



Detalles sobre la publicación, incluyendo instrucciones para autores e información para los usuarios en: <https://desafiosjuridicos.uanl.mx/index.php/ds>

Edwin Horacio Gracia Elizondo (Poder Judicial de la Federación, México) y **Aram Mario González Ramírez** (Universidad Autónoma de Nuevo León).

Insolvencia financiera: una denegación al acceso de la justicia arbitral internacional. pp. 128-141. Fecha de publicación en línea: 31 de enero de 2024.

Publicado en *Desafíos Jurídicos La Conjugación del Derecho*. Todos los derechos reservados. Permisos y comentarios, por favor escribir al correo electrónico: desafiosjuridicos@uanl.mx

Desafíos Jurídicos Vol. 4, Núm. 6, Enero-Junio 2024, es una publicación semestral editada por la Universidad Autónoma de Nuevo León, a través de la Facultad de Derecho y Criminología. Dirección de la publicación: Av. Universidad s/n Cd. Universitaria C.P. 66451, San Nicolás de los Garza, Nuevo León, México. desafiosjuridicos.uanl.mx, desafiosjuridicos@uanl.mx. Editora responsable: Dra. Amalia Guillén Gaytán, Facultad de Derecho y Criminología. Reserva de Derechos al Uso Exclusivo núm. 04-2022-041510211500-102. ISSN 2954-453X,

ambos otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Responsable de la última actualización: Dr. Paris Alejandro Cabello Tijerina, Facultad de Derecho y Criminología, Av. Universidad s/n, Cd. Universitaria, C.P., 66451, San Nicolás de los Garza, Nuevo León, México.

Las opiniones expresadas por los autores no reflejan la postura del editor de la revista Desafíos Jurídicos. Todos los artículos son de creación original del autor, por lo que esta revista se deslinda de cualquier situación legal derivada por plagios, copias parciales o totales de otros artículos ya publicados y la responsabilidad legal recaerá directamente en el autor del artículo. Se autoriza compartir, copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato; y de remezclar, transformar y construir a partir del material, citando siempre la fuente completa.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional.

DIRECTORIO INSTITUCIONAL

RECTOR: DR. MED. SANTOS GUZMÁN LÓPEZ

SECRETARIO GENERAL: DR. JUAN PAURA GARCÍA

DIRECTOR DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGIA: DR. MARIO ALBERTO GARZA CASTILLO

REVISTA DESAFÍOS JURÍDICOS

DIRECTORA: Dra. Amalia Guillén Gaytán

COORDINADOR: Dr. Mario Alberto García Martínez

COORDINADORA DEL NÚMERO: Dra. Karina Soto Canales

COORDINADORA EDITORIAL: Mtra. Angélica Rubí Rodríguez Aguirre

ASISTENTE EDITORIAL: Rostam Badii Guillén

ADMINISTRACIÓN DEL SITIO WEB: M.A. Daniel Vázquez Azamar

EDICIÓN TEXTUAL Y CORRECCIÓN DE ESTILO: Mtra. María Alejandra Villagómez Sánchez

REDACCIÓN: Rosa María Elizondo Martínez

ILUSTRACIÓN DIGITAL DE LA PORTADA: M.A. Daniel Vázquez Azamar “Ius Celebrans” © 2024

Insolvencia financiera: una denegación al acceso de la justicia arbitral internacional

Financial insolvency: a denial of access to international arbitral justice.

Fecha de publicación en línea: 31 de enero de 2024

Por: Edwin Horacio Gracia Elizondo* y
Aram Mario González Ramírez**

* <https://orcid.org/0000-0002-3882-0341>

Poder Judicial de la Federación, México

** Universidad Autónoma de Nuevo León

Resumen. Una de las opciones más recurribles para la solución de conflictos transnacionales es sin duda el arbitraje, el cual ha beneficiado a personas jurídicas para dirimir controversias de forma eficiente, siempre que no se presenten obstáculos para acceder a dicho método, pues se han registrado casos en que –aunque pareciera que esto no representa obstáculo alguno para los comercios internacionales–, la insolvencia económica ha obstruido que las partes puedan acceder al arbitraje internacional, lo que no es ninguna coincidencia si consideramos los altos costes de las instituciones arbitrales, y las diversas situaciones que pueden presentar las partes antes y/o después de pactar la cláusula arbitral. Tal es el caso cuando, ya sea por vicio en el consentimiento, aceptas dicha cláusula estando a todas luces fuera de tu alcance financiero, o; cuando una de las partes sufre un cambio en su situación económica después de convenir la cláusula arbitral. Situación que puede traducirse como una denegación de justicia arbitral, en la medida que, por una parte, al tratarse de una cláusula contractual compromisoria, bajo el principio de buena fe, esta debe ser cumplida y respetada por las partes; por otra, atendiendo el principio kompetenz-kompetenz, al menos en su aspecto negativo, las controversias derivadas de un contrato –incluso, bajo ciertos supuestos, fuera de este–, no pueden ser objeto de estudio de los órganos jurisdiccionales en tanto las partes hayan decidido por sí, resolverlas por medio del arbitraje, y; no menos importante, que el hecho de remitirse a las normas del derecho estatal en materia de contratos para invalidar sustancialmente la cláusula compromisoria invade la autonomía arbitral, en virtud del carácter anacional del arbitraje.

* Estudiante del Doctorado en Derecho con orientación en Derecho Procesal de la Universidad Autónoma de Nuevo León, trabaja actualmente en el Poder Judicial de la Federación.

** Director General del Colegio de Estudios Científicos y Tecnológicos del Estado de Nuevo León, catedrático de la Universidad Autónoma de Nuevo León y estudiante del Doctorado en Ciencias Políticas en la misma institución.

Palabras clave: arbitraje internacional – insolvencia financiera – vicio en el consentimiento – suspensión del convenio arbitral – autonomía – separabilidad.

Abstract. One of the most applicable options for resolving transnational conflicts is undoubtedly arbitration, which has benefited legal entities to resolve disputes efficiently, provided that there are no obstacles to accessing said method, since they have been registered. cases in which – although it seems that this does not represent any obstacle to international trade – economic insolvency has obstructed the parties from accessing international arbitration, which is no coincidence if we consider the high costs of arbitration institutions, and the various situations that the parties may present before and/or after agreeing on the arbitration clause. Such is the case when, either due to a defect in the consent, you accept said clause being clearly out of your financial reach, or; when one of the parties suffers a change in their economic situation after agreeing to the arbitration clause. Situation that can be translated as a denial of arbitral justice, to the extent that, on the one hand, since it is an arbitration clause, under the principle of good faith, it must be complied with and respected by the parties; On the other hand, taking into account the kompetenz-kompetenz principle, at least in its negative aspect, disputes arising from a contract – even, under certain assumptions, outside of it – cannot be the subject of study by the jurisdictional bodies as long as the parties have decided by itself, resolve them through arbitration, and; No less important is that the fact of referring to the rules of state law on contracts to substantially invalidate the arbitration clause invades arbitral autonomy, by virtue of the non-national nature of arbitration.

Keywords: international arbitration – financial insolvency – defect in consent – suspension of the arbitration agreement – autonomy – separability.

1. INTRODUCCIÓN

Uno de los fundamentos del arbitraje se basa en una propuesta más eficiente para la solución de conflictos. En el comercio internacional, es una forma de resolver controversias transnacionales de forma pacífica y amigable, acordando someter su diferencia a una persona o grupo de personas, y cuya decisión será obligatoria para los contendientes (Adriano, 2010).

Sin embargo, la práctica ha demostrado que no siempre se logra esta eficiencia que carac-

teriza al arbitraje frente al método tradicional de solución de conflictos, es decir, el jurisdiccional.

Desde luego, cada vez son más frecuentes las diversas situaciones particulares de cada caso que obstaculizan el eficiente empleo del mecanismo de solución que nos ocupa, lo que ha impedido que las partes puedan acceder sin restricción alguna a una justicia pronta.

En la presente investigación, se estudiará una de las problemáticas que se ha presentado

cada vez más recurrente en la práctica del arbitraje internacional, esto es, la insolvencia económica de las partes para someterse a una institución arbitral o arbitraje ad hoc.

Prima facie, pareciera que la insolvencia financiera no constituye, desde la óptica en que lo queremos visualizar, una problemática para el comercio de índole internacional, considerando que, por lo general, quienes pueden acceder a este tipo de comercio, regularmente y por las magnitudes del acto, son personas físicas o morales con capacidad económica, sin embargo, partiendo de los altos costes que el mecanismo representa y las diversas situaciones que antes y después de convenir un acuerdo arbitral eventualmente pueden presentarse a las partes¹, se abre la posibilidad que la insolvencia económica funja como impedimento para que las partes puedan someterse a un arbitraje internacional.

Esto, sin duda, conlleva a una denegación de justicia a la parte que se encuentre en dicho supuesto, en tanto que, por una parte, al tratarse de una cláusula contractual compromisoria, bajo el principio de buena fe, esta debe ser cumplida y respetada por las partes; por otra, atendiendo el principio *kompetenz-kompetenz*, al menos en su aspecto negativo, las controversias derivadas de un contrato –incluso, bajo ciertos supuestos, fuera de este–, no pueden

1 Aunque más adelante veremos casos reales, por mencionar algunos ejemplos, se encuentra el supuesto en el que ya sea por vicio en el consentimiento, aceptas la cláusula arbitral, cuando este se encuentra a todas luces fuera de tu alcance financiero, o bien, cuando, una de las partes sufre un cambio en su situación económica, lo cual quedará de manifiesto en esta obra a través de casos reales.

ser objeto de estudio de los órganos jurisdiccionales en tanto las partes hayan decidido por sí, resolverlas por medio del arbitraje, y; no menos importante, que el hecho de remitirse a las normas del derecho estatal en materia de contratos para invalidar sustancialmente la cláusula compromisoria para acceder a la vía jurisdiccional, invade la autonomía arbitral, en virtud del carácter anacional del arbitraje.

En el presente estudio se propone una alternativa a esta problemática a la que las partes contractuales pueden optar en el supuesto de encontrarse en una situación de insolvencia financiera, sin que se vea afectado esta serie de principios arbitrales, así como la previsibilidad y seguridad jurídica de las partes para dirimir sus eventuales conflictos de comercio internacional a través del arbitraje.

2. METODOLOGÍA APLICADA

El planteamiento del problema se traduce en el denegado acceso a la justicia en los procedimientos arbitrales con motivo de insolvencia financiera de las partes.

La justificación de este estudio se basa en esa denegación de justicia que la problemática presenta en perjuicio de las partes, en la medida que bajo el principio *kompetenz-kompetenz*, en su sentido negativo (Caivano & Ríos, 2020), las controversias suscitadas no pueden ser objeto de estudio de los órganos jurisdiccionales en tanto las partes decidan resolver las mismas por ese medio; que el arbitraje como tal deriva de una cláusula compromisoria dentro de un contrato que al tenor del principio de buena fe, las partes deben cumplir y respetar; y que dado el principio de auto-

nomía arbitral, no puede invocarse el derecho contractual estatal para invalidar la cláusula compromisoria con la finalidad de acceder a la vía jurisdiccional, en virtud al carácter anacional del arbitraje.

Como hipótesis se tiene que la invalidez de las cláusulas arbitrales con motivo de vicio en el consentimiento de los pactantes respecto la cláusula compromisoria a raíz de una insolvencia financiera, previo test de racionalidad que eviten deliberadas suspensiones de cláusulas arbitrales, permite que las partes puedan acceder a una justicia pronta a través de diversos métodos de solución de conflictos.

Se analizarán cualitativamente las opiniones de diversos autores con respecto a la discusión y cuantitativamente se presentan los costes y porcentajes que representan los procedimientos arbitrales que ponen de manifiesto la dificultad, para ciertos grupos de personas, para acceder a este tipo de mecanismos.

3. BREVE INTRODUCCIÓN AL ARBITRAJE INTERNACIONAL

Un antecedente histórico del arbitraje internacional se dio a finales del siglo XVIII, a través del Tratado Jay, celebrado el 19 de noviembre de 1794, entre Estados Unidos de América y Gran Bretaña; otro gran antecedente se dio en la Primera Conferencia de La Haya en 1907, que culmina como un, si no es que el más, importante paso de la evolución del Arbitraje, al establecerse la Corte Permanente de Arbitraje (Adriano, 2010).

El arbitraje internacional es considerado como un método por el cual las partes, en una disputa transnacional, convienen someter sus

diferencias a un árbitro o tribunal de árbitros constituidos para que éstos, a su vez, resuelvan la controversia a partir de las legislaciones territoriales aplicables que las partes especifiquen, cuya decisión será obligatoria para los contendientes.

Lleva por objeto el arreglo de las disputas entre personas incluso estados como entidades soberanas mediante árbitros designados libremente por las partes y sobre la base del respeto a las instituciones jurídicas según la ley aplicable convenida.

Su justificación deviene, en la mayoría de los casos, de una cláusula compromisoria establecida en los contratos internacionales, de manera tal que para que el arbitraje se pueda llevar a cabo para resolver una controversia se requieren al menos los siguientes presupuestos:

- a) La existencia de un contrato.
- b) La inclusión de una cláusula compromisoria dentro del contrato.
- c) Un compromiso arbitral.
- d) Un acuerdo arbitral.

Elvia Quintana, hace la distinción entre la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral, en el sentido que la primera mencionada se identifica como aquel apartado dentro del contrato en el que las partes estipulan que en caso de surgir una contienda jurídica entre ellas se someterán para su arreglo a un arbitraje, mientras que la segunda como el acuerdo pactado entre las partes, una vez que ya se suscitó la controversia jurídica, para que sea dirimida a través del arbitraje; es decir, el compromiso arbitral se conviene después de planteado el pleito (Adriano, 2010).

Mientras que, por acuerdo arbitral, podemos entender que es aquel acuerdo de voluntades entre las partes y el o los árbitros designados, en el que se establece las obligaciones y derechos de estos, así como el procedimiento a seguir, por citar un ejemplo, el plazo para resolver; los honorarios que se deberán cubrir, entre otros aspectos.²

Para Carlos Matheus, el convenio arbitral contenido en un contrato no es sólo una cláusula más de éste³, más bien, detecta al interior de un mismo instrumento una dualidad de negocios jurídicos, cuya duración puede diferir, que su carácter ejecutorio es propio, que la ineficacia de uno no afecta necesariamente al

otro, y que cada uno constituye un todo suficiente en sí mismo (López, 2021).

De lo anterior se puede distinguir el principio de separabilidad que “*opera mediante la creación de una presunción que confiere una especie de status a la cláusula arbitral frente al contrato circundante. De acuerdo con esta presunción, las partes tuvieron la intención de que la cláusula arbitral esté separada del contrato respecto del cual ésta se aplica*” (Lando, 2013).

Según Emilia Onyema, esta doctrina fue formulada para asegurar que allí donde exista algún factor capaz de afectar o viciar el contrato principal o primario en el cual la cláusula arbitral está contenida, el mismo no afectará o viciará la cláusula arbitral salvo cuando éste afecte directamente a esta última (Onyema, 2009).

De tal forma, que la cláusula arbitral puede ser invocada, conforme la voluntad de las partes, para jugar un rol determinante en el pronunciamiento de la validez o nulidad del contrato principal, lo que resulta obvio si las partes comúnmente prevén someter al arbitraje, el conjunto de las controversias que puedan surgir de un contrato, entre ellas, la nulidad de este.

Pero ¿qué pasa si la cláusula compromisoria arbitral es inválida formal o sustancialmente?, esta determinación sin duda importa a los árbitros a la hora de decidir sobre su propia competencia, como a los jueces que deben analizar excepciones de arbitraje o supuestos de nulidad o reconocimiento de un laudo (Lorenzo, 2020).

² El artículo II.1 de la Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, define el acuerdo arbitral como el “*acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje*”.

³ De hecho, comparte el análisis de Samuel, Adam “Separability of Arbitration Clauses - Some Awkward Questions About the Law on Contracts, Conflict of Laws and Administration Justice” en The Arbitration and Dispute Resolution Law Journal, N° 36, Essex, 2000, pág. 1, en donde establece que “[Sin importar] Cualquier posición doctrinal que se tome en esta materia, la cláusula de arbitraje no es un término típico del contrato. Prevé el establecimiento de los derechos proporcionados por el resto del acuerdo y típicamente de algo más allá de su alcance. Así, utilizando la famosa clasificación de Lord Diplock, ésta no es ciertamente una creadora de obligaciones primarias. Hablando en sentido estricto no contiene deberes secundarios. Contiene las promesas referentes a ambos tipos de obligaciones y sobre todo de su ejecución. Podríamos llamarla una obligación terciaria”.

Generalmente, los sistemas jurídicos no contemplan normas específicas sobre la validez sustancial de la cláusula compromisoria arbitral, por lo que se remiten a las normas de conflictos generales en materia de contratos, involucrando el principio de autonomía de la cláusula compromisoria, pues conviene decir, que el acuerdo de arbitraje constituye un negocio autónomo.

Además del principio de separabilidad, la autonomía de la cláusula arbitral contiene un segundo aspecto que predica la independencia de la cláusula compromisoria o del acuerdo arbitral, de cualquier derecho estatal, en virtud del carácter anacional del arbitraje (Lorenzo, 2020).

Este postulado tuvo lugar en la sentencia de 4 de julio de 1972 emitida por la Cour de Cassation francesa, en el caso Hetch, y tomó relevancia en la diversa de 20 de diciembre de 1993 emitida por el mismo tribunal, en el caso Dalico. En la última mencionada, la corte de casación francesa observa al principio de separabilidad de la cláusula arbitral, como un principio del derecho internacional del arbitraje no necesariamente del francés, afirmando que la validez y eficacia de la cláusula no puede ser sometida a ningún derecho estatal, sino que debe apelar a la voluntad de las partes.

La jurisprudencia francesa⁴ ocurre a un criterio material para la determinación de la validez sustancial de la cláusula arbitral, siendo partidaria de no someter esta cuestión a ninguna ley nacional sino a la aplicación de los criterios materiales fundamentados en el principio

⁴ Sentencias de 4 de julio de 1972 y 20 de diciembre de 1993 de la Cour de Cassation (Francia) en los asuntos Hetch y Dalico, respectivamente.

de buena fe o en una corrección de la validez sobre la base del principio contra proferentem (Lorenzo, 2020).

Sin embargo, detrás de la cortina de anacionalidad de la cláusula compromisoria arbitral derivada de la jurisprudencia francesa para prohibir la aplicación de legislaciones estatales, se encontraba la aplicación de los criterios de validez de las cláusulas arbitrales conforme su propio derecho francés en materia de arbitraje internacional⁵.

En efecto, al inclinarse por la anacionalidad de la cláusula compromisoria y excluir las leyes estatales en torno a su validez, pareciera que conllevaría que la cláusula siempre fuera válida, puesto que ninguna ley podría señalar su nulidad, al menos no una estatal; sin embargo optan por aplicar sus propios criterios de validez de la cláusula arbitral al constituir normas de carácter internacional⁶, cuyas normas son partidarias

⁵ Así se argumentó en la sentencia de 7 de julio de 2006 emitida por la Cour de Cassation (Francia) en el asunto Jules Verne, en la que se estableció: *“le principe de validité de la convention d’arbitrage international et celui selon lequel il appartient à l’arbitre de statuer sur sa propre compétence sont des règles matérielles du droit français de l’arbitrage international, qui consacrent, d’une part, la licéité de la clause d’arbitrage indépendamment de toute référence à une loi étatique”* (El principio de validez del acuerdo de arbitraje internacional y el principio de que corresponde al árbitro pronunciarse sobre su propia competencia son normas sustantivas del derecho francés de arbitraje internacional, que consagran, por una parte, la legalidad de la cláusula compromisoria con independencia de toda referencia a una ley estatal).

⁶ De hecho, en el ACTE UNIFORME SUR LE DROIT DE L’ARBITRAGE DANS LE CADRE DU TRAITÉ DE L’OHADA (acta uniforme sobre el derecho de arbitraje en el marco del Tratado

de admitir la validez de la cláusula salvo por motivos estrictos de orden público internacional⁷.

Dejando de lado la jurisprudencia francesa, la doctrina, a partir de diversos estudios de casos específicos⁸, ha detectado que, para que una cláusula compromisoria arbitral, cuente con validez sustancial, deberán considerarse los siguientes aspectos:

- a) La capacidad de personas físicas y jurídicas para celebrar un acuerdo de arbitraje.
- b) Si una cláusula compromisoria fue o no negociada individualmente.
- c) Vicios en el consentimiento.
- d) Si es una cláusula patológica por insufi-

ciencia o indeterminación del objeto.

e) Si el objeto es lícito o arbitrable: *arbitrabilidad*.

f) Los límites procesales a la invocación de la validez o nulidad del acuerdo arbitral: principio *estoppel arbitral*.

Es precisamente en el vicio en el consentimiento que subyace la insolvencia económica como una posible forma de invalidez sustancial de la cláusula arbitral ya sea por error, dolo o violencia, en su suscripción, incluso posterior a ella, de no verlo bajo esta perspectiva, implicaría que cuando se presentara una situación de dicha índole se denegara justicia al no poder acceder al arbitraje pactado ni reclamar la cláusula compromisoria bajo el principio de autonomía de la cláusula arbitral y el principio *kompetenz-kompetenz* en su sentido negativo.

4. ACERCAMIENTO A LA REALIDAD: COSTOS DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL

Diversas instituciones arbitrales publicaron resúmenes estadísticos sobre los costos del arbitraje. Estas instituciones son la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (“AICV”) (datos de 3 noviembre 2015)⁹, El Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (“SCC”) (datos de 24 febrero 2016)¹⁰, el Centro de Arbitraje Internacional de Singapur (“SIAC”) (datos de 10 octubre 2016)¹¹, el Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong. (“HKIAC”) (datos del 15 diciembre 2016)¹². A

OHADA), en su artículo 4°, se establece: “La convention d’arbitrage est indépendante du contrat principal. Sa validité n’est pas affectée par la nullité de ce contrat et elle est appréciée d’après la commune volonté des parties, sans référence nécessaire à un droit étatique” (El acuerdo de arbitraje es independiente del contrato principal. Su validez no se verá afectada por la nulidad del presente contrato y se evalúa de acuerdo con la voluntad común de las partes, sin ninguna referencia necesaria a una ley estatal. Las partes siempre tienen derecho, de mutuo acuerdo, a recurrir a un acuerdo de arbitraje, aun cuando un ya se han iniciado procedimientos en otra jurisdicción).

⁷ Incluso, fue materia de análisis en la sentencia de 30 de marzo de 2004, de la Cour de Cassation (Francia), el supuesto de hecho en el que las partes hayan convenido una ley estatal aplicable a la cláusula compromisoria, lo cual, como refiere Sixto Sánchez, resulta extraño, pues si la aproximación material se basa en el respeto a la autonomía de la voluntad de las partes, es difícil no reconocer el derecho de las partes a auto-limitar o regular su voluntad sometiendo la propia validez de la cláusula compromisoria a la ley estatal que estimen pertinente.

⁸ Sobre estos aspectos se efectúa un análisis minucioso en la obra denominada EL ACUERDO DE ARBITRAJE: VALIDEZ FORMAL Y SUSTANCIAL, de Sixto A. Sánchez Lorenzo, referenciada en el presente trabajo.

⁹ <https://icia.org/>

¹⁰ <https://sccarbitrationinstitute.se/>

¹¹ <https://siac.org.sg/>

¹² <https://hkiac.org/>

Comparación de tarifas de administración

Institución Arbitral	Tasas de administración promedio para todos los tribunales	Tasas de administración promedio para el tribunal de árbitro único	Tasas de administración promedio para un tribunal de tres miembros
SIAC	Dólar estadounidense 5,853	Dólar estadounidense 5,836	Dólar estadounidense 6,723
HKIAC	Dólar estadounidense 9,281.49	No disponible	No disponible
AICV	No disponible	No disponible	No disponible
SCC	No disponible	Aproximadamente Dólar estadounidense 6,924.12	Aproximadamente Dólar estadounidense 21,144.43

Comparación de los honorarios del tribunal

Institución Arbitral	Tasas de tribunal promedio para todos los tribunales	Tasas de tribunal mediano para tribunal de árbitro único	Tasas de tribunal mediano para tribunal de tres miembros
SIAC	Dólar estadounidense 26,852	Dólar estadounidense 22,449	Dólar estadounidense 70,904
HKIAC	Dólar estadounidense 19,587.63	No disponible	No disponible
AICV	No disponible	No disponible	No disponible
SCC	No disponible	Aproximadamente USD 18,172.02	Aproximadamente USD 133,349.64



continuación se presentan las siguientes tablas con los datos arrojados¹³:

5. LA INCAPACIDAD FINANCIERA: UN PROBLEMA PRAGMÁTICO.

5.1 Caso Heller

David Heller, prestó servicios de *delivery* en Toronto utilizando la conocida plataforma denominada “Uber”. Para tal efecto, aceptó los términos y condiciones contenidos en un acuerdo de la citada empresa. Conforme a este acuerdo, Heller tendría que solucionar cualquier conflicto con Uber, a través de una mediación y un arbitraje en los Países Bajos. Cabe señalar que los mencionados métodos de solución de conflictos requerían un pago anticipado por cuotas administrativas que ascendían a la cantidad de \$14,500 dólares de los Estados Unidos, más costas legales y otras cuotas de participación. En este contexto, los costos del arbitraje representaban la mayor parte de los ingresos anuales de Heller como conductor (Villanueva, 2023).

El punto toral para analizar era la invalidez de la cláusula arbitral a raíz de la insolvencia económica del señor Heller para someterse a los referidos métodos de conciliación. Al respecto, la Suprema Corte de Canadá, en la sentencia emitida el 26 de junio de 2020, resolvió por mayoría la disputa.

En la votación mayoritaria los ministros, partiendo de la premisa de la doctrina de “un-

conscionability”, vieron esta circunstancia de insolvencia como un vicio en el consentimiento. Exclamando que en el caso existió una desigualdad y una desproporción entre Uber y el señor Heller y por tanto, debía ser inválida la cláusula arbitral (Villanueva, 2023).

Uno de los votos disidentes, exclamó que esta circunstancia debía analizarse desde la óptica de un denegado acceso a la justicia y, por tanto, debería considerarse el caso de orden público (no arbitrabilidad) (Villanueva, 2023).

5.2 Caso David Guetta

Delfuego Booking S.L., el 27 de abril de 2018, firmó un contrato con los agentes del DJ David Pierre Guetta, cuyo objeto era prestar sus servicios, y, por ende, la actuación del artista en España.

En la condición adicional número 18 del contrato, inherente a la ley y jurisdicción aplicable, se indica que la ley aplicable al contrato será la de Inglaterra y Gales, y que cualquier disputa se resolverá mediante arbitraje con Sede en Londres, siendo el idioma que emplear el inglés (sin que se aportaran más especificaciones relativas al arbitraje).

Se da el caso que el artista no compareció a la actuación contratada y Delfuego Booking S.L. entiende que el convenio arbitral en cuestión le causaría graves perjuicios, para ello se apoyó en dos razones: la primera, la incertidumbre de la cláusula pues no se indica árbitro ni colegio o administrador ni reglamentación bajo la que el arbitraje se desarrollaría, lo que impactaría en una enorme dilación en la propia y simple constitución del arbitraje; la segunda,

¹³ La tabla comparativa a continuación, está visible en el sitio web www.international-arbitration-attorney.com/es/

los costes de administración de arbitraje, honorarios de árbitros y letrados especializados con sede en Londres serían inasumible por la masa del concurso (Melón, 2020).

El Juez de lo Mercantil de Santander, en la sentencia emitida en fecha 30 de septiembre de 2019, comparó el tiempo y los costes estimados del arbitraje con los tiempos y costes estimados del procedimiento judicial que resultaría aplicable en ausencia de convenio arbitral. De esta comparación concluyó que el arbitraje no supondría un ahorro de tiempo (por la concreción de la cláusula arbitral) y, en cambio, el arbitraje en Londres sería mucho más caro que litigar ante los tribunales ordinarios competentes en ausencia de convenio arbitral.

6. SUSPENSIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL. UNA MANERA DE COMBATIR LA PROBLEMÁTICA

En el arbitraje internacional, la invalidez sustancial o suspensión de una cláusula arbitral tiene mayor impacto que en el arbitraje local. Las cláusulas arbitrales tienen una función de suma importancia en el comercio internacional, esto es, traer seguridad jurídica a las partes. La declaratoria de invalidez o suspensión obstaculiza la previsibilidad y seguridad jurídica que el arbitraje proporciona en el comercio internacional y obliga a plantear la disputa al conocimiento de tribunales que las partes quisieron descartar por razones legítimas (Virgós, 2021).

Sin embargo, hay dos excepciones que la doctrina ve justificables para suspender o invalidar una cláusula arbitral, incluso en casos internacionales, la primera, a falta de recursos

para financiar el arbitraje y la segunda la evitación de decisiones inconciliables, mientras que la legislación internacional impugna una tercera excepción que se presenta cuando se comete fraude. En el caso, nos ocuparemos de la primera mencionada que conforma la presente investigación.

La falta de recursos para financiar el arbitraje –impecuniosidad (Aguilar, 2018)–, se presenta cuando una de las partes carezca de recursos para financiar el arbitraje. Esta falta de recursos para financiar el arbitraje es el argumento que sirvió de base a la ya mencionada sentencia del juez de lo mercantil de Santander de 30 de septiembre de 2019.¹⁴

En este supuesto, la parte insolvente se sitúa ante una situación de desamparo: no tiene acceso a la tutela judicial porque ha elegido la vía arbitral, pero esta vía le está cerrada porque no puede financiarla dado que se encuentra en un estado de insolvencia.

Ninguna legislación aborda textualmente esta circunstancia (qué hacer cuando la parte que necesita la tutela arbitral no puede financiarla). En una perspectiva comparada el catedrático Miguel Virgós, sugiere tres vías distintas de solución ante la problemática.

La primera, tiene apoyo del artículo II.3 del Convenio de Nueva York de 1958 (“CNY”), que establece que:

“El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente

¹⁴ Caso David Guetta.

artículo remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable”

Los casos típicos de aplicación de esta norma son aquellos en que circunstancias externas intervienen que impiden poner en práctica el arbitraje acordado. Pero nada impide entender que la falta demostrada de recursos, la incapacidad económica sobrevenida, pueda ser también una de esas razones (Virgós, 2021).

La segunda, se trata de un principio general, la buena fe, que obliga a cada una de las partes a cumplir y respetar la cláusula arbitral y, también, al correlativo derecho de la contraparte a exigir su cumplimiento.

La tercera vía propuesta sería la cláusula de orden público, en la medida en que dejar sin acceso a ninguna forma de tutela de sus derechos contradiría principios fundamentales de acceso a la justicia presentes en todos los sistemas de nuestro entorno.

En cualquiera de los casos, la insolvencia de recursos financieros únicamente podrá traducirse como una ineficaz cláusula arbitral que amerite una invalidez o suspensión de ésta y el retorno a los tribunales judiciales, cuando esa insolvencia impida, real y efectivamente, el acceso de la parte al arbitraje en tutela de sus derechos.

7. CONCLUSIONES.

Como se ha mencionado, la invalidez o suspensión del convenio o cláusula arbitral no es algo que se deba tomar a la ligera en tan-

to que afecta la previsibilidad y la seguridad jurídica de las partes para dirimir sus eventuales conflictos de comercio internacional, por ello, siguiendo la argumentación del catedrático Miguel Virgós, se estiman necesarias tres condiciones para que la justificación de una decisión de tal magnitud ante una insolvencia financiera de las partes, sea razonable: a) que la parte insolvente haya buscado de manera infructuosa encontrar financiación externa para cubrir los gastos del arbitraje; b) que la contraparte no quiera asumir los costos derivados del arbitraje, y; c) que la parte insolvente no tenga acceso a la justicia arbitral y pueda tenerla por vía judicial.

Solo así se podría garantizar, por una parte, a que no se utilice indebidamente el argumento de la invalidez sustancial a raíz de una insolvencia financiera para obviar la competencia arbitral y redirigir la controversia a los tribunales jurisdiccionales; y, por otra, para el caso de que sea objetivamente empleado dicho argumento, previo filtro de racionalidad de las tres condiciones antes descritas, el acceso a una tutela judicial efectiva; en aras del respeto a los principios que rigen al arbitraje internacional de buena fe, autonomía y kompetenz-kompetenz, así como la previsibilidad y la seguridad jurídica de los pactantes que subyacen la eficiencia del mecanismo alterno de solución de conflictos.

TRABAJOS CITADOS

- Adriano, E. A. (2010). MARCO JURÍDICO DEL ARBITRAJE NACIONAL, REGIONAL E INTERNACIONAL. *Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM*, 395-422.
- Aguilar, G. C. (2018). Impecuniosidad, arbitraje y acceso a la justicia. *International law and other illusions*.

- Caivano, R. J., & Ríos, N. M. (2020). EL PRINCIPIO KOMPETENZ-KOMPETENZ, REVISADO A LA LUZ DE LA LEY DE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL ARGENTINA. *THĒMIS-Revista de Derecho*, 15-34.
- Landolt, P. (2013). The Inconvenience of Principle: Separability and Kompetenz-Kompetenz. *Journal of International Arbitration*, 513.
- López, C. A. (2021). LA SEPARABILIDAD DEL CONVENIO ARBITRAL EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL. *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, 355-368.
- Lorenzo, S. A. (2020). EL ACUERDO DE ARBITRAJE: VALIDEZ FORMAL Y SUSTANCIAL. *Cívitas/Thomson-Reuters*, 271-316.
- Melón, M. D. (2020). LA SUSPENSIÓN DE LOS EFECTOS DEL CONVENIO ARBITRAL INTERNACIONAL EN EL MARCO DE LA INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA. UNA REALIDAD Y UN CONFLICTO CADA VEZ MÁS FRECUENTE. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 576-605.
- Onyema, E. (2009). The Doctrine of Separability under Nigerian Law. *Apogee Journal of Business, Property & Constitutional Law*, 69.
- Villanueva, G. C. (2023). LA INVALIDEZ DE UNA CLÁUSULA ARBITRAL EN UN CONTRATO DE ADHESIÓN: UN COMENTARIO A LA DECISIÓN DE LA SUPREMA CORTE DE CANADÁ EN EL CASO UBER TECHNOLOGIES INC. V. HELLER. *Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, 87-100.
- Virgós, M. (2021). Arbitraje e insolvencia: manual de instrucciones. *Almacen de Derecho*.

Sitios electrónicos consultados

<https://lcia.org/>

<https://sccarbitrationinstitute.se/>

<https://siac.org.sg/>

<https://hkiaac.org/>

www.international-arbitration-attorney.com/es/



