

# El arbitraje internacional: presencia y evolución en el ámbito jurídico uruguayo

International Arbitration: Presence and  
evolution in the Uruguayan legal field

*Cecilia Fresnedo de Aguirre\**

Universidad Católica del Uruguay, Uruguay,

<ceciliafresnedo@gmail.com>

**RESUMEN.** El arbitraje comercial internacional es reconocido y regulado en nuestro ordenamiento jurídico desde hace más de un siglo. Si bien este mecanismo alternativo de solución de controversias encuentra su base en la autonomía de la voluntad, ello no plantea contradicción alguna con las normas del ordenamiento jurídico uruguayo restrictivas de esta. Resulta fundamental el control de cumplimiento de las condiciones de validez del acuerdo arbitral, en especial el consentimiento, así como la determinación de hasta dónde es posible flexibilizar dichos requisitos dentro del marco normativo vigente. Asimismo, se estudian las particularidades que plantea la cláusula arbitral inserta en las condiciones generales, en los contratos de adhesión, contratos tipo y demás modalidades afines. Se analiza también la jurisprudencia estatal uruguayo en materia arbitral, referida a la validez o no del acuerdo arbitral y del laudo arbitral.

---

\* Profesora titular (grado 5) de Derecho Internacional Privado en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay. Profesora agregada (grado 4) de Derecho Internacional Privado en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Secretaria académica del Instituto Uruguayo de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República.

**PALABRAS CLAVE.** Arbitraje comercial internacional. Autonomía de la voluntad. Acuerdo arbitral. Cláusula arbitral. Convención de Nueva York de 1958. Principios de Unidroit. Ejecución laudo.

**ABSTRACT.** International commercial arbitration is recognized and ruled in our legal system since more than a century ago. Although this alternative mechanism of dispute resolution is based on party autonomy, this does not raise any contradiction with the restrictive legal rules on this area in the Uruguayan legal system. Controlling the fulfillment of the validity conditions of the arbitral agreement, especially the consent, is basic, as well as determining the possible margin of flexibility regarding those conditions, within the legal frame in force. The particularities raised by the arbitration clause included in general conditions, adhesion contracts, contract forms and other similar types are also studied. The Uruguayan state's jurisprudence regarding arbitration, referred to the validity or not of the arbitral agreement or the arbitral award is also analyzed.

**KEY WORDS.** International commercial arbitration. Party autonomy. Arbitral agreement. Arbitration clause. 1958 New York Convention. Unidroit Principles. Enforcement of award.

## 1.

# EL ARBITRAJE INTERNACIONAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO URUGUAYO

## 1.1. CRONOLOGÍA NORMATIVA

El arbitraje internacional es reconocido en Uruguay desde hace más de 120 años, cuando en 1889 se aprobó el Tratado de Derecho Procesal Internacional en ocasión del Primer Congreso Sudamericano, celebrado en Montevideo, a instancias de Gonzalo Ramírez.<sup>1</sup> El artículo 5 del referido Tratado reconoce que los fallos arbitrales dictados en asuntos civiles y comerciales en uno de los Estados signatarios tendrán en los territorios de los demás la misma fuerza que en el país en que se han pronunciado, siempre que reúnan los requisitos mínimos que enumera.<sup>2</sup> La solución de 1889 se mantuvo en el Tratado aprobado en el Segundo Congreso Sudamericano, también celebrado en Montevideo, en 1939-1940.<sup>3</sup>

En 1976 se aprobó la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (CIDIP-I, Panamá, 1975), por ley n.º 14.534, del 2 de julio. En 1979 se aprobó la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros (CIDIP-II, Montevideo, 1979), por ley n.º 14.953, del 18 de diciembre.

---

<sup>1</sup> Se incorpora positivamente a nuestro ordenamiento jurídico por la ley n.º 2.207, del 3 de octubre de 1892, por la que Uruguay aprobó el referido Tratado de Derecho Procesal Internacional, junto con los demás tratados internacionales aprobados en el Primer Congreso Sudamericano de Montevideo, en materia civil, comercial, penal, propiedad literaria y artística, profesiones liberales, patentes de invención, marcas de comercio y de fábrica, y el Protocolo Adicional.

<sup>2</sup> Véase *Actas y tratados celebrados por el Congreso Internacional Sudamericano de Montevideo*, Montevideo: Tipografía Oriental, 1889, pp. 395-398.

<sup>3</sup> Véase *Actas de la Reunión de Jurisconsultos, Editadas como Documentación Provisoria de la Reunión*, Montevideo, 1940; Comisión de Derecho Procesal Internacional, Actas n.ºs 2 y 3, pp. 12-18. Por decreto-ley n.º 10.272 del 12 de noviembre de 1942, Uruguay aprobó el referido Tratado de Derecho Procesal Internacional, junto con los demás tratados internacionales aprobados en el Segundo Congreso Sudamericano de Montevideo, en materia civil, comercial terrestre, de navegación comercial, propiedad intelectual, ejercicio de profesiones liberales, penal, asilo y refugio político, y el Protocolo Adicional.

En 1981 se aprobó la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 10 de junio de 1958), por ley n.º 15.229, del 11 de diciembre. La adhesión se produjo el 30 de marzo de 1983 y la entrada en vigor para Uruguay el 28 de junio de 1983.

En 1988 se aprobó el Código General del Proceso, por ley n.º 15.982, del 18 de octubre, cuyos artículos 502 y 543 refieren expresamente a la ejecución de laudos arbitrales extranjeros.

En 1998 se aprobaron en el ámbito del Mercosur los Acuerdos sobre Arbitraje Comercial Internacional (CMC/Decs. 3 y 4/98). El Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional entre el Mercosur, Bolivia y Chile (CMC/Dec. 4/98) fue aprobado por Uruguay por ley n.º 17.751, del 26 de marzo de 2004. Por su parte, el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur (CMC/Dec. 3/98) fue aprobado por Uruguay por ley n.º 17.834, del 23 de setiembre de 2004.

El 25 de mayo de 2004 se presentó al Parlamento un proyecto de ley nacional de arbitraje comercial internacional, basado en la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional aprobada el 21 de junio de 1985 por Uncitral, con su correspondiente exposición de motivos, donde se dejó expresa constancia de que “Nuestro país ha tenido invariablemente una posición favorable a la institución del arbitraje tanto interno como internacional”. A continuación se hizo referencia a los Tratados de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1889 y de 1940 y a las demás fuentes normativas vigentes en Uruguay en materia de arbitraje.

En estos días se estará presentando una versión del referido proyecto de ley, ajustado conforme a las modificaciones que aprobara la CNUDMI en el año 2006.

La anterior reseña cronológica de las normas referidas al arbitraje comercial internacional vigentes en Uruguay muestra que se trata de un mecanismo alternativo de solución de controversias reconocido y aceptado en nuestro ordenamiento jurídico desde hace más de un siglo.

## **1.2. LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK DE 1958<sup>4</sup>**

La Convención de Nueva York (CNY) —que cumplió 50 años el 10 de junio de 2008— conserva una destacable importancia entre todas las otras normas referidas. Debe su relevancia práctica a su amplio ámbito espacial o geográfico de aplicación,<sup>5</sup> que comprende

<sup>4</sup> Muchos de los conceptos aquí vertidos ya fueron expuestos en mi trabajo titulado “La Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, Nueva York, 1958: análisis de la jurisprudencia uruguaya”, publicado en la *Revista Uruguaya de Derecho Internacional Privado*, año III, n.º 3, pp. 141-157.

<sup>5</sup> Al 10 de abril de 2012 (último ingreso) la Convención tiene 146 Estados parte, según surge de [http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral\\_texts/arbitration/NYConvention\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html).

países con diversos sistemas legales, políticos y económicos. Además, su calidad y vigencia técnica se desprende del hecho de que sus soluciones han sido incorporadas en diversas convenciones (por ejemplo, la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, de Panamá, 1975) y en la Ley Modelo de Uncitral sobre Arbitraje Comercial Internacional, de 1985,<sup>6</sup> así como en los Acuerdos del Mercosur de 1998.

Si bien la CNY refiere en principio solo al reconocimiento y la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, según surge de su propio título y se especifica en su artículo I, sus normas de derecho uniforme que regulan las condiciones de validez de la cláusula arbitral han sido aplicadas por la jurisprudencia no solo en la etapa última de reconocimiento y ejecución del laudo, sino también en el momento anterior al procedimiento arbitral, en que se discute en sede judicial<sup>7</sup> si la cláusula es válida y por tanto surte efectos obligatorios entre las partes, o si no lo es.

El fundamento de esta interpretación amplia de la Convención puede encontrarse en el artículo II.3, que establece la obligación del juez “al que se someta un litigio respecto del cual las partes han concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo”, de remitir a las partes al arbitraje “a instancia de una de ellas”, salvo que la cláusula sea nula, ineficaz o inaplicable.

Es decir que si el actor entabla acción en sede judicial y el demandado interpone excepción de incompetencia alegando la validez de la cláusula arbitral, el juez deberá analizar si esta es o no válida, conforme las reglas materiales uniformes de la propia Convención. Si concluye que la cláusula es válida, remitirá a las partes al arbitraje. Si concluye que es nula, ineficaz o inaplicable —en los términos del artículo II—, asumirá competencia, siempre que sus respectivas normas (de fuente nacional o internacional) le asignen jurisdicción en la esfera internacional.

### **1.3. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES EN EL ARBITRAJE Y EL ORDENAMIENTO JURÍDICO URUGUAYO**

Si bien el derecho internacional privado (DIPr) uruguayo, así como la doctrina y la jurisprudencia nacionales, ha sido contrario a la admisión amplia de la autonomía de la

---

<sup>6</sup> Jernej SEKOLEC, “Uncitral Model Law on international commercial arbitration: background and salient features”, p. 7, en en Ana I. PIAGGI (coord.), *Uncitral y el Futuro Derecho Comercial*, Buenos Aires: Depalma, 1994.

<sup>7</sup> Ello sin perjuicio de la competencia de los propios árbitros para pronunciarse acerca de la validez o invalidez del acuerdo arbitral.

voluntad conflictual, siempre reconoció algunas excepciones a dicho criterio restrictivo.<sup>8</sup> El arbitraje comercial internacional constituye un ámbito donde esa autonomía se manifiesta de forma más amplia y clara,<sup>9</sup> y, como se reseñó en la sección 1.1, está recogido en el derecho uruguayo desde hace más de un siglo.

No obstante, “si bien el arbitraje encuentra su base en el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, no puede olvidarse que estamos ante una institución aceptada y regulada por las leyes de los Estados y que estos son los que, mediante Convenio internacional, incorporan las normas que rigen el arbitraje en su vertiente externa”.<sup>10</sup> Son los Estados —y no los particulares— los que, a través de la incorporación de normas nacionales o internacionales a su orden jurídico, admiten o no la posibilidad de que las partes celebren un acuerdo arbitral y fijan los límites dentro de los cuales estas podrán actuar.<sup>11</sup> Al menos ello es necesaria e ineludiblemente así cuando las partes no cumplen voluntariamente con el convenio arbitral y comparecen ante jurisdicción estatal (hipótesis regulada en el artículo II.3 de la CNY, entre otras), o cuando la parte perdedora no cumple voluntariamente con el laudo arbitral (hipótesis regulada en los artículos III ss. del mismo texto) y es necesario recurrir a mecanismos coactivos para su ejecución.

---

<sup>8</sup> En el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889, el artículo 40, referido a las capitulaciones matrimoniales, constituye un conocido ejemplo de la admisión de la autonomía de la voluntad. El artículo 5 *in fine* del Protocolo Adicional a los Tratados de Montevideo de 1940 es un ilustrativo ejemplo al respecto y tiene un alcance general, y no particular como el de 1889. Lo mismo cabe señalar con relación al DIPr uruguayo autónomo, concretamente en el artículo 2403 *in fine* del Apéndice del Código Civil, que dispone que la voluntad de las partes “podrá actuar dentro del margen que le confiere la ley competente”. Posteriormente, la aprobación del Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual (CMC/Dec. 1/94), por ley n.º 17.721 del 24/12/03, ratificada el 29/7/04, constituye otro ejemplo de admisión expresa de la autonomía de la voluntad en las hipótesis y condiciones establecidas en el propio texto convencional.

<sup>9</sup> En virtud del artículo II.1 de la CNY, así como del artículo 1 de la Convención Interamericana, las partes —en ejercicio de su autonomía de la voluntad conflictual— pueden pactar someter sus diferencias a un tribunal arbitral, en vez de al tribunal judicial estatal internacionalmente competente, siempre que se ajusten a las condiciones y los requisitos exigidos por la propia Convención. Véase también Acuerdo sobre Arbitraje (MS/CMC/DEC n.º 4/98), en especial los artículos 2, 3, 9 y 11.

<sup>10</sup> Juan Carlos FERNÁNDEZ ROZAS, *Derecho del comercio internacional*, Madrid: Eurolex, colección Estudios Internacionales, 1996, p. 472, n.º 750.

<sup>11</sup> En este sentido, Elena ARTUCH IRIBERRI, *El convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional* (prólogo de José Carlos Fernández Rozas), Madrid: Eurolex, 1997, pp. 159-176, realiza un pormenorizado análisis de la polémica planteada acerca de la autonomía del convenio arbitral internacional respecto de toda ley estatal, y la tesis de un sector de la doctrina sobre la validez del acuerdo basada exclusivamente en la voluntad de las partes en someter sus diferencias a arbitraje. Concluye, con diversas e importantes referencias doctrinarias en su apoyo, que “el límite está siempre en las normas de orden público de los Estados implicados, tanto el del lugar del arbitraje como el de ejecución, aunque solo sea por un deber de prudencia”; que “las partes no hacen de su convenio su propia ley rectora, lo que ocurre es que no siempre es necesario traer a colación la ley que rige cada uno de los aspectos de la validez”. Y por último: “No es necesario alcanzar formulaciones como la francesa en el caso español y, creemos, tampoco conveniente; pero sí ubicar el principio de autonomía en un adecuado dualismo y aplicar las normas de que dispone el juez español, de acuerdo a su función. Siendo así, la sustitución de las normas por principios generales y conceptos marco no supone ningún avance y deja la calificación e interpretación de las cuestiones controvertidas en manos de una amplísima discrecionalidad judicial”.

El reconocimiento del arbitraje comercial internacional y de la autonomía de la voluntad que está en su esencia misma no plantea contradicción alguna con la norma general de nuestro derecho internacional privado (artículo 2403 del Código Civil) que prohíbe a las partes modificar las reglas de competencia legislativa y judicial establecidas en dicho cuerpo normativo, ni con su similar artículo 5 del Protocolo Adicional a los Tratados de Montevideo de 1940. Por el contrario, su coexistencia es armónica y pacífica, ya que los referidos artículos 2403 y 5 admiten la autonomía de la voluntad de las partes “dentro del margen que les confiere la ley competente”. En materia de arbitraje, “la ley competente” será la norma interna o convencional que resulte aplicable en el caso, la cual establecerá las condiciones y los requisitos que deberán cumplir el acuerdo y el laudo para ser reconocidos como válidos y eficaces.<sup>12</sup>

Debe tenerse presente, además, que las normas que regulan el arbitraje son normas especiales, que se aplican estrictamente a los supuestos de aplicación previstos en ellas. No modifican por tanto el sistema general de DIPr uruguayo (al respecto, artículos 2399, 2401 y 2403 del Código Civil), precisamente por ser soluciones de excepción, de aplicación exclusiva a los supuestos en ellas previstos, excepcionales además desde el punto de vista de la política legislativa.<sup>13</sup> Y aun dejando de lado la calificación de “especiales o excepcionales”, se llega exactamente a la misma conclusión, porque las convenciones sobre arbitraje, como cualquier convención, se aplican estrictamente a los supuestos que encuadran en su ámbito de aplicación material, espacial y temporal.

Las normas del Apéndice del Código Civil<sup>14</sup> siguen plenamente vigentes y se aplican, en materia de contratos internacionales, siempre que la situación no sea objeto de regulación especial de fuente interna o internacional. Así por ejemplo, cuando las partes no han pactado válidamente someter sus diferencias a arbitraje, y la situación no está comprendida en los ámbitos de aplicación del Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual u otra norma especial, rigen las soluciones legales preceptivas vigentes.

---

<sup>12</sup> Véase el desarrollo de este tema en FRESNEDO DE AGUIRRE, artículo cit. (nota 4), pp. 142 a 144

<sup>13</sup> Cf. Ronald HERBERT, opiniones vertidas en clase en su curso de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República de 1987; en contra Ruben SANTOS BELANDRO, *Arbitraje Comercial Internacional*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1988, p. 301.

<sup>14</sup> Incorporadas al Código Civil por ley n.º 10.084, de 4/12/41 (arts. 2393 al 2405), no fueron modificadas en la última reforma del Código, aprobada por ley n.º 16.603 del 19/10/1994 y en vigencia desde el 19/10/1995. En consecuencia, la plena vigencia del texto de 1941 fue confirmada por el Parlamento nacional en 1995, es decir, con posterioridad a la aprobación legislativa de la CNY y de la Convención Interamericana sobre Arbitraje.

## 2.

# CONDICIONES DE VALIDEZ DEL ACUERDO ARBITRAL Y DERECHO APLICABLE

### 2.1. PLANTEO INICIAL

La cuestión de la validez del acuerdo arbitral —de su existencia misma— resulta un punto clave que deberá ser analizado siempre, a veces en más de una oportunidad, a lo largo de las distintas etapas del negocio con respecto al cual se optó por el arbitraje. En palabras de Paula ALL,<sup>15</sup> el convenio arbitral es la “piedra angular del arbitraje”. Y agrega esta autora: “[...] el arbitraje comercial internacional descansa sobre la base de la validez y eficacia del convenio arbitral”. Es por ello que sin acuerdo válido no hay arbitraje. Por tanto, es de fundamental importancia ocuparse de la validez y eficacia del acuerdo arbitral, en distintos niveles y en momentos diversos.

Las partes, preventivamente, en el momento de negociar y acordar someter sus eventuales y futuras diferencias a arbitraje, deberán formular una cláusula compromisoria que sea luego considerada válida y eficaz por los árbitros o jueces que deban pronunciarse al respecto. Lo mismo corresponde cuando, una vez surgidas las diferencias, las partes buscan llegar a un compromiso arbitral.

La existencia, validez y eficacia del acuerdo arbitral puede discutirse ante los propios árbitros<sup>16</sup> o ante el juez al que se plantea la cuestión litigiosa, al plantearse la reclamación por la parte actora o al comparecer la demandada cuestionando la competencia. También es analizada en ocasión de solicitarse una medida cautelar o en oportunidad del reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral.

Varios y de distinta naturaleza son los requisitos que debe cumplir el acuerdo arbitral para ser válido y eficaz. Nos limitaremos al análisis de alguno de ellos,<sup>17</sup> en especial a los que condicionan la existencia misma del acuerdo —sobre todo el consentimiento libre y válido de ambas partes— y a los de forma destinados a garantizar y acreditar los anteriores.

---

<sup>15</sup> Paula María ALL, “Consideraciones sobre el convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional”, en *Derecho del Comercio Internacional. Temas y Actualidades (DeCITA)*, n.º 2, 2004, Zavalía, pp. 27-50, p. 29.

<sup>16</sup> El principio de la competencia-competencia es analizado en todas las obras que tratan del arbitraje. No se analizará aquí porque excede los límites de este trabajo.

<sup>17</sup> Con respecto al requisito de la capacidad de las partes para pactar válidamente el arbitraje y la exigencia de que la materia objeto del litigio sea arbitrable, nos remitimos a las múltiples obras citadas en este trabajo, entre muchas más que se ocupan de estos y otros temas relativos al arbitraje.

## 2.2. “ACUERDO ESCRITO”

### 2.2.1. Las normas clásicas

El artículo II.2 de la CNY define en forma contundente e inequívoca lo que se entiende por *acuerdo escrito* a los efectos de la Convención:

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

Esta es una norma material —en cuanto a la técnica normativa empleada—, especial para el tráfico externo, de origen convencional y de carácter imperativo.<sup>18</sup> Es una norma de derecho uniforme, que busca evitar la aplicación de una técnica conflictual sobre la forma.<sup>19</sup>

Tanto la CNY (artículo II.1) como la Ley Modelo de Uncitral de 1985 y la enmendada en 2006 (artículo 7.2) exigen que el convenio arbitral conste por escrito.

[Ello] responde a un criterio estricto de necesidad jurídica: *si el convenio arbitral tiene la virtualidad de crear una competencia específica a favor de los árbitros a la que las partes deben someterse, es necesario que quede determinada claramente su existencia.*<sup>20</sup> El escrito, en este sentido, es la prueba misma de la posibilidad del arbitraje y de su extensión.<sup>21</sup>

También la Convención Interamericana de 1975, en su artículo 1, y el Acuerdo de Buenos Aires de 1998, en su artículo 6.1, contienen la exigencia de acuerdo “escrito”.

Se trata de una “exigencia mínima imposible de reducir a menores formalidades”, en palabras de SANTOS,<sup>22</sup> quien señala, citando a VAN DEN BERG, que “un tribunal no puede exigir más, pero tampoco aceptar menos de lo dispuesto en el artículo II.2 para la forma del acuerdo arbitral”. Concluye que se trata de un requisito *ad solemnitatem* y no *ad approbationem*.

---

<sup>18</sup> LUIS FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, y ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA, *Derecho mercantil internacional. Estudios sobre Derecho comunitario y del comercio internacional*, 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 1993, pp. 289-290.

<sup>19</sup> SANTIAGO ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *Condiciones generales en la contratación internacional*, Madrid: La Ley, 1992, p. 152.

<sup>20</sup> Destacado añadido.

<sup>21</sup> FERNÁNDEZ ROZAS, o. cit. (nota 10), pp. 483-484, n.º 770.

<sup>22</sup> RUBÉN SANTOS BELANDRO, *Arbitraje comercial internacional*, 3.ª ed., México: Oxford University Press, 2000, p. 60-61. El autor compatriota señala que no podría exigirse que los acuerdos arbitrales regidos por la Convención tuvieran que cumplir con los requisitos más exigentes que pudiera imponer el derecho interno, como ocurre por ejemplo con el artículo 473.2 del Código General del Proceso de Uruguay, que exige que el compromiso arbitral se otorgue en escritura pública.

### **2.2.2. El necesario ajuste de la Ley Modelo en el año 2006 no modifica lo sustancial**

En la versión de la Ley Modelo enmendada en 2006, las disposiciones de la versión 1985 se ajustan “a las prácticas actuales del comercio internacional y a los medios modernos de concertación de contratos con respecto a la forma del acuerdo arbitral”, entre otras cuestiones,<sup>23</sup> lo cual sin duda resulta necesario luego de más de veinte años de existencia de la versión 1985, durante los cuales el avance tecnológico superó las previsiones.

En cuanto al tema que nos ocupa, el artículo 7 enmendado no elimina por cierto la exigencia de acuerdo escrito (inciso 2), aunque sí ajusta su definición, la que desarrolla en el inciso 3 siguiente. Considera que el acuerdo es “escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma”. También admite —curiosamente— como “escrito”, “el acuerdo de arbitraje o contrato que se haya concertado verbalmente”, cuando haya sido confirmado “mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio”.<sup>24</sup>

El inciso 4 de la versión 2006 del artículo 7 acepta expresamente diversos medios tecnológicos modernos como hábiles para cumplir con la exigencia de que el acuerdo sea “escrito”. Establece que esta se cumple “con una comunicación electrónica si la comunicación en ella consignada es accesible para su ulterior consulta”. Y agrega:

[...] 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 télex o el telefax.<sup>25</sup>

La norma recoge así todas las vías tecnológicas modernas que pueden cumplir la misma función que la hoja de papel firmada de puño y letra por las partes, prevista en 1958 por

---

<sup>23</sup> Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobada sobre la base del informe de la Sexta Comisión (A/61/453).

<sup>24</sup> Véanse, en este sentido, los comentarios de José Luis STQUEIROS, “La CNUDMI modifica su Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional”, a publicarse en el *Boletín Informativo Pauta* <[www.coparmex.org.mx/contenidos/internacional/newsletter/resumen/ago06/6.doc](http://www.coparmex.org.mx/contenidos/internacional/newsletter/resumen/ago06/6.doc)>, pp. 3 y 4.

<sup>25</sup> Rubén SANTOS BELANDRO, “¿Hasta qué punto puede diluirse la formalidad del Acuerdo de Arbitraje Internacional en América Latina?”, en *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, n.º 15, abril de 2004, pp. 81-91, p. 85, realiza un análisis comparativo entre varias leyes de arbitraje aprobadas en la región y señala que en ellas “se hace referencia a los intercambios de cartas, telegramas, télex o cables, telefax o facsímil, correo electrónico o de cualquier otro medio de comunicación que deje constancia documental de la voluntad de ambas partes de someterse al arbitraje” (destacado añadido). Existe, por tanto, en las referidas legislaciones americanas sobre arbitraje, “un reconocimiento no taxativo de los soportes posibles del acuerdo arbitral”. Asimismo, en la *Revista Uruguaya de Derecho Internacional Privado*, año VI, n.º 6, octubre de 2005, pp. 95-105, bajo el título “¿Es posible un acuerdo de arbitraje oral en el derecho positivo latinoamericano?”, p. 99. Véanse también las flexibilizaciones necesarias en el arbitraje virtual, donde se mantiene, sin embargo, cierto formalismo, y los problemas que la tecnología plantea respecto de algunas cuestiones, en James A. GRAHAM, *El derecho internacional privado del comercio electrónico*, México: Themis, 2003, en especial pp. 31-36.

la Convención de Nueva York en su artículo II.2. Pero no altera la razón esencial que está en la base del requisito de que el acuerdo sea “escrito”: acreditar la voluntad, el consentimiento de las partes (cuestión esta que se desarrollará en la sección siguiente). Simplemente se actualizan las formas técnicas de manifestar y acreditar dicho consentimiento. En suma, la modificación al texto del artículo 7 de la Ley Modelo de Unictral es de forma y no de fondo.<sup>26</sup>

El mantenimiento de estos requerimientos, que constituyen estándares internacionales, resulta deseable por cuanto, como afirman REDFERN y HUNTER,<sup>27</sup> existen buenas razones para asegurar la existencia del acuerdo arbitral y que este fue claramente establecido. La mejor forma de hacerlo es mediante prueba escrita, sin perjuicio de las flexibilizaciones ya analizadas y —agregamos nosotros— siempre que no se desvirtúe la finalidad misma de la institución arbitral. Además, apartarse de los estándares internacionales previstos en toda la normativa existente en la materia tendría como consecuencia que ni el acuerdo arbitral ni el laudo recaído con base en él fueran pasibles de reconocimiento y ejecución internacional.<sup>28</sup>

### 2.3. “ACUERDO” PRESUPONE —NECESARIAMENTE— CONSENTIMIENTO VÁLIDO

El “acuerdo” arbitral, como cualquier acuerdo susceptible de producir efectos jurídicos, presupone la existencia de *consentimiento válido prestado por cada una de las partes involucradas en el negocio*. Ello es de principio, aunque no lo especificaran las normas, que sí lo hacen. Constituye no solo una condición de validez, sino de la existencia misma del “acuerdo” arbitral.

Del propio texto de todas las normas convencionales en la materia<sup>29</sup> se desprende claramente que debe haber un acuerdo de voluntades específico respecto de la cláusula compromisoria o compromiso arbitral.

La afirmación planteada encuentra apoyo en doctrina diversa, tanto nacional como extranjera. Veamos, a vía de ejemplo y como sustento de la posición adoptada, algunas de estas manifestaciones doctrinarias, que coinciden en que el acuerdo entre las partes de someter sus diferencias, presentes o futuras, a arbitraje constituye la *pedra fundamental* del arbitraje comercial internacional.<sup>30</sup> El papel clave de ese acuerdo es registrar el consentimiento de las

<sup>26</sup> Véanse también los incisos 5 y 6 del artículo 7, en su versión 2006.

<sup>27</sup> Alan REDFERN y Martin HUNTER, *Law and Practice of Internacional Comercial Arbitration*, Londres, Sweet & Maxwell, 4.ª ed. (Student Version), 2004, p. 159.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 158.

<sup>29</sup> Véanse, en especial, aunque no exclusivamente, artículo II de la CNY, artículo 1 de la Convención de Panamá, artículos 2.e, 3.e, 4.2, 6.1 del Acuerdo de Buenos Aires.

<sup>30</sup> REDFERN y HUNTER, o. cit. (nota 27), p. 155.

partes a someterse al arbitraje, “consentimiento que es indispensable para cualquier proceso de solución de controversias fuera de los tribunales nacionales”.<sup>31</sup> En otras palabras: “no puede haber arbitraje sin acuerdo de las partes de someterse a este método de solución de controversias”.<sup>32</sup>

Sostiene FERNÁNDEZ ROZAS<sup>33</sup> que “la autonomía de la voluntad de las partes se manifiesta en su consentimiento en someter sus controversias a arbitraje”. Y agrega:

La voluntad de las partes debe quedar claramente expresada, siendo de estricta aplicación que sin voluntad no puede haber arbitraje; al revés, esta voluntad fundamenta el efecto positivo del convenio arbitral, de manera que las partes están obligadas a someterse al juicio de árbitros y a cumplir la decisión que recaiga.

Asimismo, NOODT TAQUELA<sup>34</sup> afirma:

[...] si el acuerdo arbitral es el fundamento para excluir la actuación de los tribunales estatales y abrir la jurisdicción privada, la voluntad de las partes debe expresarse de un modo indudable.

En el mismo sentido, ARTUCH IRIBERRI<sup>35</sup> hace especial hincapié en “la importancia de la indagación acerca de la voluntad real de las partes” con respecto al convenio arbitral. Concluye que “la ausencia de la voluntad de las partes priva al arbitraje de la consideración de ‘arbitraje’, de su sentido y de su legalidad”,<sup>36</sup> Y agrega: “[...] el arbitraje es una manifestación de la autonomía de la voluntad y el convenio arbitral, su instrumento”, pero “el arbitraje llega a donde las partes quisieron, nada más”. Por eso “es preceptivo impedir que las partes se vean vinculadas por un convenio que nunca buscaron”.<sup>37</sup>

En el ámbito nacional cabe destacar la opinión de OLIVERA y JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA,<sup>38</sup> cuando afirman:

---

<sup>31</sup> Ibidem.

<sup>32</sup> *Schmitthoff's Export Trade, The Law and Practice of International Trade*, por Leo D'ARCY, Carole MURRAY y Barbara CLEAVE, Londres: Sweet & Maxwell, 10.ª ed., 2000, p. 475.

<sup>33</sup> FERNÁNDEZ ROZAS, o. cit. (nota 10), p. 481, n.º 766.

<sup>34</sup> María Blanca NOODT TAQUELA, *El arbitraje en Argentina*, Montevideo: Centro de Conciliación y Arbitraje, Corte de Arbitraje Internacional para el Mercosur, Bolsa de Comercio, 2000, p. 134.

<sup>35</sup> ARTUCH IRIBERRI, o. cit. (nota 11), p. 98

<sup>36</sup> Cita en su apoyo: TC, sentencia 75/1996, de 30 de abril, en el recurso de amparo 540/1994, contra el laudo dictado por la Junta Arbitral de Transporte del País Vasco, en que dicho arbitraje obligatorio fue declarado inconstitucional por el propio TC (o. cit., p. 98, nota al pie n.º 4).

<sup>37</sup> ARTUCH IRIBERRI, o. cit. (nota 11), p. 98 y nota al pie n.º 5.

<sup>38</sup> Ricardo OLIVERA GARCÍA y Mercedes JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, *El arbitraje en Uruguay*, Montevideo: por Centro de Conciliación y Arbitraje, Corte de Arbitraje Internacional para el Mercosur, Bolsa de Comercio, 2000, p. 64.

[...] la ratio legis que inspira a todas las normas referidas (de fuente interna e internacional)<sup>39</sup> es básicamente la misma: garantizar que efectivamente ha existido un acuerdo de voluntades en el cual las partes han consentido libre y válidamente en someter sus diferencias a arbitraje.

## 2.4. EL ACUERDO ESCRITO DEBE ESTAR FIRMADO POR AMBAS PARTES O CONTENIDO EN UN CANJE DE CARTAS O TELEGRAMAS

El requisito de la firma de ambas partes impuesto por los textos convencionales<sup>40</sup> se mantiene plenamente vigente, desde que estos no han sido denunciados por los Estados parte en la forma establecida en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.<sup>41</sup> Apunta —como ya se dijo— a garantizar el consentimiento de aquellas respecto del acuerdo arbitral. Más aún, como afirma HERBERT,<sup>42</sup> la exigencia de un documento firmado por ambas partes en la CNY constituye “una verdadera forma *ad-solemnitatem* al haber sido definida con precisión en una norma material supranacional”. Ello es válido y extensible a los demás textos sobre arbitraje que contienen la misma exigencia.<sup>43</sup> Afirma HERBERT:<sup>44</sup>

La firma de *ambas* partes, es requerida en el documento escrito habiéndose desechado la validez de las cláusulas “semifirmadas” como proposición hábil que pueda ser aceptada tácitamente

La exigencia de “acuerdo por escrito” implica indubitablemente la concurrencia de dos o más voluntades, que indique claramente su obligación de someter a arbitraje sus diferencias. La firma de las partes es la forma de aceptación y expresión del consentimiento de las personas físicas y jurídicas con relación al respectivo documento escrito. Las normas convencionales<sup>45</sup> también admiten, cabe reiterar, la validez del acuerdo cuando este se desprende claramente de un “canje de cartas o telegramas” u otros medios tecnológicos, siempre que se tenga la certeza de que existió una “manifestación suficiente del consentimiento en forma adecuada”.<sup>46</sup>

---

<sup>39</sup> Los autores refieren a la Convención de Nueva York de 1958, a la de Panamá de 1975 y al Código General del Proceso uruguayo.

<sup>40</sup> Véanse los artículos II.2 de la CNY, 1 de la Convención de Panamá y 6.1 del Acuerdo de Buenos Aires.

<sup>41</sup> Ratificada por Uruguay por ley n.º 16.173, de 30/3/1991.

<sup>42</sup> Ronald HERBERT, “La cláusula arbitral en los conocimientos de embarque”, en *Revista de Transporte y Seguros*, n.º 2, pp. 111-113, p. 111.

<sup>43</sup> En especial, el artículo 1 de la Convención de Panamá.

<sup>44</sup> HERBERT, o. cit. (nota 42), p. 111.

<sup>45</sup> Véanse los artículos II.2 de la CNY, 1 de la Convención de Panamá, 6.1 y 6.3 del Acuerdo de Buenos Aires.

<sup>46</sup> Esta última expresión pertenece a ARTUCH IRIBERRI (o. cit., nota 11, p. 176-177), quien agrega, citando a GAILLARD, que “hasta en las formulaciones más audaces del principio de autonomía se reconoce la posibilidad de que en cuestiones de capacidad o consentimiento la formulación quiebre”.

Tanto del texto claro del artículo II.2 de la CNY como de los antecedentes de la Convención se infiere que el silencio no puede equipararse a la aceptación; esta debe ser expresa y escrita; la fórmula del artículo II.2 no comprende la mera aceptación tácita.

Durante el proceso de elaboración de la Convención, la delegación holandesa propuso establecer que, a los efectos del artículo II.2, se entendiera también por acuerdo por escrito “la confirmación escrita dada por una de las partes y no contestada por la otra”. Esta propuesta fue rechazada y se aprobó el texto vigente, que además, dada su claridad, no deja dudas en cuanto a su interpretación.<sup>47</sup> Cabe recurrir a los trabajos preparatorios de la Convención para interpretar el sentido de sus normas en virtud de lo dispuesto en el artículo 32 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969.<sup>48</sup>

Como señala FERNÁNDEZ ROZAS,<sup>49</sup> la cuestión de evaluar si la voluntad de las partes en someterse a arbitraje ha quedado claramente formulada es más fáctica que jurídica:

[...] la comprobación del consentimiento se reduce al contenido del convenio arbitral o de la cláusula compromisoria. Basta, con carácter general, que las partes indiquen que, en caso de controversia acerca de la ejecución, desarrollo, terminación o resolución de la relación jurídica de fondo, se someterán al juicio de árbitros. La práctica arbitral considera suficiente una redacción similar a la expuesta.

Pero a continuación reconoce el referido profesor español:

[...] sin embargo, la experiencia demuestra que esta cuestión, sencilla en apariencia, provoca serios inconvenientes en la práctica, puesto que, *en ocasiones, la inclusión de un convenio arbitral dista de ser tan clara.*<sup>50</sup>

Y añade:

La única apreciación que es posible hacer en un plano teórico es que la ineficacia del convenio arbitral de la que habla el artículo II.3 CNY depende del grado de gravedad del defecto del convenio, de forma que no sea posible deducir de su enunciado que las partes hayan querido someterse a arbitraje.

Podría agregarse que no solo debería tenerse en cuenta el “enunciado” de la cláusula, sino también las circunstancias que la rodean.<sup>51</sup>

---

<sup>47</sup> FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA y CALVO CARAVACA, o. cit. (nota 18), p. 291.

<sup>48</sup> HERBERT, o. cit. (nota 42), p. 113.

<sup>49</sup> FERNÁNDEZ ROZAS, o. cit. (nota 10), p. 482, n.º 768.

<sup>50</sup> Destacado añadido.

<sup>51</sup> Las patologías referidas “solo se producen en la modalidad de convenio arbitral que se incluye en el contrato a que se refiere como una cláusula más. Como es obvio, el convenio arbitral pactado surgida ya la controversia presenta un

No obstante lo dicho, el requisito de la firma ha generado algunos problemas prácticos, derivados de los cambios tecnológicos en las comunicaciones, entre otras cuestiones. Ello ha dado lugar a diversas reacciones en doctrina, jurisprudencia, e incluso en algunas leyes “modernas” sobre arbitraje, que han dejado de lado o flexibilizado el requisito de la firma.<sup>52</sup> No obstante, como reconocen REDFERN y HUNTER,<sup>53</sup> se requiere prueba escrita del acuerdo de someterse a arbitraje.

## 2.5. ¿ES POSIBLE, DENTRO DEL MARCO NORMATIVO VIGENTE, FLEXIBILIZAR LOS REQUISITOS DE VALIDEZ FORMAL DEL ACUERDO ARBITRAL?

Para responder dicho interrogante es necesario tener en cuenta, como punto de partida, el fundamento y la función que cumplen los requisitos formales de validez exigidos por las normas en cuestión. Y este es, como sostienen FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA y CALVO CARAVACA,<sup>54</sup> la doble exigencia de probar la existencia del convenio arbitral y de “proteger a las partes, asegurándose de que existe una *voluntad consciente, libre e inequívoca de recurrir al arbitraje como medio de arreglo de diferencias entre ellas*”.<sup>55</sup>

En este mismo sentido y con relación a las funciones de las formas exigidas al acuerdo arbitral, manifiesta SANTOS BELANDRO<sup>56</sup> que ellas son, entre otras, la de “poner en evidencia la existencia de un negocio o acto”, la de “fomentar la reflexión en los partícipes acerca de la importancia de lo que están celebrando” y la de “proteger a través de ella a la parte débil de la relación jurídica”. Menciona a continuación, a vía de ejemplo, lo dispuesto en el artículo 4.2 de la ley brasileña n.º 9307, de 1996,<sup>57</sup> y el artículo 10.3 de la Ley de Arbitraje de Guatemala, de 1995.<sup>58</sup>

---

riesgo muy bajo de ser defectuoso, desde el momento en que las partes lo pactan por separado y específicamente para la función que debe cumplir de inmediato” (FERNÁNDEZ ROZAS, o. cit., nota 10, p. 482, n.º 768).

<sup>52</sup> REDFERN y HUNTER, o. cit. (nota 27), p. 161.

<sup>53</sup> *Ibidem*.

<sup>54</sup> FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA y CALVO CARAVACA, o. cit. (nota 18), p. 288.

<sup>55</sup> Destacado añadido.

<sup>56</sup> SANTOS BELANDRO, “¿Hasta qué punto puede diluirse...”, artículo cit. (nota 25), pp. 81-91, p. 83, y en *Revista Uruguaya de Derecho Internacional Privado*, año VI, n.º 6, octubre de 2005, pp. 95-105, bajo el título “¿Es posible un acuerdo de arbitraje oral en el derecho positivo latinoamericano?”, p. 97.

<sup>57</sup> Establece la referida norma que “en los contratos de adhesión, la cláusula compromisoria solo tendrá eficacia si el adherente tomare la iniciativa de instituir el arbitraje o lo acordare expresamente, en la sustitución a su favor, desde que se pacte por escrito, en documento anexo o en negrita, con la firma o el visto bueno otorgado especialmente para esta cláusula”.

<sup>58</sup> Dicho artículo dispone que “si el acuerdo de arbitraje ha sido incorporado a contratos mediante formularios o mediante pólizas, dichos contratos deberán incorporar en caracteres destacados, claros y precisos, la siguiente advertencia: ‘ESTE CONTRATO INCLUYE UN ACUERDO DE ARBITRAJE’” (destacado en el original).

Asimismo, OLIVERA y JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA<sup>59</sup> afirman que “la solemnidad es una forma de garantizar que la parte ha prestado libremente su consentimiento y que el mismo no fue producto de una decisión irreflexiva o impulsiva”.

Es por eso que, aunque la tendencia general del derecho convencional sea la de simplificar las exigencias de forma, como señala MATTEO,<sup>60</sup> no parece conveniente descuidar los aspectos formales en cuanto sirven para constatar si existió o no libre consentimiento de ambas partes.

Claro que ello no impide ajustar el funcionamiento de los textos positivos a las nuevas realidades tecnológicas —como, por ejemplo, el correo electrónico<sup>61</sup> y la firma digital—. Ello ha sido recomendado por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/Uncitral) el 7 de julio de 2006, en su 39.º período de sesiones, en los siguientes términos:

1. Recomienda que el párrafo 2) del artículo II de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958, se aplique reconociendo que las circunstancias que describe no son exhaustivas.

Ello significa, obviamente, que cuando la norma exige que el acuerdo escrito esté “firmado(s) por las partes o contenido en un canje de cartas o telegramas”, dichas circunstancias “no son exhaustivas”, por lo que podría admitirse también la validez de la cláusula arbitral propuesta y aceptada a través del correo electrónico, por ejemplo, o en “otro medio equivalente”,<sup>62</sup> como podría ser el intercambio de mensajes de texto a través de celulares.

Pero no significa —y esto constituye un principio fundamental— obviar el consentimiento de una de las partes, porque ello sería tanto como *inventar* un acuerdo cuando este no existe. Y eso sin duda no está ni en la letra ni en el espíritu de ninguno de los textos normativos referidos al arbitraje.

La evaluación de la admisibilidad o no de las “circunstancias” no previstas en el texto convencional —cuyo reconocimiento recomienda la CNUDMI— o de los medios equivalentes previstos en el Acuerdo de 1998, queda necesariamente en manos del decisor, sea este el propio árbitro o tribunal arbitral, o el juez al que se le haya planteado el asunto.<sup>63</sup> El

<sup>59</sup> OLIVERA GARCÍA y JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, o. cit. (nota 38), p. 66.

<sup>60</sup> Vivien MATTEO, “Arbitraje comercial internacional”, en *Revista de Derecho Comercial y de la Empresa*, n.º 20, pp. 245-270, p. 258.

<sup>61</sup> Véase por ejemplo el artículo 6 del Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur de 1998, en especial el numeral 3 cuando refiere al “correo electrónico o medio equivalente”, y el artículo 7.4 de la Ley Modelo de Uncitral en su versión 2006, ya analizado *supra*.

<sup>62</sup> Véase la nota anterior.

<sup>63</sup> Véase el artículo II.3 de la CNY.

análisis respectivo deberá hacerse no solo teniendo en cuenta el texto positivo, que es bien claro, sino a la luz del principio fundamental que subyace a la norma: garantizar que existió consentimiento válido de las partes.

*En suma*, y en las palabras de ARTUCH IRIBERRI:<sup>64</sup>

[...] el arbitraje es solo posible allá donde hay voluntad de las partes, expresa o tácita, pero cierta, en resolver de esta forma sus disputas. La conveniencia de resolver mediante el arbitraje los litigios del comercio internacional no puede convertirse en la obligación de hacerlo a cualquier precio porque, sencillamente, no estaríamos hablando ya de arbitraje.

No obstante, en el contexto mundial se encuentran algunas flexibilizaciones que pueden calificarse, al menos, de curiosas. Así, en la ley inglesa de arbitraje de 1996 se establece que un acuerdo arbitral oral se considerará “escrito” (sic) si se realiza por referencia a términos escritos, o si el acuerdo oral es grabado por una de las partes o por un tercero, con la autorización de las partes del acuerdo.<sup>65</sup>

Sin perjuicio de estas supuestas “innovaciones modernas”, creemos, con REDFERN y HUNTER,<sup>66</sup> que es necesario cierto grado de cautela, ya que incluso jurisdicciones familiarizadas con el arbitraje internacional se niegan a veces a hacer valer el acuerdo arbitral que no consta en un documento escrito y firmado por las partes, o contenido en un canje de cartas o telegramas. Además, el acuerdo arbitral considerado válido por un tribunal arbitral o estatal en un Estado puede no serlo en otro donde se pretende luego el reconocimiento y la ejecución del laudo. Pero, más allá de las razones expuestas por los autores ingleses citados, de tipo pragmático, y por tratarse de una cuestión de principios fundamentales, creo que por encima de todo deben tenerse en cuenta las razones de fondo ya expuestas: *no se le puede atribuir a una parte un consentimiento que no existió o fue viciado*.

Por lo tanto, *el límite a la posible flexibilización debe estar en la efectiva garantía de la existencia de consentimiento válido de las partes involucradas*. Y ello porque la falta de consentimiento es causal de nulidad del acuerdo, en los términos del artículo II.3 de la CNY.<sup>67</sup>

---

<sup>64</sup> ARTUCH IRIBERRI, o. cit. (nota 11), p. 107. Véanse también pp. 176 y 177.

<sup>65</sup> REDFERN y HUNTER, o. cit. (nota 27), p. 161. Véase asimismo: *Schmitthoff's Export Trade*, o. cit. (nota 32), p. 481, donde se afirma que, si bien la ley de arbitraje inglesa admite esa “ficción” del acuerdo arbitral oral considerado escrito, los acuerdos arbitrales orales son raros en la práctica. Reconocen además que dicho acuerdo presenta siempre incerteza, por lo que es preferible que conste por escrito.

<sup>66</sup> REDFERN y HUNTER, o. cit. (nota 27), p. 161.

<sup>67</sup> ARTUCH IRIBERRI, o. cit. (nota 11), p. 180, quien refiere más adelante (p. 192, nota al pie n.º 375), que en el laudo CCI n.º 5721/1990 se concluyó que el convenio arbitral no era oponible al dirigente social, porque su voluntad no había quedado probada.

## **2.6. EL CONVENIO ARBITRAL TIENE EFICACIA OBLIGATORIA SOLO PARA LAS PARTES QUE LO PACTARON Y CONSINTIERON**

Además de determinar la validez de la cláusula arbitral, es necesario precisar a quiénes obliga dicha cláusula. Parece indudable que solo obliga a aquellos que han celebrado un acuerdo arbitral válido en los términos de la normativa aplicable (CNY, Convención de Panamá u otro). Al respecto sostiene FERNÁNDEZ ROZAS<sup>68</sup> que los efectos de la cláusula arbitral válida “solo se extienden a las partes que lo firmaron o asumieron de una forma u otra; en este sentido, la cuestión, en ocasiones, se centra en determinar quién, cómo y con qué extensión devino parte del convenio arbitral”.<sup>69</sup> Y agrega que el problema pertenece al ámbito del consentimiento.

El problema de la oponibilidad de la cláusula arbitral a terceros se ha planteado en casos de derecho marítimo, con la pretensión de extender al destinatario de la mercadería los efectos de una cláusula arbitral incluida en las condiciones generales impresas al dorso del conocimiento de embarque. Esto ha sido rechazado no solo en la jurisprudencia uruguaya, como se verá más adelante, sino también en la extranjera, que considera:

[...] para ser oponible al destinatario, una cláusula compromisoria incluida en un conocimiento de embarque debe haber sido puesta en su conocimiento y haber sido aceptada por él, a más tardar, en el momento en que, al recibirse de la mercadería, adhirió al contrato de transporte.<sup>70</sup>

En suma, puede concluirse que, siendo de general aceptación en todos los ámbitos que el arbitraje se basa —y debe su existencia misma— en la autonomía de la voluntad de las partes, resulta incuestionable que la existencia y la validez del consentimiento de todas las partes involucradas en el arbitraje debe quedar demostrada en forma clara, cierta e indubitable.

---

<sup>68</sup> FERNÁNDEZ ROZAS, o. cit. (nota 10), p. 485, n.º 771.

<sup>69</sup> En el mismo sentido se pronuncia ARTUCH IRIBERRI, o. cit. (nota 11), pp. 195 y 196.

<sup>70</sup> Sentencia de casación de 29 de noviembre de 1994 (Corte de Casación, Cámara de Comercio), que casa y anula la sentencia del Tribunal de Apelaciones de París que había resuelto en sentido contrario. Publicada en *Droit Maritime Française*, 1995, pp. 218-219, y en *Revista de Transporte y Seguros*, n.º 11, caso n.º 211, pp. 164-165.

### 3.

## LA CLÁUSULA ARBITRAL EN LAS CONDICIONES GENERALES, CONTRATOS DE ADHESIÓN, CONTRATOS TIPOS Y FIGURAS AFINES

Las cláusulas impresas en condiciones generales, contratos tipo, contratos de adhesión y demás variantes caracterizadas por el establecimiento unilateral de las condiciones contractuales, que incluyen una cláusula arbitral, plantean problemas específicos con relación a la validez o no de dicha cláusula.<sup>71</sup> Estos se basan, fundamentalmente, en la existencia o no de consentimiento válido dado por las partes entre las que se quiere hacer valer el acuerdo arbitral. En este sentido, GARCÍA HUIDOBRO<sup>72</sup> sostiene:

[...] en los contratos por adhesión se verifica una imposición de voluntad de una de las partes a la otra. Esta imposición de voluntad sobre las condiciones y términos de la contratación es integral, completa y absoluta respecto del contenido literal del contrato. Ante lo anterior cabe la interrogante de si en estas circunstancias se puede entender que haya operado realmente un concurso de voluntades.

La respuesta de la doctrina y la jurisprudencia no ha sido uniforme. Lo que sí parece indiscutible es que la cuestión deberá ser dilucidada por el juez o árbitro actuante, teniendo en cuenta las normas aplicables, los principios generales y las circunstancias del caso. El decisor deberá ser especialmente cuidadoso, porque lo que está en juego es un asunto fundamental, cual es la existencia o no de consentimiento válido.

Comentando la exigencia del artículo II.2 de la CNY, en cuanto establece que el “acuerdo por escrito denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmado por las partes o contenido en un canje de cartas o telegramas”, FERNÁNDEZ ROZAS<sup>73</sup> sostiene que “la salvedad de la ausencia de firma en la segunda modalidad expresada responde a las necesidades creadas por las nuevas técnicas aplicadas a la contratación, que exigen flexibilizar los requisitos formales en los pactos a larga distancia”. Y agrega que el artículo 7.2 de la Ley Modelo de Uncitral se acerca más “al estado actual de la cuestión en lo relativo a la forma del convenio arbitral”, ya que “además de recoger el pacto

<sup>71</sup> Véase, sobre el punto, José Antonio MORENO RODRÍGUEZ, “Las cláusulas predisuestas y el arbitraje en el Paraguay” (capítulo III, pp. 49-70), en *El arbitraje en Paraguay*, Montevideo: Centro de Conciliación y Arbitraje, Corte de Arbitraje Internacional para el Mercosur, Bolsa de Comercio, 2000, en especial p. 49.

<sup>72</sup> Cristián GARCÍA HUIDOBRO, *El arbitraje en Chile*, Montevideo: Centro de Conciliación y Arbitraje, Corte de Arbitraje Internacional para el Mercosur, Bolsa de Comercio, 2000, p. 49.

<sup>73</sup> FERNÁNDEZ ROZAS, o. cit. (nota 10), p. 484, n.º 770.

entre ausentes, no firmado por ambas partes, reconoce la validez de las cláusulas pactadas por referencia”, que son aquellas “que se aceptan en relación a otro contrato o a condiciones generales de la contratación”.

Pero por cierto no comprende, en esta interpretación de las normas referidas, las cláusulas incluidas en condiciones generales impresas en contratos de adhesión, en la medida en que el consentimiento de la cláusula arbitral no haya sido claramente expresado.<sup>74</sup> Aquí no se trata por cierto de un problema de forma, sino de consentimiento, como se ha analizado *ut supra*.

Los Acuerdos del Mercosur sobre Arbitraje de 1998 hacen especial referencia a los contratos de adhesión y disponen en su artículo 4:

1. La convención arbitral dará un tratamiento equitativo y no abusivo a los contratantes, en especial en los contratos de adhesión, y será pactada de buena fe.
2. La convención arbitral inserta en un contrato deberá ser claramente legible y estar ubicada en un lugar razonablemente destacado.

Si bien es cierto que, como sostiene NOODT TAQUELA,<sup>75</sup> “la sola circunstancia de que el acuerdo arbitral integre un contrato con cláusulas predispuestas no significa que el acuerdo sea abusivo”, debemos reconocer que el riesgo de que sí lo sea es mayor que en los contratos libremente negociados por partes con igual poder de negociación. Por eso resulta muy acertada la introducción de esta herramienta normativa en el artículo 4.1 de los Acuerdos, la que sin duda puede resultar de gran utilidad para el decisor —juez o árbitro— que deba pronunciarse acerca de la validez y eficacia de un acuerdo arbitral.

Con respecto al segundo inciso, como ya se dijo, no parece suficiente el mero conocimiento de la existencia de la cláusula por quien adhiere o se aviene a contratar aunque no haya tenido posibilidad de negociar los términos del contrato, en especial en cuanto al arbitraje. Es necesario que exista consentimiento expreso y válido, porque de lo contrario no habrá acuerdo arbitral alguno sino una cláusula arbitral unilateralmente emitida, lo cual no es de recibo en ninguno de los textos convencionales vigentes.

Con respecto a esta hipótesis, “algunos autores consideran que estrictamente sería abusivo el acuerdo arbitral que imponga condiciones imposibles para acceder al proceso

---

<sup>74</sup> Sobre este tema, afirman OLIVERA GARCÍA y JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, o. cit. (nota 38), p. 73, que “la cláusula compromisoria incluida en un contrato de adhesión se debe presumir conocida y consentida, si el mismo fue suscrito por las dos partes”. *A contrario sensu*, se debe presumir que si dicha cláusula no está firmada por las dos partes, ella no fue ni conocida ni consentida por la parte no firmante.

<sup>75</sup> María Blanca NOODT TAQUELA, *Arbitraje internacional en el Mercosur*, Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1999, p. 71.

arbitral o de muy difícil acceso para la parte débil. Por ende no toda cláusula compromisoria incluida en contratos celebrados por adhesión es abusiva”.<sup>76</sup>

Serán por tanto los propios árbitros —o el juez, en su caso— los que, al decidir acerca de la validez o nulidad de la cláusula arbitral, deberán evaluar cuidadosamente todas estas cuestiones.

### 3.1. CONTROL DE LA VALIDEZ Y DEL CONTENIDO DE LA CLÁUSULA ARBITRAL EN LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN

Si bien los contratos de adhesión y otras modalidades similares son una realidad y —en muchos casos— una necesidad en la contratación internacional,<sup>77</sup> no es menos cierto que, por sus particularidades, sería deseable que fueran objeto de regulaciones especiales que contemplaran los problemas específicos que estas modalidades de contratación plantean. Así, y en particular con respecto a las cláusulas arbitrales incluidas en contratos de adhesión, BOGGIANO<sup>78</sup> reconoce la conveniencia de regular las condiciones en las cuales la cláusula arbitral podría considerarse incorporada al contrato cuando este se celebra mediante condiciones generales de contratación, y propone exigir que se le dé al adherente la oportunidad de conocer la referida cláusula.<sup>79</sup>

No parece suficiente el mero conocimiento de la existencia de la cláusula en las condiciones generales por parte del adherente, sino que resulta necesario garantizarle la posibilidad de oponerse a su inclusión, ya que de lo contrario no podría hablarse de *acuerdo* en los términos de la CNY. Es necesario ser especialmente cuidadoso al analizar si la cláusula es válida o no, dado que, como sostiene REZZÓNICO,<sup>80</sup> “la exclusión por las partes de la jurisdicción estatal para la decisión de sus controversias es un hecho trascendente; lo sería en el contrato individual negociado; más aún tratándose de CNG [condiciones negociales generales]”. Y cita el artículo 1341, § 2.º, del Código Civil italiano, que considera cláusula onerosa, y por tanto sujeta a aprobación escrita, la que instituye la cláusula compromisoria por medio de

<sup>76</sup> *Ibidem*, p. 72.

<sup>77</sup> Claudio VIANNA DE LIMA, *A arbitragem no Brasil*, Montevideo: Centro de Conciliación y Arbitraje, Corte de Arbitraje Internacional para el Mercosur, Bolsa de Comercio, 2000, p. 66, refiere a que los contratos de adhesión constituyen una imposición de los tiempos modernos.

<sup>78</sup> Antonio BOGGIANO, *Derecho internacional privado*, t. II, 2.ª ed., Buenos Aires: Depalma, 1983, p. 1313.

<sup>79</sup> Guillermo AGUILAR ÁLVAREZ, “Artículo II (2) de la Convención de Nueva York y las Cortes”, en *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, n.º 15, abril, 2004, pp. 63-80, analizando la jurisprudencia nacional relativa al artículo II (2) de la CNY, afirma en la p. 74: “[...] en prácticamente cada instancia, las jurisdicciones nacionales fueron guiadas por la necesidad de reconciliar una corriente muy fuerte a favor del arbitraje, con el *requisito crucial de que las partes estén plenamente conscientes de que están acordando un arbitraje*” (destacado añadido).

<sup>80</sup> Juan Carlos REZZÓNICO, *Contratos con cláusulas predisuestas*, Buenos Aires: Astrea, 1987, p. 560.

CNG, y la recomendación n.º 3 de las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil de La Plata, de 1981, en el mismo sentido.

BOGGIANO<sup>81</sup> señala también, aunque refiriéndose a la cláusula de elección de la ley aplicable, que es necesario garantizar el debido proceso de elección por ambas partes, dada la importancia que tiene dicha cuestión.

Igual o más importante es la elección del arbitraje, en desmedro de la jurisdicción estatal, ya que este tema tiene que ver con el *acceso a la justicia*. Si se valida una cláusula arbitral unilateralmente impuesta, que remite a las partes a un tribunal arbitral con sede en un punto inaccesible para el reclamante —por razones económicas u otras—, este no tendrá acceso a la justicia, ni arbitral ni estatal. Parece por tanto más trascendente aún, en este caso, garantizar que la cláusula arbitral haya sido consentida válidamente por *ambas* partes.

En el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia francesa, que para reconocer el efecto derogatorio de la competencia judicial de una cláusula compromisoria exige que las partes se hayan obligado inequívocamente.<sup>82</sup>

Afirma también BERLIOZ<sup>83</sup> que la jurisprudencia norteamericana ha recibido dicho principio y ha decidido:

[...] que la cláusula de arbitraje no es oponible cuando se ha utilizado un contrato formulario y la disparidad de poder económico hace ilusoria la elección: una regla que priva a los justiciables de su acceso a los tribunales es inquietante [...], habiéndose propuesto, para salvaguardar las posibilidades de control judicial, la facultad del juez para negar la validez de la cláusula de arbitraje cuando los poderes de negociación desiguales o la utilización de formularios arrojan dudas sobre la existencia de un consentimiento libre.

Sin perjuicio de las escasas normas específicas sobre el punto, en cualquier caso corresponde que el juez o árbitro actuante controle no solo la validez formal del acuerdo arbitral, sino también su validez intrínseca —en especial con relación al consentimiento de ambas partes— y la de su contenido. Ese control, como afirma LE PERA,<sup>84</sup> “no se efectúa analizando las modalidades de su formación, sino a través de una estimación de la equidad y equilibrio del negocio total, de sus cláusulas en especial y el uso de ciertos estándares comunes aplicables a toda el área contractual”.

<sup>81</sup> ANTONIO BOGGIANO, *International standard contracts. A comparative study*, Recueil des Cours, 1981-I, p. 41.

<sup>82</sup> BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, pp. 76 ss., citado por REZZÓNICO, o. cit. (nota 80), p. 561, n. 1610.

<sup>83</sup> *Ibidem*.

<sup>84</sup> SERGIO LE PERA, *Cuestiones de derecho comercial moderno*, Buenos Aires: Astrea, 1974, p. 281, citado por NOODT TAQUELA, *El arbitraje en Argentina*, o. cit. (nota 34), p. 109.

En el mismo sentido, NOODT TAQUELA<sup>85</sup> afirma que “el control del contenido de los acuerdos arbitrales predispuestos ha de apuntar a mantener el equilibrio entre las partes”, y que, aun cuando ambas partes hayan prestado su consentimiento al acuerdo arbitral, “las modalidades actuales de la contratación internacional hacen necesario que se ejerza cierto control sobre el contenido de los acuerdos arbitrales incluidos en contratos por adhesión”. Y concluye: “En primer lugar, ese control está en manos de los árbitros y en última instancia de los tribunales estatales”. Compartimos plenamente sus afirmaciones.

### **3.2. EL CASO PARTICULAR DE LA CLÁUSULA ARBITRAL EN LOS CONOCIMIENTOS DE EMBARQUE**

En cuanto a las cláusulas arbitrales incluidas en las condiciones generales impresas al dorso de conocimientos de embarque, debe tenerse en cuenta que son emitidas unilateralmente por una de las partes del contrato de transporte, no firmadas, y por ende no consentidas por la parte contra la que se pretende hacer valer la cláusula arbitral. En consecuencia, en esos casos no existe defecto grave del convenio,<sup>86</sup> sino sencillamente ausencia de convenio, por lo cual la cláusula es absolutamente nula, en los términos del artículo II.3 de la CNY.

Y esto no tiene que ver con aspectos formales, de contenido o de redacción de la cláusula. Aunque la fórmula incluida en las condiciones generales sea una cláusula tipo de las que recomiendan la mayor parte de las instituciones arbitrales, será nula porque no hay acuerdo de voluntades, no existe consentimiento libre de ambas partes, sino una mera pretensión de imposición unilateral.

Sostiene ÁLVAREZ GONZÁLEZ<sup>87</sup> que la práctica se ha encargado de pulir la solución del artículo II.2 de la CNY en relación con las condiciones generales de contratación, “*incidiendo no en la necesidad de proteger a una determinada parte contractual, sino en la existencia real del pacto de sometimiento a arbitraje*”.

Precisamente, dado que la base misma y fundamental del convenio arbitral es la autonomía de la voluntad de las partes, la manifestación clara e inequívoca del consentimiento de ambas partes (no de una sola de ellas) a someterse al arbitraje debe quedar claramente establecida.<sup>88</sup>

En el mismo sentido, afirma ARTUCH:<sup>89</sup>

---

<sup>85</sup> NOODT TAQUELA, *El arbitraje en Argentina*, o. cit. (nota 34), p. 135.

<sup>86</sup> Como señala FERNÁNDEZ ROZAS, o. cit. (nota 10), p. 483, n.º 769.

<sup>87</sup> ÁLVAREZ GONZÁLEZ, o. cit. (nota 19), p. 150.

<sup>88</sup> ARTUCH IRIBERRI, o. cit. (nota 11), p. 196.

<sup>89</sup> *Ibíd.*, p. 107. Véanse también las pp. 176 y 177.

[...] el convenio arbitral solo conoce un tipo de eficacia positiva contractual y es, en sentido estricto, inter partes. De ahí que se insista con frecuencia en que las cláusulas de arbitraje solo conocen una interpretación estricta, principio asentado en la práctica arbitral y judicial en la materia.

Cita al respecto un pronunciamiento del Tribunal supremo español, que desestima un recurso de casación por abuso o exceso en la jurisdicción “a causa de que la sumisión a arbitraje no afecta ni a la actora ni a la demandada, porque no fueron directamente las firmantes del contrato de fletamento”.<sup>90</sup> En el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia uruguaya.<sup>91</sup>

Por último, cabe señalar que el caso de los conocimientos de embarque es diferente al de los de transmisión o cesión del conjunto contractual, de contratos coligados o grupos contractuales, o de grupos societarios, todos ellos analizados por la doctrina<sup>92</sup> y la jurisprudencia.<sup>93</sup> Su consideración aquí excedería los límites de este trabajo. Lo que sí puede afirmarse categóricamente es que, al igual que en los demás casos, lo que debe estar claro es la existencia misma del consentimiento, el cual no puede ser sustituido por el mero “conocimiento” de la cláusula arbitral.

### 3.3. LOS PRINCIPIOS DE UNIDROIT SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES (2010)<sup>94</sup> Y LAS CLÁUSULAS ESTÁNDAR

Los Principios establecen reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales; conforme su Preámbulo (§ 5), “*pueden ser utilizados para interpretar o suplementar*

---

<sup>90</sup> Sentencia TS de 30/12/1992, Unión de Seguros Marítimos y Generales Amaya SA c. H. Cansen Co. y Assuranceforeningen Gard, R.A.J., 1992, n.º 10566, citada por ARTUCH IRIBERRI, o. cit. (nota 11), p. 196, n. 6.

<sup>91</sup> Véanse los siguientes casos, ya citados: “Royal Insurance c/ Montemar S.A., buque Sudelmar II, JLC-1, sentencia 72 del 20/3/85; TAC-81 del 14/4/86”. RTYS 1, caso 4, p. 37, y LJU, T.XCIV, caso 10.771; “The British and Foreign Marine Insurance c/ Montemar, buque Estrella del Mar, JLC 13, Sent. 14.279 del 30/10/87; TAC 2, Sent. 293, del 19/9/88”. RTYS 2, caso 17, p. 39; “La Mannheim c/ Montemar, buques Estrella del Mar y Lucero del Mar, JLC 6, Sent. 10.624 del 26/9/88; TAC 5, Sent. 59, del 31/3/89”. RTYS 2, caso 18, p. 43; “Royal Insurance c/ Montemar, buque Venus del Mar, JLC7, Sent. 7508 del 14/8/87; TAC 5, Sent. 147, del 24/5/88”. RTYS 2, caso 19, p. 47; “Royal Insurance c/ Montemar, buque Estrella del Mar, JLC7, Sent. 7510, del 14/8/87; TAC 2, Sent. 246, del 3/8/88”. RTYS 2, caso 20, p. 50; “La Mannheim c/ Montemar, buque Ocean Express, JLC-14, Sent. 452 del 6/3/92 (consentida). RTYS 6, caso 87, p. 30, todos citados y comentados en FRESNEO DE AGUIRRE, o. cit. (nota 4), pp. 141-157.

<sup>92</sup> Véanse, entre otros autores, REDFERN y HUNTER, o. cit. (nota 27), en especial pp. 175-181, y ARTUCH IRIBERRI, o. cit. (nota 11), pp. 131 ss.

<sup>93</sup> Véase, por ejemplo, la *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 4, n.º 96, octubre-diciembre de 2007, pp. 798-807.

<sup>94</sup> Se manejó aquí la edición de los *Principios de Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2004*, publicada en México en 2007, por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit), Roma, el Instituto de Investigaciones Jurídicas y el Centro Mexicano de Derecho Uniforme (ISBN: 88-86449-15-1), la versión *on line* de la versión 2010 de los Principios (<http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-spanish.pdf>) y la tabla de correspondencia de los artículos de 1994, 2004 y 2010 (<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/tableofcorrespondence.pdf>).

*textos internacionales de derecho uniforme*”, como es la Convención de Nueva York de 1958. Toda norma internacional “puede plantear interrogantes respecto al significado preciso de cada una de sus disposiciones y puede presentar lagunas”. Hoy día, los jueces y los tribunales arbitrales tienden a dejar de lado los métodos tradicionales de interpretación y efectuarla “en base a criterios y principios autónomos e internacionalmente uniformados”. Hasta ahora correspondía a cada juez o árbitro buscar esos principios; a partir de la elaboración por Unidroit de los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales, estos “podrían facilitar esta tarea de manera considerable”.<sup>95</sup>

El artículo 2.1.19, sobre contratación con cláusulas estándar, las somete a las normas generales sobre formación del contrato, aunque sujetas a lo dispuesto en los artículos 2.1.20 al 2.1.22. El comentario n.º 3 al artículo 2.1.19 elimina toda posibilidad de interpretaciones divergentes, ya que establece que “*las cláusulas estándar propuestas por una parte obligan a la otra parte solamente en caso de aceptación*”. Y más adelante agrega:

[...] las cláusulas estándar incorporadas al contrato escrito obligan a las partes por la simple firma del documento contractual entendido en su conjunto, por lo menos siempre que dichas cláusulas sean reproducidas en la parte superior de la firma y no, por ejemplo, si se encuentran al reverso del documento [...].

En consecuencia, la cláusula arbitral incluida en las condiciones generales impresas al dorso de un conocimiento de embarque —o cualquier otro documento de adhesión de características similares—, no firmada por todas las partes involucradas, no vale, porque no hubo aceptación de los no firmantes.

El artículo 2.1.20 (cláusulas sorpresivas) dispone:

Una cláusula estándar no tiene eficacia si es de tal carácter que la otra parte no hubiere podido preverla razonablemente, salvo que dicha parte la hubiera aceptado expresamente.

Y el respectivo comentario n.º 1 aclara:

[...] el motivo de esta excepción es el de evitar que la parte que utiliza cláusulas estándar adquiera una ventaja injusta imponiendo cláusulas furtivas que la otra parte difícilmente aceptaría si fuera consciente de ellas.

Parece lógico suponer que ningún importador uruguayo al que le es entregada su mercadería —por la cual ya pagó el precio— con daños o faltante, o al que se le dice que aquella “se perdió” (sic) durante el trayecto, haya previsto razonablemente que debe ir a

<sup>95</sup> Comentario n.º 5 al Preámbulo de los Principios de Unidroit.

reclamar ante un tribunal arbitral en Londres, lo cual en muchos casos le podría insumir gastos superiores a los daños sufridos.

Por eso no basta con el mero conocimiento de la cláusula; es necesario darle al adherente la posibilidad de oponerse a ella, cosa que en general no existe en esta modalidad contractual.

## 4.

### LA JURISPRUDENCIA URUGUAYA Y EL ARBITRAJE: OCASIONES EN QUE LA JUSTICIA ESTATAL PUEDE INTERVENIR EN MATERIA ARBITRAL

Son básicamente tres las ocasiones en que la justicia estatal puede intervenir en materia arbitral: cuando se discute la validez del acuerdo arbitral, cuando se pretende que se decreten y/o ejecuten medidas cautelares durante un proceso arbitral o con anterioridad a él,<sup>96</sup> y cuando se pretende la ejecución del laudo arbitral. Veremos a continuación algunos casos jurisprudenciales relativos a la primera y a la tercera situación.

#### 4.1. CUANDO SE DISCUTE LA VALIDEZ DEL ACUERDO ARBITRAL Y LA JURISDICCIÓN DEL JUEZ ESTATAL

##### 4.1.1. Soluciones adecuadas con fundamentos erróneos

En algunos casos jurisprudenciales uruguayos de los años ochenta<sup>97</sup> y alguno posterior,<sup>98</sup> en los que el demandado interpuso excepción de falta de jurisdicción de los tribunales uruguayos con base en la existencia de una cláusula arbitral impresa al dorso del conocimiento de embarque respectivo, no firmada por ninguna de las dos partes, tal excepción de incompetencia fue rechazada. Si bien en esa jurisprudencia se invocaron fundamentos a nuestro criterio erróneos (la contravención del artículo 2403 del Código Civil, entre otras

<sup>96</sup> Sobre este punto véase NOODT TAQUELA, *Arbitraje internacional en el Mercosur*, o. cit. (nota 75), pp. 115-126.

<sup>97</sup> Véanse, en especial, *Royal Insurance c/ Montemar S.A.*, buque *Sudelmar II*, JLC-1, sentencia 72, del 20/3/85 (Malherbe); TAC-81 del 14/4/86 (Pereira Núñez de Balestrino [r], Marabotto, Parga Lista), RTYS 1, caso 4, p. 37, y LJU T.XCIV, caso 10.771 y *The British and Foreign Marine Insurance c/ Montemar*, buque *Estrella del Mar*, JLC 13, sentencia 14.279, del 30/10/87 (Bermúdez); TAC 2, sentencia 293, del 19/9/88 (Varela de Motta [r], Brito del Pino), RTYS 2, caso 17, p. 39, comentados en FRESNEDO DE AGUIRRE, o. cit., pp. 141-157, pp. 153-154.

<sup>98</sup> Banco de Seguros del Estado c. K. Group Shipping Inc. Triton Maritime Co. Ltd. y otros, buque *Karema* (1998, 1999 y 2000), JLC 11.º, sentencia interlocutoria 374, del 20/3/1998 (Casanova) y sentencia definitiva 3, de 21/2/2000 (Klett, Minvielle, Chalar); TAC 3.º, sentencia 90 del 23/7/1999 (Klett [r], Minvielle, Chalar), RTYS 13, caso 240, p. 20. Véase el comentario en Cecilia FRESNEDO DE AGUIRRE, "El estado de situación del arbitraje comercial internacional en la jurisprudencia uruguaya", en *Derecho del Comercio Internacional. Temas y Actualidades (DeCITA)*, n.º 2, 2004, pp. 420-435, en especial pp. 426-427.

normas),<sup>99</sup> cabe destacar enfáticamente que el resultado a que arriban los fallos es plenamente compartible, ya que ninguna de las cláusulas arbitrales cuestionadas cumplía con los requisitos exigidos por el artículo II de la CNY, norma material supranacional que resultaba aplicable en ambos casos. Por tanto, correspondía que nuestros tribunales, actuando conforme a derecho, rechazaran la pretensión de hacer valer las cláusulas arbitrales respectivas.

#### **4.1.2. Soluciones adecuadas con fundamentos ajustados a derecho**

El error en la fundamentación de los fallos referidos fue subsanado en fallos posteriores,<sup>100</sup> en que los tribunales uruguayos identifican correctamente a la CNY como fuente normativa aplicable y rechazan la excepción de falta de jurisdicción por no cumplir la cláusula arbitral en cuestión con los requisitos del artículo II de la CNY. Resulta ilustrativo citar nuevamente aquí las siguientes manifestaciones del TAC 5.º, en cuanto a que si hubiera estado firmada “la pretendida estipulación de arbitraje sería válida entre las partes que convinieron el contrato de transporte, no así frente a un tercero —como en el caso lo es el importador— ajeno a la misma”. El tribunal agrega:

[...] pero es de destacar que tal cláusula no obliga tampoco al transportista que no la suscribiera, siendo claramente una cláusula IMPRESA en un formulario apócrifo pese a emanar presumiblemente del propio transportador. En tanto la legislación nacional no sea modificada, las obligaciones entre las partes, cualquiera sea su origen, emanan de su expresión de voluntad expresada con la firma del documento del caso o documento anexo debidamente individualizado. Los impresos por sí solos, a nadie obligan.<sup>101</sup>

Estos argumentos son incuestionables a la luz de las normas vigentes en materia de arbitraje, así como de la Ley Modelo de 1985 con su correspondiente enmienda 2006, analizadas *supra*.

---

<sup>99</sup> Véase *supra* I.3

<sup>100</sup> Véase *La Mannheim c/ Montemar*, buques Estrella del Mar y Lucero del Mar, JLC 6, sentencia 10.624 del 26/9/88 (Piatniza); TAC 5, sentencia 59, del 31/3/89 (Almirati [r], Rochón), RTYS 2, caso 18, p. 43 y *Royal Insurance c/ Montemar*, buque Venus del Mar, JLC7, sentencia 7508 del 14/8/87 (Gutiérrez); TAC 5, sentencia 147, del 24/5/88 (Almirati [r], Rochón), RTYS 2, caso 19, p. 47, *Royal Insurance c/ Montemar*, buque Estrella del Mar, JLC7, sentencia 7510, del 14/8/87 (Gutiérrez); TAC 2, sentencia 246, del 3/8/88 (Brito del Pino [r], Fernández Rey), RTYS 2, caso 20, p. 50, *La Mannheim c/ Montemar*, buque Ocean Express, JLC-14, sentencia 452 del 6/3/92 (consentida) (Salvo), RTYS 6, caso 87, p. 30, comentados en FRESNEDO DE AGUIRRE, “La Convención...”, artículo cit., pp. 154-157. Asimismo, *Aromas S.R.L. c. Montemar S.A. y otra*, buque *Bilbao Express* (1996, 1997, 1999 y 2001), JLC 20.º, sentencia interlocutoria 186, del 1/3/1996 (consentida) (Couto); sentencia interlocutoria 1136, del 6/8/1996 (consentida) (Couto); sentencia definitiva 51 del 4/11/1997 (Couto); TAC 5.º, sentencia 122 del 16/6/1999 (Rochón [r], Barcelona, Larriex); SCJ, sentencia 233 del 26/10/2001 (Guillot [r], Cairoli, Alonso de Marco, Parga), RTYS 15, caso 283, p. 23, comentado en FRESNEDO DE AGUIRRE, “El estado de situación...”, o. cit. (nota 98), pp. 420-435, en especial pp. 427-428.

<sup>101</sup> *Royal Insurance c/ Montemar*, buque Venus del Mar, JLC7, sentencia 7508 del 14/8/87 (Gutiérrez); TAC 5, sentencia 147, del 24/5/88 (Almirati [r], Rochón), RTYS 2, caso 19, p. 47.

Más recientemente, en la sentencia n.º 275/2005 del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 8.º Turno,<sup>102</sup> el juez afirmó:

[...] sostener que las partes no pueden convenir someter sus conflictos a un tribunal arbitral porque viola la norma contenida en el artículo 2401 del Código Civil, es negar la jurisdicción arbitral en el ámbito internacional, lo que no parece poder admitirse, correspondiendo advertir en este momento la plena vigencia de la Convención de Nueva York de 1958, de la que nuestro país es firmante.

Comparto plenamente la afirmación judicial precedente. Corresponde no obstante efectuar las siguientes precisiones:

1. La violación sería, en todo caso, al artículo 2403 del Código Civil, que es el que prohíbe en principio la autonomía de la voluntad conflictual, y solo la admite cuando la ley competente lo autoriza. Ya manifestamos *supra* y en trabajos anteriores aquí citados nuestra posición al respecto: no hay ninguna contravención a la norma, porque precisamente el pacto arbitral, siempre y cuando cumpla con las exigencias de forma y fondo que impone la normativa convencional aplicable, se inscribe en ese margen autorizado por el propio artículo 2403 a la autonomía conflictual.
2. La Convención de Nueva York de 1958 está plenamente vigente desde el 28 de junio de 1983.<sup>103</sup>
3. Lo que vincula a Uruguay con la Convención —incorporándola a nuestro ordenamiento jurídico positivo con fuerza imperativa— no es la mera firma, sino su aprobación legislativa y su posterior ratificación (artículos 85.7 y 168.20 de la Constitución de la República).

Asimismo, en la sentencia n.º 1848/2008 del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 14.º Turno,<sup>104</sup> la magistrada actuante estimó —acertadamente en mi opinión— que era competente la justicia arbitral en virtud de la cláusula arbitral incluida en el

---

<sup>102</sup> Citada por Andrés CERISOLA, “La jurisprudencia sobre arbitraje internacional en contratos comerciales”, en *Revista de Derecho Comercial*, n.º 1, 2008, 3.ª época, pp. 133-151, p. 139, quien señala que se trató de un caso de distribución en que el juez “remitió a una compañía comercial americana y a su distribuidor uruguayo a arbitraje en Argentina, bajo el Reglamento de la Cámara de Comercio Argentina-Estados Unidos”. No indica el colega, en cambio, los datos de publicación del fallo.

<sup>103</sup> Véase el dato en [http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral\\_texts/arbitration/NYConvention\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html).

<sup>104</sup> Sentencia de fecha 25 de junio de 2008 (firme) (Venturini), inédita a la fecha de entrega del presente trabajo.

contrato de compraventa internacional de mercaderías en cuestión, y que “tal voluntad de las partes es la que debe prevalecer”.

#### **4.1.3. Soluciones discutibles con fundamentos que se apartarían de la norma y su ratio**

En un fallo de 2005 citado en la reciente publicación referida, el juez uruguayo habría entendido que, si bien la parte demandada “no era parte del contrato de distribución que incluía la cláusula compromisoria”, “las alegaciones de las partes remitían al contrato original, por lo que existía una conexión suficiente para aplicar la cláusula”.<sup>105</sup> En otro del año 2003, en igual fuente, el juez habría remitido a las partes a arbitraje por entender que “no obstante la ausencia de una cláusula compromisoria entre las partes específicas en litigio, existía conexión suficiente porque un modelo del contrato de trabajo se había anexado al contrato de compraventa de acciones”.<sup>106</sup>

En ambos casos estaríamos ante lo que la doctrina llama *transmisión de la cláusula e incorporación por referencia*.<sup>107</sup> Más allá de las denominaciones utilizadas por la doctrina y de los detalles de los casos citados, creo de fundamental importancia señalar que al evaluar la existencia, validez y eficacia de un acuerdo arbitral, así como al determinar quiénes están obligados por él, debe tenerse presente que ello se basa en la existencia de consentimiento libre y válido. Eso es lo que surge clara e indubitablemente de las normas y de su ratio. Lo demás son flexibilizaciones doctrinarias o jurisprudenciales que llegan al extremo de apartarse del texto normativo y de su ratio, que es lo más grave.

Es por lo anterior que comparto plenamente las fundadas apreciaciones de ARTUCH IRIBERRI<sup>108</sup> cuando, con relación a este tema, afirma que “la eficacia del convenio arbitral hacia los terceros es nula”; que en los casos de transmisión “la eficacia del convenio no está en discusión, pero sí la eficacia del acto translativo”; que “cualquier extensión de efectos del convenio arbitral por razones extrañas a la firma y mención expresa requiere una interpretación estricta”, ya que “la base consensual del arbitraje no permite otra apreciación, sin voluntad de las partes no hay convenio arbitral”; que debe actuarse con “la necesaria prudencia en

---

<sup>105</sup> Sentencia n.º 3652/2004 del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 17.º Turno, caso *Sharp*, cit., p. 138.

<sup>106</sup> Sentencia n.º 3619/2003 del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Trabajo de 10.º Turno (caso *Soluziona*), cit., pp. 139-140. La cita no es del fallo sino del comentario del autor del trabajo citado. Como se dijo, no se cuenta con los textos completos de los fallos por no estar indicada su publicación.

<sup>107</sup> ARTUCH IRIBERRI, o. cit. (nota 11), p. 197, con cita de VAN DEN BERG.

<sup>108</sup> *Ibidem*, pp. 198-210.

la extensión de la validez y eficacia a quienes no consintieron”; que “lo realmente importante es la interpretación de la voluntad de las partes”.

Ante la supuesta existencia de una “norma material propia del arbitraje internacional que implica la validación de los convenios arbitrales”, concluye que “lo cierto es que la comprobación del consentimiento es necesaria siempre [...]”. “Si no es así, no hay sumisión válida al arbitraje”. Y concluye —con relación a los grupos de sociedades—, que “la extensión se sitúa en un delicado balance entre la certeza y la buena fe, que impide que el demandado que pactó el arbitraje se sustraiga a sus obligaciones, utilizando el ‘velo’ que le concede el grupo social, pero también exige que un no-parte se vea implicado solo por su pertenencia al grupo social”. Estos conceptos son trasladables a otras situaciones —no societarias— de extensión de la eficacia del acuerdo arbitral.

#### **4.2. CUANDO SE DISCUTE LA VALIDEZ DEL LAUDO ARBITRAL O SE PRETENDE LA EJECUCIÓN DE ESTE**

En el comentado caso *Pérez Companc*,<sup>109</sup> los tribunales uruguayos rechazaron la acción de nulidad interpuesta contra el laudo arbitral recaído en el caso.<sup>110</sup> La cláusula arbitral había sido pactada válidamente por las partes, grupos societarios con equivalente poder de negociación contractual, que habían manifestado su voluntad de someterse a arbitraje a través de una cláusula inserta en su contrato internacional, lo cual se vio refrendado por el hecho de haber ambas concurrido a la Corte de Arbitraje de la CCI, sin hacer ninguna impugnación en ese momento con respecto a dicha cláusula. Se trataba por tanto de un acuerdo arbitral perfectamente regular en cuanto a su forma, por haber cumplido con los requisitos materiales mínimos exigidos por las convenciones internacionales aplicables a este arbitraje internacional.

Las principales cuestiones resueltas en el fallo que se comenta<sup>111</sup> fueron:

Con respecto a la fuente normativa aplicable al caso, la internacionalidad del arbitraje y la validez del compromiso arbitral, el tribunal entendió que las normas internas referidas

---

<sup>109</sup> Se planteó una acción de nulidad del laudo arbitral emitido en Montevideo el 2 de setiembre de 2002 en un arbitraje internacional (caso 11046/KGA). La referida acción fue rechazada por sentencia n.º 161/03 del TAC 2.º (Sosa [r], Sassón, Chediak), del 18/6/03. En el referido caso tuve oportunidad de intervenir como consultante, y me pronuncié enfáticamente a favor de la validez del laudo en cuestión, por ajustarse este a derecho. Véase el comentario jurisprudencial de Paul F. ARRIGHI, “Un fallo de gran trascendencia nacional e internacional en materia de Arbitraje”, en *Tribuna del Abogado*, n.º 134, agosto-setiembre 2003, pp. 8-10. Véase también el comentario en FRESNEDO DE AGUIRRE, “El estado de situación...”, artículo cit. (nota 100), pp. 420-435, en especial pp. 430-433.

<sup>110</sup> Un desarrollo exhaustivo sobre el caso puede verse en Cecilia FRESNEDO DE AGUIRRE, “Cuestiones de derecho internacional privado vinculadas al recurso de nulidad planteado contra un laudo arbitral”, en *Revista Uruguaya del Derecho Internacional Privado*, año VII, n.º 7 (en prensa).

<sup>111</sup> Sentencia n.º 161 TAC 2.º, 18-06-20003 (Chediak-Sassón-Sosa [r]).

al compromiso arbitral resultaban inaplicables en arbitrajes internacionales, y fundó su decisión en la ratificación por Uruguay de las convenciones relativas a la materia arbitral.<sup>112</sup>

Dejó sentado claramente el carácter subsidiario de las normas sobre procedimiento arbitral del país sede del arbitraje, con relación a las elegidas por las partes, en virtud de lo dispuesto por los tratados mencionados y en particular por el artículo 3 de la Convención de Panamá. Si bien la sentencia del tribunal no invocó al respecto las normas vigentes que expresamente regulan el punto —a saber, el artículo 524 del CGP, el artículo 27 de la Convención sobre Derecho de los Tratados (Viena, 1969) y el artículo 1 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, Montevideo, 1979, CIDIP II—, entendemos que resolvió adecuadamente la cuestión.

Asimismo, el tribunal se fundó en el ejercicio de la autonomía de la voluntad en el arbitraje comercial internacional. Resulta incuestionable que las partes pueden elegir las reglas de procedimiento que regularán el procedimiento arbitral, lo cual es universalmente admitido y recogido en todos los textos internacionales vigentes en la República.<sup>113</sup> Esta solución autonomista no contraviene la prohibición de modificar las reglas de competencia legislativa y judicial, establecida por el legislador uruguayo en el artículo 2403 de nuestro Código Civil.<sup>114</sup> En definitiva, el tribunal se pronunció a favor de la validez del acuerdo arbitral.<sup>115</sup>

Con respecto a la competencia de los jueces patrios para entender en la acción de nulidad planteada, el tribunal la reconoce, lo cual surge ineludiblemente de la aplicación de los artículos VI y V.1.e de la Convención de Nueva York, conforme a los cuales son competentes para entender en el recurso de nulidad los jueces del país donde se dictó el laudo (en este caso Uruguay).

En cuanto al orden público internacional, la sentencia maneja adecuadamente el concepto restringido y excepcional, y recoge “el principio de la libre circulación del laudo internacional con la sola limitación del orden público internacional”.<sup>116</sup> Asimismo, afirma que “el único control que puede realizar este Tribunal es el de la afectación del orden público internacional”.<sup>117</sup> Toma la declaración interpretativa respecto del alcance que la República le otorga al orden público, formulada por el Estado uruguayo al firmar la Convención

---

<sup>112</sup> En especial, la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, suscrita en Nueva York el 10 de junio de 1958, y la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, firmada en Panamá el 30 de enero de 1975, CIDIP-I, ambas aplicables en el caso.

<sup>113</sup> Así lo establecen expresamente los artículos 3 de la Convención de Panamá y V.1.a de la Convención de Nueva York.

<sup>114</sup> Véase sobre este punto: FRESNEDE DE AGUIRRE, “La Convención...”, o. cit. (nota 4), pp. 141-157.

<sup>115</sup> Considerando V *in fine*.

<sup>116</sup> Considerando VIII, p. 26.

<sup>117</sup> Considerando IX, p. 28.

Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado —Montevideo, 1979, CIDIP II—, que contiene una perfecta caracterización del orden público internacional, con cita de OPERTTI.<sup>118</sup> También analiza el tribunal el orden público desde la perspectiva verdaderamente internacional, siguiendo a FOUCHARD. Concluye la sentencia:

[...] el orden público internacional del Estado uruguayo [...] no fue afectado en grado alguno y menos aún con las características requeridas de grave y manifiesta violación requerida para en su caso amparar la pretensión de nulidad que ocurre a postularse.<sup>119</sup>

Con respecto a la recurribilidad del laudo arbitral, el tribunal entendió que debía proclamarse la invalidez de cualquier renuncia anticipada al ejercicio de la acción de nulidad, por lo que se admitió el recurso, en un sentido procesal, y, una vez analizados los extremos sobre los que aquel se sustentaba, el tribunal rechazó —en forma acertada— los argumentos del recurrente, habida cuenta de que ni el debido proceso ni el derecho de defensa se habían visto vulnerados durante el desarrollo del procedimiento arbitral.

En suma, los sentenciantes realizaron un adecuado análisis de los hechos y una correcta aplicación e interpretación del derecho al pronunciarse a favor de la validez del laudo arbitral impugnado.

En el caso *VAO Techmashexport* (2004),<sup>120</sup> la Corte por mayoría hizo lugar a la ejecución solicitada. Sostuvo que el “marco normativo aplicable” era la Convención de Nueva York de 1958, aprobada en Uruguay por la ley 15.229, del 11 de diciembre de 1981, y también por Rusia. Hizo referencia además a las convenciones interamericanas de 1975 y de 1979 sobre la materia y al artículo 543 del Código General del Proceso. Concluyó:

Conforme lo entiende la unanimidad de nuestra doctrina y lo establece también la Convención Interamericana sobre Normas Generales de DIPr (Ley 14.953) en su artículo primero, cuando exista tratado sobre la materia de que se trata con determinado país, debe aplicarse el mismo. En defecto de tratado deben aplicarse las normas nacionales de DIPr.

---

<sup>118</sup> Didier OPERTTI (con la cooperación de Cecilia FRESNEDO DE AGUIRRE), “El estado actual del tratamiento jurídico de los contratos comerciales internacionales en el continente americano”, en *Los principios de Unidroit: Un derecho común de los contratos de las Américas. Actas*, Congreso Interamericano, Valencia (Venezuela), noviembre de 1996, pp. 29-75, pp. 57-58. La sentencia no hace referencia a la declaración interpretativa, sino que la transcribe con cita de Opertti.

<sup>119</sup> Considerando IX, p. 32.

<sup>120</sup> Sentencia n.º 41 de 18/2/2004, Suprema Corte de Justicia (Uruguay), Rodríguez Caorsi (r), Van Rompaey, Troise; Parga Lista y Gutiérrez Proto —discordes—. En este caso (en que nos tocó patrocinar a la peticionante), se promovió ante la Suprema Corte de Justicia de Uruguay —en noviembre de 2001— la ejecución del laudo arbitral dictado por el Tribunal Arbitral Comercial Internacional ante la Cámara de Comercio e Industria de la Federación Rusa el 22 de enero de 2001 contra la empresa Antigrad Latinoamericana S.A., con domicilio contractual en Uruguay. Véase el comentario en FRESNEDO DE AGUIRRE, “El estado...”, o. cit. (nota 100), pp. 420-435, en especial p. 434.

Y agrega:

[...] todas las normas y principios que derivan de dicha Convención, como los que derivan de toda la normativa referida a la materia, son en esencia similares y se traducen en la necesidad de comprobación del cumplimiento de algunos requisitos básicos para que se reconozca la sentencia arbitral dictada.

A continuación reseña dichos requisitos y concluye:

[...] según opinión de la mayoría de los integrantes de la Corporación, se han cumplido en el caso todos los requisitos exigidos por la normativa internacional vigente, por lo que debe hacerse lugar al reconocimiento impetrado.<sup>121</sup>

## 5.

### **A MODO DE CONCLUSIÓN: ¿EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL O RESPUESTAS DISTINTAS FRENTE A SITUACIONES DIFERENTES?**

Limitándonos a los últimos veintitrés años, los fallos reseñados *supra* muestran sin duda una evolución positiva en cuanto a su fundamentación técnico-jurídica. Pero nótese que los casos relevados son diferentes y han merecido soluciones acordes a las circunstancias de cada uno. Cuando la cláusula o el laudo eran conforme a derecho, nuestros tribunales los validaron, pero cuando se apartaban de los preceptos normativos aplicables, les negaron validez y eficacia. Y ello es lo que corresponde y resulta esperable de una justicia estatal seria y calificada como la uruguayana.

Es precisamente la correcta identificación de la fuente normativa aplicable (convención internacional cuando el caso es internacional y aquella resulta aplicable al caso; en su defecto, las normas de DIPr internas, o normas nacionales cuando el arbitraje es doméstico), interpretación del texto normativo (su tenor literal gramatical y su ratio) y su consecuente aplicación, lo que debe hacer el juez.

Se percibe a veces, tanto en el ámbito académico como profesional, una tendencia hacia la flexibilización de las exigencias normativas —convencionales o legales—, invocando

---

<sup>121</sup> Las discordias, siguiendo al fiscal de Corte, se basaron en que, si bien existía domicilio contractual de la demandada en Uruguay, al momento de practicarse la notificación la funcionaria dio cuenta de que la empresa accionada no se domiciliaba más allá. Sobre este punto existen en Uruguay opiniones doctrinarias y jurisprudenciales tanto a favor como en contra de la preferencia del domicilio contractual frente al real con respecto a los actos procesales correspondientes al contrato en cuestión.

doctrina y jurisprudencia local y extranjera. En ocasiones aparece de manera evidente una ponderación especial de las soluciones más recientes, así como de las extranjeras.

Estoy plenamente de acuerdo con que a veces es necesario “aggiornar” ciertas soluciones normativas, como es el caso de la admisión de medios tecnológicos no previstos en 1958 para acreditar la existencia de un acuerdo arbitral válidamente consentido por ambas partes.

También considero adecuado y deseable que los jueces recurran a una interpretación “teleológica” o “materialmente orientada”, forzando en cierta medida la letra pura y dura de la norma, cuando ello es acorde a la *ratio legis* y así lo requiere la justicia en el caso concreto. Porque esa es en definitiva la misión del juez: llevar la norma general y abstracta a cada caso particular, realizando en cada uno de ellos el valor supremo de la justicia sustantiva. Y el marco formal no tiene valor en sí mismo sino para alcanzar dicha meta.

Es por eso que discrepo radicalmente con las posiciones doctrinarias y las soluciones jurisprudenciales, nacionales o foráneas, que se aparten de dicho proceder, mediante propuestas de flexibilización normativa que sencillamente dejen de lado el mandato del legislador e incluso distorsionen los principios fundamentales en juego, alegando finalidades que, en mi concepto, no constituyen un valor en sí mismo. Es el caso, por ejemplo, de la pretendida “modernidad”, y por ello supuestamente deseable tendencia a validar cualquier acuerdo arbitral y de ejecutar cualquier laudo, aunque no cumpla con los requisitos de la normativa aplicable.

La errónea interpretación y aplicación de las normas, e incluso su ignorancia, no son fenómenos propios de una época u otra. Son la patología del sistema de derecho que aparece en todas las épocas y en todas las sociedades. Lo deseable es evitar que ello ocurra, cosa que solo se logra mediante procesos adecuados y permanentes de enseñanza-aprendizaje del derecho y la transmisión de valores éticos fundamentales, sin los cuales todo lo demás deviene insuficiente.

Y concluyo citando una vez más a ARTUCH IRIBERRI<sup>122</sup> en su excelente obra, cuando afirma:

La utilización de las normas relativas al arbitraje es, cuando menos, desconcertante, y pudiera parecer en demasiadas ocasiones que se está dando aplicación a un único principio general, nunca expresamente formulado, que consiste en favorecer un arbitraje tan extenso como sea posible, sin que importen demasiado otras cuestiones de técnica jurídica. Tal tendencia, con independencia de la desconfianza que pueda llegar a crear, desconoce un pilar

---

<sup>122</sup> ARTUCH IRIBERRI, o. cit. (nota 11), pp. 209-210.

básico del convenio arbitral que es el consentimiento de los que en él participan. De acuerdo que la determinación del consentimiento prestado responde más a criterios fácticos que jurídicos, pero no puede admitirse que casi todos los comportamientos contractuales impliquen, de una u otra forma, la asunción de arbitraje, desconociendo la esencia y finalidad mismas de las instituciones.

Frente a la precisión y contundencia de tal formulación, que comparto plenamente, no cabe agregar más nada.

---

## BIBLIOGRAFÍA

- ALL, Paula María, “Consideraciones sobre el convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional”, en *Derecho del Comercio Internacional. Temas y Actualidades (DeCITA)*, n.º 2, 2004, Zavalía, pp. 27-50.
- AGUILAR ÁLVAREZ, Guillermo, “Artículo II (2) de la Convención de Nueva York y las cortes”, en *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, n.º 15, abril, 2004, pp. 63-80.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, *Condiciones generales en la contratación internacional*, Madrid: La Ley, 1992.
- ARRIGHI, Paul F., “Un fallo de gran trascendencia nacional e internacional en materia de Arbitraje”, en *Tribuna del Abogado*, n.º 134, agosto-setiembre 2003, pp. 8-10.
- ARTUCH IRIBERRI, Elena, *El convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional* (prólogo de José Carlos Fernández Rozas), Madrid: Eurolex, 1997.
- BOGGIANO, ANTONIO, *Derecho internacional privado*, t. II, 2.ª ed., Buenos Aires: Depalma, 1983.
- *International standard contracts. A comparative study*, Recueil des Cours, 1981-I.
- CERISOLA, Andrés, “La jurisprudencia sobre arbitraje internacional en contratos comerciales”, en *Revista de Derecho Comercial*, n.º 1, 2008, 3.ª época, pp. 133-151.
- D’ARCY, LEO, CAROLE MURRAY Y BARBARA LLEAVE, *Schmitthoff’s Export Trade, The Law and Practice of International Trade*, Londres: Sweet & Maxwell, 10.ª ed., 2000.
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis, y ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA, *Derecho mercantil internacional. Estudios sobre Derecho comunitario y del comercio internacional*, 2.ª ed., Madrid: Tecnos, 1993.

- FERNÁNDEZ ROZAS, Juan Carlos, *Derecho del comercio internacional*, Madrid: Eurolex, colección Estudios Internacionales, n.º 750, 1996, p. 472.
- FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, “La Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, Nueva York, 1958: análisis de la jurisprudencia uruguaya”, en *Revista Uruguaya de Derecho Internacional Privado*, año III, n.º 3, pp. 141-157.
- “Cuestiones de Derecho internacional privado vinculadas al recurso de nulidad planteado contra un laudo arbitral”, en *Revista Uruguaya de Derecho Internacional Privado*, año VII, n.º 7 (en prensa).
- “El estado de situación del arbitraje comercial internacional en la jurisprudencia uruguaya”, en *Derecho del Comercio Internacional. Temas y Actualidades (DeCITA)*, n.º 2, 2004, pp. 420-435.
- GARCÍA HUIDOBRO, Cristián, en *El arbitraje en Chile*, Montevideo: Centro de Conciliación y Arbitraje, Corte de Arbitraje Internacional para el Mercosur, Bolsa de Comercio, 2000.
- GRAHAM, James A., *El Derecho internacional privado del comercio electrónico*, México: Themis, 2003.
- HERBERT, Ronald, “La cláusula arbitral en los conocimientos de embarque”, en *Revista de Transporte y Seguros*, n.º 2, pp. 111-113.
- MATTEO, Vivien, “Arbitraje comercial internacional”, en *Revista de Derecho Comercial y de la Empresa*, n.º 20, pp. 245-270.
- MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio, “Las cláusulas predisuestas y el arbitraje en el Paraguay” (capítulo III, pp. 49-70), en *El arbitraje en Paraguay*, Montevideo: Centro de Conciliación y Arbitraje, Corte de Arbitraje Internacional para el Mercosur, Bolsa de Comercio, 2000.
- NOODT TAQUELA, María Blanca, *El arbitraje en Argentina*, Montevideo: Centro de Conciliación y Arbitraje, Corte de Arbitraje Internacional para el Mercosur, Bolsa de Comercio, 2000.
- *Arbitraje internacional en el Mercosur*, Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1999.
- OLIVERA GARCÍA, Ricardo, y Mercedes JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, *El arbitraje en Uruguay*, Montevideo: por Centro de Conciliación y Arbitraje, Corte de Arbitraje Internacional para el Mercosur, Bolsa de Comercio, 2000.
- OPERTTI, Didier (con la cooperación de Cecilia FRESNEDO DE AGUIRRE), “El estado actual del tratamiento jurídico de los contratos comerciales internacionales en el continente americano”, en *Los principios de Unidroit: Un derecho común de los contratos de*

- las Américas. Actas*, Congreso Interamericano, Valencia (Venezuela), noviembre de 1996, pp. 29-75.
- REDFERN, Alan, y Martin HUNTER, *Law and Practice of Internacional Comercial Arbitration*, Londres: Sweet & Maxwell, 4.<sup>a</sup> ed. (Student Version), 2004.
- REZZÓNICO, Juan Carlos, *Contratos con cláusulas predispuestas*, Buenos Aires: Astrea, 1987.
- SANTOS BELANDRO, Rubén, *Arbitraje comercial internacional*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1988.
- *Arbitraje comercial internacional*, 3.<sup>a</sup> ed., México: Oxford University Press, 2000.
- “¿Es posible un Acuerdo de Arbitraje Oral en el Derecho Positivo Latinoamericano?”, en *Revista Uruguaya de Derecho Internacional Privado*, año VI, n.º 6, octubre de 2005, pp. 95-105.
- “¿Hasta qué punto puede diluirse la formalidad del acuerdo de arbitraje internacional en América Latina?”, en *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, n.º 15, abril de 2004, pp. 81-91.
- SEKOLEC, Jernej, “Uncitral Model Law on international commercial arbitration: background and salient features”, en Ana I. PIAGGI (coord.), *Uncitral y el Futuro Derecho Comercial*, Buenos Aires: Depalma, 1994, pp. 3-29.
- SIQUEIROS, José Luis, “La CNUDMI modifica su Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional”, en *Boletín Informativo Pauta*, <[www.coparmex.org.mx/contenidos/internacional/newsletter/resumen/ago06/6.doc](http://www.coparmex.org.mx/contenidos/internacional/newsletter/resumen/ago06/6.doc)>.
- VIANNA DE LIMA, Claudio, *A arbitragem no Brasil*, Montevideo: Centro de Conciliación y Arbitraje, Corte de Arbitraje Internacional para el Mercosur, Bolsa de Comercio, 2000.