

LA LEY DEL CONTRATO Y LOS ÁRBITROS DE EQUIDAD EN
EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

*THE LAW OF CONTRACT AND THE ARBITRATORS OF EQUITY IN
INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 1854-1869



Victoria
DEMARCHI
y Cristóbal
VERGARA

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021

ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

RESUMEN: El presente trabajo analiza las tendencias doctrinarias y jurisprudenciales en torno al trabajo que realizan los árbitros de equidad en el arbitraje comercial internacional. En específico, esta ponencia se refiere a la posición de estos árbitros frente al contrato que da origen al conflicto entre las partes. Luego del análisis casuístico se concluye que en general los árbitros de equidad respetan el contrato como límite a su labor de adjudicación.

PALABRAS CLAVE: Arbitraje Comercial Internacional; árbitros de equidad; árbitros arbitradores; pacta sunt servanda.

ABSTRACT: *This paper analyzes the doctrinal and jurisprudential trends around the work carried out by equity arbitrators in international commercial arbitration. Specifically, this presentation refers to the position of these arbitrators regarding the contract that gives rise to the conflict between the parties. After the casuistic analysis, it is concluded that, in general, the equity arbitrators respect the contract as a limit to their adjudication work.*

KEY WORDS: *International Commercial Arbitration; equity arbitrators; pacta sunt servanda.*

SUMARIO.- I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.- II. LOS ÁRBITROS DE EQUIDAD.- III. EL PRINCIPIO PACTA SUNT SERVANDA.- IV. ANÁLISIS DE CASOS.- 1. Casos de interpretación o integración del contrato.- A) Casos de interpretación.- B) Casos de integración.- 2. El Tribunal Arbitral anula una cláusula por no existir voluntad o ser contraria al Orden Público.- 3. Tribunal Arbitral realiza una interpretación contra ley.- 4. Tribunal Arbitral re-escribe el contrato.- V. CONCLUSIÓN.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

Actualmente, en Arbitraje Comercial Internacional (“ACI”), según datos de la Cámara de Comercio Internacional (“CCI”), entre un 2 y 3% de los casos se resuelve por un árbitro con facultades de arbitrador, llamados *ex aquo et bono* o *amiable compositeur*¹.

Frente a esta realidad surge la pregunta -y la preocupación de algunos- sobre el proceso de adjudicación de este tipo de árbitros en consideración a su facultad de desatender normas del derecho aplicable y el contrato que da origen a la controversia. En efecto, no es cuestionado que los árbitros arbitradores pueden decidir no aplicar el derecho aplicable a la disputa so pretexto de fallar conforme a equidad, pero la doctrina y la jurisprudencia no están igual de contestes en relación a si puede ocurrir lo mismo con el contrato que vincula a las partes y da origen al conflicto.

Dicha controversia deriva del status de que goza la institución del contrato en los sistemas de derecho privado a lo largo del globo. En efecto, es un principio comunmente aceptado en la mayoría de los sistemas jurídicos que los contratos deben ser respetados por las partes que libremente lo celebraron, cuya expresión es el *pacta sunt servanda*. Como derivación de lo anterior, se tiene que el contrato igualmente tiene que ser respetado por el juez que conoce de la disputa.

Así pues, esta ponencia busca determinar desde un punto de vista práctico la actitud de los árbitros arbitradores frente al contrato, si respetan los principios del *pacta sunt servanda* y de intangibilidad de los mismos.

Con el objeto de atender esta interrogante el presente trabajo se estructura de la siguiente manera. La sección II se hace cargo de explicar lo que tradicionalmente

¹ BORN, G: *Arbitraje Comercial Internacional (Tercera Edición)*, Kluwer Law International, 2021, p. 2.987.

• **Victoria Demarchi Salinas**

Profesora de Derecho Civil, Universidad de Chile

• **Cristóbal Vergara González**

Ayudante de Derecho Civil, Universidad de Chile

se ha entendido como árbitro de equidad, cuándo y cómo procede su nombramiento, y cuáles son los límites de su labor. La sección III se refiere al principio del *pacta sunt servanda*, y cómo, según la doctrina internacional, éste ha sido tratado por los árbitros arbitradores. La sección IV contiene un análisis de casos fallados por árbitros de equidad y la forma en que abordan el contrato como límite a su labor de adjudicación. Finalmente, la sección V contiene las principales conclusiones del presente trabajo.

Luego del análisis descrito, se llega a las siguientes conclusiones: los temores manifestados por los agentes del arbitraje comercial internacional en relación a la desatención de la letra del contrato por parte de los árbitros de equidad es injustificada.

En efecto, la gran mayoría de los casos muestra que los árbitros sí respetan la voluntad de las partes expresada en contratos libremente negociados.

Sin embargo, el temor se expresa porque en varias oportunidades los árbitros anuncian que desatenderán el contrato, pero en lo hechos ello no ocurre, según fue demostrado en la sección anterior.

II. LOS ÁRBITROS DE EQUIDAD

Como se comentaba antes, cerca del 3% de los casos en arbitraje comercial internacional es conocido por árbitros de equidad. Es importante entender que sus facultades se aplican al mérito de la disputa, en vez de aplicar una legislación nacional o internacional, y siempre que las partes expresamente lo hayan acordado, ya sea en el contrato que originó la disputa, o al inicio del arbitraje.

En este sentido, la Ley Modelo UNCITRAL de Arbitraje Comercial Internacional, que ha sido recogida casi de forma unánime y uniforme por el mundo occidental, reconoce que las partes pueden autorizar al tribunal arbitral a fallar en equidad. En efecto, el artículo 24 N° 3 en su versión modificada el año 2006 establece que “El tribunal arbitral decidirá *ex aequo et bono* o como amigable componedor sólo si las partes le han autorizado expresamente a hacerlo así”.

Ahora bien, muchos autores critican el arbitraje de equidad porque a su juicio, éste sería incierto, impredecible y el árbitro tendría una excesiva discreción que puede llevar al abuso de sus poderes. Dicha incertidumbre se relaciona con la aparente imprecisión que existe en torno al concepto, facultades y límites que tienen los árbitros de equidad.

Como se mencionó, los árbitros de equidad son también conocidos como árbitros ex aequo et bono y amiable compositeur. Al respecto, se discute si estos términos son distintos o intercambiables.

Según Gary Born, los amigables componedores están obligados primero a llegar a un resultado conforme a la ley, y luego ajustar ese resultado a la luz de consideraciones de equidad, pero solo si es necesario. En tanto, el árbitro que actúa como ex aequo et bono debe fallar en base a consideraciones de equidad y justicia además de, o sin tener que referirse a, las normas legales².

Como esta ponencia no se refiere a esta discusión, para efectos de la misma, y siguiendo a la doctrina mayoritaria y contemporánea, se tratará ambos términos como intercambiables.

En efecto, más allá de las diferencias que existen entre estos dos conceptos, las distintas definiciones consideran como elemento común que estos árbitros no están obligados a decidir la disputa entre las partes con una aplicación estricta de las normas legales definidas según el derecho de fondo aplicable a la disputa, sino que en base a las nociones generales de equidad, igualdad y justicia³.

Por tanto, una decisión arbitral de un árbitro de equidad es una decisión sobre lo que es justo y equitativo en el caso concreto, sin considerar alguna provisión legal abstracta.

Teniendo claro entonces a qué se hace referencia cuando se habla de árbitros de equidad, resulta útil referirse a los límites que tradicionalmente se ha entendido que tienen este tipo de árbitros.

La doctrina y la jurisprudencia es relativamente pacífica en cuanto que los árbitros de equidad pueden desatender una norma legal expresa de la ley aplicable, so pretexto de encontrar una solución justa y equitativa para el caso particular⁴.

III. EL PRINCIPIO PACTA SUNT SERVANDA

La discusión más interesante se da a propósito del contrato en tanto acuerdo libre y espontáneo de las partes como límite a la adjudicación del árbitro arbitrador.

Al respecto, es necesario partir el análisis con la existencia del artículo 28 N° 4 de la Ley Modelo UNCITRAL que señala “En todos los casos, el tribunal arbitral

2 BORN, G: “Arbitraje Comercial”, cit., p. 2.988.

3 BORN, G: “Arbitraje Comercial”, cit., p. 2.988.

4 GAILLARD, E. y SAVAGE, J: *Fouchard Gallaird Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999, p. 837.

decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso”.

Conforme al principio *pacta sunt servanda*, las disposiciones establecidas en el contrato tienen fuerza de ley entre las partes. Así, esta locución latina significa “lo pactado obliga”, por lo que las partes deben cumplir fielmente las reglas establecidas en el contrato. Al respecto, y no obstante que este principio debiese ser generalmente aplicado, surge la interrogante si es que los árbitros de equidad pueden disponer de éste en virtud de sus facultades de fallar en equidad.

Al respecto, autores como Gaillard sostienen que, dentro de las facultades con las que cuentan estos árbitros para fallar en equidad, igualdad y justicia, se incluiría la de decidir en contravención a una norma contractual expresa. Es decir, que el árbitro de equidad estaría facultado para resolver un conflicto adoptando una decisión en base a la justicia y la equidad, sin importar que ello implique fallar en contra de una disposición establecida en el contrato. Gaillard justifica su opinión sosteniendo que el fundamento de la obligatoriedad del contrato se encuentra en la ley nacional que no obliga al árbitro en equidad⁵.

Por otro lado, hay quienes afirman que un árbitro *ex aequo et bono* debe estar siempre vinculado por el contrato⁶. Por lo tanto, las consideraciones de justicia que pueden llevar al árbitro a apartarse de una aplicación estricta de la ley a un caso determinado, no serían válidas cuando las mismas no se encuentran previstas en el contrato celebrado por las partes. De esta forma, el árbitro de equidad no estaría facultado para crear nuevos derechos u obligaciones, ni desconocer una obligación existente emanada de un contrato.

En tercer lugar, existe una posición intermedia adoptada por parte importante de la doctrina, liderada por Born y que ha sido recogida también en diferentes decisiones arbitrales. Esta postura reconoce que los árbitros de equidad podrían apartarse de los términos del contrato celebrado por las partes en la medida que se alcance un resultado justo y equitativo, a través de un proceso interpretativo que respete la estructura o términos elementales del contrato⁷.

Resulta evidente que la pregunta que subyace a esta discusión en particular es si es “justo y bueno” respetar la letra del contrato donde se ha expresado la voluntad libre y espontánea de las partes. Esta pregunta ya ha sido en extenso discutida en la historia de los sistemas legales. No es el objetivo de esta ponencia revivirla acá. Sólo baste decir que el contrato obliga por razones económicas,

5 GAILLARD, E. y SAVAGE, J: “Fouchard Gaillard”, cit., p. 840.

6 BORN, G: “Arbitraje Comercial”, cit., pp. 2.992-2.993.

7 BORN, G: “Arbitraje Comercial”, cit., p. 2.993.

éticas y de justicia. No hay, y no debe existir discusión sobre su obligatoriedad, si se quiere mantener vigente el sistema de derecho privado como se le conoce.

Tan evidente es que el contrato obliga, y que debe obligar, que el principio “pacta sunt servanda” es considerado orden público internacional⁸. Ello quiere decir que un árbitro, cualquiera sea su calidad, debe respetar el principio pacta sunt servanda si pretende que su laudo sea ejecutable y no anulable en cualquier sede arbitral.

IV. ANÁLISIS DE CASOS.

En la presente ponencia se analizará la discusión concerniente a si los árbitros de equidad en el arbitraje comercial internacional pueden, bajo la intención de alcanzar la solución justa y equitativa para el caso en particular, decidir en contravención a una regulación expresa del contrato acordado por las partes. En otras palabras, si pueden fallar en contra de la ley del contrato.

En la mayoría de los casos analizados para este trabajo, el árbitro de equidad manifiesta su respeto irrestricto por los términos del contrato. Ello ocurre en los casos CCI número 9669, 12772, 3755, 2694, 1976, y en el caso Liberty Reinsurance Canadá v. QBE Insurance and Reinsurance.

Al respecto, en un caso el árbitro decidió aplicar los términos del contrato, tomando en consideración que “el deber primordial del árbitro, incluso como ‘amigable componedor’, es aplicar el contrato, a menos que se demuestre que las disposiciones son claramente contrarias a la verdadera intención de las partes”⁹.

En otro caso, el árbitro, antes de entrar a revisar el fondo señaló que “si no encuentra ninguna ambigüedad en la redacción, aplicará los términos del [contrato] - independientemente del hecho de que el árbitro tiene la autoridad para fallar este caso bajo ‘ex aequo et bono’”¹⁰.

Razonamientos como los recién descritos se repiten en otros fallos de árbitros ex aequo et bono¹¹.

Como se verá a continuación, del análisis de los principales casos de ACL de acceso público que han sido fallados por árbitros de equidad en que se ha señalado

8 MAYER, P. y SHEPPARD, A: “Reporte final de la Asociación de Derecho Internacional sobre Orden Público como barrera a la ejecución de laudos de arbitraje internacional”, *Arbitraje Internacional*, vol. 19, núm. 2, pp. 255 y 256.

9 Laudo en caso CCI número 9669. Disponible en <https://library.iccwbo.org/dr-awards.htm#horizontalTab12>.

10 Laudo en caso CCI número 12772. Disponible en <https://library.iccwbo.org/dr-awards.htm#horizontalTab12>.

11 Ver laudos en casos CCI número 3755 y 2694. Disponibles en <https://library.iccwbo.org/dr-awards.htm#horizontalTab12>. Ver Caso Liberty Reinsurance Canadá v. QBE Insurance and Reinsurance.

que el tribunal arbitral se ha apartado del contrato, se identifica que en la mayoría de ellos aún cuando el árbitro dice apartarse de la letra del contrato, simplemente lo está interpretando o lo está integrando. Interpretar el contrato o llenar una laguna, por definición supone aplicar el contrato en un contexto determinado o simplemente aplicar una norma externa para suplir un vacío que dejó la voluntad de las partes. En otros casos el árbitro de equidad considera que el acuerdo es nulo por contravenir el orden público, y en otro grupo de casos el Tribunal desatiende una norma aplicable, no el contrato. En ningún de estos casos se puede sostener que se está yendo en contra del acuerdo de las partes. Finalmente, sí existen casos en que el árbitro de equidad reescribe derechamente el contrato, pero estos son los menos. Veamos.

I. Casos de interpretación o integración del contrato.

A) Casos de interpretación.

Al respecto, se ha sostenido que los "términos escritos del acuerdo de las partes no siempre reflejan sus verdaderas intenciones. En otras palabras, los términos expresos del contrato no son necesariamente el reflejo de las intenciones genuinas de las partes. A pesar del principio ampliamente aceptado según el cual un acuerdo claro no debe ser interpretado, lo que está claro no es necesariamente exacto, en cuyo caso, hay fundamento para interpretación"¹².

En el caso CCI número 12099¹³, las partes celebraron un contrato de publicidad con el fin de poner una campaña publicitaria en medios de comunicación. La demandante, una agencia de publicidad, cumplió con su obligación de posicionar la publicidad pero el demandando, una empresa estatal de un país asiático, incumplió su obligación de pagar el precio. Debido a esto, la demandante inició un procedimiento arbitral ante un árbitro de equidad, exigiendo el pago del precio y de intereses.

Los intereses por la mora en el pago del precio estaban regulados expresamente en una cláusula del contrato, conforme a la cual la demandada debía pagar un interés de 1,8% mensual desde que se constituyó en mora hasta el pago total del precio.

El poder moderador del tribunal arbitral se aplicó en última instancia al tipo de interés contractual. Tras constatar que el interés era excesivo, el tribunal arbitral consideró que sus poderes de árbitro de equidad le permitían interpretar o aplicar una fórmula de cálculo de los intereses que condujera a un resultado equitativo,

¹² Caso *Nearctic Nickel Mines Inc. v. Canadian Royalties Inc.*

¹³ Laudo en Caso CCI número 12099. Disponible en <https://library.iccwbo.org/dr-awards.htm#horizontalTab12>.

especialmente cuando, como en este caso, la parte que debía los intereses no parecía haber negociado, o tenido la oportunidad de negociar las condiciones contractuales, sino que se limitó a firmar el formulario estándar presentado por la contraparte.

De esta manera, el Tribunal Arbitral consideró que la mejor forma de interpretar la fórmula contractual de los intereses era que el tipo del 1,8% mensual establecido en el contrato debía entenderse como un tipo mensual, de acuerdo con la práctica de los mercados financieros internacionales, es decir, como un tipo anual calculado mensualmente de forma compuesta.

En el caso CCI número 9704¹⁴, el demandante se comprometió a publicar un anuncio de prensa para el demandado. Ante la falta de confirmación final del encargo, el demandante interpretó el silencio del demandado como una confirmación de su acuerdo. Sin perjuicio de la preparación completa del anuncio de prensa, el demandado puso término al contrato y no pagó el encargo. Antes esto, el demandante consideró que la cancelación había sido demasiado tarde por lo que inició un procedimiento arbitral, exigiendo el pago del precio acordado más intereses.

Citando a Gaillard, el Tribunal señaló primero que “el Árbitro actuará en consecuencia y, aunque se mantenga dentro de los términos básicos del acuerdo de las Partes, se sentirá libre, si lo considera justo y equitativo, de apartarse de la aplicación estricta del Contrato”.

Luego, considerando que la tasa de interés del 1,8% mensual establecida en la cláusula 1.2 del contrato era más alta que los intereses morosos legales aplicados en los países de las partes en cuestión, y más alta que la tasa media interbancaria habitual para el período de tiempo en cuestión, el árbitro consideró que no se podía aplicar literalmente la cláusula 1.2 del contrato.

De esta manera, citando sus facultades de árbitro de equidad y aplicando los principios de equidad, el árbitro consideró equitativo y justo, dadas las circunstancias del caso, reducir el interés aplicable al 10% anual.

B) Casos de integración.

En otros casos, el Tribunal, más que fallar en contra de una disposición expresa del contrato, en realidad llena un vacío o laguna.

14 Laudo en Caso CCI número 9704. Disponible en <https://library.iccwbo.org/dr-awards.htm#horizontalTab12>.

En el caso CCI número 8874¹⁵, las partes firmaron un contrato de publicidad, en virtud del cual la demandante debía producir y publicar un anuncio de página completa a favor de la demandada que aparecería en un periódico semanal. A raíz de un incendio en su centro de trabajo, la demandada comunicó que no podía cumplir el contrato, al tener que dedicar sus recursos financieros a reparar los daños causados por el incendio y propuso reanudar las negociaciones con el fin de volver a colocar los anuncios en una fecha posterior. El demandante aceptó revisar el calendario de pagos, tras lo cual se publicó un anuncio después de que el demandante recibiera el trabajo firmado. Al no recibir ningún pago, la demandante inició un procedimiento arbitral, exigiendo el pago del precio, intereses y la indemnización de los daños sufridos por el incumplimiento.

Al resolver el caso, el árbitro decidió modificar el tipo de interés inicial del contrato en función del cambio de las condiciones económicas y comerciales. El Tribunal Arbitral declaró lo siguiente: "Al decidir un caso 'de acuerdo con los principios de equidad', mi opinión es que el tipo de interés contractual inicial, si se aplica a la cantidad y al período de tiempo considerado, sería desproporcionado con las condiciones económicas y comerciales de este caso. Por lo tanto, sustituyo el tipo de interés preferencial de los Estados Unidos por el tipo contractual inicial del 1,4% mensual, para el pago atrasado que la Demandada debe a la Demandante".

Este caso se trata del llenado de una laguna porque las circunstancias particulares muestran que el primer contrato, donde sí se había acordado una tasa de interés fue terminado de común acuerdo por la partes, quienes luego decidieron iniciar negociaciones para un segundo contrato. En este segundo contrato las partes no incluyeron una tasa de interés, por lo que el árbitro se vio en la disyuntiva de aplicar o no la tasa de interés acordada para el primer contrato.

2. El Tribunal Arbitral anula una cláusula por no existir voluntad o ser contraria al Orden Público.

En otros casos, el Tribunal anula una cláusula por no existir voluntad de las partes o ser ésta contraria al orden público.

En el caso CCI número 9483¹⁶, las partes celebraron un contrato en virtud del cual la demandante, una agencia de publicidad, debía hacer una publicación en la prensa. Debido a que el demandado no pagó el precio, la demandante inició un procedimiento arbitral, exigiendo el pago del precio y el cobro de intereses, conforme a lo establecido en el contrato.

15 Laudo en caso CCI número 8874. Disponible en <https://library.iccwbo.org/dr-awards.htm#horizontalTab12>.

16 Laudo en caso CCI número 9483. Disponible en <https://library.iccwbo.org/dr-awards.htm#horizontalTab12>.

Al analizar el caso en cuestión, el Tribunal Arbitral realizó la siguiente afirmación: “en el presente caso, el árbitro -que tiene los poderes de un árbitro de equidad y debe decidir el caso según los principios de equidad sin necesidad de aplicar plenamente las normas legales o procesales- está facultado para revisar las consecuencias de las disposiciones contractuales y apartarse de una aplicación estricta de dichas disposiciones contractuales dentro de los límites del equilibrio global del contrato”.

Con posterioridad, el árbitro decidió anular la cláusula contractual que establecía una tasa de interés excesivo, señalando que no puede haber sido la intención de las partes reemplazar el interés por la usura, y que “el artículo 13 del Reglamento obliga al árbitro a aplicar las estipulaciones del contrato, pero también los usos comerciales. Nadie aceptaría, como uso comercial, un interés anual del 21,6% aplicado al dólar estadounidense”.

Similar razonamiento se aplicó en el caso CCI número 9655¹⁷. En este caso, las partes celebraron un contrato de publicidad, según el cual el demandante debía publicar un anuncio en una revista en nombre del demandado, a cambio de un precio acordado. Ante el no pago del precio por parte del demandado, el demandante inició un procedimiento arbitral para recuperar la suma adeudada.

Ante esto, el Tribunal Arbitral consideró que, dada la evolución de la tendencia general de los tipos de interés, un interés moratorio de 16,8% anual era extremadamente elevado, por lo que, haciendo uso de sus poderes para decidir el caso según los principios de equidad, redujo el interés moratorio al 1% mensual, es decir, al 12% anual a partir del 15 de agosto de 1994.

3. Tribunal Arbitral realiza una interpretación contra ley.

En otros casos, el Tribunal Arbitral realiza una interpretación contra ley, no una regla contractual.

En el caso CCI número 7913¹⁸, las partes celebraron un contrato en virtud del cual el demandante debía proveer información y asistencia con el fin de vender equipos y servicios en el país del demandante, a cambio de una remuneración. Ante una disputa por el pago de la comisión las partes recurrieron a un procedimiento arbitral.

Los árbitros, actuando como árbitros de equidad, examinaron en primer lugar la economía de la relación entre las partes. Observaron que la remuneración prevista en el contrato implicaba un elemento de riesgo, del que el demandante

17 Laudo en caso CCI número 9655. Disponible en <https://library.iccwbo.org/dr-awards.htm#horizontalTab12>.

18 Laudo en caso CCI número 7913. Disponible en <https://library.iccwbo.org/dr-awards.htm#horizontalTab12>.

era plenamente consciente. En efecto, la cláusula relativa a la comisión establecía expresamente que, en caso de venta, la comisión acordada representaría la totalidad de la remuneración del consultor (es decir, no se reembolsarían los gastos incurridos para asegurar la venta). Los árbitros observaron además que el demandante no había realizado ninguna operación que diera lugar a una comisión, por lo que, si había sufrido alguna pérdida, ésta no podía considerarse 'injusta'.

Aplicando sus facultades de árbitros de equidad, los árbitros se pronunciaron sobre la cuestión del pago de la comisión sobre los suministros realizados por el demandante a la demandada. Respecto a este punto, el Tribunal Arbitral trató de garantizar que el demandante "no se viera privado de una remuneración justa por las transacciones que se pueden suponer concluidas una vez transcurrido el plazo, pero como resultado de los esfuerzos realizados durante el período contractual". En consecuencia, 'atenuó' el rigor de la regla *incumbitprobatio* accediendo a la medida de investigación solicitada por el demandante, cuando ella misma admitió que no había aportado las pruebas que se le exigían. A través de la medida de investigación, el Tribunal cubrió efectivamente un período que iba mucho más allá de la duración del acuerdo.

No obstante lo anterior, el Tribunal Arbitral rechazó la petición de la demandante por falta de pruebas¹⁹.

En el caso CCI número 10728²⁰, la disputa se refería a la terminación abrupta de un contrato de asistencia técnica y comercial. En este caso, el árbitro se pronunció sobre una excepción de prescripción de la acción, presentada por la demandada en virtud de que la demanda se había presentado más de diez años después de la terminación del contrato. Al revisar esta excepción, el árbitro recordó que solo podía anular las normas a las que las partes habían acordado renunciar. Señaló que el plazo de prescripción transcurrido podía analizarse como un derecho del que las partes podían disponer libremente. Sin embargo, al examinar las circunstancias del caso, el árbitro consideró que la inacción del demandante durante diez años estaba vinculada a la situación política del Estado en cuestión durante los años ochenta y noventa y a la complejidad política, económica y social del asunto, lo que probablemente fue la razón por la que las partes otorgaron al árbitro las facultades de equidad. Buscando la solución más justa y equitativa, el árbitro rechazó la objeción de prescripción a pesar de que estaba justificada en derecho y era admisible²¹.

19 KIFFER, L: "Amiable Composition and ICC Arbitration", *ICC Bulletin*, 2007 vol. 18 núm. 1, pp. 13-14.

20 Laudo en caso CCI número 10728. Disponible en <https://library.iccwbo.org/dr-awards.htm#horizontalTab12>.

21 KIFFER, L: "Amiable Composition" cit., p. 4.

4. Tribunal Arbitral re-escribe el contrato.

Los únicos casos en que el Tribunal pareciera no interpretar, ni integrar, sino que derechamente re-escribir el contrato son los siguientes:

El caso más citado en que el árbitro arbitrador reescribió el contrato es *Corderre v. Corderre*, sin perjuicio que luego fue anulado precisamente por contravenir la voluntad de las partes. En este caso, las partes celebraron una transacción con el fin de poner término a varios conflictos anteriores. En virtud de este acuerdo, Denis Group (demandando) tenía que pagarle a Roger Group (demandante) un monto de USD \$2.562.500, y los fondos para pagar esa deuda se debían generar en su mayoría de las utilidades que obtuviera una de las compañías del demandado, dentro de 6 años. En los hechos, durante ese período de tiempo no se obtuvieron utilidades por lo que no se hicieron los pagos. Ante esta situación, Roger Group interpuso una demanda arbitral ante un árbitro arbitrador, de conformidad a la cláusula arbitral establecida por las partes en el acuerdo.

Al revisar el caso, el árbitro consideró que la situación creada por el acuerdo era injusta y debía ser corregida. El árbitro fue de la opinión que ninguna de las partes previó que no se realizaría ningún pago dentro de los seis años, por lo que la fórmula establecida en el acuerdo podía, y debía modificarse para garantizar que se cumpliera la intención de las partes.

De esta manera, el Tribunal Arbitral consideró que el pago por parte de la demandada era procedente, aun cuando no se cumplían los requisitos para su procedencia, señalando que no se trataba de modificar el acuerdo sino de corregir los efectos de un cambio en las circunstancias que las partes no pudieron prever. Así, el árbitro consideró que modificar las reglas establecidas en el acuerdo no se trataba de ignorarlo "sino de hacer posible el cumplimiento de la intención de las partes en términos concretos".

Como se adelantaba, el fallo del Tribunal Arbitral fue anulado por la Corte de Apelaciones de Quebec, la cual consideró que la decisión del árbitro transgredía el Artículo 944 del Código de Procedimiento Civil de Quebec. Dicho artículo fue redactado teniendo como base el Artículo 28 de la Ley Modelo, que establece que tanto los árbitros de derecho como los árbitros de equidad deben decidir "según las estipulaciones del contrato".

En el caso CCI número 7986²², relativo a una disputa sobre un acuerdo de transferencia de acciones. Dos de las cuestiones sobre las que se pronunciaron

22 Laudo en caso CCI número 7986. Disponible en <https://library.iccwbo.org/dr-awards.htm#horizontalTab12>.

los árbitros fueron la (i) recompra de activos dudosos y (ii) las garantías ofrecidas por el pasivo.

En cuanto a la recompra de los activos dudosos, los árbitros señalaron en primer lugar que el equilibrio contractual inicialmente buscado en el memorando de entendimiento residía sobre todo en el hecho de que la garantía dada por el demandado era suficiente. A continuación, los árbitros constataron que este equilibrio contractual ya no existía, puesto que la situación económica del grupo demandado ya no era la misma que cuando se redactó el memorándum. En consecuencia, trataron de restablecer el equilibrio considerado al momento de celebrar el contrato.

Con respecto a la acción relativa a una cláusula contractual que garantizaba al comprador que los balances, las cuentas de pérdidas y ganancias y la posición neta eran verdaderos y justos, abarcando todos los pasivos y activos de la empresa y todas las operaciones y beneficios, y que se habían hecho todas las provisiones necesarias, el tribunal arbitral aplicó dicha cláusula. Sin embargo, consideró que una solución que ofreciera una indemnización del 100% sería injusta. En consecuencia, haciendo uso de sus facultades de fallar conforme a la equidad, el tribunal decidió "que era necesario conceder no la totalidad de los daños resultantes del aumento de la responsabilidad o de la disminución de los activos, sino un porcentaje de las cantidades reconocidas a este respecto determinado sobre la base de la participación de [Demandante I] en el capital de [X]". En consecuencia, la demandada fue condenada a pagar el 79,31% de la cantidad que el Tribunal Arbitral registre como una disminución del activo o aumento del pasivo²³.

En el caso CCI número 10504²⁴, las partes celebraron un acuerdo en virtud del cual el demandado se obligaba a indemnizar al demandante las pérdidas sufridas como consecuencia de la desaparición fraudulenta de bienes que estaban bajo su custodia. La indemnización debía consistir en el suministro de otros bienes o en una comisión sobre la venta de determinados bienes. El demandado pagó solo una parte de la cantidad debida, por lo que el demandante inició un procedimiento arbitral para recuperar el saldo.

Ante esto, el árbitro consideró justo y equitativo, a la luz de las circunstancias, reducir a la mitad el importe de los daños y perjuicios a los que el demandante tenía derecho en virtud del acuerdo de compensación, señalando lo siguiente: "El Árbitro, haciendo uso de sus facultades de 'ex aequo et bono', considera sin embargo que es justo y razonable teniendo en cuenta las circunstancias reducir a

23 KIFFER, L: "Amiable Composition" cit..., p. 5.

24 Laudo en caso CCI número 10504. Disponible en <https://library.iccwbo.org/dr-awards.htm#horizontalTab12>.

la mitad el importe de los daños y perjuicios que el demandante tenía derecho a percibir en virtud del Acuerdo de Compensación”.

V. CONCLUSIÓN.

Luego del análisis casuístico realizado en este trabajo se llega a la conclusión que los temores manifestados por los agentes del arbitraje comercial internacional en relación a la desatención de la letra del contrato por parte de los árbitros de equidad es injustificada.

En efecto, la gran mayoría de los casos muestra que los árbitros sí respetan la voluntad de las partes expresada en contratos libremente negociados.

Sin embargo, el temor se expresa porque en varias oportunidades los árbitros anuncian que desatenderán el contrato, pero en lo hechos ello no ocurre, según fue demostrado en la sección anterior.

Esta realidad lleva a pensar que el porcentaje de arbitrajes de equidad en arbitraje comercial internacional aumentará en los próximos años frente a la creciente demanda de eficiencia y flexibilidad en el área.

BIBLIOGRAFIA

BORN, G: *Arbitraje Comercial Internacional (Tercera Edición)*, Kluwer Law International, 2021.

GAILLARD, E. y SAVAGE, J: *Fouchard Gallaird Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999

KIFFER, L: "Amiable Composition and ICC Arbitration", *ICC Bulletin*, 2007 vol. 18 núm. 1

MAYER, P. y SHEPPARD, A: "Reporte final de la Asociación de Derecho Internacional sobre Orden Público como barrera a la ejecución de laudos de arbitraje internacional", *Arbitraje Internacional*, vol. 19, núm. 2

