconocimiento y acatamiento de una sentencia arbitral extranjera en base a política pública (general). Las partes (o mejor dicho sus abogados) deberán pensar cuidadosamente, por ser obviamente esencial, que intercalen a la cláusula previsiones, designando la ley de los países lo más a propósito posible, en donde la distinción entre *arbitraje stricto sensu* y *económico* ha desaparecido o es probable hacer surgir los menores problemas.

**c)** Los poderes de la tercera persona designada para llenar lagunas, curar omisiones contractuales deberán especificarse como se señala arriba en la cláusula de diseño (subsección B). Ya había mencionado la distinción proveniente del antiguo Derecho Romano entre *arbitrium boni viri* y *arbitrium merum*. Cuando la tercera persona designada se propone actuar como un *bonus vir*, su poder discrecional está limitado a la aplicación de estándares de justicia y moderación, pero si se deja

la determinación de la tercera persona al *arbitrium merum*, ningún límite está puesto a su juicio discrecional. La diferenciación tiene repercusiones obvias sobre el alcance de las reclamaciones que la parte descontenta pueda ocasionalmente levantar ante las Cortes de Justicia.

En el caso de *arbitrium boni viri*, determinaciones y/o decisiones podrán alegarse al llamarlas "manifiestamente inequitativas" o "erróneas", con lo cual se abrirán inevitablemente los méritos del caso al examen judicial.

En el caso de *arbitrium merum*, las reclamaciones pueden basarse solamente en alegatos de mala fe o fraude, por parte de la tercera persona nombrada.

En muchos países de Derecho Civil está previsto que a menos de que las partes especifiquen su intención en contra, existe una presunción refutable (*praesumptio iuris tantum*) que querían que la tercera persona designada actúe como un *bonus viri*.<sup>30</sup>

En vista de lo anterior, es aconsejable que las partes, al formular la cláusula, indiquen claramente que los poderes otorgados a la persona, que podrá ser designada para llenar lagunas y/o curar omisiones contractuales, pueda decidir a su propia discreción, evitando así la inconveniencia potencial de una revisión judicial, reabriendo los méritos del caso.

**d)** La filosofía fundamental para el diseño de la cláusula es muy obvia. En muchos sistemas aún existe el principio que para estar dentro del alcance de un arbitraje *stricto sensu*, uno debe estar confrontado con una demanda legal y no meramente con una declaración de hecho. Aquellos pueden, como dice Beiermann, llegar "a ser el aspecto del procedimiento arbitral, pero como un asunto incidental".<sup>31</sup>

Las mecánicas de la cláusula prevén, en primer lugar, el nombramiento de un árbitro, o posiblemente a más que uno. Solamente si el árbitro lo juzga conveniente, se procurará de la ayuda de una o más personas que el árbitro designará para que haga(n) declaraciones de hechos (i.e. determinaciones) con las cuales se cubrirán las lagunas y/o curarán omisiones contractuales.

<sup>30</sup> Ver Bernini, *Les Techniques permettant...* etc., cit., páginas 33 y 34.

<sup>31</sup> Bärmann, *op. cit.* p. 64.

Las partes señalan expresamente en la cláusula, que las determinaciones de la tercera persona designada por el árbitro, deberá ser incorporada al contrato original, con lo cual será *ipso iure*, obligatorio para ellas. Tan sólo en caso que las mismas partes pasan por alto los términos de tales determinaciones, i.e. solamente si ha surgido ya un caso legal, tomará el árbitro cartas en el asunto en su capacidad oficial.

La determinación tomada por la tercera parte designada será tratada por el árbitro como base de hechos sobre la cual el caso legal está fundado y, por lo tanto, considerado como tal para la sentencia que seguirá.

e) La cláusula está apuntada para superar estancamientos que puedan derivarse de la existencia de lagunas "iniciales" o casual suceso de lagunas "supervenidas"

La conveniencia de conferir al árbitro el poder de juzgar por equidad ya se había indicado al tratar con las lagunas "supervenidas" (adicionales). Quisiera indicar, que generalmente los árbitros, cuando están frente al problema de llenar las lagunas, siempre es aconsejable pedirles que juzguen por equidad o como "amigable componedor".

Las posibles diferencias entre las dos situaciones requerirán un análisis "ad hoc", que está fuera del alcance de este reporte. Me limitaré a repetir que en términos concretos, al juzgar por equidad, o como un "amigable componedor", casi total discreción está en manos del árbitro. Sólo así podrá con más elasticidad referirse a estándares de justicia, que considere apropiados para dar una solución justa al caso, sin estar atado a requisitos estrictos, relacionados a la elección de la ley que rige (en vigor).

En esta situación debe atribuirse importancia capital al texto del contrato, donde las partes habrán expresado su deseo concerniente al mecanismo para llenar las lagunas. Esto es un nuevo llamado para que se haga un diseño cuidadoso como medida para resolver muchos problemas, especialmente si está combinada con una cláusula por la cual el árbitro podrá juzgar por equidad o como un "amigable componedor".

## **X. Otras técnicas de diseño que pueden contribuir a minimizar las diferencias entre arbitraje stricto sensu y arbitraje económico**

Para salvaguardar razonablemente la validez de la cláusula arriba propuesta, quisiera proponer algunos caveats:

**a)** Al diseñar los términos y condiciones de la cláusula de arbitraje, uno debería pedir que los árbitros mantengan audiencias orales y permitan que las partes expongan sus argumentos, rindiendo así homenaje substancial al sistema contrario.

**b)** Al diseñar uno solo el contrato, debería poner estándares y criterios, que probablemente lo lleven a la conclusión que uno estará frente a una disputa "justiciable", que deberá resolverse mediante arbitraje *stricto sensu*, antes que una mera determinación por terceras personas designadas, dentro del alcance de un arbitraje *económico*.

En cuanto a la importancia de adoptar técnicas de diseño cuidadosas, permítaseme dar un ejemplo, tocando la materia de que se trata en el caso hipotético.

Dentro de un cierto contrato de licencia podría preverse que después del primer año, las regalías tendrán que aumentar conforme a los resultados de ventas de los productos licenciados. Si las partes no se ponen de acuerdo sobre el importe exacto de las regalías, someterán la determinación a una tercera persona.

Tal persona podrá mencionarse ya sea en el convenio mismo, o será designada de acuerdo con un procedimiento acordado con anterioridad por las partes y consagrado en una disposición "ad hoc".

Como demostraré, al tratar con un caso hipotético, ésta es una típica situación limítrofe, donde es casi imposible exponer sin una duda razonable, si se está frente a un arbitraje *económico* o ante un arbitraje *stricto sensu*.

¿Existiría la misma duda si la cláusula se diseñara como sigue?

"Las partes convienen que después del primer año y por cada uno de los subsecuentes, las regalías aumentarán en un 2%, ya que las mismas partes suponen que la tasa del 2% constituye un ajuste razonable al incremento de ventas. En cambio, si una de las partes considera que la tasa del 2% de hecho no corresponde al aumento de ventas que efectivamente se realizó, entonces la determinación deberá hacerse por uno o más arbitradores, etc."

Yo sinceramente pienso que en este último caso, existiría poca duda de que se está frente a un arbitraje *stricto sensu*. Tanto más cuanto que el contrato, además, especificaría:

"Que la determinación no se dejará a la mera discreción de la tercera persona designada, pero más bien deberá basarse en una justa y documentada evaluación de todos los elementos de hecho, mediante un

procedimiento por el cual las partes podrán presentar argumentos y evidencias pertinentes.”

Este consejo pragmático no quiere implicar que todos los problemas conectados con el poder de los árbitros, para llenar lagunas, pueden resolverse mediante técnicas hábiles de diseño. Solamente señala la necesidad, al diseñarse cláusulas que uno debe estar completamente sabedor de todas las implicaciones legales involucradas, al dejar un espacio abierto (en blanco). A menudo la intención de las partes puede igualmente respetarse y estar propiamente incorporada en el documento, al proporcionar mecanismos recíprocos que reduzcan el alcance de las lagunas a un mínimo.

Otras sugerencias se hicieron durante los Congresos de Londres y Nueva Delhi, que pueden resumirse por un lenguaje tentativo así:

“Las lagunas tendrán que llenarse, si las partes no se pueden poner de acuerdo, por terceras personas que se designarán de la misma manera como arbitradores, pero actuando como expertos y no como arbitradores. La decisión tomada por la tercera persona designada deberá someterse al control, no por vía judicial, sino por arbitradores *stricto sensu*, actuando dentro de un marco de procedimiento claramente arbitral en su naturaleza.”

Como apunté en mi reporte ante el Congreso de Nueva Delhi<sup>32</sup> una cláusula así, podría ser de gran ayuda en situaciones típicas de arbitraje *económico*, particularmente cuando:

- a) Las propias partes quieren un arbitraje *económico* y ningún arbitraje *stricto sensu*; o
- b) Los hechos son tales, que la disputa no puede caracterizarse de tal modo como lo requiere el arbitraje *stricto sensu*.

Realmente, la arriba sugerida cláusula podría servir a una función combinada cercando conceptos tanto de arbitraje *económico* como de *stricto sensu*.

Como se nota, por las observaciones anteriores, las formas como se puede esperar razonablemente solucionar las dificultades que están surgiendo por diferencias del reglamento de arbitraje *económico* en oposición al arbitraje *stricto sensu* se pueden resumir así:

- a) La adopción de una cláusula, como la propuesta arriba, en el párrafo 8, cercando ambos tipos de arbitraje, podría dar un resultado satisfactorio cuando se está frente a casos limítrofes.

<sup>32</sup> Ver Bernini, *Les Techniques permettant . . .* etc., cit., p. 40, citando la opinión del Prof. Sanders.

b) La adopción de una cláusula como la "cláusula combinada", citada ahora, puede ser de gran ayuda cuando tanto la intención de las partes, cuando la misma naturaleza de los hechos a discusión hacen suficientemente claro que uno trata con situaciones donde la sumisión al arbitraje *stricto sensu* sería casi imposible sino seguramente también imprudente.

Es mi creencia que bajo estas líneas de conducta uno puede llegar muy lejos . . . levantando un puente a la laguna, mediante técnicas de llenar lagunas con respecto a países de Derecho Civil en oposición a países de Common Law.

El curso de la acción que proponga, está basado en una opinión sabia, expresada durante el Congreso de Nueva Delhi, por un experto erudito y grato amigo, Neil Pearson, cuya muerte repentina, poco después del Congreso, nos privó de sus eminentes contribuciones en el campo del arbitraje. Yo explico libremente sus observaciones:

Es la educación —en oposición a conferencias diplomáticas y enmiendas a convenciones existentes lo que mejor podrá ayudar a resolver nuestros problemas.

"Mayor Educación" quisiera añadir, y *conocimiento del problema*. Si trabajaremos en esta dirección, el "drama", resultante de la dicotomía que existe ahora entre arbitraje *económico* y arbitraje *stricto sensu*, desaparecería eventualmente.

No queremos que la situación desaparezca precipitadamente. Por el contrario, queremos construir premisas sobre las cuales el *statu quo* pueda evolucionar armoniosamente en un estado menos ambiguo, sin rupturas agudas con la continuidad histórica.

Tecnicismos puramente legales deberán permitir el paso a la ejecución de necesidades concretas, expresadas por la parte. En ambos arbitrajes, el *económico* como en el *stricto sensu*, el trabajo de técnicos expertos debería ir de la mano con el del abogado.

Durante la discusión en Nueva Delhi, oímos una petición ferviente de una delegada (que no es abogada): "Mantengan las cosas simples". Yo no podía más que simpatizar plenamente con este sentimiento.

Y no fue con el propósito evasivo que le devolví la pelota a dicha delegada contestándole: "Por favor, enséñenos cómo mantener las cosas simples". No todos los abogados, por su pervertido sentido de voca-

ción, procurarán complicar el caso a tratar. Estos tienden a ser casos muy complicados que de hecho los abogados tratan de simplificar seriamente. Aunque nuestros esfuerzos no siempre tienen éxito, tratamos de hacer lo mejor posible. Hemos aprendido durante las discusiones que el problema de llenar lagunas, ciertamente es menos difícil en los países de Common Law, que en los países de Derecho Civil. Evidentemente, el pragmatismo de los abogados de la Common Law es de gran ayuda para cortar a través de categorías atadas por tradiciones y distinciones. Sin embargo, en la misma forma que *natura non facit saltus*, desarrollos legales tampoco harán cambios repentinos. Es por esto que sugerí un camino que sirva tanto para evitar traumas como utopías.

### **XI. El caso hipotético**

En el país de Machinia, existe una corporación conocida por Machinia Drill Corporation (= Corp. de Taladros Machinia) que fabrica máquinas para taladrar en metal. Estas máquinas utilizan una tecnología sumamente avanzada, que fue desarrollada por la Machinia Drill Corp., misma que permite que las máquinas operen automáticamente a altas velocidades y con gran precisión. Machinia Drill Corp. conduce un gran programa de investigación para desarrollar máquinas de taladros mejoradas. Tiene grandes laboratorios de investigación, da empleo a muchos científicos técnicos y a ingenieros, para este propósito. Uno de sus mayores problemas es, al diseñar máquinas de taladros que trabajan con mayor rapidez, encontrar metales más duros y que resistan mayores temperaturas.

En el país de Metalia, existe una corporación conocida como Metalia Steel Corporation (= Corp. de Acero Metalia) que extrae y refina un mineral especial de alto grado para uso en la producción de acero. La refinación de este mineral aplica una tecnología avanzada, desarrollada por la Metalia Steel Corp. El acero producido por este mineral es muy duro y capaz de resistir gran presión y calor.

De hecho, éste fue desarrollado por Metalia Steel Corp., para proveer acero al gobierno de Metalia, para uso en cohetes lunares.

El director general de Machinia Drill Corp., se encontró con el director general de Metalia Steel Corp., en un café de París donde ambos llegaron de visita. El director general de Machinia Drill Corp. (de ahora en adelante se llamará "Drillco"), contó a su amigo las dificultades que tenía Drillco en encontrar acero lo suficientemente duro para uso de sus nuevos taladros de alta velocidad, que ellos están diseñando.

El director general de Metalia Steel Corp. (de aquí en adelante se llamará "Steelco"), se quejó que su empresa tenía grandes dificultades por encontrar mercados comerciales para sus nuevos y maravillosos tipos de mineral que han desarrollado para el programa gubernamental de cohetes lunares que está por finalizar. Dijo que inclusive mejores aceros se están desarrollando en los laboratorios de "Steelco" y que presiente que será todavía más difícil encontrar mercados comerciales para estos nuevos productos.

Después de tres coñacs, los directores generales de estas dos compañías repentinamente tuvieron una gran idea: ¿por qué no usar el mineral de Steelco en la fabricación de máquinas-taladro de Drillco?

Después de la aprobación por el consejo de administración de ambas compañías, los dos directores generales empezaron a negociar una serie de complicados contratos a largo plazo. Pronto sus abogados asistieron a las juntas. En vista de que los abogados eran sumamente experimentados en redactar contratos comerciales internacionales, sugirieron que los contratos deberían incluir cláusulas de arbitraje para que las disputas pudieran resolverse en privado y rápidamente, antes que por el procedimiento tardío y público de las cortes de Machinia o Metalia.

Aunque los dos directores generales eran buenos amigos y respetaban grandemente a sus respectivos países, sin embargo, ninguno deseaba ir al país del otro para un arbitraje, en caso que surgiera una disputa. Como resultado acordaron que cualquier arbitraje se llevara a cabo en el país de Neutralia, bajo las reglas de la Asociación de Arbitraje de Neutralia y que la ley de Neutralia rigiera la interpretación de sus contratos.

Drillco planeó ampliar su fábrica en Machinia para hacer acero, utilizando el mineral Steelco y los procesos especiales que Steelco acordó dar en licencia para su uso a Drillco, patentes y know-how Steelco para producir aceros de alto grado Steelco, también.

Steelco, además, aprobó dar a Drillco asistencia técnica. Para poder llevar a cabo todo eso, los abogados prepararon un *Contrato de licencia* (convenio).

Steelco explicó que para poder usarse la nueva técnica, y tecnología de acero, Drillco necesitará mineral especial, que se extrae de las montañas de Metalia y que se refina por Steelco, y que no se puede obtener en otra parte. Steelco convino en suministrar este mineral es-

pecial a Drillco. Para lograr esto, los abogados prepararon un *Convenio de Abastecimiento de Mineral*.

Drillco únicamente había vendido sus máquinas en el país de Machinia. Empero ambas compañías consideraban que las nuevas máquinas, combinando la más reciente tecnología de máquinas Drillco y la tecnología para aceros mejorados de Steelco, encontrarían rápidamente mercados mundiales. Las dos compañías decidieron formar un "joint venture" para distribuir las máquinas de Drillco que contengan el nuevo acero en todos los países, con excepción de Machinia. Para poder hacerlo, convinieron en formar una nueva corporación en la cual tanto Steelco como Drillco poseerán el 50%.

Para establecer las relaciones de Steelco y Drillco los abogados prepararon un *Convenio Joint Venture*.

También decidieron que el nuevo joint-venture se denominará "Cía. Distribuidora Machmet" cuya sede sea la ciudad de París. Esto era conveniente, porque Steelco ya era propietaria de un terreno en París, que estaba dispuesta en vender al joint-venture y, además, la localización de París proporcionaría a los dos directores generales la oportunidad de visitar una ciudad que ambos admiraban grandemente y en la cual cada uno había encontrado una amiga joven y encantadora en el café.

Redactando los abogados los diferentes contratos para Steelco y Drillco, se daban cuenta que había ciertas informaciones pendientes que las partes aún no tenían disponibles para ellos. Por tal motivo mutuamente acordaron, posponer el acuerdo sobre ciertos asuntos. De tal suerte, asentaron en los contratos que las partes tratarán de llegar a un acuerdo sobre tales asuntos en el futuro, tan pronto tengan la información disponible y que en caso de no llegar a un entendimiento, la disputa se resolverá entonces mediante arbitraje, bajo la cláusula de arbitraje del contrato.

Los abogados de las dos partes reconocieron también que hay un cierto número de acontecimientos que podrían surgir en el futuro y afectar la ejecución según el contrato, pero que no podrían predecir exactamente.

Por tal motivo, previnieron en los contratos, si tales circunstancias imprevistas ocurrieran, las partes convendrían mutuamente sobre formas de resolver el problema, pero al fracasar, los asuntos se resolverían por arbitraje según la cláusula de arbitraje del contrato.

Mientras los abogados formulaban los contratos, se dieron cuenta que a veces era difícil encontrar la precisión en el lenguaje. Se cansaron y las atracciones del café los distraían de sus oficinas. Como resultado recaían en la no poco común técnica de los abogados, usando palabras generales en lugar de específicas. Por ejemplo, anotaban en el contrato de que en ciertos casos las partes usarán "sus mejores esfuerzos" o harán lo que sea "razonable". Los abogados asumieron que si las disputas surgían sobre lo que constituían "los mejores esfuerzos" o conducta "razonable", el arbitraje podría determinar la cuestión como parte de su función de interpretación del contrato.

En algunos de los contratos, los abogados estipularon que ciertos hechos, que solamente podrán encontrarse después de que los contratos se hayan puesto en vigor, serán determinados por las partes por medio de contadores profesionales independientes y valuadores profesionales de terrenos.

Los abogados reconocieron que los arbitradores deberán tener amplios poderes para llenar un número de diferentes lagunas/tipos que se dejaron en los contratos. Así, pues, antes de recomendar a sus clientes que el convenio podía ponerse en vigor, cada uno de ellos conferenció con abogados de Neutralia. Cada uno señaló las diferentes lagunas en los contratos y solicitó a su abogado de Neutralia que diera una opinión legal sobre los siguientes puntos, con respecto a cada laguna en particular, de los contratos:

**1)** Bajo la Ley de Contratos de Neutralia, ¿tendrá un arbitrador el poder de llenar esta laguna en particular?

**2)** Bajo la Ley de Neutralia que rige la conducta de arbitraje, ¿tiene el arbitrador el poder de llenar esta laguna en particular?

**3)** Bajo la Ley de Neutralia, ¿al dictar un arbitrador una sentencia llenando esta particular laguna, estarán: a) las cortes de Neutralia limitadas al revisar la sentencia, a sesgos o cuestiones de fraude e impedidas para considerar la racionalidad de la sentencia o; b) revisarán las cortes de Neutralia la racionalidad de la sentencia y la apoyarán solamente si la encuentra razonable?

**4)** Si esta laguna en particular podrá llenarse por un arbitrador bajo la ley de Neutralia, ¿cómo debería redactarse la cláusula del contrato? Hay algunas palabras especiales que deberíamos emplear, como por ejemplo: "*amigable componedor*", "*ex aequo et bono*", "*binded advies*", *arbitrato libero*, etc.

Los dos abogados reconocieron también, que en caso de haber sentencias de arbitraje contra alguna de las partes, que la parte perdedora rehusara obedecer, sería necesario buscar el cumplimiento en el país de la parte perdedora. Así, cualquier sentencia en contra Steelco tendrá que ponerse en ejecución en Metalia y cualquier sentencia contra Drillco deberá ponerse en ejecución en Machinia. De acuerdo con esto, los abogados de Steelco retuvieron un abogado en Machinia y los de Drillco a uno en Metalia. A cada uno de estos abogados se les pidió preparar una opinión sobre la siguiente cuestión, con respecto a cada laguna:

En cualquier procedimiento en su país, para poner en ejecución una sentencia de arbitraje, que cubra esta particular laguna, rehusarían las cortes de su país la ejecución con fundamento en: a) que la materia de las diferencias, i.e. llenando esta laguna, no es capaz de arreglo por arbitraje bajo la ley de su país, o b) que en el reconocimiento y ejecución de una sentencia llenando esta laguna sería contrario a la política general de su país.

Las lagunas en particular, sobre las cuales los abogados buscaban opiniones legales, eran las siguientes:

**a) Contrato de Licencia**

*Laguna 1:* El convenio de licencia estipula para Steelco otorgar una licencia a Drillco para tecnología y know-how para la fabricación de dos grados de acero. La tasa de regalías para el "grado regular" se fijó en 5%.

Empero ningunas regalías se estipularon para el "Grado Super", en vista de que este tipo de acero aún está en desarrollo y se está ensayando en los laboratorios de Steelco, y tampoco es posible todavía determinar su valor económico, completamente. Por lo tanto, las partes pospusieron el arreglo sobre el monto de regalías para el Grado Super en tanto el desarrollo y ensayo estuvieren completos. En el convenio de licencia está previsto que, en caso de no poder ponerse de acuerdo sobre la tasa de regalías entonces, esta laguna será cubierta mediante arbitraje.

*Laguna 2:* La duración del Convenio de Licencia será por un término de 25 años. Las partes reconocieron que durante este periodo tan largo ciertos sucesos podían ocurrir que ameritaran una modificación del monto de regalías. Por ejemplo, mejor o más barato acero podría haberse desarrollado por otras compañías y sería necesario reducir

las tasas de regalías para que Drillco pueda permanecer competitiva. O, que Steelco podría mejorar aún más sus productos y esto podría justificar, aumentar la tasa de regalías.

El convenio de licencia prevé que si las partes no se podían poner de acuerdo respecto a cambios de regalías, bajo cualesquiera de las circunstancias mencionadas, la laguna se llenará por arbitraje. El contrato estipula, que al establecerse una nueva tasa de regalías, "los árbitros establecerán una tasa de regalías que sería justa y razonable bajo las circunstancias y considerarán las evidencias presentadas de cualquiera de las dos partes relativas a tasas de regalías para procesos similares y que se pagan usualmente en el comercio internacional".

*Laguna 3:* El convenio de licencia estipula que Steelco dará a Drillco toda clase de know-how que será requerido para fabricar y usar Grado Regular y Grado Super. El contrato no describe el know-how en mayor detalle y prevé que al surgir alguna disputa debido a esta laguna por la descripción del alcance verdadero del know-how, la disputa será decidida por arbitraje.

*Laguna 4:* El convenio de licencia estipula que ingenieros de Steelco visitarán a Drillco para darles asistencia técnica. Drillco deberá reembolsar a Steelco los gastos de viaje "razonables" de los ingenieros de Steelco. También se convino en que los ingenieros de Drillco podrán visitar la planta de Steelco "a debido tiempo y con frecuencias razonables" para observar las prácticas de manufactura allí. El contrato no indica cuántas de estas visitas diferentes se harán. Las partes consideran esto un asunto ancilario u ocasional que no toca la esencia u objeto del contrato.

Las partes consideran que si algunas disputas surgieran por el número de visitas o el cálculo de gastos por visitas, éstas serán decididas por arbitraje.

#### **b) Convenio de suministro de mineral**

*Laguna 5:* El convenio de suministro de mineral estipula que Steelco proveya durante 25 años el mineral especial a Drillco necesario para fabricar Grado Regular y Grado Super. Steelco está de acuerdo en suministrar hasta 10,000 toneladas métricas por mes. Si Drillco necesita más de 10,000 toneladas métricas de mineral por mes, Steelco está de acuerdo en emplear sus "mejores esfuerzos" para aprovisionar las necesidades de Drillco. Las partes señalan que cualquier disputa,

sobre si, Steelco está usando o no, sus "mejores esfuerzos", serán decididos por arbitraje.

*Laguna 6:* El convenio de suministro de minerales establece el precio del mineral para los dos primeros años del contrato. Empero, las partes advierten que no es posible fijar un precio para el mineral después de los dos primeros años. Por una parte la inflación mundial podrá obligar a Steelco a aumentar sus costos de producción de mineral que aumentarán los precios del mineral.

Por la otra parte el aumento en producción resultante de las compras de Drillco, podrá permitir bajar sus costos de producción y está entendido que deberán participar justamente de este beneficio económico, al rectificar precios más bajos de mineral. Por lo tanto, el Convenio de Suministro de Mineral previene, que después de dos años, el precio del mineral será mutuamente establecido por las partes y si fracasan en ponerse de acuerdo, será decidido por árbitros "que decidirán *inter alia*" cualquier aumento o baja en el proceso de extracción del mineral Steelco y cualquier cambio en precios mundiales para la producción similar de mineral de hierro.

#### **c) Joint Venture / Acuerdo**

*Laguna 7:* Debe recordarse que Steelco y Drillco están formando un joint-venture en París, denominado Machmet Distribution, para distribuir Productos Drillco fabricados con acero. En el Acuerdo Joint Venture, Drillco acordó vender máquinas a Machmet a un precio igual al costo de mano de obra y materiales de costo de manufactura más 50% para cubrir gastos de administración y ganancia. El Acuerdo Joint-Venture estipula que, con el propósito de determinar la exactitud de este precio, el costo de Drillco será revisado y certificado cada año por contadores independientes de Drillco. Si Steelco duda de los reportes y certificaciones de los contadores seleccionados por Drillco, entonces Steelco podrá nombrar contadores independientes para revisar el asunto, distintos de los nombrados por Drillco. Si los dos grupos no están de acuerdo, entonces cualquier controversia será resuelta por un tercer grupo independiente de contadores escogido por los otros dos grupos de contadores. Las partes consideraban que sería preferible que este asunto sea resuelto por contadores expertos que si los hicieran los típicos arbitradores que probablemente serían abogados (siendo perfectamente conocido que la mayoría de los abogados son incapaces de poner en orden su propia cuenta bancaria). Además los contadores podrán trabajar directamente con los estados financieros, evitándose así el tiempo y gasto de una audiencia de ar-

bitraje. Las partes consultaron a sus abogados en Neutralia ¿cómo podrá, “bajo la Ley de Neutralia”, la decisión de una tercera firma de contadores tener la misma fuerza, que una decisión de arbitradores? y “¿debemos prevenir que la decisión de los contadores podrá ser apelada para arbitraje bajo la cláusula de arbitraje del contrato?”

*Laguna 8:* Las partes reconocieron que debido a que a cada una le pertenece el 50% de Machmet, será necesario para ellos ponerse de acuerdo sobre muchas cuestiones relativas a la operación de la Cía. Distr. Machmet. ¿Pero qué pasará, si están en desacuerdo sobre por ejemplo: el monto para gastos de propaganda, o la selección del gerente general de Machmet, o si Machmet deberá pagar un dividendo antes de retener el dinero para financiar su crecimiento futuro? En caso de desacuerdo entre Drillco y Steelco sobre éstas u otras cuestiones relativas al manejo del joint-venture, el contrato previene que las disputas serán resueltas por arbitraje.

*Laguna 9:* En el Convenio Joint-Venture, Steelco está de acuerdo en vender a Machmet el terreno de su propiedad en París, para que sea usado por la Joint-Venture como oficinas generales. Steelco quiere ser muy justa y cobrará solamente el mismo precio que obtendría de un extraño. Los dos directores generales no están al tanto de los precios de terrenos en París y no quieren retrasar la transacción completa, mientras obtengan esta información. Así pues, el Convenio Joint-Venture estipula que el precio del terreno será “el precio justo del mercado”, como sea determinado por el Sr. Jean Blancnoir, un experto valuador de terrenos, de la calle 26 Faubourg, St. Honore, París. Si M. Blancnoir no estuviera disponible, un experto en terrenos será nombrado por el distinguido abogado francés, Maître Jean Robert. Los abogados de las partes volvieron a hacer las mismas preguntas a sus abogados de Neutralia, que habían hecho con respecto a los contadores: “¿Tendrán las decisiones del valuador la misma fuerza que una decisión hecha por arbitradores?” y “¿Debemos prevenir para que la decisión de un valuador pueda ser apelada por arbitraje bajo el contrato?”

## **XII. Contestaciones al caso hipotético**

En el caso hipotético de Steelco y Drillco solicitaban opiniones legales de expertos en Machinia y Metalia sobre las siguientes cuestiones respecto a cada laguna:<sup>33</sup>

<sup>33</sup> Otras contestaciones al caso hipotético fueron dadas por Holtzmann, *Le Droit des Etats-Unis*, etc. cit., páginas 68 y sig.; D'Amely Melodia, *Communication sur l'Hypothetical Case*, en *Revue de*

En su país, cualquier procedimiento, para ejecutar una sentencia de arbitraje que cubre esta laguna en particular, rehusarían las cortes de su país a la ejecución fundamentada en a) Que la materia de diferencias, i.e. llenando la laguna; no se puede arreglar por arbitraje bajo las leyes de su país, o b) Que el reconocimiento y ejecución de una sentencia, llenando esta laguna, ¿sería contrario a la política general de su país?

Está fuera del alcance de este reporte —y obviamente muy fuera de mi conocimiento personal— poder dar una contestación somera a la luz de las mayores legislaciones nacionales. Consecuentemente, me limitaré a un número de observaciones críticas en relación al diseño de cada cláusula, y —concediéndome un privilegio— sólo excepcionalmente procuraré dar unas pocas contestaciones, basadas no necesariamente en el Derecho Italiano.

*Laguna 3:* El lenguaje del contrato amplificó la laguna, por considerar un know-how no descrito, de ser el objeto mismo del convenio. Una contestación *prima facie* podrá ser probablemente, como en el cap. 1, que estamos frente a un caso de arbitraje económico. Pero al especificar el propósito para que usara este know-how (i.e. para manufacturar y usar "Grado regular" y "Grado super") lo podrá llevar a una contestación diferente también. El alcance del know-how es definido "per relationem" y solamente en caso de una disputa relacionada con calidad e importe de tal know-how, podrán las partes solicitar la determinación de los arbitradores.

Considerando este último razonamiento, me inclino a concluir que la determinación sería entonces una sentencia *stricto sensu*, pero el caso permanece objetivamente incierto.

*Laguna 4:* El propio texto estipula como calificación de la laguna, como una "quasi-laguna" de naturaleza "ancilaria".

Consecuentemente la existencia de tal laguna no podrá suponer haber impedido que el convenio se torne obligatorio y el poder de llenar está dentro de la función arbitral, *stricto sensu*.

## **b) Convenio de suministro de mineral**

---

*l'arbitrage*, 1975 N° 1, p. 109 Matray. *Communication sur le thème du 4° Groupe de Travail*, *ibid.*, p. 98; Matray, *Solution du cas a la Luminère de Droit Belge*, en *Droit et Pratique du Commerce International*, Tome 1 n. 3, P. 495; Rucellai, *L'arbitrage comme instrument pour combler les "gaps" dans les contrats internationaux à long terme*, en *revue de l'arbitrage*, *cit.*, p. 121; Jarner, *Reponse à l'Affair Drillco*, *ibid.*, p. 127.

*Laguna 5:* El sentido de la cláusula "mejores esfuerzos" como fue prevista en el contrato, puede interpretarse por los arbitradores, como se explicaba ya al tratar con las "quasi-lagunas". Consecuentemente la decisión de ellos resultará en una sentencia arbitral *stricto sensu*.

*Laguna 6:* Esta laguna puede llenarse también por los arbitradores, cuya decisión cuenta como una sentencia arbitral con todas las consecuencias de éstas.

El contrato presenta criterios y estándares de evaluación para ser usados por los arbitradores al llenar las "lagunas supervenidas". Tanto el elemento subjetivo (la intención de otorgar a los arbitradores el poder de naturaleza casi jurisdiccional) y el elemento objetivo (una diferencia entre las partes en cuanto a la materia involucrada) siguen prevaleciendo. Por lo tanto uno podría afirmar que los límites del arbitraje económico han sido superados.

Empero este caso también puede definirse como objetivamente incierto, dejando lugar a posibles dudas y diferencias de opinión.

### **c) Convenio Joint-Venture (Inversión Conjunta)**

*Laguna 7:* El diseño está enfocado a propósito para provocar dudas e incertidumbres. La situación de hecho, descrita en el convenio expresamente se refiere a "controversias" que deberán solucionarse por "un tercer grupo de contadores independientes" escogido por los otros dos grupos de contadores.

Calificando a la tercera parte designada como "expertos contadores", no se representa en sí un obstáculo para que sean considerados como árbitros *stricto sensu*.

Esto es un típico caso donde se nombra a un arbitrador por sus conocimientos de la materia. Pero esto no quiere decir necesariamente, que las partes no estipularon que él deba oír las evidencias y conducir una investigación judicial.

El análisis de las intenciones de las partes constituye la prueba segura y la contestación depende de la circunstancia particular de cada caso.

Nuestro caso hipotético no parece permitir una contestación a uno u otro camino. El lenguaje no indica una investigación judicial, simple-

mente previene los mecanismos de consulta y colaboración entre los contadores seleccionados por las partes y el tercer grupo de contadores independientes.

También la construcción de palabras de la pregunta es ambigua: "¿Debíamos prevenir que la decisión de los contadores podrá ser apelada para arbitraje bajo la cláusula de arbitraje del contrato?"

A este punto especial M. Matray indica que "... este arbitraje no constituye ningún procedimiento de apelación. Los informes de los contadores expertos de las partes, no son en efecto, un juicio, sino la expresión de puntos de vista de las partes que ellos representan".<sup>34</sup>

Si esto es así —como yo considero que así sea— uno podrá concluir que el grupo de contadores escogido por los otros dos grupos, está actuando como un árbitro *stricto sensu*, y por lo tanto emitiendo una decisión que tiene la misma fuerza que una sentencia arbitral.

Por otra parte, existe también la posibilidad, igualmente subrayado por M. Matray,<sup>35</sup> que el tercer grupo de contadores "recibe la misión de las partes en conjunto, de fijar los elementos de precios que constituyan el costo de producción de Drillco. En este caso el colegio actuará como el tercer experto (árbitro) y su decisión es irrevocable".

Así se estará aún dentro de los límites de una determinación meramente contractual (i.e. *arbitraje económico*) con todas las consecuencias de ésta. Considerando que el objeto del caso hipotético era causar discusiones provocativas, permítaseme decir que parece que se han logrado resultados.

*Laguna 8:* Las conclusiones legales involucradas son en verdad muy difíciles y casi no permiten una contestación generalizada. Hagamos una distinción preliminar.

Las lagunas implicadas son múltiples ya que se refieren a desacuerdos de las partes tocante a cuestiones relacionadas con la operación de la Cía. distribuidora.

En teoría estos desacuerdos podrán tener incumbencia en:

---

<sup>34</sup> Cf. Matray, *Communication... etc., cit.*, p. 101.

<sup>35</sup> Cf. Matray, *op. elloc., ult. cit.*

- a) El juicio de negocios de los directores:
- b) El nombramiento del Director Gerente, y
- c) Asuntos en general pertenecientes a la esfera de competencia del (1) Director Gral. y/o Consejo de Administración (Directores) y (2) Asamblea de accionistas.

Las leyes nacionales respecto a corporaciones varían considerablemente, siendo imposible hacer constar qué asuntos podrán referirse al arbitraje.

Excediéndome de simplificación, déjenme recordar que "el juicio de negocios de un director difícilmente podrá ser un caso para arbitraje, salvo que sea impulsada mala fe".<sup>36</sup>

Debe recordarse además, que generalmente la cuestión de arbitrabilidad se ventila, tratándose de asuntos sobre el manejo de la corporación, por convenio de los accionistas que piden arbitraje cuando el Consejo de Administración es incapaz de tomar una acción efectiva, i.e. en caso de un estancamiento.

La posición de los convenios de accionistas difiere considerablemente bajo las leyes individuales nacionales, y el acatamiento de éstas —lo mismo que la ejecución de sentencias, aplicada en relación a ella—, podrá chocar con las acciones tomadas, ya sea por los directores o las partes mismas, al votar en la asamblea de accionistas.

El número de "variables legales" es demasiado alto, para siquiera tratar de ofrecer dar una contestación general.

*Laguna 9:* La decisión del valuador no tendrá en mi opinión, la misma fuerza que una decisión de árbitros *stricto sensu*. Que si existe la posibilidad para apelar al arbitraje, la contestación es afirmativa, puesto que no existe duda —en vista de la composición de la cláusula— que el poder otorgado al valuador está dentro del alcance de un *arbitrium boni viri*.

---

<sup>36</sup> Cf. Domke, *The Law and Practice of Commercial Arbitration*, Calleghan and Company, 1968, p. 106.