

No obstante, nos preguntamos si el efecto vinculante de las consultas es realmente eficaz para una mayor certeza en la interpretación y aplicación del Derecho tributario cuando la Dirección General de Tributos está haciendo gala de una facilidad pasmosa para cambiar su criterio en la interpretación de determinados aspectos del casi siempre complejo, a menudo deficiente, y en ocasiones contradictorio sistema tributario.

También nos preguntamos si con estas últimas consultas en esta u otras materias la Dirección General de Tributos se está extralimitando en las funciones que la Ley General Tributaria le encomienda dado que la consulta tributaria se configura como un instrumento para informar y asistir a los obligados tributarios en el cumplimiento de sus obligaciones y no como vehículo para dictar disposiciones interpretativas o aclaratorias de las leyes (para esto último existe un procedimiento *ad hoc* previsto en el artículo 12.3 de la Ley General Tributaria).

En cualquier caso, si el régimen de consultas vinculantes contenido en el artículo 89 de la Ley General Tributaria se va a convertir en una forma de paralegislación, convendría reconsiderar algunos de sus aspectos. Entre ellos, nos parecen de especial relevancia los siguientes:

- (i) los efectos temporales del cambio de criterio en las consultas; y,
- (ii) la posibilidad de enervar el efecto vinculante de las consultas, especialmente cuando contengan una interpretación que pueda considerarse contraria al principio de legalidad y perjudicial para los intereses del contribuyente.

GLORIA MARÍN BENÍTEZ (*)

MEDIDAS CAUTELARES EX PARTE EN ARBITRAJE INTERNACIONAL: LA REFORMA DEL ARTÍCULO 17 DE LA LEY MODELO UNCITRAL

Introducción

En 2005 el Grupo de Trabajo sobre Arbitraje Internacional de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional llegó a un acuerdo para reformar la Ley Modelo de Arbitraje Interna-

cional permitiendo a los tribunales arbitrales ordenar medidas cautelares sin audiencia de la contraparte (medidas cautelares *ex-parte*). Este giro legislativo ocurre cuando se cumplen 20 años de la aprobación de la Ley Modelo por la Asamblea General de la ONU. Para algunos, el cambio significa el abandono de la fórmula que impulsó en las últimas dos décadas el crecimiento exponencial del arbitraje a nivel mundial: la respetuosa distribución de atribuciones entre tribunales arbitrales y estatales. Otros, en cambio, consideran la reforma el paso natural y consecuente de la confianza depositada en el arbitraje por la comunidad de negocios internacional y, en todo caso, de la legitimidad ganada frente a la justicia estatal.

Relevancia de la reforma

La importancia de la reforma deriva directamente del papel estratégico que tienen las medidas cautelares en la resolución cualquier acción contenciosa. Es común por ejemplo, que al iniciar una acción — ó incluso antes de intentarla— exista la necesidad de congelar fondos que podrían ser transferidos al extranjero, proteger pruebas que de otra forma serían destruidas o evitar la venta del bien objeto del litigio. Su modificación en el estándar legislativo mundial podría representar la introducción de nuevos espacios y posibilidades dentro del abanico de estrategias procesales disponibles para las partes en un procedimiento arbitral. Facultades adicionales tienen el potencial de imprimir mayor celeridad y efectividad al procedimiento, pero una aplicación equivocada puede convertir estas facultades en la mejor arma para sepultar un laudo arbitral bajo múltiples impugnaciones en un tribunal estatal.

Régimen de Medidas Cautelares en Arbitraje Internacional

Las jurisdicciones estatales poseen amplia tradición regulando y emitiendo este tipo de medidas. Esta experiencia ha resultado en un consenso en la mayoría de jurisdicciones sobre la capacidad y legitimidad de los tribunales estatales para dictar medidas cautelares, así como sus efectos y alcances. Este consenso, no obstante, no tiene reflejo en el sistema arbitral internacional. Lo anterior se debe en gran medida a la naturaleza deslocalizada de los procedimientos arbitrales: al poder elegirse la sede del arbitraje, el régimen de medidas cautelares está sujeto a las variantes que impone la *lex fori*. Dicho de otra forma, en el arbitraje internacional no existe un

* Abogada del Departamento de Derecho Tributario de Uría Menéndez (Madrid).

régimen uniforme de medidas cautelares, por el contrario, éste cambia de arbitraje a arbitraje, ó, siendo más preciso, de sede a sede. Esta diversidad ha originado múltiples debates entre la comunidad internacional sobre cuáles deberían ser las facultades que los tribunales arbitrales deberían gozar al dictar este tipo de medidas. Debido a que estas atribuciones varían de jurisdicción a jurisdicción y de que, además, «*muchos sistemas jurídicos no han abordado el tema (de las medidas cautelares) de forma satisfactoria*» (A/CN.9/WG.II/WP.108, Para 81), los debates sobre el posible contenido de un régimen uniforme continúan siendo tema de discusión y análisis.

Obstáculos para la emisión de una Medida Cautelar por un Tribunal Arbitral

La posibilidad de obtener medidas cautelares de un tribunal arbitral, a pesar de su intensa regulación en los reglamentos institucionales, aparece limitada por cuestiones prácticas. Por ejemplo, cuando el tribunal aún no se encuentra constituido, cuando la medida se solicita contra un tercero, o en el caso en que la facultad para ordenar medidas está limitada por la ley de la sede arbitral.

Sumado a estos obstáculos materiales, existe uno menos tangible pero más recurrente, que es la reticencia de los tribunales arbitrales a dictar este tipo de medidas por temor a exceder sus facultades y, por ende, poner en riesgo la celeridad del procedimiento y la eventual ejecución del laudo final. Este temor encuentra incluso acomodo entre los asesores de las partes quienes, ante una eventual solicitud de medidas cautelares, no sólo analizan la fortaleza de sus argumentos, sino que además ponderan la personalidad, experiencia y carácter del presidente del tribunal para intentar predecir si éste, en el caso específico, decidirá ordenarlas. A pesar de que en términos formales la primera parte del análisis debería tener preeminencia, es la segunda valoración —mucho más subjetiva y personal— la que en muchos casos tiene la última palabra. Este problema de facultades inciertas, fue identificado por UNCITRAL en 1999. Desde entonces ha sido objeto de análisis por el Grupo de Trabajo II sobre Arbitraje y Conciliación (G2) que asumió el reto de proponer un sistema uniforme que despejara las dudas sobre la ejecutoriedad de las medidas cautelares, incluida la posibilidad de emitir las sin audiencia de la contraparte. Desde 2002, fue precisamente esta última posibilidad la que más opiniones encontradas generó.

Argumentos a favor y en contra de las medidas cautelares *ex-parte*

Los tres argumentos más relevantes que se debatieron al interior del G2 y en diversos foros internacionales, sobre los beneficios y problemas que traería la introducción de las medidas cautelares *ex-parte* fueron: (i) la inequidad procesal; (ii) la ineficiencia práctica; y (iii) posible alteración del actual sistema de cooperación entre tribunales arbitrales y estatales.

(i) Inequidad procesal

Se argumentó que las medidas *ex-parte* atentaban contra el principio de imparcialidad procesal al permitir el contacto unilateral de una de las partes con el tribunal. La crítica tomaba fuerza cuando se hacía ver que, si bien estas medidas se aplicaban con regularidad por los tribunales estatales, el principio de imparcialidad se encontraba protegido por la existencia de una multiplicidad de jueces: uno conocería de la solicitud de las medidas cautelares y otro sería el que decidiera sobre el fondo de la controversia. El riesgo de inequidad por prejuzgar el fondo de la controversia o por asegurarse una «*audiencia privada*» en una etapa preeliminar no existía. No se podría decir lo mismo de un tribunal arbitral, donde el mismo órgano estaría obligado a conocer de ambos procedimientos y, por ende, el contacto previo de una de las partes podría influenciar peligrosamente la balanza a la hora de acordarse la decisión final.

Tal como se aprecia del proyecto, el G2 intentó responder a la primer parte de esta crítica acordando que, una vez acordada la orden, el tribunal tendría la responsabilidad de comunicar a la parte receptora de la medida toda la documentación presentada, incluyendo la transcripción de las comunicaciones orales relevantes. Sobre el hecho de que un mismo tribunal arbitral conociera de ambos procedimientos, el G2 consideró que no tenía fundamento el temor de que los árbitros prejuzgaran sobre el fondo, sobre todo porque no todos los sistemas judiciales mantenían esta bifurcación. Se argumentó incluso que era erróneo que esta división existiera como regla general. En múltiples jurisdicciones, el juez que conocía de la solicitud provisional era el mismo que decidía sobre el fondo, sin que ello significara mayor diferencia. Es relevante hacer notar que la formulación del proyecto convalidó este argumento al decidir que la

audiencia *inter partes* que debería seguir a las medidas *ex-parte*, se tramitara ante el mismo tribunal arbitral.

(ii) Ineficiencia práctica

Esta crítica se apoyaba en un argumento llano: no existe necesidad de solicitar medidas *ex-parte* de un tribunal arbitral, pues son ineficaces. Aun en el caso de obtenerlas, requieren la intervención de un tribunal estatal para ejecutarse. Cualquier abogado sensato entiende que en estas circunstancias, el mejor paso es el paso ahorrado. Es mejor acudir directamente al tribunal estatal que acudir ante una instancia que no posee la capacidad de solventar la urgencia procesal. Como resulta evidente, la fortaleza del argumento descansaba en la ausencia de un régimen de ejecución.

El proyecto respondió con la formulación del artículo 17 *bis* que concede fuerza ejecutoria a las medidas cautelares dictadas por un tribunal arbitral. Aclaremos, no obstante, que si bien el G2 se planteó la posibilidad de incluir a las medidas *ex-parte* en el régimen del artículo 17 *bis*, la oposición no lo permitió. El punto de compromiso consistió en reservar la ejecutoriedad para las medidas cautelares dictadas exclusivamente *inter partes*. En el proyecto actual las medidas *ex-parte* tienen el carácter de ordenes procesales y no de laudos, por lo que su fuerza ejecutoria descansa únicamente en la persuasión que sea capaz de generar el tribunal arbitral.

(iii) Alteración del sistema de cooperación

La pregunta que antecede al argumento es: si el crecimiento espectacular del arbitraje intencional pudo ser posible con los tribunales estatales ejerciendo un monopolio sobre las solicitudes de medidas cautelares *ex-parte*. ¿Qué necesidad existe de cambiar el *status quo* atentado contra un sistema que ha probado su eficiencia? Además, el otorgamiento de estos poderes podría desvirtuar la naturaleza consensual del arbitraje y afectar a la dinámica procesal, al introducir recelo en las partes acerca de la actuación arbitral. Esto es, las partes puedan sufrir una erosión en su nivel de confianza al considerar que el tribunal puede excederse en el alcance de sus ordenes provisionales. Incluso la sana distancia que el régimen de cooperación garantizaba podría verse en peligro al someter a los árbitros a un contacto excesivo con los tribunales estatales. ¿Por qué arriesgar el prometedor futuro del

arbitraje en aras de buscar beneficios cuya existencia ni siquiera es segura?

La respuesta a esta crítica tuvo su fuente de inspiración más importante en el origen del arbitraje como medio *alternativo* de resolución de controversias. Se decía que el arbitraje era alternativo porque representaba la opción consciente de las partes de preferir este medio a la justicia estatal. Negar este origen era atentar contra la institución arbitral. Al proponer la atribución de facultades adicionales a los árbitros, el proyecto no hacía sino proveer los medios para que la decisión primaria de las partes al escoger el arbitraje se cumpliera: desplazar a los tribunales estatales, hasta el límite práctico, del conocimiento de sus controversias. Se rechazaba pues la marca de extranjería e incompatibilidad que aparentemente portaba la iniciativa. El corolario de este argumento era que la novedad de la iniciativa no debería constituir un argumento en contra, sino en realidad uno a favor. Después de todo, el desarrollo del arbitraje como institución había estado marcado por este tipo de batallas contra el *status quo*. El debate, la controversia y oposición a la reforma no significaban sino reconocer la naturaleza verdaderamente *alternativa* de la iniciativa.

Finalmente, algunas cuestiones que también dieron oportunidad de debate fueron las relacionadas con la formulación y redacción del proyecto. La discusión más sonada giró en torno a cómo debería ser introducida la nueva facultad, si como posibilidad de remisión (*opt in*) o exclusión (*opt out*) por las partes. Las delegaciones que se oponían vieron en la defensa de la remisión (bajo el argumento de la autonomía contractual de las partes) un último bastión. No obstante la versión opuesta se impuso a través de dos argumentos: la experiencia exitosa de la ley modelo con este tipo de provisiones y el hecho de que la tradición jurídica de los países civilistas reconocía habitualmente la práctica de excluir, pero no la opuesta.

Conclusión

Es muy pronto para intentar predecir cuál de estas dos posturas será reivindicada por la experiencia. Lo cierto es que, al menos en papel, el proyecto parece haber dado respuesta a cada una de las críticas hechas desde que el tema fue puesto sobre la mesa en 1999. Dicho proyecto incluye estrictos controles procesales tales como: efectos temporal-

mente limitados a 20 días contados a partir de que la orden fue hecha; un nivel de urgencia y necesidad por encima del requerido a las medidas cautelares ordinarias; responsabilidad objetiva a cargo del solicitante por costas y daños causados; exclusión del régimen de ejecución previsto para las medidas *inter-partes*; y por encima de todo, la posibilidad de retener el sistema actual a través de excluir esta facultad en la cláusula arbitral.

El debate de ideas ha sido fructífero. Quizá el único argumento al que el proyecto de reforma no proporcionó una respuesta definitiva fue el del riesgo de erosión de la confianza en el sistema por los usuarios. ¿Fue fortuito que entre los opositores a la reforma hayan figurado algunas de las figuras más prominentes del círculo arbitral internacional (Derains 2003, Van Houtte 2004), incluyendo la Cámara de Comercio Internacional de París? ¿Es posible que estos autores tuvieran razones difíciles de expresar —pero fáciles de percibir— cuando se forma parte de tribunales arbitrales de forma recurrente? Una respuesta tranquilizadora a la interrogante de la confianza es que este factor escapa a los alcances de cualquier política legislativa. El ejemplo más ilustrativo es la tendencia de las partes a cumplir las medidas cautelares a pesar de no contar con instrumentos de ejecución. La pérdida de confianza o no, depende en gran medida del impacto práctico de la reforma y de su valoración subjetiva por los usuarios de arbitraje internacional. Esta información no estará disponible sino dentro de algunos años. Tendremos que esperar su llegada.

OMAR MONDRAGÓN LÓPEZ (*)

PORTUGAL

DECLARAÇÕES E GARANTIAS EM COMPRA E VENDA DE EMPRESAS - ALGUMAS QUESTÕES

Introdução

Este artigo pretende, de forma muito breve, discutir alguns dos problemas que se levantam no direito português com a utilização, cada vez mais frequente,

das cláusulas de declarações e garantias do vendedor nos contratos de compra e venda de empresas.

Sem prejuízo de algumas questões serem comuns quer se transmita a empresa (i.e. o conjunto organizado de bens e direitos que a forma) directamente ao comprador, quer essa transmissão seja efectuada indirectamente através da transferência do controlo da pessoa colectiva titular da empresa (normalmente uma sociedade comercial), pretende-se restringir este artigo apenas a esta última situação.

Como principais características das habituais cláusulas de declarações e garantias podemos destacar o facto de serem relativamente complexas, com uma descrição muitas vezes exaustiva das características e condições da empresa que se pretende transmitir (situação financeira, legal, contabilística, etc.), e uma regulamentação pormenorizada do regime de responsabilidade do vendedor caso as mesmas não correspondam à realidade.

A utilização destas cláusulas, como se procurará demonstrar, levanta várias dúvidas e questões, quer ao nível da sua validade e efeitos, quer ao nível do regime legal que se aplica supletivamente, caso determinadas regras não estejam previstas no contrato. Estas dúvidas são ainda acentuadas pelo facto de estas cláusulas serem geralmente inspiradas em técnicas e modelos anglo-saxónicos e de existirem poucas decisões relevantes dos tribunais superiores sobre o assunto (a julgar pela informação disponível nos sítios de internet respectivos).

Declarações e garantias - relevância

As declarações e garantias do vendedor constituem uma das partes mais relevantes dos «modernos» contratos de compra e venda de empresas e podem-se dividir em três tipos essenciais: garantias relativas à capacidade e poderes do vendedor e seus representantes para celebrar o contrato, garantias relativas aos direitos do vendedor sobre as participações sociais da sociedade que detém a empresa e garantias relativas às características e qualidades da sociedade/empresa em si.

Pergunta-se desde logo se estas declarações e garantias serão assim tão importantes para um contrato submetido ao direito português. Não estarão os contratos a tornarem-se, desnecessariamente, demasiados extensos e complexos ao utilizarem-se técnicas de sistemas jurídicos diferentes?

No que diz respeito aos dois primeiros tipos de declarações e garantias, estas podem-se considerar

* Abogado del Área de Arbitraje Internacional de Uría Menéndez (Madrid).