

Twilight Issues (temas crepusculares) **en arbitraje institucional y *ad hoc***

2018 UP Guadalajara CISG & International Arbitration Conference

Cesar Pereira
cesar@justen.com.br



■ Algunos Ejemplos

Medidas Anti-suit	Renuncia al derecho de someterse al arbitraje	Medidas cautelares	lura novit curia	Interés
Cosa juzgada	Partes no signatarias	Sigilo y privilegio de comunicaciones	Leyes obligatorias de lugar (jurisdicción) no elegido	Costos
Efecto preclusivo (estoppel)	Prescripción y caducidad	Uso de secretarios de tribunales	Arbitrabilidad	Ética del árbitro y del abogado
Litispendencia	Excusas para no cumplir condiciones suspensivas	Financiación por terceros	Corrupción	Sanciones aplicables al abogado

■ Tendencia de solución (George Bermann): adopción de estándares internacionales

- a) ley del contrato (o la *lex causae* en general)
- b) ley aplicada por las cortes del lugar de la sede del arbitraje (no *lex arbitri*)
- c) ley del lugar de la probable ejecución (si es posible saberlo con anticipación)
- d) ley del estado que el tribunal, en su propio análisis de elección de ley aplicable, considera “más adecuada”
- e) **un “estándar internacional” (¿dónde está? ¿existe? ¿es aplicable? ¿cuál es el papel del tribunal en su desarrollo?)**
- f) ninguna ley o conjunto de normas en especial, simplemente el “buen arbitrio” de los árbitros

Ley aplicable al proceso o al fondo de la controversia: UNCITRAL y instituciones arbitrales

	UNCITRAL Ad hoc	ICC	CEA Madrid	CAM Madrid	CAC Lisboa	CEMARC Buenos Aires	CONACO México	CAM México	CCL Lima	CCS Santiago	CAM CCBC São Paulo
Ley de fondo que el tribunal estime apropiada	Green	Green	Green	Green	Green	Light Blue	Green	Green	Green	Green	Green
Tribunal tendrá en cuenta el uso mercantil aplicable al caso	Green	Green	Green	Green	Green	Light Blue	Green	Green	Green	Green	Light Blue
Normas del procedimiento que determine el tribunal	Light Blue	Green	Green	Green	Green	Audiencia para organización Tribunal decide si las partes no llegan a un acuerdo.	Light Blue	Green	Green	Green	Green
Reglas sobre la sujeción de terceros no signatarios	Light Blue	Light Blue	Light Blue	Light Blue	Light Blue	Green	Light Blue	Light Blue	Light Blue	Light Blue	Light Blue
Detalles sobre confidencialidad	Light Blue	Light Blue	Light Blue	Light Blue	Light Blue	Green	Light Blue	Light Blue	Green	Light Blue	Green
Motivos específicos para recusación del árbitro	Light Blue	Light Blue	Light Blue	Light Blue	Light Blue	Green	Light Blue	Light Blue	Light Blue	Light Blue	Green

- **Requisitos pre-arbitrales de admisibilidad o jurisdicción y efectos de su incumplimiento**
 - Cualificación como requisitos de admisibilidad o jurisdicción
 - Admisibilidad: cuestión de procedimiento
 - Revisión judicial “con deferencia”
 - Cuando someterse al arbitraje
 - Jurisdicción: cuestión de consentimiento
 - Revisión judicial “de novo”
 - Si se podría someterse al arbitraje
 - ¿Qué reglas se podría adoptar para resolver la cuestión?
 - Ejemplo: BG v. Argentina (normas de derecho contractual norteamericano)

■ Arbitraje institucional y jurisprudencia arbitral

ICC Case 14208/14236

Laudo Parcial

Junio 2008

*“387. Professor [B] affirms in various parts of his two expert reports that ‘[f]aced with **questions related to non-signatories**, arbitral tribunals often look to ‘transnational norms’ to decide whether joinder of a non-signatory might be appropriate. Largely fact-based and derived from common sense, these norms draw their content and value from decisions in a wide range of national courts and arbitral proceedings. **These decisions can constitute an emerging corpus of principles that address circumstances under which an arbitration clause might be extended to a non-signatory**’. He therefore concludes that ‘[i]n determining whether [the Parent Company] consent to arbitrate, an Arbitral Tribunal should (and normally would) apply principally transnational norms, rather than [the principles of relevant national laws]”.*

■ Arbitraje institucional y jurisprudencia arbitral

ICC Case 4131/1984

23 Septiembre 1982

Dow Chemical (Francia), Dow Chemical Co. (EEUU), Dow Chemical AG (Suiza) y Dow Chemical Europa (Suíza) v. Iover Saint Gobain (Francia)

*“Considering that ICC arbitral tribunals have already pronounced themselves to this effect (see the awards in [Case No. 2375 of 1975, Journal du droit international 1976.973](#) ; and in [Case No. 1434 of 1975, id at 978](#)).
The decisions of these tribunals progressively create case law which should be taken into account, because it draws conclusions from economic reality and conforms to the needs of international commerce, to which rules specific to international arbitration, themselves successively elaborated should respond”*

■ Arbitraje institucional y jurisprudencia arbitral

Z Sarl v. XSAL, YSAL y A
Corte Federal de Lausanne
16 Octubre 2013

In the decision, when discussing the scope of the arbitration agreement *ratione personae*, the majority of the Arbitral Tribunal **considered the current tendency as illustrated by the French court practice** (*Municipalité de Khoms el Mergeb v. Société Dalico*, 20 December 1993) **which bases an extension of the arbitration agreement to a non-signatory on international trade usages which are to be taken into account by virtue of Article 17 of ICC Rules. Decisions:** *Menicucci v. Mahieux* (13 December 1975); *Coumet et Ducler v. Polar-Rakennusos a Keythio* (8 March 1990); *Municipalité de Khoms El Mergeb v. Dalico* (20 December 1993).

■ Conclusión

- a) Sistematización necesaria de los *temas crepusculares*
- b) Papel de las instituciones arbitrales
 - a) Garantizar el cumplimiento de la elección de la ley o sistema de normas aplicable al procedimiento o al fondo
 - b) Constituir un cuerpo de laudos parciales o finales de Tribunales distintos a partir de lo que se pueda formar una jurisprudencia específica sobre los temas
- c) Límites a la relevancia del papel de las instituciones arbitrales en la solución concreta de *Twilight Issues* por los árbitros