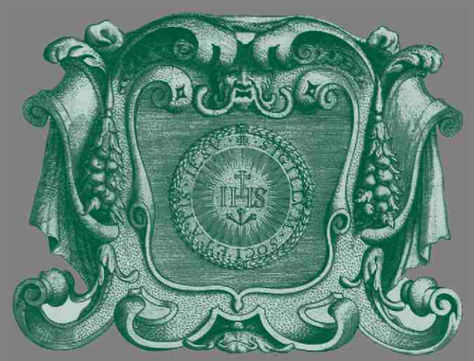
ISBN: 978-958-749-077-0



"Sello de la compañía de Jesús"

El Convenio Arbitral es la piedra angular del arbitraje. Recordemos que por medio del convenio arbitral las partes no sólo se obligan a someter sus controversias a la decisión de un tribunal arbitral, sino que también renuncian al fuero de los tribunales judiciales.

Teniendo en cuenta la importancia del convenio arbitral, los practicantes del arbitraje deben tener presente que este acuerdo debe estar exento de defectos, pues su presencia podría generar la ineficacia del convenio o la obstaculización del proceso arbitral. Por ello, todo convenio debe ajustarse a cada negocio jurídico. Así, un convenio arbitral adecuado para un determinado contrato puede no ser apropiado para otro.

En este contexto, el INSTITUTO PERUANO DE ARBITRAJE con el apoyo de la PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA, dedican el primer y segundo tomo del *Tratado de Derecho Arbitral* al análisis de esta importante institución arbitral.

Carlos Alberto Soto Coaguila
(Director)

TRATADO DE DERECHO ARBITRAL

El Convenio Arbitral

Tomo I

TRATADO DE DERECHO ARBITRAL

El Convenio Arbitral

Tomo I

Carlos Alberto Soto Coaguila
(Director)

COLECCIÓN ESTUDIOS

TRATADO DE DERECHO ARBITRAL

Libro Convenio Arbitral -Tomo 1.indb 3 05/04/2011 9:33:33

Carlos Alberto Soto Coaguila
DIRECTOR

ASISTENTES
Rider Ali Vera Moreno
Estefania del Pilar Iglesias Bobadilla

TRATADO DE DERECHO ARBITRAL

EL CONVENIO ARBITRAL

Tomo I

Pontificia Universidad JAVERIANA Bogotá

INSTITUTO PERUANO DE Arbitraje

Grupo Editorial IBAÑEZ

COLECCIÓN ESTUDIOS

Libro Convenio Arbitral -Tomo 1.indb 5 05/04/2011 9:33:35

COLECCIÓN ESTUDIOS Nº 2

ISBN: 978-958-749-077-0

© Carlos Alberto Soto Coaguila 2011
© Instituto Peruano de Arbitraje 2011
© Pontificia Universidad Javeriana 2011
© Grupo Editorial Ibañez 2011

Coordinador Editorial
Javier Celis Gómez
Pontificia Universidad Javeriana

Grupo Editorial Ibañez
Bogotá - Colombia
Carrera 69 Bis No 36-20 sur
Teléfonos: 2300731 - 2386035
Librería: Calle 13 No 7-12
www.grupoeditorialibanez.com

Diagramación: Deissy A. Rodríguez

Comité editorial y científico

Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo
Decano Académico
Carlos Julio Cuartas Chacón
Decano del Medio Universitario
Aura Ximena Osorio Torres
Directora de Carrera
Carlos Álvarez Pereira
Director del Departamento de Derecho Laboral
Jorge Pinzón Sánchez
Director del Departamento de Derecho Privado
Andrés Fernando Ramírez Moncayo
Director del Departamento de Derecho Penal
Julio Andrés Sampedro Arrubla
Director del Departamento de Derecho Procesal
Alfonso Miranda Londoño
Director del Departamento de Derecho Económico
Hernando Yepes Arcila
Director del Departamento de Derecho Público
Roberto Vidal López
Director del Departamento de Filosofía e Historia del Derecho

Soto Coaguila, Carlos Alberto
Tratado de Derecho Arbitral / director Carlos Alberto Soto Coaguila; –1a ed. – Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas: Grupo Editorial Ibañez: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011. – (Colección estudios; Nº 2).

v.; 24 cm.
Incluye referencias bibliográficas.
ISBN: 978-958-749-077-0

Vol. I. El Convenio Arbitral

1. ARBITRAMENTO. 2. LAUDO ARBITRAL. 3. TRIBUNALES DE ARBITRAMENTO. 4. RESOLUCIÓN DE DISPUTAS (DERECHO). 5. ARBITRAJE INTERNACIONAL. I. Soto Coaguila, Carlos Alberto, Dir. II. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas.

CDD 345.72 ed. 15

Catalogación en la publicación - Pontificia Universidad Javeriana. Biblioteca Alfonso Borrero Cabal, S.J.

ech. Marzo 01 / 2011

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro por cualquier proceso reprográfico o fónico, especialmente por fotocopia, microfilme, offset o mimeógrafo.

Ley 23 de 1982

CONTENIDO GENERAL

PRESENTACIÓN
Carlos Alberto Soto Coaguila

PRÓLOGOS
José María Alonso Puig
Yves Derains
Pedro J. Martínez-Fraga

TOMO I

ARGENTINA

LA AUTONOMÍA DEL ACUERDO ARBITRAL
Fernando Aguilar

LAS CLÁUSULAS 'ESCALONADAS' DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS (NEGOCIACIÓN, MEDIACIÓN O CONCILIACIÓN PREVIAS AL ARBITRAJE)
Roque J. Caivano

LA "AUTONOMÍA" DEL ACUERDO ARBITRAL Y EL PRINCIPIO "COMPETENCIA/COMPETENCIA": UNA PRIMERA MIRADA A CHINA
Emilio J. Cárdenas

EL ACUERDO ARBITRAL Y EL SISTEMA ARGENTINO
Raúl Aníbal Etcheverry

LA REPARACIÓN DE LOS DAÑOS CAUSADOS POR VIOLACIÓN DEL ACUERDO ARBITRAL
Diego P. Fernández Arroyo
Caroline Kleiner

EL ARTÍCULO II (2) DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK ES AHORA UN PROBLEMA
Federico Godoy
Juan Sonoda

EL ACUERDO ARBITRAL Y LA PARADOJA ARGENTINA
Osvaldo J. Marzorati

LA AUTONOMÍA DEL ACUERDO DE ARBITRAJE EN EL DERECHO ARGENTINO
Ignacio J. Minorini Lima

LA FORMA ESCRITA DEL ACUERDO ARBITRAL SEGÚN LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK DE 1958 Y LA RECOMENDACIÓN DE UNCITRAL DE 2006
María Blanca Noodt Taquela
Julio César Córdoba

EL ACUERDO ARBITRAL: LA RESPUESTA JURÍDICA A LA GLOBALIZACIÓN ECONÓMICA. EL DESPLAZAMIENTO DEL CONTROL JUDICIAL
Gustavo Parodi

EL CONSENTIMIENTO AL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIÓN Y LA CLÁUSULA DE LA NACIÓN MÁS FAVORECIDA
Ignacio Pérez Cortés
María Alejandra Etchegorry

LA INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DE LA CLÁUSULA ARBITRAL EN LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA
Julio César Rivera

CLÁUSULAS ESCALONADAS EN EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN
Ignacio Torterola

CHILE

EL ACUERDO DE ARBITRAJE: LA EXPERIENCIA CHILENA
Josefina Campos L.
Felipe Ossa G.

EL ACUERDO ARBITRAL EN LA LEY CHILENA: SU NATURALEZA, REQUISITOS Y EFECTOS
Gonzalo Fernández Ruiz

EL CONVENIO ARBITRAL, LA LEY DE FONDO Y LA APLICACIÓN EN PARTICULAR DE LOS PRINCIPIOS DE UNIDROIT
Juan Eduardo Figueroa Valdés

DERECHO NACIONAL EN LA INTERPRETACIÓN DEL ACUERDO DE ARBITRAJE INTERNACIONAL: APORTES DESDE LA JURISPRUDENCIA ARBITRAL DEL CAM SANTIAGO
Elina Mereminskaya

LA EXTENSIÓN DE LA CLÁUSULA DE ARBITRAJE A TERCEROS: REALIDADES ECONÓMICAS Y FICCIONES JURÍDICAS
Francisco Orrego Vicuña

LA CONVENCIÓN DE ARBITRAJE EN CHILE
Alejandro Romero Seguel

COLOMBIA

LA AUTONOMÍA DE LA CLÁUSULA ARBITRAL EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL: REFLEXIONES Y PROBLEMÁTICAS DE LA EXPERIENCIA COLOMBIANA
Héctor Hernández Botero

EL ALCANCE DEL PACTO ARBITRAL EN COLOMBIA
Daniel Posse Velásquez
Carolina Posada Isaacs

ALGUNAS REFLEXIONES PRÁCTICAS PARA ACUDIR A LA JUSTICIA ARBITRAL
Irma Isabel Rivera Ramírez

DEBATES EN TORNO AL CONSENTIMIENTO AL ACUERDO ARBITRAL POR EL ESTADO EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES
Lorenzo Villegas Carrasquilla

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL PACTO DE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL EN EL DERECHO COLOMBIANO
Eduardo Zuleta Jaramillo

ECUADOR

RENUNCIA AL ARBITRAJE PREVISTO EN UN TRATADO: EL CASO ECUATORIANO
Xavier Andrade Cadena

BREVES REFLEXIONES SOBRE *EL "ARBITRAJE FAST TRACK"*
Rodrigo Jijón Letort
Juan Manuel Marchán

EL CONVENIO ARBITRAL EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA
Diego Pérez Ordóñez

NOTAS SOBRE LA CLÁUSULA COMPROMISORIA Y SUS EFECTOS EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA
Alejandro Ponce Martínez

LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL CONVENIO ARBITRAL. ALCANCES Y LIMITACIONES. EL CASO ECUATORIANO
Armando Serrano Puig

ESPAÑA

MODERNA PATOLOGÍA DE LA CLÁUSULA DE ARBITRAJE
José María Alcantara González

EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO SOBRE EL CONVENIO Y EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL EN DERECHO ESPAÑOL
José María Alonso Puig

EL ACUERDO ARBITRAL EN ARBITRAJES MULTIPARTE
David Arias Lozano
Fernando Bedoya

LA APLICACIÓN DEL ARBITRAJE A LOS ENTES PÚBLICOS. EL CASO DE ESPAÑA
Juan Carlos Calvo Corbella

ALGUNAS CUESTIONES SOBRE LA EFICACIA DEL CONVENIO ARBITRAL
Faustino Cordón Moreno

CONSOLIDACIÓN DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN ESPAÑA: EL CONVENIO ARBITRAL
Bernardo M. Cremades

LA LEY APLICABLE AL CONVENIO ARBITRAL
Carlos de los Santos
Margarita Soto
Víctor Bonnín

LA EXTENSIÓN A TERCEROS NO FIRMANTES DE LOS EFECTOS DEL CONVENIO ARBITRAL. LA APROXIMACIÓN EN ESPAÑA
Elisabeth de Nadal
Víctor Manuel Sánchez

RESOLVIENDO CUESTIONES COMPLEJAS CON NORMAS ALAMBICADAS: LA REGULACIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL EN ESPAÑA
Carlos Esplugues Mota

LAS OFERTAS DE CONSENTIMIENTO ESTATAL EN EL ARBITRAJE DE INVERSIONES
Enrique Fernández Masiá

VALIDEZ Y EFICACIA DEL CONVENIO ARBITRAL INTERNACIONAL
José Carlos Fernández Rozas
Elena Artuch Iriberri

EL CONVENIO ARBITRAL: SU CONTROL JUDICIAL EN EL PROCESO ESPAÑOL DE ARBITRAJE
José Luis González-Montes

EL REQUISITO DE LA FORMA ESCRITA DEL ACUERDO ARBITRAL
Julio González-Soria

LA VALIDEZ DE LA CLÁUSULA ARBITRAL EN LA LEY ESPAÑOLA Y EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES
Montserrat Guzmán Peces

LOS EFECTOS DEL CONCURSO INTERNACIONAL SOBRE EL CONVENIO ARBITRAL: UNA APROXIMACIÓN EUROPEA
José Luis Iriarte Ángel
Marta Casado Abarquero

EL ACUERDO ARBITRAL. APUNTES TEÓRICOS Y PRÁCTICOS
Javier Íscar de Hoyos

TOMO II

ESPAÑA

EL CONVENIO ARBITRAL: LOS REQUISITOS PARA SU EXISTENCIA Y VALIDEZ. FUENTES NORMATIVAS Y PANORAMA JURISPRUDENCIAL ESPAÑOL
Raúl Jiménez

EL PACTO DE NEGOCIAR CON ANTERIORIDAD A LA INICIACIÓN DEL ARBITRAJE
Álvaro López de Argumedo Piñeiro

LA DENOMINADA *"ACTE DE MISSION"* DE LA CCI Y SU CONCEPTUACIÓN COMO CONVENIO ARBITRAL EN LA JURISPRUDENCIA ARBITRAL ESPAÑOLA
Antonio María Lorca Navarrete

CONSIDERACIONES SOBRE EL CONVENIO ARBITRAL MULTIPARTITO
José F. Merino Merchán

LA VALIDEZ DEL CONVENIO ARBITRAL EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL: UNA APROXIMACIÓN DESDE EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL
José Luis Meseguer Velasco

EL CONVENIO ARBITRAL EN LA LEY ESPAÑOLA 60/2003
Manuel Olivencia

LA PRESUNCIÓN LEGAL DE SOMETIMIENTO AL ARBITRAJE
Pilar Perales Viscasillas

SOBRE LA NOCIÓN DE ARBITRABILIDAD EN SUPUESTOS INTERNACIONALES
Fernando Pombo

LA CLÁUSULA ARBITRAL ESTATUTARIA: BREVES APUNTES SOBRE SU VALIDEZ Y EFICACIA
Mª Victoria Sánchez Pos

EL ACUERDO ARBITRAL EN LA LEY ESPAÑOLA DE ARBITRAJE: LECCIONES APRENDIDAS
Gonzalo Stampa

CLÁUSULAS PATOLÓGICAS: HISTORIAS PARA NO DORMIR
Miguel Temboury Redondo
Elena Gutiérrez García de Cortázar

EL CONVENIO ARBITRAL EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL
Miguel Virgós

ESTADOS UNIDOS

EL ACUERDO ARBITRAL
Oliver J. Armas
Salvador Fonseca
Carlos E. Martínez-Betanzos

¿LA MULTILATERALIZACIÓN DEL ACUERDO ARBITRAL? LA CLÁUSULA DE NACIÓN MÁS FAVORECIDA Y LOS MECANISMOS DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS ENTRE INVERSORES Y ESTADOS EN TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN
Nigel Blackaby
Jean Paul Dechamps

ANTICIPANDO EL *"FAIRNESS IN ARBITRATION ACT"* DE 2009
David D. Caron
Seth Schreiberg

LAS IMPLICACIONES DE LA DOCTRINA DE LA OMISIÓN MANIFIESTA DE LA APLICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN APLICABLE *("MANIFEST DISREGARD OF THE LAW")* EN EL ARBITRAJE COMERCIAL NACIONAL E INTERNACIONAL. POR QUÉ LAS PARTES DEBEN TOMARLA EN CUENTA AL MOMENTO DE REDACTAR SU CLÁUSULA ARBITRAL
Georgina Fabian

DIRECTRICES PRÁCTICAS PARA LA REDACCIÓN DEL ACUERDO ARBITRAL
Arif Hyder Ali
Erica Franzetti

ASPECTOS IMPORTANTES A CONSIDERAR AL NEGOCIAR Y REDACTAR UNA CLÁUSULA ARBITRAL INTERNACIONAL
Richard C. Lorenzo
María Eugenia Ramírez

REVISANDO LA CLÁUSULA DE ARBITRAJE A TRAVÉS DE UNA NUEVA PATOLOGÍA: "LA ENMIENDA JUDICIAL"
Pedro J. Martínez-Fraga

EL CONSENTIMIENTO DE LOS ESTADOS Y EL ARTICULO 25(4) DEL CONVENIO CIADI
Craig S. Miles
Silvia M. Marchili

CLÁUSULAS ARBITRALES PATOLÓGICAS. LA PROBLEMÁTICA DE LAS CLÁUSULAS *"MIX-AND-MATCH"*
Noiana Marigo
Francisco Abriani

FRANCIA

HISTORIA DEL ACUERDO ARBITRAL EN EL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS
Thomas Clay

EL ALCANCE DE LA AUTONOMÍA DEL ACUERDO ARBITRAL EN DERECHO FRANCÉS
Yves Derains
Stéphanie Regidor

LA INTERVENCIÓN DE TERCEROS EN EL ARBITRAJE
Alexis Mourre

GUATEMALA

EL ACUERDO ARBITRAL
Álvaro Castellanos Howell

INGLATERRA

EL ACUERDO ARBITRAL INGLÉS
Christian Leathley

ITALIA

EL ACTUAL DEBATE ITALIANO SOBRE LA AUTONOMÍA DE LA CLÁUSULA COMPROMISORIA
Giorgio Meo

MÉXICO

EL DEBER DE HONRAR EL ACUERDO DE ARBITRAJE
Cecilia Flores Rueda

NOVACIÓN Y ACUERDO ARBITRAL
Francisco González de Cossío

LA CLÁUSULA ARBITRAL: UN ENFOQUE PRÁCTICO
Luis Enrique Graham Tapia

EL ACUERDO ARBITRAL EN CONTRATOS COALIGADOS
Claus von Wobeser

PANAMÁ

DEL CONVENIO ARBITRAL A LA LUZ DEL DERECHO INTERNO E INTERNACIONAL PRIVADO PANAMEÑO
Gilberto Boutin I.

NOTAS SOBRE LA IMPORTANCIA DE UNA ADECUADA EXPRESIÓN DE VOLUNTAD DE LAS PARTES EN EL CONVENIO ARBITRAL
Miriam Giselle Figueroa de Arias

PERÚ

EL CONVENIO ARBITRAL EN LA LEY PERUANA DE ARBITRAJE DE 2008
Carlos Alberto Soto Coaguila

CUANDO EL FIN SÍ JUSTIFICA LOS MEDIOS. EL DEBER DE LOS ÁRBITROS DE PROMOVER UNA SOLUCIÓN AMIGABLE ENTRE LAS PARTES *(SETTLEMENT)* EN EL CONTEXTO DE UN ACUERDO ARBITRAL
José Daniel Amado Vargas
José Carlos Llerena Robles

ACUERDO ARBITRAL Y REGLAS DEL PROCEDIMIENTO: COMENTARIOS A RAÍZ DE LA NUEVA LEY PERUANA DE ARBITRAJE
Natale Amprimo Plá

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL CONVENIO ARBITRAL EN EL DECRETO LEGISLATIVO Nº 1071
Luciano Barchi Velaochaga

¿Y QUIENES ESTÁN INVITADOS A LA FIESTA? LA INCORPORACIÓN DE PARTES NO SIGNATARIAS AL ARBITRAJE Y EL ARTÍCULO 14º DE LA LEY DE ARBITRAJE PERUANA
Alfredo Bullard González

PORTUGAL

DE LA RELEVANCIA DE LA CONVENCIÓN DEL ARBITRAJE EN LA RESOLUCIÓN DE CUESTIONES SUSCITADAS POR LA CONDENA GENÉRICA EN EL ÁMBITO DEL DERECHO PORTUGUÉS DE ARBITRAJE VOLUNTARIO
Sofia Martins
João Vilhena Valério
Paula Adrega Flor

CLÁUSULAS QUE IMPONEN MECANISMOS DE PREVIA CONCILIACIÓN – DE SU EJECUCIÓN Y DE LAS CONSECUENCIAS DE SU INCUMPLIMIENTO
Pedro Metello de Nápoles
José Miguel Júdice

URUGUAY

EL ACUERDO ARBITRAL EN URUGUAY TENDENCIAS JURISPRUDENCIALES
Sandra González
Fernando Gómez

VENEZUELA

EL ACUERDO DE ARBITRAJE EN EL DERECHO VENEZOLANO. ESTUDIO CRÍTICO SOBRE SU EFICACIA EN LA JURISPRUDENCIA RECIENTE DE LOS TRIBUNALES VENEZOLANOS
Ramón J. Alvins Santi
Pedro Saghy Cadenas

EL ESTÁNDAR DE INTERPRETACIÓN APLICABLE AL CONSENTIMIENTO Y A SU REVOCATORIA EN EL ARBITRAJE DE INVERSIONES
Andrés A. Mezgravis

EL PRINCIPIO DE *COMPÉTENCE-COMPÉTENCE* EN VENEZUELA: CRITERIOS SOBRE QUIÉN DETERMINA LA VALIDEZ DE LA CLÁUSULA ARBITRAL
Marcelo Ricigliano Cantos
Diana C. Droulers

EXTENSIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL A PARTES NO SIGNATARIAS Y SU APLICACIÓN A LOS GRUPOS ECONÓMICOS
Carlos Lepervanche Michelena

EL CONVENIO ARBITRAL, LA LEY DE FONDO Y LA APLICACIÓN EN PARTICULAR DE LOS PRINCIPIOS DE UNIDROIT

Juan Eduardo Figueroa Valdés (*)

Sumario: *1. Generalidades. 2. La autonomía de la voluntad de las partes en la elección del derecho aplicable al fondo. 3. Limitaciones a la autonomía de la voluntad de las partes. 4. Las alternativas en la elección del derecho de fondo aplicable. 5. La aplicación de los principios de UNIDROIT como ley de fondo aplicable por los árbitros. 5.1. La aplicación de los principios UNIDROIT como "lex contratus" al estar expresamente pactados. 5.2. La aplicación de los principios de UNIDROIT al pactarse los principios generales de derecho, principios transnacionales, la "lex mercatoria" o usos. 5.3. La aplicación de los principios de UNIDROIT frente a la omisión de las partes de señalar la ley aplicable al contrato. 5.4. La aplicación de los principios de UNIDROIT para complementar e interpretar la lex contratus. 5.5. La aplicación de los principios de UNIDROIT frente a otro tipo de casos y a los arbitrajes de equidad. 6. Conclusiones.*

1. GENERALIDADES

Normalmente, en la negociación de todo contrato comercial internacional, las partes y sus asesores se desvelan por tratar de regular todos los principales aspectos de la relación comercial, muchas veces con un grado de detalle significativo. Sin embargo, no siempre se presta el debido cuidado en la redacción del convenio arbitral, a pesar de constituir, en palabras de Bernardo Cremades, la verdadera carta magna de todo eventual procedimiento arbitral[1]. Es muy importante que las

(*) Árbitro de la International Center for Dispute Resolution, The International Division of the American Arbitration Association. Árbitro del Centro de Arbitrajes y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago de Chile.

1 Cremades, Bernardo. "El Convenio Arbitral". En: *Revista de la Corte Española de Arbitraje,* 2003, pp. 43-70.

partes dejen muy claro en la redacción del mismo sus opciones. El arbitraje es una manifestación de la autonomía de la voluntad y, por lo tanto, en la redacción del convenio arbitral se cristaliza el procedimiento deseado por las partes.

Dentro del contenido facultativo del convenio arbitral, y de los elementos recomendables que debe contener, se encuentran no solo la sede del arbitraje, el número de árbitros y, el idioma del arbitraje, sino también el derecho aplicable al fondo de la disputa. Este último aspecto se incluye generalmente en una cláusula separada y distinta del contrato.

Si bien en algunos arbitrajes comerciales internacionales resulta innecesario referirse a la ley de fondo aplicable, ya que las disputas pueden decidirse en base al contrato suscrito por las partes y a las prácticas y usos comerciales en la industria, es claramente aconsejable determinarla. La definición de ella evita discusiones de las partes sobre cual debería ser el derecho aplicable a una determinada cuestión contractual y, además, dota de mediana certeza a la posición jurídica de cada parte desde el inicio del arbitraje[2]. Así, por ejemplo, si se trata de un conflicto sobre vicios ocultos en una compraventa en una operación entre Francia y España, las consecuencias serán radicalmente distintas según se haya optado por el derecho español o por el derecho francés[3].

Igualmente, el convenir las partes la ley de fondo aplicable al conflicto significa no solo evitar que la decisión de este asunto por los árbitros pudiera resultar una sorpresa desagradable para unas de las partes, sino también una ventaja práctica al momento en que las partes o la institución de arbitraje nominan un árbitro el considerar que se trate de una persona que conozca o está familiarizada con la ley que se debe aplicar[4]. En suma, tal como veremos, la omisión en la determinación del derecho aplicable puede resultar ser un proceso extenso y costoso.

A pesar que la elección de la ley de fondo aplicable por los árbitros no constituye un elemento necesario para la validez del convenio arbitral, de un análisis empírico se demuestra que dentro de los elementos más frecuentemente incorporados al contrato o al propio convenio arbitral en un 77% de los casos sometidos a la Corte de la Cámara de Comercio Internacional, en adelante CCI, se indicaba una referencia a la ley de fondo aplicable[5].

A partir de lo anterior, resulta de especial interés estudiar cómo juega la

---

2 Conejero Ross Cristián. "¿Cláusulas amplias o cláusulas detalladas? Lecciones y reflexiones bajo la Convención de Nueva York". En: *El Arbitraje Comercial Internacional*, *Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50 aniversario*. Argentina: Editorial Abeledo Perrot, 2008, pp. 147-167.

3 Cremades Bernardo. *Op. cit.;* p. 53.

4 Bond, Stephen R. How to Draft an Arbitration Clause. En: *Journal of International Arbitration.* Vol. 6. Nº 2, 1989, pp. 65-78

5 2001 12 -1- ICC Bulletin 7.

autonomía de la voluntad en la elección de la ley de fondo aplicable; qué limitaciones tiene; cuáles son las alternativas de elección que las partes tienen; y, en ausencia de tal elección, si los árbitros pueden resolver aplicando como ley de fondo los principios de Unidroit, como manifestación de la *lex mercatoria*; temas que a continuación nos avocaremos a dilucidar.

2. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES EN LA ELECCIÓN DEL DERECHO APLICABLE AL FONDO

La autonomía de la voluntad de las partes que celebran un contrato comercial internacional para elegir por sí mismas el derecho aplicable al fondo, ha recibido un amplio reconocimiento no solo por la doctrina sino también por los convenios internacionales, por los ordenamientos jurídicos nacionales, como igualmente por los tribunales nacionales y arbitrales.

En materia de reconocimiento en convenios internacionales, el Convenio de Roma[6], que rige las obligaciones contractuales dentro de la Unión Europea, reconoce como principio básico el derecho de las partes del contrato a elegir, ya sea en forma expresa o implícita, el derecho por el que se regirá su relación contractual.

Luego, el Convenio de Ginebra, para los arbitrajes internacionales sometidos a su régimen, dispone que "[L]as partes podrán, según su libre criterio, determinar de común acuerdo la ley que los árbitros habrán de aplicar al fondo de la controversia", fijando como normativa que se aplicará supletoriamente, en defecto de tal acuerdo, la correspondiente a "[l]a ley procedente de conformidad con la regla de conflicto que los árbitros estimaren apropiada en el caso en cuestión". Concluye el precepto que "[l]os árbitros tendrán en cuenta las estipulaciones del contrato y los usos mercantiles"[7].

Por su parte, el Convenio de Washington sobre arbitraje de inversiones entre un Estado y los nacionales de otro Estado, dispone: "[E]l Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieran ser aplicables"[8].

Enseguida, el Reglamento de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, en adelante CNUDMI, más conocido por su sigla en inglés UNCITRAL, señala: "[E] l tribunal arbitral aplicará la ley que las partes hayan indicado como aplicable al fondo del litigio. Si las partes no indican la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables"[9].

---

6 Se puede consultar en: Diario Oficial de la Unión Europea L266/1.

7 Convenio de Ginebra. art. VII.1

8 Convenio de Washington, art. 42.

9 Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, artículo 33 -1-.

Entre las reglas adoptadas por las instituciones arbitrales, el Reglamento de la CCI dispone: "1. [L]as partes podrán acordar libremente las normas jurídicas que el Tribunal Arbitral deberá aplicar al fondo de la controversia. A falta de acuerdo de las partes, el Tribunal Arbitral aplicará las normas jurídicas que considere más apropiadas. 2. En todos los casos, el Tribunal Arbitral deberá tener en cuenta las estipulaciones del contrato y los usos comerciales pertinentes"[10].

En sus orígenes, la regla de la autonomía se relacionaba con la libertad de elegir el derecho aplicable al fondo al momento de celebrar el contrato, e incluso para modificarlo posteriormente[11]. Sin embargo, actualmente, se extiende a la facultad de las partes para elegir el derecho tal como deberá aplicárselo en el momento de la controversia[12].

Podemos concluir, tal como lo hace el profesor Grigera Naon[13] que, en materia de arbitraje comercial internacional, la autonomía de la voluntad de las partes para elegir el derecho de fondo aplicable a la controversia constituye un principio rector, que se encuentra orientado, en términos generales , a favorecer y proteger las características auto regulatorias del arbitraje comercial internacional, que incluyen la marcada autonomía conferida a las partes y subsidiariamente a los árbitros para determinar el derecho aplicable al fondo.

3. LIMITACIONES A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES

La autorregulación por las partes en cuanto al régimen normativo sustancial aplicable al contrato, debe reconocer o compatibilizarse con limitaciones o atenuaciones heterónomas, que tutelan intereses más allá del de los intervinientes en el contrato, debiendo, en todo caso, la elección del derecho aplicable efectuarse de buena fe y no contrariar el orden público.

Al respecto, el Convenio de Roma no permite que la elección de un ordenamiento extranjero prevalezca sobre las normas jurídicas obligatorias de un país al que apuntan todos los elementos fácticos del contrato, de modo tal, por ejemplo, de no autorizarse la elección de un sistema extranjero con fines de evasión fiscal, pudiendo el tribunal pertinente, aplicar las leyes nacionales de orden público, tal como ocurrió en el caso *Soleimany c Soleimany*, en que el Tribunal de Apelación de Inglaterra se negó a conceder la ejecución de un laudo dado que la operación, si bien no era ilegal con arreglo al derecho

---

10 Reglamento de Arbitraje de la CCI, artículo 17 -1,2-.

11 Así, por ejemplo, está contemplado en el Convenio de Roma, art. 3, que considera la posibilidad de elegir el derecho aplicable o modificar dicha elección en cualquier momento con posterioridad a la celebración del contrato por acuerdo de las partes.

12 Redfern, Alan y Hunter, Martín. "Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional". En: *La Ley.* 4ª edición. Argentina, 2007, p. 175.

13 Grigera Naon, Horacio. "El derecho aplicable en el arbitraje comercial internacional". En: *El Contrato de Arbitraje*. Colombia: Editorial Legis, 2005, pp. 607-617.

Libro Convenio Arbitral -Tomo 1.indb 334 05/04/2011 9:35:19

aplicable, sí lo era con arreglo al derecho inglés[14].

Los árbitros internacionales al adoptar sus decisiones deben considerar no solo la ley de fondo elegida por las partes, sino tener en cuenta o aplicar normas imperativas o de orden público no pactadas por las partes pertenecientes, por ejemplo, al ordenamiento jurídico del lugar del arbitraje o que presente contactos preponderantemente significativos con la controversia o las partes. Tratándose del orden público deben considerar no solo el de un derecho nacional determinado, sino también el orden público transnacional o internacional, que se encontraría conformado por los principios y normas destinados a la protección de los valores, derechos o preceptos esenciales, tales como los derechos humanos consagrados por el derecho internacional, el principio de la buena fe y del debido proceso, la proscripción de practicas corruptas o fraudulentas, incluido el fraude a la ley[15].

Con todo, para evitar la incertidumbre que podría significar que los árbitros internacionales al resolver se aparten del derecho de fondo elegido por las partes, deben esmerarse por explicar los motivos razonablemente objetivos por los cuales la solución de fondo alcanzada, en su contenido sustantivo, es compatible con las normas y principios imperativos o de orden público aplicables a casos internacionales de los ordenamientos jurídicos que presentan contactos significativos con la controversia en cuestión.

No debemos olvidar que si los árbitros internacionales so pretexto de aplicar la ley de fondo elegida por las partes, deciden la controversia en violación al orden público o de las normas de policía del país donde tiene su sede el arbitraje, junto con ignorar el principio de la efectividad, conduciría a la nulidad del laudo, lo cual no puede haber sido la intención de las partes que proceden conforme al principio de buena fe al convenir el arbitraje.

4. LAS ALTERNATIVAS EN LA ELECCIÓN DEL DERECHO DE FONDO APLICABLE

Establecida la libertad que tienen las partes para determinar el derecho de fondo aplicable al contrato, resulta interesante analizar qué alternativas ellas pueden disponer y qué lo que les conviene elegir, esto es, solo un ordenamiento jurídico nacional o pueden extenderse mas allá, a un derecho transnacional, como por ejemplo, a la *lex mercatoria* o a los principios de UNIDROIT , o también a otras opciones, tales como el aplicar derechos concurrentes o, por último, el convenir que las controversias sean resueltas en equidad.

Es usual que en la mayor parte de los contratos comerciales internacionales, incluidos aquellos en que es parte un Estado o un organismo estatal, que las partes elijan un ordenamiento jurídico nacional como ley de fondo aplicable al contrato, lo que facilita determinar

---

14 Redfern, Alan y Hunter, Martín. *Op. cit.;* p. 176.

15 Grigera Naon , Horacio. *Op. cit.;* pp. 612-613.

los derechos y obligaciones de las partes, de modo que en caso de surgir una controversia, los asesores de los contratantes puedan informar a sus clientes con razonable certeza respecto de su situación jurídica o darles una estimación amplia de las probabilidades de éxito o fracaso.

Sin embargo, la elección del ordenamiento jurídico nacional más adecuado resulta muchas veces difícil de realizar e implica riesgos. Pueden surgir problemas incluso en aquellos países que favorecen el comercio y desarrollo internacional, por ejemplo, si el Estado impone restricciones laborales o a la importación que tornen más oneroso el cumplimiento del contrato[16]. En razón de lo anterior, especialmente, en contratos de larga ejecución, se incorporan cláusulas de revisión, las de excesiva onerosidad sobreviniente y de fuerza mayor, todas las cuales contribuyen a mantener el equilibrio de la relación contractual, incluso, en algunos contratos las partes "*congelan*" el derecho nacional al acordar que el derecho del Estado parte se aplicará tal cual se encontraba vigente a una fecha determinada. Sin embargo, bien podría el Estado parte, igualmente, sancionar una ley que anule la aplicación de semejantes cláusulas dentro de su territorio, por lo que la solución del "*congelamiento*" puede resultar contraria a las realidades políticas, sociales y económicas. Sobre el particular, cabe recordar la decisión del caso *Aminoil* en que el tribunal arbitral determinó, interpretando la cláusula de estabilización del contrato de concesión –que debía extenderse por 60 años– que no impedía el acto de nacionalización por parte del gobierno de Kuwait[17], lo que viene a confirmar la poca eficacia práctica que tienen este tipo de estipulaciones.

Igualmente, es posible identificar al "*derecho internacional*", como derecho de fondo de un contrato, especialmente cuando se trata de un contrato suscrito con un Estado o un organismo estatal. Al respecto, cabe recordar las palabras de la jueza de la Corte Internacional de Justicia, Rosalyn Higgins, que plantea que no existe ningún motivo por el cual una persona no pueda invocar directamente el derecho internacional y resultar beneficiada por éste[18].

Por otro lado, en el afán de buscar un derecho "*neutral*" aplicable como ley de fondo al contrato surge la teoría del "*tronc commun*" o "derechos concurrentes o combinados", que se traduce en identificar los elementos comunes de los dos ordenamientos jurídicos de las partes intervinientes en el contrato y su aplicación a las cuestiones controvertidas. Ello surge como una renuncia que efectúan las partes de un contrato a aplicar su respectivo derecho nacional. Sin embargo, la experiencia arbitral indica que esta no ha sido una buena solución. Uno de los casos más emblemáticos en la aplicación de la combinación de ordenamientos jurídicos

---

16 Redfern, Alan y Hunter, Martín. *Op. cit.*; pp 178-179.

17 Arbitraje del caso Aminoil -1982- 21 I.L.M 976, voto disidente de sir Gerald Fitzmaurice.

18 Higgins, Rosalyn, "Problems & process: International Law and how we use it". En: *Clevedon Press, Oxford,* 1994, p.54.

Libro Convenio Arbitral -Tomo 1.indb 336 05/04/2011 9:35:19

fue el proyecto de construcción del Túnel del Canal de la Mancha, una de las principales obras de ingeniería en el siglo xx, donde se acordó que el contrato "[s]e regirá e interpretará en todos los aspectos de conformidad con los principios comunes del derecho inglés y del derecho francés y, ante la falta de tales principios en común, con los principios generales del derecho del comercio internacional según hayan sido aplicados por los tribunales nacionales e internacionales"[19].

En este caso, el sistema jurídico híbrido elegido presentó –según explica uno de los jueces– un atractivo superficial, pero sospechoso que generó una extensa y costosa controversia. Ello fue ratificado por uno de los abogados externos del grupo constructor, quien, por su parte, expresó: "[e]l motivo principal de la dificultad que importa la aplicación de una cláusula que prevé el uso de principios comunes entre el derecho inglés y el derecho francés es que, si bien ambos sistemas tienden a generar resultados similares o idénticos, no llegan a aportar el conjunto de principios comunes que se necesitan para cubrir todas las controversias contractuales"[20].

5. LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE UNIDROIT COMO LEY DE FONDO APLICABLE POR LOS ÁRBITROS

Establecida anteriormente la autonomía que tienen las partes para elegir la ley de fondo aplicable, y las limitaciones a dicha autonomía, resulta de especial interés preguntarse si los árbitros internacionales al resolver la controversia podrían desvincularse del ordenamiento estatal que pudiera resultar aplicable y aplicar la llamada "*lex mercatoria*"[21], entendida como un sistema normativo autónomo de origen transnacional y no codificado, integrado por los principios, usos, costumbres y prácticas reguladoras del tráfico jurídico internacional; y luego aplicar como manifestación de dicha "*lex mercatoria*" los principios de UNIDROIT[22] sobre contratos comerciales internacionales.

Los principios de UNIDROIT constituyen la nueva "*lex mercatoria*", integrando conceptos que son parte de la "*lex mercatoria*" aunque no son

---

19 Channel Tunnel Group Ltd c/ Balfour Beatty Construction Ltda., 1992.

20 Redfern, Alan y Hunter, Martin. *Op. cit*.; pp.188-189.

21 La *lex mercatoria*, tuvo su antecesor en el *ius gentium romano,* descrito como fuente autónoma del derecho aplicable a las relaciones económicas entre ciudadanos y extranjeros, conforme a la explicación dada por el profesor Goldman, reproducida por Alan Redfern y Martin Hunter. *Op. cit*.; p. 192.

22 El Instituto para la Unificación del Derecho Privado –UNIDROIT– es una organización intergubernamental creada en el año 1926 al amparo de la Liga de las Nacionales, cuyo propósito es preparar las vías de adopción gradual por parte de los Estados miembros, que hoy son más de 60 , de reglas uniformes de derecho privado; armonizar las normas internacionales con la promoción de intereses específicos de determinados sectores profesionales o comerciales; y reducir los costos de los negocios y promover una competencia libre entre empresas de los distintos Estados asociados.

fuente de ésta[23]; son una reformulación de los principios generales del derecho contractual, y se refieren no solo a la interpretación y cumplimiento de obligaciones contractuales sino también se ocupan de las negociaciones tendientes a la formación de los contratos[24]. Mediante ellos se persigue consagrar un conjunto neutral de reglas que puedan utilizarse en todo el mundo sin ningún tipo de parcialidad a favor de determinado ordenamiento jurídico y en detrimento de otro[25].

Así, por ejemplo, los árbitros internacionales han aplicado o considerado en sus laudos arbitrales, preferentemente, los principios siguientes: de la buena fe y lealtad negocial (artículo 1.7); las normas sobre interpretación de los contratos (artículos. 4.1 al 4.5); obligación de cooperación entre las partes (artículo 5.1.3); excesiva onerosidad o hardship (artículos. 6.2.1 al 6.2.3); suspensión del cumplimiento (artículo 7.1.3); certeza del daño (artículo 7.4.3); atenuación del daño (artículo 7.4.8) e intereses por falta de pago de dinero (artículo 7.4.9)[26].

Con el objeto de poder determinar en qué casos los árbitros internacionales podrían aplicar los principios de UNIDROIT, conviene recordar lo consignado en el propio preámbulo de su formulación, que señala que ellos deben aplicarse cuando las partes hayan acordado en su contrato se rija por ellos[27]; que pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por principios generales de derecho, la "*lex mercatoria*" o expresiones semejantes; cuando las partes no han escogido el derecho aplicable al contrato; para interpretar o complementar el derecho nacional; y como modelo para los legisladores nacionales e internacionales; situaciones que pasamos a estudiar.

5.1. La aplicación de los principios UNIDROIT como *"lex contratus"* al estar expresamente pactados

A diferencia de los tribunales nacionales, los árbitros internacionales no tienen una "*lex fori*" en el sentido de ley de fondo aplicable por el solo hecho que el tribunal está establecido en un determinado país. La elección del lugar del arbitraje no determina la aplicación de la ley de fondo, pero sí la "*lex arbitri*". Tradicionalmente, las "*leges arbitri*" obligaban a los árbitros a aplicar la ley nacional para determinar la ley de fondo aplicable. Sin embargo, en la actualidad, las leyes de arbitraje modernas, facultan

---

23 MAYER, Pierre. "The rol of the UNIDROIT Principles in ICC arbitration practice". En: *Boletín* ICC *suplemento especial,* denominado UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. Reflections on their Use in International Arbitration, 2002, p. 111.

24 Pueden consultarse en: www.unidroit.org. Ellos fueron revisados en el año 2004.

25 REDFERN, Alan y HUNTER, Martin. *Op. cit.;* p. 195.

26 MAYER, Pierre. *Op. cit.;* pp. 106-107.

27 En el propio texto de la formulación de los principios se sugiere el uso de la siguiente cláusula "*El presente contrato se rige por los Principios* UNIDROIT *2004, excepto en lo que respecta a los Artículos".*

a los árbitros para determinar la ley aplicable.

En la práctica, los tribunales arbitrales cuando las partes han acordado, ya sea en el contrato o en el procedimiento arbitral, que la controversia sea resuelta conforme a los principios de UNIDROIT, aplican éstos. Así, por ejemplo, en un conflicto entre una compañía italiana y una compañía estadounidense que habían celebrado un contrato de representación comercial, en que no había opción de legislación, las partes acordaron que la disputa fuera resuelta de acuerdo con los principios UNIDROIT atemperado por la equidad[28]. Igualmente, en un conflicto entre un organismo comercial ruso y una compañía de Hong Kong, que celebraron un contrato de venta, donde no pactaron una opción legislativa, las partes una vez surgido el conflicto acordaron que el tribunal arbitral debía aplicar los principios UNIDROIT para resolver cualquier duda que no estuviera expresamente en el contrato[29].

Sin embargo, bien podría ocurrir que las partes hubieren elegido como ley aplicable una ley nacional conjuntamente con los principios de UNIDROIT, y si ambos entran en conflicto, el tribunal arbitral deba determinar cual fue la intención de las partes, esto es, qué normativa debe aplicarse preferentemente. En todo caso, las normas imperativas de la legislación nacional deben prevalecer sobre los principios de UNIDROIT[30].

Igualmente, las partes al convenir la aplicación de los principios de UNIDROIT podrían restringir su uso solo para interpretar o complementar los acuerdos contractuales o la ley nacional elegida. Así, por ejemplo, se hizo en el caso ICC número 8331 (1998), en que las partes acordaron que el tribunal arbitral aplicara los acuerdos entre ellas, y en lo que encontrara necesario y apropiado los principios de UNIDROIT[31].

5.2. La aplicación de los principios de UNIDROIT al pactarse los principios generales de derecho, principios transnacionales, la *"lex mercatoria"* o usos

Si las partes han convenido que sus controversias sean decididas conforme a los principios generales de derecho, principios transnacionales, la *"lex mercatoria"* o usos, sin señalar expresamente la aplicación de los principios de UNIDROIT, corresponde preguntarse si es posible aplicar éstos por parte de los árbitros.

No solo el preámbulo de la formulación de los principios de UNIDROIT

---

28 Sentencia arbitral de 1 de Diciembre de 1996, de la Cámera Arbitrale Nazionale e Internazionale di Milano, consultada en: www.unilex.info

29 Sentencia arbitral de 20 de enero de 1997, de la Corte de Arbitraje Internacional de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación Rusa, consultada en: www.unilex. info

30 R. Michales in S. Vogenauer & Kleinheisterkamp (–eds–). Commentary on the UNIDROIT *Principles on International Commercial Contracts –PICC-OUP 2009–* para 11, p.86.

31 Consultado en: www.unilex.info.

– tal como hemos visto anteriormente– se pronuncia afirmativamente, sino también la doctrina y los propios tribunales arbitrales.

Las partes al convenir la aplicación de principios generales de derecho, principios transnacionales, la "*lex mercatoria*" o usos, lo que busca es escapar muchas veces a la imprecisión de la normativa nacional para solucionar conflictos de comercio internacional; las partes desean elevar el contrato desde un nivel nacional o uno internacional, y que los conflictos sean resueltos conforme a criterios internacionales más que locales; y también suele ocurrir que no están de acuerdo en la aplicación de una normativa nacional específica. En estos casos, la aplicación de los principios de UNIDROIT por parte de los árbitros internacionales, como manifestación de normativa transnacional, se encuentra plenamente justificada. Con todo, en cada caso en particular, deberá desentrañarse la intención de las partes, en el sentido que si al referirse a "*principios generales*" se ha querido expresar una opción negativa, excluyendo la aplicación de los principios de UNIDROIT[32].

En el caso CCI número 7110, en que en varios contratos suscritos entre una empresa inglesa y una agencia gubernamental extranjera, relativos a la venta, mantenimiento y operación de equipos, se contenía una cláusula según la cual las disputas se resolverían conforme a la justicia natural, el tribunal arbitral estimó que la voluntad de las partes había sido excluir la aplicación de cualquier derecho nacional, conviniendo en un arbitraje comercial internacional, justificando la aplicación de los principios UNIDROIT por tener un amplio reconocimiento internacional y reflejar los usos y las prácticas internacionales[33].

Por su parte, en el caso CCI número 8264, en que las partes habían acordado que la ley aplicable fueran la de Algeria, los principios generales de derecho y los usos internacionales, el tribunal arbitral aplicó el artículo 7.4.3 de los principios de UNIDROIT en lo tocante a la certeza del daño y la compensación por pérdida de una expectativa, por considerar que se trata de normas ampliamente aceptadas en los diversos sistemas legales y en la práctica de los contratos internacionales[34].

La misma solución ha sido adoptada cuando la referencia en el contrato a los principios generales de derecho, a la "*lex mercatoria*" es combinada con la elección de una ley nacional. Así , por ejemplo, fue resuelto por los árbitros en el conflicto derivado de la construcción del Metro en Atenas, Grecia, donde el contrato estipulaba que la ley nacional elegida debía ser leída, construida e

---

32 R. Michels, in S.Vogenauer & J.Kleineisterkamp. *Op. cit.;* pp. 88-89.

33 Lew, Julian. "The Unidroit Principles as Lex Contratus chosen by the parties and without an explicit Choice-of. Law clause: the perspective of Counsel". En: *Boletín* ICC *suplemento especial*, denominado UNIDROIT Principales of International Commercial Contracts. Reflections on their Use in International Arbitration, 2002, p. 92

34 Sentencia arbitral comentada por: R. Michels, in S.Vogenauer & J.Kleineisterkamp. *Op. cit.;* p. 88.

Libro Convenio Arbitral -Tomo 1.indb 340 05/04/2011 9:35:21

implementada conforme a la ley suiza y a los usos internacionales aplicables a los *Joint-Ventures*, donde el tribunal arbitral resolvió aplicar los principios de UNIDROIT[35].

Con todo, tratándose de los usos en el comercio internacional, desde el momento que no están expresamente mencionados en el Preámbulo de los principios de UNIDROIT, la referencia a ellos en el convenio arbitral o en las reglas de arbitraje, tal como, por ejemplo, en el artículo 17 de las reglas de la CCI, no debe ser interpretada como una directriz para aplicar dichos principios[36]. Los usos son solo una práctica habitual entre las partes o los actores de una misma industria. Sin embargo, no son lo mismo que los principios generales de derecho.

5.3. La aplicación de los principios de UNIDROIT frente a la omisión de las partes de señalar la ley aplicable al contrato

Las leyes de arbitraje y las reglas de arbitraje entregan usualmente una amplia discreción al tribunal arbitral para que determine la norma de fondo aplicable. Sin embargo, el nivel de discrecionalidad no es siempre el mismo. Por ejemplo, las reglas de la CCI, señalan que el tribunal arbitral aplicará la ley que determine más apropiada. Por su parte, las reglas suizas, indican que el tribunal arbitral aplicará la ley respecto a la cual la disputa tenga la más cercana conexión[37].

Los árbitros internacionales al determinar el derecho aplicable, frente a la omisión de los contratantes en indicarlo en el contrato, deben responder, tal como lo señala YVES DERAINS, a las legítimas expectativas de las partes, para lo cual el uso de normas neutrales tales como los principios de UNIDROIT constituye una excelente opción[38].

Lo anterior no significa que exista una carta blanca para que los árbitros apliquen siempre los principios de UNIDROIT en ausencia de una opción de legislación contenida en el contrato. Como regla, tal como lo consignan los comentarios a dichos principios entregados por sus redactores, el tribunal arbitral deberá determinar, en primer lugar, si existe una particular ley nacional aplicable; si el contrato presenta factores de conexión con varios países, pero ninguno de ellos muestra una conexión que justifique la aplicación de una ley nacional; los principios de UNIDROIT podrán ser aplicados si se puede inferir de las circunstancias que las partes

---

35 *Ibídem;* p. 88.

36 *Ibídem;* p. 89. En sentido contrario, puede consultarse el caso CCI 10002, de Octubre de 2000, en que la ley de Lituania se aplicó al fondo, sin embargo, el tribunal arbitral indicó en el laudo arbitral dentro de los usos comerciales habituales los principios de UNIDROIT.

37 Artículo 17 -1- de las reglas de la CCI y artículo 33 -1- de las reglas suizas.

38 DERAINS, Yves. "The role of the UNIDROIT Principles in International Commercial Arbitration. A European Perspective". En: *Boletín* ICC *suplemento especial,* denominado UNIDROIT Principales of International Commercial Contracts. Reflections on their Use in International Arbitration, 2002, pp. 9-20.

Libro Convenio Arbitral -Tomo 1.indb 341 05/04/2011 9:35:22

quisieron excluir la aplicación de toda ley nacional[39].

Con todo, es aconsejable que el tribunal arbitral oiga a las partes acerca de una posible aplicación de los principios de UNIDROIT y que las invite a formular sus presentaciones considerando dichos principios, de modo que la aplicación de los mismos no resulte una sorpresa para las partes, que pudiera constituir una violación del derecho fundamental de las partes a presentar su caso[40].

Por otro lado, debemos considerar que la aplicación de los principios de UNIDROIT por parte de los árbitros internacionales podría derivar de una elección negativa de ley aplicable. En muchos casos, el contrato no excluye expresamente la aplicación de una ley nacional sino que simplemente guarda silencio; también puede ocurrir que las partes no logren acuerdo respecto a la ley de fondo aplicable, en cuyo caso puede interpretarse como una elección negativa de ley. Cuando un arbitraje involucra a un Estado, los árbitros son más proclives a admitir la elección negativa de ley aplicable, prefiriendo en dicho caso aplicar los principios de UNIDROIT por sobre una ley nacional. Así ha quedado demostrado, por ejemplo, en los casos CCI números 7.110, 7375 y 8261[41].

Igualmente, los principios de UNIDROIT podrían ser empleados como "*lex contratus*" en el evento que en el contrato se designen dos o más leyes nacionales que se neutralicen entre ellas. En este caso, las partes podrían acordar dividir la elección de ley de fondo, en términos que algunas materias sean resueltas conforme a una ley nacional específica y otras de acuerdo a los principios de UNIDROIT. Fue lo que precisamente ocurrió en el caso ICC número 9479, en que las partes eligieron la ley de Nueva York aplicable solo a cuestiones relativas a la validez del contrato, sin señalar otra ley aplicable a los demás asuntos que se plantearan, en cuyo caso el tribunal arbitral resolvió aplicar el contrato, complementado por los principios de UNIDROIT[42].

5.4. La aplicación de los principios de UNIDROIT para complementar e interpretar la *lex contratus*

Tal como lo reconoce la Doctrina, el mayor uso que los tribunales arbitrales han dado de los principios de UNIDROIT ha sido como instrumento de interpretación de las leyes nacionales aplicables a un contrato internacional, como auxiliares y complementarios de la ley de fondo aplicable, sin excluir por ello la aplicación de las primeras, sino, por el contrario, ayudando a una aplicación más adecuada al carácter internacional del contrato[43].

---

39 R. Michels, in S.Vogenauer & J.Kleineisterkamp. *Op. cit.;* p. 91.

40 *Ibídem;* p. 92.

41 Mayer, Pierre. *Op. cit.;* p 111.

42 Sentencia Arbitral de Febrero de 1999, publicada en ICC Int l Ct Arb. Bull 67.

43 García Pujol, Ignacio. "La lex mercatoria y los principios de UNIDROIT en el arbitraje comercial internacional. Análisis de una nueva tendencia jurisprudencial". En: *libro Estudios de Arbitraje.* Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 620.

Libro Convenio Arbitral -Tomo 1.indb 342 05/04/2011 9:35:22

La aplicación de los principios de UNIDROIT para determinar si una cláusula de un contrato es exigible puede resultar muy importante. Por ejemplo, en un contrato de construcción en que se establezca que el contratista no será responsable por el lucro cesante resultante del incumplimiento del contrato, ya sea por culpa o por cualquier otra inobservancia. Cabe preguntarse, cómo podría un tribunal arbitral interpretar esta cláusula si la legislación nacional aplicable nada dice al respecto? El artículo 7 (1) (6) de los principios de UNIDROIT nos dan la respuesta, al establecer que: "[U]na cláusula que limita o excluye la responsabilidad de una parte por incumplimiento o que le permita ejecutar una prestación sustancialmente diversa de lo que la otra parte razonablemente espera, no puede ser invocada si fuere manifiestamente desleal hacerlo, teniendo en cuenta la finalidad del contrato"[44].

Por otro lado, atendida las características propias de los contratos comerciales internacionales, suele ocurrir que la ley nacional elegida por las partes como ley de fondo aplicable, presente vacíos o sea inadecuada para resolver las diversas cuestiones que se plantean. Así, por ejemplo, en el caso CCI 8486, una empresa turca encargó la compra de la producción de azúcar a una compañía alemana. Sin embargo, la empresa turca no pudo pagar por cambios económicos inesperados en el mercado azucarero de su país. Ello conforme a la ley alemana permitía declarar terminado el contrato. Sin embargo, el tribunal arbitral, estimó que dentro de un contexto internacional debía prevalecer por sobre la ley alemana aplicable al contrato el principio de la excesiva onerosidad o *hardship*, por verse alterado el equilibrio del contrato por sobrevenir ciertos eventos, reconocido por UNIDROIT[45].

Igualmente, existen innumerables ejemplos de sentencias arbitrales en que se ha consignado *"obiter dicta"* que la solución adoptada por el derecho nacional refleja un consenso internacional, reconociendo los principios de UNIDROIT. Es así como los tribunales arbitrales han usado especialmente los principios de UNIDROIT como ratificación de las normas de derecho nacional, especialmente en las siguientes materias: en las reglas de interpretación de los contratos (casos CCI 9651 y 10.355), los principios de buena fe negocial (casos CCI 9753 y 10346); del nominalismo monetario (caso CCI 8240); determinación de precios (caso CCI 7819); cuantificación de las pérdidas (caso CCI 9950); perdida de utilidades (caso CCI 10.346); mitigación de daños (caso CCI 9594); excesiva onerosidad (caso CCI 9994)[46].

En el ámbito de los arbitrajes del CIADI también han sido empleados los principios de UNIDROIT para complementar la legislación nacional aplicable. Así, por ejemplo, ocurrió en el caso *African Holding Company et al vs.*

---

44 REDFERN, Alan y HUNTER, Martín. *Op. cit.;* p. 198.

45 Sentencia arbitral referida en el ICC Bul. 88. año 1999, p. 91.

46 R. MICHELS, IN S.VOGENAUER & J.KLEINEISTERKAMP. *Op. cit.;* p. 99.

Congo[47], en que se aplicaron los principios contenidos en los artículos 1.2, sobre la libertad de forma de los contratos, en que no necesariamente deben constar por escrito y 7.1.1., sobre la definición amplia de incumplimiento.

También, cabe consignar que los tribunales arbitrales han empleado los principios de UNIDROIT para complementar e interpretar instrumentos internacionales uniformes. Así, por ejemplo, al interpretar las normas sobre compraventa internacional de mercaderías, el tribunal arbitral aplicó los principios de UNIDROIT como norma complementaria en virtud de los poderes conferidos conforme al artículo 17(1) de las reglas de CCI[48].

En el mismo sentido pueden consultarse igualmente los laudos arbitrales número 100 de la Corte de Arbitraje Internacional de la Cámara de Comercio y de la Industria de la Federación Rusa, de fecha 19 de Mayo de 2004; y aquel dictado por la Corte Mediadora del Pueblo de Xiamen, China, en el año 2006, en el caso *Xiamen Xiang Yu Group vs. Mechel Trading AG*[49].

5.5. La aplicación de los principios de UNIDROIT frente a otro tipo de casos y a los arbitrajes de equidad

En la versión revisada de los principios de UNIDROIT del año 2004, en sus comentarios oficiales, se precisó que los casos indicados en el preámbulo no eran taxativos, de modo que dichos principios también podrían aplicarse a otro tipo de situaciones, como por ejemplo, como "*lex contratus*" si el contenido de la ley nacional aplicable no es posible establecerlo. Igualmente, podrían aplicarse, *verbi gratia*, si el tribunal arbitral decide no aplicar una ley nacional, sino solo las estipulaciones del contrato, el cual no contiene la ley de fondo aplicable y es difícil determinarla por existir conexiones con varias leyes. Así ha sido reconocido en el caso CCI 8261, en la sentencia dictada con fecha 27 de Septiembre de 1996[50].

Finalmente, cabe consignar que tratándose de los arbitrajes *ex a quo et bono*, en los cuales las partes expresamente facultan al tribunal arbitral para resolver sin la obligación de aplicar el derecho, la extensión de dicha facultad difiere dependiendo del contrato y de la ley nacional aplicable. Al efecto, puede significar que el tribunal arbitral debe aplicar las normas jurídicas de la controversia, pero pasar por alto aquellas que son meramente formalistas; debe aplicar las normas jurídicas aplicables a la controversia, pero puede pasar por alto aquellas que parezcan acarrear efectos demasiado rigurosos o injustos para el caso específico; debe decidir en conformidad con los principios generales de derecho; o puede ignorar por completo las normas jurídicas y decidir el

---

47 Caso ARB 05/21, sentencia arbitral de fecha 28 de Julio de 2008, publicada en: www.icsid.worldbank.org.

48 Sentencia Arbitral CCI 8547, que puede consultarse en: www.unidroit.org.

49 Estas sentencias pueden consultarse en: www.unilex.info.

50 R. Michels, in S.Vogenauer & J.Kleineisterkamp. *Op. cit.;* p. 101.

fondo según entienda el tribunal arbitral. En general, la doctrina rechaza esta última opción, los autores parecen sostener que incluso cuando el tribunal arbitral decida en equidad, debe hacerlo de conformidad con algún principio jurídico generalmente aceptado[51].

Estimamos que los principios de UNIDROIT pueden ser muy útiles para que los árbitros internacionales puedan fundar sus sentencias al resolver *ex a quo et bono*, a pesar que entre los redactores de dichos principios no hubo unanimidad en usarlos con dicho propósito.

6. CONCLUSIONES

Al momento de redactar un contrato comercial internacional es útil tener en consideración no sólo los elementos propios de todo convenio arbitral, sino, especialmente, regular cual debiera ser la ley de fondo aplicable a las disputas que pudieran surgir entre las partes.

Frente a la insuficiencia de las estipulaciones del contrato, la circunstancia que no sea aplicable a la controversia una ley nacional determinada, o a la necesidad de los árbitros internacionales de interpretar las materias objeto de la controversia de forma de cumplir con las expectativas de las partes, entre otros casos, resulta conveniente recurrir a los principios de UNIDROIT, ya que constituyen un conjunto de reglas que bien pueden utilizarse en todo el mundo, sin ningún tipo de parcialidad a favor de determinado ordenamiento jurídico y en detrimento de otro.

Estimamos que el sólido prestigio ganado por UNIDROIT significará a futuro que cada vez veremos recogidos sus principios sobre contratación comercial internacional con mayor frecuencia por los árbitros internacionales frente a las dificultades que muchas veces surgen en determinar el derecho de fondo aplicable.

[51] REDFERN, Alan y HUNTER, Martín. *Op. cit.;* p. 203.