

ISSN 0719-210X

R E V I S T A
TRIBUNA
INTERNACIONAL

Publicación del Departamento de
Derecho Internacional

Volumen 2 / N°3 / 2013

FACULTAD DE
DERECHO
UNIVERSIDAD DE CHILE

Rector de la Universidad de Chile

Víctor Pérez Vera
Av. Alameda Libertador Bernardo
O'Higgins 1058, Santiago

Representante legal

Roberto Nahum Anuch
Decano de la Facultad de Derecho
de la Universidad de Chile

Director Responsable

Mario Ramírez Necochea

Editoras de Contenidos

Rita Lages
Claudia Sarmiento Ramírez

Comité Editorial

Gonzalo Aguilar
José Carlos Fernández Rosas
Claudio Grossman
Mattias Kumm
Hugo Llanos
Cecilia Medina
Elina Mereminskaya
Mónica Pinto

Comité de Árbitros

Sergio Alburquenque Lillo (Chile)
Paulina Astroza (Chile)
Carolina Belmar (Chile)
María Paz Canales (Chile)
Alberto Coddou (Chile)
Zoya Galarza (Bolivia)
Nadia Franco-Bazán Ó Laighín (Panamá)
Rodrigo Lledó Vásquez (Chile)
Andrea Lucas Garín (Argentina)
Ignacio Mujica Torres (Chile)
Gloria Ramos Fuentes (Chile)
Marcela Ruiz Calderón (Chile)
Christian Sommer (Argentina)
Carolina Stefoni (Chile)
Gustavo Tocopillán (Argentina)
Miguel Torres (Cuba)
Cecilia Urbina (Chile)
Gustavo Luiz Von Bahten (Brasil)

Revista Tribuna Internacional

Publicación del Departamento de Derecho
Internacional de la Facultad de Derecho de
la Universidad de Chile
Volumen 2 / Nº 3 / 2013
www.tribunainternacional.uchile.cl
ISSN: 0719-210X

Diseño y producción:

Productora Gráfica Andros Ltda.
www.androsimpresores.cl
Impreso en Chile/ Printed in Chile

ÍNDICE

Artículos

- Matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en el extranjero y sus efectos jurídicos en Chile. Análisis crítico del artículo 80 de la Ley de Matrimonio Civil 9
Pablo Andrés Cornejo Aguilera
- La responsabilidad en el derecho penal internacional: una aproximación desde la filosofía de John Searle. Reflexiones a partir del caso Lubanga 33
Rodrigo A. González Fernández y M. Soledad Krause Muñoz
- Effectiveness of REDD programs in the protection of *sui generis* indigenous rights 55
Paloma Infante M.
- Los usos. Si las inversiones y operaciones comerciales en diversos sectores implican diversos riesgos y oportunidades, ¿por qué no se invocan adecuadamente “los usos” en el procedimiento arbitral? 83
Hernany Veytia

Comentarios de jurisprudencia

- La Orden de Medidas Provisionales del Tribunal Internacional del Derecho del Mar en el caso del buque de guerra ARA Libertad 113
Martín Cabrera Mirassou
- A Case of Equitable Maritime Delimitation: Nicaragua and Colombia in the Western Caribbean Sea 129
Paul S. Reichler

Recensiones

- “Guerra de las Malvinas. Noticia en desarrollo 1982-2012” 163
(Editorial *El Mercurio*, Santiago, 2012), de José RODRÍGUEZ ELIZONDO,
por Juan Emilio Cheyre
- “La Convención sobre Derechos del niño. Instrumento de progresividad 169
en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”
(Editorial Dykinson, Madrid, 2011), de María del Rosario CARMONA LUQUE,
por Lucía Rizik Mulet

Los usos. Si las inversiones y operaciones comerciales en diversos sectores implican diversos riesgos y oportunidades, ¿por qué no se invocan adecuadamente “los usos” en el procedimiento arbitral?¹

Usages. If the investments and operations in various sectors involve various risks and opportunities, why not properly invoked “usages” in the arbitration?

Hernany Veytia

hveytia@gmail.com

Doctora en Derecho. LL.M. Yale. Socia de V&V en Londres, Directora del Centro de Estudios sobre Finanzas Sustentables BNM-Cambridge. Sus actividades como árbitra y abogada incluyen casos en más de 57 países en los cinco continentes en materia de inversiones, principalmente en los sectores de infraestructura, energía y minas. Ha sido socia de Deloitte, abogada interna de DaimlerChrysler y del Banco del Atlántico (hoy HSBC). Ha sido profesora invitada e investigadora de diversas instituciones, entre ellas, el Instituto Suizo de Derecho Comparado, el Instituto Max Planck en Hamburgo y Múnich, la Universidad de Roma y el Centro de Estudios Europeos de Turín.

Resumen: El presente trabajo constituye una reflexión sobre la invocación de los usos comerciales en el arbitraje internacional, sus criterios de aplicación y utilidad, bien como sus dificultades. Para ello, se tratará de distinguir los usos de otras figuras, de distinta naturaleza y consecuencias jurídicas (por ejemplo, la costumbre), identificar las principales dificultades –las cuales se centran sobre todo en la carga de la prueba para quien invoca un uso particular– y ventajas de su aplicación.

Palabras clave: usos comerciales, arbitraje internacional, comercio internacional.

Abstract: *This paper is a reflection on the invocation of commercial uses in international arbitration, its application and usefulness criteria, as well as their difficulties. To do this, we try to distinguish the uses of other figures, different in nature and legal consequences*

¹ El presente artículo también se encuentra publicado en la *BA Arbitration Review*, Nº 1, abril 2013, pp. 4-23.

(e.g., custom), identify the main difficulties, which focus primarily on the burden of proof for whom invokes a particular usage - and advantages of their application.

Keywords: *commercial usage, international arbitration, international trade.*

1. Introducción

Contra la moda toda lucha es inútil, y hoy por hoy el arbitraje internacional cada vez se parece más a un proceso judicial, donde se ve, se dice, se escucha lo mismo que en tribunales locales. Lo que no podría ser de modo diverso, si a eso se dedican cotidianamente las personas que participan en el procedimiento. El árbitro no es un forastero ajeno al entorno cultural y legal de las partes²; ni tampoco es un turista legal³, sino un jurista elegido, por simpatía con la parte y/o institución que lo designa y además por su honorabilidad, imparcialidad, buen juicio, preparación académica, experiencia profesional y sorprendentemente siempre con disponibilidad de tiempo.

La neutralidad cultural⁴ no es ignorancia del modo de vida del lugar donde suceden los hechos, o de los aspectos sociales y políticos en que las partes llevaron a cabo su inversión o transacción, así como con los usos en el sector comercial a nivel global⁵ en que interactúan las partes al grado necesario y suficiente para lograr una auténtica cercanía a los hechos, y puntos controvertidos presentados por las partes⁶.

² De hecho frecuentemente las instituciones administradoras de arbitraje designan árbitros prioritariamente en base a su nacionalidad y/o su residencia.

³ DERAIS, Yves, “El turismo arbitral ¿Realidad o Espejismo?”. En: *Liber Amicorum Bernardo Cremades*. Madrid. Kluwer. 2007, p. 331.

⁴ *Ibid.*, p. 33: “Para ser culturalmente neutral es preciso que el árbitro tenga conciencia del carácter relativo de las reglas jurídicas, sustanciales como procesales”. En el mismo sentido MACLEAN UGARTECHE, Roberto: “La cultura no es lo que uno sabe, sino lo que uno traduce de lo que sabe por conductas. Y éstas comienzan desde un proceso interior, pero este proceso interior implica que no hay nada que no ingrese por nuestros sentidos. Eso significa que no nos enfrentamos a la realidad, sino a percepciones incompletas de ella. En ese sentido, la experiencia no es lo que le pasa al individuo, sino más bien, cómo percibe aquello que le pasa. Esa manera de percibir es la cultura, la administración de ese interior que se manifiesta. En culturas como la nuestra ocurre una deformación de la administración interior” en <http://perueconomico.com/ediciones/17-2008-may/articuloiculos/52-roberto-maclean-ugarteche>.

⁵ *Globalization has been defined as the “denationalisation of markets, laws, and politics in the sense of interlacing peoples and individuals for the sake of the common good”*, v. DELBRUCK, Jost. “Globalization of Law, Politics, and Markets - Implications for Domestic Law - A European Perspective”. *Indiana Journal of Global Legal Studies*. Vol. 1, issue 1, 1993, p. 9 en 11.

⁶ *Moral hazard is present when arbitration becomes a quasi-profession in a limited market.*

Todos los que gustamos y participamos en procesos arbitrales, hemos experimentado que casi siempre se aplica el principio *iura novit arbiter*, el árbitro conoce el derecho aplicable, aunque este sea un derecho extranjero. Cada una de las partes en la controversia puede designar a un miembro del tribunal arbitral –que, en teoría, incluso puede ser un arquitecto, ingeniero, contador o cualquier otra persona–; pero si no existe carga de la prueba para que el árbitro demuestre conocer el derecho, menos aún para que demuestre que conoce los usos comerciales⁷ o marco cultural. En otras palabras, cada parte nominadora es responsable del árbitro que designa⁸ y si no lo hace bien, tiene la dura carga no de la prueba, sino de lograr “educar”, “formar” (*burden of education*) al tribunal arbitral durante el proceso⁹.

Los usos no suelen ser definidos en los contratos que celebran las partes, ni en sus respectivos anexos. En todo proceso arbitral no hay duda en que el tribunal puede tomar en cuenta los usos comerciales, que sean reglas de comercio observadas regularmente por los sujetos involucrados en una industria en particular, o en un mercado definido. El problema está en determinar si un particular uso es o no aplicable y relevante al conflicto

⁷ Los usos siempre adoptan un carácter subsidiario y secundario al derecho aplicable para interpretar el contrato, así lo refieren la Ley Modelo de UNCITRAL (artículo 28) y las legislaciones nacionales que la han adoptado, pero también: las reglas de UNCITRAL (Artículo 33 (3)), las reglas del *International Chamber of Commerce* [ICC] (artículo. 17(2) “En todos los casos, el Tribunal Arbitral deberá tener en cuenta las estipulaciones del contrato y los usos comerciales pertinentes), la Ley Modelo de UNCITRAL (Artículo 28), la Convención de Ginebra de 1962, los usos siempre adoptan un carácter subsidiario y secundario al derecho aplicable para interpretar el contrato (Artículo. 28 ICDR, que sólo se refiere a usos y prácticas en la controversia contractual y no a “derivadas” del contrato, por lo que deja fuera a los usos en casos de responsabilidad extracontractual). Más dudoso es saber si el tribunal puede invocar los usos tratándose de arbitrajes según las reglas de arbitraje de CIADI, la cámara Estocolmo (Artículo. 22, que se refiere al derecho o reglas de derecho “rules of law which it considers to be most appropriate”). En el mismo sentido el Artículo. 22.3 de la *London Court of International Arbitration* (LCIA), que es indistinto a lo que le ordena el artículo. 22 (c). Esta contradicción de poderes del tribunal arbitral fue discutida en el caso *DST v. Rakoil*, 2. LLOYD’S REP. 246, 251 (1987) en la que se buscó la nulidad de un laudo, por haberse basado en *lex mercatoria*. Finalmente, en el arbitraje en China con reglas CIETAC el Tribunal puede llevar a cabo la labor investigativa que desee.

⁸ Obviamente asumiendo con pleno conocimiento que después no le resultará fácil ir a un tribunal judicial llorando y decir que el tribunal arbitral de que se violó su derecho a ser oído porque el tribunal arbitral no le dio oportunidad de presentar su caso, tema ampliamente explorado por KURKELA, Matti & TURUNEN, Santtu. *Due Process in International Commercial Arbitration*. 2da edición. London, 2010. p. 179.

⁹ KURKELA, Matti, “*Jura Novit Curia and the Burden of Education in International – A Nordic Perspective*”. En: ASA Bulletin 3/2003 (september), citándose el mismo autor en KURKELA, Matti: *Letters of Credit and Bank Guarantees Under International Trade Law*. 2da edición. London, Oxford University Press, 2009, p. 371.

entre las partes¹⁰. Las características de los usos comerciales y sus condiciones de validez, deben ser estudiadas dentro del marco de cada jurisdicción y el derecho aplicable. Esto no puede ser aplicado de otro modo, puesto que muchas veces los criterios para determinar si un uso es o no válido, debe llevarse a cabo mediante los criterios de conflicto de leyes para determinar el derecho aplicable (lo que muy pocas veces sucede)¹¹.

Los usos comerciales fácilmente se funden y confunden con las prácticas establecidas entre las partes; se convierten en algo así como cuando un ejecutivo explica su comportamiento “cuando yo llegué así se hacía”. No resulta raro encontrar que una parte realiza obligaciones que según el contrato corresponderían a la contraria, posiblemente porque el contrato se archivó, las condiciones y empleados de la empresa cambiaron y efectivamente el modo de operar de una de las partes obedecía al comportamiento no inusual en el sector (lo que no basta para alcanzar el grado de “uso comercial”). Ejemplos de esto no faltan en la industria de la construcción, pero también se encuentran en arbitrajes en materia de propiedad intelectual (reglas OMPI)¹².

¹⁰ La sentencia de la Suprema Corte de Canadá, *Lac Minerals Ltd. v International Corona Resources Ltd.* 11 August 1989 [1990] F.S.R. 441 reproduce la definición de uso de la obra de HALSBURY *Laws of England*, 4a edición, vol. 12, párrafo 445, p. 28:

“Usage may be broadly defined as a particular course of dealing or line of conduct generally adopted by persons engaged in a particular department of business life, or more fully as a particular course of dealing or line of conduct which has acquired such notoriety, that, where persons enter into contractual relationships in matters respecting the particular branch of business life where the usage is alleged to exist, those persons must be taken to have intended to follow that course of dealing or line of conduct, unless they have expressly or impliedly stipulated to the contrary”.

¹¹ Cf. artículo 1496 Código Francés, artículo 42 de la Convención de Washington de 1965, Artículo 28 de la Ley Modelo de UNCITRAL. La mayoría (más del 80%) de los contratos internacionales indican cual es el derecho aplicable. Obviamente en un mundo ideal, donde realmente los abogados de las partes se interesaran por el derecho internacional privado (*conflict of law*), la controversia sobre el derecho aplicable debería ser anterior, incluso a la constitución del tribunal arbitral, que debe ser versado en el derecho aplicable. Por cuestiones prácticas, el tema del derecho aplicable, si las partes no se ponen de acuerdo, se puede resolver con un laudo parcial respecto al derecho aplicable. Lo que es importante es que quede claro que el lugar del arbitraje no influye necesariamente en la elección del derecho sustantivo a la controversia, al menos en teoría incluso cuando las partes no tienen facultad para someterse a un derecho sustantivo extranjero (como es el caso de varios países latinoamericanos, no en el caso de México o Perú, pero sí Guatemala y otros). En este mismo sentido, véase: W. BÜHLER, Michael and WEBSTER, Thomas H. *Handbook of ICC arbitration commentary, precedents, materials*. 2^{da} edición. London Sweet & Maxwell, 2008. Del mismo autor BÜHLER, Michael. *Practitioner’s handbook on international commercial arbitration*. Editor Frank-Bernd Weigand. Oxford: Oxford University Press. 2009, p. 1269 (15.656).

¹² <http://www.wipo.int/amc/en/domains/casesx/index.html>.

2. La dificultad con los usos es el tiempo y costo de demostrar su existencia

Los usos comerciales son diversos a la costumbre¹³. Un uso para probar existencia requiere demostrar *la opinio iuris*, pero no la *inveterata consuetudo*. *La opinio iuris* se refiere al sentido de obligatoriedad en el sector comercial, que es diferente a un comportamiento que se realiza como favor, cortesía o buena educación o moralidad. La *inveterata consuetudo* se refiere a que desde tiempo inmemorial se ha realizado así¹⁴. Por ejemplo, en materia de telecomunicaciones existen usos que se han desarrollado por la reciente tecnología. Por otra parte, un uso industrial o comercial puede servir al legislador nacional de base para convertirse en una norma legal, pero no por constar en una ley, reglamento o norma oficial; pierde, por ese solo motivo, su carácter de uso¹⁵. Tampoco deja de ser un uso porque alguien lo recopile y conste por escrito. Pero, a *contrario sensu*, es absurdo pretender que en un proceso arbitral se solicite prueba por escrito para demostrar el “uso”. Peor aún, si se solicitan opiniones de peritos, y ellos mismos difieren sobre la existencia y ámbito de aplicación del uso. En ocasiones hasta los mejores especialistas en un sector pueden ponerse nerviosos en la audiencia, dada su falta de familiaridad con *cross examination*, o contrapreguntas de un abogado o tribunal.

Uno de los errores más frecuentes en procesos arbitrales es ajustarse a una mentalidad positivista y considerar que solo vincula a las partes lo que está en un tratado, ley o contrato. Por ejemplo, en casos de compraventa internacional de mercaderías, es frecuente que las partes y árbitros se olviden de los usos en el sector [Art. 9 (2) CISG (*United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*)]. A manera de ejemplo,

¹³ En sentido contrario el eminente profesor inglés GOODE, Roy: *Usages is sometimes used to denote practices or behaviour, sometimes to indicate a pattern of behaviour which has risen to the level of norm*. Goode, Roy, “Usage and its Reception in Transnational Commercial Law”. *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 1, 1997, p. 7.

¹⁴ Caso de Asilo CIJ. *Colombia vs Peru Judgment*. Nov. 27, 1950, Rep. 276-277.

¹⁵ Convención de Naciones Sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, artículo 9 (2): “Salvo pacto en contrario, se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que, en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate”.

enunciamos el arbitraje ICC 8740¹⁶ en que se prefirió acudir a los artículos 35, 74, 75 de CISG, enfatizando que, a falta de especificación por las partes, se cumple entregando bienes de calidad media. En lugar de enfatizar los usos en el sector para comprobar margen de precio internacional del carbón considerando precio de transporte, usos del carbón y el papel que juega el azufre y volátiles en la calidad del carbón. El Art. 35 (2) (a) de CISG que se refiere a la calidad de las mercaderías no exige mayores requisitos para suplementar el contrato¹⁷.

Cada sector ha desarrollado un modo muy peculiar de hacer negocios, al grado que los grandes despachos de Londres y EE.UU., además de incluir en su página web los servicios legales que prestan, incluyen el nombre de las industrias en donde se encuentran familiarizados. Obviamente no es lo mismo redactar un contrato de distribución de automóviles que de distribución de vinos o diamantes. En el caso de los automóviles el tema del *signage* (identificación corporativa) es muy importante, tanto que frecuentemente se prohíbe en el mismo inmueble vender o dar servicio a vehículos de otros fabricantes. En cambio en el tema de los vinos, además de la denominación de origen, reviste particular importancia la cláusula de volumen, descuentos y exclusividad por área geográfica¹⁸. En el sector de diamantes, donde no existe denominación de origen, y donde una vez tallado el diamante no se menciona su procedencia, muchas veces ni siquiera existe contrato escrito; lo más relevante por parte del distribuidor de diamantes es asegurar que recibirá los diamantes con las 5 “c”¹⁹ que busca su mercado: *carats* (tamaño), claridad (pureza), color (si es intenso o no), corte (forma en que ha sido tallado) y libre de conflictos (que haya sido obtenido mediante el proceso Kimberley, es decir, asegurarse que no sean diamantes para financiar terrorismo)²⁰.

¹⁶ <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=462&step=FullText>.

¹⁷ SCHWENZER, Ingeborg y MUÑOZ, Edgardo. Comentario sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Tomo 1. Madrid: Arazandi-Thomson Reuters, 2011, p. 426.

¹⁸ Los Principios UNIDROIT en sus comentarios artículo 1.9 (1) incluyen un ejemplo de práctica entre las partes de dar aviso en caso de que los bienes no hayan llegado en buenas condiciones. Este principio difícilmente sería aplicable al sector de vinos porque es práctica usual en el sector realizar todas sus ventas utilizando el Incoterm ExW, por lo que el responsable será el transportista terrestre y/o marítimo o multimodal. En cambio resulta muy útil para el sector de seguros.

¹⁹ *Jayam NV v Diamond Trading Co Ltd* - [2007] All ER (D) 321 (Dec).

²⁰ Los rebeldes en algunas zonas de África controlaban los diamantes que se obtenían por vía fluvial y vendidos por redes de contrabando internacional, en cambio los que se encuentran enterrados a muchos metros bajo tierra requieren de costosa y pesada maquinaria. Estos diamantes fueron usados para financiar actividades

Es cierto que el tribunal arbitral (o mejor dicho cada arbitro), tiende a utilizar como reglas de procedimiento las que le son familiares (frecuentemente las utilizadas por un juez local) y si no lo hace así, puede causar extrañeza a las partes. Si todos los participantes en el proceso arbitral están acostumbrados a un proceso judicial donde los usos no son aplicados, si a un árbitro se le ocurre pedir una opinión a un experto sobre el uso, pudieran sus coárbitros y las partes (o al menos una de ellas) considerar un gasto y demora innecesaria al procedimiento. Cuando en realidad lo que pasa es que todos los abogados tienen lo que se llama “miopía de taller”, de tanto ver contratos, sentencias y opiniones legales se les olvida la realidad.

Otra razón para que un árbitro no invoque determinado uso comercial ante sus coárbitros y/o abogados añejados por años de litigios, es no querer ser o parecer parcial. Las razones para ser pasivo pueden obedecer no solamente al carácter de los árbitros, sino que a factores como diligencia en estudiar el caso o familiaridad con el derecho aplicable, pero especialmente el miedo a aparecer parcial o subjetivo o posiblemente el deseo de no parecer que está argumentando (*advocating*) en lugar de arbitrando en favor de las partes.

Yves Derains ha comentado su experiencia de ir a visitar la presa de una central hidroeléctrica en Mauricio²¹. Ojalá todos los árbitros fueran como él, en experiencia como coárbitro de quien esto escribe, muchas veces se debe más a la falta de tiempo (o mejor dicho, flojera o falta de apertura de mente) de los árbitros de ponerse a estudiar el caso y los usos comerciales. El autor ha participado en casos en donde, a pesar de la solicitud de las partes, un miembro del tribunal se negaba a tomar un curso de seguridad para poder visitar una plataforma petrolera en altamar, o aceptar ir a visitar la mina en lo más alto de los Andes peruanos, por considerar que está a varios metros sobre el nivel

terroristas. Para luchar contra el terrorismo, las Naciones Unidas dieron su aval (*endorsement*) mediante la aprobación de la resolución A/55L.52 UNGA Res. 55/66. El KPCS (*Kimberley Process Certification Scheme*) consiste en certificar que todo el proceso de producción de ese diamante es ambiental y socialmente responsable (incluye rayos x en aeropuertos y fronteras para evitar contrabando). Sobre el tema puede verse BIERI, Franziska, *From Blood Diamonds to the Kimberley Process. How NGOs cleaned up the Global Diamond Industry* UK: Ashgate, 2010. La autora reitera que la virtud está en el término medio, ahora en tiempo de paz este proceso en algunos casos hace muy difícil a las minas artesanales, trabajadas por mineros locales, tener acceso a mercados internacionales. Por lo que muchos se ven forzados a vender sus concesiones. El mismo gobierno Sudafricano ha confesado que su *Black Empowerment Act* no ha dado los resultados esperados. El *World Diamond Council* se muestra triunfalista.

²¹ DERAINS, Yves, “El turismo arbitral ¿Realidad o Espejismo?”. En: *Liber Amicorum Bernardo Cremades*. Madrid: Kluwer, 2007.

del mar y le puede afectar su presión arterial (sin embargo, este elemento no lo reveló en el momento de aceptar su designación, aunque claramente se establecía el lugar de la mina). Incluso ha habido casos en que el presidente del tribunal arbitral ha considerado innecesario solicitar a las partes fotos o videos para conocer de qué se trata el marco en el que se presenta la controversia, para no darles la impresión a las partes de que los miembros del tribunal no tenían idea de procesos metalúrgicos. En muchas ocasiones, pienso que lo único que les falta a esos estupendos litigantes para ser buenos árbitros, es regalarse un sabático para ir a familiarizarse con las operaciones cotidianas del sector industrial de su preferencia.

No es exageración decir que si no se aplican los usos y prácticas comerciales, la parte que pierde podría argumentar la nulidad del laudo arbitral argumentando que por ello se ha privado a una de las partes sin “oportunidad de presentar su caso” y/o “haber recibido trato igual”.

3. Los usos suelen ser confundidos con otras figuras de diversa naturaleza y consecuencias jurídicas

Cuando las partes celebran un contrato y pactan una cláusula arbitral, todos desean que las cosas salgan bien y, en el remoto caso de un conflicto, este se solucione mediante un proceso justo y diligente. Pero no puede existir un proceso justo, sino existe un derecho para que cada parte pueda presentar su caso y recibir un trato igual²². El proceso arbitral no es el método para venir a subsanar un contrato que no se negoció y redactó adecuadamente por no contar con el tiempo, dinero, prudencia o cualquier otra razón. Cualquier otra razón, por ejemplo, incluye una deficiente redacción en las bases de licitación, por parte de la firma que prestó dichos servicios a un Estado soberano.

La función de los usos no se limita a la integración del contrato sobre la base de una intención hipotética de las partes, sino que va mucho más allá. Si el contrato vincula a las partes, el uso, como marco de referencia para una industria o sector comercial, juega

²² MATTI, Kurkela y SANTUU, Turunen. *Due Process in International Commercial Arbitration*. 2da edición. London, 2010 p. 206.

un papel más cercano al bien común que al bien de las partes que firmaron el contrato. Por ejemplo, las dos partes contractuales podrían estar de acuerdo en utilizar materiales de menor precio en un proyecto de construcción o manufactura de un producto, pero un “uso” podría imponer parámetros sociales, ambientales o de otro tipo que servirán para interpretar las consecuencias que tuvo el contrato, y determinar el vínculo causal entre el daño y/o perjuicio causado y su responsable²³.

Una regla de lógica elemental es que lo definido no debe incluirse en la definición y nada debe explicarse o presentarse diciendo lo que no es. Pero en el caso de los usos comerciales, por ser tan mal invocados o presentados como prueba, bien vale la pena referirnos a lo que pudiera parecer un uso, pero no lo es, y su relevancia en un arbitraje dependerá de las circunstancias. Por ejemplo, es irrelevante determinar si los Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados (GAP) de los Estados Unidos son un uso aplicable, y cuantificar su divergencia con la contabilidad presentada en el caso de una fusión de una cadena de supermercados en un país sudamericano, si el tribunal arbitral considera que no es competente para determinar si se tipifican o no los elementos de un delito de fraude y fraude fiscal y que hasta que la autoridad judicial no se pronuncie dejando a salvo los derechos de las partes.

A continuación algunos ejemplos de lo que NO es un uso:

3.1. Un criterio de “persona razonable”. El conocimiento de un “uso comercial” es fuente, y no resultado de lo que sabe o hace una “persona razonable”. La persona razonable es una persona inteligente, pero no especializada²⁴. En las sentencias y laudos arbitrales donde se hace referencia a persona razonable, parece ser que esta siempre llega tarde... claro: después del accidente a cualquier persona (razonable o no) le parecería que el vehículo marchaba veloz (si fuera más lento no hubiera sucedido tal accidente); si se hubieran controlado los riesgos, no hubiera habido el derrame de petróleo, etcétera... El criterio de la persona razonable es un criterio subjetivo. En cambio, el uso comercial es un criterio

²³ Un tema para futuro estudio sería el sentido “global” de los usos, ya que como ha sido observado por Schmidt-Kessel está predominando la concepción angloamericana en lugar de la tradición romanística. Cfr. Muñoz, Edgardo, *op. cit.*, p. 427.

²⁴ HOPE, James, “The ‘reasonable man’ in international arbitration”. *Westlaw UK ICCA Arbitration*, Vol. 76, issue 4, 2010, pp. 693-704: “In the 1950s, in *Bolam v Friern Hospital Management Committee* McNair J. referred the reasonable man as to “the man in the street”, “the ordinary man”, “the man on the top of the Clapham omnibus”.

objetivo. Incluso la CISG en Art. 8(3) señala que para interpretar un contrato se debería establecer las circunstancias del caso y entre ellas las negociaciones, las prácticas entre las partes y los usos, así como la conducta que llevaron las partes después de celebrado el contrato. De tal suerte que no puede ser equiparable un criterio de persona razonable a los usos. Esto es relevante cuando en una cláusula arbitral se pide que el árbitro tenga conocimientos en cierto sector, por lo que no basta considerarse a sí mismo razonable o suficientemente inteligente, disponible y dispuesto para aprender los usos comerciales. Si es una condición precedente para la designación, debe existir algo más que ser razonable, para considerarse apto para aplicar adecuadamente los usos comerciales.

3.2. Consecuencias de deficiente planeación sociopolítica. Por ejemplo, de 1995 a 2005 China duplicó su consumo de petróleo a 6,8 millones de barriles diarios, y todo parece indicar que el crecimiento de China requerirá más petróleo. Empresas con participación del gobierno chino están ganando licitaciones en Sudamérica y en África, pero en varias ocasiones las bases de licitación no incluyen, posiblemente por considerarse obvios, datos relacionados con la exploración y explotación de recursos naturales respecto de puntos tan importantes como a) tecnología, b) calidad, c) seguridad para trabajadores y ambiente, d) servicios añadidos.²⁵ El gobierno chino ha ofrecido a los condenados en prisiones chinas, libertad y un pago, a cambio de irse a trabajar en proyectos de infraestructura a África. Sobra decir que estos exprisioneros no cuentan con la preparación tecnológica, experiencia en el sector y hábitos de seguridad que son prácticas estandarizadas en Europa o Estados Unidos. Si en el futuro surgiera un problema, los gobiernos que no redactaron bases de licitación apropiadas sufrirán las consecuencias y no podrán invocar fácilmente los usos en el sector *nemo auditur propriam turpitudinem allegan*.

3.3. Cambios en el entorno tecnológico y científico. En los últimos años, las telecomunicaciones han transformado el modo de operar. Hoy por hoy, existen *softwares* especializados para cada sector, pero el hecho de que estén disponibles en el mercado, no necesariamente obligan a que todos los adquieran, o que se hayan convertido en un “uso”. Tocaré al prudente tribunal arbitral determinar cuándo y cómo cierta conducta se convierte en un uso comercial.

²⁵ TACHAU, Anna Liesel. “A Comparison of US and Chinese incentives in Winning oil contracts in African Countries”. *Journal of World Energy Law & Business*. Vol. 4. N° 1, 2001, p. 68 *et seq.*

3.4. Las prácticas corporativas de un monopolio u oligopolio. Un uso no es la forma de hacer negocios de una empresa o unas pocas, aunque tengan una importante participación de mercado. Por ejemplo, sería un error considerar que lo que realice la empresa Carnival y sus filiales es un “uso” para la prestación de servicios de turismo en la categoría de cruceros, solamente, porque tienen una participación de mercado casi monopólico. Más difícil de evaluar si es uso o no cuando son muy pocos los jugadores mundiales de relieve en un sector. Por ejemplo, tres empresas mineras explotan y exportan hierro²⁶. Si se considerara que es un “uso” en el sector celebrar contratos cuatrimestrales, sería un error, porque hasta hace muy poco tiempo incluso estas tres empresas celebraban contratos respetando por todo el año el precio del hierro²⁷.

En ocasiones para poder cumplir con un “uso” es necesario pagar por ello (ejemplo certificaciones ISO); este tipo de requisitos logran estandarizar los procedimientos y mejorar la cadena de proveedores, pero al mismo tiempo es un modo en que los proveedores de las grandes empresas, cada vez se conviertan en grandes empresas.

En algunos casos, bajo el nombre de “economía sustentable”, se están desarrollando usos que son una carga cuyo costo contractual posiblemente no fue calculado ni acordado en su momento, y recientemente se están considerando como requisitos para poder ser proveedores de empresas grandes. Si estos requisitos fueran impuestos por un gobierno, por ejemplo, requerir una etiqueta específica a cierto tipo (las del atún que dice “libre de delfines”) y esta etiqueta se volviera obligatoria, puede ser impugnada ante la OMC (como de hecho lo hizo y ganó México²⁸). En cambio, si algo se vuelve obligatorio no por disposición gubernamental, sino por una práctica de una megaempresa como Wal-Mart (que para dar preferencia a proveedoras estadounidenses de mezclilla exige ciertas

²⁶ Son ellas, Rio Tinto Plc, BHP Billiton Ltd. y Vale, S.A.

²⁷ El darwinismo económico no siempre versa sobre materias arbitrables, y de nada sirve la invocación a usos sectoriales que confluyen a dificultar la operación de empresas medianas y pequeñas. Independientemente de su ubicación geográfica. Por ejemplo, contratos de exclusividad en el transporte o uso de terminales portuarias, donde los vendedores de azúcar pequeños tienen que esperar hasta que encuentren lugar mientras que los grandes pueden construirse sus propios muelles cercanos a las refinerías azucareras reduciendo así costos y llegando en mejores condiciones de tiempo y precio a los diversos mercados.

²⁸ Estados Unidos-México II WTO/DSB 381 (La postura de México fue apoyada por Argentina; Australia; Brasil; Canadá; China; Ecuador; Unión Europea; Guatemala; Japón; República de Corea; Nueva Zelandia; Taipéi Chino; Tailandia; Turquía; Venezuela, República Bolivariana de Venezuela).

características a sus productos), no hay recurso. En consecuencia, las prácticas establecidas por un monopolio u oligopolio no son usos comerciales.

3.5. Pagos o beneficios ilícitos (corrupción)²⁹. No solamente son importantes los hechos, sino también las percepciones circunstanciales de actos y hechos jurídicos. Hay países pobres, con políticos y empresarios muy ricos, donde está muy extendido el pago a empleados públicos para que hagan su trabajo y/o no pongan obstáculos. Aunque esta conducta se encuentre muy extendida no es un “uso comercial”. En opinión de Cremades y Cairns³⁰ los tratados bilaterales de inversión otorgan al tribunal arbitral jurisdicción para entrar al estudio de cuestiones relativas a corrupción de servidores públicos, pero esto no siempre ha sido así. Baste recordar el arbitraje ICC 1110 de 1963 donde el árbitro único, de oficio, sin que las partes se lo solicitaran, entró al estudio de su competencia y concluyó no tenerla porque la corrupción es un acto contra el orden público, la moral y las buenas costumbres. También se dice que es un abuso de derecho y se ha invocado nulidad absoluta en el objeto del contrato. La tendencia actual es más flexible, especialmente con árbitros suizos³¹, que consideran un acto contra hecho propio (*venire contra factum proprium non valet, y nemo auditur propriam turpitudinem allegans*) solicitar un servicio a sabiendas que para completarlo se requerirá incurrir en actos ilegales y luego de obtenido el servicio se niegan a pagar por él. Por ejemplo, ganada la licitación se refutan a pagar al agente aduciendo que es un pago corrupto y que la ley estadounidense o del Reino Unido les prohíben realizarla por desproporcionada al tiempo invertido en

²⁹ En el caso *Westacre Inv. vs. Jugoinport SDRP Holdings* (ICC Award 6497 [1994]), un tribunal británico se negó a ejecutar un laudo arbitral por considerarlo contra el orden público. El tribunal arbitral no tomó en cuenta el argumento de corrupción, porque en la opinión del tribunal no se dieron detalles de qué y cómo sucedieron tales actos de corrupción. V. Jean-Jacques ARNALDEZ, Yves DERRAINS, Dominique HASCHER. *Collection of ICC Arbitral Awards 1991-1995*. Kluwer Law International, 1997.

El principio *ut res magis valeat quam pereat*, principio de interpretación en el sentido de que las cláusulas que lo tengan en lugar de que no surtan efectos, es un principio UNIDROIT (*Principles of European Contract Law*, artículo.5.101), artículo 4.1.

LAUDO ICC 7792 (1994), publicado en ARNALDEZ, Jean-Jacques, DERRAINS, Yves, HASCHER, Dominique. *Collection of ICC Arbitral Awards 1991-1995* ICC. Kluwer Law International, 1997 y LAUDO ICC 8873 (1997), publicado en *Collection of ICC Arbitral Awards 1996-2000*. ICC Kluwer, 2003. Sobre el tema de la corrupción también puede verse la publicación del ICC HEIMANN, Fritz and VINCKE, François (eds). *Fighting Corruption, International Corporate Integrity Handbook*. 2^{da} edición. ICC: Paris, 2008.

³⁰ “Corruption, International Public Policy and the Duties of Arbitrators”. En: *Dispute Resolution Journal*, Vol. 58, N° 4, 2003, pp. 100-107.

³¹ Quienes por lo general citan el artículo 2 del Código Civil Suizo.

dicho servicio). La mayoría de estos laudos³² se podría resumir en decir que “una de las partes no puede llorar lo que no supo defender en el momento de la contratación”. Frecuentemente se declara tal pago como válido, porque no se ha probado que el pago haya sido realizado a un tercero para corromperlo, por lo que el o los agentes no eran corruptos, sino simplemente caros (*not corrupt just greedy*). Hoy por hoy, se suele hablar más de falta de transparencia que de corrupción, pero no es un concepto nuevo el modo en que a cada participante en los grandes conglomerados internacionales se le deja ver una pequeña parte de la operación (incluso el consejo de dirección no está informado de los detalles o usos comerciales a los que está habituado el último empleado dentro de la organización)³³. En ocasiones el uso (o mejor dicho abuso) de entidades en paraísos fiscales y legales, recuerda la frase de Séneca *manus manum lavat*³⁴ o al proverbio *nisi caste, saltem caute*³⁵. Los laudos CIADI en esta materia son muy ilustrativos, casi en todos, ha ganado el Gobierno acusado de recibir pagos ilícitos³⁶. En los últimos años pareciera que

³² Entre ellos, el LAUDO ICC 9333 (1998) en que se acordó pagar una comisión de 1.900.000 USD por pago a un agente si lograba que le dieran a la empresa un proyecto para la construcción de un gasoducto en los países del norte de África. Véanse también los siguientes laudos: LAUDO ICC 6248 Rec. Sent Arb CCI, Vol. III, pp. 239-243; LAUDO ICC 4145, Res. Sent. Arb. ICC 1986-1990, pp. 53-58; LAUDO ICC 7047 Publicado en ASA 1995, pp. 301-334, LAUDO ICC 6294 (1991) JDI 1991, p. 1052; LAUDO ICC 5622 (1988); LAUDO ICC 9333 (1998); LAUDO ICC 6474 (1992) Yearbook of International Commercial Arbitration Vol. XXV, p. 432; LAUDO ICC 10947 (2002) Bull. ASA, 2004, Vol 222, 2004, pp. 308-332; y LAUDO ICC 12045 (2003). Así como también los laudos *ad-hoc* utilizando las Reglas UNCITRAL. Entre ellos, los del gobierno de ECUADOR por malversación de fondos otorgados por el Banco Mundial o laudos no internacionales, emitidos por la Cámara de la Construcción de Quito (CEMANACO) que ordenó a Telecsa pagar USD 5,9 millones a Vía Advisors Ecuador por la terminación de su contrato.

³³ Este argumento ha sido muy convincente para el gobierno de Ecuador en sus procesos arbitrales y judiciales con compañías petroleras que no cumplen con parámetros o estándares ambientales.

³⁴ Una mano lava a la otra.

³⁵ Si no castamente, por lo menos cautamente.

³⁶ Entre los casos del CIADI del Banco Mundial citamos relacionados con corrupción los siguientes: (a) *RSM Production Corporation (USA) v. Government of Granada* (ICSID Case Nº ARB/05/14). Sobre revocación de licencia por cuestiones de fuerza mayor. El Tribunal falló a favor del país caribeño. La demandante en tribunales estadounidenses demandó a sus abogados, con el argumento de que los fondos provinieron del competidor de RSM; (b) *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines* (ICSID Case Nº ARB/03/25); (c) *Lucchetti Enterprises, S.A. (Chile) and Lucchetti Peru, S.A. (Peru) v. Republic of Peru* (ICSID Case Nº ARB/03/4). Revocada licencia de construcción por haber sido obtenida por corrupción, el tribunal se declare no competente porque los hechos sucedieron antes de la entrada en vigor del tratado bilateral de inversión; (d) *SGS Société Générale de Surveillance S.A. (Switzerland) v. Republic of the Philippines* (ICSID Case Nº ARB/02/6); (e) *F-W Oil Interests, Inc. (USA) v. Republic of Trinidad and Tobago* (ICSID Case Nº ARB/01/14), ganado por el gobierno que había sido acusado de corrupción; (f) *World Duty Free*

se privilegia la transparencia sobre la confidencialidad y lo que antes se llamaba lealtad, o fidelidad, ahora se llama complicidad.

3.6. Atentados contra el orden público o interés público. Por muy extendido que se encuentre un supuesto “uso”, no puede ser argumentado para dejar de cumplir con normas de orden público. A manera de ejemplo, en el sector del algodón en Egipto los productores han contaminado las aguas y por naturaleza del tipo de cultivo han desertificado las tierras. Si mejorar la calidad del algodón implica dañar el medioambiente y/o la salud de la población porque así “lo hacen todos” no podrá invocarse como “uso” el efecto de haber modificado el sistema de irrigación que trajo como consecuencia la salinización de las tierras, además del uso negligente de nuevos pesticidas en países pobres, como en Egipto³⁷.

3.7. Estímulos económicos o prácticas desleales de comercio cometidas por algún país. Subsidios y otros estímulos del gobierno estadounidense a la producción de su algodón, que se han proporcionado por muchos años³⁸.

3.8. No son los Principios Generales del Derecho a los que hace referencia el Artículo 38 (1) (c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia³⁹. Por ejemplo, es un principio general de derecho, pero no un uso, el principio de que ley posterior prevalece sobre ley anterior, o que ley especial prevalece sobre ley general⁴⁰. Es incierto que la *lex mercatoria* o los usos comerciales sean parte de los principios generales del derecho, de acuerdo con el estatuto de la Corte Internacional de Justicia⁴¹.

Company Ltd. v. Republic of Kenya (ICSID Case N° ARB/00/7), ganado por el gobierno, de nada sirvió a la demandante decir que el monto dado al presidente fue una donación para el país.

³⁷ SPOORC, Max. “Cotton in Central Asia: “Curse” or Foundation for Development”. En: KANDIYOTI, Deniz (ed.). *The Cotton Sector in Central Asia, Economic Policy and Developments Challenges, Proceedings of a Conference held at School of African Studies University of London 3-4 November 2005*. UK. 2007, p. 55.

³⁸ *Brazil vs The United States* OMC case. Véase SHNEPF, Randy. “US-Brazil WTO Cotton Subsidy Issue”. En: *CRS Report for Congress* N° RL32571, Washington, D.C. 2004.

³⁹ DE DYCKER, Stephanie. “Private International Law Disputes Before International Court of Justice”. *Journal of International Dispute Settlement*. Vol. 1, issue 2, 2010, pp. 475-498.

⁴⁰ *Conflicts lex posterior and lex specialis (Case Concerning the Territorial Dispute (Libyan Arab Jamihiriya v Chad)* Judgment 3 February 1994, ICJ Reports 1994, 6 *Saluka Investment BV v Czech Republic* UNCITRAL Partial Award 17 March 2006.

⁴¹ DE DYCKER, S. *Ibid.*

3.9. **No se pueden equiparar al derecho consuetudinario internacional (*customary international law*).** El derecho consuetudinario es el que impone obligaciones a los Estados, no es un método que genere normas procesales o sustantivas para el público en general⁴².

3.10. **No son sinónimo de la “romántica”⁴³ *lex mercatoria*,** del mismo modo que una parte no puede ser confundida con el todo. La *lex mercatoria* incluye aspectos de Derecho internacional público, Derecho Uniforme, Principios generales del derecho, trabajos emanados de organismos internacionales, como lo son los Principios sobre Contratos Internacionales de UNIDROIT, costumbres no codificadas y usos, que con frecuencia se utilizan indistintamente, recopilaciones de usos publicados por asociaciones comerciales, modelos de contratos recomendados por cámaras de comercio y laudos arbitrales publicados en revistas, sitios de internet o publicaciones especializadas⁴⁴.

La *lex mercatoria* solía ser atinadamente criticada por su falta de certeza, pero hoy por hoy se cuenta con tan numerosos laudos, que con toda seguridad se puede decir que al árbitro no le faltarán argumentos para fundar y motivar su laudo. Una voz muy clara en la materia es Muthucumaraswamy Sornarajah:

“*lex mercatoria* does not have any principles that are clearly identifiable and the ones that have been stated as principles of the system are so obvious that they could have been used without any resort to such nebulous theory”⁴⁵. “The attempt to create an international law on investment protection through purely private means

⁴² Cfr. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v US)* Merits Judgment 27 June 1986 ICJ Reports 1986, 14, 108-9, THIRLWAY, H. “Dilemma or Chimera? Admissibility of Illegally Obtained Evidence in International Adjudication”. *American Journal of International Law*, vol. 78, issue 3, 1984, pp. 622-623. Es ampliamente aceptado por los iuspublicistas que la Convención de Viena sobre derecho de los tratados representa derecho consuetudinario respecto de interpretación de tratados. En ausencia de una explícita estipulación al tratado bilateral de inversión, se deberá interpretar según estos parámetros. Por ejemplo, esto puede tener especial importancia al tratar temas relacionados con el alcance de la cláusula de la nación más favorecida.

⁴³ BEWES, Wyndham Anstos. *The Romance of the Law Merchant*. London: Sweet & Maxwell, 1923.

⁴⁴ LANDO, Ole. “The *Lex Mercatoria* in International Commercial Arbitration”. *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 34, issue 4, 1985, p. 747.

⁴⁵ SORNARAJAH, Muthucumaraswamy, *The International Law on Foreign Investment*, 3ª edición. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 303.

did succeed to a large extent, despite the fact that its theoretical foundations were slim”⁴⁶.

3.11. **No es el derecho extranjero**, mejor conocido por el árbitro extranjero, que suele considerar el derecho del lugar donde se encuentran los recursos naturales o inversión, menos desarrollado, o poco laico (por ejemplo, en lugares donde se aplican las finanzas islámicas y la *Sharia*)⁴⁷. Hay ocasiones, como en materia de perforación petrolera, en donde se ha argumentado que es un “uso” comercial el dar el derecho de preferencia por el tanto a los socios en yacimientos vecinos respecto de nuevos descubrimientos, porque así se suele pactar en contratos en Estados Unidos⁴⁸.

3.12. **No es la equidad, o facultad para rendir el laudo *ex aequo et bono***. En el arbitraje Laudo ICC 6149 (1990) una parte deseaba aplicar usos y prácticas, y la otra exigiendo al tribunal que aplicara estricto derecho, ya que no está facultado a emitir un dictamen *ex aequo et bono*. El tribunal falló en favor de que los usos, como *lex mercatoria*, no implican un dictamen *ex aequo et bono*.

⁴⁶ “It indicates not only the power of multinational corporations to create law but also, the existence of avenues through which law can be used as an instrument of private power through weak sources of law such as the awards of arbitral tribunals and the writings of highly qualified publicists. The role of later who are but individuals with partialities to certain views either because they believe firmly in them or because it is lucrative to do so, requires a view of international law not as scientifically neutral discipline but as a manipulable device which serves the interest of power”. SORNARAJAH, Muthucumaraswamy, *op. cit.*, p. 305.

⁴⁷ Cfr. GAILLARD, E. “Trente ans de *lex mercatoria*. Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit”, *Clunet*, 1995, p. 5 y ss., citado en el Laudo ICC 233, 1992.

⁴⁸ LAUDO ICC 7792 (1994) en *Collection of ICC Arbitral Awards 1991-1995, op. cit.*, en el que varias empresas del sector petrolero celebraron un consorcio para la exploración y explotación de un yacimiento de petróleo en Argentina. En este contrato redactado en inglés se incluyó una “Area of Mutual Interest Clause” para interpretar su alcance el tribunal que aplicó el artículo 218 (4) del código de comercio que ordena: “Siendo necesario interpretar la cláusula de un contrato, servirán para la interpretación las bases siguientes (4). Los hechos de los contrayentes, subsiguientes al contrato, que tengan relación con lo que se discute, serán la mejor explicación de la intención de las partes al tiempo de celebrar el contrato”. Lo curioso es que no aplicará para ello el artículo 13(5) del Reglamento ICC ni la fracción 6 del mismo artículo argentino que se refiere a (subrayado nuestro): “El uso y práctica generalmente observados en el comercio, en casos de igual naturaleza, y especialmente la costumbre del lugar donde debe ejecutarse el contrato prevalecerán sobre cualquier inteligencia en contrario que se pretenda dar a las palabras”.

3.13. **No se identifican con los Principios UNIDROIT**, que son una recopilación por un instituto intergubernamental. No son un instrumento vinculatorio, a lo más persuasivo, que en unos de sus pocos artículos se refieren a los usos comerciales.

4. Para invocar a los usos como derecho aplicable no es necesario satisfacer los requisitos establecidos en la CISG, particularmente si el contrato en cuestión no es de compraventa. Sin embargo, la CISG brinda criterios de orientación

4.1. **Que sean conocidos y observados.** Un tema relevante es que un uso no requiere *inveterata consuetudo*, no es cuestión de tiempo de emplearse, sino de que sea conocido y aplicado por el sector. Tampoco es necesario que sea aplicado de modo universal.

4.2. **Sin vicios del consentimiento (las partes lo deberían haber conocido).** Los usos no deben presentar vicios del consentimiento. La cuestión de “validez”, como ya lo hemos señalado anteriormente, aplica no solo al contrato firmado por las partes, sino a los hechos y actos jurídicos relacionados. Por ejemplo, pudiera ser válida o no una garantía, permiso o autorización otorgada, dependiendo de si quien la emitió estaba válidamente designado para otorgarla. En materia de acreditación de profesionales en varios países reviste cuestiones de orden público. Por ejemplo, existen países como Francia, donde el aviso de terminación de obra debe ser firmado por un arquitecto del país donde se lleva a cabo la obra. La cuestión es: quien lo firmó fue un funcionario de la casa matriz que es arquitecto, pero no habilitado para ejercer en un determinado país. Es un tema que pudiera o no ser un uso, de acuerdo con las circunstancias del caso.

4.3. **Carga de la prueba.** Los usos deben ser probados, y la carga de la prueba puede ser onerosa, particularmente si los miembros del tribunal y los abogados de las partes son completamente ajenos al sector comercial del que se trate⁴⁹. La *London Arbitration Act*

⁴⁹ EVELEIGH, Edward, HANOTIAU, Bernard, MENZIES, Ian W., PHILIP Allan, REDFERN, Alan, REINER, Andreas, REYMOND, Claude, “The Standards and Burden of Proof in International Arbitration”. *Arbitration International*,

de 1996 es muy cuidadosa respecto de cómo se invocan esos usos en el arbitraje, porque no hay lugar para terceras categorías. Si no es derecho aplicable es un “hecho” y como tal debe ser probado, y si no se hace, se convierte en un error de derecho que hace anulable el laudo. “*A party asserting any fact has the burden of proving it by adducing appropriate evidence before the tribunal. Finding of fact are which an award is based can be challenged as errors of law if they are not based in evidence*”.

4.4. **Valorar el impacto** que podría tener el uso comercial en el caso vs. el costo y tiempo en conocerlo y valorar su impacto. Lo que implica realizar exámenes, pedir peritajes, reportes, etc.

4.5. **No basta que los miembros de una cámara o asociación los utilicen.** Un uso debe tener cierta aplicación generalizada, no basta que los utilicen los miembros de una cámara de comercio o asociación industrial, particularmente si esa asociación es voluntaria.

5. Ejemplos de utilidad de aplicación de usos

El hecho de que el tribunal pueda tomar en cuenta los usos en el sector comercial, si no los conoce, pudiera designar peritos. Pero deberá dejar claro en su laudo la relevancia y valor probatorio que le da a esta prueba. Es esto otro tema muy debatido: hasta qué punto el árbitro puede aplicar sus conocimientos y experiencia previa, sin haberles dado a las partes oportunidad para defenderse o, bien, si debe ajustarse exclusivamente a lo presentado por las partes haciendo caso omiso a sus estudios y vivencias pasadas⁵⁰. Cuando una de las partes tiene un mal abogado, no es papel de ningún miembro del tribunal venir a suplir su ignorancia, falta de profesionalidad y estudio, pero al mismo tiempo, resulta duro condenar a una parte solamente porque contrató a un mal abogado, ignorante o grosero.

vol. 10, 3, 1994, pp. 317–363: “How the burden of proof is divided *in casu* is primarily in the discretion of a party but ultimately in the discretion of the panel. Consultations may be held when issues are complicated and evidence is being brought in sequence”.

⁵⁰ *Chekpoin ltd v Strathclyde Pension Fund* [2003] EWCA Civ. 84, [2003] L&Tr 22.

A manera de ejemplo los usos son útiles para:

5.1. **Marcar parámetros razonables.** Ejemplo: tiempo que puede, de acuerdo con las circunstancias del caso, considerarse “urgentemente”.

5.2. **Determinar responsabilidad respecto de términos de entrega de un producto.** Casi todos los autores cuando hablan de usos comerciales se refieren a los INCOTERMS de la ICC.

5.3. **Para determinar si el empaque es el adecuado para el producto.** Por ejemplo, no es lo mismo mandar cemento en bolsas de 50 kg que se ponen dentro de bolsas de plástico de dos toneladas (con el fin de evitar el costo del contenedor de metal), que comprar el cemento a granel. En el primer caso se sabe que es para el mercado minorista, en el segundo se destina al mayorista. Un punto relevante en el transporte del cemento es el precio del flete y el empaque puede marcar una gran diferencia⁵¹.

5.4. **Para determinar si el seguro y su cobertura eran adecuados,** de acuerdo con las circunstancias del caso, tomando en cuenta no solo la póliza prima y cobertura, sino lo que es el uso comercial en el sector comercial. Hay amplia práctica en materia de seguros (por ejemplo, por lo que toca a la carga de la prueba) en materia marítima o bancaria.

5.5. **Para determinar si el tipo de transporte fue el adecuado.** Por ejemplo, si debería haberse utilizado contenedor refrigerado en la exportación de vinos, verduras o pescados.

5.6. **Determinar calidad**⁵². En materia de café, azúcar y metales existen procedimientos arbitrales dentro de las asociaciones sectoriales que solucionan los conflictos entre las partes. Muchas veces estos procedimientos se reducen a cuestiones de calidad, reflejados

⁵¹ Este punto fue determinante para el arbitraje del capítulo XIX NAFTA (Tratado de Libre Comercio de América del Norte) USA-98-1904-0 en materia de Cemento Gray Portland y Clinker procedente de México. Por las empresas CEMEX y Cementos de Chihuahua contra el gobierno de los Estados Unidos.

⁵² “...international commercial arbitration is more likely to be used for complex products than for simple products: complex products involve fewer repeat dealings and less advantage of industry expertise. Again, the empirical reality is consistent with these predictions. In international commercial arbitration, disputes often arise out of non-standardized transactions with very high stakes”. En: DRAHOZAL, Christopher. “Private Ordering and International Commercial Arbitration”. *Penn State Law Review*, Vol. 113, pp.1032 *et seq.*

en un documento (certificado de empresas como SGS), también para determinar calidad de tecnología, como podría ser el alcance de interpretación de reglas ISO, EAN-Systems, o los publicados por la Organización Internacional para la Estandarización⁵³.

5.7. Delimitar el alcance de la buena fe y deberes de lealtad negocial en determinados sectores. Por ejemplo, es el caso de una pequeña empresa minera canadiense que estaba en la etapa de exploración y había perdido mucho tiempo y dinero en realizar su prospección y exploraciones en una región. Ya que estaba cerca otra empresa minera más grande que iba a realizar prospección, se conocen los geólogos de ambas minas, hablan de los resultados de los primeros estudios de barrenación, y eso motiva a que los directores de las empresas se acerquen a conversar respecto de un posible *joint venture* o asociación en participación; sin embargo, este acuerdo no se lleva a cabo. Poco tiempo después la nueva empresa, presumiendo que el terreno junto al de la otra empresa también sería rico en mineral, lo denuncia, obtiene la concesión y comienza con fondos a terminar en menor tiempo la exploración de su denuncia minero. Pero todo nació por el “tip”, por la información que se intercambiaron. Es un “uso” en el sector minero considerar, si no confidencial, sí un deber de lealtad⁵⁴ el realizar exploración en terrenos vecinos⁵⁵.

5.8. En materias que requieran pronta y especializada atención al asunto. En materia de derecho marítimo relativo a hechos relacionados con un rescate, o casos de violación a derechos de propiedad intelectual, ha sido muy bueno el desarrollo del arbitraje de la OMPI (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual). En la OMPI⁵⁶ se cuentan con muy buenas experiencias de aplicación de usos. Por ejemplo, uno de los casos de éxito más reciente es el de una empresa estadounidense proveedora de *software* de procesamiento de datos y servicios respecto de un banco asiático que abusó del *software* licenciado. La cláusula arbitral indicaba que cualquier disputa surgida de o en conexión

⁵³ Las empresas de certificación han cobrado un papel protagónico en el comercio global y existen pocas de ellas realmente internacionales. Una de ellas es SGS, empresa certificadora que ha demandado a países en CIADI, como el caso contra Pakistán, Filipinas o Paraguay. En el caso de Pakistán fue muy comentada la aplicación de la cláusula paraguas: donde se dio la llamada “transustanciación” donde se pasó del nivel contractual a *ipso jure* se transformó en un instrumento de derecho internacional.

⁵⁴ En Italia lo llaman deber de *correttezza*, y encuentra su fundamento en el artículo 1175 del código civil “*il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza*”.

⁵⁵ Así lo confirmó el tribunal canadiense en el caso *Lac Minerals Ltd. v International Corona Resources Ltd.* en el Supreme Court of Canada 11 August 1989. [1990] F.S.R. 441.

⁵⁶ <http://www.wipo.int/amc/en/domains/casesx/index.html>.

con el acuerdo se resolvería en el marco del Reglamento de Arbitraje Acelerado de la OMPI y que el árbitro único fuera elegido entre un grupo de personas que tengan experiencia en nuevas tecnologías. Las partes acordaron un árbitro único que celebró una audiencia de dos días en la ciudad de Nueva York. Tres meses después de la solicitud de arbitraje acelerado, el árbitro dictó un laudo definitivo determinando la existencia de infracción parcial del acuerdo y la concesión de daños y perjuicios a la empresa estadounidense proveedora de servicios.

5.9. En materia de construcción⁵⁷. Los méritos de este último caso se refieren a dos empresas, una francesa y otra española, por una construcción en Argelia donde se presentó una excesiva onerosidad sobrevenida. Las partes no incluyeron en su contrato una referencia a los Principios UNIDROIT y una de las partes deseaba invocar *hardship*, excesiva onerosidad sobrevenida, como se contempla en los arts. 6.2.2 y 6.2.3 de los Principios UNIDROIT. Esta parte insistió que deberían aplicarse los Principios UNIDROIT no como principios, reglas o guía, sino como usos a los que hacía referencia el art. 7 de la Convención de Ginebra sobre Arbitraje Internacional y el Art. 13(5) del Reglamento ICC. También se refirió a que los usos son contemplados en FIDIC (*Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils*) y ENAA (*Engineering Advancement Association of Japan*). Pero como resulta entendible, el tribunal se negó a aplicarlos. Su razonamiento fue más allá al exigir, que si las partes hubieran deseado su incorporación, lo hubieran expresamente acordado en su contrato. Además, el tribunal afirmó que, como las partes ya habían elegido un derecho nacional, y los Principios UNIDROIT se refieren a principios generales del derecho que se pueden usar como *lex mercatoria*, estos resultan innecesarios⁵⁸.

5.10 En materia de garantías y cartas de crédito. Sin lugar a dudas, un claro ejemplo de lo útil que son los usos, lo encontramos en el sector financiero donde los bancos internacionales de primer nivel se han posicionado en gran parte del mercado mundial, mediante sus usos uniformes. Sin necesidad, pero sí con la conveniencia de que ratifiquen convenciones internacionales, como la UNC (*United Nations Convention on Independent*

⁵⁷ LAUDO ICCI 7792 (1994), *J.D.I.* 1995.993; *Rec.* III. 584, obs. D.H y LAUDO ICC 8873 (1997). Ambos publicados en *Collection of ICC Arbitral Awards 1996-2000*, ICC Kluwer Law International, 2003.

⁵⁸ El laudo citó a GAILLARD, Emmanuel. "La distinction des principes généraux du droit et des usages du commerce international". En: *Etudes Beller*. Litec, 1991, p. 203, y a KAHN Ph. "Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international". *Journal de Droit International*, Nº 2, 1989 p. 305.

Guarantees and Standby-Letters of Credit). A manera de ejemplo de los trabajos que sobre usos bancarios ha realizado la Cámara de Comercio Internacional (ICC), citamos:

- UCP 600 (*Uniform Customs and Practice for Documentary Credits*)⁵⁹,
- ISBP (*International Standby Practices*)⁶⁰,
- URCB (*Uniform Rules for Contract Bonds*)⁶¹,
- URCG (*Uniform Rules for Contract Guarantees*)⁶²,
- URDG (*Uniform Rules for Demand Guarantees*)⁶³ y
- URR (*Uniform Rules for Bank-to-Bank Reimbursements under Documentary Credits*)⁶⁴.

En todos ellos sería muy difícil señalar los que siendo un uso se incorporaron en los documentos, a los que por ser incorporados en los documentos se convirtieron en uso. Lo cierto es que los bancos solo los aplican cuando citan la sigla y número⁶⁵.

Un punto particularmente interesante es que se está desarrollando un *uso* en la práctica del arbitraje internacional que consiste en que *los laudos citan otros laudos que a su vez se basaron en otros laudos*. Incluso se habla de una “jurisprudencia arbitral”. Que no existe. Los laudos solamente vinculan a las partes que participaron en él (*Res inter alios acta allis nec nocet nec potest*). No negamos que en algunas ocasiones un laudo arbitral pudiera brindar luces al tribunal por el modo en que es fundado y razonado, pero de ninguna manera es obligatorio para el tribunal arbitral. La realidad es que siempre se citan unos a otros, incluso se publican y así, de la misma manera que el abogado formado en una tradición anglosajona citaba precedentes judiciales, ahora cita laudos arbitrales. En

⁵⁹ La última edición es UCP 600 publicada en 2006. Véase BAKER, Walter and DOLAN, John “Users Handbook for Documentary Credit Under UCP 600”, Paris. ICC. 2007.

⁶⁰ ICC. *International Standby Practices*. ISP98 Paris. ICC Publication N° 590, 1998.

⁶¹ ICC. *Uniform Rules for Contract Bonds*. ICC Publication N° 524 de 1994, también se recomienda la lectura de las opiniones de la CCI en materia bancaria: *ICC Banking Commission Collected Opinions 1995-2001*.

⁶² ICC, *Uniform Rules for Contract Guarantees*. ICC Publication N° 325, 1994.

⁶³ ICC, *Uniform Rules for Demand Gurantees*. ICC Publication N° 458, 1994.

⁶⁴ ICC, *Uniform Rules for Bank-to Bank Reimbursements under Documentary Credits*, URR 525, ICC Publication N° 525, 1995.

⁶⁵ DCL (se refiere al crédito documentario). La publicación 633 de CCI 2001. Tiene un estudio de legislación comentada por el Prof. SCHUTZE y el Dr. FONTANE. También se recomienda la lectura de Docdex Rules y las decisiones de 1997-2003.

opinión de quien esto escribe es un aspecto con ventajas y desventajas que bien merece otro artículo. En este solamente llamamos la atención, sobre el hecho que está siendo reiterado, y que está convirtiéndose en un “uso” de una profesión que no debiera existir. La del árbitro de profesión, en lugar de alguien de la profesión o del sector comercial que por su *autorevolezza*, es invitado a resolver una controversia. Respecto de la traducción de la palabra *autorevolezza*, vale la pena aclarar que los italianos distinguen entre *autorità*, de quien ejerce un cargo, tiene poder, de quien cuenta con *autorevolezza*, quien tiene una informal influencia por su prestigio. Los estadounidenses se refieren en cambio a autoridad informal. Se obedece a quien manda y por miedo al castigo, pero se sigue al líder natural. La *autorevolezza* es del segundo, el poder del primero. El poder del árbitro se deriva de la cláusula arbitral, pero la *autorevolezza* se conquista en caso por caso, laudo por laudo, orden procesal por orden procesal, acto por acto, palabra por palabra. El prestigio de toda una vida se pone en juego en cada asunto.

6. Abuso del derecho, de la posición predominante en el mercado y/o del uso comercial

El *Uniform Commercial Code* de los Estados Unidos es uno de los pocos instrumentos legales que definen a los usos. La Sección 1-205⁶⁶ expresamente indica que los usos deben ser probados como “hechos”, y añade el requisito de que deben constar por escrito; muchos reglamentos de arbitraje contemplan a los usos en el artículo relativo al “derecho” aplicable.

Los Principios UNIDROIT tienen el acierto de haber incluido a los usos y prácticas como un elemento importante en los contratos, pero también el de darle su papel supletorio

⁶⁶ UCC § 1-205. *Course of Dealing and Usage of Trade.*

(2) A usage of trade is any practice or method of dealing having such regularity of observance in a place, vocation or trade as to justify an expectation that it will be observed with respect to the transaction in question. The existence and scope of such a usage are to be proved as facts. If it is established that such a usage is embodied in a written trade code or similar writing the interpretation of the writing is for the court.

(5) An applicable usage of trade in the place where any part of performance is to occur shall be used in interpreting the agreement as to that part of the performance.

a la voluntad de las partes⁶⁷. En materia de arbitraje de *commodities* pareciera que todo está tan estandarizado, que la voluntad de las partes pasa a un segundo término; incluso con gran dificultad se pueden negociar las cláusulas contractuales que mandan como un “tómalo” o “déjalo”. Hasta hay casos en que las cláusulas arbitrales se dan por presueltas, aunque no sean escritas. Esto pudiera llamar la atención a quien se encuentre familiarizado con la Convención de Nueva York de 1958 y podría venir a cuestionar la posibilidad de ejecutar un laudo sin que hubiera existido cláusula arbitral. Sin embargo, el punto de partida es que las partes que se someten a estos arbitrajes de *commodities* consideran más importante su calidad de miembro de una asociación que el valor de la controversia; en muchos casos su costo es tan bajo, que los honorarios de abogados en condiciones normales superarían el monto de la controversia⁶⁸.

Hay asociaciones como la de azúcar refinada, que ahora con los mismos agremiados se extiende a otra asociación de biodiesel, o a las de cereales y granos. GAFTA en 2010 modificó sus reglas de arbitraje e insiste en que exista un contrato con cláusula GAFTA para poder iniciar el procedimiento arbitral⁶⁹. La mercadología de estos arbitrajes está en dotar a sus agremiados de modelos de contratos que incluyan su cláusula arbitral. Las reglas de la asociación para aceites y grasas (FOSFA) de 2005 textualmente prohíben a las partes ser representadas por un abogado (“*No person wholly or principally engaged in legal practice shall be eligible to act as an arbitrator or empire*”. “*Either party... may not have presented or be represented by any member of the legal profession wholly or principally engaged in legal practice*”). Además sus laudos pueden ser apelados.

Por otra parte, las grandes transnacionales han creado certificaciones que van más allá de los límites del derecho aplicable y así, por voluntad de las partes, la ley del más fuerte en la negociación prevalece como la *lex contractus*... hasta que llega un superabogado que se acuerda que existe el derecho, el orden público, y la irrenunciabilidad a determinados

⁶⁷ Los principios UNIDROIT recopilan en su articulado los elementos fundamentales que regulan los contratos (similar al índice de lo que es el libro de las obligaciones en los códigos civiles), pero con la diferencia de que en su elaboración fueron invitados abogados, jueces, académicos de varias tradiciones jurídicas. Los usos son mencionados, entre otros, en los artículos 1.8, 1.9, 2.1.6 (3), 4.3.

⁶⁸ Sobre este tipo de arbitraje véase VEYTIA, Hernany. “International Arbitration - Agricultural Commodities: Outside Counsel Perspective”. En: GRIGERA NAÓN, Horacio y MASSON, Paul E. *Arbitration Practice: 21st Century Perspectives*, Lexis Nexis, 2010. Capítulo 27.

⁶⁹ <http://www.gafta.com/arbitration>.

derechos, o más aun, que no se pueden mágicamente incorporar datos de esos hechos (certificaciones ISO o cualesquiera otra) de modo automático porque eso es una violación al *due process*. El debido proceso y el acceso a la justicia son un derecho humano, una garantía que prácticamente se incluye en toda constitución política.

El creciente número de casos en que se utiliza el arbitraje en asuntos internacionales lleva al llamado: a que los usos no pueden ser igualmente aplicados en las diferentes especies de arbitrajes internacionales. No es lo mismo un arbitraje contra un Estado soberano, que un arbitraje de consumidores. Resulta difícil trazar fronteras, pero no todo tipo de arbitraje admite la invocación de usos para poder ser una opción buena, barata, segura... en donde no exista para las empresas riesgo de demandas de clase (*class action*). Esto está cambiando, también el tema de que el arbitraje, al ser una actividad de privados, no puede imponer condenas penales y/o cuasipenales (*punitive damages*⁷⁰). Los árbitros pueden entender de mejor modo, dada su especialización, temas complicados, pero ni la *International Bar Association*, ni la ICC, ni ninguna otra institución administradora se pueden aventurar a llamar un “uso” en el arbitraje, prácticas que son propias de sus miembros, o de algunos de ellos.

En la última década se ha vuelto común hablar de la *soft law*⁷¹, pero considero que existe un error en que los abogados quieran que *todo lo bueno sea legal*, solo por el hecho de

⁷⁰ En 1976 *Garrity v. Lyle Stuart, Inc.*, Court of Appeals of New York 40 N.Y.2d 354, 353 N.E.2d 793 (1976), contra orden público si un tribunal arbitral condena en daños punitivos (*punitive damages*). Sin embargo, recientemente utilizando datos de más de 6.800 arbitrajes en material de títulos valor, se encontró que el demandante prevaleció en 48/9% de los procedimientos arbitrales y que el 9,1% de dichos demandantes obtuvo compensación por concepto de daños punitivos en el laudo arbitral.

⁷¹ REISMAN mantiene una postura mucho más legalista y formal, confundiendo el *soft law* con metajuridicidad únicamente aceptable para quien se encuentra en la tarea de redactar leyes internacionales o academia, pero no para un juez o árbitro que debe circunscribirse a lo expresamente contemplado por la ley, porque en su opinión la legalidad no tiene grados: “a soft law rule being a rule “slightly” legal in character... Hence international judges and arbitrators should apply and apply only, the law that comes without the adjective “soft”... The point is that many law jobs –and especially judicial and arbitral jobs– are different than ordering eggs at breakfast. When you are advising the CEO or CFO of a multinational on a matter that could engage substantial economic costs for the company and/or significant criminal liability for the executive, when you are advising a soldier going into battle, when you are sitting as an arbitrator in a case concerning the company or the executive or in a military tribunal judging that soldier, please do not let some eloquent advocate slip those tasty culinary adjectives onto your juridical plate. While soft law is a useful notion for students and scholars seeking to understand and to manipulate the sequential process of international law-making and for

que *lo legal es bueno*⁷². El regresar a los principios básicos, a las fuentes del derecho, es dar un paso más allá del texto de la ley para dejar campo posible para alcanzar la justicia. La libertad, la seguridad y la justicia son una meta, un destino al que todo profesional del derecho debe tender, pero no se puede alcanzar la justicia sin la seguridad jurídica en un proceso, sea judicial o arbitral. Por ello, es importante que el prudente tribunal arbitral dé el peso debido a cada fuente del derecho, especialmente cuando las reglas del procedimiento arbitral no imponen la obligación al tribunal de aplicar los usos comerciales, sino que le piden aplicar el derecho aplicable u otra *rule of law* que considere apropiada. En caso de arbitrajes de la LCIA, Cámara de Estocolmo o CIADI importa fundar adecuadamente si dichos usos se pueden considerar *rule of law*.

7. Reflexiones finales

En un proceso arbitral siempre el abogado pregunta al cliente en las negociaciones preliminares entre las partes, las prácticas entre ellas, la conducta subsecuente a la celebración del contrato, la naturaleza y el propósito del contrato, el significado de los vocablos de acuerdo con el sector comercial relevante, pero pocas veces sobre los usos. Incluso el cliente de tanto vivirlos, posiblemente no puede inmediatamente delimitarlos y describirlos. Por eso el ejercicio debe comenzar mucho tiempo antes, con la redacción del contrato y sus anexos.

Para que un tribunal pueda tomar en cuenta los usos comerciales en determinado sector deberán ser accesibles en tiempo y forma, y proporcionales al costo y esfuerzo para hacérselos conocer al tribunal⁷³. Obviamente lo ideal es extremar el cuidado en la redacción de los contratos, y especialmente sus anexos técnicos. De este modo, incluso las partes pueden

non-governmental organizations trying to no make new law, it is not a useful notion for the appliers of law and especially for participants in the international arbitral process”. A lo que la autora replicaría diciendo que no todo el Derecho es la Ley, de ninguna manera el ser profesor de Derecho es tener un “soft job”. REISMAN, Michael, “Soft law and Law Jobs”. *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 2, N° 1, 2011, p. 25.

⁷² En portugués brasileño, en el lenguaje cotidiano se usa la palabra “legal” con la misma trivialidad y coloquialidad con que en español se escucha “es una persona buena onda”, es decir, algo que está muy bien.

⁷³ El costo de la carga de la prueba generalmente recae en la parte que la solicita. Véase Corte Internacional de Justicia, *Lotus Case, Judgement of September 7, 1927* en 18.

acordar sobre qué usos son aplicables⁷⁴, pues el arbitraje no tiene como función suplir la deficiencia en la negociación y redacción del contrato⁷⁵. También es recomendable incluir una cláusula sobre criterios de prevalencia para la interpretación del contrato, donde se enumeren la prelación de importancia de los anexos, y donde además se haga referencia concreta al modo en que se podrá hacer referencia a los usos del sector.

Otra alternativa para poder prestar mayor atención a los usos es deslocalizar el contrato, sin someterlo a un derecho nacional concreto, como lo contempla la opción “B” del contrato modelo para contratos de llave en mano de una planta industrial de la ICC (2003)⁷⁶. Esta vía es peligrosa y delicada, particularmente para un abogado local sin consultar y pagar colegas en el extranjero, así como contadores internacionales y consultores en el sector comercial donde opere el cliente. En asuntos complejos y cuantiosos, esto puede ser lo más recomendable para una planeación tributaria internacional donde se aprovechen los beneficios de los tratados de doble tributación sin perder la protección de acogerse a los tratados de inversión. Como recordará el lector, estos BIT funcionan a manera de paraguas que cubren el contrato, o de modo más ejemplificativo de muñecas rusas, estilo *matrioskas*, donde lo contemplado en un contrato se entiende cubierto y protegido por un acuerdo maestro entre las partes, que dé cohesión a numerosos contratos para una operación⁷⁷, y dicho acuerdo maestro este amparado por el tratado celebrado por el país que recibe la inversión.

⁷⁴ Cfr. UNIDROIT, “Principios Sobre Contratos Comerciales Internacionales”, 3ª ed., UNIDROIT, 2010, artículo 1.9 comentario 2, artículo. 2.1.6 (3) y artículo 5.1.2.

⁷⁵ Con excepción de arbitrajes en China bajo las reglas CIETAC, que otorgan una facultad investigativa al tribunal. Cf. artículo 37 del *Investigation by the Arbitral Tribunal* (1. *The arbitral tribunal may, on its own initiative, undertake investigations and collect evidence as it considers necessary.* 2. *When investigating and collecting evidence by itself, the arbitral tribunal shall promptly notify the parties to be present at such investigation if it considers it necessary. In the event that one or both parties fail to be present, the investigation and collection shall proceed without being affected.* 3. *The arbitral tribunal shall, through the Secretariat of the CIETAC, transmit the evidence collected by itself to the parties and afford them an opportunity to comment.*)

⁷⁶ El modelo de contrato para adquisiciones de plantas industriales llave en mano propuesto por la ICC prevé en su cláusula 36.1 donde apunta una opción “B” para cuando las partes no acuerdan un derecho aplicable. En esta opción “B” se señala que para las cuestiones relativas al contrato que no se encuentren previstas en el mismo será aplicable, en el siguiente orden: (a) los principios de derecho generalmente reconocidos en comercio internacional como aplicables a los contratos llave en mano; (b) la CISG; (c) los usos comerciales que resulten relevantes; (d) Los Principios sobre Contratos Comerciales Internacionales de UNIDROIT con exclusión de las cláusulas relativas a *hardship* y exclusión de normas nacionales. Véase ICC. *Model Contract Turnkey Supply of an Industrial Plant Contract*. ICC Publication Nº 653, 2003.

⁷⁷ Como suele ser el caso de varias estructuraciones financieras que no se limitan, pero sí incluyen planeaciones financieras que funcionan por el flujo de caja que genera el proyecto así como las que se encuentran garantizadas

Los libros de caballerías son unas narraciones en prosa, por lo común de gran extensión incluso en los títulos de sus capítulos, que relatan las aventuras de un hombre extraordinario, el caballero andante⁷⁸, quien vaga por el mundo luchando contra toda suerte de personas o monstruos, contra seres normales o mágicos, por unas tierras las más de las veces exóticas y fabulosas, o que al mando de poderosos ejércitos y escuadras derrota y vence a innúmeras fuerzas de paganos o de naciones extrañas. Es el caballero andante de los libros un ser de fuerza considerable, muchas veces portentosa e inverosímil, habilísimo en el manejo de las armas, incansable en la lucha y siempre dispuesto a acometer las empresas más peligrosas. Por lo común, lucha contra el mal —opresores de humildes, traidores, ladrones, déspotas, infieles, paganos, gigantes, dragones—, pero el afán por la acción, por la “aventura”, es para él una especie de necesidad vital. El constante luchar del caballero supone una serie ininterrumpida de sacrificios, trabajos y esfuerzos de incontables ordenes procesales y uno que otro laudo parcial, que son ofrecidos a una dama, con la finalidad de conseguir, conservar o acrecentar su amor. Obviamente, espero quede fielmente demostrado que esa “dama” no es la Aldonza Lorenzo o institución administradora de arbitrajes, sino LA JUSTICIA (como virtud) la verdadera Dulcinea del Arbitraje Internacional.

por la prenda sin transmisión de posesión con todas las modalidades que permita la creatividad de sus *sponsors* y cuyos contratos reciben el nombre y forma dependiendo de la estructura, finalidad, o modo de gestión. Que se resumen en las famosas fórmulas que fueron chivo expiatorio de la última crisis: ABS (*asset backed securities*), CDO (*collateralized mortgage obligation*), CLO (*Collateralized loan obligation*), REIT (*real estate investment trust*), que funcionan por su *net asset value* (NAV), *adjusted funds from operations* (AFFO) and *cash available for distribution* (CAD)/CMBS (*Commercial Mortgage Backed Securities*), que a final de cuentas pueden obedecer a un acuerdo maestro de MBO (*Management Buy Out*), LBO (*Leverage Buy Out*) o a un simple deseo del banco o inversionista participante a diversificar su riesgo en caso de que no le pague quien le dio el dinero. Obviamente para reducir todavía más el riesgo se forman paquetes de diversos grupos y así se integra un paquete mayor que permite nueva emisión de títulos valor... Sin embargo, reiteramos que no por mucha popularidad que tengan estas estructuras financieras de reducción de riesgo pueden considerarse por ello un “uso comercial”.

⁷⁸ Sobre esta analogía no pasa inadvertida a la autora la buena retórica del magnífico abogado peruano MacLean U., Roberto. “*Don Quijote de la Mancha*” y *el Impacto Económico de la Justicia*. Disponible en http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/tribuna/tr_20080616_34.pdf.