

Arbitraje Comercial Internacional: Propuesta de la UNCITRAL

Por Eric Alexander Britton
Infante & Perez Almillano



INFANTE & PÉREZ ALMILLANO
ABOGADOS / ATTORNEYS AT LAW

INTRODUCCION

Arbitraje Comercial Internacional

Ley Modelo Uncitral (1985 – 2006) Vs. Decreto Ley 5

Articulo 7 LMU

Articulo 17 LMU

Arbitraje Comercial Internacional en Panama.

- Ley Modelo de la Uncitral (LMU)
- Propósito Principal: Unificar leyes nacionales
- Insuficiencia de leyes nacionales
- Disparidad de leyes nacionales
- Otros como:
 - Cláusula compromisoria Vs. Compromiso
 - Medidas Cautelares
 - Designación de Arbitros
 - Intervención estatal en los procesos arbitrales
 - Sustentación del laudo arbitral
 - Terminación de las actuaciones arbitrales
 - Impugnación de laudos arbitrales

Nota Explicativa de la LMU de 1985, enmendada en 2006:

“La inseguridad acerca de la ley local, con el riesgo inherente de frustración, puede afectar negativamente no solo al desarrollo del proceso arbitral sino también a la elección del lugar del arbitraje. Es posible que ese clima induzca a una de las partes a decidir no aceptar un determinado lugar o a negarse a aceptarlo en circunstancias en que por razones prácticas, convendría acogerlo.

(Cont...)

Nota Explicativa de la LMU de 1985, enmendada en 2006: (Cont....)

Las posibilidades de elección de lugares se verán mas ampliadas y la sustanciación de las actuaciones arbitrales facilitada si los Estados adoptan la Ley Modelo, que es fácilmente reconocible, responde a las necesidades propias del arbitraje comercial internacional y proporciona un régimen internacional basado en soluciones aceptables para partes de Estados con ordenamientos jurídicos diferentes.”

Aspectos de la LMU introducidas al Decreto Ley 5 de 1999.

Definición:

“ARTÍCULO 5: El arbitraje comercial internacional es, de conformidad al presente Decreto Ley, cuando el objeto o negocio jurídico contenga elementos de extranjería o de conexión suficientemente significativos que lo caractericen como tal o bien que conforme a la regla de conflicto del foro lo califiquen como internacional.

También se considerará que el arbitraje es comercial internacional al concurrir alguna de las circunstancias siguientes:

1. Si las partes en un convenio arbitral tienen, al momento de celebración de ese convenio, sus establecimientos u oficinas en Estados diferentes.
2. Si el lugar del arbitraje que se ha determinado en el convenio arbitral o con arreglo a éste, está situado fuera del país en que las partes tienen sus establecimientos.
3. Si el lugar de cumplimiento de las obligaciones derivadas de la relación jurídica que vincula a las partes, está situado fuera del país en que las partes tienen sus establecimientos.

4. Si el lugar con respecto al cual la controversia guarda una relación más estrecha, está situado fuera del país en que las partes tienen sus establecimientos.

5. Si la materia objeto del arbitraje es de naturaleza civil o mercantil internacional y/o está relacionada con más de un Estado y/o consista en prestaciones de servicios, enajenación o disposición de bienes o transferencia de capitales que produzcan efectos transfronterizos o extraterritoriales.”

- Principio de separabilidad
- Principio Kompetenz-Kompetenz.
- Definición del Acuerdo de Arbitraje y la forma
- Rebeldía o inactividad de la otra parte
- Derechos fundamentales de las partes en el proceso arbitral
- Impugnación de los laudos arbitrales

Uniformidad

Recursos

Causales

- Artículo 27 LAP – Principios UNIDROIT de los Contratos de Comercio Int'l.

Modificaciones a la LMU en el 2006

La forma escrita del Convenio Arbitral (Art. 7 LMU)

Medidas Cautelares en el Arbitraje Comercial Internacional. (Art. 17 LMU)

La forma escrita del Convenio Arbitral (Art. 7 LMU)

“ 1) El “acuerdo de arbitraje” es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.

2) El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito. Se entenderá que el acuerdo es escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, télex, telegramas u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra. La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye acuerdo de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.”

Cambio Sustancial introducido por LMU 2006- Eliminación del requisito escrito.

“Artículo 7.

1.....

2. El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito.

3. Se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado verbalmente, mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio.

4. El requisito de que un acuerdo de arbitraje conste por escrito se cumplirá con una comunicación electrónica si la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta. Por “comunicación electrónica” se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos. Por “mensaje de datos” se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el telex o el telefax.

5....

6.....”

El artículo 197 del Cod. Com. señala:

“Artículo 197. Los contratos que por disposición de la ley deban consignarse por escrito, serán firmados a mano por los contratantes.”

El artículo 195 del Cod. Com. señala:

“Artículo 195. Los contratos de comercio no están sujetos para su validez a formas especiales. Cualquiera que sea la forma y el idioma en que se celebren, las partes quedaran obligadas de manera y en los términos que aparezca que quisieron obligarse.”

Apreciaciones

“Escrito” podría significar también “No Escrito”.

Se excluye el requisito de Firma.

Escrito ya no es requisito de existencia, sino prueba de consentimiento.

Efectos de este cambio – Convención de Nueva York de 1958.

El artículo II de la convención de Nueva York señala:
“Artículo II

1. Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.

2. La expresión “acuerdo por escrito” denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas.

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

Conflicto entre las normas - Argumentos de Defensa

- i. Los requisitos de forma contemplados en el artículo II de la convención de Nueva York son aplicables al deber de los jueces de remitir a las partes al arbitraje y no a la validez o ejecutabilidad del laudo.
- ii. La determinación de validez del acuerdo arbitral para efectos de ejecutabilidad del laudo se realiza con base en el derecho nacional aplicable.
- iii. En caso de duda sobre la validez, la disposición de derecho más favorable de la Convención de Nueva York, salvaría la ejecutabilidad del laudo.

ART. 5 de la Convencion de Nueva York.

Art. 5 Num 1, literal (a)...”dicho acuerdo (arbitral) no es valido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del pais en que se haya dictado la sentencia.”

“Most Favorable Right Provision” o “disposición de derecho más favorable”.

“Artículo VII.

1. Las disposiciones de la presente Convención no afectarán la validez de los acuerdos multilaterales o bilaterales relativos al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales concertados por los Estados Contratantes ni privarán a ninguna de las partes interesadas de cualquier derecho que pudiera tener a hacer valer una sentencia arbitral en la forma y medida admitidas por la legislación o los tratados del país donde dicha sentencia se invoque.”

Medidas Cautelares en el Arbitraje Comercial Internacional. (Art. 17 LMU)

Artículo 17 (LMU – 1985)

“Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a petición de una de ellas, ordenar a cualquiera de las partes que adopte las medidas provisionales cautelares que el tribunal arbitral estime necesarias respecto del objeto del litigio. El tribunal arbitral podrá exigir de cualquiera de las partes una garantía apropiada en conexión con esas medidas.”

“Artículo 24....

...

Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a petición de una de ellas, adoptar las medidas provisionales o cautelares que considere oportunas en orden al aseguramiento del objeto del proceso. El tribunal arbitral podrá exigir a cualquiera de las partes que otorgue garantías apropiadas. Para la ejecución de las medidas, el tribunal arbitral puede auxiliarse con el Juez de circuito de turno sin necesidad de reparto, el cual deberá practicar estas medidas en un termino de diez días hábiles”.

Procedencia de las medidas cautelares - Metodología de análisis

- Revisión del pacto arbitral, con el fin de establecer si las partes han eliminado o limitado la posibilidad de que el tribunal decrete las medidas.
- Revisión de las normas específicamente aplicables al proceso arbitral, para establecer el radio de acción del tribunal frente a la materia (tanto la ley de la sede como el reglamento si hay)
- Luego se determina si una norma de orden público de la sede del arbitraje, limita la voluntad de las partes o la aplicación de las disposiciones pertinentes del conjunto de reglas que orienta el procedimiento arbitral.

Complejidades:

Limitaciones de los tribunales de arbitraje para decretar las medidas cautelares. (Origen Privado - Poder de *Imperium* de los árbitros)

- Las medidas cautelares no pueden recaer sobre terceros ajenos al pacto arbitral.
- Restricción voluntaria de los poderes del tribunal arbitral.
- Las medidas solo podrán recaer sobre bienes relacionados con la disputa u objeto del proceso.

- Ante qué autoridad se debe acudir primero, ante el tribunal arbitral o ante los tribunales competentes?

- La pertinencia de la medida cautelar.

- Tipo de Medidas Cautelares que decreta el Tribunal Arbitral.

 - Orden de Conservación de Bienes

 - Orden de Venta de bienes perecederos

 - Orden de apertura de cuentas bancarias

 - para garantizar el pago de obligaciones

- Orden de utilización o mantenimiento de maquinarias
- Orden de preservación de pruebas
- Orden para que una parte no haga uso de algunos activos.

• Forma que reviste la medida cautelar decretada por un tribunal de arbitraje.

LMU - 2006

“Artículo 17 H. Reconocimiento y Ejecución

Toda medida cautelar ordenada por un tribunal arbitral se reconocerá como vinculante y, salvo que el tribunal arbitral disponga otra cosa, será ejecutada al ser solicitada tal ejecución ante el tribunal competente, cualquiera que sea el Estado donde ha sido ordenada, y a reserva de lo dispuesto en el artículo 17 I.

La parte que solicite o haya obtenido el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar informará sin demora al tribunal de toda revocación, suspensión o modificación que se ordene de dicha medida.

El tribunal ante el que sea solicitado el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar podrá, si lo considera oportuno, exigir de la parte solicitante que preste una garantía adecuada, cuando el tribunal arbitral no se haya pronunciado aun sobre tal garantía o cuando esa garantía sea necesaria para proteger los derechos de terceros.

LMU - 2006

“ Artículo 17 I. Motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución

Podrá denegarse el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar únicamente:

Si, al actuar a insistencia de la parte afectada por la medida, al tribunal le consta que:

Dicha denegación está justificada por alguno de los motivos enunciado en los incisos i), ii), iii) o iv) del apartado a) del párrafo 1) del artículo 36; o

No se ha cumplido la decisión del tribunal arbitral sobre la prestación de la garantía que corresponda a la medida cautelar otorgada por el tribunal arbitral; o

La medida cautelar ha sido revocada o suspendida por el tribunal arbitral o, en caso de que este facultado para hacerlo, por un tribunal del Estado donde se tramite el procedimiento de arbitraje o conforme a cuyo derecho dicha medida se otorgo; o

Si el tribunal resuelve que:

La medida cautelar es incompatible con las facultades que se le confieren, a menos que dicho tribunal decida reformular la medida para ajustarla a sus propias facultades y procedimientos a efectos de poderla ejecutar sin modificar su contenido; o bien que

Alguno de los motivos de denegación enunciados en los incisos i) o ii) del apartado b) del párrafo 1) del artículo 36 es aplicable al reconocimiento o la ejecución de la medida cautelar.

Toda determinación a la que llegue el tribunal respecto de cualquier motivo enunciado en el párrafo 1) del presente artículo será únicamente aplicable para los fines de la solicitud de reconocimiento y ejecución de la medida cautelar. El tribunal al que se solicite el reconocimiento o la ejecución no podrá emprender, en el ejercicio de dicho cometido, una revisión del contenido de la medida cautelar.”

CONCLUSIONES