

---

## Comité Editorial

L. Pereznieto Castro  
J. Bosco  
† Ph. Fouchard  
F. Gorjón Gómez  
J.A. Graham  
G. Kaufmann-Kohler  
R. Lobo Niembro  
A. Mendoza  
P. Mayer  
W. Fagan  
B. Cremades  
Ch. Larroumet  
J.C. Fernández Rozas

### Director

J.A. Graham

### Partenario institucional

CEDDAL

ISSN  
1665-1804

---

**2005**

**Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje**



**Latin American Journal for Mediation and Arbitration**

**Vol. V – Número 2**

## Comité Editorial

Leonel Pereznieta Castro, Universidad Nacional Autónoma de México (Presidente)  
João Bosco Lee, Universidad de Curitiba, Brasil  
† Philippe Fouchard, Universidad de Paris II Panthéon-Assas, Francia  
Francisco Javier Gorjón Gómez, Universidad Autónoma de Nuevo León, México  
James A. Graham, Universidad de Monterrey, México  
Gabrielle Kaufmann-Kohler, Universidad de Ginebra, Suiza  
Rafael Lobo Niembro, Mediador, México  
Antonio Mendoza, Universidad Pepperdine, E.U.  
Pierre Mayer, Universidad de Paris I Pantheón-Sorbonne, Francia  
Wayne Fagan, Centro para la Conciliación y el Arbitraje, Facultad de Derecho St. Mary, E.U.  
Christian Larroumet, Universidad de Paris II Panthéon-Assas, Francia  
Bernado Cremades, Abogado, Madrid, España  
José Carlos Fernández Rozas, Universidad Complutense de Madrid, España

## Comité de Redacción

Beatriz Pallarés, Universidad Nacional del Litoral, Argentina  
Armando Castanedo Abay, Universidad de la Habana, Cuba  
Markus Junker, PriceWaterCoopers, Alemania  
Oliver Muñoz Esquivel, Abogado, Panamá  
Ana Prawda, Mediadora, Argentina  
Zdenko Seligo, Abogado, Venezuela  
Manuel Vidal Noruega, Universidad Sergio Arboleda - Bogotá y Santa Marta, Colombia  
Todd Weiler, Abogado, Canadá

## Partenario Institucional



## INDICE

<b>LEGISLACIÓN .....</b>	<b>107</b>
Nicaragua: Ley de Mediación y Arbitraje .....	108
<i>Ley No. 540, 25/5/05</i>	
<b>JURISPRUDENCIA.....</b>	<b>131</b>
Comentarios al décimo laudo arbitral del Mercosur : Algunas reflexiones sobre la uniformidad de interpretación en el sistema de solución de controversias en el Mercosur .....	132
<i>Laura Aguzin, Argentina</i>	
Bernuth Lines v. High Seas: arbitration and e-mails .....	138
<i>Hew R. Dundas, United Kingdom</i>	
Existencia de una controversia o no: Medidas discriminatorias (Uruguay c. Brasil) .	144
<i>Tribunal Arbitral Ad Hoc</i>	
Arbitration and e-mails: Bernuth Lines v. High Seas Shipping.....	153
<i>England and Wales High Court (Commercial Court)</i>	
Competencia del árbitro y la nulidad del compromiso arbitral: Servicios Administrativos de Emergencia.....	169
<i>Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, México</i>	
Legal effects of an arbitral order: Centurion Air Cargo v. UPS .....	170
<i>Eleventh Circuit, USA</i>	
<b>BREVES .....</b>	<b>174</b>

## **LEGISLACIÓN**

**Nicaragua: Ley de Mediación y Arbitraje**

---

*Ley No. 540, 25/5/05*

**EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE NICARAGUA**

Hace saber al pueblo nicaragüense que:

**LA ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPÚBLICA DE NICARAGUA**

En uso de sus facultades;

**HA DICTADO**

La siguiente:

**TITULO PRIMERO**

**CAPÍTULO ÚNICO**

**DISPOSICIONES GENERALES**

**Artículo 1.- DEL DERECHO A LA UTILIZACIÓN DE MÉTODOS ALTERNOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS**

Toda persona natural o jurídica incluyendo el Estado, en sus relaciones contractuales, tiene el derecho a recurrir a la mediación y al arbitraje así como otros procesos alternos similares, para solucionar sus diferencias patrimoniales y no patrimoniales, con las excepciones que establece la presente Ley.

**Artículo 2.- ÁMBITO DE APLICACIÓN**

La presente Ley se aplicará a los métodos alternos de solución de controversias, mediación y arbitraje objeto de ésta, tanto de carácter nacional como internacional, sin perjuicio de cualquier pacto, convención, tratado o cualquier otro instrumento de derecho internacional del cual la República de Nicaragua sea parte.

**Artículo 3.- PRINCIPIOS RECTORES DE LA PRESENTE LEY**

Los principios rectores de la presente Ley son: Preeminencia de la autonomía de la voluntad de las partes, igualdad de las partes, confidencialidad, privacidad, informalidad y flexibilidad del procedimiento, celeridad, concentración, inmediación de la prueba, buena fe, principio pro arbitraje, debido proceso y derecho de defensa.

**TITULO SEGUNDO**

**DE LA MEDIACIÓN**

**CAPÍTULO I**

**DISPOSICIONES GENERALES RELATIVAS A LA MEDIACIÓN**

**Artículo 4.- CONCEPTO DE MEDIACIÓN**

A los efectos de la presente Ley, se entenderá por mediación todo procedimiento designado como tal, o algún otro término equivalente, en el cual las partes soliciten a un tercero o terceros, que les preste asistencia en su intento por llegar a un arreglo amistoso de una controversia que se derive de una relación contractual u otro tipo de relación jurídica o esté vinculada a ellas. El mediador no estará facultado para imponer a las partes una solución de la controversia.

**Artículo 5.- DEL MEDIADOR**

El mediador es un tercero neutral, sin vínculos con las partes ni interés en el conflicto, con facultad de proponer soluciones si las partes lo acordaren y que cumple con la labor de facilitar la comunicación entre las mismas, en procura de que estas encuentren en forma cooperativa el punto de armonía al conflicto mutuamente satisfactorio y que no contravengan el orden público ni la ley.

**Artículo 6.- DEBERES DEL MEDIADOR**

1. Cumplir con las normas éticas establecidas por los Centros mediación y Arbitraje.
2. Excusarse de intervenir en los casos que le represente conflictos de intereses.
3. Informar a las partes sobre el procedimiento de mediación, así como sus derechos y de los efectos legales del mismo.
4. Informar a las partes del carácter y efecto del acuerdo de mediación.
5. Mantener la imparcialidad hacia todas las partes.
6. Mantener la confidencialidad sobre lo actuado en el curso del proceso de mediación.
7. No participar como asesor, testigo, arbitro o abogado en procesos posteriores judiciales, referidos al mismo asunto en el cual a actuado como mediador.
8. Generar, si así lo acordaren las partes en cualquier estado del proceso de mediación, propuestas dirigidas a la solución de la controversia.
9. Elaborar las actas de las audiencias de manera imparcial cumpliendo los requisitos de la presente Ley.
10. Redactar y firmar junto con las partes, el acuerdo de mediación de conformidad a la presente Ley.

**Artículo 7.- REPRESENTACIÓN Y ASESORAMIENTO.**

Las partes pueden comparecer en forma personal a través de su representante legal debidamente acreditado, las partes también podrán ser asesoradas por personas de su elección, preferiblemente, profesionales del derecho habilitados para ejercer dicha función.

## **CAPÍTULO II**

### **DEL PROCEDIMIENTO EN LA MEDIACIÓN**

#### **Artículo 8.- INICIO DEL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN.**

El procedimiento de mediación relativo a una determinada controversia dará comienzo el día en que las partes acuerden iniciarlo.

La parte que haya invitado a otra a entablar un procedimiento de mediación y no reciba de esta última una aceptación de la invitación en el plazo de quince días a partir de la fecha en que envió esta, o en cualquier otro plazo fijado en ella, podrá considerar que la otra parte ha rechazado su oferta de mediación.

#### **Artículo 9.- NÚMERO Y DESIGNACIÓN DE MEDIADORES.**

El mediador será uno solo a menos que las partes acuerden que sean dos o más. Las partes tratarán de ponerse de acuerdo para designar al mediador o los mediadores, a menos que se haya convenido en un procedimiento diferente para su designación.

Las partes podrán solicitar la asistencia de los Centros de Mediación y Arbitraje para la designación de los mediadores. Así mismo, las partes podrán solicitar a esta institución, que les recomienden personas idóneas para desempeñar la función de mediador, o podrán convenir en que el nombramiento de uno o más mediadores sea efectuado directamente por estos Centros de Mediación y Arbitraje.

Al formular recomendaciones o efectuar nombramientos de personas para el cargo de mediador, el Centro de Mediación y Arbitraje tendrá en cuenta las consideraciones que puedan garantizar el nombramiento de un mediador capacitado, independiente e imparcial y, en su caso, tendrá en cuenta la conveniencia de nombrar un mediador de nacionalidad distinta a las nacionalidades de las partes.

La persona a quien se comunique su posible nombramiento como mediador deberá revelar todas las circunstancias (sic) que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. El mediador, desde el momento de su nombramiento y durante todo el procedimiento de mediación, revelará sin demora tales circunstancias a las partes, a menos que se les haya informado de ellas.

#### **Artículo 10.- ASISTENCIA DE LA AUDIENCIA.**

La audiencia de mediación, se desarrollará con la presencia del mediador y de las partes o sus apoderados autorizados mediante poder de representación. Los abogados podrán asistir a las partes si estas lo solicitan expresamente. Las partes conjunta o separadamente por una sola vez podrán, hasta dos días antes de la audiencia de mediación, solicitar la suspensión de la misma.

Salvo acuerdo entre las partes, las mismas podrán justificar su inasistencia por una sola vez. Posterior a ello, si no comparece a la audiencia alguna de las partes, o habiendo comparecido las mismas, no se logra acuerdo alguno, de tal circunstancia se dejará constancia en la acta suscrita por el mediador y las partes que se levanten para tal fin, acto con el cual se dará por concluida la actuación del mediador y la mediación misma.

#### **Artículo 11.- PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN**

Las partes podrán determinar por sí o por remisión al reglamento del Centro de Mediación y Arbitraje o al Reglamento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil, la forma en que se llevará a cabo el procedimiento de mediación.

Si las partes no se ponen de acuerdo acerca del procedimiento de mediación, el mediador podrá

proponer a las partes el procedimiento que considere adecuado en procura de un acuerdo de las partes, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, los deseos que expresen las partes y la necesidad de lograr un rápido arreglo de la controversia. Así mismo, por acuerdo de partes, el mediador podrá dirigir el procedimiento que se haya determinado emplear.

En todo momento, el mediador dará a las partes un tratamiento equitativo, teniendo en cuenta las circunstancias y particularidades de la controversia. Asimismo, en cualquier etapa del procedimiento de mediación, previo acuerdo entre las partes, podrá sugerir propuestas para un arreglo de la controversia.

De cada sesión que se realice durante el proceso de mediación se deberá de levantar un acta que contendrá como mínimo lo siguientes requisitos:

- a) Lugar, hora y fecha donde se llevo a cabo la mediación.
- b) Nombres, apellidos y generales de las partes.
- c) Nombre, apellidos y generales de los representantes y asesores si lo hubiere.
- d) Nombre, apellido y generales del o de los mediadores que actuaron en el proceso.
- e) Nombre, apellidos y generales de cualquier otra persona que estuviere presente en el proceso de mediación y el carácter que ostentaba.
- f) Un resumen de lo ocurrido en la sesión.
- g) Indicación de los acuerdos a que se llegaron durante la sesión.
- h) En caso de que el proceso de mediación se de por terminado, se deberá indicar la razón de su determinación.
- i) Las actas deberán ser firmadas por las partes, los asesores si los hubiere y por el mediador o mediadores.

#### **Artículo 12.- COMUNICACIÓN ENTRE EL MEDIADOR Y LAS PARTES**

El mediador podrá reunirse o comunicarse de forma oral escrita con las partes conjuntamente o con cada una de ellas por separado.

#### **Artículo 13.- DEL MANEJO DE INFORMACIÓN POR PARTE DEL MEDIADOR EN EL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN**

Si el mediador recibe de una de las partes información relativa a la controversia, podrá revelar el contenido de esa información a la otra parte. No obstante, el mediador no podrá revelar a ninguna de las otras partes la información que reciba de esa parte, si ésta pone la condición expresa de que se mantenga confidencial.

#### **Artículo 14.- DE LA CONFIDENCIALIDAD DEL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN FRENTE A LOS TERCEROS.**

A menos que las partes convengan otra cosa, toda información relativa al procedimiento de mediación deberá considerarse confidencial, salvo que su divulgación esté prescrita por ley o sea necesaria a efectos del cumplimiento o la ejecución de un acuerdo de mediación.

**Artículo 15.- ADMISIBILIDAD DE PRUEBAS EN OTROS PROCEDIMIENTOS**

Ninguna prueba que sea admisible en un procedimiento arbitral, judicial o de índole similar dejará de serlo por el hecho de haber sido utilizada en un procedimiento de excepto las que tengan relación con:

- a) La invitación de una de las partes a entablar un procedimiento de mediación o el hecho de que una de las partes esté dispuesta a participar en un procedimiento de mediación;
- b) Las opiniones expresadas o las sugerencias formuladas por una de las partes en el procedimiento de mediación respecto de un posible arreglo de la controversia;
- c) Las declaraciones formuladas a los hechos reconocidos por algunas de las partes en el curso del procedimiento de mediación;
- d) Las propuestas presentadas por el mediador;
- e) El hecho de que una de las partes se haya declarado dispuesta a aceptar un arreglo propuesto por el mediador;
- f) Cualquier documento preparado únicamente para los fines del procedimiento de mediación.

En estos casos, las partes que se hayan sometido a un procedimiento de mediación, y el mediador no harán valer ni presentarán pruebas, ni rendirán testimonio en un procedimiento arbitral, judicial o de índole similar.

Ningún tribunal arbitral, tribunal de justicia ni cualquier otra autoridad competente podrá revelar la información a que se refieren las literales a), b), c), d), e) y f) el presente artículo. Si esa información se presenta como prueba en contravención a lo dispuesto en estos literales, dicha prueba no se considerará admisible. No obstante, esa información podrá revelarse o admitirse como prueba en la medida en que lo prescriba la Ley o en que sea necesario a efectos del cumplimiento o la ejecución de un acuerdo de mediación.

Las disposiciones del presente artículo serán aplicables independientemente que un determinado procedimiento arbitral, judicial o de índole similar se refiera o no a una controversia que haya sido objeto de un procedimiento de mediación.

**CAPÍTULO III**

**DE LA FINALIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO Y DEL ACUERDO DE MEDIACIÓN**

**Artículo 16.- TERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN.**

El procedimiento de mediación se dará por terminado:

- a) Al llegar las partes a un acuerdo y firmarlo;
- b) Al hacer el mediador, previa consulta con las partes, una declaración por escrito que haga constar que ya no se justifica seguir intentando llegar a un acuerdo, en la fecha de tal declaración;
- c) Al hacer las partes al mediador una declaración por escrito de que dan por terminado el procedimiento de mediación, en la fecha de tal declaración; o
- d) Al hacer una parte a la otra o las otras partes y al mediador, una declaración por escrito de que da por terminado el procedimiento de mediación, en la fecha de tal declaración.

**Artículo 17.- EL MEDIADOR ACTUANDO COMO ÁRBITRO.**

Salvo acuerdo en contrario de las partes, no podrá actuar como árbitro en una controversia quien haya participado como mediador en la misma; ni en controversia que surja a raíz del mismo contrato o relación jurídica o de cualquier contrato o relación jurídica conexos a la controversia de la que fue mediador.

**Artículo 18.- NO UTILIZACIÓN DE PROCEDIMIENTOS ARBITRALES O JUDICIALES.**

Cuando las partes hayan acordado recurrir a la mediación y se hayan comprometido expresamente a no entablar, en un determinado plazo o mientras no se produzca cierto hecho, ningún procedimiento arbitral o judicial con relación a una controversia existente o futura, el tribunal arbitral o de justicia dará a efecto a ese compromiso en tanto no se haya cumplido lo en él estipulado, salvo en lo que se respecta a medidas necesarias para la salvaguarda de los derechos que, a juicios de las partes, les correspondan. El inicio de tales medidas no constituirá, en sí mismo, una renuncia al acuerdo de recurrir a la mediación ni la terminación de ésta.

**Artículo 19.- DEL ACUERDO DE MEDIACIÓN.**

El acta en la que se plasme el acuerdo de mediación deberá de cumplir con los siguientes requisitos básicos:

- a) Lugar, hora y fecha en que se tomó el acuerdo.
- b) Nombre, apellido y generales de las partes y sus asesores si los hubiere.
- c) Nombre, apellidos y generales del mediador o mediadores.
- d) Indicación detallada de la controversia.
- e) Relación detallada de los acuerdos adoptados.
- f) Indicación expresa (si hubiera proceso judicial o administrativo) de la institución o instancia judicial o administrativa que conoce del caso, número de expediente y la voluntad de conciliar la controversia objeto de esos procesos.
- g) Constancia de que las partes fueron informadas de sus derechos y obligaciones.
- h) Firma de las partes, los mediadores y de los asesores que hubieren intervenido en la audiencia en la que se llegó al acuerdo de mediación.

**Artículo 20.- EJECUTABILIDAD DEL ACUERDO DE MEDIACIÓN.**

El acuerdo al que lleguen las partes en un proceso de mediación será definitivo, concluye con el conflicto y será ejecutable en forma inmediata.

La ejecución de un acuerdo de mediación, en caso de incumplimiento, se solicitará ante el Juzgado de Distrito competente y se realizará con las reglas establecidas en el Título XXVI, Capítulo IV, Artículos 1996 y siguientes del código de Procedimiento Civil de la República de Nicaragua.

**TÍTULO TERCERO**

**DEL ARBITRAJE**

**CAPÍTULO I**

**DISPOSICIONES GENERALES RELATIVAS AL ARBITRAJE**

**Artículo 21.- ÁMBITO DE APLICACIÓN.**

La presente Ley se aplicará al arbitraje nacional e internacional, sin perjuicio de cualquier tratado multilateral o bilateral vigente del cual la República de Nicaragua sea Estado parte. Así mismo, estas disposiciones relativas al arbitraje se aplicarán únicamente si el lugar del arbitraje se encuentra en el territorio de la República de Nicaragua.

La presente Ley no afectará otra ley en virtud de la cual determinadas controversias no sean susceptibles de arbitraje o estas se deban someter a arbitraje únicamente de conformidad con disposiciones diferentes de las establecidas en la presente Ley.

**Artículo 22.- ARBITRAJE INTERNACIONAL**

Un arbitraje será internacional cuando las partes en un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus respectivos domicilios en Estados diferentes.

También tendrá el carácter de arbitraje internacional cuando uno de los lugares enumerados a continuación está situado fuera del Estado en que las partes tienen sus domicilios:

1. El lugar del arbitraje, si éste se ha determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al acuerdo de arbitraje.
2. El lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto de litigio tenga una relación más estrecha.

A los efectos de esta disposición, si alguna de las partes tiene más de un establecimiento, el domicilio será el lugar donde se sitúe el establecimiento que guarde una relación más estrecha con el acuerdo de arbitraje. Si una parte no tiene ningún establecimiento, se tomará en cuenta el lugar de su propio domicilio.

También se reconocerá como arbitraje internacional cuando las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionado con más de un Estado.

**Artículo 23.- MATERIA OBJETO DE ARBITRAJE.**

La presente Ley se aplicará en todos aquellos casos en que la controversia verse sobre materias en que las partes tengan libre disposición conforme a derecho. También se aplicará la presente Ley a todos aquellos otros casos en que, por disposición de otras leyes, se permita el procedimiento arbitral, siempre que el acuerdo arbitral sea válido conforme la presente Ley.

No podrán ser objeto de arbitraje las cuestiones sobre las haya recaído resolución judicial firme, salvo los aspectos derivados de su ejecución.

Tampoco las materias inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tengan libre disposición o cuando la ley lo prohíba (sic) expresamente o señale un procedimiento especial para determinados casos.

Así mismo, no podrán ser sujetos de arbitraje las cuestiones que versen sobre alimentos; divorcios; separación de cuerpos; nulidad de matrimonio; estado civil de las personas; declaraciones de mayor edad; y en general, las causas de aquellas personas naturales o jurídicas que no pueden representarse así mismas, por lo que en estos casos se atenderá a las formalidades prescrita en la ley respectiva para efectuar los arbitrajes. Tampoco son objeto de arbitraje las causas en que deba de ser parte necesaria el Ministerio Público, ni las que se susciten entre un representante legal con su representado.

Quedan excluidos del ámbito de aplicación de la presente Ley los arbitrajes laborales.

#### **Artículo 24. DEFINICIONES Y REGLAS DE INTERPRETACIÓN RELATIVAS AL ARBITRAJE.**

Para efecto de la presente Ley se establecen las siguientes definiciones y disposiciones:

**a) "Arbitraje":** Es un mecanismo alternativo de solución de conflictos que surge de la autonomía de la voluntad de las partes, quienes delegan en un tercero imparcial llamado árbitro la resolución de su controversia, y éste, siguiendo el procedimiento determinado previamente por las partes decide la controversia mediante un "laudo arbitral" que es de obligatorio cumplimiento para las partes.

**b) "Tribunal arbitral":** Es el encargado de impartir justicia arbitral y que puede estar compuesto por uno o varios árbitros.

**c) "Tribunal":** Significa un órgano del sistema judicial nicaragüense, ya sea unipersonal o colegiado.

**d) "Arbitraje de Derecho":** Se da cuando los árbitros resuelvan la cuestión controvertida con arreglo al derecho aplicable.

**e) "Arbitraje de Equidad" ("ex aequo et bono"):** Se da cuando el Tribunal Arbitral resuelve conforme a sus conocimientos profesionales y técnicos.

**f) Libre disponibilidad:** Situación en virtud de la cual se deba a las partes la facultad de decidir libremente sobre un asunto, esa facultad conlleva el derecho de las partes de autorizar aun tercero, a que adopte esa decisión.

**g)** Cuando una disposición de la presente Ley se refiera a un acuerdo que las partes hayan celebrado o que puedan celebrar o cuando, en cualquier otra forma, se refiera a un acuerdo entre las partes, se entenderán comprendidas en ese acuerdo todas las disposiciones del reglamento de arbitraje en él mencionado.

**h)** Cuando una disposición de la presente Ley, se refiera a una demanda, se aplicará también a una reconvencción, y cuando se refiera a una contestación, se aplicará asimismo a la contestación a esa reconvencción.

#### **Artículo 25.- RECEPCIÓN DE COMUNICACIONES ESCRITAS.**

Salvo acuerdo en contrario de las partes, para efecto de la presente Ley, se considerará recibida toda comunicación escrita que haya sido entregada personalmente al destinatario o que haya sido entregada en su establecimiento, domicilio o dirección postal, en el supuesto de que no se descubra, tras una indagación razonable, ninguno de esos lugares, se considerará recibida toda comunicación escrita que haya sido enviada al último establecimiento, domicilio o dirección postal conocido del destinatario por carta certificada o cualquier otro medio que deje constancia del intento de entrega. La comunicación se considerará recibida el día en que se haya realizado tal entrega.

#### **Artículo 26.- RENUNCIA AL DERECHO A IMPUGNAR**

Cuando una parte permite que se desarrolle un procedimiento arbitral determinado conociendo que no

se ha cumplido con algún requisito de la presente Ley del cual las partes puedan apartarse o algún requisito del acuerdo de arbitraje y no exprese su objeción a tal incumplimiento oportunamente, o, si se prevé un plazo para hacerlo, y no hace uso de ese derecho en el plazo previsto se considerará como renuncia al derecho a impugnar sobre tales circunstancias y hechos.

La parte que no haya ejercido su derecho a impugnar conforme al párrafo anterior, no podrá solicitar posteriormente la anulación del laudo con fundamento en ese motivo.

## **CAPÍTULO II**

### **DEL ACUERDO DE ARBITRAJE**

#### **Artículo 27.- DEFINICIÓN Y FORMA DEL ACUERDO DE ARBITRAJE**

El acuerdo de arbitraje es un mecanismo por el cual las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula arbitral incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente o autónomo.

El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito. Se entenderá que el acuerdo es escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o que el mismo se pueda hacer constar por el intercambio, inclusive electrónico, de cartas, telex, telegramas, telefax o por cualquier otro medio de comunicación que pueda dejar constancia escrita del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en lo que la existencia de un acuerdo sea afirmado por una parte sin ser negada por otra. La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye acuerdo de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

En el acuerdo escrito, las partes deberán establecer expresamente los términos y condiciones que regirán el arbitraje, de conformidad con esta Ley. En caso de que no se establezcan reglas específicas, se entenderá que este acuerdo podrá ser objeto de complementación, modificación o revocación entre las partes en cualquier momento, mediante convenio especial. No obstante; en caso de que decidan dejar sin efecto un proceso de arbitraje en trámite, deberán asumir los costos correspondientes, de conformidad con la presente Ley.

#### **Artículo 28.- ACUERDO DE ARBITRAJE Y DEMANDA EN CUANTO AL FONDO ANTE UN TRIBUNAL**

El tribunal al que se someta un asunto sobre el cual las partes han acordado con anticipación ventilarlo en un tribunal arbitral y bajo el procedimiento arbitral, remitirá a las partes a ese tribunal y procedimiento a más tardar, en el momento de presentar el primer escrito sobre el Fondo del litigio, o cuando tal circunstancia llegue al conocimiento de tribunal, a menos que se argumente y demuestre que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible.

#### **Artículo 29.- ACUERDO DE ARBITRAJE Y ADOPCIÓN DE MEDIDAS PROVISIONALES POR EL TRIBUNAL**

No será incompatible con un acuerdo de arbitraje que cualquiera de las partes, ya sea con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante transcurso, solicite de un tribunal la adopción de medidas cautelares provisionales ni que el tribunal conceda esas medidas.

**CAPÍTULO III**

**COMPOSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL**

**Artículo 30.- COMPOSICIÓN DEL TRIBUNAL**

En el caso de los arbitrajes de derecho, el tribunal deberá estar compuesto exclusivamente por abogados y resolverá las controversias con estricto apego a la ley aplicable.

Si se tratará de un arbitraje de equidad, el tribunal podrá estar integrado por profesionales expertos en la materia objeto de arbitraje, excepto lo que las partes dispongan para ese efecto. En este caso, el tribunal resolverá las controversias "ex aequo et bono" según los conocimientos sobre la materia objeto del arbitraje y el sentido de la equidad y la justicia de sus integrantes.

**Artículo 31.- NÚMERO DE ÁRBITROS**

Las partes podrán determinar libremente el número de árbitros que deberá ser siempre un número impar. A falta de tal acuerdo, los árbitros serán tres.

**Artículo 32.- REQUISITOS PARA SER ÁRBITRO.**

Pueden ser árbitros todas las personas naturales, que no tengan nexo alguno con las partes o sus apoderados. No obstante, las partes conociendo dichas circunstancias podrán habilitar a dicha persona para que integre el tribunal, en cuyo caso no podrán impugnar posteriormente el laudo por ese motivo.

Las partes podrán establecer requisitos o condiciones adicionales para los árbitros en el convenio arbitral.

No podrán ser nombrados como árbitros las personas que se encuentren inhabilitadas por la ley ni que tengan anexa jurisdicción.

**Artículo 33.- NOMBRAMIENTOS DE LOS ÁRBITROS**

Salvo acuerdo en contrario de las partes, la nacionalidad de una persona no será obstáculo para que actúe como árbitro. Sin perjuicio de lo establecido en el presente artículo, las partes podrán acordar libremente el procedimiento para el nombramiento del árbitro o los árbitros.

A falta de tal acuerdo, se deberá proceder de la siguiente manera:

- a) En el arbitraje con tres árbitros, cada parte nombrará un árbitro y los dos árbitros así designados nombrarán al tercero; si una parte no nombra al árbitro dentro de los quince días del recibo de un requerimiento de la otra parte para que lo haga, si los dos árbitros no consiguen ponerse de acuerdo sobre el tercer árbitro dentro de los quince días contados desde su nombramiento, la designación será hecha, a petición de una de las partes, por el Juez Civil de Distrito.
- b) En el arbitraje con árbitro único, si las partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre la designación del árbitro, éste será nombrado, a petición de cualquiera de las partes, por el Juez Civil de Distrito competente.

Cuando en un procedimiento de nombramiento de árbitros convenido por las partes, una parte no actúe conforme a lo estipulado en dicho procedimiento; cuando las partes o dos árbitros no puedan llegar a acuerdo conforme al mencionado procedimiento; o cuando un tercero, o el Centro de Mediación y Arbitraje, no cumpla una función que se le confiera en dicho procedimiento para efectuar ese nombramiento, cualquiera de las partes podrá solicitar al tribunal u otra autoridad competente que adopte la medida necesaria, a menos que en el acuerdo sobre el procedimiento de nombramiento se prevean otros medios para conseguirlos.

Toda decisión del tribunal o autoridad competente sobre las cuestiones encomendadas en el presente artículo será definitiva y no tendrá recurso alguno. Al nombrar un árbitro, el tribunal u otra autoridad tendrán debidamente en cuenta las condiciones requeridas para un árbitro por el acuerdo entre las partes y tomará las medidas necesarias para garantizar el nombramiento de un árbitro independiente e imparcial.

#### **Artículo 34.- MOTIVOS DE RECUSACIÓN**

La persona a quien se comunique su posible nombramiento como árbitro, deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. En el caso que tales circunstancias sean sobrevivientes al nombramiento de árbitro, el mismo está obligado a revelarlas a las partes al momento que estas sean de su conocimiento.

A falta de Determinación de Caudales de Recusación de los Árbitros, estas serán las mismas que se aplican a los jueces y magistrados. Una parte solo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido conocimiento después de efectuada la designación.

#### **Artículo 35.- PROCEDIMIENTO DE RECUSACIÓN**

Las partes podrán acordar libremente el procedimiento de recusación de los árbitros o remitirse al reglamento del Centro de Mediación y Arbitraje que administre la causa.

A falta de tal acuerdo, la parte que desee recusar a un árbitro enviará al tribunal arbitral, dentro de los quince días siguientes a aquel en que tenga conocimiento de la constitución del tribunal arbitral mismo, un escrito en el que plantee la recusación del árbitro y exponga los motivos en que funda la recusación.

A menos que el árbitro recusado renuncie a su cargo o que la otra parte acepte la recusación, corresponderá al tribunal arbitral decidir sobre ésta.

El tribunal arbitral tendrá hasta quince días, contado a partir de la interposición de la recusación respectiva, para pronunciarse sobre la misma. Mientras no se resuelva la recusación presentada, el tribunal arbitral suspenderá sus actuaciones. En el acto de notificación de esta resolución o a más tardar en tercero día posterior a la notificación aludida, cualquiera de las partes podrán presentarse ante el tribunal arbitral recurriendo de la misma, para ante el tribunal de apelaciones competente. Si las partes no recurren de esta resolución, el tribunal arbitral continuará conociendo normalmente de la causa.

Salvo acuerdo en contrario, las partes que hayan hecho uso del derecho de recurrir de la resolución relativa a la recusación promovida ante el tribunal arbitral, podrán recurrir ante el tribunal de apelaciones competente para personarse y presentar sus alegatos en el mismo momento, dentro de los quince días siguientes de haber expresado su voluntad verbal o escrita de recurrir. En este caso el tribunal de apelaciones competente tendrá un plazo de quince días improrrogable para resolver. El tribunal arbitral suspenderá sus actuaciones hasta que el tribunal de apelaciones respectivo emita su resolución sobre el recurso presentado. De la resolución emitida por el tribunal de apelaciones no hay ulterior recurso.

Pasado este término y resuelta definitivamente la recusación, el tribunal arbitral, le dará cumplimiento a la misma, proseguirá con las actuaciones y dictará su laudo.

#### **Artículo 36.- FALTA O IMPOSIBILIDAD DE EJERCICIO DE LAS FUNCIONES**

Cuando un árbitro se vea impedido de hecho o por disposición legal para el ejercicio de sus funciones o por otros motivos no las ejerza dentro de un plazo determinado en el acuerdo arbitral, el árbitro podrá renunciar al cargo o las partes podrán acordar la remoción del mismo, situación por la cual en ambos

casos cesará en sus funciones de forma inmediata. Si se da desacuerdo respecto a cualquiera de esos motivos, cualquiera de las partes podrá solicitar al tribunal de arbitraje o al tribunal de justicia ordinaria, una decisión que declare la cesación del mandato. El tribunal emitirá su resolución dentro de quince días contados a partir de la solicitud referida y la misma no será objeto de recurso alguno.

Si conforme lo dispuesto en la presente Ley un árbitro renuncia a su cargo o una de las partes acepta la terminación del mandato de un árbitro, ello no se considerará como una aceptación de la procedencia de ninguno de los motivos mencionados en el presente artículo.

#### **Artículo 37.- NOMBRAMIENTO DE UN ÁRBITRO SUSTITUTO**

Cuando un árbitro cese de su cargo por renuncia, remoción expiración de su mandato o por cualquier otra causa, por acuerdo de las partes, se procederá al nombramiento de un árbitro sustituto utilizando el mismo procedimiento por el cual se designó al árbitro que se ha de sustituir.

#### **Artículo 38.- RENUNCIA AL ARBITRAJE**

Las partes pueden renunciar al arbitraje mediante:

1. Convenio expreso.
2. Renuncia tácita,
3. Cuando se inicie causa judicial por una de las partes y el demandado no invoque la excepción arbitral dentro de los plazos previsto para cada proceso.

Vencido el plazo correspondiente, se entenderá renunciado el derecho a invocarla y se considerará la convención sin efecto alguno.

#### **Artículo 39.- CONVENIO ARBITRAL CON PROCESO JUDICIAL EN CURSO.**

Si estando un proceso judicial en curso, las partes deciden voluntariamente someter, el asunto a un convenio arbitral, sobre todas o partes de las de las pretensiones controvertidas en aquel, deben en ese caso presentar al Juez un escrito con todas las firmas debidamente autenticadas por Notario, y adjuntando copia del convenio arbitral.

En tal caso, el Juez deberá dictar auto mandando a archivar las diligencias, dejando a salvo el derecho de las partes de continuar con una nueva demanda sobre las pretensiones que no fueron sometidas al arbitraje.

El Juez puede objetar el convenio arbitral, declarándolo sin lugar en caso que el asunto sea de los que no son sujetos a arbitraje según la presente Ley.

#### **Artículo 40.- PERSONAS INHIBIDAS PARA ACTUAR COMO ÁRBITRO**

Están inhibidos para actuar como árbitros, por ministerio de la presente Ley:

- 1) Los funcionarios públicos, electos por voto popular y sus respectivos suplentes.
- 2) Los funcionarios públicos, electos por la Asamblea Nacional, por disposición constitucional y sus suplentes.
3. Los funcionarios públicos nombrados por el Presidente de la República.
- 4) Los funcionarios y empleados públicos de la Procuraduría General de Justicia y del Ministerio Público.

5) Los Magistrados de los Tribunales de Apelaciones, Jueces, sus suplentes y secretarios, así como los defensores públicos.

6) Los oficiales del Ejército de Nicaragua y de la Policía Nacional.

7) Cualquier otro funcionario público que por razón del cargo que desempeña, la ley le determine incompatibilidad con el ejercicio de la función de árbitro.

#### **Artículo 41.- RENUNCIA DE LOS ÁRBITROS**

Las partes podrán solicitarla renuncia del cargo de árbitro por:

1) Incompatibilidad sobrevenida conforme al artículo anterior.

2) causales pactadas en el convenio arbitral o al momento de aceptar el cargo de árbitro.

3) Enfermedad comprobada que impida el desempeño del cargo.

4) Recusación debidamente comprobada.

5) Ausencia injustificada por mas (sic) de treinta días, sin perjuicio de la demanda por daños y perjuicios.

### **CAPÍTULO IV**

#### **COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL**

#### **Artículo 42.- FACULTAD DEL TRIBUNAL ARBITRAL PARA DECIDIR ACERCA DE SU COMPETENCIA**

El tribunal arbitral está facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, una cláusula arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no implicará la nulidad de la cláusula arbitral.

La excepción de incompetencia del tribunal arbitral deberá oponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación. Las partes no se verán impedidas de oponer esta excepción por el hecho de que hayan designado a un árbitro o participado en su designación. La excepción basada en el tribunal arbitral ha excedido su mandato deberá oponerse tan pronto como se plantee, durante las actuaciones arbitrales, la materia que supuestamente exceda su mandato. El tribunal arbitral podrá, en cualquiera de los casos, estimar una excepción presentada más tarde si considera justificada la demora.

El tribunal arbitral podrá decidir sobre las excepciones a que se hace referencia en el presente artículo como cuestión previa o en el laudo sobre el fondo del asunto. Si, como cuestión previa, el tribunal arbitral se declara competente, cualquiera de las partes, dentro de los quince días siguientes al recibo de la notificación de esa decisión, podrá solicitar a la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, que resuelva sobre la cuestión. La Sala resolverá dentro de los quince días siguientes a la recepción de la solicitud. La resolución de este tribunal será inapelable. Mientras este pendiente dicha solicitud, el tribunal arbitral no podrá proseguir sus actuaciones.

**Artículo 43.- FACULTAD DEL TRIBUNAL ARBITRAL DE ORDENAR MEDIDAS PROVICIONALES (SIC) CAUTELARES.**

Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral, a petición de cualquiera de ellas, podrá a ordenar la adopción de medidas cautelares que el tribunal arbitral estime necesarias respecto del objeto de litigio. Asimismo, el tribunal arbitral podrá solicitar de cualquiera de las partes una garantía apropiada en relación con esas medidas. Las autoridades o dependencias públicas así como los particulares a quienes el tribunal arbitral le solicite realizar algún tipo de acto o tomar algún tipo de medida para materializar la medida provisional cautelar, cumplirán con lo solicitado hasta tanto no reciban petición en contrario de dicho tribunal arbitral o una orden de un tribunal de la justicia ordinaria que disponga otra cosa.

**CAPITULO V**

**PROCEDIMIENTO ARBITRAL**

**Artículo 44.- TRATO EQUITATIVO DE LAS PARTES**

El tribunal arbitral deberá tratar a las partes con igualdad y darle a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos.

**Artículo 45.- DETERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO**

Las partes tendrán libertad para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el tribunal arbitral en sus actuaciones.

A falta de acuerdo el tribunal arbitral podrá determinar el procedimiento a seguir para dirimir el asunto que se le presenta sobre el que deberá pronunciarse. Esta facultad conferida al tribunal arbitral incluye, entre otras, la de determinar la admisibilidad, la pertinencia y el valor de las pruebas, con sujeción a lo dispuesto con la presente Ley y lo consagrado en la Constitución de la República, relacionado con el debido proceso.

**Artículo 46.- LUGAR DEL ARBITRAJE**

Las partes podrán determinar libremente el lugar del arbitraje. En caso de no haber acuerdo al respecto, el tribunal arbitral determinará el lugar del arbitraje, atendida las circunstancias del caso, inclusive las conveniencias de las partes.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo precedente, el tribunal arbitral podrá salvo acuerdo en contrario de las partes, reunirse en cualquier lugar que estime apropiado para celebrar deliberaciones entre sus miembros para oír a los testigos, a los peritos o a las partes, o para examinar mercancías u otros bienes o documentos.

**Artículo 47.- INICIACIÓN DE LAS ACTUACIONES ARBITRALES**

Salvo que las partes hayan convenido otra cosa, las actuaciones arbitrales respecto de una determinada controversia se iniciarán en la fecha en que el demandado haya recibido el requerimiento de someter esa controversia al arbitraje.

El requerimiento de someter una controversia a arbitraje deberá hacerse mediante forma escrita y contendrá:

- a) Nombre y generales de ley del demandante y demandado.

- b) La solicitud de someter a arbitraje la controversia.
- c) Copia autenticada del acuerdo arbitral o cláusula arbitral en que se ampara la solicitud, con referencia al contrato base de la controversia.
- d) Descripción general de la controversia que desea someter al arbitraje y las pretensiones del demandante.
- e) En caso de que las partes no hayan convenido el número de árbitro, una propuesta sobre el número de los mismos.
- f) Señalamiento de oficinas para oír notificaciones, en el lugar del arbitraje.
- g) La notificación referente al nombramiento al nombramiento del tercer arbitro.

#### **Artículo 48.- IDIOMA**

El arbitraje se desarrollará en el idioma que elijan las partes. A falta de acuerdo expreso, se entenderá que el arbitraje se verificará en el idioma español. Si el idioma seleccionado por las partes es distinto del español, aquellas actuaciones que requieran de revisión ante las autoridades judiciales nicaragüenses, así como el laudo definitivo, deberán ser traducidas al español.

El tribunal arbitral podrá ordenar que cualquiera prueba documental vaya acompañada de una traducción al idioma o los idiomas convenidos por las partes o determinados por el tribunal arbitral.

#### **Artículo 49.- DEMANDAS Y CONTESTACIÓN**

El demandante presentará ante el tribunal arbitral, dentro del plazo de diez días a partir de la audiencia de instalación, su escrito de demanda en la que incluirá los hechos en que se funda, los hechos controvertidos y el objeto de la misma. El demandado deberá responder a todos los extremos alegados en la demanda so pena de declarar contestado de forma asertiva los extremos de la misma sobre los cuales el demandado no se haya pronunciado. Todo sin perjuicio de cualquier otra cosa acordada por las partes respecto de los elementos de la demanda y la contestación deban necesariamente contener. Las partes podrán aportar, al formular sus alegaciones, todos los documentos que consideren pertinentes o hacer referencia a los documentos u otras pruebas que vayan a presentar.

Salvo acuerdo en contrario de las partes, en el curso de las actuaciones arbitrales, cualquiera de las partes podrá modificar o ampliar su demanda o contestación, a menos que el tribunal arbitral considere improcedente esa alteración en razón de la demora con que se ha hecho.

La parte demandante que no presente su demanda en el plazo fijado en la presente Ley, correrá con las costas del arbitraje hasta ese momento, las cuales serán fijadas por el tribunal arbitral.

#### **Artículo 50.- AUDIENCIAS Y ACTUACIONES POR ESCRITO**

Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral decidirá si han de celebrarse audiencias para la presentación de pruebas o para alegatos orales, o si las actuaciones se sustanciarán sobre la base de documentos y demás pruebas. No obstante, al menos que las partes hubiesen convenido que no se celebren audiencias, el tribunal arbitral celebrará dichas audiencias en la fase apropiada de las actuaciones, a petición de las partes.

Salvo que las partes hayan establecido otro plazo, deberá notificarse a las partes con al menos tres días de antelación la celebración de las audiencias y las reuniones del tribunal arbitral para examinar mercancías u otros bienes o documentos.

De todas las declaraciones, documentos o demás información que una de las partes suministre al tribunal arbitral se dará traslado a la otra parte. Asimismo, deberán ponerse a disposición de ambas partes los peritajes o los documentos probatorios en los que el tribunal arbitral pueda basarse al adoptar su decisión.

#### **Artículo 51.- DE LA ACTUACIÓN DE LAS PARTES.**

Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral dará por terminada las actuaciones, en caso que el demandante no presentes su demanda de acuerdo a lo establecido en la presente Ley.

Si el demandado no presenta su contestación de conformidad con lo dispuesto por esta Ley, el tribunal arbitral, continuará las actuaciones, sin que esa omisión se considere por si misma como una aceptación de las alegaciones del demandante.

Si alguna de las partes no comparece a una audiencia o no presenta pruebas documentales, el tribunal arbitral podrá continuar las actuaciones y dictar el laudo basándose en las pruebas de que disponga.

#### **Artículo 52.- NOMBRAMIENTO DE PERITOS Y SOLICITUD DE INFORMES TÉCNICOS POR EL TRIBUNAL ARBITRAL**

Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral estará facultado para nombrar uno o más peritos con el fin de que le informen e ilustren sobre materias concretas que determinará el tribunal arbitral mismo. Así mismo, podrá solicitar a cualquiera de las partes que suministre al perito toda la información pertinente o que le presente para su inspección todos los documentos, mercancías u otros bienes pertinentes, o le proporcione acceso a ellos.

Cuando una parte lo solicite o cuando el tribunal arbitral lo considere necesario, el perito, después de la presentación de su dictamen oral o escrito, deberá participar en una audiencia ante el tribunal arbitral, en la que las partes tendrán oportunidad de hacerle preguntas o formularle inquietudes sobre los puntos controvertidos, con el objetivo de aclarar su dictamen pericial, salvo acuerdo en contrario de las partes.

El tribunal arbitral determinará el plazo dentro del cual el perito debe rendir su informe final.

#### **Artículo 53.- DESISTIMIENTO**

Mediante comunicación escrita a los árbitros, la parte demandante puede desistir del arbitraje, en cualquier momento, antes de la notificación del laudo. En este caso y salvo pacto en contrario, todos los gastos del arbitraje y las remuneraciones de los árbitros, serán asumidos por dicha parte.

### **CAPÍTULO VI**

#### **PRONUNCIAMIENTO DEL LAUDO Y TERMINACIÓN DE LAS ACTUACIONES.**

#### **Artículo 54.- NORMAS APLICABLES AL FONDO DEL LITIGIO**

El tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado.

Si las partes no indican la ley aplicable al fondo del litigio, el tribunal arbitral tomando en cuenta las características y naturaleza del caso, determinará la ley aplicable.

El tribunal arbitral decidirá ex aequo et bono o como amigable componedor sólo si las partes le han

autorizados expresamente a hacerlo así.

En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos y costumbres aplicables al caso.

#### **Artículo 55.- ADOPCIÓN DE DECISIONES CUANDO HAY MÁS DE UN ÁRBITRO**

En las actuaciones arbitrales en que haya mas de un árbitro, toda decisión del tribunal arbitral se adoptará, salvo acuerdo en contrario de las partes, por mayoría de votos de todos los miembros. Sin embargo, el árbitro Presidente podrá decidir cuestiones de procedimiento, si así lo autorizan las partes o todos los miembros del tribunal arbitral.

#### **Artículo 56.- TRANSACCIÓN**

Si durante las actuaciones arbitrales, las partes llegan a una transacción que resuelva el litigio, el tribunal dará por terminada las actuaciones y, si lo piden ambas partes, el tribunal arbitral hará constar tal situación y la transacción misma en forma de laudo arbitral en los términos convenidos por las partes.

Este laudo tiene la misma naturaleza y efecto que cualquier otro laudo dictado sobre el fondo del litigio. Deberá llenar las mismas formalidades que prescribe la presente Ley sobre la forma y contenido de los laudos.

#### **Artículo 57.- FORMA Y CONTENIDO DEL LAUDO**

El laudo se dictará por escrito dentro del plazo establecido por las partes, o en su defecto, en un plazo máximo de seis meses contados a partir de la integración del tribunal arbitral y será firmado por el árbitro o los árbitros que han conocido del asunto. En actuaciones arbitrales con más de un árbitro, bastarán las firmas de la mayoría de los miembros del tribunal arbitral para que haya resolución, siempre se dejará constancia de las razones de la falta de una o más firmas. Cualquier árbitro podrá razonar su voto.

El laudo del tribunal arbitral deberá ser motivado, a menos que las partes hayan convenido en otra cosa o que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes en la transacción que resuelva el litigio, al tenor del artículo 56 de la presente Ley.

Se deberá dejar constancia en el laudo la fecha que ha sido dictado y el lugar del arbitraje. El laudo se considerará dictado en el lugar convenido libremente por las partes o por el tribunal arbitral en caso de no haber acuerdo al respecto.

Después de dictado el laudo, el tribunal lo notificará a cada una de las partes mediante entrega de una copia firmada por los árbitros de acuerdo con lo establecido en la presente Ley.

#### **Artículo 58.- TERMINACIÓN DE LAS ACTUACIONES**

Las actuaciones arbitrales terminan con el laudo definitivo.

El tribunal arbitral podrá también ordenar la terminación de las actuaciones arbitrales cuando el demandante retire su demanda, a menos que el demandado se oponga a ello y el tribunal arbitral reconozca un legítimo interés de su parte en obtener una resolución definitiva del litigio.

Así mismo, se declarará por el tribunal arbitral la terminación de las actuaciones cuándo las partes lo pidan en ese sentido o cuando el tribunal arbitral compruebe que la continuación de las actuaciones resultaría innecesaria o imposible.

El tribunal arbitral cesará en sus funciones al terminar las actuaciones arbitrales, salvo las correcciones

e interpretaciones del laudo y del laudo adicional que cualquiera de las partes pidan con notificación a la otra y dentro del plazo de quince días siguientes a la recepción del laudo.

El Recurso de Nulidad es el único recurso contra un laudo arbitral cuando corresponda y cuando así lo solicite una de las partes de acuerdo a lo establecido en la presente Ley.

**Artículo 59.- NOTIFICACIÓN DEL LAUDO.**

El laudo será notificado a las partes por el tribunal arbitral, a más tardar cinco días después de dictado bajo las formalidades y requisitos establecidos en la presente Ley.

**Artículo 60.- CORRECCIÓN E INTERPRETACIÓN DEL LAUDO Y LAUDO ADICIONAL**

Salvo acuerdo contrario de las partes, dentro de los quince días siguientes a la recepción del laudo cualquiera de las partes podrá, con notificación a la otra, pedir al tribunal arbitral que corrija en el laudo cualquier error de cálculo, de copia o tipográfico o cualquier otro error de naturaleza similar.

El tribunal arbitral podrá corregir cualquier error por su propia iniciativa dentro de los quince días siguientes a la fecha del laudo.

Si así lo acuerdan las partes, cualquiera de ellas podrá, con notificación a la otra y dentro de un plazo de quince días, pedir al tribunal arbitral que dé una interpretación sobre un punto o una parte concreta del laudo. Si el tribunal arbitral estima justificado el requerimiento, efectuará la corrección o dará la interpretación dentro de los quince días siguientes a la recepción de la solicitud. La interpretación formará parte del laudo.

Salvo acuerdo contrario de las partes, dentro de los quince días siguientes a la recepción del laudo, cualquiera de las partes, con notificación a la otra parte, podrá pedir al tribunal arbitral que dicte un laudo adicional respecto de reclamaciones formuladas en las actuaciones arbitrales, pero emitidas del laudo. Si el tribunal arbitral estima justificado el requerimiento, dictará el laudo adicional dentro de un plazo máximo de quince días.

El tribunal arbitral podrá prorrogar, de ser necesario, el plazo en el cual efectuará una corrección, dará una interpretación o dictará un laudo adicional.

Los requisitos de forma y contenido del laudo, se aplicará a las correcciones o interpretaciones del laudo o a los laudos adicionales, en su caso.

**CAPÍTULO VII**

**IMPUGNACIÓN DEL LAUDO**

**Artículo 61.- EL RECURSO DE NULIDAD COMO ÚNICO RECURSO CONTRA UN LAUDO ARBITRAL**

Contra un laudo arbitral sólo podrá recurrirse ante la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia mediante un recurso de nulidad dentro del término de quince días contados a partir de la notificación del laudo o de resuelta la corrección o interpretación del laudo.

El laudo arbitral sólo podrá ser anulado por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia cuando:

1) La parte que interpone la petición pruebe:

a) Que una de las partes en el acuerdo de arbitraje, estaba afectada por alguna incapacidad que vició su voluntad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado el laudo;

b) Que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos;

c) Que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje; no obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, sólo se podrán anular estas últimas; o

d) Que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición de esta Ley de la que las partes no pudieran apartarse o, falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta Ley.

2) O cuando el tribunal compruebe:

a) Que según la ley de este Estado, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o

b) Que el laudo es contrario al orden público del Estado nicaragüense.

También se declarará nulo un laudo arbitral cuando este no se haya dictado dentro del plazo establecido por las partes o en su defecto según lo establecido en la presente Ley.

El tribunal, cuando se le solicite la anulación de un laudo, podrá suspender las actuaciones recurridas de nulidad, cuando corresponda y cuando así lo solicite una de las partes, por un plazo que determine a fin de dar al tribunal arbitral la oportunidad de reanudar las actuaciones arbitrales o de adoptar cualquier otra medida que a juicio del tribunal arbitral elimine los motivos para la petición de nulidad.

## **CAPÍTULO VIII**

### **RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN**

Un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se haya dictado, será reconocido como vinculante y, tras la presentación de una petición por escrito al tribunal competente, será ejecutado en conformidad con las disposiciones establecidas en la presente Ley y demás leyes de la materia.

La parte que invoque un laudo o pida su ejecución deberá presentar el original del laudo debidamente autenticado o copia debidamente certificada del mismo, y el original del acuerdo de arbitraje, o copia debidamente certificada del mismo. Si el laudo o el acuerdo no estuvieran redactados en el idioma oficial de este Estado, la parte deberá presentar una traducción debidamente certificada a este idioma de dichos documentos.

#### **Artículo 63.- MOTIVOS PARA DENEGAR EL RECONOCIMIENTO O LA EJECUCIÓN**

Sólo se podrá denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral, cualquiera sea el país en que se haya dictado a instancia de la parte contra la cual se invoca, cuando esta parte pruebe ante el tribunal competente del país en que se pide el reconocimiento o la ejecución, las siguientes circunstancias:

1) Que una de las partes en el acuerdo de arbitraje, estaba afectada por alguna incapacidad que vició su voluntad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado el laudo.

2) Que la parte contra la cual se invoca el laudo no ha sido debidamente notificada de la designación

de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.

3) Que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje; no obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no están, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras.

4) Que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que no se han ajustado a la ley del país donde se efectuó el arbitraje; o

5) Que el laudo no es aún obligatorio para las partes o ha sido anulado o suspendido por un tribunal del país en que, o conforme a cuyo derecho, ha sido dictado ese laudo.

También se podrá denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral, cualquiera sea el país en que se haya dictado, a instancia de la parte contra la cual se invoca cuando el tribunal compruebe:

1) Que según la ley de este Estado, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje.

2) Que el reconocimiento o la ejecución del laudo serían contrarios al orden público de este estado.

Si se ha pedido a un tribunal jurisdiccional, la nulidad o la suspensión del laudo, el tribunal al que se pide el reconocimiento o la ejecución podrá, si lo considera procedente, aplazar su decisión y podrá también ordenar a la otra parte que dé garantías apropiadas, todo a instancia de la parte que pida el reconocimiento o la ejecución del laudo.

## **CAPÍTULO IX**

### **DE LA REMUNERACIÓN**

#### **Artículo 64.- REMUNERACIÓN**

Los centros de arbitraje o los árbitros en su caso, podrán exigir a las partes la provisión de fondos necesaria para atender los honorarios de los árbitros y los gastos que puedan producirse en la administración y tramitación del arbitraje, en el monto, tiempo y bajo las condiciones que se hayan pactado previamente en el convenio de arbitraje. Los centros de arbitraje en su reglamento interno podrán establecer la cuantía y forma de pago de los honorarios de los árbitros, del centro de arbitraje mismo, y demás costos y gastos propios del trámite arbitral, siendo de obligatorio cumplimiento para las partes una vez que cada una de ellas lo haya aceptado así expresamente en el respectivo acuerdo arbitral.

#### **Artículo 65.- DE LA CONDENATORIA EN COSTAS DE SU FORMA DE PAGO**

El tribunal arbitral podrá condenar a la parte perdedora al pago de las costas, que incluyen gastos de administración del proceso arbitral, honorarios de árbitros y de los asesores legales de la parte a favor de la cual se emitió la resolución del laudo arbitral, cuando así lo haya solicitado cualquiera de las partes en su escrito de demanda o de contestación o de contra demanda o reconvención.

Excepto si se decreta especial condenatoria en costas, los honorarios de los árbitros serán pagados, en montos iguales, por las partes del proceso.

**TÍTULO CUARTO**

**DE LA ORGANIZACIÓN Y CONSTITUCIÓN DE INSTITUCIONES DEDICADAS A LA ADMINISTRACIÓN DE MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS**

**Artículo 66.- CONSTITUCIÓN Y ORGANIZACIÓN DE ENTIDADES**

Podrán constituirse y organizarse entidades dedicadas a la administración institucional de procesos de mediación y arbitraje, a título oneroso o gratuito.

**Artículo 67.- DE LA ACREDITACIÓN DE LAS ENTIDADES**

Las personas naturales o jurídicas que administrarán institucionalmente mecanismos alternos de solución de controversias regulados por esta Ley, deberán acreditarse ante la Dirección de Resolución Alternativa de Conflictos (DIRAC), adscrita a la Corte Suprema de Justicia. Asimismo, la Dirección de Resolución Alternativa de Conflictos (DIRAC), remitirá sin costo alguna información de las acreditaciones efectuadas, a la Cámara de Comercio de Nicaragua y pondrá a disposición del público toda información sobre los organismos ante ella acreditados.

Cuando después de transcurrido el plazo anterior no se hubiere dictado y notificado resolución alguna al respecto, el silencio de la DIRAC tendrá valor positivo y en consecuencia se interpretará como favorable al solicitante.

Solamente las personas naturales o jurídicas, acreditadas ante la Dirección de Resolución Alternativa de Conflictos (DIRAC), están autorizadas para funcionar como Centros de Mediación y/o Arbitraje. Para efecto de desarrollo en el ejercicio de sus funciones, los árbitros y mediadores internacionales, deberán cumplir con el requisito de la acreditación ante la Dirección de Resolución Alternativa de Conflictos (DIRAC).

Para efectos de proceder a la acreditación correspondiente, deberán cumplir con los siguiente requisitos:

1) Persona Jurídica:

Solicitud en papel común expresando:

- a) Nombre de la razón social.
- b) Indicación exacta de su domicilio.
- c) Nombre y apellido del representante legal.
- d) Adjuntar copia de documento de identificación del representante legal.
- e) Adjuntar testimonio en original de escritura pública de constitución y estatutos de la persona jurídica solicitante.
- f) Adjuntar certificación de acta de la Junta Directiva autorizando al representante legal que gestione la acreditación.

2) Personas naturales:

Solicitud en papel común expresando:

- a) Nombre y generales del solicitante

b) Indicación exacta de su domicilio

c) Copia de documento de identificación.

Tanto las personas naturales como las personas jurídicas además deberán acompañar con solicitud, acreditación la siguiente información:

1. declaración de contar con la infraestructura física adecuada conforme las especificaciones que a tal efecto dicte el ente acreditador.
2. Organigrama de Funcionamiento el que deberá contener al menos: a) Director; b) Secretaría; c) Lista de mediadores y de árbitros.
3. Copia de los Reglamentos de Procedimiento de cada uno de los mecanismos de solución de controversias que administran. Así mismo, deberán declarar y contraer la obligación de mantener correctamente actualizados a sus mediadores y árbitros, garantizando un programa permanente de capacitación de obligatorio cumplimiento para los mismos.
4. Copia de las normas de ética para cada uno de los mecanismos de solución alternativos de controversias que administran, por las que se regirán los mediadores y árbitros, y las sanciones en que incurrirán en caso que fuesen violentadas.
5. Lista de mediadores y árbitros correspondiente con el tipo de mecanismos alternativos de solución de controversias que administran.
6. Documento de identificación, currículum y atestado que respalden y acrediten que los mediadores y árbitros que integran las listas cuentan con capacitación suficiente y adecuada en métodos alternos de solución de controversias.
7. Tarifas por concepto de gastos de administración y de honorarios de los mediadores y árbitros.

Presentados los requisitos anteriores, la Dirección de Resolución Alternativa de Conflictos (DIRAC) procederá sin más trámite, en un plazo no mayor de quince días hábiles, a extender la correspondiente constancia de acreditación.

Las entidades así acreditadas deberán renovar y actualizar su acreditación cada año.

**Artículo 68.- DE LAS PUBLICIDAD DE LAS ENTIDADES INSTITUCIONALES DEDICADAS A LA ADMINISTRACIÓN DE MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS.**

La constancia de acreditación, estatutos, reglamento, normas de ética, listas de mediadores y árbitros, tarifas administrativas, honorarios y gastos, de las entidades dedicadas a la administración de mecanismo de solución alterna de controversias, deberán publicarse en cualquier diario de circulación nacional dentro de los quince días posteriores a la acreditación, sin perjuicio de su posterior publicación en La Gaceta, Diario Oficial. Los documentos antes enunciados también deberán estar a disposición del público en cada una de las entidades acreditadas.

Se reconoce las existencias de las entidades públicas y privadas que a la fecha se han venido dedicando a la administración de este tipo de mecanismos, quienes en lo sucesivo se sujetarán a lo establecido en la presente Ley. En el caso de las entidades privadas estas deberán llenar los requisitos que establece el presente ordenamiento jurídico para continuar operando como tales.

**TÍTULO QUINTO**

**DISPOSICIONES FINALES**

**CAPÍTULO I**

**DISPOSICIONES VARIAS**

**Artículo 69.- DISPOSICIONES VIGENTES**

Quedan vigentes las disposiciones relacionadas con la mediación y el arbitraje establecidas en las siguientes leyes de la República 1) Ley de la Propiedad Reformada Urbana y Agraria, Ley 278 y su reglamento; 2) Lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley 260 relativo a la mediación judicial; 3) Lo dispuesto en la Ley 138, Ley de la Disolución del vínculo matrimonial por Solicitud por una de las partes y sus reformas; 4) Las disposiciones relativas a la mediación en materia penal contenidas en el Código Procesal Penal. 5) Lo dispuesto en el Código del Trabajo relativo a la conciliación en materia laboral.

Los procesos establecidos en los artículos 147, 180, y 334 del Código de Comercio vigente se registrarán por lo establecido por la presente Ley.

**Artículo 70.- REFORMATORIAS**

Se reforma el numeral 9 del artículo 20 de la Ley 306, Ley de Incentivos para la Industria Turística de la República de Nicaragua, publicada en La Gaceta, Diario Oficial, No. 117 del día 21 de junio del año 1999, la cual se leerá así:

"Artículo 20.- Inc. 9. Toda persona que se acoja a la presente Ley, estará obligada a:

Someter las diferencias a la jurisdicción de los tribunales nacionales, no obstante, si las partes lo acuerdan, podrán acogerse a lo dispuesto en la Ley de Mediación y Arbitraje vigente en la República de Nicaragua."

**Artículo 71.- DEROGATORIAS**

Se deroga el título XIII del Libro Tercero del Código de Procedimiento Civil de Nicaragua.

El literal p) del artículo 2 y los artículos 11, 12, 13, 14, 15 y 16 de la Ley General sobre Cámaras de Comercio, publicado en La Gaceta, Diario Oficial No. 197 del 3 de Septiembre de 1934.

**Artículo 72.- VIGENCIA DE LA PRESENTE LEY**

La presente Ley entrará en vigencia sesenta días después de su publicación en cualquier diario de circulación nacional sin perjuicio de su posterior publicación en La Gaceta, Diario Oficial.

Dada en la ciudad de Managua, en la Sala de Sesiones de la Asamblea Nacional, a los veinticinco días del mes de mayo del año dos mil cinco. **RENÉ NUÑEZ TÉLLEZ**, Presidente de la Asamblea Nacional.-  
**MARIA AUXILIADORA ALEMAN ZEAS**, Secretaria de la Asamblea Nacional.

Por tanto: Téngase como Ley de la República, publíquese y ejecútense. Managua, veintiuno de Junio del año dos mil cinco. **ENRIQUE BOLAÑOS GEYER**, Presidente de la República.

## **JURISPRUDENCIA**

# Comentarios al décimo laudo arbitral del Mercosur : Algunas reflexiones sobre la uniformidad de interpretación en el sistema de solución de controversias en el Mercosur

---

*Laura Aguzin, Argentina*

Profesora, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral y de Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Santa Fe.

## 1. Introducción.

El 05 de agosto de 2005 el Tribunal Arbitral Ad Hoc MERCOSUR emitió su laudo en la controversia entre la República Oriental del Uruguay (parte reclamante) y la República Federativa del Brasil (parte reclamada) sobre medidas discriminatorias y restrictivas al comercio de tabaco y productos derivados del tabaco. El laudo en análisis resulta ser el décimo laudo emitido en el sistema de MERCOSUR y con aplicación del Protocolo de Brasilia (en adelante “X Laudo”. Presenta una serie de aspectos significativos para su estudio, reflexión y debate. Entre estos aspectos se pueden señalar los referidos a la interpretación del art. 19 del Protocolo de Brasilia, a la creación de una doctrina de precedentes, al rol de las negociaciones previas en el procedimiento creado por el Protocolo, a la definición de lo que es una controversia y a la delimitación de su objeto, entre otros. Las siguientes reflexiones subrayan el tratamiento de estos temas a partir de su vinculación con marcos conceptuales generales.

## 2. Procesos de Integración y Sistemas de Solución de Controversias.

En el derecho internacional actual han proliferado distintos foros internacionales que para la solución de controversias de diverso orden. Así, hoy, el sistema de la Corte Internacional de Justicia no es el único, pues hay que incluir una serie de tratados que prevén sistemas especiales de solución que están marcando una tendencia de especialización en la solución de controversias<sup>1</sup>. Así las cuestiones de medio ambiente, la Convención del Mar, los tribunales penales internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda, la Corte Penal internacional, los tratados sobre derechos humanos, los tratados sobre derecho económico internacional, entre otros.

En los procesos de integración en particular, la doctrina coincide en subrayar la importancia que revisten los sistemas de solución de controversias. Los procesos generan cambios que exigen adecuaciones que benefician a unos y perjudican a otros, que modifican reglas de juego, conductas e idiosincrasias. Como toda crisis de cambio la integración, a la vez que multiplica los enfrentamientos, debe disponer los mecanismos para solucionarlos de forma que se mantengan los equilibrios, se afirme el proceso y pueda brindar satisfacción a cada una de sus partes sin desatender por ello el interés de conjunto<sup>2</sup>. Para ello se han estructurado órganos de naturaleza jurisdiccional aunque frecuentemente se mantengan - como instancia previa- los procedimientos político diplomáticos. Los procesos de integración más avanzados (o en algunos casos, simplemente más ambiciosos) han creado sistemas jurisdiccionales comunitarios, el claro ejemplo es la Unión Europea. Otros, manteniendo un procedimiento jurisdiccional, optaron por una solución arbitral. En otros casos se combinaron los medios de resolución

---

<sup>1</sup> Travieso, Juan Antonio. “El Derecho Internacional del Siglo XXI. Primera Parte (1999)”. Colección de Análisis Jurisprudencial. Derecho Internacional Público. *La Ley*. Agosto 2004. El autor plantea sus reflexiones a partir del ensanchamiento del campo operativo del derecho internacional actual cuantitativa y cualitativamente, y a la par la especialización de los mecanismos de resolución de conflictos en ese derecho internacional

<sup>2</sup> Arbuet Vignali, Heber. *Claves Jurídicas de la Integración*. Rubinzal Culzoni. Santa Fe. Febrero 2004.

de conflictos político diplomáticos con el arbitraje. O se recurrió simplemente a los mencionados en primer lugar (político diplomáticos). O finalmente, pese a los graves inconvenientes que ello genera, hubo procesos en los cuales no se previó ningún sistema de solución de controversias, tal es el caso de ALALC y ALADI. La elección de la mejor opción debe guardar coherencia con el sistema jurídico que le sirve de base y no perder de vista el objetivo del proceso al que está destinado a brindarle un mecanismo de solución de controversias.

### **3. Apuntes sobre la evolución del Sistema de Solución de Controversias en el MERCOSUR.**

En el MERCOSUR, la estructura orgánica contenida para llevar adelante la idea de integración durante el período de transición fue muy simple. El Tratado de Asunción de 1991 instituyó el Consejo Mercado Común (CMC), el Grupo Mercado Común (GMC) y la Secretaría y el Anexo III previó un sistema de solución de controversias a cargo del CMC y del GMC, pudiendo éstos constituir paneles de expertos y peritos. En este sistema, rudimentario por cierto, se privilegiaban las negociaciones directas. Además, no se había previsto plazos para alcanzar una solución o para la continuación del procedimiento, entre otras debilidades. Según algunos autores las controversias podían quedar sin resolver si las partes no acordaban pasar al estadio siguiente<sup>3</sup>.

Una vez superado este primer paso, surgían otras dificultades, dado que el carácter intergubernamental del órgano interviniente - el Grupo Mercado Común - que precisamente en razón de ese carácter, decide por consenso. Las disposiciones potencialmente más efectivas del Anexo eran aquellas que establecían la posibilidad de convocar paneles de expertos o grupos de peritos. Claro que aquí se podrían señalar otras dificultades, tales como su convocatoria no era preceptiva y sus dictámenes eran meras recomendaciones. Y aún cuando el GMC adoptara la recomendación del panel, su resolución no tenía naturaleza jurídica vinculante. Todas estas debilidades del sistema y su precariedad llevó a algunos autores a hablar de la “inoperancia del mecanismo”.<sup>4</sup>

Con posterioridad, el 22.04.1993, entró en vigor el Protocolo de Brasilia. Luego, el Protocolo de Ouro Preto (1994) mantuvo este sistema de solución de controversias (art. 43) y previó un procedimiento general de reclamaciones ante la Comisión de Comercio MERCOSUR (CCM). Ello llevó a pensar que lo transitorio se estaba convirtiendo en definitivo.<sup>5</sup> Sin duda, el Protocolo de Brasilia implicó un intento de mejorar la situación descrita en los párrafos anteriores respecto del Anexo III. El Protocolo estableció un procedimiento para la solución de controversias entre Estados miembros, un tímido sistema respecto de los reclamos de los particulares a un estado pero nada previó para el caso de solución de controversias entre particulares o de eventuales conflictos de intereses entre los órganos del proceso o entre éstos y los estados o particulares. El Protocolo, al igual que el Anexo III, prescribió como primer paso las negociaciones directas. Sin embargo, le introdujo algunas importantes mejoras, fijó plazo y dispuso que un solo estado -vencido el plazo- planteé la controversia ante el GMC, es decir continúe con el procedimiento.

El paso siguiente era la intervención del GMC. Respecto del Anexo, los avances fueron: la reducción del plazo para intervenir y, ante la persistencia de la controversia, la apertura de una instancia jurisdiccional. El establecimiento del arbitraje en el proceso de integración MERCOSUR fue de gran

---

<sup>3</sup> Arbuet Vignali, interpretó que la controversia podía quedar sin resolver por cuanto de acuerdo al texto se necesitaba acuerdo de partes y por lo demás esta era también la solución del derecho internacional en general. Por el contrario, Perez Ortermin sostuvo que cualquiera de los estados podía presentar el caso ante el GMC por sí solo y luego de un plazo prudencial, ello pues la interpretación contraria sería puramente literal y la intención de los autores debió ser la de dejar avanzar el procedimiento.

<sup>4</sup> Magariños, Gustavo. *Uruguay en el MERCOSUR*. Montevideo, 1991, pp 93/96.

<sup>5</sup> Perez Ortermin, Jorge. *El Mercado Común del Sur*. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo, 1994.

importancia. Se creó un procedimiento de naturaleza jurisdiccional. Además, obligatorio y que podía instarse unilateralmente. Como procedimiento arbitral, culminaba con un laudo obligatorio y se previeron sanciones en caso de incumplimiento del laudo. En el marco del Protocolo de Brasilia y de su Reglamento (aprobado por Decisión CMC N° 17/98) fueron dictados diez laudos arbitrales. Actualmente, el sistema de solución de controversias en el MERCOSUR se encuentra regulado por el Protocolo de Olivos firmado el 18.02.2002 y vigente desde el 01.01.2004.

A pesar de que el X Laudo fue dictado el 05.08.2005 –ya vigente el Protocolo de Olivos- en virtud de la aplicación del art. 50 le correspondió el procedimiento previsto en el Protocolo de Brasilia, por lo que el análisis se circunscribe a éste. El Protocolo de Olivos introdujo novedades en el sistema de solución de controversias, que fueron objeto de alabanzas y críticas. Una descripción y análisis detallado de este Protocolo excede ampliamente los límites de este trabajo. No obstante, se señala que la novedad más saliente fue la creación de un Tribunal Permanente de Revisión. El objetivo primordial de éste es la búsqueda de una interpretación homogénea de las normas que conforman el plexo jurídico normativo del MERCOSUR .

En conclusión, sin duda el sistema de solución de controversias en el MERCOSUR se ha ido perfeccionando a través del tiempo. De la evolución rápidamente descrita puede inferirse una fuerte opción por las negociaciones directas y el consenso, ya sea a través de las negociaciones mismas como de la intervención del GMC, al menos -y en lo que interesa al X Laudo- hasta la adopción del Protocolo de Olivos. Pero además, también se advierte esta preponderancia en la creación, desde el Anexo mismo, de un procedimiento concatenado. Ello, como se verá, tiene importantes consecuencias.

#### **4. Hacia una construcción conceptual homogénea: la doctrina del precedente.**

Desde la doctrina, una de las críticas más salientes al arbitraje lo fue siempre la falta de homogeneidad de sus decisiones a partir de su naturaleza “ad hoc”. O, en otras palabras, que similar controversia sobre idéntico texto pero con otros estados partes y otro tribunal arbitral, el laudo difiera del precedente. Ambos laudos serán obligatorios, para cada uno de los estados partes en cada una de las respectivas controversias. Este fue uno de los temores de los juristas de los distintos estados partes en el MERCOSUR. Este fue también uno de los objetivos que motivaron la creación del Tribunal Permanente de Revisión en el Protocolo de Olivos.

Sin embargo, en la lectura de este X Laudo se advierte en reiteradas oportunidades, la remisión al precedente. No es ésta una novedad de este laudo, ya que desde anteriores laudos se venía advirtiendo esta tendencia que parece consolidarse con cada nuevo laudo. Ello permite pensar, alejando los temores iniciales, en una “doctrina del precedente” en el ámbito de solución de controversias en el MERCOSUR.

Un iter en esta doctrina del precedente lo constituye la interpretación del art. 19 del Protocolo de Brasilia. El art. 19 establece las fuentes del derecho del MERCOSUR que deberá aplicar todo Tribunal Arbitral en la solución de controversias. Su primer párrafo prescribe que: el Tribunal Arbitral decidirá la controversia sobre la base de las disposiciones del Tratado de Asunción, de los acuerdos celebrados en el marco del mismo, de las Decisiones del CMC, resoluciones del GMC (a las que se agregan las directivas de la Comisión de Comercio de MERCOSUR con el Protocolo de Ouro Preto), como así también de los principios y disposiciones de derecho internacional aplicables en la materia. Como primera piedra en la construcción de un marco conceptual adecuado y en la doctrina de los precedentes, se destaca el Laudo I. En éste el Tribunal sostuvo que el Tratado de Asunción y las demás normas que configuran el sistema de integración incluyen algunas disposiciones que fijan objetivos y principios, otras crean órganos y finalmente algunas operativas que tienen efecto dinamizador. Resulta destacable que el Tribunal haya sostenido que el MERCOSUR constituye un conjunto normativo. Ello

ha llevado a algunos estudiosos a sostener que se trata de una vía interpretativa “pro comunitaria”<sup>6</sup>. Sin embargo, podría pensarse en un método de interpretación adecuado a sistemas normativos complejos que presentan una unidad en sus fines y objetivos. Nótese, además, que el primer laudo aclaró expresamente que el conjunto normativo refiere a un proceso de integración que no ha adoptado elementos de supranacionalidad. Despejando así confusiones conceptuales de larga data y motivo de arduos debates y discusiones.

Por otra parte, algunos autores habían manifestado en su oportunidad, que el art. 19 era taxativo y el Tribunal debía resolver el caso aplicando esa normativa sin poder recurrir a otras fuentes. No todos coincidían en esta opinión. La textura abierta de la norma en su parte final parecería sugerir lo contrario a una enumeración taxativa y cerrada.

En virtud de la última parte del art. 19.1, además de la normativa específica del MERCOSUR, los Tribunales Arbitrales están obligados a observar, en la medida que sean aplicables a la materia en conflicto, las normas y principios de derecho internacional (conf. Laudo Arbitral sobre Prohibición de Neumáticos Remoldeados Procedentes de Uruguay, 09.01.2002, Laudo VI; Laudo Arbitral sobre Restricciones al Mercado Argentino de Bicicletas de Origen Uruguayo, 29.09.2003, Laudo V; y el objeto de estas líneas, X Laudo).

El X Laudo se vale de esta expresión de la norma para determinar si existía o no “controversia” en el caso. Para definir la existencia de una controversia en el caso, el Tribunal expresó que parte de la aplicación de criterios emanados del “derecho internacional consuetudinario y avalados por la jurisprudencia internacional”. Así, dijo que es posible identificar una controversia entre estados sobre la base de desacuerdos o puntos de vista opuestos respecto de la existencia de un derecho o una obligación. Fundó sus dichos en el Laudo Arbitral del MERCOSUR sobre “Aplicación Medidas de Salvaguardia sobre Productos Textiles (Res. 861/99) del Ministerio de Economía y el Ministerio de Obras y Servicios Públicos”, 10.03.00, Laudo III; en el caso de las “Concesiones Movrammatis en Palestina”, T.P.J.I., Serie A Nº 2, p.11; C.I.J. en el caso “Camerún Septentrional”, 1963; entre otros. El Tribunal Permanente de Justicia Internacional dijo: “Una controversia es un desacuerdo sobre un punto de hecho o derecho, una contradicción, una oposición de tesis jurídicas o de intereses entre dos personas”.

Se debería entender que la mención a intereses versus tesis jurídicas –dado que el nexo o es disyuntivo– lo fue al sólo efecto residual, es decir todo lo que no es jurídico es interés, puesto que en una tesis jurídica siempre hay un interés determinado comprometido. Ello es de la esencia del derecho. Remiro Brottons<sup>7</sup> sostuvo que la resolución del Tribunal Permanente determina el presupuesto necesario, pero no suficiente dado que la contradicción, el conflicto ha de exteriorizarse, manifestarse. En el Asunto del Sudoeste Africano (1962) el juez G. Fitzmaurice –integrante de la Corte Internacional de Justicia– expresó que para que exista una controversia “... es preciso que una de las partes formule o hay formulado, a propósito de una acción, omisión o comportamiento, presente o pasado de la otra, una queja, pretensión o protesta cuya validez ésta impugna, rechaza o niega, expresa o implícitamente al persistir en la acción, omisión o comportamiento incriminado ...”. En el caso, el Laudo no alcanzó a explicitar la exteriorización en cuanto tal. Sin embargo, ello podría inferirse de las citas jurisprudenciales y de la delimitación del objeto de la controversia, o quizás lo consideró implícito o presupuestos en ellos.

Por otro lado, se podrían expresar algunas dudas conceptuales respecto del alcance de la expresión utilizada por el Tribunal “criterios emanados del derecho internacional consuetudinario y avalados por la jurisprudencia internacional”, sólo zanjadas por el encuadramiento normativo en la última parte del

<sup>6</sup> Alvarez, Gonzalo. “El primer Laudo del MERCOSUR”, en *El MERCOSUR y los laudos arbitrales*, Capítulo VIII, Travieso, J.A., *ob.cit.* pp. 103/122 y sus citas.

<sup>7</sup> Remiro Brottons, Antonio. *Derecho Internacional Público I. Principios Fundamentales*. Ed. Tecnos. Madrid. 1982.

art. 19.1. del Protocolo de Brasilia. Esta expresión abierta del art. 19.1 mencionado fue reiterada en el Protocolo de Olivos. Algunos autores insistieron en su disconformidad y críticas. Sin embargo, es necesario recordar que la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados adopta una similar disposición cuando enuncia las reglas de interpretación. Así el art. 31 inc. 2 c) prescribe que el contexto de un tratado a los fines de su interpretación incluye a “toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”. A lo que se suma la reiterada remisión de los Tribunales Arbitrales a las reglas de interpretación contenidas precisamente en dicha Convención y en las normas consuetudinarias que surgen de ella o a ella dieron lugar.

### **5. La aparición de divergencias reales y aparentes: la importancia de las circunstancias del caso.**

Pero no todo es uniformidad, y precisamente la cuestión relativa al “objeto de la controversia” parecería ser una de aquellas donde se han manifestado divergencias. El X Laudo, luego de concluir en la existencia de una controversia, para determinar el objeto de esa controversia recurre a las posiciones asumidas por las partes en las etapas previas. Parecería que el recurso a las etapas previas en este laudo lo fue debido a la falta de respuesta de Brasil en el procedimiento arbitral. Sin embargo, de conformidad a lo expuesto a continuación en el mismo laudo y en la remisión a laudos anteriores, las etapas previas no sólo tendrían efecto en el cumplimiento de etapas procesales que hacen avanzar el proceso, sino también en la traba de la litis. Remitiéndose al Laudo Arbitral sobre Subsidio a la Producción y Exportación de Carne de Cerdo (Laudo I) afirmó que: “... Si el objeto de la controversia ha quedado fijado en la etapa de negociaciones diplomáticas, a partir de entonces ya no pude haber modificación del objeto de la litis, por las partes involucradas”. Y concluyó que si se admitiera en la fase arbitral reclamaciones no alegadas en la fase anterior, se estaría aceptando que se pueda obviar la fase diplomática para ir directamente a la fase arbitral.

Según algunos autores, la definición del objeto de la controversia es una cuestión sobre la que ha existido “divergencia jurisprudencial” en los distintos laudos. En este sentido afirman que mientras que los Laudos III y VI entendieron que el objeto de la controversia, según el sistema establecido en el Protocolo de Brasilia y en el Anexo al Protocolo de Ouro Preto, queda configurado por las alegaciones de cada una de las partes realizadas tanto en las etapas prearbitrales como también las efectuadas ante el propio tribunal arbitral; los Laudos I, II, IV y IX mantuvieron por el contrario, que aquél queda determinado sólo por los argumentos y pretensiones hechas valer por las Partes en las fases previas del procedimiento, no pudiendo ampliarse en ocasión de la intervención ante el Tribunal Arbitral. El Artículo 28 del Reglamento del Protocolo de Brasilia expresaba: "El objeto de la controversia entre Estados y de los reclamos iniciados a solicitud de los particulares quedará determinado por los escritos de presentación y respuesta, no pudiendo ser ampliado posteriormente". “El texto de este Artículo, interpretado de buena fe y de conformidad con el objeto y fin del tratado que lo contiene, claramente expresa que la Parte Reclamante y la Parte Reclamada determinarán el objeto de la controversia hasta y no mas allá de la presentación de los escritos de reclamación y respuesta ante el Tribunal Arbitral Ad-Hoc”. (Conforme Laudo Arbitral sobre "Aplicación de Medidas de Salvaguardia sobre Productos Textiles (Res. 861/99) del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos"; y Laudo Arbitral sobre "Aplicación de Medidas Antidumping contra la exportación de pollos enteros provenientes del Brasil", según cita del Laudo VI). El último de los Laudos mencionados continúa diciendo que elementales principios de lógica jurídica y razonabilidad imponen, frente a cada caso particular, el apreciar sí, en razón de la intensidad y alcances de las negociaciones diplomáticas, como paso previo necesario para recurrir al arbitraje, las Partes han fijado el objeto de la controversia. En el caso, el Tribunal entendió que no había sido fijado en las etapas previas. Y agregó que por otra parte, es evidente que todo Tribunal Arbitral dentro del sistema MERCOSUR, deberá cotejar que el objeto de la controversia materia del procedimiento arbitral, se encuentre comprendido y directamente relacionado con las temáticas discutidas en la etapa previa de negociaciones diplomáticas.

Sin negar los enfrentamientos dogmáticos a que hacen referencia algunos autores<sup>8</sup>, quizás sería necesario deslindar las cuestiones conceptuales de las circunstancias particulares que en cada uno de los casos pudieron haber influido en la determinación del objeto de la controversia. Ello podría llevar a relativizar algunas aristas de la divergencia.

Para concluir, nótese que el Protocolo de Olivos incluyó una disposición expresa al respecto. En efecto, el art. 14 al prescribir la determinación del objeto de la controversia parecería haber tenido en cuenta el mencionado Laudo VI pues si bien la traba de la litis se da ante el Tribunal Arbitral, el planteamiento debe basarse en las cuestiones consideradas en las etapas previas.

## **6. Reflexión final.**

La definición de un sistema adecuado de solución de controversias en un proceso de integración resulta de fundamental importancia. Desde la doctrina, los laudos arbitrales y la evolución normativa misma – quizás en diferentes momentos o con distinto grado de intensidad- en el proceso de integración MERCOSUR se mostró una tendencia a la búsqueda de un sistema de solución de controversias que garantice la interpretación uniforme de las reglas comunes propias del proceso de integración. Los diferentes laudos arbitrales trataron de construir un marco conceptual homogéneo a partir de la doctrina del precedente, es decir de la remisión constante a los laudos anteriores. En ello jugó un papel fundamental el primer laudo del MERCOSUR. Pero pese a esta búsqueda, han subsistido algunas divergencias. A veces estas divergencias reales sin duda en el plano doctrinario, no hacían más que traducir la necesidad de tener en cuenta en la aplicación de la norma, las circunstancias del caso concreto. Es decir que como no siempre estas divergencias son reales, ello amerita un pormenorizado análisis de las circunstancias puntuales que motivaron la emisión de cada uno de los laudos. El X Laudo no hace más que confirmar las tendencias apuntadas en los párrafos anteriores, al menos en las aristas seleccionadas para su análisis.

Como reflexión final resta apuntar que el estudio de los laudos resulta de fundamental importancia para tratar de perfeccionar la construcción del sistema jurídico e institucional del proceso. Todo ello teniendo en cuenta que el MERCOSUR ha dado señales de resurrección luego de varios años de profundo deterioro. Y la opción no es menor, los países de Sudamérica “... ya no tienen ninguna posibilidad de un desarrollo aislado. Hagamos lo que hagamos aisladamente, en relativamente corto plazo seremos conducidos a la condición de segmentos indiferenciados del mercado internacional y provincial del Imperio Americano”.<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> Perotti, A. Comentario al Noveno Laudo del Tribunal Ad-Hoc del MERCOSUR. Artículo Inédito. Doctrina. S.A.I.J. 2005.

<sup>9</sup> Helio Jaguaribe, Diario Hoy, La Plata, 21.10.2005, citado por Mario Rapoport y Andrés Musacchio en “MERCOSUR o provincias del Imperio”, *Le Monde Diplomatique*. Enero 2006.

## **Bernuth Lines v. High Seas: arbitration and e-mails**

---

*Hew R. Dundas, United Kingdom*

Arbitrator, London

We nearly all use e-mail daily, both in our business and personal lives; we perhaps sometimes assume (sometimes wrongly !) that (a) all e-mails sent are received and (b) transmission is more or less immediate. What if an arbitration (on documents) was commenced by e-mail and proceeded by e-mail but one of the parties claims it never received any such e-mails ? This was a key issue in *Bernuth Lines Limited v High Seas Shipping Limited* ([2005] EWHC 3020 (Comm) – 21<sup>st</sup> December 2005) in which Mr Justice Christopher Clarke also addressed two other key issues. The case was an application to set aside the Final Award of an LMAA Arbitrator dated 26<sup>th</sup> July 2005 on the ground that the arbitration had purportedly been commenced by e-mail but that that notice had not been effectively served.

### **The Facts**

Bernuth, a Cayman company, chartered the vessel "Eastern Navigator" from High Seas, a Marshall Islands company, on an amended NYPE form. The charter was for a period of "*one time charter trip to Nicaragua via good/safe ports. Duration 6 days without guarantee*". The vessel was to be delivered, as in the event she was, at the arrival pilot station at Miami. Clause 45 of the charterparty contained a London arbitration clause which provided for arbitration by a single Arbitrator, failing agreement on whom, by two Arbitrators being both members of the Baltic Exchange and engaged in Shipping, with power to such Arbitrators to appoint an Umpire.... For disputes <\$50,000 the LMAA's SCP was to apply.

The vessel departed Miami on 24<sup>th</sup> August 2004 bound for Nicaragua and on 27<sup>th</sup> August the Master sent a message to the effect that he would not be able to enter the nominated port because of inadequate draft. Consequently, the vessel was sent to the nearest appropriate port where she discharged. On 1<sup>st</sup> September 2004 High Seas issued a revised invoice in the sum of \$34,100 for hire (less commission) and bunkers. The invoice was addressed to Bernuth at the postal address in Miami of its agent, Bernuth Agencies Ltd (BAL), who, on 7<sup>th</sup> September sent a fax to High Seas' agent enclosing BAL's invoices, as agents for Bernuth, totalling \$ 93,384.77. On 13<sup>th</sup> and 16<sup>th</sup> September 2004 High Seas forwarded a second hire invoice by e-mail to BAL's Captain Davis, which BAL forwarded to its Mr Polo, also by e-mail. On March 22<sup>nd</sup> 2005, a Florida law firm representing High Seas wrote (in hard copy) to BAL's Mr Polo in connection with the unpaid charter hire.

### **The "info@....." e-mail address**

On 5<sup>th</sup> May 2005, High Seas' London Solicitors (SM) sent an e-mail to info@....., inter alia inviting Bernuth to settle the \$34,100 so as to avoid arbitration proceedings. This e-mail address was one that had not appeared on any previous BAL communication but it was, however, an address for Bernuth that appeared (a) in the Lloyds Maritime Directory 2005 and (b) on a website, [www.bernuth.com](http://www.bernuth.com), where it followed the postal address, telephone and fax numbers of BAL in Miami. According to Bernuth's London Solicitor (JP), the address given on the website was only intended for cargo bookings for Bernuth's liner service but there was, however, no indication either on the website or in Lloyd's Maritime Directory that it was only to be used for that purpose.

Thereafter a series of e-mails were sent by SM, by the Arbitrator and by the LMAA to info@..... These included all the substantive proceedings of the arbitration including High Seas' claim

submissions, notification of the appointment of the arbitrator, his Directions, a request by SM to the arbitrator seeking a peremptory order requiring service of a defence within 7 days, the Arbitrator's request for Bernuth's comments on SM's request, the Arbitrator's Peremptory Order requiring defence submissions by c.o.b. on 22<sup>nd</sup> July 2005, a request at c.o.b. on that date by SM to the Arbitrator to proceed with his award and the Arbitrator's confirmation that he would do so. All SM's e-mails generated e-mail 'confirmation of delivery' receipts. On 29<sup>th</sup> July the Arbitrator issued his final award which was sent to info@..... and also by post. This was the first communication with Bernuth since 5<sup>th</sup> May 2005 otherwise than by e-mail to info@.....

### **The Arbitrator's Award and the Appeal**

In the recital to his Award the arbitrator recorded the procedural history, including, as recital K: *"No Defence submissions were received at any time. I was and am satisfied that the Charterers are aware of these proceedings and that they have had a reasonable time to serve Defence Submissions. Accordingly I proceeded to my Award"*. He did not state on what basis he was so satisfied. By his Award the Arbitrator held that High Seas were entitled to \$40,220.93 for hire, less commission and payment received and a sum for hold cleaning, and he awarded interest and costs.

On 12<sup>th</sup> August 2005 JP wrote to the Arbitrator and SM expressing their client's surprise at receiving the Award and stating that their client had been unaware thereof until receipt of the Award by post. They said that: *"..it appears that email notices may have been sent to our client's department for cargo bookings for liner service and would have been ignored by the clerical staff in receipt of such messages. Our client is perplexed that the other channel of communication established through your client's Miami lawyers appears to have been bypassed."*

Bernuth applied under s.68 contending that the arbitration proceedings had not properly been brought to the attention of Bernuth with the consequence that there had been a serious irregularity affecting the proceedings which has caused or will cause them substantial injustice; it also sought to advance a claim under s.72.

### **Had the Notice of Arbitration been validly served by e-mail ?**

S.14(4) provides that arbitral proceedings are commenced when one party serves on the other party notice in writing requiring him to appoint an arbitrator or to agree to the appointment of an arbitrator in respect of the relevant matter. It was not disputed that SM's e-mail of 5<sup>th</sup> May 2005 constituted "writing" for this purpose: see s.5(6).

Bernuth submitted that High Seas had not served notice by any effective or agreed means (s.76(1) refers), no issue being taken as to any distinction between Bernuth and BAL, since service by e-mail was not recognised as effective service under the CPR, save under closely defined conditions not applicable to the present case. By analogy, the Court should not regard sending a notice initiating an arbitration to *any* e-mail address of the person to be served as effective service. Service in a manner totally at variance with that prescribed by the CPR should not be treated as effective service. E-mail service would only be good if the recipient had agreed to accept service at the e-mail address to which the document had been sent, or if the service was effective in the sense that the notice reached the relevant legal or managerial person.

CPR 6.2(1)(e) provides that (in litigation) a document may be served by e-mail in accordance with the relevant practice direction, CPR 6 PD, which requires express written indication by the recipient that he is willing to accept such service by electronic means, sufficient indication including an e-mail address set out in a statement of case or a response to a claim filed with the court". Further, paragraph 3.2 of CPR 6 PD provided that: "*Where a party seeks to serve a document by electronic means he should first seek to clarify with the party who is to be served whether there are any limitations to the recipient's agreement to accept service by such means including the format in which documents are to be sent and the maximum size of attachments that may be received.*"

Clearly High Seas' service of notice would have failed the CPR requirements but the e-mails sent to info@..... were received at that address and not rejected; however, JP indicated that they "..... *would have been ignored by the clerical staff in receipt of such messages*" since the persons who received the e-mails did not know what to do with them and therefore ignored them as "*spam*". It was apparent from the evidence that the representative in question saw the e-mail of 5<sup>th</sup> May and consciously decided to ignore it.

The Judge did not regard the provisions of CPR Part 6 as an appropriate benchmark for arbitration since the CPR had to cover litigants of all kinds from major corporations represented by large law firms to individuals represented by more modest firms and those who are not represented at all. In contrast arbitrations were usually conducted by businessmen represented by, or with ready access to, lawyers. S.76(4), when providing that a notice could be served on a person by any effective means was, he considered, purposely wide, contemplating that any means of service would suffice provided that it was a recognised means of communication effective to deliver the document to the party to whom it is sent at his address for the purpose of that means of communication (e.g. post, fax or e-mail). There was no reason why, in this context, delivery of a document by e-mail – a method habitually used by businessmen, lawyers and civil servants – should be regarded as essentially different from communication by post, fax or telex. However, clicking on the "send" icon did not automatically amount to good service: inter alia (i) the e-mail must, of course, have been despatched to what was, in fact, the e-mail address of the intended recipient; (ii) it must not have been rejected by the system; (iii) if the sender did not require confirmation of receipt he may not be able to show that receipt had in fact occurred.

None of these difficulties had arisen in the present case. The e-mail of 5<sup>th</sup> May 2005 and, so it would appear, all subsequent e-mails, were received at an e-mail address that was held out to the world as the, and so far as the evidence shows, the only e-mail address of Bernuth. Someone at Bernuth had looked at the e-mails on receipt and, apparently, decided that they could be ignored, without making any contact with the sender. The position was, the Judge considered, no different to the receipt at a company's office of a letter or telex which, for whatever reason, someone at the company decides to discard. In both cases service has effectively been made, and the document received will, in the first instance, be dealt with by a clerical officer.

The Judge found confirmation of his view in *The Pendrecht* [1980] 2 Lloyd's Rep 56 where a telex had been received by charterers at their head office in Japan outside office hours on a Friday so did not come to the notice of a responsible employee until the office re-opened on the Monday; time had expired over the intervening weekend. Parker J, as he then was, held that – for the purposes of s.27(4) of the Limitation Act 1939 - the telex was served, both in the case of an English and a foreign company, when it was received, irrespective of whether this happened within business hours and whether or not the office was closed. It was not necessary that it should come to the attention of the company or to any particular individual at the company at the time it was served. The decision in that case was not

dependent on the telex's having come to the attention of the responsible personnel on the Monday, passages at p.65 of Parker J's judgment indicating that service would have been valid even if the document served had not come to the attention of the party to be served for some time.

There was no requirement implicit in s.76(4) that service had to be on, or brought to the attention of, any particular personnel, service being effective if the notice was addressed and delivered (by post) to the relevant address. Similarly, a notice was to be treated as effectively served if it was delivered to the party to be served by e-mail.

The Judge rejected Bernuth's contentions regarding spam because, when the e-mail was received, a particular employee had not thought that a serious legal matter would be sent to that address. That e-mail and those that followed it, were plain and straightforward in their terms and bore none of the hallmarks of "spam". On the contrary they called for serious attention: the critical e-mail of 5<sup>th</sup> May was sent with "High Importance", it referred to a vessel which Bernuth had in fact chartered by the charterparty mentioned in it, it identified SM as High Seas' London solicitors and referred to an outstanding hire claim which had been the subject of earlier correspondence. It purported to initiate arbitration proceedings by calling for agreement as to an arbitrator. The Judge would have been surprised if much junk e-mail purported to do that or to emanate, as later e-mails did, from an LMAA arbitrator. If the e-mails never reached the relevant managerial and legal staff, that was an internal failing which did not affect the validity of service and for which Bernuth had only itself to blame. Having put info@..... into the current Lloyd's Maritime Directory as its only e-mail address, they could not be surprised to find that an e-mail inviting them to agree to the appointment of an arbitrator in a maritime matter was sent to that address.

The Judge did not accept that, in arbitration, in order for service to be effective it was essential that the e-mail address at which service is purportedly made had been notified to the serving party as an address to be used in the context of the relevant dispute (i.e. as per CPR): this was not provided in s.76 and there was no basis upon which it could be implied.

### **Was the Arbitrator's Decision to Rely on Service by E-mail a Question of Law**

High Seas submitted that, if Bernuth had any claim, it lay under s.69 and was unmaintainable because it had not secured the necessary leave and was out of time to do so. In any event, SCP Rule 4 excludes any such right of appeal. This submission flowed from Recital K of the Award i.e. that the arbitrator was proceeding on the basis that service by e-mail was a valid method of commencement, such proposition being either correct or incorrect in law and the Arbitrator must have taken the view that it was correct. Consequently Bernuth was seeking to "*appeal to the court on a question of law arising out of an award made in the proceedings*" (s.69(1) refers).

The Judge rejected this argument: (i) that recital was not part of the Award; (ii) neither the Award nor the reasons for it purport to determine any question of law in relation to the commencement of the arbitration; (iii) even if Recital K was to be taken as part of his Award, it did not purport to determine any question of law concerning service; (iv) the logical conclusion the submission was that, whenever an arbitrator proceeds to an award, and a question arose as to whether he had had jurisdiction, he must be taken impliedly to have answered, in a manner favourable to the party in whose favour the award is granted, every question of law bearing on whether or not he had jurisdiction; so that all such questions can be challenged only pursuant to s.69 and not under s.67. This is not, the Judge said, correct since if it were it would rob s.67 of much of its apparent effect.

The Judge identified an additional consideration, not raised in argument, and upon which he expressed no view. Ss.67/68/69 allow "*a party to arbitral proceedings*" to apply to the court. Such a person is to be contrasted with "*a person alleged to be a party to arbitral proceedings but who takes no part in the proceedings*" per s.72. Mustill & Boyd suggest (p.362 of 2001 Companion) that if a person who takes no part in the arbitral proceedings is excluded from any of the rights under the Act of a "*party to arbitral proceedings*" other than those specifically conferred on him by s.72, the effect of High Seas' argument would be to restrict the rights of an alleged party who takes no part in the proceedings to a challenge to the jurisdiction based on fact alone.

Further, a party to arbitral proceedings, who contends that the tribunal lacks substantive jurisdiction, and who is in receipt of an adverse ruling involving a determination of law, may apply under s.67 to challenge that conclusion. There is nothing in s.69 or s.67 to compel him to proceed under the former and it would be natural for him to proceed under the latter. If so, a person who has taken no part in the arbitral proceedings can invoke s.67 by reason of s.72(2)(a).

### **Other Issues**

The Judge having reached his conclusion that service had been effective, it was unnecessary for him to decide whether or not, if service by e-mail was not, in the present case, effective under s.76(3) it was rendered effective because of the provisions of the LMAA's SCP or to decide the type of relief, if any, that would be appropriate. Since both matters had been the subject of considerable argument, the Judge indicated his obiter conclusions on them. These are the subject of a separate e-mail.

### **Comment**

This is an excellent decision, combining practical common sense with an ability to reiterate (one of my hobby-horses !) that CPR principles do not apply in arbitration even if they might provide helpful guidance in some areas (e.g. where there is no arbitration authority).

Permit me to add some observations of my own:

- (i) I can envisage enforcement difficulties since Bernuth has at least an arguable case under Art.V(1)(b) NYC58 and there are several jurisdictions who take a less 'modern' view of e-communications and might not accept electronic "Read Receipts" or the absence of any "System Rejection" notices as sufficient;
- (ii) In the light of (i) and also given the CPR's requirements for litigation notices, it is a little surprising that SM did not send High Seas' submissions in hard copy to minimise the Art.V(1)(b) risk;
- (iii) Further, and with respect to the arbitrator in this case (who is known to me), as arbitrator I would have sent at least some of the documentation/correspondence by fax and courier or recorded delivery to minimise the NYC risk; I see my obligation as being to deliver an enforceable award and I therefore see it as incumbent on me to avoid unnecessary enforcement risks; I have recently been involved in such a case in the Far East where a key notice had to be delivered to a Respondent in a relatively remote part of a large country and, although the arbitration agreement provided for fax delivery, extensive (and time-consuming) efforts were made to ensure proof of delivery of a hard copy

(actually two – one by courier from a SE Asian city, one by in-country registered mail);

(iv) Bernuth's argument on being deluged by spam is demonstrably without merit since there are readily available spam filters (mine, powered by Symantec, is an integral part of the BT Internet service and is 99% effective) able to block advertisements for certain "performance-enhancing" drugs, solicitations from widows of billionaire dictators, announcements of lottery wins, etc etc;

(v) further, in my last role as Head of Legal for a large oil company, it was a rigid rule across the company's worldwide operations that any communication such as Bernuth received at info@..... should be forwarded to me without delay so I have no sympathy for Bernuth if its clerical staff ignored the various communications;

(vi) in the context of SCP and any other fixed fee and/or time-limited arbitration procedure, it is, I suggest, axiomatic that the arbitrator be permitted to work at maximum efficiency and this, at least for me, requires substantial reliance on e-mail in comparison with the time taken to print out, send, file and locate faxes (or, worse, hard copy mail !)

# **EXISTENCIA DE UNA CONTROVERSIA O NO: MEDIDAS DISCRIMINATORIAS (URUGUAY C. BRASIL)**

---

*Tribunal Arbitral Ad Hoc*

## **Laudo Arbitral**

5 de Agosto de 2005.

## **VISTO:**

Para Laudo las presentes actuaciones ante este Tribunal Arbitral relativas a la controversia entre la República Oriental del Uruguay (Parte Reclamante, en adelante “Uruguay”) y la República Federativa del Brasil (Parte Reclamada, en adelante “Brasil”) “sobre medidas discriminatorias y restrictivas al comercio de tabaco y productos derivados del tabaco”.

## **Constitución del Tribunal**

El Tribunal Arbitral, convocado para entender en la presente controversia de conformidad con el Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias en el MERCOSUR de fecha 17 de diciembre de 1991, se encuentra integrado por los árbitros Dr. Raúl Emilio Vinuesa de la República Argentina (Presidente del Tribunal), Dra. Nádia de Araujo de la República Federativa del Brasil y el Dr. Ronald Herbert de la República Oriental del Uruguay.

El Tribunal Arbitral fue constituido de conformidad con el Protocolo de Brasilia, su Reglamento y el Protocolo de Ouro Preto, y se han cumplido con todos los términos y condiciones establecidas en estos instrumentos a efecto de que se dieran por iniciadas las presentes actuaciones arbitrales. Las etapas previas al arbitraje, prescriptas en las normas relativas a la Solución de Controversias del Protocolo de Brasilia y del Protocolo de Ouro Preto, fueron debidamente observadas.

## **Representantes de las Partes**

La República Oriental del Uruguay designó como sus representantes al Dr. José María Robaina, al Dr. Hugo Cayrús Maurín, a la Dra. Myriam Fraschini y a la Dra. María Carmen Ferreira. La República Federativa de Brasil no designó representantes, por tal motivo todas las actuaciones fueron notificadas a través del Coordinador brasileño en el Grupo Mercado Común.

## **Antecedentes de la controversia**

De conformidad con el Artículo 26 del Protocolo de Brasilia una empresa con domicilio en Uruguay, Compañía industrial de Tabacos Monte Paz S.A., formalizó un reclamo ante la Sección Nacional del Grupo Mercado Común de Uruguay con fundamento en el Capítulo V del antedicho Protocolo alegando la existencia de perjuicios actuales y futuros, consecuencia de la implementación de los Decretos No 3.646 y 3.647 de la República Federativa de Brasil de fecha 30 de Octubre de 2000. Esos Decretos, según la empresa, tenían efecto restrictivo y discriminatorio del comercio en materia de exportación de

tabaco, productos derivados del tabaco, filtros de cigarrillo, papel para cigarrillos y envoltorios para filtros.<sup>1</sup>

La Sección Nacional del Grupo Mercado Común de Uruguay después de constatar la verosimilitud de las violaciones aludidas, determinó la existencia o amenaza de perjuicio en base a los argumentos y pruebas aportados por la empresa denunciante.

En consecuencia, la Sección Nacional Uruguay del Grupo Mercado Común, de conformidad al Artículo 27 inciso c) del Protocolo de Brasilia presentó con fecha 16 de marzo de 2001 un reclamo ante el Grupo Mercado Común.<sup>2</sup>

En observancia al Artículo 29 del Protocolo de Brasilia el Grupo Mercado Común procedió a la convocatoria de un Grupo de Expertos a efectos de emitir un dictamen sobre la procedencia de la reclamación planteada. Con fecha 14 de Agosto de 2001 el Grupo de Expertos produjo su Dictamen declarando la procedencia del reclamo por unanimidad.<sup>3</sup>

De acuerdo a lo establecido por el Artículo 32 del Protocolo de Brasilia, Uruguay requirió del gobierno de Brasil la adopción de medidas correctivas y/o la anulación de las normas impugnadas. Con posterioridad a la reiteración del requerimiento de Uruguay y habiendo vencido el plazo para adoptar medidas correctivas, Brasil por Decreto No 4.831 de fecha 5 de septiembre de 2003 derogó el Decreto No 3.647.

Finalmente, Uruguay con fecha 6 de diciembre de 2004 comunicó a la Secretaría Administrativa de MERCOSUR (en adelante, la "SAM") su intención de recurrir al procedimiento arbitral previsto en el Capítulo IV del Protocolo de Brasilia.<sup>4</sup> Brasil solicitó y Uruguay acordó postergar por 30 días el inicio del plazo establecido en el Artículo 9.2.i) del Protocolo de Brasilia.

Posteriormente las partes procedieron a nombrar sus respectivos árbitros nacionales titulares y suplentes y de común acuerdo nombraron al tercer árbitro.

Con fecha 21 de abril de 2005 Brasil solicitó la suspensión temporaria del procedimiento arbitral a efectos de la realización de una reunión bilateral a convocarse el día 28 de abril de 2005 con el propósito de encontrar una solución negociada definitiva a la controversia planteada. Uruguay con fecha 21 de abril de 2005 dio su conformidad para suspender los procedimientos hasta el 1 de mayo de 2005. Por nota de fecha 26 de abril de 2005, Brasil prestó su conformidad con el plazo de suspensión propuesto por Uruguay. Con fecha 2 de mayo de 2005 la SAM informó que al no haberse recibido comunicación de los resultados de la reunión bilateral celebrada el 28 de abril de 2005, se reiniciaban los procedimientos arbitrales.

El Tribunal Arbitral Ad Hoc celebró su primer audiencia del día 10 de mayo de 2005 convocada en la sede de la Secretaría Administrativa del MERCOSUR, en la ciudad de Montevideo.

Durante la Audiencia el Tribunal adoptó las Reglas de Procedimiento de conformidad a los Artículo 15 del Protocolo de Brasilia y 20 del Reglamento de dicho Protocolo e invitó a las Partes a designar sus respectivos representantes y a constituir domicilio en la ciudad de Montevideo. El Tribunal invitó a la Parte Reclamante a someter el escrito de presentación dentro de los 10 días contados desde el siguiente a la notificación.

La República Oriental del Uruguay presentó su escrito de demanda en tiempo y forma, y de acuerdo a lo dispuesto por este Tribunal, designó sus representantes y constituyó su domicilio legal.

---

<sup>1</sup> Escrito de Reclamación presentado por la República Oriental del Uruguay, parágrafo 4) p. 2.

<sup>2</sup> Idem ant. Parágrafo 8) p 3.

<sup>3</sup> Idem ant. Parágrafo 9) y 10) p. 3.

<sup>4</sup> Idem ant. Parágrafo 14) p. 4.

Por nota de fecha 6 de junio de 2005 el Coordinador Nacional Alterno del Grupo Mercado Común de Brasil solicitó la extensión del plazo para la presentación de su escrito de contestación de la demanda.

Por Orden Procesal No 1 de fecha 11 de junio de 2005, el Tribunal concedió a Brasil la extensión del plazo solicitada y fijó como fecha límite para la presentación de su escrito de respuesta el día 28 de junio de 2005.

Uruguay por nota de fecha 27 de junio de 2005 manifestó su oposición a la prórroga del plazo concedido a Brasil por la Orden Procesal No 1.

Con fecha 11 de julio de 2005, el Tribunal, frente a la falta de presentación del escrito de contestación de la Reclamación por parte de Brasil, decidió por Orden Procesal No 2 invitar a las Partes en la controversia a que manifiesten si se oponen a que los otros Estados Parte de MERCOSUR, que son terceros en la controversia, puedan presentarse a fin de intervenir en la misma en los términos del Artículo 13 de las Reglas de Procedimiento del Tribunal.

Uruguay por nota de fecha 14 de julio de 2005 manifestó al Tribunal su oposición al requerimiento formulado por Orden Procesal No 2. En consecuencia, por Orden Procesal No 3 del 20 de julio de 2005 el Tribunal, en observancia de los pasos procesales previstos por el Artículo 16 de sus Reglas de Procedimiento, declaró la cuestión de puro derecho y convocó a las partes en la controversia a una audiencia que se llevaría a cabo el día 27 de julio de 2005 en la sede de la SAM cita en Montevideo.

Con fecha 20 de julio de 2005 el Tribunal fue informado a través de la SAM del contenido de una nota emanada de la Coordinación brasileña en el Grupo Mercado Común del día 19 de julio y dirigida al Coordinador Nacional del Grupo Mercado Común de Uruguay, por la que se notifica la publicación en el *Diário Oficial da Uniao* del Decreto No 5.492 del 18 de julio de 2005 por el que se revoca el Decreto No 3.646 del 30 de octubre de 2000. Se notifica asimismo que la Resolución CAMEX No 26/2003 que gravaba las exportaciones brasileñas de tabaco e insumos para la fabricación de derivados de tabaco, había sido derogada con la publicación el día 13 de julio en el *Diário Oficial da Uniao*, de la Resolución CAMEX No 20/05 del 5 de julio de 2005. La Coordinación Nacional entiende que la revocación de ambas normas torna sin objeto la presente controversia en razón de que no está más en vigencia el impuesto a la exportación de referencia.

El mismo 20 de julio de 2005 el Tribunal por Orden Procesal No 4 solicitó a la República Oriental de Uruguay que formule comentarios a la comunicación que le enviara la Coordinación brasileña de fecha 19 de julio.

Con fecha 25 de julio de 2005 el Tribunal fue notificado por la SAM de una comunicación emanada de la Coordinación brasileña por la que se le pedía transmitir a los señores árbitros el contenido de los textos del Decreto No 5.492 del 18 de julio de 2005 y de la Resolución CAMEX No 20 del 5 de julio de 2005.

Más tarde, el mismo día 25 de julio, el Tribunal recibió una comunicación del Coordinador uruguayo del Grupo Mercado Común en respuesta a la Orden Procesal No 4. Por la antedicha comunicación y en virtud del contenido de las notas emanadas del Coordinador brasileño en el Grupo Mercado Común de fechas 19 y 25 de julio de 2005, Uruguay manifiesta que habiendo quedado sin objeto la presente controversia, transmite al Tribunal ésta comunicación a efectos de dar por concluida esta controversia.

En conocimiento de las comunicaciones de Brasil de fechas 19 y 25 de julio de 2005 y de la comunicación de Uruguay de fecha 25 de julio de 2005, el Tribunal, por Orden Procesal No 5 de 25 de julio de 2005, decidió dejar sin efecto la audiencia programada para el día 27 de julio de 2005 y proceder a evaluar las comunicaciones antes mencionadas a efectos de expedirse sobre su contenido.

A tal efecto y previo a las consideraciones sobre la evaluación del contenido de las antedichas comunicaciones el Tribunal se aboca a determinar el derecho aplicable y el objeto de la controversia.

### Derecho aplicable

El Artículo 19 del Protocolo de Brasilia establece las fuentes del derecho del MERCOSUR que deberá aplicar todo Tribunal Arbitral en la solución de las controversias que se le sometan.

El artículo 19. 1 establece que, “*El Tribunal Arbitral decidirá la controversia sobre la base de las disposiciones del Tratado de Asunción, de los acuerdos celebrados en el marco del mismo, de las Decisiones del Consejo del Mercado Común, como así también de los principios y disposiciones de derecho internacional aplicables a la materia...*”.

Así es que, independientemente de la aplicación de la normativa específica del MERCOSUR, el Tribunal está obligado a observar, en la medida que sean de aplicación a la materia en conflicto, las normas y principios de derecho internacional.<sup>5</sup>

Frente a la falta de contestación por parte de Brasil de la Reclamación formulada por Uruguay en el presente procedimiento arbitral, El Tribunal debe necesariamente proceder a determinar la existencia de una controversia para luego precisar su objeto.

Para cumplir ese cometido, el Tribunal deberá entonces aplicar normas fuera del marco regulatorio expreso del MERCOSUR pero dentro del contexto general de los principios y disposiciones del derecho internacional aplicables a toda controversia surgida en el ámbito del MERCOSUR.<sup>6</sup>

En este contexto, el Tribunal confirma la aplicación de criterios emanados del derecho internacional consuetudinario y avalados por la jurisprudencia internacional por los que es posible la identificación de una controversia entre Estados, sobre la base de desacuerdos o puntos de vista opuestos respecto a la existencia de un derecho o de una obligación.<sup>7</sup>

En consecuencia de la aplicación de los principios del derecho internacional para determinar la existencia de una controversia, el Tribunal constata que de las posiciones asumidas por Uruguay y por Brasil en la implementación de las distintas etapas del Capítulo V del Protocolo de Brasilia, surgen desacuerdos sobre puntos de derecho, es decir que se genera un conflicto de opiniones legales o intereses entre las partes relativo a la compatibilidad de normas aplicadas por Brasil con la normativa MERCOSUR.

### Objeto de la controversia.

El Tribunal Arbitral a los efectos de determinar el objeto de la presente controversia, se referirá en primer lugar a los alcances del Artículo 28 del Reglamento del Protocolo de Brasilia.

El Artículo 28 del Reglamento del Protocolo de Brasilia establece que: “*El objeto de la controversia entre Estados y de los reclamos iniciados a solicitud de los particulares quedará determinado por los escritos de presentación y respuesta, no pudiendo ser ampliado posteriormente*”.

---

<sup>5</sup> Conforme Laudo Arbitral del MERCOSUR sobre “Prohibición de Importación de Neumáticos Remoldeados Procedentes de Uruguay” del 9 de enero de 2002; Ver también, Laudo Arbitral sobre “Restricciones de acceso al mercado argentino de bicicletas de origen uruguayo” del 29 de septiembre de 2001.

<sup>6</sup> Conforme al Laudo Arbitral del MERCOSUR sobre “Aplicación de Medidas de Salvaguardia sobre Productos Textiles (Res. 861/99) del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos” del 10 de marzo de 2000.

<sup>7</sup> Idem ant., conf. Caso de las “*Concesiones Mavrommatis en Palestina*”, PCIJ, Serie A, n. 2, p. 11; Ver también, Corte Internacional de Justicia (CIJ) en el caso del “*Camerún Septentrional*”, ICJ Reports 1963, p.27, y el caso sobre la “*Aplicabilidad de la obligación de arbitraje en virtud de la Sección 21 del Acuerdo del 26 de junio de 1947 relativo a la Sede de la ONU*”, ICJ Reports 1988, parág. 35. y en el caso del “*Timor Oriental*”, ICJ Reports 1995, p. 99. En el caso del “*Africa Sudoccidental*” la CIJ sostuvo que para determinar la existencia de una controversia hay que demostrar que el reclamo de una de las partes se opone positivamente al de la otra, ICJ Reports 1962, p. 328.

El texto y contexto de este Artículo, interpretado de buena fe y de conformidad con el objeto y fin del tratado que lo contiene, claramente expresa que la Parte Reclamante y la Parte Reclamada determinarán el objeto de la controversia hasta y no más allá de la presentación de los escritos de reclamación y respuesta ante el Tribunal Arbitral Ad-Hoc.<sup>8</sup>

Ante la falta de respuesta de Brasil al Escrito de Reclamación de Uruguay, el Tribunal considera necesario analizar las posiciones asumidas por las partes durante las etapas previas a la instancia arbitral previstas en el Capítulo V del Protocolo de Brasilia para determinar si éstas han definido el objeto de la controversia. En este sentido, el Laudo Arbitral sobre Subsidios a la Producción y Exportación de Carne de Cerdo afirmó que “... Si el objeto de la controversia ha quedado fijado en la etapa de negociaciones diplomáticas, a partir de entonces ya no puede haber modificación del objeto de la litis por las partes involucradas”.<sup>9</sup>

Como se sostuvo en el Laudo Arbitral MERCOSUR sobre “Prohibición de importación de Neumáticos Remoldeados”, es evidente que todo Tribunal Arbitral dentro del sistema MERCOSUR, deberá cotejar que el objeto de la controversia materia del procedimiento arbitral, se encuentre comprendido y directamente relacionado con las temáticas discutidas en las etapas previas al inicio del procedimiento arbitral. En este contexto en el Laudo Arbitral sobre Subsidios a la Producción y Exportación de Carne de Cerdo se expresó que “...Si admitiéramos en la fase arbitral reclamaciones no alegadas en la fase anterior, estaríamos aceptando que se puede obviar la fase diplomática para ir directamente a la fase arbitral...”.<sup>10</sup>

Es asimismo evidente que las Partes en el procedimiento arbitral podrán completar y profundizar las argumentaciones en que se basan sus reclamaciones u oposiciones iniciales en ejercicio de sus derechos de defensa.<sup>11</sup> A su vez el Tribunal arbitral no podrá dejar de considerar aquellas situaciones alegadas por las partes relativas a cambios en los actos jurídicos que se vinculan directamente a la materia objeto de la controversia.<sup>12</sup>

Para Uruguay el objeto de la controversia está constituido por el Decreto No 3.646 de la República Federativa de Brasil en cuanto establece un impuesto que grava con un 150% a las exportaciones de tabaco y productos derivados del tabaco cuando fueran exportados a Uruguay.<sup>13</sup>

Uruguay considera que también constituye objeto de la controversia toda medida similar de Brasil de efecto restrictivo y/o discriminatorio relativa a exportaciones a Uruguay de tabaco y productos derivados del tabaco.<sup>14</sup>

---

<sup>8</sup> Conforme Laudo Arbitral sobre “Aplicación de Medidas de Salvaguardia sobre Productos Textiles (Res. 861/99) del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos” del 10 de marzo de 2000; y Laudo Arbitral sobre “Aplicación de Medidas Antidumping contra la exportación de pollos enteros, provenientes de Brasil, Resolución N° 574/2000 del Ministerio de Economía de la República Argentina”, del 21 de mayo de 2001.

<sup>9</sup> Laudo Arbitral sobre “Subsidios a la Producción y Exportación de Carne de Cerdo”, del 27 de octubre de 1999.

<sup>10</sup> Idem ant.

<sup>11</sup> Idem ant.

<sup>12</sup> Sobre el particular, en el Laudo Arbitral MERCOSUR relativo a la Controversia sobre “Comunicados N° 37 del 17 de diciembre de 1997 y N° 7 del 20 de febrero de 1998 del Departamento de Operaciones de Comercio Exterior (DECEX) de la Secretaría de Comercio Exterior (SECEX): Aplicación de Medidas Restrictivas al Comercio Recíproco” del 28 de abril de 1999, se sostuvo que, “Una solución contraria llevaría a la posibilidad de que por cambios formales sucesivos en los actos administrativos nunca se pudiera llegar a un pronunciamiento arbitral sobre el fondo.”

<sup>13</sup> Escrito de Reclamación de Uruguay, página 1.

<sup>14</sup> Idem ant. página 1.

El reclamo de Uruguay tiene por finalidad que el Tribunal Ad Hoc haga lugar en un todo a su reclamo “...declarando la incompatibilidad del Decreto No 3.464 con la normativa y principios vigentes en el MERCOSUR y que, por tanto, la República Federativa de Brasil anule dicho Decreto con respecto a la República Oriental del Uruguay así como toda medida de efecto restrictivo y/o discriminatorio relativas a exportaciones a Uruguay de tabaco y productos derivados del tabaco, con el fin de eliminar las consecuencias negativas que genera, en especial la restricción del comercio y la discriminación mencionadas, absteniéndose asimismo de adoptar en el futuro otras medidas similares a las que se cuestionan en el presente reclamo”.<sup>15</sup>

En el Petitorio formalizado en el Escrito de Reclamación presentado por Uruguay se solicita al Tribunal Ad Hoc “...5) Que, en definitiva, se haga lugar en un todo al reclamo presentado por la República Oriental del Uruguay en la forma ya impetrada, declarando la incompatibilidad del Decreto No 3.646 de la República Federativa de Brasil con la normativa y principios vigentes en el MERCOSUR y que, por lo tanto, la República Federativa de Brasil anule dicho Decreto con respecto a la República Oriental del Uruguay así como toda medida de efecto similar y se abstenga de adoptar en el futuro otras medidas que revistan efecto restrictivo y/o discriminatorio similares a las que se cuestionan en el presente reclamo”.<sup>16</sup>

Del Escrito de Reclamación de Uruguay surge con claridad que su reclamo se dirige a lograr: 1) una declaración de incompatibilidad del Decreto brasileño No 3.646 con la normativa MERCOSUR; 2) un pedido de anulación de los efectos de dicho Decreto respecto a Uruguay; 3) un pedido de anulación de toda medida brasileña de efecto similar al que produce ese Decreto; 4) un pedido de que Brasil se abstenga de adoptar en el futuro otras medidas que revistan efectos similares a los que se cuestionan en el presente reclamo.

No habiendo Brasil presentado su Escrito de Respuesta, el Tribunal deberá, de todas maneras, definir cual es el contenido real del objeto de la presente controversia.

En su cometido, el Tribunal deberá tomar en consideración los reclamos presentados por Uruguay en el Escrito de Reclamación a la luz de los alcances jurisdiccionales de las atribuciones de este Tribunal Ad Hoc relativas a la solución de controversias entre Estados Partes del MERCOSUR.

Sobre el particular, cabe destacar que en el Escrito de Reclamación Uruguay centró su reclamo en el Decreto brasileño No 3.646 y que, si bien se refirió en reiteradas oportunidades a “otras medidas de efectos similares”, no identificó dichas otras medidas ni alegó en forma particular sobre su incompatibilidad con el sistema del MERCOSUR.

En consecuencia, el Tribunal encuentra que no conforma el contenido del objeto de la presente controversia, la referencia generalizada a “otras medidas de efectos similares” contenidas en el Escrito de Reclamación presentado por Uruguay.

En cuanto a otros eventuales “actos normativos o medidas similares” genéricamente aludidos pero no especificados en la presentación de Uruguay, El Tribunal entiende que no tienen entidad suficiente para considerarlos como parte autónoma del objeto de la controversia en razón de su grado de abstracción. Sin embargo, aquellas medidas internas directamente relacionadas con la medida cuestionada, conforman el objeto de la presente controversia.

Si bien para determinar el objeto de la controversia es esencial tener en cuenta lo expresado por las partes en sus escritos de reclamación y respuesta, no es menos cierto que esa determinación depende de un análisis objetivo que corresponde al llamado a ejercer la función jurisdiccional de solucionar la controversia. En este sentido la jurisprudencia internacional ha sido coherente al sostener que “*el precisar la existencia de una controversia internacional es una cuestión sujeta a determinación*

---

<sup>15</sup> Idem ant. Página 2.

<sup>16</sup> Idem ant. Página 30.

*objetiva*".<sup>17</sup> Esta aseveración cobra mayor trascendencia en aquellos casos en los que la parte demandada no contesta la demanda creándose por lo tanto una situación de indefinición en cuanto a la certeza sobre las coincidencias en las posiciones de las partes respecto a los alcances específicos del conflicto.

En cuanto a sí dentro del objeto de la controversia debe incluirse lo solicitado por Uruguay respecto a la obligación de Brasil de abstenerse de adoptar a futuro otras medidas que revistan efectos restrictivos y/o discriminatorios similares a los que se cuestionan en su Escrito de Reclamación, este Tribunal encuentra que, en principio, toda controversia sometida a un procedimiento arbitral debe referirse a diferencias existentes y no a posibles o eventuales futuras diferencias.

El objeto de la presente controversia no puede por lo tanto asimilarse con una potencial e hipotética diferencia entre Uruguay y Brasil respecto al derecho de una de las partes a adoptar a futuro medidas de efectos similares al Decreto impugnado.

Tampoco puede confundirse la solicitud formulada por Uruguay vinculada a una eventual obligación de no repetición por parte de Brasil, con el objeto de la presente controversia. Para que el contenido de una obligación de no repetición pueda conformar el objeto de una controversia deberá existir un posicionamiento contradictorio entre las partes en cuanto al alcance, el contenido y efectos de esa obligación. En este contexto, la falta de respuesta de Brasil al Escrito de Reclamación de Uruguay no autoriza al Tribunal a presuponer *per se* que Brasil cuestiona o desconoce el alcance, el contenido y los efectos de aquella obligación.

Por estas razones, el Tribunal encuentra que el objeto de la presente controversia se refiere específicamente a la incompatibilidad del Decreto brasileño No 3.646 de 2000, con la normativa MERCOSUR y en consecuencia, con la necesidad de adaptar la legislación brasileña a la normativa MERCOSUR, incluyendo la adecuación de solo aquellas medidas directamente vinculadas con el Decreto impugnado.

#### **Las comunicaciones de las Partes respecto a la terminación de la controversia.**

Brasil en su comunicación de fecha 19 de julio de 2005 dirigida al Coordinador Nacional del Grupo Mercado Común de Uruguay le informa a éste que en el día de la fecha fue publicada en el *Diário Oficial da Uniao* el Decreto No 5.492 del 18 de julio de 2005 y que ese Decreto revoca el Decreto No 3.646 del 30 de octubre de 2000. Le informa asimismo que la Resolución CAMEX No 26/2003 que gravaba las exportaciones brasileñas de tabaco e insumos para la fabricación de derivados del tabaco fue revocada el día 13 de julio con la publicación en el *Diário Oficial da Uniao* de la Resolución CAMEX No 20/05 del 5 de julio de 2005.

La comunicación de Brasil en su segundo párrafo expresa que en el entendimiento de esa Coordinación Nacional, la revocación de ambas normas tornaron sin objeto la controversia sobre "Medidas discriminatorias y restrictivas al comercio del tabaco y derivados del tabaco" interpuesta por Uruguay por no estar más vigente aquel impuesto a la exportación. Por lo tanto, el Coordinador brasileño le propone al Coordinador Uruguayo la terminación de la controversia.

Con fecha 22 de julio de 2005 la Coordinación brasileña al Grupo Mercado Común envió una comunicación al Secretario de la SAM en la que se adjuntan los textos del Decreto No 5.492 del 18 de julio de 2005 y la Resolución CAMEX No 20 del 5 de julio de 2005. En esa comunicación se solicita al Secretario de la SAM que transmita los referidos textos a los árbitros del Tribunal Arbitral Ad Hoc que entienden de la controversia entre Uruguay y Brasil sobre la aplicación del impuesto de exportación al tabaco y a los productos derivados del tabaco.

---

<sup>17</sup> ICJ Reports 1950, p.65, 74.

Con fecha 25 de julio el Secretario de la SAM transmitió al Tribunal la nota de fecha 22 de julio emanada de la Coordinación brasileña.

El Coordinador uruguayo del Grupo Mercado Común por nota de fecha 25 de julio de 2005 y en cumplimiento de la Orden Procesal No 4, comunica al Tribunal que en conocimiento de las notas emanadas de la Coordinación brasileña del Grupo Mercado Común de fechas 19 de julio y 22 de julio de 2005 manifiesta que la controversia a quedado sin objeto. Asimismo expresa que transmite al Tribunal esta comunicación a efectos de dar por concluida la controversia.

Agrega Uruguay en esa nota que *“La presente comunicación no da lugar a prejuzgamiento o renuncia alguna respecto al derecho de la República Oriental del Uruguay a volver a objetar, impugnar o cuestionar en el futuro eventuales medidas que revistan efecto restrictivo y/o discriminatorio similares a las que se cuestionaron en el presente reclamo.”*

De la evaluación de las comunicaciones antedichas, el Tribunal concluye que la terminación de la controversia se fundamenta en el hecho de que la reclamación de Uruguay fue satisfecha por Brasil a través de la derogación de aquellas normas internas que violentaban reglas y principios del MERCOSUR.

En este sentido, la derogación del Decreto No 3.464 de 2000 y de la Resolución CAMEX No 26 de 2003 constituyen el fiel cumplimiento por parte de Brasil de sus obligaciones emanadas de la normativa MERCOSUR. Las medidas tomadas por Brasil vacían de contenido el objeto de la controversia y por lo tanto la dan por terminada.

En cuanto a la reserva de derechos formulada por Uruguay en su comunicación del 25 de julio de 2005, el Tribunal recuerda que para que exista una controversia debe haber *“un desacuerdo entre las partes respecto a un punto de derecho o de hecho, un conflicto de opiniones legales o intereses entre las partes”*.<sup>18</sup> En este contexto, el Tribunal observa que tanto de las comunicaciones de Brasil del 19 y 22 de julio de 2005 como de la comunicación de Uruguay del 25 de julio de 2005 no se constata la subsistencia de diferencia alguna entre las partes relativa a los cuestionamientos planteados en el presente procedimiento arbitral.

### **Decisión**

Por todo lo expuesto y de acuerdo con el Protocolo de Brasilia, su Reglamento, el Protocolo de Ouro Preto y las Reglas de Procedimiento del Tribunal, este Tribunal Arbitral Ad Hoc en la controversia sobre “medidas discriminatorias y restrictivas al comercio de tabaco y productos derivados del tabaco”, **DECIDE:**

1. Por unanimidad, dar por terminada la controversia al haber la República Federativa de Brasil satisfecho las reclamaciones de la República Oriental de Uruguay consideradas como objeto de la controversia.
2. Por unanimidad, disponer que los costos y costas del proceso sean abonados de la siguiente manera: Cada Estado se hará cargo de los gastos y honorarios ocasionados por las actuaciones del árbitro por el nombrado. La compensación pecuniaria del Presidente y los demás gastos del Tribunal serán abonados en montos iguales por las Partes. Los pagos correspondientes deberán ser realizados por las Partes a través de la Secretaría Administrativa del MERCOSUR, dentro de los treinta días de la notificación del Laudo;

---

<sup>18</sup> Conf. al caso de la Corte Permanente de Justicia Internacional sobre *“Concesiones Mavrommatis en Palestina”*, PCIJ Serie A, n. 2, p. 11; citado en el Laudo Arbitral MERCOSUR sobre *“Aplicación de Medidas de Salvaguardia sobre Productos Textiles (Res. 861/99) del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos”*, del 10 de marzo de 2000, conjuntamente con otros precedentes similares de la Corte Internacional de Justicia.

3. Por unanimidad, disponer que las actuaciones de la presente instancia sean archivadas en la Secretaría Administrativa del MERCOSUR;

Notifíquese esta decisión a las Partes por intermedio de la Secretaría Administrativa del MERCOSUR y publíquese.

Roland Herbert, Árbitro  
Nadia Araujo, Árbitro  
Raúl Emilio Vinuesa, Árbitro Presidente



the arrival pilot station at Miami. Clause 45 of the charterparty contained a London arbitration clause which provided as follows:

*"All disputes arising out of this contract shall be arbitrated at London and, unless the parties agree forthwith on a single Arbitrator be referred to the final arbitrament of two Arbitrators carrying on business in London who shall be members of the Baltic Mercantile & Shipping Exchange and engaged in Shipping, one to be appointed by each of the parties, with power to such Arbitrators to appoint an Umpire...."*

*"For disputes where the total amount claimed by either party does not exceed US \$ 50,000 the arbitration shall be conducted in accordance with the Small Claims Procedure of the London Maritime Arbitrators Association".*

5. The vessel departed Miami on 24<sup>th</sup> August 2004. She was bound for Nicaragua. The intention was that she should go to Rama, a riverine port on the River Escondido, access to which is by the Bluefields lagoon starting at the port of El Bluff. On 27<sup>th</sup> August the Master sent a message to the effect that he would not be able to enter El Bluff because the vessel's departure draught was 4.2 metres and the maximum permissible draft at El Bluff was 3.30 metres. On 29<sup>th</sup> August the vessel arrived at El Bluff. According to the (disputed) evidence of Captain Monocandilos, the President of Bernuth Lines, the river pilot advised the Master that at high water the vessel could proceed safely because at that time the depth would be 3.8 metres compared to the vessel's then draught of 3.6 metres. But at high water the Master declined to proceed because he insisted on a clearance greater than 0.28 metres. He is said to have wanted a clearance of at least 0.30 metres. As a result the vessel was sent to San Andres the nearest port where she discharged her entire cargo into another of Bernuth Lines vessels.
6. On 1<sup>st</sup> September 2004 High Seas issued a revised invoice in the sum of \$ 34,100 for hire (less commission) and bunkers. The invoice was addressed to Bernuth Lines at the postal address in Miami of Bernuth Agencies. On 7<sup>th</sup> September 2004 Bernuth Agencies sent a fax to Jan Gisholt which enclosed claims invoices of Bernuth Agencies, as agents for Bernuth Lines, totalling \$ 93,384.77, producing, when set off against a claim understood by Bernuth Agencies to be for \$ 29,695.03 a balance of \$ 63,689.74. On 13<sup>th</sup> and 16<sup>th</sup> September 2004 High Seas, through Altomar, forwarded their second hire invoice to cptdavis@xxx, which Captain Davis of Bernuth Agencies forwarded to c.polo@xxx Mr Polo was also a representative of Bernuth Agencies.
7. On March 22<sup>nd</sup> 2005 Lawrence J. Roberts & Associates P.A., a Law Office of Coral Gables, Florida wrote (they said "again") to Mr Polo at Bernuth Agencies in relation to the unpaid charter hire. The letter demanded that Bernuth Lines post security for not less than \$50,000 "*in order to satisfy any London arbitration award in favour of High Seas*". The letter went on to say that "*In the event that Bernuth fails to respond to this demand for security by March 25 2005, our client is expected to authorise us to pursue litigation against Bernuth Lines, Ltd, in order to obtain the necessary security*".
8. On 5<sup>th</sup> May 2005 High Seas' London lawyers, Swinnerton Moore, sent an e-mail to info@xxx. This e-mail invited Charterers to settle the amount of \$ 34,100 said to be due as hire for the period 30<sup>th</sup> August to 2<sup>nd</sup> September 2004 so as to avoid the commencement of arbitration proceedings. It went on to say that once such proceedings were commenced the owners would seek to recover the outstanding hire, compound interest, and costs pursuant to the LMAA Small Claims Procedures, and gave notice requiring agreement to the appointment of a sole arbitrator.

9. The e-mail address – info@xxxx - was not an address that had appeared on any previous communication from Bernuth Agencies. It is however an address for Bernuth that appears (a) in the Lloyds Maritime Directory 2005 and (b) on a website – www.bernuth.com – where it follows the postal address, telephone and fax numbers of Bernuth Agencies in Miami. According to the instructions given to Mr Hughes of Jackson Parton, as recorded in his first witness statement, the address given on the website is only intended for cargo bookings for Bernuth Lines' liner service. There is, however, no indication either on the website or in Lloyd's Maritime Directory that it is only to be so used. In his third witness statement Mr Hughes describes the address as a "*general information e-mail address*".
10. Thereafter a series of communications were sent by Swinnerton Moore, Mr Timothy Marshall ("the arbitrator"), and the LMAA by e-mail to info@xxx. These included:
  - (a) an e-mail of 7<sup>th</sup> June from Swinnerton Moore enclosing claim submissions and a letter to the LMAA;
  - (b) a fax from the LMAA to Swinnerton Moore copied to info@xxx by e-mail informing the recipient of the appointment of the arbitrator;
  - (c) an e-mail of 13<sup>th</sup> June 2005 from the arbitrator notifying the recipient of his appointment by the President of the LMAA under the Small Claims Procedure and asking for defence submissions within 28 days;
  - (d) an e-mail of 12<sup>th</sup> July 2005 from Swinnerton Moore to the arbitrator seeking a peremptory order requiring service of a defence within 7 days;
  - (e) an e-mail of 12<sup>th</sup> July from the arbitrator to Swinnerton Moore. And by copy to info@xxx asking for the Respondent's comments on the earlier e-mail of that day;
  - (f) an e-mail from the arbitrator of 14<sup>th</sup> July 2005 making a final peremptory order requiring defence submissions by close of business on 22<sup>nd</sup> July 2005;
  - (g) a request of 22<sup>nd</sup> July 2005 by Swinnerton Moore to the arbitrator to proceed with his award;
  - (h) an e-mail from the arbitrator of 25<sup>th</sup> July confirming that he will do so.

E-mails from Swinnerton Moore generated e-mail confirmation of delivery receipts.

11. On 29<sup>th</sup> July the arbitrator issued his final award which was sent to info@xxx and also by post. This was the first communication since 5<sup>th</sup> May 2005 in connection with the arbitration to be sent to the charterers otherwise than by e-mail to info@xxx.

12. In the recital to his Award the arbitrator recorded the procedural history, including, as recital K:

*"No Defence submissions were received at any time. I was and am satisfied that the Charterers are aware of these proceedings and that they have had a reasonable time to serve Defence Submissions. Accordingly I proceeded to my Award".*

He did not state on what basis he was so satisfied.

13. By his Award the arbitrator held that owners were entitled to \$ 40, 220.93 for hire, less commission and payment received and a sum for hold cleaning, and awarded interest and costs.
14. On 12<sup>th</sup> August 2005 Jackson Parton, who had by now been instructed on behalf of Bernuth Lines, wrote to the arbitrator and Swinnerton Moore expressing their client's surprise at receiving the Award and stating that their client had been unaware thereof until receipt of the Award by post. They said that:

*"..it appears that email notices may have been sent to our client's department for cargo bookings for liner service and would have been ignored by the clerical staff in receipt of such messages. Our client is perplexed that the other channel of communication established through your client's Miami lawyers appears to have been by passed."*

They asked for copies of the relevant correspondence.

15. On 15<sup>th</sup> August Jackson Parton appointed Mr George Henderson as Bernuth Lines' arbitrator in respect of their counterclaims, said to be just under \$ 100,000, and invited Swinnerton Moore to appoint Mr Marshall as their arbitrator to start the proceedings afresh.
16. The application before me was made under section 68 of the Arbitration Act 1996. It is said that the arbitration proceedings were not properly brought to the attention of Bernuth Lines such that there has been a serious irregularity affecting the proceedings which has caused or will cause them substantial injustice. During the course of the hearing Mr David Lewis, for Bernuth, indicated that he sought also to advance a claim under section 72 of the Arbitration Act. Mr Ravi Aswani on behalf of High Seas was without instructions on the point and did not consent to my dealing with the matter under that section.

*The statutory provisions*

17. The central question is whether the arbitration was validly commenced. By section 14 (4) of the Arbitration Act 1996 ("the Act") arbitral proceedings, in a case such as this, are commenced when one party serves on the other party notice in writing requiring him to appoint an arbitrator or to agree to the appointment of an arbitrator in respect of the relevant matter. It is not disputed that the e-mail of 5<sup>th</sup> May 2005 constitutes "writing" for this purpose: see section 5 (6) of the Act.
18. Section 76 of the Act deals with service. It provides as follows:
  - "(1) The parties are free to agree on the manner of service of any notice or other document required or authorised to be given or served in pursuance of the arbitration agreement or for the purposes of the arbitral proceedings.*
  - (2) If or to the extent that there is no such agreement the following provisions apply.*
  - (3) A notice or other document may be served by any effective means.*
  - (4) If a notice or other document is addressed, pre-paid and delivered by post -*

*(a) to the addressee's last known principal residence or, if he is or has been carrying on a trade, profession or business, his last known principal business address, or*

*(b) where the addressee is a body corporate, to the body's registered or principal office*

*it shall be treated as effectively served."*

19. There would, therefore, have been no difficulty if Swinnerton Moore had sent the contents of the e-mail of 5<sup>th</sup> May to Bernuth Lines by post. But they did not do so.

*The argument*

20. Mr David Lewis for Bernuth Lines submits that High Seas did not serve Bernuth Lines by any effective means, nor did they serve Bernuth Lines by any agreed method of service. No issue is taken as to any distinction between Bernuth Lines and Bernuth Agencies. It is accepted that if the contents of the e-mail of 5<sup>th</sup> May had been sent by post to Bernuth Agencies' address in Miami, or faxed there, that would have been good service on Bernuth Lines.

21. What is said, in respect of the first ground, is that service by e-mail has not, for good reason, heretofore been recognised as effective service under the CPR, save under closely defined conditions not applicable to the present case. By analogy, the court should not regard sending a notice initiating an arbitration to *any* e-mail address of the person to be served as effective service. Service in a manner totally at variance with that prescribed by the CPR should not be treated as effective service. E-mail service would only be good if the recipient had agreed to accept service at the e-mail address to which the document had been sent, or if the service was effective in the sense that the notice reached the relevant legal or managerial personnel.

*E-mail service under the CPR*

22. CPR 6.2 (1) (e) provides that a document may be served by fax or other means of electronic communication in accordance with the relevant practice direction. The relevant practice direction – CPR 6 PD - provides, in paragraph 3.1, that where a party is to be served by "electronic means":

*"(1) the party who is to be served or his legal representative must previously have expressly indicated in writing to the party serving –*

*(a) that he is willing to accept service by electronic means;*

*and*

*(b) the fax number, e-mail address or electronic identification to which it should be sent".*

*(2) the following shall be taken as sufficient written indication for the purposes of paragraph 3.1 (1) –*

*(a) a fax number set out on the writing paper of the legal representative of the party who is to be served; and*

*(b) a fax number, e-mail address or electronic identification set out on a statement of case or a response to a claim filed with the court"*

23. Paragraph 3.2. of CPR 6 PD provides that:

*"Where a party seeks to serve a document by electronic means he should first seek to clarify with the party who is to be served whether there are any limitations to the recipient's agreement to accept service by such means including the format in which documents are to be sent and the maximum size of attachments that may be received."*

24. As is apparent from the above, service by e mail is not allowed in the absence of an express written indication by the party to be served to the party serving of (i) a willingness to accept service by e-mail and (ii) the e-mail address to which the document should be sent. It is only when an e-mail address appears on a statement of case or a response to a claim that that address can, of itself, be taken as a sufficient written indication of those matters.

25. CPR 6 .2 (2) provides that a company can be served by any method permitted under Part 6 as an alternative to the methods set out in sections 725, 695, and 694A of the Companies Act 1985.

*The fate of the e-mails*

26. The e-mails sent to info@xxx were received at that address and not rejected. Jackson Parton's fax of 12<sup>th</sup> August 2005 indicated that they:

*"..... would have been ignored by the clerical staff in receipt of such messages"*

27. In his first Witness Statement Mr Hughes of Jackson Parton said that the persons who received the e-mails did not know what to do with them and ignored them. In his third witness statement he says that the e-mails were ignored as "spam". He states that the address receives hundreds of spam and unsolicited e-mails every day and that *"the Customer Service Representative took the view that no serious legal matter would be sent to the Applicant using that address"* and *"that the email was not serious and that serious legal correspondence would go through appropriate channels"*. He adds *"One has in mind the frequency with which junk e-mail is received containing apparently legitimate legal email correspondence which is in fact spurious."* It is apparent from that evidence that the representative in question saw the e-mail of 5<sup>th</sup> May and consciously decided to ignore it. Presumably something similar happened with the others.

28. I do not regard the provisions of CPR Part 6 as an appropriate benchmark by which to judge whether or not service by e-mail is effective in the context of an arbitration. The Civil Procedure Rules cater for litigants of all kinds from major corporations represented by the most accomplished firms of solicitors to individuals represented by more modest firms and those who are not represented at all. By contrast arbitrations are usually conducted by businessmen represented by, or with ready access to, lawyers. Section 76 (4), when providing that a notice could be served on a person by any effective means was, in my judgment, purposely wide. It contemplates that any means of service will suffice provided that it is a recognised means of communication effective to deliver the document to the party to whom it is sent at his address for the purpose of that means of communication (e.g. post, fax or e-mail). There is no reason why, in this context, delivery of a document by e-mail – a method habitually used by businessmen, lawyers and civil servants – should be regarded as essentially different from communication by post, fax or telex.

29. That is not to say that clicking on the "send" icon automatically amounts to good service. The e-mail must, of course, be despatched to what is, in fact, the e-mail address of the intended recipient. It must not be rejected by the system. If the sender does not require confirmation of receipt he may not be able to show that receipt has occurred. There may be circumstances where, for instance, there are several e-mail addresses for a number of different divisions of the same company, possibly in different countries, where despatch to a particular e-mail address is not effective service.
30. But in the present case none of those difficulties arise. The e-mail of 5<sup>th</sup> May 2005 and, so it would appear, all subsequent e-mails, were received at an e-mail address that was held out to the world as the, and so far as the evidence shows, the only e-mail address of Bernuth. Someone looked at the e-mails on receipt and, apparently, decided that they could be ignored, without making any contact with the sender. The position is, to my mind, no different to the receipt at a company's office of a letter or telex which, for whatever reason, someone at the company decides to discard. In both cases service has effectively been made, and the document received will, in the first instance, be dealt with by a clerical officer.
31. I am confirmed in that conclusion by the case of *The Pendrecht* [1980] 2 Lloyd's Rep 56. In that case a telex was received by charterers at their head office in Japan outside office hours on Friday 7<sup>th</sup> January. At that time the office would not have had in it employees of the charterers responsible for its commercial affairs. The telex did not come to the notice of a responsible employee until the office re-opened on Monday 10<sup>th</sup> January. Time expired on either the 8<sup>th</sup> or the 9<sup>th</sup> January. Parker J, as he then was, held that – for the purposes of section 27 (4) of the Limitation Act 1939 - the telex was served, both in the case of an English and a foreign company, when it was received, irrespective of whether this happened within business hours and whether or not the office was closed. It was not necessary that it should come to the attention of the company or to any particular individual at the company at the time it was served. I do not regard the decision in that case as being dependent on the fact that the telex did in fact come to the attention of the responsible personnel on the Monday. On the contrary, passages at page 65 of Parker J's judgment indicate that service would be valid even if the document served may not come to the attention of the party to be served for some time.
32. Section 27 of the Limitation Act 1939 provided as follows:
- "(3) For the purposes of this Act and of any such enactment as aforesaid, arbitration shall be deemed to be commenced when one party to the arbitration serves on the other party or parties a notice requiring him or them to appoint an arbitrator or to agree to the appointment of an arbitrator....*
- (4) Any such notice as aforesaid may be served either (a) by delivering it to the person on whom it is to be served; or (b) by leaving it at the usual or last known place of abode in England of that person; or (c) by sending it by post on a registered letter addressed to that person at his usual or last known place of abode in England; as well as in any other manner provided in the arbitration agreement; and where a notice is sent by post in the manner prescribed by paragraph (c), service thereof shall, unless the contrary is proved, be deemed to have been effected at the time at which the letter would have been delivered in the ordinary course of post."*
33. Sections 27 (3) and (4) of the Limitation Act 1939 are the forerunners (via section 34 of the Limitation Act 1980) of sections 76 (1) (3) and (4) of the Act. Sections 27 (3) and (4) of the

Limitation Act 1939 do not contain any requirement that service has to be on, or brought to the attention of, any particular personnel. By the same token there is no such requirement implicit in section 76 (4) of the Act. Service under section 76 (4) is treated as effective if the notice is addressed and delivered by post to the relevant address. Similarly, as it seems to me, a notice is to be treated as effectively served if it is delivered to the party to be served by e-mail.

34. In short I do not regard service of the 5<sup>th</sup> May notice by e-mail as ineffective because, when it was received, a particular employee did not think that a serious legal matter would be sent to that address. That e-mail and those that followed it, are plain and straightforward in their terms. They bear none of the hallmarks of "spam". On the contrary they called for serious attention. The e-mail of 5<sup>th</sup> May was sent with High Importance. It referred to a vessel which Bernuth had in fact chartered by the charterparty mentioned in it. It identified Swinnerton Moore as High Seas' London solicitors, which they were, and referred to an outstanding hire claim which had been the subject of earlier correspondence. It purported to initiate arbitration proceedings by calling for agreement as to an arbitrator. I should be surprised if much junk e-mail purports to do that or to emanate, as later e-mails did, from an LMAA arbitrator. If the e-mails never reached the relevant managerial and legal staff, that is an internal failing which does not affect the validity of service and for which Bernuth has only itself to blame. Having put info@xxx into the current Lloyd's Maritime Directory as their only e-mail address, they can scarcely be surprised to find that an e-mail inviting them to agree to the appointment of an arbitrator in a maritime matter was sent to that address.
35. I do not accept that, in an arbitration context, in order for service to be effective it is essential that the e-mail address at which service is purportedly made has been notified to the serving party as an address to be used in the context of the relevant dispute. Section 76 does not say as much and there is no basis upon which that can be implied.
36. That conclusion renders it unnecessary for me to decide whether or not, if service by e-mail was not, in the present case, effective under section 76(3) it was rendered effective because of the provisions of the Small Claims Procedure ("SCP") of the LMAA; or to decide the type of relief, if any, that would be appropriate. But since both matters have been the subject of considerable argument, I propose to indicate my obiter conclusions on them.

*The Small Claims Procedure*

37. High Seas rely upon the provisions of the SCP as entitling them to initiate the arbitration by e-mail. Paragraph 5 (i) of the SCP provides:

*" (i) All communications or notification under this procedure may be by letter, telex, telefax or e-mail".*

High Seas rely on the second paragraph of clause 45 of the Charterparty, taken with clause 5 (i) of the SCP, as an agreement on the manner of service, as permitted by section 76 (1) of the Act. Bernuth contend that the dispute did not come within the SCP because, although High Seas' claim was for less than \$50,000, Bernuth's counterclaim was for over \$93,000.

38. That begs the question as to the time at which the question whether, in accordance with the agreement between the parties, the claim falls within the SCP is to be determined.

*The parties' submissions*

39. Bernuth contend that, since they had asserted a claim in excess of \$50,000 prior to the purported commencement of the arbitration, the dispute did not fall within the SCP. High Seas contend that, if Bernuth, in response to their invocation of arbitration, had asserted a counterclaim of over \$50,000 the SCP would, or might, have been inapplicable. But Bernuth did not do so; and neither High Seas nor the arbitrator was bound to proceed upon the footing that there was a continuing dispute involving such a claim. Accordingly the SCP was applicable to High Seas' claim. Bernuth's riposte to that, through Mr Lewis, is to submit that it cannot be correct for High Seas to be able to rely on a provision of the SCP permitting service by e-mail if the question whether the SCP applies can only be determined after the arbitration has begun. If this were so, High Seas would be able to start an arbitration by e-mail, purportedly under the SCP, in circumstances where, if service by e-mail does not reach anyone at Bernuth who does anything about it, Bernuth will have been deprived of the opportunity of showing that the disputes are, because of its counterclaim, not within the SCP, and that the arbitration could never have been validly begun by e-mail at all. High Seas will, thus, by asserting the application of the SCP, be able to invoke it when it ought not to be invocable, and Bernuth may lose their ability to challenge the application of the SCP as a result of High Seas using a method of service which only the inapplicable SCP could justify.
40. In support of his submissions Mr Aswani submitted that his clients were not bound to assume that Bernuth would in fact maintain any counterclaim in excess of \$ 50,000. Claims are often made under the SCP where counterclaims have previously been asserted in excess of \$ 50,000, which, in the event, are never pursued by respondents, who may, in the event, take no part in the arbitration. If awards made in this way can be challenged on the basis that, because of the counterclaim previously asserted, the arbitration could not proceed under the SCP, its utility would be much reduced.
41. Mr Aswani drew attention to paragraph 9 of the Commentary on the SCP which reads:
- "...The success of the Procedure in promoting cost-effective arbitration in London has led to a regrettable number of cases in which disputes have been referred to arbitration according to the Procedure which are not appropriate for determination in accordance with the spirit, if not the letter, of that Procedure. Such situations can arise simply as the result of the fact that parties to a contract agreed in that contract to apply the Procedure to all disputes involving less than a certain sum of money regardless of the nature of such disputes. In such cases the parties should be aware that the arbitrator may at the outset or at any time thereafter inform them that in his opinion the dispute referred to him cannot be dealt with satisfactorily according to the Procedure. He will then be entitled to invite the parties either to agree to an appropriate variation of the Procedure or, alternatively to agree to his continuing to act on the basis of the LMAA Terms in force for the time being. In the event of a refusal by the parties so to agree the arbitrator shall be entitled to resign from the reference whilst retaining out of the Small Claims fee a sum sufficient to remunerate him for services thus far rendered."*
42. Mr Aswani submitted that, if it should transpire that there was a counterclaim in excess of \$ 50,000, then an arbitrator appointed under the SCP could, and, in appropriate cases, would take the course contemplated by the Commentary. This contention does not, however, seem to me to pay sufficient regard to the fact that, in a case where there is a provision such as that contained in the second paragraph of clause 45, if one side has a bona fide claim for \$40,000 and the other side has one for \$90,000, the counterclaimant is contractually *entitled* to have the dispute between them resolved otherwise than by the SCP. The position is even more marked where, as here, if the SCP is inapplicable the agreement between the parties is for arbitration by two

arbitrators who are members of the Baltic, rather than an arbitration under LMAA terms (unless both members of the Baltic are also members of the LMAA in which case the LMAA terms may apply – see paragraph 5 (a) of those terms). The passage from the Commentary is, moreover, directed to a situation where the arbitrator is minded to resign, although the parties have agreed that he shall have jurisdiction, and not to a case where the arbitrator may continue under the SCP even though one side has a counterclaim that, according to the agreement between the parties, puts the dispute between them outside the SCP. It is also material that, if the dispute falls within the SCP then, by virtue of clause 4 of the SCP, any right of appeal to the Courts is excluded, whereas otherwise it is not.

43. I incline to the view that the correct analysis is that the second paragraph of clause 45 should be interpreted so as to mean that it applies to disputes where the total amount claimed by either party *in the arbitration* does not exceed \$50,000. Such a construction enables a claimant to initiate an arbitration for a sum less than \$50,000 even though a counterclaim had previously been asserted in excess of that sum. If no such claim is put forward in the arbitration, the arbitration can proceed under the SCP. If, on receipt of a notice inviting agreement to a sole arbitrator the respondent intimates a claim in excess of \$50,000, it will have become apparent that there are and remain disputes between the parties that require to be determined by arbitration, and that, in the case of at least one party, the claim exceeds \$50,000. The SCP will no longer be applicable and, in a case such as the present, the claimant and the respondent will each have to appoint their own arbitrators and proceed to a full-blown arbitration. Were it otherwise the claimant could find itself compelled to initiate a full blown LMAA arbitration in circumstances where the respondent did not respond to the request to agree an arbitrator, and then took no part in the proceedings at all. This approach seems to me to give effect to the underlying purpose of the second paragraph of clause 45, namely to ensure that, if there is a dispute which requires determination by an arbitrator it shall be determined under the SCP unless that which requires to be arbitrated includes a claim by at least one side which exceeds \$ 50,000 in value. If that analysis is correct, it does not, in my view, produce any unacceptable retrospectivity. If the dispute is unquestionably one within the SCP – because a claim in excess of \$50,000 has never existed or been asserted on either side – the parties are bound by any agreed method of service under it. In those circumstances there is nothing startling in the parties being bound by that agreement so long as the matter is correctly proceeding pursuant to the SCP.
44. Accordingly, as it seems to me, High Seas were entitled to proceed in the first instance on the basis that any arbitration would be under the SCP.
45. The SCP provides as follows:

## **"2. APPOINTMENT OF ARBITRATOR**

*(a) If a dispute has arisen and the parties have agreed that it should be referred to arbitration under the Small Claims Procedure, then, unless a sole arbitrator has already been agreed on, either party may start the arbitration by giving notice to the other requiring him to join in appointing a sole arbitrator. If within fourteen days the parties have agreed on a sole arbitrator and the intended arbitrator has accepted the appointment, the Claimant shall within a further fourteen days send to the Respondent (with copies to the arbitrator) a letter of claim accompanied by copies of all relevant documents including experts' reports and shall further send to the arbitrator a remittance in his favour for the small claims fee as defined in para 3 (B).*

*(b) If the parties have not within fourteen days agreed on a sole arbitrator, either party may apply in writing to the Honorary Secretary, London Maritime Arbitrators Association for the appointment of a sole arbitrator by the President ....The President, having considered the nature of the dispute shall appoint an appropriate arbitrator and shall give notice to the parties..."*

#### **4 RIGHT OF APPEAL EXCLUDED**

*The right of appeal to the Courts is excluded under this procedure. By adopting the Small Claim Procedure the parties shall be deemed to have agreed to waive all rights of appeal.*

#### **5 PROCEDURE**

Paragraphs 5 (a) – (h) deal with the procedure to be followed from the filing of a letter of defence and details of counterclaim (if any) down to the hearing (if any).

*(i) All communications or notification under this procedure may be by letter, telex, telefax or e-mail".*

46. A question arises as to whether the reference in 5 (i) to "*this procedure*" is to the LMAA Small Claims Procedure or to that part of it which is dealt with in section 5 under the heading Procedure. In my judgment it is the former. It seems to me unrealistic and unreasonable to suppose that the draftsman, when referring to all communications in sub-paragraph (i) intended to provide that all communications other than a communication initiating arbitration could be by letter, telex, telefax or e-mail, and to make no provision in respect of such a communication. The SCP was intended as an expeditious, low cost, usually documentary procedure, with a single arbitrator, no discovery and reduced formality. It is consistent with that overall purpose that communication, whether initiating the procedure or continuing it, may take place by any modern method. If the draftsman had intended 5 (i) to apply to only part of the SCP he could easily have said so. I do not regard the fact that paragraph 2 (a) refers to a "*notice*" as an indication that it is not a "*communication or notification*" within 5 (i).
47. Had I reached the conclusion that section 76 (3) of the Act did not contemplate the initiation of an arbitration by the service of a notice by e-mail, I would not have found it surprising that paragraph 5 (i) should do so. On the contrary it is the sort of provision that I would regard as perfectly sensible for potential users of the SCP to make.

*The appropriate remedy if service by e-mail is not possible*

#### *Section 69*

48. Mr Aswani submitted that, if Bernuth had any claim, it lay under section 69 of the Act and was unmaintainable because Bernuth have not secured the necessary leave and are out of time to do so. In addition Rule 4 of the SCP excludes a right of appeal.
49. Mr Aswani submits that it is apparent from Recital K of his Award that the arbitrator was proceeding on the basis that service by e-mail was a valid method of commencement. That proposition is either correct or incorrect in law. The arbitrator must have taken the view that it was correct. So Bernuth are in truth, if one looks at the substance of the matter, challenging the

validity of the Award and, in the words of section 69, seeking to *"appeal to the court on a question of law arising out of an award made in the proceedings"*

50. I do not accept this. In Recital K the arbitrator was recording his view that charterers were aware of the proceedings and had had an opportunity to respond and that he would therefore proceed to his award. That recital is, avowedly, not part of his Award. Neither his Award nor the reasons for it purport to determine any question of law in relation to the commencement of the arbitration. Even if recital K is to be taken as part of his Award I do not consider it to have purported to determine any question of law in respect of the efficacy of service of the notice by which the arbitration was initiated. It was a decision that it would be appropriate to proceed to an award having regard to the notice of the proceedings that the arbitrator believed that Bernuth had had. Further it would seem to me the logical conclusion of Mr Aswani's submissions that, whenever an arbitrator proceeds to an award, and a question arises as to whether he had jurisdiction, he must be taken impliedly to have answered, in a manner favourable to the party in whose favour the award is granted, every question of law bearing on whether or not he had jurisdiction; so that all such questions can only be challenged pursuant to section 69 and not under section 67. This is not, in my judgment, correct. If correct it would rob section 67 of much of its apparent effect.
51. There is an additional consideration, not raised in argument, and upon which I express no view. Sections 67, 68 and 69 allow *"a party to arbitral proceedings"* to apply to the court. Such a person is to be contrasted with *"a person alleged to be a party to arbitral proceedings but who takes no part in the proceedings"*: section 72. The learned authors of Mustill & Boyd suggest – at page 363 of the 2001 Companion – that the former expression is used in the Act to describe a person who takes part in or continues to take part in the arbitral proceedings. If the effect of that is, as they suggest (page 362), that a person who takes no part in the arbitral proceedings does not enjoy any of the rights under the Act of a *"party to arbitral proceedings"* other than those specifically conferred on him by section 72 the effect of Mr Aswani's argument would be to restrict the rights of an alleged party who takes no part in the proceedings to a challenge to the jurisdiction based on fact alone.
52. Further it seems to me that a party to arbitral proceedings, who contends that the tribunal lacks substantive jurisdiction, and who is in receipt of an adverse ruling involving a determination of law may apply under section 67 to challenge that conclusion. There is nothing in section 69 or section 67 which compels him to proceed under the former and it would be natural for him to proceed under the latter. If so, a person who has taken no part in the arbitral proceedings can invoke section 67 by reason of section 72 (2) (a).

#### *Section 68*

53. Section 68 of the Act applies if there has been a serious irregularity affecting the tribunal, the proceedings or the award. By section 68 (2) serious irregularity is defined as being of one or more of a number of kinds *"which the court considers has caused or will cause substantial injustice to the applicant"*. Two of those specified are:

*"(a) failure by the tribunal to comply with section 33 (general duty of tribunal);*

*(b) the tribunal exceeding its powers (otherwise than by exceeding its substantive jurisdiction: see section 67)".*

Section 33 of the Act provides:

*"33. General duty of the tribunal*

*(1) The tribunal shall -*

*(a) act fairly and impartially as between the parties, giving each party a reasonable opportunity of putting his case and dealing with that of his opponent; and*

*(b) adopt procedures suitable to the circumstances of the particular case, avoiding unnecessary delay or expense, so as to provide a fair means for the resolution of the matters falling to be determined."*

What is said is that, because the proceedings were never validly notified to Bernuth Lines there has been a serious irregularity in the form of a failure by the tribunal to comply with its duty to give each party a reasonable opportunity of presenting its case.

54. I do not think that Bernuth's complaint fits very readily within section 68. The gravamen of its complaint, as it seems to me, is that the arbitral tribunal lacked substantive jurisdiction and that the award should be set aside upon that ground. Substantive jurisdiction embraces the question as to whether the tribunal is properly constituted and what matters have been submitted to arbitration in accordance with the arbitration agreement: section 30 (1). Bernuth's case is that the tribunal was not validly constituted and/or that nothing was validly submitted to arbitration because the arbitral proceedings were never properly initiated since Bernuth never had proper notice of them. By contrast section 68 is intended for cases where the tribunal has substantive jurisdiction - see section 68 1 (b), which excludes acting in excess of powers by exceeding substantive jurisdiction - but the tribunal fails properly to comply with its obligations. Bernuth's present complaint falls, in my view, more appropriately within section 67, as permitted by section 72 (2) (a).

55. I did not understand Mr Lewis to submit that, if the arbitration was validly commenced by e-mail, he was nevertheless entitled to succeed under section 68. In any event, on that hypothesis I do not accept that there has been any failure to comply with section 33. The proceedings have been validly commenced by e-mail and the arbitrator has notified Bernuth of what was going on by e-mail at every stage. It was this aspect of the matter to which the arbitrator no doubt intended to refer in Recital K.

*Section 72*

56. On the morning of the hearing Mr Lewis indicated that Bernuth, sought, in the alternative, to invoke section 72 which provides:

*"72. Saving for the right of persons who take no part in the proceedings*

*(2) A person alleged to be a party to the arbitral proceedings but who takes no part in the proceedings may question -*

*(a) whether there is a valid arbitration agreement,*

(b) *whether the tribunal is properly constituted, or*

(c) *what matters have been submitted to arbitration in accordance with the arbitration agreement*

*by proceedings in the court for a declaration or injunction or other appropriate relief*

(3) *He also has the same right as a party to the arbitral proceedings to challenge an award –*

(a) *by an application under section 67 on the ground of lack of substantive jurisdiction in relation to him*

(b) *by an application under section 68 on the ground of serious irregularity (within the meaning of that section) affecting him;*

*and section 70 (2) (duty to exhaust arbitral procedures) does not apply in his case."*

57. Mr Lewis submitted that, since Bernuth took no part in the arbitration, they were entitled to a declaration under section 72 (1) that the Award was of no effect and could make such an application, without limit of time and without showing, as section 68 would require, that the Award would cause substantial injustice. Mr Aswani submitted that the relief available under section 72 (1) must have a narrower scope than that contemplated by section 72 (2) (a) taken with section 67 since, if all the relief available under section 67 could be obtained under section 72 (1), a person who had taken no part in the proceedings, would never proceed under section 67 as applied by section 72 (2) (a). If he were to do so he would unnecessarily subject himself to a time limit under section 70 (3) and to a restriction on his entitlement to appeal under section 67 (4). Further since Mr Lewis did not seek on behalf of his clients to claim under section 67, as opposed to section 72, it could not apply at all.
58. It seems to me that Mr Aswani is on strong ground in saying that section 72 (1) must have a more limited scope than section 67 (3) at least to the extent that, if an applicant seeks, as Bernuth does, to set aside the award he must proceed under section 67. The distinction between section 72 (1) and section 72 (2) appears to reflect the distinction between an application for a declaration under section 67 (1) (b) and a challenge to an award under section 67 (1) (a) with a consequent order under section 67 (3). But the distinction between declaring an award to be of no effect because the tribunal did not have substantive jurisdiction and setting it aside would not appear to be major, and it is not immediately apparent why an application under section 72 (1) should be subject to no time limit, whereas an application under sections 67 and 72 (2) (a) is subject to the time limit for an application under section 67 specified in section 70 (3). Section 72(1) seems to be primarily intended to deal with the position at an interlocutory stage, when the court may be prepared to declare that an applicant is not bound by the arbitration agreement and to restrain the respondent from further continuance of the arbitration. Mr Lewis submitted that section 72 (1) was the principal provision to be invoked if substantive jurisdiction was challenged and that section 72 (2) (a) was inserted as an abundance of caution.
59. Had I reached the conclusion that the arbitration had not been validly commenced because the e-mail of 5<sup>th</sup> May had not been effectively served or served in accordance with an agreed method of service, I would not have refused to set aside the award on the ground that section 72 (1) did not permit it and that section 67 had not been invoked. It would be necessary, on that hypothesis, to look at the substance of the matter. Bernuth brought their application within 28

days of the award. It should more pertinently have been brought under section 67 as applied by section 72 (2) (a). If that is so, I can see no relevant prejudice to High Seas in granting to Bernuth the necessary permission to amend their application notice so as to make it an application under section 67. If the proceedings had originally been brought under sections 67 and 72(2) (a) High Seas would have made exactly the same arguments, save that the question of substantial injustice would not arise. I would, therefore, have given Bernuth permission to amend and set aside the award under section 67.

*Substantial injustice*

60. Mr Aswani submits that, although there is, as has now become apparent, a prima facie dispute of fact as to whether or not the Master unreasonably refused to follow orders, serious questions arise as to the validity of that contention. Moreover there can, he submits, be no substantial injustice in allowing the Award for hire (predominantly) to stand, leaving Bernuth to make their counterclaims in the arbitration that they have now launched.
61. Mr Lewis submits that the injustice lies in the fact that, unless the Award is set aside, Bernuth will be faced by an award against which they will not be able to set off any of their counterclaims, whereas, if the Award is set aside they will be able to do so at least in respect of some of them. In the former case they will thus have to pursue those claims against a company based in the Marshall Islands. In reality the value of any counterclaim lies in Bernuth's ability to set it off against a claim for hire. If they cannot do that they may suffer the real injustice of being liable under the Award but, in practice, unable to recover in respect of their counterclaims. Those counterclaims are as follows:

	US\$
(i) A speed claim under the performance warranties	8,954.00
(ii) Time lost and bunkers consumed because of the Master's failure to go to El Bluff	17,633.49
(iii) Hire of substitute vessel for movement of cargo from "Eastern Navigator"	24,537.92
(iv) Wasted expenses Nicaragua	5,000.00

62. Mr Aswani submits that I should not, in the absence of any evidence, infer that there is any particular difficulty with enforcement in the Marshall Islands. He also points out it is only in the third witness statement of Mr Hughes that the alleged set offs are explained in any detail. Bernuth's failure to do so earlier, or to mention at any earlier stage the apparent theft of a computer belonging to Captain Jordan containing important information, casts doubt on the validity of their case.
63. In my judgment, if the proceedings were not validly served so that, on that account, Bernuth had not had a reasonable opportunity of putting their case, they would have suffered a substantial injustice. They have a case to make. It is not suggested that it is unarguable and, if well founded, some at least of the counterclaims are capable of being set off. On this hypothesis the proceedings against Bernuth were never validly constituted and the relevant legal and managerial personnel never received notice of what was going on until after the Award was made. In those circumstances I would not think it to be just to allow the award to stand. To do

so would be to deprive Bernuth of the opportunity of seeking to set off their claims and expose them to the need to enforce their claims against a company in the Marshall Islands, an exercise which seems to me likely to involve at the lowest significant expense and delay and which may be fraught with difficulty.

Accordingly I decline to grant the relief sought.

## **Competencia del árbitro y la nulidad del compromiso arbitral: Servicios Administrativos de Emergencia**

---

*Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, México*

COMPROMISO ARBITRAL, NULIDAD DEL. COMPETENCIA DEL ÁRBITRO Y NO DEL JUEZ ORDINARIO PARA CONOCER DE LA ACCIÓN DE NULIDAD RESPECTIVA, PORQUE LOS ARTÍCULOS 1424 Y 1432 DEL CÓDIGO DE COMERCIO TIENEN COMO PROPÓSITO DAR EFICACIA A LOS ACUERDOS DE ARBITRAJE Y FACILITAR LA REALIZACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS ARBITRALES.

Para interpretar los preceptos que regulan el arbitraje en el Código de Comercio, desde el punto de vista teleológico e histórico, es necesario tener en cuenta que el antecedente de los mismos se encuentra en la Ley Modelo Sobre Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), cuyas disposiciones fueron incorporadas a la legislación mercantil nacional a fin de ajustarla a los aspectos favorables para el arbitraje que se advirtieron en esa propuesta normativa, como se desprende de la exposición de motivos del decreto de reforma y adiciones publicado en el Diario Oficial de la Federación el veintidós de julio de mil novecientos noventa y tres, así como de los correspondientes dictámenes emitidos por las respectivas Cámaras de Origen y Revisora, a saber, de Diputados y de Senadores, de tal suerte que resulta conveniente acudir al texto de la mencionada ley modelo, en los preceptos que guardan similitud o identidad de contenido, y a la explicación que de dichos dispositivos hace la secretaría de la mencionada comisión internacional. Esa semejanza en contenido normativo se advierte entre los artículos 1424 y 1432 del Código de Comercio, y 8 y 16 de la ley modelo, cuyo propósito es facilitar y dar eficacia al reconocimiento de los acuerdos de arbitraje, así como evitar la práctica de tácticas dilatorias, aunque se trate del ejercicio de las facultades de supervisión o de control que se reconocen como necesarias por parte de los tribunales judiciales. La anterior finalidad de la regulación de la remisión al arbitraje y de la facultad de determinar la competencia por parte del tribunal arbitral, basada en el principio arbitral de origen alemán denominado "Kompetenz-Kompetenz", o competencia-competencia, que implícitamente se encuentra en el texto de los artículos 1424 y 1432 del Código de Comercio, dado el origen que tienen y la semejanza con las normas que los inspiraron, revela que el legislador mexicano buscó dar cabal eficacia al compromiso arbitral y facilitar la realización de los arbitrajes, en caso de existir un acuerdo sobre esa forma de resolución de controversias, impidiendo el empleo de dilaciones en la sustanciación de esos procedimientos, aun cuando se ejerciera el necesario control judicial sobre la validez del pacto arbitral, el que, en términos del artículo 1432 del Código de Comercio, puede hacerse antes de que se dicte el laudo arbitral, o con posterioridad a éste, es decir, puede ser previo o ex post. Por tanto, cuando existe pacto arbitral sobre la competencia del árbitro para conocer de la nulidad del acuerdo de arbitraje, queda excluida la competencia del Juez ordinario del Estado, para respetar cabalmente la voluntad de las partes al convenir la resolución de las controversias, incluyendo la nulidad del pacto arbitral, a través del procedimiento arbitral.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 14/2005. Servicios Administrativos de Emergencia, S.A. de C.V. 19 de mayo de 2005. Unanimidad de votos, con voto aclaratorio del Magistrado Anastacio Martínez García. Ponente: Neófito López Ramos. Secretario: Raúl Alfaro Telpalo.

**Legal effects of an arbitral order: Centurion Air Cargo v. UPS**

---

*Eleventh Circuit, USA*

IN THE UNITED STATES COURT OF APPEALS  
FOR THE ELEVENTH CIRCUIT

---

No. 04-11632

---

D. C. Docket No. 02-22096-CV-KMM

CENTURION AIR CARGO, INC.,  
f.k.a. Challenge Air Cargo, Inc.,  
Plaintiff-Appellant,  
versus  
UNITED PARCEL SERVICE CO.,  
Defendant-Appellee.

---

No. 04-12922

---

Case number 04-11632, an appeal from orders by 1 the Honorable K. Michael Moore, United States District Judge for the Southern District of Florida. As the principal parties in both consolidated cases are the same, we follow the custom of the briefs in calling each case by the name of the presiding district judge.

---

Appeals from the United States District Court  
for the Southern District of Florida

---

**(August 9, 2005)**

Before DUBINA, PRYOR and KRAVITCH, Circuit Judges.  
KRAVITCH, Circuit Judge:

This decision involves two cases consolidated on appeal. In the “Moore litigation,” plaintiff-appellant Centurion Air Cargo, Inc. (“Centurion”) appeals the district court’s orders granting summary judgment in favor of defendant-appellee United Parcel Service Co. (“UPS”) on Centurion’s claims for breach of contract and other related causes of action. In the “King litigation,” UPS appeals the district court’s denial of its motion to hold Centurion in contempt of court for failure to comply with a prior judgment.

**I.**

In October 1999, UPS and Centurion entered into a purchase agreement, 3 under which UPS purchased substantially all of Centurion’s assets. Centurion, an air cargo and transportation service corporation based in Miami, Florida, retained certain liabilities under the purchase agreement, including those arising from an action against Centurion in Costa Rica (the “Carga Aerea litigation”). The purchase agreement required Centurion to indemnify UPS for any liabilities incurred because of the Carga Aerea

litigation in excess of \$200,000, that being the liability amount listed on Centurion's balance sheet at the time of purchase. Subsequently, the two parties entered into a post-closing agreement, which further defined their obligations and rights in the transaction. Under the post-closing agreement, UPS agreed to make monthly installment payments of \$871,518.00 to Centurion for certain transitional services not relevant here. Section 11.04 of the purchase agreement provided UPS with a right of offset against Centurion "if [UPS] obtains a final, nonappealable judicial order or binding arbitral decision in [UPS's] favor that [Centurion] is obligated to indemnify [UPS]" for, inter alia, liabilities arising out of the Carga Aerea litigation. Section 3(g) of the post-closing agreement provided that the set-off provision, Section 11.04 of the purchase agreement, would apply to the monthly payments. Several months after the purchase, the plaintiff in the Carga Aerea litigation attached UPS's Costa Rican assets and garnished UPS's Costa Rican revenues in anticipation of a final judgment against Centurion. Pursuant to a separate settlement agreement between UPS and Centurion, UPS then filed an emergency motion in an already pending arbitration before the American Arbitration Association ("AAA"). The motion sought to force Centurion to post a bond with the Costa Rican court to dissolve the attachment and garnishment. In May 2002, the arbitrator ordered Centurion to post the bond in the amount of \$821,106.09 or any lesser amount that would dissolve the attachment and garnishment. The parties respectively petitioned the district court to vacate or confirm the arbitration order. A few days after the arbitration order, in early June 2002, UPS was four days late making its monthly installment payment to Centurion. When the July payment came due, UPS informed Centurion that it was exercising a setoff of \$821,106.09 from the regular monthly payment. UPS then posted a bond in the Costa Rican court of the same amount and in Centurion's name. The district court, per Judge King, issued a confirmation judgment requiring Centurion to comply with the arbitrator's order. Centurion still refused to post a bond. In March 2004, a magistrate judge recommended that Centurion be held in contempt of court for its failure to comply. Judge King, however, rejected the magistrate's recommendation and denied the motion, finding that UPS's actions in setting off the necessary funds and posting the bond in Centurion's name were sufficient to satisfy Centurion's obligations and the arbitrator's order. UPS appeals the King litigation from the denial of this contempt motion. Meanwhile, Centurion filed suit against UPS for breach of contract in July 2002. One count of the complaint alleged breach of the post-closing agreement, while a second count alleged breach of the purchase agreement. Both claims arose out of UPS's set-off of the large majority of the July payment. After a period of discovery, UPS moved for partial summary judgment as to the purchase agreement only, and Centurion moved for summary judgment on both claims. The district court, per Judge Moore, granted UPS's motion on the ground that UPS acted within its contractual rights under the purchase agreement in executing the set-off. UPS then moved for summary judgment as to the post-closing agreement, which the court granted based on Centurion's own prior contention that the post-closing agreement could only have been breached if UPS took the set-off without complying with the purchase agreement. The court also rejected Centurion's allegations of breach of the implied covenant of good faith and fair dealing because no breach of the explicit terms of the contract had occurred, and Centurion's claims for breach of confidentiality because they had not been properly raised in the complaint. Centurion appeals the Moore litigation from these grants of summary judgment.

## II.

We review the district court's grant of summary judgment de novo, applying the same legal standards as the district court, and construing the facts and drawing all reasonable inferences there from in the light most favorable to the non-moving party. *Cuesta v. School Bd. of Miami-Dade Co.*, 285 F3d 962, 966 (11th Cir. 2002).

### 1. Breach of Purchase Agreement

Under Section 11.04 of the purchase agreement, UPS must prove two things in order to offset an indemnity against its payments to Centurion without breaching the agreement: (1) that it obtained a "binding arbitral decision" against Centurion and (2) that the decision obligated

Centurion to indemnify UPS. Centurion claims that genuine issues of material fact remain as to whether UPS has shown either of these elements. First, Centurion claims that the arbitrator's order was not a "binding arbitral decision" at the time of the set-off because the order was still awaiting confirmation from the district court. Other circuits have held that an order from an AAA arbitrator is binding unless the parties expressly agree otherwise, and does not require affirmation from a court to bring it into effect. See, e.g., *McKee v. Home Buyers Warranty Corp.*, 45 F.3d 981, 983 (5th Cir. 1995); *Rainwater v. Nat'l Home Ins. Co.*, 944 F.2d 190, 193 (4th Cir. 1991). This issue is a matter of first impression for our court. In considering it, we note that the Supreme Court has declared a strong federal policy in favor of arbitration to resolve disputes. *Moses H. Cone Memorial Hospital v. Mercury Construction Corp.*, 460 U.S. 1, 24 (1983). To adopt a rule that an arbitral decision is not "binding" and thus lacks the authority of a conclusive judgment would run counter to this federal policy and require all winners in arbitrations to seek affirmation in the district court. We decline to adopt such a rule. Rather, we agree with the Fourth and Fifth Circuits and hold that an arbitrator's order is binding on the parties unless they expressly agree otherwise, and does not require affirmation from a court to take effect. Thus, as a matter of law, the arbitrator's order was a binding arbitral decision at the time of UPS' set-off. Second, Centurion claims that the arbitrator's order requiring it to post the bond was not an indemnification order. It argues that the order gave UPS no duty to post a bond with the Costa Rican court. UPS, on the other hand, notes that the purchase agreement requires Centurion to "defend, indemnify and hold harmless" UPS "from and against . . . any loss, claim, damage, liability or expense resulting to [UPS] from [inter alia, the Carga Aerea litigation]." Under Florida law, an indemnity is "a right which inures to one who discharges a duty owed by him, but which, as between himself and another, should have been discharged by the other, and is allowable only where the whole fault is in the one against whom the indemnity is sought." *Houdaille Industries, Inc. v. Edwards*, 374 So. 2d 490, 492 (Fla. 1979). UPS has an indemnity right in the present case. It discharged a duty which should have been discharged by Centurion (based on the arbitrator's order)—the posting of the bond. Centurion did not produce any evidence that UPS was at fault in the Carga Aerea litigation. Centurion incurred the liability in the Carga Aerea litigation and specifically retained that liability after the purchase agreement. Furthermore, Centurion explicitly agreed to "indemnify" UPS for liabilities or expenses resulting to it from the Carga Aerea litigation. As such, we affirm the district court's finding that Centurion failed to present sufficient evidence to overcome summary judgment as to whether UPS breached the purchase agreement in exercising its right of offset.

## 2. Breach of Post-Closing Agreement

Centurion alleges that UPS committed two separate breaches of the postclosing agreement. First, Centurion claims that if it was a breach of the purchase agreement for UPS to take the set-off, this would also constitute a breach of the post-closing agreement. Section 3(g) of the post-closing agreement reads in pertinent part: The amounts due and payable subject to this clause [governing the installment payments] shall not be subject to set-off, reduction, or claim of any kind, including without limitation pursuant to Section 11 of the Purchase Agreement, except as set forth in Section 11.04 of the Purchase Agreement. As we held supra, UPS acted in compliance with Section 11.04 of the purchase agreement in executing the set-off. Furthermore, Centurion admits in its brief that if UPS is not liable for a breach of the purchase agreement in carrying out the setoff, the same logic applies to any claim of a breach of the post-closing agreement. As such, we hold that summary judgment for UPS was proper on this issue. Centurion also alleges that UPS breached the post-closing agreement by failing to make its June 2002 payment on time. Under Florida law, failure to make a payment on time does not constitute per se a material breach of contract. Rather, to constitute a material breach, the late payment must occur where time is of the essence. *Sublime, Inc. v. Boardman's Inc.*, 849 So.2d 470, 471 (Fla. 4th Dist. Ct. App. 2003). Time is of the essence under Florida law when (1) the agreement explicitly so specifies; or (2) such may be determined from the subject matter of the contract; or (3) treating time as non-essential would produce a hardship; or (4) notice has been given to the defaulting party requesting performance

within a reasonable time. Centurion's only evidence of the materiality of UPS' breach is an affidavit by Peter Ullrich which alleges that Centurion was forced to arrange alternate financing to cover other payments as a result of UPS' delay, and that Centurion therefore was subject to a hardship. As UPS points out, however, there was no evidence of any overdraft by Centurion, any fines or penalties that might result from any overdraft, or any other expenses by Centurion which might constitute damages for breach of contract. Centurion's evidence, therefore, was insufficient to withstand summary judgment on this issue, and we affirm the district court's finding that UPS did not breach the post-closing agreement by its five-day delay in making the June 2005 payment.

### 3. Breach of Duty of Confidentiality

Centurion asserts that the district court erred in finding that its claim for breach of the duty of confidentiality was not properly pleaded in the Moore complaint. The Federal Rules of Civil Procedure require a short and plain statement of each claim sufficient to put the defendant on notice of the claim. Fed. R. Civ. P. 8(a)(2). The district court refused to consider Centurion's motion for summary judgment for breach of the duty of confidentiality, finding that the complaint did not meet the low threshold established by Rule 8(a)(2). Centurion's brief argues the merits of the breach of confidentiality issue, but makes no substantial effort to argue that the claim was properly pleaded. We agree with the district court that the complaint does not make a "short and plain statement" of the claim for breach of the duty of confidentiality, and therefore affirm summary judgment on that issue.

### 4. Breach of Implied Covenant of Good Faith and Fair Dealing

Under Florida law, every contract contains an implied covenant of good faith and fair dealing, requiring that the parties follow standards of good faith and fair dealing designed to protect the parties' reasonable contractual expectations. *Cox v. CSX Intermodal, Inc.*, 732 So. 2d 1092, 1097 (Fla. 1st Dist. Ct. App. 1999). A breach of the implied covenant of good faith and fair dealing is not an independent cause of action, but attaches to the performance of a specific contractual obligation. *Id.* Centurion contends that UPS violated this covenant by telling Carga Aerea that Centurion had agreed to indemnify UPS under the Purchase Agreement. This court has held that a claim for a breach of the implied covenant of good faith and fair dealing cannot be maintained under Florida law in the absence of a breach of an express term of a contract. See, e.g., *Alan's of Atlanta, Inc. v. Minolta Corp.*, 903 F.2d 1414 (11th Cir. 1990); *Barnes v. Burger King Corp.*, 932 F. Supp. 1420, 1438-40 (S.D. Fla. 1996). Because we held supra that UPS did not breach the express terms of the Purchase Agreement, Florida law precludes a finding of breach of the implied covenant of good faith and fair dealing. We therefore affirm the district court's grant of summary judgment on this claim.

### 5. Contempt of Court

UPS appeals Judge King's denial of its motion that Centurion be held in contempt for refusing to post the \$821,106.09 bond, despite the fact that UPS had already posted the bond in Centurion's name and offset the amount. A magistrate judge found for UPS, but the district judge reversed, finding that the bond and setoff were sufficient to satisfy the confirmation judgment. On appeal, UPS explains that it preserved this issue only to ensure that it is not subjected to a double obligation. Otherwise, UPS concedes that there is no need for us to address this issue on appeal. As our other holdings in this case remove any danger of a double obligation for UPS, we therefore dismiss UPS' appeal in the King litigation as moot.

## **III.**

For the foregoing reasons, we **AFFIRM** the judgment of the district court in case number 04-11632, the Moore litigation, and we **DISMISS** as moot the appeal in case number 04-12922, the King litigation.

## BREVES

### Nuevos miembros en el Comité editorial.

El Consejo editorial de nuestra Revista tiene el honor de contar con tres nuevos miembros, destacados especialistas a nivel mundial en la materia arbitral, a saber:



**Bernardo Cremades**, Socio de *Cremades y Asociados* y entre otros Presidente de la Corte española de Arbitraje; **José Carlos Fernández Rozas**, Socio de *IPROLEX*, catedrático en la Complutense de la Madrid y entre otros miembro del Comité de Revisión del CIADI; y **Christian Larroumet**, socio de *Hauteclouque, Larroumet & Tessler*, catedrático en la Universidad de Paris II y miembro del Comité para América Latina de la CCI.



B. Cremades

J.C. Fernández Rozas

**Nueva composición de la Corte internacional de arbitraje de la CCI.** Bajo la nueva presidencia de Pierre Tercier, actuarán a partir del primer de marzo de 2006 como vicepresidentes los siguientes miembros de la Corte:

- Francis P. Donovan (Australia)
- Hellwig Torggler (Austria)
- Ahmed S. El-Kosheri (Egipto)
- Jean-Paul Beraudo (Francia)
- Toshio Sawada (Japón)
- Claus von Wobeser (México)
- Michael Hwang (Singapore)
- Alan Redfern (Reino Unido)
- Carl F. Salans (Estados Unidos)

**DeVries awards.** This spring there will be making awards in honor of the late Professor Henry de Vries of Columbia Law School, who was also a partner at Baker & McKenzie, for the best articles written in the preceding year, 2005, in the fields of international litigation and arbitration. Copies of articles that you have published in the past year that you consider to be worthy of consideration for the deVries awards can be submitted if they correspond to the following criteria: (1) Significance of the contribution of the article to knowledge in the field and (2) Quality of the writing and presentation. The selection will be made by a jury that is in the process of being appointed and will be based solely on these criteria. It would be most convenient if the entries could be submitted to Lawrence W. Newman ([lwn@bakernet.com](mailto:lwn@bakernet.com)) and David Zaslowsky ([dz@bakernet.com](mailto:dz@bakernet.com)). Questions, if any, concerning submission of the entries, may be addressed, if of an administrative nature, to Vija Doks at (212) 626-4796 or [doksv@bakernet.com](mailto:doksv@bakernet.com).

### **Formato de Publicación**

- Lenguaje: Inglés, Francés, Español
- Fondo: Times New Roman 11
  - Espacios: Espacio sencillo
- Notas a pie de página no notas finales
  - No se usa el Bloq. Mayus
  - Formato: .doc, .wpd, .sdw, .rtf
- Párrafos: Todos los párrafos deben ser numerados continuamente
  - Todos los manuscritos serán recibidos por el Comité Editorial.

correo a: [graham@med-arb.net](mailto:graham@med-arb.net)

### **Publication Format Guidelines**

- Language: English, French, Spanish
- Font: Times New Roman 11
  - Spacing: Single lined
  - Footnotes and no endnotes
    - No caps lock
- File format: .doc, .wpd, .sdw, .rtf
- Paragraphs: All the paragraphs must be numbered continuously.
  - All the manuscripts will be reviewed by the Editorial Board.

Contributions have to be sent to: [graham@med-arb.net](mailto:graham@med-arb.net)