

El arbitraje internacional en el nuevo Reglamento de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires

por NATALIA M. CEBALLOS RÍOS

Sumario: A) EL MÉTODO PARA ELEGIR EL DERECHO APLICABLE, EN AUSENCIA DE ACUERDO. – B) LAS ESTIPULACIONES DEL CONTRATO Y LOS USOS Y COSTUMBRES MERCANTILES. – C) EL PROCEDIMIENTO PARA EL ARBITRAJE INTERNACIONAL Y LAS REGLAS DE LA IBA. – D) CONCLUSIÓN.

El recién actualizado Reglamento del Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires conserva un apartado dedicado al arbitraje internacional, como ya lo hacía su predecesor.

Esta referencia es indicativa de la firme disposición del Tribunal de Arbitraje General para ejercer su competencia no solo en la resolución de controversias de carácter exclusivamente nacional, sino también en aquellas de naturaleza internacional que involucran transacciones comerciales entre partes de distintos países. Esta actitud refleja el compromiso del Tribunal de adaptarse a la creciente complejidad y globalización de las relaciones comerciales, asegurando así una adecuada protección de los intereses en juego. Además, al establecer reglas específicas para casos transnacionales, el Tribunal busca garantizar la eficiencia y la equidad en la resolución de dichas disputas, reconociendo las particularidades y los desafíos inherentes a este tipo de procedimientos.

a) El método para elegir el derecho aplicable, en ausencia de acuerdo

En armonía con la práctica comúnmente aceptada en los procedimientos de arbitraje internacional, el reglamento concede a las partes la facultad de seleccionar el derecho aplicable a su controversia. En este contexto, en línea con las disposiciones de la ley 27.449, el nuevo reglamento del Tribunal establece que, en casos de arbitraje de derecho, el Tribunal estará obligado a seguir las normas jurídicas designadas por las partes. En ausencia de una elección expresa por parte de estas últimas, el Tribunal procederá a aplicar las reglas de derecho que, a su juicio, resulten más adecuadas y pertinentes para la resolución de la disputa en cuestión, conforme a los principios de equidad y justicia que rigen el arbitraje. Este enfoque refleja el compromiso del Tribunal con la protección de la autonomía de las partes y con la promoción de un proceso arbitral justo y eficaz, adaptado a las necesidades y circunstancias particulares de cada caso⁽¹⁾.

La introducción de esta disposición representa una innovación significativa en el nuevo reglamento, dado que contrasta con la fórmula predominante en el reglamento anterior. Según esta última, en ausencia de una designación expresa por parte de las partes respecto al derecho aplicable, la elección recaía en el Tribunal, el cual, no obstante, estaba obligado a seguir las reglas de conflicto de leyes para determinar la normativa jurídica pertinente. Esta modificación refleja una evolución en la concepción

del arbitraje y su enfoque hacia una mayor autonomía de las partes en la elección del derecho aplicable, al tiempo que confiere al Tribunal una mayor discrecionalidad para determinar la ley sustantiva que mejor se ajuste a las circunstancias del caso⁽²⁾.

La fórmula previa imponía restricciones a la facultad del Tribunal para seleccionar el derecho aplicable, pues no le permitía optar directamente por una normativa jurídica, sino que exigía el cumplimiento de las reglas de conflicto del derecho internacional privado como paso previo. Aunque el reglamento no lo aclaraba, era dable suponer que las normas de conflicto que aplicaría el Tribunal conforme el reglamento anterior eran las del derecho argentino. El nuevo reglamento, en su lugar, recoge la fórmula conocida como la *voie directe*⁽³⁾, que implica dejar a los árbitros el campo absolutamente libre a la hora de determinar el derecho de fondo aplicable, sin necesidad de pasar por las normas de reenvío de ningún derecho⁽⁴⁾; es decir, que los faculta a aplicar la norma material sin necesidad de individualizar previamente la regla de conflicto que conduzca a tal resultado⁽⁵⁾.

Esta es la fórmula que eligió el legislador argentino para el arbitraje comercial internacional (artículo 80)⁽⁶⁾, y que viene siendo prevaleciente en las modernas legislaciones y reglamentos: el Código Procesal Civil francés (artículo 1511), la Ley española de arbitraje de 2003 (artículo 34.2), la Ley peruana de arbitraje de 2008 (artículo 57.2), el Código Judicial belga (artículo 1710.2) o el Reglamento de Arbitraje de la CCI (artículo 21.1), por citar solamente algunos. Una de las principales razones que han inspirado la mudanza hacia la utilización de la vía directa es evitar las dificultades que se generan como consecuencia de las normas de conflicto, que puede llevar a errores que, a la postre, perjudican la validez o ejecutabilidad del laudo.

Más allá de alguna crítica a este sistema, motivada en la absoluta discrecionalidad que parece tener el Tribunal Arbitral⁽⁷⁾, lo cierto es que la vía directa como método de elección del derecho aplicable por parte de los árbitros es coherente con el propio sistema, porque de esa manera, el Tribunal Arbitral tiene la misma libertad de que gozaban las partes para establecer las normas de derecho aplicable.

El apego a la metodología (y a la terminología) de la ley 27.449 por parte del reglamento se advierte en dos referencias particulares: el reglamento alude a (i) “reglas de derecho”, y a (ii) “indicación de las partes”.

En el primer aspecto, la expresión “normas de derecho” que utiliza el reglamento es deliberadamente amplia y alineada con la mayor parte de las leyes y reglamentos: no se limita a “normas legales estatales vigentes”, sino que permite al Tribunal Arbitral optar por normas contenidas en un tratado, aunque no esté en vigor⁽⁸⁾, y aún normas no nacionales, como los principios del derecho internacio-

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *Orden público en el contrato de arbitraje del Código Civil y Comercial*, por PABLO A. PIROVANO, ED, 262-520; *Compétence-compétence y la remisión al arbitraje*, por FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSIO, ED, 263-701; *La sede del arbitraje*, por ROQUE J. CAIVANO, ED, 272-463; *El contrato de arbitraje en el Código Civil y Comercial*, por DANTE CRACOGNA, ED, 275-721; *Internacionalización subjetiva, deslocalización de la jurisdicción, y desnacionalización del derecho en la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI: las paradojas del sistema jurídico global*, por CRISTIAN GIMÉNEZ CORTE, ED, 276-577; *Observaciones preliminares a la ley argentina de Arbitraje Comercial Internacional 27.449 (primera parte)*, por ANTONIO BOGGIANO, ED, 279; *Observaciones preliminares a la ley argentina de Arbitraje Comercial Internacional 27.449 (segunda parte)*, por ANTONIO BOGGIANO, ED, 279; *Observaciones preliminares a la ley argentina de Arbitraje Comercial Internacional 27.449 (tercera parte)*, por ANTONIO BOGGIANO, ED, 279; *Ámbito de aplicación de la Ley de Arbitraje Comercial Internacional*, por MILTON C. FEUILLADE, ED, 300-1138; *El deber de revelar de los árbitros*, por ROQUE J. CAIVANO, ED, 302; *El acuerdo arbitral contenido en una estipulación a favor de terceros y el efecto negativo del principio kompetenz-kompetenz*, por ROQUE J. CAIVANO, ED, 302-141. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(1) Según el artículo 86, inc. a) del nuevo reglamento, “En el arbitraje de derecho, aplicará las normas jurídicas elegidas por las partes. Si éstas no indicaren la ley aplicable el Tribunal aplicará las reglas de derecho que estime apropiadas”.

(2) Según el artículo 68, inc. a) del reglamento anterior, “en el arbitraje de derecho, aplicará las normas jurídicas elegidas por las partes. Si éstas no indicaren la ley aplicable, se aplicará la que determinen las normas de conflictos de leyes”.

(3) Lalive, Pierre, “Les règles de conflit des lois appliquées au fond du litige par l’arbitre international siégeant en Suisse”, *Revue de l’arbitrage*, N° 3, 1976, pp. 156 y siguientes.

(4) Mayer, Pierre, “L’arbitre et la loi”, en *Le Droit Privé français à la fin du XXe siècle: Études offertes à Pierre Catalá*, ed. Litec, París, 2001, pp. 225 y siguientes.

(5) Vismara, Fabricio, “La actividad del árbitro en la determinación de las normas aplicables al mérito de la controversia”, *Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje*, N° 1, 2004, pp. 50 y siguientes.

(6) Caivano, Roque J. y Ceballos Ríos, Natalia M., *Tratado de Arbitraje Comercial Internacional Argentino*, ed. La Ley/Thomson Reuters, Buenos Aires, 2020, pp. 629 y siguientes.

(7) En rigor de verdad, la discrecionalidad se acota, en la medida que el Tribunal Arbitral debe motivar su decisión de aplicar un determinado derecho, lo que usualmente hará buscando algún punto relevante de conexión del caso con el derecho que escogió, y muchas veces ese punto de conexión lo llevará a aplicar las normas de conflicto, aunque no esté obligado a seguirlas.

(8) Holtzmann, Howard M. y Neuhaus, Joseph E., *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative history and commentary*, ed. Kluwer Law International, La Haya, 1989, p. 767.

nal⁽⁹⁾ o la *lex mercatoria*⁽¹⁰⁾. A modo de referencia acerca del sentido de esta expresión, la *Exposición de Motivos de la Ley española de arbitraje, N° 60/2003, expresa lo siguiente*: “[...] la ley prefiere la expresión ‘normas jurídicas aplicables’ a la de ‘derecho aplicable’, en la medida en que esta última parece englobar la exigencia de remisión a un concreto ordenamiento jurídico de un Estado, cuando en algunos casos lo que ha de aplicarse son normas de varios ordenamientos o reglas comunes del comercio internacional”.

En segundo lugar, la atribución del tribunal arbitral de elegir el derecho aplicable aparece siempre que no haya “indicación” de las partes. Lo que la regla exige para que el Tribunal Arbitral pueda ejercer su discrecionalidad no es la ausencia de acuerdo, sino la ausencia de “indicación”. Y hay en ello una sutil diferencia, porque, por supuesto, un acuerdo expreso de las partes es una “indicación”. Pero como ha sostenido la Corte Suprema del Reino Unido⁽¹¹⁾, cuando la ley se refiere a “ausencia de indicación” del derecho aplicable, está pensando en que no haya ningún elemento en el acuerdo de las partes que dé a entender cuál fue su intención respecto del derecho aplicable: “[...] la palabra ‘indicación’ significa que bastaría algo menos que un acuerdo expreso y específico”⁽¹²⁾.

b) Las estipulaciones del contrato y los usos y costumbres mercantiles

Con buen criterio, el nuevo reglamento mantiene la regla establecida en el anterior, según la cual “el Tribunal decidirá el litigio con arreglo a las estipulaciones del contrato, tendrá en cuenta los usos y costumbres mercantiles” (artículo 86). Regla que, además, está en línea con el artículo 82 de la ley 27.449.

Es dable llamar la atención a la terminología que utiliza el reglamento: la aplicación de las estipulaciones del contrato es terminante e imperativa (el Tribunal “decidirá” con arreglo a ellas); pero respecto de los usos y costumbres, “los tendrá en cuenta”.

El diferente grado de imperatividad es justificado. Lo que las partes pactaron es obligatorio para ellas, y para los árbitros, que no pueden omitir aplicar aquellas reglas que las propias partes crearon y a las cuales se sujetaron mediante el contrato. Tan es así que el Tribunal Arbitral debe aplicar los términos del contrato en primer lugar⁽¹³⁾. Respecto de los usos y costumbres, la expresión utilizada en el reglamento –coherente con la que emplea la legislación argentina– es más laxa, exigiendo al Tribunal que “los tenga en cuenta”, es decir, que solo les impone considerarlos, lo cual es consistente con las raíces históricas del arbitraje, en tanto –especialmente en contratos internacionales– la decisión no desatienda las expectativas y prácticas mercantiles⁽¹⁴⁾.

c) El procedimiento para el arbitraje internacional y las Reglas de la IBA

Otra de las innovaciones importantes del nuevo reglamento en relación con el arbitraje internacional es su artí-

(9) Marrella, Fabrizio, “Choice of law in third-millennium arbitrations: The relevance of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 36, 2003, pp. 1137 y siguientes.

(10) Moreno Rodríguez, José A., “Comentario al artículo 35”, en Perales Viscasillas, Pilar y Torterola, Ignacio (dirs.), *Nuevo Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI 2010. Anotado y Comentado*, ed. Legis Argentina, Buenos Aires, 2011, pp. 353 y siguientes.

(11) UK Supreme Court, 27/10/2021, “Kabab-Ji SAL v. Kout Food Group” [2021] UKSC 48.

(12) Para poner en su debido contexto la decisión, cabe aclarar que la Corte británica utilizó esta línea argumental para juzgar que, si bien las partes no habían pactado cuál era específicamente el derecho aplicable al acuerdo arbitral, el pacto de aquellas referido al derecho aplicable a todo el contrato “indicaba” que las partes habían querido que el acuerdo arbitral se rigiera por el mismo derecho aplicable al contrato. O sea, si se pactó un derecho como aplicable al contrato, existe una “indicación” sobre el derecho aplicable al acuerdo arbitral, que hace innecesario recurrir a la regla supletoria de la norma.

(13) Craig, William Laurence; Park, William W. y Paulsson, Jan, *International Chamber of Commerce arbitration*, ed. Oceana Publications, 3ª edición, Nueva York, 2000, p. 330.

(14) Moreno Rodríguez, José A., “La efectividad del arbitraje comercial internacional como mecanismo de solución de controversias”, *Revista Argentina de Arbitraje*, N° 1, octubre de 2017, IJ-CCCLXXXVI-879.

culo 87, que establece dos reglas de gran utilidad práctica: por un lado, dispone que en los arbitrajes internacionales el procedimiento será el previsto en el resto del reglamento; por el otro, prevé la potestad del Tribunal de recurrir a las reglas de la *International Bar Association* sobre práctica de la prueba.

En el primer aspecto, esta disposición clarifica el procedimiento a seguir en arbitrajes internacionales, aspecto que previamente no estaba contemplado en el reglamento. Y lo hace por directa remisión a las reglas generales. Lo que, en otras palabras, significa que el procedimiento será el mismo, sea el arbitraje doméstico o internacional. Más allá de que podrían haberse establecido algunas reglas de procedimiento diferenciales para los arbitrajes internacionales –y, a nuestro juicio, hubiese sido preferible–, lo que parece haber inspirado el “monismo” procesal es la consideración de que la modernización del procedimiento general –ciertamente pensado para arbitrajes domésticos, que constituye la mayoría de los casos que la Bolsa atiende– lo hace igualmente idóneo para ser aplicado a los internacionales.

En el segundo aspecto, se faculta al Tribunal a disponer, para la producción de los medios de prueba, la aplicación de las Reglas de la IBA. Como es de conocimiento general, las citadas Reglas, elaboradas por la *International Bar Association* en 1999 y actualizadas en 2010 y 2020, tienen como propósito proporcionar un procedimiento eficiente, económico y equitativo para la práctica de prueba en arbitrajes internacionales, y están diseñadas para complementar las disposiciones legales y las reglas institucionales, precisando de qué modo se puede incorporar evidencias al proceso arbitral. Y, como se ha señalado, hoy esas Reglas son de uso frecuente en arbitrajes internacionales, sea porque las partes directamente las pactan como aplicables, sea porque los árbitros las toman en cuenta como fundamento a la hora de tener que resolver alguna incidencia en materia probatoria. De esta manera, Reglas que en esencia forman parte del *soft law* y no revisten obligatoriedad legal o reglamentaria, han devenido en reglas de uso prácticamente inevitable, al constituir una referencia necesaria para atender los problemas que se suscitan en la etapa de producción de la prueba.

d) Conclusión

En síntesis, tras un análisis preliminar desde una perspectiva jurídica, el nuevo reglamento del Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa se destaca como altamente satisfactorio, especialmente en lo que respecta al ámbito del arbitraje internacional. Esto se evidencia en varios aspectos clave:

(i) En primer lugar, el reglamento ha incorporado disposiciones que fomentan la realización de arbitrajes internacionales en un entorno caracterizado por la certidumbre y la previsibilidad, aspectos fundamentales para garantizar la seguridad jurídica en este tipo de procesos.

(ii) Además, es importante resaltar que el reglamento ha logrado armonizar sus disposiciones con los preceptos establecidos en la Ley de Arbitraje Comercial Internacional argentina, la cual se considera un compendio de las mejores prácticas en la materia.

(iii) Esta convergencia normativa entre el reglamento del Tribunal y la ley 27.449 no solo fortalece la coherencia del sistema arbitral, sino que también promueve la confianza de las partes en el proceso, al proporcionar un marco legal claro y uniforme para la resolución de controversias internacionales.

En conjunto, estas medidas reflejan un avance significativo hacia la consolidación de un sistema arbitral moderno, transparente y efectivo en Argentina, lo que contribuye a la promoción de la seguridad jurídica y la confianza en la resolución de disputas comerciales a nivel nacional e internacional.

VOCES: ARBITRAJE - BOLSA DE COMERCIO - ARBITRAJE COMERCIAL - PROCESO ARBITRAL - ÁRBITROS - TRIBUNAL ARBITRAL - DERECHO CIVIL - DERECHO COMERCIAL - ACTOS DE COMERCIO - CONTRATOS - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - LEY APLICABLE - DERECHO INTERNACIONAL - DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO - TRATADOS Y CONVENIOS