

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

|
(

***EL ARBITRAJE COMO PIEZA CLAVE DEL NUEVO DERECHO MERCANTIL
INTERNACIONAL(*) (909)***

BERNARDO M. CREMADES

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

El viejo y el nuevo derecho internacional

En palabras de Toynbee podemos decir que la economía está constantemente formulando retos a los juristas y al derecho. La internacionalización de la economía ha obligado a los juristas a adaptar sus categorías ciertamente tradicionales y un poco anquilosadas a las nuevas realidades.

El derecho internacional que hemos estudiado en las viejas aulas de las universidades europeas ha quedado en cierta forma sobrepasado por la realidad de los hechos, que no prueban otra cosa, sino que la vida es hoy una continua interrelación de los pueblos a lo largo y a lo ancho de la geografía mundial. El trasiego constante de personas, capitales y tecnologías es algo imprevisible al sistema jurídico que sólo analizaba el quehacer internacional como un mosaico de diferentes sistemas jurídicos coordinados por las llamadas normas de conflicto. El derecho internacional regulador de los conflictos en la aplicación de los diferentes sistemas jurídicos ha dejado paso al derecho internacional de la cooperación y en muchos casos de la integración supranacional. Las relaciones contractuales y los acuerdos que día a día están firmando los hombres de negocios ponen con razón en cuarentena la nacionalidad de su regulación y es difícil, por no decir imposible, abanderar los contratos que se suscriben con una vocación y proyección de carácter internacional. El intervencionismo de los diferentes estados en materias económicas ha dado una interesante coloración internacional a las regulaciones jurídicas domésticas. Cada uno de ellos establece un sistema de normas para regular con una óptica nacional de los problemas que puedan derivarse de las relaciones económicas de nacionales con extranjeros. De esta forma han ido surgiendo en los diferentes ordenamientos jurídicos normas que específicamente regulan aspectos interesantes del fenómeno:

1. Las entradas y salidas de capitales traen como consecuencia en muchos países la necesidad de establecer una detallada regulación del control de cambios, tanto para las inversiones extranjeras en el país en cuestión como para las inversiones nacionales en el extranjero.
2. El trasiego de mercaderías abona en muchos países el florecimiento de una complicada legislación sobre importaciones y exportaciones.
3. El proteccionismo de la industria nacional y la supuesta defensa de los intereses patrios frente a sangrías económicas por pago de royalties han obligado a la implantación de una detallada regulación sobre transferencia de tecnología.
4. La normativa fiscal ha tenido precisiones para los supuestos de connotación internacional en las relaciones económicas. En ocasiones, no sólo por vía de legislación interna, sino por acuerdos casi siempre bilaterales que al amparo de la idea de evitar la doble imposición

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

constituyen un verdadero vehículo de alocación internacional de rentas a efectos impositivos.

5. La protección del libre juego de las reglas de competencia en el mercado tiene especial consideración en aquellos países de economía no desarrollada, en referencia fundamentalmente a los grandes gigantes mercantiles que con origen e intereses extranjeros actúan dentro de sus propias fronteras.

6. La protección del consumidor constituye en muchos ordenamientos jurídicos una verdadera *idée force*, que planea sobre el derecho económico y con muy especiales connotaciones cuando se trata de la defensa del consumidor frente a consorcios mercantiles de origen extranjero.

7. En general, los sistemas jurídicos nacionales cierran el haz de disposiciones reguladoras de las relaciones internacionales de sus ciudadanos con un broche punitivo más o menos severo para sancionar las contravenciones de las normas imperativas establecidas al efecto.

Sin embargo, todas estas disposiciones no constituyen sino un enfoque doméstico del fenómeno internacional económico, poco apropiado a la realidad internacional y casi siempre imbuido en exceso de una mentalidad proteccionista.

Hoy los fenómenos económicos internacionales requieren una óptica y una perspectiva más internacionales y menos nacionalizadas. Las dimensiones de la cooperación internacional en las últimas décadas han hecho incluso inviable los esfuerzos de su regulación internacional por vía exclusivamente bilateral. La economía internacional ha retado al derecho, poniendo en cuarentena la eficacia de medidas estatales unilaterales e incluso de actuaciones supranacionales con carácter interestatal.

Parece como si la economía y sus protagonistas tuvieran difícil encaje en un derecho internacional protagonizado exclusivamente por los estados. Estos han realizado recientemente esfuerzos inconmensurables para llevar al marco de los tratados internacionales la regulación de aspectos comerciales de la vida económica internacional. Es evidente el esfuerzo de la diplomacia mundial para especializarse e incluso tecnificarse en diferentes aspectos y muy en concreto en el derecho mercantil internacional. Las Naciones Unidas, como exponente mundial de la máxima importancia, han dado el primer ejemplo al constituir su Comisión para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL), cuya eficacia y actividad ha constituido un verdadero hervidero de reformas en torno a la configuración de un moderno derecho mercantil internacional.

El derecho internacional de los comerciantes

Los verdaderos protagonistas del comercio y de la actividad económica internacional, los comerciantes y, en general, los hombres de negocios, van por delante de los políticos y de la propia diplomacia internacional. Las

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

legislaciones nacionales resultan un corsé excesivamente limitador de su actividad, pues les separa una gran distancia entre su óptica vital y la de los políticos artífices de regulaciones nacionales, siempre sometidos a tentaciones proteccionistas. Incluso los diplomáticos internacionales no consiguen seguir de cerca en su actividad normadora interestatal la realidad económica, social y humana que subyace en toda actividad empresarial. Se han roto los moldes tradicionales de regulación de las actividades económicas. A nivel nacional, los Estados debieron abandonar su liberalismo normativo y tuvieron que intervenir tomando postura activa frente al anterior neutralismo económico. La coordinación internacional de los diferentes mosaicos normativos de carácter y origen nacional por la vía de un elenco también nacional de normas de conflictos ha resultado igualmente insuficiente en un ulterior momento de activa cooperación internacional. Una tercera fase se impuso obligando a los estados a coordinar sus actividades por vía de tratados bilaterales o incluso multilaterales. Hoy surge la pregunta en una cuarta fase sobre si no ha llegado el momento de personificar en el moderno derecho internacional económico a personas y a entes que sin respaldo estatal alguno, sin constituir administración pública nacional o internacionalmente abanderada, son los que día a día protagonizan el quehacer económico internacional. Está surgiendo en el momento actual un derecho internacional económico de los comerciantes y hombres de negocios, al margen de los Estados y administraciones públicas que protagonizaron hasta hace poco el derecho internacional y que hoy empiezan a no tener más competencia que la pura protección de los ciudadanos acogidos a su soberanía. Es decir, la gran cuestión del derecho internacional económico actual es la de centrar con categorías jurídicas esa nueva *lex mercatoria* internacional o como los anglosajones acostumbran a llamar *new merchant lex* para ver de qué forma podemos evitar que lo verdaderamente practicado y vivido por los comerciantes y hombres de negocios internacionales no quede al margen de lo que los juristas con una visión conservadora podamos entender por Derecho.

Los pilares del nuevo derecho mercantil internacional

La actividad internacional de los comerciantes y hombres de negocios está dejando en el marco de lo jurídico un aluvión de normas y regulaciones, fundamentalmente basado sobre cuatro pilares esenciales:

1. Los usos vividos y practicados en la comunidad mercantil internacional, punto de arranque para cualquier regulación profesional que tan extraordinariamente define el American Uniform Commercial Code: "a usage of trade is in any practice or method of dealing having such regularity of observance in a place, vocation or trade as to justify an expectation that it will be observed with respect to the transaction in question". El comerciante y el hombre de negocios lo que de verdad pretende en su actividad es que la misma quede regulada con exacto conocimiento de causa en términos profesionales y de acuerdo con una realidad vivida. Quieren evitar la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

frustración que supone el que su actividad - muchas veces tan vertiginosa y tan poco apropiada para la reflexión sobre posibles riesgos o peligros - quede a merced de criterios poco profesionales elaborados por políticos o funcionarios nacionales o internacionales. En la idea bien clara de que no están pidiendo tratamientos privilegiados, sino por el contrario el someter su actividad a unas reglas lo más claramente determinadas, pero al mismo tiempo lo más aproximadamente posible a la realidad profesional que viven día a día.

2. La actividad empresarial cristaliza en unos contratos-tipo, habitualmente utilizados en su ambiente, y que no suponen otra cosa que el claro establecimiento contractual de un elenco de derechos y obligaciones usualmente contraídos por las partes en la profesión en cuestión. En muchos sectores profesionales la contratación se repite con reiteración; los usos cristalizan reiteradamente en contratos, de los que sólo excepcionalmente se separan las partes previendo circunstancias específicas y determinadas.

3. Los protagonistas del comercio y de los negocios internacionales han sentido la necesidad de unificar esfuerzos y de constituir entidades que por vía asociativa defienden colectivamente sus intereses. De esta forma, surgen diferentes asociaciones, entre las que convendría destacar a nivel internacional la Cámara de Comercio Internacional, por la labor realizada en las últimas décadas en favor de la armonización y construcción del moderno derecho mercantil internacional. Estas organizaciones profesionales -y en cuanto tales desprovistas de respaldo estatal o interestatal- vienen generalizando los criterios de uso diario de los comerciantes formulando las correspondientes regulaciones profesionales que van adquiriendo carta de naturaleza en todos los lugares de la geografía mundial. Pienso en la importancia y trascendencia de las regulaciones profesionales negociadas y redactadas por los propios comerciantes y hombres de negocios en el marco antes indicado de la Cámara de Comercio Internacional en materia, por ejemplo, de usos en compraventa comercial internacional (INCOTERMS) o de créditos documentarios. Resulta difícil pensar hoy en un contrato de compraventa internacional sin referencia a tales usos comerciales o en la actividad bancaria conexas al pago del precio en una compraventa internacional sin sometimiento al menos tácito a las regulaciones profesionales emanadas de la comunidad económica internacional en el marco de la Cámara de Comercio Internacional. Tales normas, insisto, se dictan por los propios protagonistas del mundo internacional de los negocios sin respaldo estatal alguno, pero su aceptación tan generalizada constituye el verdadero refrendo de que los auténticos personajes del nuevo derecho mercantil internacional son sus artífices y no los Estados, ni mucho menos los funcionarios diplomáticos.

4. Al igual que en toda época de crisis, también en el mundo actual de los negocios internacionales ha surgido una jurisprudencia que adaptará a la realidad de cada caso las exigencias normativas. La situación actual del

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

derecho mercantil en el comercio internacional se asemeja mucho a la que se planteara en Roma con la aparición del llamado praetor inter cives et peregrinos, vulgarmente conocido por el nombre de pretor peregrino. Es bien sabido que originariamente sólo los ciudadanos de Roma poseían derechos y que fue necesaria una ruptura de los esquemas tradicionales para admitir en el marco de lo jurídico a quienes carecían de tan privilegiada situación. El pretor peregrino empezó a romper moldes formalistas dando lugar a un cuerpo jurisprudencial de nuevo cuño y que supusiera el elemento más eficaz para la evolución del derecho romano. Lo mismo está sucediendo en el momento actual en el campo del derecho internacional comercial. Los textos legislativos nacionales carecen en muchos casos de interés, por su carácter anquilosado, ya que su redacción se remonta a veces al siglo XIX. Los empresarios están convencidos de que las jurisdicciones estatales nacionales no son siempre el foro más apropiado para resolver sus litigios y esa es la razón por la cual han dado luz verde y promocionado a la técnica del arbitraje comercial internacional⁽¹⁾(910) . Los árbitros son, a la postre, los verdaderos pretores peregrinos de la legislación comercial internacional en el momento actual. Están creando jurisprudencia a lo largo y a lo ancho de la geografía mundial. En su diaria labor jurisprudencial de dar a cada uno lo suyo fundamentan sus decisiones, no tanto en los anquilosados argumentos formales que puedan extraer de legislaciones nacionales como en el quehacer diario de los comerciantes. Los conflictos no son solucionados con la mentalidad propia de un funcionario estatal, sino en el marco en el que se discutió y negoció el contrato del cual emergen los puntos en litigio. El arbitraje es, en consecuencia, el espaldarazo jurídico de la nueva lex mercatoria internacional; por tanto, su piedra angular.

Sobre estos cuatro pilares se monta el nuevo derecho internacional comercial, que no es otra cosa sino las costumbres realmente vividas en el mundo de los negocios, en algunas ocasiones generalizadas por vía de regulación profesional elaborada en el marco de instituciones asociativas y, refrendadas por los árbitros y su jurisprudencia arbitral en caso de conflicto. En buena medida se puede decir que el arbitraje constituye el puente entre los usos comerciales y el derecho coercitivamente aplicado en cada sistema jurídico nacional. En efecto, desde el momento en que los árbitros reciben las costumbres profesionales en sus laudos y los Estados al ratificar los convenios internacionales sobre arbitraje se comprometen a ejecutar los laudos arbitrales con la misma eficacia que las sentencias dictadas por los jueces estatales, se está estableciendo el camino para imponer -si fuera necesario por la fuerza- tales costumbres profesionales en caso de reticencia de alguna de las partes.

La dinámica de los laudos arbitrales

El arbitraje supone, como hemos indicado, el broche jurídico del nuevo derecho comercial internacional elaborado y establecido por los propios protagonistas del comercio internacional. Otorga una verdadera opinión juris

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

a los usos habitualmente vividos en el mundo de los negocios.

Es difícil concebir un ordenamiento jurídico sin respaldo jurisdiccional. Por eso puede decirse que el moderno derecho mercantil internacional difícilmente pudiera lograr su perfección sin el respaldo arbitral; el arbitraje toma así una importancia extraordinaria al constituirse en verdadero motor del desarrollo jurídico. Desde el momento en que los comerciantes y hombres de negocios sienten la necesidad de establecer sus propios sistemas profesionales de solución de conflictos, están sentando bases de extraordinaria importancia para la futura evolución del derecho mercantil internacional. En concreto, puede decirse sin lugar a dudas que la jurisprudencia arbitral ha creado una nueva ética en los negocios internacionales y al mismo tiempo ha contribuido al desarrollo de nuevas técnicas en manos de los comerciantes y de los hombres de negocios en la eficaz tarea de prevenir y solucionar sus respectivos conflictos.

La comunidad económica internacional está fortaleciéndose al recibir de forma cada vez más creciente el respaldo de los países exportadores de mano de obra e importadores de capital y tecnología. La constitución del nuevo orden económico internacional que tanto se pregona en los foros internacionales pasa por el convencimiento de que lo que más conviene a estos países es, no tanto su marginación sistemática y en ocasiones estratégica de los centros económicos de decisión mundial, como su activa participación en los mismos. Las costumbres y regulaciones profesionales han dejado de ser vistas por estos países emergentes como cauce de explotación de las naciones pudientes, lo cual se ha manifestado a la postre en la activa participación de todos en el quehacer arbitral internacional. Cada vez son más las empresas e incluso las administraciones públicas de los llamados países en vías de desarrollo que acuden al arbitraje(2)(911), cada vez son más los árbitros procedentes de estos países quienes integran los tribunales de arbitraje y cada vez son más frecuentes los casos en los que el comportamiento de unas y otros en procedimientos de arbitraje son verdaderamente ejemplares. Y es entonces, con la solidaria participación de todos los pueblos y países, cuando efectivamente los comerciantes y hombres de negocios sin discriminación social, geográfica, racial, lingüística o económica están consiguiendo efectivamente ratificar este nuevo derecho mercantil internacional.

La elaboración de una nueva ética en los negocios internacionales

Es lógico que los árbitros o en general los jueces cuando deben emitir su sentencia no estén pensando en criterios abstractos o generales, sino que configuren su decisión como consecuencia de las peticiones y planteamientos concretos formulados por las partes. Por ello resulta realmente difícil la tarea de elaborar de entre las muy numerosas sentencias arbitrales a las que se puede tener acceso unas líneas claras de decisión, que señalen los cauces por los que camina lo que pudiera caracterizarse como nueva ética en los negocios internacionales. Dicha labor abstractiva chocaría, además, con la confidencialidad de la labor arbitral que tantas

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

veces se reitera en estos temas y con el hecho puro y simple de que los árbitros no están sometidos en modo alguno a la posible vinculabilidad del precedente. La actividad arbitral tiene un techo abierto a cualquier planteamiento sin posibilidad de incrustación en un juego rígido de precedentes. Los árbitros deciden en cada caso, confidencialmente y según las peticiones y planteamientos de las partes que solicitan sus servicios.

Ello, sin embargo, no impide que pueda hablarse de líneas generales y de tendencias comúnmente admitidas por los árbitros en su labor diaria. Se pueden establecer después de meditada y detenida lectura de numerosas sentencias arbitrales y siempre bajo el riesgo de una cierta contradicción respecto de aisladas y concretas decisiones jurisprudenciales.

Resumiendo las grandes líneas decisorias de los árbitros a lo largo y a lo ancho de la geografía mundial y prescindiendo de matizaciones específicas tan propias de la diferencia de mentalidad de quienes intervengan en tribunales de arbitraje, podría decirse que la nueva ética en los negocios internacionales surgida a partir de la jurisprudencia arbitral reiterada admitiría ser analizada sobre las siguientes grandes líneas:

1. El juego de la buena fe en el comportamiento de las partes aparece como elemento esencial de la contratación internacional: la buena fe juega a modo de principio básico del derecho internacional. Por ello los árbitros no tienen inconveniente en reiterar que es contrario a la buena fe contractual el que se hagan propuestas de negociación poco razonables o manifiestamente inaceptables, dirigidas exclusivamente a provocar el fracaso de las negociaciones(3)(912). Se repite igualmente que cada parte está obligada a un comportamiento que no perjudique a la otra(4)(913). Y de la misma forma es constante la jurisprudencia arbitral referida a la conveniencia de que se pongan conjuntamente por las partes todos los esfuerzos necesarios para reducir en la medida de lo posible las pérdidas para ambas partes(5)(914); o la que mantiene que es contraria a la buena fe contractual el hecho de que una de ellas espere a que la otra haya cumplido la mayor parte de su obligación para hacer los trámites necesarios al buen cumplimiento de su propia prestación(6)(915).

La buena fe contractual exige el recíproco deber de las partes de colaborar e informarse mutuamente(7)(916). Por ejemplo, es reiterativa la jurisprudencia arbitral que coloca en el ámbito de la buena fe contractual el avisar a la otra parte de los obstáculos, reglamentaciones de cambio o en general de cuantas modificaciones legislativas del país en cuestión puedan interferir en la ejecución de un contrato(8)(917). Desde el punto de vista procedimental la jurisprudencia arbitral ha hecho lugar igualmente a la buena fe un papel importante en el propio proceso de arbitraje y especialmente en la administración de la prueba(9)(918).

Los tribunales arbitrales van desglosando innumerables conclusiones en cada caso de la premisa sentada de que la buena fe constituye la piedra angular de la contratación internacional(10)(919). Se llega a decir en no pocas sentencias arbitrales que "la mercatoria civitas" está formada por gente con una misma educación(11)(920) en el mundo de los negocios y

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

con una misma voluntad de ampliar su campo de acción. La buena fe exige aceptar las reglas del juego en el que se desarrolla la actividad comercial. No faltan árbitros que configuran la buena fe dentro de "un clima de confianza propia de un club de gente de buena compañía"(12)(921), club en el que no ha de existir un antagonismo, sino un cierto *modus vivendi*(13)(922). En algunos casos los árbitros indican que acreedor y deudor más que antagonistas son colaboradores o partners en la ejecución de sus compromisos contractuales. De ahí la exigencia de actitudes positivas para evitar en la medida de lo posible un aumento de los perjuicios que pueda sufrir la otra parte(14)(923). La buena fe aparece como esencial dentro de la configuración de la "lex mercatoria"(15)(924), norma reguladora de la polis en la cual los árbitros tienen que utilizar la equidad como regla suprema de interpretación(16)(925).

2. El equilibrio contractual y financiero sólo puede romperse por aceptación expresa de las partes: si el contrato se negocia y se ejecuta bajo el principio supremo de la buena fe y la equidad es lógico que como segundo paso los árbitros hayan configurado como esencial en la vida normal de los contratos internacionales el equilibrio contractual y financiero entre las partes. No faltan laudos arbitrales en los cuales se afirma que dudar de este principio de equilibrio supondría hacer del contrato mercantil un contrato aleatorio basado en la especulación el azar(17)(926). Una formulación así de general es aceptada por todos. Sin embargo, las consecuencias prácticas son muy distintas, sobre todo pensando en casos extremos.

Es interesante analizar las matizaciones que la jurisprudencia arbitral está dando al concepto de fuerza mayor(18)(927). Se entiende que los sucesos imprevisibles o inevitables suspendan la ejecución de los compromisos contractuales. Y no faltan sentencias arbitrales en las que se reitera la exoneración de responsabilidad por incumplimiento en casos de ausencia de culpa(19)(928) o en los que el deudor hizo todo lo posible a juicio de los árbitros para preservar y ejecutar el contrato(20)(929).

En los contratos de larga duración la jurisprudencia arbitral ha matizado especialmente su punto de vista por entender que en el momento de su negociación la imprevisión de futuro es algo consustancial(21)(930). Se dice con bastante frecuencia que la cláusula de hardship evita la ruptura del contrato estableciendo posibilidades de renegociación y que al ser la imprevisión elemento natural de los contratos de larga duración lo normal y lógico es que se hayan establecido este tipo de previsiones. La ausencia de tales cláusulas de readaptación es en ocasiones entendida como una laguna voluntaria, y no como una omisión de las partes, a modo que el silencio contractual deba ser entendido como aceptación tácita del riesgo de una modificación sustancial de las circunstancias bases de la contratación(22)(931).

De esta forma, los árbitros enfrentados a los principios contradictorios de *pacta sunt servanda* y de *rebus sic stantibus* han dado prioridad al mantenimiento de la relación contractual tal y como se previó, sin modificación ni readaptación si así no se hubiera pactado expresamente,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

por entender que la cláusula de hardship constituye un pacto de estilo en los contratos de larga duración y como consecuencia interpretan su omisión como voluntario silencio de las partes(23)(932).

Podría decirse también que dicho criterio general de asimilar el silencio contractual a la no inclusión de cláusulas de readaptación contractual como aceptación tácita de unos riesgos habituales viene matizado en la práctica por la diferenciación que con frecuencia hacen los árbitros entre negocios puramente especulativos y negocios productivos. Mientras en los primeros los árbitros tienden a mantener la literalidad de lo contractualmente pactado, en los segundos son más generosos al introducir el concepto de equilibrio contractual ante cualquier evento que ulteriormente pueda distorsionar la posición de las partes en el contrato(24)(933).

En cualquier caso, la tendencia generalizada de los árbitros es hacia el respeto fiel de la voluntad contractual de las partes, negándose a admitir modificaciones contractuales no previstas(25)(934). Sólo cuando hayan sido expresamente autorizadas por las partes podrán introducir eventuales determinaciones o precisiones contractuales.

3. La jurisprudencia arbitral ha sido un camino fiel para matizar las obligaciones y derechos de las partes en nuevas figuras contractuales: si por algo se caracteriza el mundo de los negocios internacionales es, precisamente, por la agilidad contractual y por la constante aparición de nuevas fórmulas ideadas por las partes al objeto de plasmar por escrito y de la forma más fidedigna posible los aspectos de sus relaciones comerciales. Por eso, las nuevas figuras contractuales que quizá pasaron inadvertidas a los legisladores nacionales (leasing, factoring, franchising, financiación sindicada a interés variable. . .) reciben precisión y matizaciones en cada caso concreto por los árbitros en sus diferentes sentencias(26)(935).

El arbitraje constituye en todas estas figuras contractuales un verdadero banco de prueba de la solidez y firmeza de las nuevas fórmulas contractuales que van apareciendo. Sólo cuando los árbitros conceden pretensiones solicitadas por las partes en una de esas figuras contractuales es cuando se puede decir con propiedad que han pasado su verdadera prueba de fuego.

En algunas formulaciones contractuales complejas que giran en torno a las llamadas joint ventures se hace imprescindible completar y desarrollar en el futuro los textos en los que cristaliza la cooperación de larga duración. El arbitraje como fórmula más flexible(27)(936) permite con mayor facilidad restablecer el equilibrio contractual en un determinado momento, sin necesidad de llegar a una ruptura definitiva por vía jurisdiccional que sería en perjuicio claro de ambas partes(28)(937).

Los árbitros han conocido también con frecuencia de los problemas que plantea la práctica de algunas figuras altamente polémicas en los ordenamientos jurídicos nacionales. Muy especialmente es el caso en los supuestos de créditos documentarios y de las llamadas garantías a primera solicitud.

En materia de créditos documentarios la jurisprudencia arbitral más reciente

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

ha roto con el principio sacrosanto de la confirmación bancaria del crédito que obliga inexorablemente y en cualquier caso al pago(29)(938). Hasta hace muy poco el mero examen formal de los documentos era suficiente; hoy, y quizá poniendo en duda la abstracción con que se quiso dotar a la confirmación del crédito, se entiende que el banco faltaría a su diligencia profesional si hubiera podido sospechar la falsedad documental y hubiera pagado sin más(30)(939).

En algunas decisiones arbitrales se han planteado recientemente las consecuencias jurídicas que los árbitros pudieran obtener del retraso de una de las partes en la apertura del crédito documentario. Sin perjuicio de la legitimación del vendedor de a mercancía para entender incumplidas las obligaciones del comprador al retrasarse en la apertura del crédito documentario y en consecuencia de considerarse liberado de sus obligaciones contractuales, los árbitros han llegado a estimar en algunas ocasiones que el retraso de la apertura concede un plazo igual al vendedor para la entrega de su mercancía(31)(940).

En materia de garantías a primera solicitud los árbitros han reiterado que quien usa de sus facultades contractuales no por ello automáticamente está abusando de sus derechos(32)(941). Si se estableció una garantía a primera solicitud es lógico que quien tenga derecho a la misma la ejercite, sin perjuicio de eventuales responsabilidades contractuales(33)(942). La jurisprudencia arbitral reitera que la seguridad del tráfico exige fiel cumplimiento de las reglas del juego aceptadas y en concreto de la superioridad de la postura de quien está legitimado para ejercitar a primera solicitud su garantía a un tercero(34)(943). La garantía a primera solicitud no es propiamente dicha un acto abstracto, constituyendo una obligación sin causa, pues como ha sido matizado en la jurisprudencia arbitral(35)(944) una cosa es la causa de la garantía en sí misma y otra cosa muy distinta es la causa contractual en virtud de la cual se emitió la garantía a primera solicitud. Por eso se ha precisado que la finalidad económica de la garantía a primera solicitud no es esencialmente la de separar el incumplimiento de las obligaciones contractuales, sino el de dar una posición de fuerza en el procedimiento ulterior a la parte que tenga motivos justos para pensar que se ha producido o se puede producir una inejecución de las obligaciones garantizadas(36)(945).

En suma, pues, la jurisprudencia arbitral ha ido matizando las obligaciones y derechos de las partes en las nuevas figuras contractuales que constantemente vienen apareciendo y aflorando en el mundo de los negocios internacionales. Incluso en las comúnmente admitidas las sentencias arbitrales precisan día a día los términos de su cumplimiento.

4. La jurisprudencia arbitral cobra especial relieve en la determinación y valoración de los daños a los que las partes han de hacer frente: la solución de los litigios en las diferentes jurisdicciones nacionales trae con frecuencia diferentes soluciones según las legislaciones que se aplican y sobre todo las diferentes mentalidades de los juzgadores. Por eso la domiciliación de los conflictos en instancias internacionales y en concreto en el arbitraje

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

comercial internacional trae consigo la ventaja de una generalización e internacionalización de criterios. La determinación y valoración de los daños es quizá uno de los temas contractuales en los que resalta con mayor viveza las posibles diferencias.

La introducción de la equidad(37)(946) en la reparación de los daños y perjuicios está muy presente en la diaria actividad de los árbitros quienes no han tenido inconveniente en utilizar como base de cálculo de los mismos la cláusula penal que normalmente es empleada por los contratos dentro de cada profesión(38)(947). El tema es muy importante en algunos sistemas jurídicos por el hecho de que los jueces tiendan a minimizar la cuantía de los daños a la hora de señalar la correspondiente indemnización. Es el caso, por ejemplo, de los jueces en los países de derecho hispánico en los cuales se conoce el *damnum emergens* y el *lucrum cessans*, pero en ocasiones su determinación se efectúa en cuantías ciertamente ridículas en relación al daño verdaderamente sufrido. Por eso es interesante ver la reiteración de los árbitros al cifrar el *damnum emergens* en torno al llamado precio de reemplazo o precio de mercado(39)(948) y el *lucrum cessans* en las consecuencias económicas de la colocación del dañado en la misma situación que le hubiera procurado la ejecución del contrato(40)(949).

La equidad colorea necesariamente la determinación del daño sufrido por el perjudicado en cuanto que con frecuencia los árbitros hacen depender la cuantificación de la propia capacidad de reacción del perjudicado. Es decir, de la facultad de adaptación del perjudicado tras la perturbación industrial o comercial que hubiera podido causar la inejecución o mala ejecución del contrato(41)(950). Si el principio perseguido por la reparación de los daños y perjuicios es el de poner a la parte dañada en la misma situación o en la más próxima a la que estaría de haberse ejecutado correctamente el contrato, es lógico que se tengan en cuenta las circunstancias concretas de la persona o empresa en cuestión ya que el contrato debe ser inscrito en un marco global de cumplimiento.

5. La responsabilidad de las partes no queda necesariamente frenada por su personificación puramente formal: la equidad planea con fuerza vigorosa en la determinación de responsabilidades puestas en juego en el procedimiento arbitral. Por eso quizá los árbitros han hecho verdaderos esfuerzos para aproximarse lo más posible a los fenómenos de contratación por grupos de empresa y de contratación con implicación de diferentes partes(42)(951).

En el contrato con el grupo de empresas se plantea abierta y directamente la posibilidad de extender la contratación formalmente realizada por una empresa del grupo a éste en su conjunto. En principio, el tema queda sometido siempre al punto de partida del arbitraje: este procedimiento no tiene más base que la contractual y otro fundamento que la voluntad de las partes de someterse al arbitraje. Por ello si consta de forma expresa y clara que el arbitraje es admitido, no por el grupo de empresas, sino por una filial exclusivamente, es lógico que los efectos del arbitraje no puedan extenderse, traspasando la voluntad formalmente declarada por las partes,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

al grupo de empresas que subyace detrás de la correspondiente filial(43)(952). Sin embargo, hay ocasiones en las cuales la redacción de la cláusula arbitral permite imputar al grupo de empresas la responsabilidad de la operación(44)(953). Por ello, es acertada la postura de algunos tribunales arbitrales que con firmeza han expresado que el convenio arbitral no puede ser pantalla protectora de fraudes, sustrayendo la responsabilidad del grupo de empresas en favor de una insolvencia localizada de alguna de sus filiales(45)(954) .

Los contratos con multiplicidad de partes han constituido un punto interesante de discusión en el mundo del arbitraje. Probablemente sea en los Estados Unidos donde con mayor pragmatismo se haya solucionado la problemática que presentan por la vía de la amalgamación de procedimientos arbitrales; así se impide que los acuerdos con contratistas y subcontratistas caminen en caso de litigio separados y puedan en consecuencia generar soluciones incongruentes o en su caso contradictorias. En el derecho continental no hemos podido tener la misma generosidad de planteamiento, pero las instituciones administradoras del arbitraje han utilizado la técnica de la consolidación arbitral para impedir la mala fe obstruccionista del procedimiento de alguna de las partes contractuales; aunque, eso sí, sobre las facultades concedidas contractualmente por las partes al efecto.

En cualquier caso, puede decirse que la jurisprudencia arbitral no se ha frenado ante la personificación puramente formal de las partes y ha indagado la responsabilidad de las mismas siempre, por supuesto, con el sometimiento fiel a la voluntad contractual.

6. La supervivencia de las obligaciones contractuales al propio contrato: en muchas ocasiones el litigio que debe someterse a los árbitros consiste precisamente en determinar la validez o la nulidad del contrato en el cual se encuentra contenida la cláusula arbitral. Podría darse la contradicción de que al estimar los árbitros la nulidad del contrato y al emerger su competencia de su contenido, la integridad anulatoria pudiera poner en peligro la posibilidad misma de decidir sobre su propia competencia. De esta forma se ha ido iniciando en el derecho del arbitraje comercial internacional la tendencia clara hacia la autonomía del convenio arbitral respecto del contrato en el cual se encuentra contenido(46)(955).

Esta tendencia lógica de dar eficacia a ciertas estipulaciones más allá del período de eficacia del propio contrato en el que se encuentran incluidos es y ha sido una tendencia constante de la jurisprudencia arbitral que ha recibido matizaciones específicas, tanto en el caso de la desaparición del contrato, como en el de alguna o algunas de sus partes. Este último supuesto se plantea con frecuencia en las nacionalizaciones o incluso en las desnacionalizaciones llevadas a cabo por decisiones soberanas(47).(956)

Los árbitros han ido extendiendo la eficacia de ciertas cláusulas contractuales más allá del plazo de vigencia de los contratos por exigirlo así el espíritu de los mismos. Me refiero en concreto a las relativas a la confidencialidad, secreto, prohibición de concurrencia... diseñadas

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

específicamente para los supuestos en que falte el contrato que las recoge o en los que cese su eficacia.

En resumen, pues, la jurisprudencia arbitral ha ratificado la supervivencia de algunas obligaciones contractuales al propio contrato cuando así lo exija su intrínseca razón de ser; incluso ha dado eficacia a obligaciones contractuales respecto de partes desgajadas o introducidas en la relación contractual con aceptación expresa, y, en algunos casos tácita, de la sumisión arbitral.

7. Especial relieve del arbitraje en la contratación con administraciones públicas: la práctica arbitral ha aceptado sin reservas la validez del sometimiento a arbitraje comercial internacional de los estados o administraciones públicas. Si inicialmente hubiera podido surgir el recelo -existente todavía en no pocos juristas con criterios domésticos en bastantes países- de la soberanía estatal como impedimento para la puesta en marcha de un procedimiento de arbitraje, lo cierto es que con mucha frecuencia se están desarrollando en la actualidad procedimientos de arbitraje comercial internacional en los que toman parte Estados o administraciones públicas. Ha llegado a ser valor entendido y aceptado por todos en el mundo del arbitraje comercial internacional el hecho de que cuando un estado participa en el comercio internacional se somete a sus reglas reguladoras y a sus instituciones. Cuando un Estado o una administración pública suscribe un contrato comercial se despoja voluntariamente de la actitud soberana con que trata a sus ciudadanos. Sometiéndose a las reglas habituales del juego en el mundo de los negocios no puede posteriormente prevalecerse de sus privilegios habituales para negarse a estar y pasar en caso de conflicto por lo que señale el árbitro o la institución arbitral aceptada de común acuerdo.

El hecho en sí - que constituye, como hemos dicho, una cuestión unánimemente aceptada en el mundo del arbitraje - (48)(957) implica y determina consecuencias difíciles de calibrar en el marco del derecho administrativo o incluso constitucional. El nuevo derecho mercantil internacional presupone la personificación de empresas y comerciantes como titulares de derechos y obligaciones frente a la concepción tradicional del derecho internacional configurado en torno a un exclusivo protagonismo estatal. Pero desde el momento que se acepta como valor entendido el que los Estados puedan renunciar a sus potestades soberanas para participar en procedimientos de arbitraje comercial internacional estamos admitiendo algo de extraordinaria repercusión, por lo que significa la renuncia a facultades y privilegios soberanos para estar y pasar por la voluntad de árbitros designados de común acuerdo dentro de las reglas del juego en el comercio internacional. Y si además se tiene en cuenta que la tendencia legislativa hacia la cual caminamos es la de reducir en fase de ejecución los privilegios de inmunidad, podemos sacar consecuencias que van más allá del exclusivo planteamiento arbitral; el nuevo derecho mercantil internacional cuestiona en buena medida los enfoques tradicionales de la soberanía e inmunidad estatales como parte de la nueva ética que se impone a los

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Estados por el hecho de participar en el comercio internacional y de aceptar sus reglas de juego.

Es difícil siempre seleccionar grandes líneas o directrices obtenidas de la lectura de concretas y aisladas sentencias arbitrales, en las cuales los jueces o árbitros están más preocupados por el suum cuique tribuere que por la congruencia de sus posturas o planteamientos generales. Sin embargo, justo es decirlo, los árbitros con su reiterada jurisprudencia arbitral han introducido el mundo de los negocios internacionales por unos caminos en los cuales bien se puede hablar de una nueva ética comercial. Con sus reiteradas y constantes decisiones están dando el espaldarazo normativo a este nuevo ordenamiento jurídico internacional surgido en torno y planeado sobre el mundo de los negocios. Los usos y costumbres al igual que las regulaciones profesionales reciben ratificación jurídica desde que se establecen cauces jurisdiccionales. La inexistencia de un tribunal mercantil internacional y quizá la imposibilidad práctica de su actual introducción han sido en buena medida la causa del florecimiento reciente del arbitraje comercial internacional, que sin duda ha hecho fortuna en el mundo de los negocios por el respaldo que ha recibido de sus protagonistas que participan activamente en la configuración y administración del procedimiento arbitral. Su constante interpretación de los compromisos contractuales y la detallada delimitación de los derechos y obligaciones de las partes alimentaron un convencimiento generalizado sobre lo que en cada caso es justo e injusto, sobre lo que puede y no puede exigir una parte de la otra. Se ha configurado, en suma, un deber ser del mundo de los negocios que constituye una verdadera ética mercantil internacional.

Las nuevas técnicas introducidas por los comerciantes para la prevención y solución de sus conflictos internacionales

El éxito institucional del arbitraje ha llevado a su imagen y semejanza a los hombres de negocios a explorar diferentes posibilidades para prevenir o solucionar en la forma más adecuada posible los conflictos internacionales. De esta forma han ido recibiendo el interés del derecho mercantil internacional las figuras de la conciliación, la adaptación de los contratos y el peritaje.

La conciliación es una de esas figuras procesales que carece de importancia en la mayoría de los ordenamientos jurídicos. En muchos países, y hablo especialmente de aquellos en los que rige un derecho de origen hispánico, la conciliación es una pura formalidad previa a la interposición de la demanda ante el juez estatal; son realmente muy extraños los casos en los cuales las pretensiones de las partes se solucionan por vía de conciliación. Sin embargo, en el comercio internacional ha recibido un especial florecimiento quizá porque la conciliación es muy apropiada a la mentalidad de los juristas de algunos países como es el caso del Lejano Oriente, o también quizá porque muchas veces en el procedimiento de arbitraje las partes comienzan ante los

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

árbitros a hablar un mismo lenguaje. El mero hecho de sentarse formalmente a discutir una cuestión permite plasmar por escrito los recelos y en consecuencia unificar criterios e incluso lenguaje. Se realice la conciliación entre las partes o intervengan un mediador al efecto, lo cierto es que esta nueva forma de dirimir los conflictos empieza a cobrar importancia en el mundo de los negocios. Así lo entendieron las Naciones Unidas, cuando su Asamblea General aprobó la propuesta de la UNCITRAL para regular en forma específica la conciliación como cauce para la solución de los conflictos comerciales internacionales.

La adaptación de los contratos puede jugar un papel muy importante en aquellos que tengan una ejecución continuada en el tiempo(49)(958) . Estos no permiten la concreción de cuantas eventualidades puedan aparecer en un futuro más o menos lejano. De esta forma ciertas lagunas o silencios son inevitables y en muchos casos muy convenientes, sobre todo si paralelamente se instruye que se designa de común acuerdo para que a lo largo del tiempo precise y matice los compromisos contractuales. Intentar regular las eventualidades que puedan plantearse en un futuro más o menos lejano resulta en muchas ocasiones un intento vano y a veces perjudicial a las partes que no han podido matizar supuestos imprevisibles. Como es lógico, la figura del adaptador requiere especiales cualidades y surge, al igual que con el arbitraje, la duda en torno a si elegir una persona física o una entidad institucional. Algunas instituciones han aceptado dar carácter estable a la adaptación de los contratos, cual es el caso de la Cámara de Comercio Internacional, que ha establecido un centro al efecto que, a pesar de su juventud, está adquiriendo un gran prestigio en el mundo de los negocios, muy especialmente en un momento de crisis como el que nos ha tocado vivir que hace difícilmente previsibles acontecimientos incluso a corto plazo.

El peritaje surgió en el reciente mundo de los negocios internacionales como ayuda imprescindible de los árbitros o de los jueces en la captación de aspectos técnicos(50)(959). Después, se ha visto la conveniencia de ampliar las facultades de los peritos no sólo a la ayuda de los árbitros en su función arbitral sino a la clarificación de las posturas de las partes en la ejecución de sus compromisos contractuales. El poder disponer de técnicos que fueran dejando constancia a lo largo de la ejecución de un contrato de cómo se ha desarrollado el proceso es, en muchas ocasiones, importante y decisivo para evitar los conflictos.

El éxito del arbitraje en la comunidad económica internacional ha hecho florecer nuevas técnicas para la prevención y solución de los conflictos. Puede decirse, en consecuencia, que el arbitraje no sólo ha cumplido la misión de dar espaldarazo jurídico al ordenamiento comercial internacional, sino que la jurisprudencia arbitral ha creado una verdadera ética en el mundo de los negocios y la raigambre conseguida por su éxito institucional ha hecho florecer instituciones paralelas y accesorias en el cumplimiento de su misión al servicio de los intereses de la comunidad económica internacional.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Arbitraje y cooperación judicial(51)(960)

El arbitraje ha jugado en el mundo de los negocios la función de verdadero puente entre lo realmente vivido y el deber ser normativo, entre la realidad y el derecho. Los usos y costumbres han recibido refrendo jurídico por el hecho de que su observancia pasa a ser de obligado cumplimiento por la ejecutabilidad que en su caso tienen los laudos arbitrales. De ahí la importancia de la cooperación y estrecha relación entre árbitros y jueces. Los árbitros no tienen más respaldo que la voluntad de las partes contractualmente manifestada; sus decisiones no pueden ser impuestas sino por aquellos que en cada ordenamiento jurídico tienen constitucionalmente las facultades de imponer lo juzgado; es decir, son los jueces los que a la postre tienen que ejecutar por la fuerza lo acordado por el árbitro en caso de reticencia o incumplimiento por una de las partes.

El talón de Aquiles de la verdadera eficacia del arbitraje en cualquier sistema jurídico radica precisamente en esta interrelación de facultades y competencias del árbitro y los jueces.

La cooperación judicial aparece en las diferentes fases del procedimiento arbitral: en la eficacia excluyente del proceso judicial que necesariamente implica la cláusula arbitral; en el cumplimiento a lo largo del procedimiento arbitral de lo contractualmente pactado; en el control de los laudos por la eventual interposición de los correspondientes recursos judiciales; en la adopción de medidas provisionales de carácter judicial para garantizar el efectivo cumplimiento de la posterior decisión de los árbitros; en fin, en la ejecución forzosa en su caso de los laudos arbitrales ante la reticencia o incumplimiento de alguna de las partes.

El arbitraje es, efectivamente, una institución contractual establecida de común acuerdo por las partes para solucionar sus conflictos. Pero supone, al mismo tiempo, una conversión jurídica de la solución contractual que las partes han querido en una institución con efectos procesales vinculantes ya que del arbitraje van a surgir unas decisiones susceptibles de ser impuestas forzosamente en el caso de que se incumpliera la palabra dada de estar y pasar por lo que los árbitros decidan.

La respuesta al reto económico

La economía formula constantemente nuevos retos al derecho y al jurista. En el caso concreto, la internacionalización de la economía -mejor la mundialización- está recibiendo adecuada respuesta. El derecho internacional ha dejado de ser un elenco de preceptos para solucionar los conflictos de normas contenidas en los diferentes sistemas nacionales o incluso el aluvión de negociaciones bi o plurilaterales. Hoy en día la adecuada respuesta la dan los propios protagonistas de la economía internacional; los comerciantes y hombres de negocios están confeccionando un derecho internacional sin la paternidad de los Estados, quienes antaño fueron las únicas personas admitidas por el derecho internacional. La realidad vivida en el mundo de los negocios recibe

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

respaldo jurídico y el ordenamiento comercial internacional culmina con una jurisprudencia propia y peculiar emanada de la constante y diaria actividad de los árbitros. Las costumbres profesionales son refrendadas jurídicamente por vía arbitral, permitiendo hablar de una verdadera ética profesional en el mundo de los negocios internacionales. La comunidad económica está elaborando nuevas técnicas jurídicas para la convivencia. Los Estados, sin embargo, controlan al mismo tiempo a este nuevo derecho internacional mercantil no obstante su carácter profesional, ya que son los jueces y tribunales quienes conceden o deniegan ejecución forzosa en caso de necesidad a lo arbitralmente acordado como manifestación de fiel respeto a las facultades soberanas de cada uno de los Estados territorialmente afectados. Lo cual, por lo demás, no contradice el que los conceptos mismos de soberanía e inmunidad reciban actualmente matices distintos de los de épocas anteriores, entre otras razones, por la frecuente participación de Estados y administraciones públicas en el tráfico mercantil internacional despojados de sus atribuciones soberanas y aceptando sus reglas de juego.