

# El Acuerdo Arbitral Como Piedra Angular del Arbitraje. El rol de la judicatura en el control de su validez

Cecilia Fresnedo de Aguirre



*Consultora internacional y profesora de derecho internacional privado en la Universidad de la República y en la Universidad Católica del Uruguay. Se desempeña también como corresponsal en Uruguay del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Internacional Privado (UNIDROIT).*

## 1. Planteo inicial

El arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de controversias reconocido y aceptado en el ordenamiento jurídico uruguayo -de fuente interna y convencional- desde hace más de un siglo.<sup>1</sup>

Si bien la opción válida de las partes por el arbitraje tiene como consecuencia la sustitución de los litigios de la esfera judicial y su resolución por uno o más árbitros, los jueces nacionales desempeñan un rol que puede ser muy importante, aunque nunca será el principal, que obviamente corresponde a los árbitros. Ese rol está claramente regulado en los distintos instrumentos internacionales y nacionales que regulan el arbitraje y puede desempeñarse en distintas etapas: antes de entablarse el procedimiento arbitral, durante el desarrollo de éste y luego de su finalización mediante el dictado de un laudo que haya quedado firme.

*Cecilia Fresnedo de Aguirre*

*El arbitraje mismo  
“descansa sobre la base  
de la validez y eficacia”  
del acuerdo arbitral.*

partes y no por una relación de prevalencia o superioridad de ésta última.

La cuestión de la validez del acuerdo arbitral -de su existencia misma- resulta un punto clave ya que el convenio arbitral es la “*piedra angular del arbitraje*”. En otras palabras, el arbitraje mismo “*descansa sobre la base de la validez y eficacia*” del acuerdo arbitral.<sup>3</sup> 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, a distintos niveles y en momentos diversos.

Por ello, al momento de negociar y acordar someter sus eventuales y futuras diferencias a arbitraje, las partes deberán formular una cláusula compromisoria que sea luego considerada válida y eficaz por los árbitros y/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 y analizarse en diversas etapas, ante los propios árbitros (principio de la competencia-competencia) o ante el juez al que se plantea la cuestión litigiosa, al comparecer la demandada cuestionando la competencia. También es analizada en ocasión de solicitarse una medida cautelar o en oportunidad del reconocimiento y ejecución del laudo arbitral. Nos referiremos aquí solamente a los casos en que es el juez quien debe analizar la existencia, validez y eficacia del acuerdo arbitral y pronunciarse acerca de ella.

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>4</sup> particularmente a los que condicionan la existencia misma del acuerdo –en especial el consentimiento libre y válido de ambas partes-, y a los de forma destinados a garantizar y acreditar los anteriores.

Las relaciones entre el arbitraje y el juez son de verdadera colaboración, desde que el juez tiene la función del guardián del orden público, así como la de hacer ejecutorio el juicio arbitral.<sup>2</sup> Se trata de desplazar la competencia hacia la jurisdicción arbitral como efecto de lo convenido por las

## *El Acuerdo Arbitral Como Piedra Angular del Arbitraje. El rol de la judicatura en el control de su validez*

## **2. Condiciones de validez del acuerdo arbitral y derecho aplicable a ésta**

### **2.1 “Acuerdo escrito”**

#### **(i) Las normas clásicas**

El artículo II, inciso 2 (artículo II.2) de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 10/6/1958) 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>5</sup> Es una norma de derecho uniforme, que busca evitar la aplicación de una técnica conflictual sobre la forma.<sup>6</sup>

Tanto la Convención de Nueva York (artículo II.1) como la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional o UNCITRAL por sus siglas en inglés), 1985, 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>7</sup> *El escrito, en este sentido, es la prueba misma de la posibilidad del arbitraje y de su extensión”*.<sup>8</sup>

También la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (CIDIP-I, Panamá, 1975) en su artículo 1 y los Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional entre los Estados Parte del MERCOSUR, y entre el MERCOSUR, Bolivia y Chile (CMC/Dec. 3/98<sup>9</sup> y CMC/Dec. 4/98,<sup>10</sup> Buenos Aires, respectivamente, con idéntico texto) 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>11</sup> quien señala citando a Van Den Berg, que “un tribunal

*Cecilia Fresnedo de Aguirre*

*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*. Coincide aquí el referido autor con Herbert.<sup>12</sup>

**(ii) El necesario ajuste de la Ley Modelo en el año 2006 no modifica lo sustancial**

En la versión de la Ley Modelo CNUDMI enmendada en 2006, se ajustan las disposiciones de la versión 1985 “*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>13</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 supera las previsiones posibles.

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 éstos hayan sido confirmados “*mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio*”.<sup>14</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 éste se cumple “*...con una comunicación electrónica si la comunicación en ella consignada es accesible para su ulterior consulta.*” Y agrega que “*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>15</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 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 par-

## *El Acuerdo Arbitral Como Piedra Angular del Arbitraje. El rol de la judicatura en el control de su validez*

tes (cuestión ésta que se desarrollará en el título 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 CNUDMI es de forma y no de fondo.<sup>16</sup>

El mantenimiento de estos requerimientos, que constituyen estándares internacionales, resulta deseable ya que, como afirman Redfern y Hunter,<sup>17</sup> existen buenas razones para asegurar la existencia del acuerdo arbitral y que éste 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, el 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 en base al mismo fueran pasibles de reconocimiento y ejecución internacional.<sup>18</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, pero no altera la razón esencial del requisito de que el acuerdo sea “escrito”: acreditar el consentimiento de las partes.*

### **2.2 “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 sólo una condición de validez, sino de la existencia misma del *acuerdo arbitral*.

Del propio texto de todas las normas convencionales en la materia,<sup>19</sup> se desprende claramente que debe haber un acuerdo de voluntades específico respecto de la cláusula compromisoria o compromiso arbitral.

## Cecilia Fresnedo de Aguirre

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 concuerdan en que el acuerdo entre las partes de someter sus diferencias, presentes o futuras, a arbitraje, constituye la “*piedra fundamental*” del arbitraje comercial internacional.<sup>20</sup> El papel fundamental de ese acuerdo es registrar el consentimiento de las partes a someterse al arbitraje, “*consentimiento que es indispensable para cualquier proceso de solución de controversias fuera de los tribunales nacionales*”.<sup>21</sup> En otras palabras: “*no puede haber arbitraje sin acuerdo de las partes de someterse a este método de solución de controversias*”.<sup>22</sup>

Sostiene Fernández Rozas,<sup>23</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>24</sup> afirma que “*...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 Iribarri<sup>25</sup> hace especial hincapié en “*la importancia de la indagación acerca de la voluntad real de las partes*” con respecto al convenio arbitral, concluyendo 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>26</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>27</sup>

En el ámbito nacional cabe destacar la opinión de Olivera y Jiménez de Aréchaga,<sup>28</sup> cuando afirman que la *ratio legis* que inspira “*a todas las normas referidas (de fuente interna e internacional)*”<sup>29</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.”

## *El Acuerdo Arbitral Como Piedra Angular del Arbitraje. El rol de la judicatura en el control de su validez*

Así lo ha entendido nuestra *jurisprudencia*. Por ejemplo en un caso en que se discutía la validez de una cláusula arbitral incluida en el estatuto de una sociedad comercial constituida en el extranjero, la Dra. Macció entendió que “*tratándose de un procedimiento excepcional que distrae el litigio del conocimiento de los tribunales ordinarios, debe ser interpretado en términos estrictos y no se debe complementar la voluntad de las partes, en cuanto está expresada para acotar su acceso a los órganos jurisdiccionales*”, y sólo debe aceptarse en “*los casos clara y específicamente establecidos...*”. Entendió la magistrada actuante que en el caso existía un acuerdo válido entre todas las partes y en consecuencia declaró la falta de jurisdicción de la sede por existir una cláusula arbitral válida.<sup>30</sup>

### **2.3 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>31</sup> se mantiene plenamente vigente, desde que éstos no han sido denunciados por los Estados Parte en la forma establecida en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.<sup>32</sup> Apunta -como ya se dijo-, a garantizar el consentimiento de aquellas respecto del acuerdo arbitral. Más aún, como ya se explicó, la exigencia de un documento firmado por ambas partes en la Convención de Nueva York, constituye “*una verdadera forma ad-solemnitatem al haber sido definida con precisión en una norma material supranacional*”.<sup>33</sup> Ello es válido y extensible a los demás textos sobre arbitraje que contienen la misma exigencia.<sup>34</sup> Afirma Herbert:<sup>35</sup> “*La firma de ambas partes, es requerida en el documento escrito habiéndose desecharido 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 respecto al respectivo documento escrito. Las normas convencionales<sup>36</sup> también admiten, cabe reiterar, la validez del acuerdo cuando éste 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>37</sup>

*Cecilia Fresnedo de Aguirre*

*La firma de las partes es la forma de aceptación y expresión del consentimiento de las personas, las normas convencionales también admiten la validez del acuerdo cuando éste se desprende de un “canje de cartas o telegramas” u otros medios tecnológicos.*

Tanto del texto claro del artículo II.2 de la Convención de Nueva York como de los antecedentes de la Convención puede inferirse que el silencio no puede equipararse a la aceptación; ésta debe ser expresa y escrita, no comprendiendo la fórmula del artículo II.2 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 entendería también por acuerdo por escrito “*la confirmación escrita dada por una de las partes y no contestada por la otra*”. Esta propuesta fue rechazada, aprobándose el texto vigente, el cual además, dada su claridad, no

deja dudas en cuanto a su interpretación.<sup>38</sup> Cabe recurrir, en cualquier caso, 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>39</sup>

Como señala Fernández Rozas,<sup>40</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 que:

“*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>41</sup>

## *El Acuerdo Arbitral Como Piedra Angular del Arbitraje. El rol de la judicatura en el control de su validez*

Y agrega:

*“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 de la Convención de Nueva York 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 debería tenerse en cuenta no sólo el “*enunciado*” de la cláusula, sino también las circunstancias que la rodean.<sup>42</sup>

### **2.4 ¿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 éste es, como sostienen Fernández de la Gándara y Calvo Caravaca,<sup>43</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>44</sup>

En este mismo sentido y con relación a las funciones de las formas exigidas al acuerdo arbitral, manifiesta Santos Belandro<sup>45</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° 9307 de 1996<sup>46</sup> y el artículo 10.3 de la Ley de Arbitraje de Guatemala, de 1995.<sup>47</sup>

Asimismo, Olivera y Jiménea de Aréchaga<sup>48</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>49</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

*Cecilia Fresnedo de Aguirre*

*Aunque la tendencia general del derecho convencional sea la de simplificar las exigencias de forma, no parece conveniente descuidar los aspectos formales en cuanto sirven para constatar si existió o no libre consentimiento de ambas partes.*

ajustar el funcionamiento de los textos positivos a las nuevas realidades tecnológicas, como por ejemplo el correo electrónico<sup>50</sup> y la firma digital. Ello ha sido recomendado por la CNUDMI el 7 de julio de 2006, en su 39º 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 es-

rito 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>51</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 éste 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 éste el propio árbitro o tribunal arbitral, o el juez al que se le haya planteado el asunto.<sup>52</sup> El análisis respectivo deberá hacerse no sólo 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.

## *El Acuerdo Arbitral Como Piedra Angular del Arbitraje. El rol de la judicatura en el control de su validez*

En suma, y en las palabras de Artuch Iribarri,<sup>53</sup> “...el arbitraje es sólo 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”.

*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.*

No obstante, en el contexto mundial pueden encontrarse 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>54</sup> Sin perjuicio de estas supuestas “innovaciones modernas”, creemos, con Redfern y Hunter,<sup>55</sup> que es necesario un 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 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 Convención de Nueva York.<sup>56</sup>

*Cecilia Fresnedo de Aguirre*

Así por ejemplo, en un caso en que la empresa terminal de cargas pretendía desconocer la validez de la cláusula arbitral pre-establecida en el contrato de seguros que celebrara con una empresa aseguradora, el tribunal actuante (Presa -r, Simón, Fiorentino) entendió que la misma era válida porque el asegurado había tenido la posibilidad no sólo de enterarse, sino también de discutir en forma previa a la contratación los términos de la misma. El contrato contenía una cláusula que establecía: “*Este certificado de seguro, sus endosos, listados y cláusulas deben ser examinados por el Asegurado y devueltos inmediatamente en caso de constatarse algún error*”. Por tanto, sostuvo el tribunal, “*si no se formula observación, es porque existió una aceptación tácita del contenido íntegro del llamado contrato de adhesión*”. Y concluye, haciendo una interpretación amplia de los requisitos convencionales, aunque sin apartarse de su espíritu, afirmando: “*la existencia de la firma del asegurado en el contrato no debe considerarse requisito de validez cuando, como en el caso, sí ha existido una solicitud de ingreso -sin la cual no existiría el seguro- y una posibilidad cierta de analizar las estipulaciones que regirán su contratación*”.<sup>57</sup>

## 2.5 El convenio arbitral tiene eficacia obligatoria sólo 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, determinar su alcance *ratione personae*. En principio, parece indudable que sólo obliga a aquellos que han celebrado un acuerdo arbitral válido en los términos de la normativa aplicable (Convención de Nueva York, Convención de Panamá u otro). Ello deriva, además, de la “*naturaleza convencional de la cláusula compromisoria*”, que se traduce en su efecto relativo, que vincula sólo a las partes que expresaron tal voluntad.<sup>58</sup>

En este sentido sostiene Fernández Rozas<sup>59</sup> que los efectos de la cláusula arbitral válida “*sólo 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>60</sup> Y agrega que el problema pertenece al ámbito del consentimiento.

Por su parte, Artuch<sup>61</sup> afirma que “*el convenio arbitral sólo 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 sólo conocen una interpretación estricta, principio asentado en la práctica arbitral y judicial en la materia*”.

## *El Acuerdo Arbitral Como Piedra Angular del Arbitraje. El rol de la judicatura en el control de su validez*

Asimismo, Dimolitsa afirma que “*el centro del debate lo ocupa la existencia y el alcance del consentimiento*”, y que “*lo importante es que los árbitros tengan la convicción de que el no signatario debe ser considerado como una parte del arbitraje...*”. La autora analiza el problema fundamentalmente del punto de vista de los árbitros, cuando éstos analizan su propia competencia y el “*dilema*” de aceptar o no a un no signatario como parte del arbitraje, y señala que los criterios de interpretación del comportamiento de un no signatario que aplicará un juez “*pueden diferir de aquellos aplicados por los árbitros*”. Concluye que si bien muchos laudos publicados por la Cámara de Comercio Internacional (CCI) muestran la aceptación del consentimiento tácito de una parte no signataria al arbitraje, “*parece que la regla sería que los árbitros son renuentes a aceptar la ‘extensión’ de la cláusula y que el análisis minucioso de todas las circunstancias del caso en cuestión debe preceder a la toma de tal decisión*”. En suma, afirma, los árbitros deben estar convencidos “*de que los no signatarios consintieron implícitamente, de común acuerdo con las partes iniciales, estar vinculados por el contrato y el convenio arbitral*”.<sup>62</sup>

El problema de la oponibilidad de la cláusula arbitral a terceros se ha planteado sobre todo en casos de grupos complejos de sociedades o conjuntos económicos, y en casos de derecho marítimo. Respecto de los primeros, como advierte Dimolitsa:

“*lo que se ha discutido -y criticado- desde hace mucho tiempo es el impacto que la existencia de un grupo de sociedades puede tener sobre la extensión de la cláusula compromisoria respecto de un no signatario (a saber, la matriz o la filial), y también -dentro de una concepción más amplia del grupo- a un accionista mayoritario, a un Estado o a un ente estatal*”.

Cita la sentencia *Dow Chemical* (Paris, CCI 4131/1982), cuando en ella se afirma que:

“*considerando que un grupo de sociedades posee, a pesar de la personalidad jurídica distinta que pertenece a cada una de ellas, una ‘realidad económica única’ que debe ser tenida en cuenta por el tribunal al momento de decidir sobre su propia competencia (...). Considerando, en particular, que la cláusula compromisoria expresamente aceptada por determinadas sociedades del grupo, debe obligar a las otras que, ‘en virtud del rol que les cupo en la celebración, ejecución o rescisión de los contratos que contienen la cláusula arbitral y de acuerdo con la común intención de todas las*

## Cecilia Fresnedo de Aguirre

*partes del procedimiento', aparecen como verdaderas partes de esos contratos o como personas comprometidas a título principal en ellos y en los conflictos que de ellos pueden surgir".*

Concluye la autora que “el tribunal arbitral procedió adecuadamente a buscar la voluntad común de todas las partes de estar vinculadas por los contratos”, y recién luego, éstos fueron considerados como parte del arbitraje. Voluntad que, agrega, “puede estar manifestada de manera implícita”.<sup>63</sup>

También con relación a los grupos de sociedades, afirma Artuch Iribarri<sup>64</sup> 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 sólo por su pertenencia al grupo social”.

En la jurisprudencia uruguaya, en un caso en que se adujo por la demandada que “este litigio no refiere sólo a Inforworld, sino también a WTFE, accionistas y directores no alcanzados por la cláusula arbitral”, pretendiendo así un criterio restrictivo respecto al alcance *ratione personae* de la cláusula arbitral, la parte actora sostuvo que el litigio tenía su origen en actuaciones de Inforworld y que por lo tanto alcanzaba a todos aquellos accionistas, socios, directores, etc., que recibían los efectos de dichas actuaciones.

El relacionamiento de cualquier accionista o sucesor o tercero, cuyos derechos y obligaciones tuvieran su origen en Inforworld, los convertía en partes del compromiso arbitral, más allá de las variaciones que pudieren producirse en la titularidad accionaria. La magistrada actuante falló haciendo lugar a la falta de jurisdicción alegada, en virtud de que la cláusula arbitral era válida y abarcativa de la pretensión planteada, por resultarle evidente que en el caso, las partes habían acordado esta forma alternativa de resolver sus conflictos.<sup>65</sup>

En los casos de derecho marítimo se plantea con cierta frecuencia la pretensión de extender los efectos de una cláusula arbitral, incluida en las condiciones generales impresas al dorso del conocimiento de embarque, al destinatario de la mercadería. Esto ha sido rechazado no sólo en la jurisprudencia uruguaya sino también en la extranjera, que considera que “para ser oponible al destinatario, una cláusula compromisoria incluida en un conocimiento de embarque

## *El Acuerdo Arbitral Como Piedra Angular del Arbitraje. El rol de la judicatura en el control de su validez*

*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>66</sup> Asimismo, un pronunciamiento del Tribunal supremo español 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 fletamiento.*”<sup>67</sup>*

En el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia uruguaya.<sup>68</sup> En un caso el Tribunal de Apelaciones en lo Civil (TAC) 5º sostuvo 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.” ... 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>69</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, analizados *supra*.

La Dra. Klett sostuvo en un caso de transporte internacional que “*la cláusula de arbitraje que intenta hacer valer la demandada para fundar su excepción de falta de jurisdicción, no alcanza, no comprende, a un tercero, como lo es, respecto del contrato de fletamiento, la actora*” (empresa aseguradora de la carga). Y sigue: “*La cláusula arbitral inserta en un contrato en el que no participó ni aceptó no puede significar una renuncia a la jurisdicción oficial, llamada a regir en todos los casos en los que no exista, claramente establecida, una convención diversa*”. Agrega que no se han satisfecho los requisitos de la Convención de Nueva York y que “*tratándose de la renuncia a acceder a la jurisdicción oficial, la estipulación es válida entre las partes que convinieron el contrato de transporte, no pudiendo extender su alcance a un tercero, como el importador, que no la consintió*”.<sup>70</sup>

*Cecilia Fresnedo de Aguirre*

En otro caso similar aunque más complejo, porque el armador demandado por el asegurador subrogante del importador sostuvo que el conocimiento de embarque remitía a un contrato de fletamiento que sí contenía una cláusula arbitral, el Tribunal entendió que dicha cláusula no obligaba a un tercero no parte del contrato de fletamiento.<sup>71</sup>

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

En consecuencia, como advierte Artuch Iribarri,<sup>72</sup> “*la eficacia del convenio arbitral hacia los terceros es nula*” y “*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...*”, por lo que debe actuarse con “*la necesaria prudencia en la extensión de la validez y eficacia a quienes no consintieron*”, que “*lo realmente importante es la interpretación de la voluntad de las partes*”.

### **3. La cláusula arbitral en las condiciones generales, contratos de adhesión, contratos tipo y figuras afines**

#### **3.1 Planteo introductorio**

Si bien los contratos de adhesión y otras modalidades similares son una realidad y -en muchos casos- una necesidad en la contratación internacional,<sup>73</sup> no es menos cierto que, por sus particularidades, requieren una regulación específica. En particular, respecto de las cláusulas arbitrales incluidas en contratos de adhesión, deberían regularse las condiciones en las cuales la cláusula arbitral podría considerarse incorporada al contrato cuando éste se celebra mediante condiciones generales de contratación.<sup>74</sup>

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>75</sup>

## *El Acuerdo Arbitral Como Piedra Angular del Arbitraje. El rol de la judicatura en el control de su validez*

Ellos se basan, fundamentalmente, en la existencia o no de consentimiento válido dado por las partes entre quienes se quiere hacer valer el acuerdo arbitral.

En este sentido García Huidobro<sup>76</sup> sostiene que “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.”

Rezzónico,<sup>77</sup> por su parte, afirma que “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 aun tratándose de CNG” (condiciones negociales generales). Y cita el artículo 1341, párrafo 2º del Código Civil italiano, que considera cláusula onerosa, y por tanto sujeta a aprobación escrita, la que instituye la cláusula compromisoria por medio de CNG; y a la recomendación N° 3 de las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil de La Plata, de 1981, en el mismo sentido. Cita también jurisprudencia francesa que ha sostenido que para reconocer el efecto derogatorio de la competencia judicial de una cláusula compromisoria, se exige que las partes se hayan obligado inequívocamente.<sup>78</sup>

Comentando la exigencia del artículo II.2 de la Convención de Nueva York, 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>79</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

*Las cláusulas impresas en 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 de la cláusula.*

## Cecilia Fresnedo de Aguirre

*formales en los pactos a larga distancia?*”. Y agrega que el artículo 7.2 de la Ley Modelo CNUDMI 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 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>80</sup> Aquí no se trata por cierto de un problema de forma, sino de consentimiento, como se ha analizado *ut supra*.

Si bien es cierto que, como sostiene Noodt Taquela,<sup>81</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. Agrega la colega argentina que “*algunos autores consideran que estrictamente sería abusivo el acuerdo arbitral que imponga condiciones imposibles para acceder al proceso arbitral o de muy difícil acceso para la parte débil. Por ende no toda cláusula compromisoria incluida en contratos celebrados por adhesión es abusiva*”.

Cabe destacar que la elección del arbitraje, en desmedro de la jurisdicción estatal, 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.

Más allá de las diferencias en la doctrina y en la jurisprudencia, lo que sí parece indiscutible, es que la cuestión de la validez o no, de la cláusula arbitral inserta en condiciones generales, formularios o afines, 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. Deberá controlar, por

## *El Acuerdo Arbitral Como Piedra Angular del Arbitraje. El rol de la judicatura en el control de su validez*

tanto, no sólo la validez formal del acuerdo arbitral, sino también la validez intrínseca de la misma -en especial con relación al consentimiento de ambas partes- y de su contenido.

Ese control, como afirma Le Pera,<sup>82</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.” En el mismo sentido, Noodt Taquela<sup>83</sup> afirma que “el control del contenido de los acuerdos arbitrales pre-dispuestos 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”.

*En los contratos de adhesión que incluyen una cláusula arbitral, habrá que analizar si el mismo fue firmado por ambas partes o si la cláusula se encuentra en condiciones generales pre impresas y sin firma. En el primero de los casos el acuerdo arbitral será válido, en el segundo no.*

### **3.2 Las normas y la jurisprudencia**

Las Convenciones de Nueva York y de Panamá no regulan expresamente el tema, pero permiten solucionarlo mediante las normas que sí establecen los requisitos de validez de la cláusula o acuerdo arbitral (artículos II y 1 respectivamente), que como ya se explicó, permiten al juez o al árbitro en su caso constatar si la misma fue libre y válidamente consentida por ambas partes o no. En los contratos de adhesión que incluyen una cláusula arbitral, habrá que analizar si el mismo fue firmado por ambas partes o si la cláusula se encuentra en condiciones generales pre impresas y sin firma. En el primero de los casos el acuerdo arbitral será válido, en el segundo no. El consentimiento puede surgir también del intercambio de cartas, correos electrónicos y demás medios de comunicación que permitan al juzgador verificar que existió acuerdo de voluntades.

## Cecilia Fresnedo de Aguirre

En el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur<sup>84</sup> se hace referencia expresa a los contratos de adhesión en su artículo 4, aunque el mismo tiene un alcance más amplio, como surge claramente de su texto:

*“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”.*

Además, la cláusula o acuerdo arbitral inserta en un contrato de adhesión deberá cumplir con los requisitos de validez generales, establecidos en el Propio Acuerdo, en los artículos 6 y 7. En consecuencia, no basta con que la convención arbitral sea “*claramente legible*” y esté “*ubicada en un lugar razonablemente destacado*” del contrato de adhesión (ni de ningún otro tipo de contrato); debe haber sido consentida porque de lo contrario no existe “*convención arbitral*” sino una simple cláusula unilateral no vinculante, conforme a toda la normativa que rige el arbitraje.

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 Convención de Nueva York.

Así lo ha entendido la Suprema Corte de Justicia uruguaya al sostener, en un fallo de 2008, que si bien el artículo II.3 de la Convención de Nueva York no define qué se entiende por “*nulo, ineficaz o inaplicable*”, sí lo hace la doctrina, y se trata de causales “*de peso, vicios groseros que impidan reconocer la validez el acuerdo*” arbitral, como son los “*casos donde exista una falta o vicio del consentimiento...*”.

En el caso, la Corte desestima la pretensión de negarle validez a la cláusula arbitral por estar en contenida en un contrato de adhesión porque, afirma, “*no estamos en presencia de un servicio monopólico de posición absolutamente dominante en un mercado, casos típicos donde el contrato de adhesión debe ser examinado con especial severidad, pues no existe una alternativa real a otorgar el contrato o resulta especialmente gravoso*” (por ejemplo, transporte de línea documentado en conocimiento de embarque).

## *El Acuerdo Arbitral Como Piedra Angular del Arbitraje. El rol de la judicatura en el control de su validez*

Por el contrario, se trata de un contrato de inversión, donde “*la posibilidad de no contratar si no existía conformidad con las condiciones estipuladas y si no se aceptaban modificaciones, excluye su consideración como parte contractual especialmente débil...*” En el caso, la parte que pretendió luego negarle validez al acuerdo arbitral, no sólo había conocido la cláusula sino que la había firmado, por lo que su pretensión de negarle luego validez resultaba violatoria del principio de buena fe y de autorresponsabilidad de acuerdo con el estándar de una persona diligente.<sup>85</sup>

Cabe señalar que en casos en que el contrato que contiene la cláusula arbitral no está firmado por ambas partes, la Corte ha rechazado la validez de tal acuerdo.<sup>86</sup> No obstante, el tema ha sido objeto de discusión y de discrepancias en la propia Corte. En sentencia de 2013,<sup>87</sup> la Suprema Corte de Justicia entendió que el consentimiento surgía del intercambio de mails entre las partes por mayoría de tres a dos y con vista fiscal en contra.

En el caso, sostuvo la mayoría, la cadena de mails cursados entre las partes, en que el comprador le dice al vendedor en un correo electrónico “*...oferta aceptada. Intercambiemos la orden de pago y los contratos firmados mañana*” se cumple el requisito convencional de la Convención de Nueva York (artículo II.2) y de Panamá (artículo 1) de intercambio o canje de comunicaciones entre las partes. Señala la Corte en mayoría, que en los documentos intercambiados entre las partes, se incluía una cláusula que establecía: ‘*Por favor notifique cualquier discrepancia...*’

En caso de no haberlas, “*se asume que todas las partes involucradas aceptan y están de acuerdo con todos los términos detallados en la confirmación de negocios que antecede*”. En las discordias y la vista fiscal se entendió que en el caso no se había dado cumplimiento al requisito convencional de que la cláusula arbitral estuviere firmada o contenida en un canje de notas o telegramas, que acredite el consentimiento de ambas partes, ya que si bien estaba fuera de discusión que del intercambio de mails surgía la aceptación del contrato de compraventa, no podía decirse lo mismo de la cláusula arbitral.

Afirma el Dr. Chediak (uno de los Ministros discordes) que “*lo que requiere la normativa aplicable es que lo que tiene que constar en esas comunicaciones es el consentimiento de ambas partes para otorgar el compromiso arbitral*”, y dicho consentimiento “*debe resultar claro, manifiesto e indubitable, no alcanzando para tenerlo por acreditado las múltiples remisiones que se pueden llegar a hacer a otros contratos*” (en este caso, de compraventa).

*Cecilia Fresnedo de Aguirre*

Cabe concluir, en principio, que la Corte pone el énfasis en el cumplimiento de los requisitos de validez exigidos por las normas convencionales vigentes, y que la jurisprudencia uruguaya en general ha rechazado la validez de la cláusula arbitral en aquellos casos en que la ésta no estaba firmada por la parte a la que se le pretendía imponer, y el consentimiento de ésta última tampoco surgía de un intercambio de cartas, mails o equivalentes, como lo establecen las normas internacionales correspondientes ya referidas.

En cambio, cuando del estudio del caso concreto surge que hubo consentimiento de la cláusula, aunque ésta estuviera pre impresa, la misma se ha considerado válida,<sup>88</sup> como en un caso en que el tribunal entendió que si bien la cláusula se encontraba inserta en un contrato de adhesión y sólo había sido firmada por el actor, el contrato venía ejecutándose desde hacía ocho años y no era posible que a esa altura el demandado argumentara que desconocía el idioma y el contenido del contrato, especialmente la cláusula arbitral.

A juicio del tribunal, entraba a jugar el principio de autorresponsabilidad, pudiendo la parte haber conocido el contenido del contrato usando la diligencia ordinaria.<sup>89</sup> Parecería que en el referido caso, el tribunal flexibilizó al extremo los criterios para evaluar la existencia de consentimiento válido, alejándose, en mi concepto, de los requisitos convencionales vigentes, por existir elementos suficientes de convencimiento de que el demandado no firmante de la cláusula arbitral la había consentido.

En conclusión, cuando el juez o el árbitro deben resolver acerca de la validez y eficacia de una cláusula arbitral, deberán hacerlo a la luz de las normas correspondientes y teniendo en cuenta los datos del caso, respetando siempre la voluntad de las partes, pero de ambas, no de una sola.

### **3.3 Los Principios de UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales (2004)<sup>90</sup> y las Cláusulas Estándar**

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

## *El Acuerdo Arbitral Como Piedra Angular del Arbitraje. El rol de la judicatura en el control de su validez*

*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 el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) de los principios sobre los contratos comerciales internacionales, éstos “podrían facilitar esta tarea de manera considerable”<sup>91</sup>*

El artículo 2.1.19 sobre contratación con cláusulas estándar, las sujetas 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° 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 firmadas por todas las partes involucradas, no vale, porque no hubo aceptación por parte de los no firmantes.

El artículo 2.1.20 (Cláusulas sorpresivas) dispone que “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

*Cuando el juez o el árbitro deben resolver acerca de la validez y eficacia de una cláusula arbitral, deberán hacerlo a la luz de las normas correspondientes y teniendo en cuenta los datos del caso, respetando siempre la voluntad de las partes, pero de ambas, no de una sola.*

## Cecilia Fresnedo de Aguirre

comentario N° 1 aclara que “*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 la misma “*se perdió*” (sic) durante el trayecto, haya previsto razonablemente que debe ir a reclamar ante un tribunal arbitral en Londres, lo cual en muchos casos le podría insumir gastos superiores a los daños sufridos.

Es por esto que, en mi opinión, 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. Conclusiones

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, distorsionando incluso 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

## *El Acuerdo Arbitral Como Piedra Angular del Arbitraje. El rol de la judicatura en el control de su validez*

acuerdo arbitral y de ejecutar cualquier laudo, aunque no cumplan éstos 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, y ello sólo 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 Iribarri<sup>92</sup> y 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 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.

## *Cecilia Fresnedo de Aguirre*

<sup>1</sup> Ver al respecto C. FRESNEDO DE AGUIRRE, “El arbitraje internacional: presencia y evolución en el ámbito jurídico uruguayo”, en Derecho procesal transnacional. Homenaje al Profesor Doctor Gualberto Lucas Sosa, Mario J.A. Oyarzábal (Coordinador), Buenos Aires, Ed. Ábaco, 2012, pp. 217-251.

<sup>2</sup> Federico CARPI, “Les rapports entre l’arbitrage et le juge ordinaire”, ZZpInt 2 (1997), p. 401. En igual sentido se expresa el experto Horacio GRIGERA NAÓN, “International Commercial Arbitration in Latin America: What Now?, Compatibility and Evaluation, Boele-Woelki et al., eds., 1994, T.M.C. Asser Institut, The Hague, p. 337, cuando afirma la interacción entre el arbitraje y la justicia nacional.

<sup>3</sup> Paula María ALL, “Consideraciones sobre el convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional”, en DeCITA Derecho del Comercio Internacional. Temas y actualidades 02.2004, Zavalía, pp. 27-50, p. 29.

<sup>4</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.

<sup>5</sup> Luis FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA y Alfonso-Luis CALVO CARAVACA, Derecho mercantil Internacional. Estudios sobre Derecho Comunitario y del Comercio Internacional, Tecnos, pp. 289-90.

<sup>6</sup> Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Condiciones Generales en la Contratación Internacional, La Ley, Madrid, 1992, p. 152.

<sup>7</sup> El destacado es nuestro.

<sup>8</sup> FERNÁNDEZ ROZAS, op.cit., p. 483-4, N° 770.

<sup>9</sup> Aprobado en Uruguay por Ley N° 17.834 de 23/9/04.

<sup>10</sup> Aprobado en Uruguay por Ley N° 17.751 de 26/3/04.

<sup>11</sup> SANTOS BELANDRO, Rubén, Arbitraje comercial internacional, 3<sup>a</sup> ed., México, Oxford University Press, 2000, p. 60-61 El autor uruguayo 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.

<sup>12</sup> HERBERT, Ronald, “La cláusula arbitral en los conocimientos de embarque”, RTYS N° 2 (1989), pp. 111-113, p. 111.

<sup>13</sup> Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobada sobre la base del informe de la Sexta Comisión (A/61/453).

## *El Acuerdo Arbitral Como Piedra Angular del Arbitraje. El rol de la judicatura en el control de su validez*

<sup>14</sup> Ver en este sentido, comentarios de SIQUEIROS, José Luis, “La CNUDMI modifica su Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional”, artículo para su publicación 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), páginas 3 y 4.

<sup>15</sup> SANTOS BELANDRO, Rubén, “¿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° 15, abril, 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.**” (el destacado es nuestro) Existe, por tanto, en las referidas legislaciones americanas sobre arbitraje. “un reconocimiento no taxativo de los soportes posibles del acuerdo arbitral”. Asimismo, y en Revista Uruguaya de Derecho Internacional Privado, Año VI, N° 6, octubre, 2005, pp. 95-105, bajo el título “¿Es posible un Acuerdo de Arbitraje Oral en el Derecho Positivo Latinoamericano?”, p. 99. Ver 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 GRAHAM, James A., El Derecho Internacional Privado del Comercio Electrónico, México, Ed. Themis, 2003, en especial pp. 31 a 36.

<sup>16</sup> Ver también incisos 5 y 6 del Artículo 7, en su versión 2006.

<sup>17</sup> REDFERN, Alan and HUNTER, Martin, Law and Practice of International Commercial Arbitration, Londres, Sweet & Maxwell, 4<sup>a</sup> ed. (Student Version), 2004, pp. 159.

<sup>18</sup> REDFERN, Alan and HUNTER, Martin, Law and Practice of International Commercial Arbitration, Londres, Sweet & Maxwell, 4<sup>a</sup> ed. (Student Version), 2004, pp. 158.

<sup>19</sup> Ver, en especial, aunque no exclusivamente: Artículo II de la Convención de Nueva York, Artículo 1 de la Convención de Panamá, Artículos 2.e), 3.e), 4.2, 6.1 del Acuerdo de Buenos Aires.

<sup>20</sup> REDFERN, Alan and HUNTER, Martin, Law and Practice of International Commercial Arbitration, Londres, Sweet & Maxwell, 4<sup>a</sup> ed. (Student Version), 2004, p. 155.

## *Cecilia Fresnedo de Aguirre*

- <sup>21</sup> REDFERN, Alan and HUNTER, Martin, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Londres, Sweet & Maxwell, 4<sup>a</sup> ed. (Student Version), 2004, p. 155.
- <sup>22</sup> SCHMITTHOFF's Export Trade, *The Law and Practice of International Trade*, 10th ed., by D'ARCY, Leo, MURRAY, Carole and CLEAVE, Barbara, London, Sweet & Maxwell, 2000, p. 475.
- <sup>23</sup> Juan Carlos FERNÁNDEZ ROZAS, "Derecho del comercio internacional", *Eurolex, Colección Estudios Internacionales*, Madrid, 1996, p. 481, N° 766.
- <sup>24</sup> NOODT TAQUELA, María Blanca, *El Arbitraje en Argentina*, Montevideo, Ed. por Centro de Conciliación y Arbitraje, Corte de Arbitraje Internacional para el MERCOSUR, Bolsa de Comercio, octubre 2000, p. 134.
- <sup>25</sup> ARTUCH IRIBERRI, Elena, *El convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional*, Prólogo: José Carlos Fernández Rozas, Madrid, Eurolex, 1997, p. 98.
- <sup>26</sup> Cita en su apoyo: T.C., sent. 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 T.C. (op.cit., p. 98, nota al pie N° 4).
- <sup>27</sup> ARTUCH IRIBERRI, Elena, *El convenio...*, citado, p. 98 y nota al pie N° 5.
- <sup>28</sup> OLIVERA GARCÍA, Ricardo y JIMÉNEZ de ARÉCHAGA, Mercedes, *El Arbitraje en Uruguay*, Montevideo, Ed. por Centro de Conciliación y Arbitraje, Corte de Arbitraje Internacional para el MERCOSUR, Bolsa de Comercio, octubre 2000, p. 64.
- <sup>29</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>30</sup> JLC 15°, Sent. 2253/2010 de 3/8/2010. En sentencia N° 1848/08, de 25/6/08, JLC 14°, la Dra. Beatriz Venturini) hace especial hincapié en la prevalencia de la voluntad de las partes (todas, no una sola) de someterse al mismo.
- <sup>31</sup> Ver Artículo II.2 de la Convención de Nueva York, Artículo 1 de la Convención de Panamá, Artículo 6.1 del Acuerdo de Buenos Aires.
- <sup>32</sup> Ratificada por Uruguay por Ley N° 16.173, de 30/3/91.
- <sup>33</sup> HERBERT, Ronald, "La cláusula arbitral en los conocimientos de embarque", RTYS N° 2, pp. 111-113, p. 111.
- <sup>34</sup> En especial, el Artículo 1 de la Convención de Panamá.
- <sup>35</sup> HERBERT, op.cit., p. 111.
- <sup>36</sup> Ver Artículo II.2 de la Convención de Nueva York, Artículo 1 de la Convención de Panamá, Artículo 6.1 y 6.3 del Acuerdo de Buenos Aires.

## *El Acuerdo Arbitral Como Piedra Angular del Arbitraje. El rol de la judicatura en el control de su validez*

<sup>37</sup> Esta última expresión pertenece a ARTUCH IRIBERRI, Elena, (El convenio..., citado, pp. 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”.

<sup>38</sup> Luis FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA y Alfonso-Luis CALVO CARAVACA, “Derecho mercantil Internacional. Estudios sobre Derecho Comunitario y del Comercio Internacional”, Tecnos, p. 291.

<sup>39</sup> HERBERT, op.cit., p. 113.

<sup>40</sup> Juan Carlos FERNÁNDEZ ROZAS, “Derecho del comercio internacional”, Eurollex, Colección Estudios Internacionales, Madrid, 1996, p. 482, Nº 768.

<sup>41</sup> El destacado es nuestro.

<sup>42</sup> Las patologías referidas “sólo 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 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, op.cit., p. 482, Nº 768).

<sup>43</sup> Luis FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA y Alfonso-Luis CALVO CARAVACA, “Derecho mercantil Internacional. Estudios sobre Derecho Comunitario y del Comercio Internacional”, Tecnos, p. 288.

<sup>44</sup> El destacado nos pertenece.

<sup>45</sup> SANTOS BELANDRO, Rubén, “¿Hasta qué punto puede diluirse la formalidad del Acuerdo de Arbitraje Internacional en América Latina?”, en Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado Nº 15, abril, 2004, pp. 81-91, p. 83 y en Revista Uruguaya de Derecho Internacional Privado, Año VI, Nº 6, octubre, 2005, pp. 95-105, bajo el título “¿Es posible un Acuerdo de Arbitraje Oral en el Derecho Positivo Latinoamericano?”, p. 97.

<sup>46</sup> Establece la referida norma que “en los contratos de adhesión, la cláusula compromisoria sólo 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>47</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).

## *Cecilia Fresnedo de Aguirre*

<sup>48</sup> OLIVERA GARCÍA, Ricardo y JIMÉNEZ de ARÉCHAGA, Mercedes, *El Arbitraje en Uruguay*, Montevideo, Ed. por Centro de Conciliación y Arbitraje, Corte de Arbitraje Internacional para el MERCOSUR, Bolsa de Comercio, octubre 2000, p. 66.

<sup>49</sup> Vivian MATTEO, “Arbitraje Comercial Internacional”, *Rev. de D. Comercial y de la Empresa* n° 20, p. 258.

<sup>50</sup> Ver 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>51</sup> Ver nota anterior.

<sup>52</sup> Ver Artículo II.3 de la Convención de Nueva York.

<sup>53</sup> ARTUCH IRIBERRI, Elena, *El convenio...*, citado, p. 107. Ver también pp. 176 y 177.

<sup>54</sup> REDFERN, Alan and HUNTER, Martin, *Law and Practice of International Comercial Arbitration*, Londres, Sweet & Maxwell, 4<sup>a</sup> ed. (Student Version), 2004, p. 161. Ver asimismo: SCHMITTHOFF’s Export Trade, *The Law and Practice of International Trade*, 10th ed., by D’ARCY, Leo, MURRAY, Carole and CLEAVE, Barbara, London, Sweet & Maxwell, 2000, 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 tipo de acuerdo presenta siempre un grado de incertezza, por lo que es preferible que siempre conste por escrito.

<sup>55</sup> REDFERN, Alan and HUNTER, Martin, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Londres, Sweet & Maxwell, 4<sup>a</sup> ed. (Student Version), 2004, p. 161.

<sup>56</sup> ARTUCH IRIBERRI, Elena, *El convenio...*, citado, p. 180, quien refiere más adelante (p. 192, nota al pie N° 375), que en el laudo CCI N° 5721/1990 se concluyó que el convenio arbitral no era oponible al dirigente social, porque su voluntad no había quedado probada.

<sup>57</sup> TAC 5°, Sent. i116/2007, de 14/3/2007.

<sup>58</sup> DIMOLITSA, Antonias, “La ‘extensión’ de la cláusula compromisoria a los no signatarios”, *Cuestiones Claves del Arbitraje Internacional*, Emmanuel Gaillard y Diego P. Fernández Arroyo (Directores), Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, CEDEP Biblioteca de derecho de la globalización, 2013, pp. 55-80, p. 56.

<sup>59</sup> FERNÁNDEZ ROZAS, op.cit., p. 485, N° 771.

## *El Acuerdo Arbitral Como Piedra Angular del Arbitraje. El rol de la judicatura en el control de su validez*

<sup>60</sup> En el mismo sentido se pronuncia ARTUCH IRIBERRI, Elena, *El convenio..., citado*, p. 195 y 196.

<sup>61</sup> ARTUCH IRIBERRI, Elena, *El convenio..., citado*, p. 107. Ver también pp. 176 y 177.

<sup>62</sup> DIMOLITSA, Antonias, “La ‘extensión’ de la cláusula compromisoria a los no signatarios”, *Cuestiones Claves del Arbitraje Internacional*, Emmanuel Gaillard y Diego P. Fernández Arroyo (Directores), Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, CEDEP Biblioteca de derecho de la globalización, 2013, pp. 55-80, en especial pp. 55, 57, 68, 79, 80.

<sup>63</sup> DIMOLITSA, Antonias, “La ‘extensión’ de la cláusula compromisoria a los no signatarios”, *Cuestiones Claves del Arbitraje Internacional*, Emmanuel Gaillard y Diego P. Fernández Arroyo (Directores), Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, CEDEP Biblioteca de derecho de la globalización, 2013, pp. 55-80, en especial pp. 62-65.

<sup>64</sup> ARTUCH IRIBERRI, Elena, *El convenio..., citado*, p. 198-210.

<sup>65</sup> JLC 15°, Sent. interlocutoria N° 2253/2010, de 3/8/2010 (Dra. Teresita Macció).

<sup>66</sup> Sentencia de Casación de 29 de noviembre de 1994 (Corte de Casación (Cámaras 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 *Rev. de Transporte y Seguros* N° 11, caso N° 211, pp. 164-165.

<sup>67</sup> Sent. TS de 30/12/1992, Unión de Seguros Marítimos y Generales Amaya SA c. H. Cansen Co. Y Assuranceforeningen Gard, R.A.J., 1992, Núm. 10566, citado por ARTUCH IRIBERRI, Elena, *El convenio..., citado*, p. 196, nota al pie N° 6.

<sup>68</sup> Ver los siguientes casos: “Royal Insurance c/ Montemar S.A., buque SUDEL-MAR II, JLC-1, Sent. 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,

## *Cecilia Fresnedo de Aguirre*

JLC-14, Sent. 452 del 6/3/92 (consentida). RTYS 6, caso 87, p. 30, todos citados y comentados en FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, “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° 3, pp. 141-157.

<sup>69</sup> Royal Insurance c/ Montemar, buque Venus del Mar, JLC7, Sent. 7508 del 14/8/87 (Gutiérrez); TAC 5, Sent. 147, del 24/5/88 (Almirati –r-, Rochón), RTYS 2, caso 19, p. 47.

<sup>70</sup> TAC 6º, Sent. 54/2011, de 16/3/2011, KLETT –r-, HOUNIE, MARTÍNEZ (discorde por motivos procesales internos ajenos al que nos ocupa.

<sup>71</sup> JLC 2º (BELLO), Sent. 2309/2010, e 29/7/2010 (consentida), RTYS N° 24, caso N° 500, pp. 152-154

<sup>72</sup> ARTUCH IRIBERRI, Elena, El convenio..., citado, p. 198-210.

<sup>73</sup> VIANNA DE LIMA, Claudio, en A Arbitragem no Brasil, Montevideo, Ed. por Centro de Conciliación y Arbitraje, Corte de Arbitraje Internacional para el MERCOSUR, Bolsa de Comercio, octubre 2000, p. 66, refiere a que los contratos de adhesión constituyen una imposición de los tiempos modernos.

<sup>74</sup> Cfr. BOGGIANO, Antonio, Derecho Internacional Privado, T. II, 2<sup>a</sup> de., De-palma, Bs. As., 1983, p. 1313. Ver también, del mismo autor, “International Standard Contracts. A Comparative Study”, Recueil des Cours, 1981-I, p. 41, aunque refiriéndose a la cláusula de elección de la ley aplicable. 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° 15, abril, 2004, pp. 63-80, analizando la jurisprudencia nacional relativa al Artículo II (2) de la Convención de Nueva York, afirma en la página 74 que “...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.**” (el destacado es nuestro).

<sup>75</sup> Ver sobre el punto: MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio, “Las cláusulas predispuestas y el arbitraje en el Paraguay” (Capítulo III, pp. 49-70), en El Arbitraje en Paraguay, Montevideo, Ed. por Centro de Conciliación y Arbitraje, Corte de Arbitraje Internacional para el MERCOSUR, Bolsa de Comercio, octubre 2000, en especial p. 49.

<sup>76</sup> GARCÍA HIDOBRO, Cristián, en El Arbitraje en Chile, Montevideo, Ed. por Centro de Conciliación y Arbitraje, Corte de Arbitraje Internacional para el MERCOSUR, Bolsa de Comercio, octubre 2000, p. 49.

## *El Acuerdo Arbitral Como Piedra Angular del Arbitraje. El rol de la judicatura en el control de su validez*

<sup>77</sup> Juan Carlos REZZÓNICO, *Contratos con cláusulas predispuestas*, Astrea, Bs. As., 1987, p. 560.

<sup>78</sup> BERLIOZ, “Le contrat d’adhésion”, p. 76 y ss., citado por REZZÓNICO, op.cit., p. 561, nota 1610.

<sup>79</sup> FERNÁNDEZ ROZAS, op.cit., p. 484, N° 770.

<sup>80</sup> Sobre este tema, afirman OLIVERA GARCÍA, Ricardo y JIMÉNEZ de ARÉCHAGA, Mercedes, *El Arbitraje en Uruguay*, Montevideo, Ed. por Centro de Conciliación y Arbitraje, Corte de Arbitraje Internacional para el MERCOSUR, Bolsa de Comercio, octubre 2000, 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>81</sup> NOODT TAQUELA, María Blanca, *Arbitraje Internacional en el MERCOSUR*, Buenos Aires, Ed. Ciudad Argentina, 1999, pp. 71-72.

<sup>82</sup> LE PERA, Sergio, *Cuestiones de derecho comercial moderno*, Buenos Aires, Astrea, 1974, p. 281, citado por NOODT TAQUELA, María Blanca, *El Arbitraje en Argentina*, Montevideo, Ed. por Centro de Conciliación y Arbitraje, Corte de Arbitraje Internacional para el MERCOSUR, Bolsa de Comercio, octubre 2000, p. 109.

<sup>83</sup> NOODT TAQUELA, María Blanca, *El Arbitraje en Argentina*, Montevideo, Ed. por Centro de Conciliación y Arbitraje, Corte de Arbitraje Internacional para el MERCOSUR, Bolsa de Comercio, octubre 2000, p. 135.

<sup>84</sup> Mercosur/CMC/Dec. N° 3/98.

<sup>85</sup> SCJ, Sent. 43/2006, de 24/3/2006, cita on line: UY/JUR/68/2006.

<sup>86</sup> SCJ, Sent. 85/2008, de 9/5/2008.

<sup>87</sup> SCJ, Sent. 503/2013, de 30/10/2013.

<sup>88</sup> Una posición diferente, más lineal y categórica, parecen sostener Sandra GONZÁLEZ y Fernando GÓMEZ, en “Arbitraje Comercial Internacional en Uruguay: Marco Legal y Jurisprudencial”, *El Arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica. Marco Legal y Jurisprudencial*, Antonio HIERRO y Cristian CONEJERO (Directores), 2<sup>a</sup> ed., La Ley, Madrid, 2012, pp. 755-786, p. 760. No obstante, en la p. 761 reconocen, obviamente, que sin consentimiento no hay acuerdo arbitral.

<sup>89</sup> Sent. 90/1996, TAC 7º, RUDP 3/1997, p. 344.

<sup>90</sup> La edición de los Principios de Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2004 manejada aquí es la publicada en México en 2007, por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT),

## *Cecilia Fresnedo de Aguirre*

Roma, el Instituto de Investigaciones Jurídicas y el Centro Mexicano de Derecho Uniforme (ISBN: 88-86449-15-1), y la edición on line de la versión 2010 de los Principios

(<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-english.pdf>). Cabe señalar que conforme a la Tabla de Correspondencias entre las distintas versiones de los Principios, ninguno de los artículos citados ha sufrido modificación ni en el texto de los mismos ni en sus comentarios en la edición 2010.

<sup>91</sup> Comentario N° 5 al Preámbulo de los Principios de UNIDROIT.

<sup>92</sup> ARTUCH IRIBERRI, Elena, El convenio..., citado, pp. 209-210.

## Cecilia Fresnedo de Aguirre

*Consultora internacional y profesora de derecho internacional privado en la Universidad de la República y en la Universidad Católica del Uruguay. Se desempeña como corresponsal en Uruguay del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Internacional Privado (UNIDROIT) y colaboradora de la Uniform Law Review.*

*Recientemente fue designada como árbitro por Uruguay en el Tribunal Arbitral Internacional de Salto Grande. Ha representado al Uruguay en diversos foros de codificación del derecho internacional privado, como las Conferencias de La Haya y las Conferencias Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP - OEA).*

*La Dra. Fresnedo ha dictado cursos de postgrado y conferencias en más de 20 universidades e instituciones nacionales y extranjeras, y es además autora de 20 libros y más de 130 artículos sobre temas de su especialidad. Su tesis, “La Autonomía de la Voluntad en la Contratación Internacional”, publicada en 1991 por la Fundación Cultural Universitaria del Uruguay (FCU), recibió el Premio único en Obras de Ciencias Sociales y Jurídicas del Ministerio de Educación y Cultura. Es Doctora en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad de la República, y fue Becaria Fullbright en la Universidad de California en Davis.*