

Arbitraje Comercial Internacional

Reconocimiento
y Ejecución de
Sentencias y
Laudos Arbitrales
Extranjeros



Organización de los
Estados Americanos



Foreign Affairs, Trade and
Development Canada

Affaires étrangères, Commerce
et Développement Canada

Arbitraje Comercial Internacional

Reconocimiento y
Ejecución de Sentencias
y Laudos Arbitrales
Extranjeros

OAS Cataloging-in-Publication Data

Organization of American States.
Secretariat for Legal Affairs.
Department of International Law.

Organization of American States. Secretariat for Legal Affairs. Department of International Law.

Arbitraje Comercial Internacional: Reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales extranjeros/
[Preparado por el Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos].

v. ; cm. (OAS. Documentos oficiales ; OEA/Ser.D/XIX.15)

ISBN 978-0-8270-6235-1

Arbitration and award, International. 2. Arbitration agreements, Commercial. 3. Conflict of laws--Arbitration and award. I. Title.

II. Title: Reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales extranjeros.

III. Series.

OEA/Ser.D/XIX.15.

Publicación a cargo de:

Magaly McLean, abogada principal y coordinadora de los temas de arbitraje comercial internacional , Departamento de Derecho Internacional ; y

Jaime Moreno-Valle, abogado consultor, Departamento de Derecho Internacional.

OEA/Ser.D/XIX.13

Diseño: Claudia Saidon, ideas@graphic-ideas.com

Índice

| | |
|---|------------|
| La Organización de los Estados Americanos | 7 |
| Introducción | 9 |
| Agradecimientos | 13 |
| Prólogo | 15 |
| La Simbiosis de Jueces y Árbitros: un paso adelante en América Latina Jan Paulsson | |
| El Arbitraje Comercial Internacional en el Sistema Interamericano Dr. Didier Operti Badán | 21 |
| Parte I Principales Instrumentos y Principios Jurídicos | 47 |
| La Pluralidad de los Tratados y de Legislaciones en Relación con el Arbitraje Comercial Internacional Rubén Santos Belandro | 49 |
| La Convención de Nueva York. Algunos aspectos relacionados con el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales. El orden público Amal Bouchenaki, Mildred Ojea e Irma Rivera | 63 |
| Parte II El Rol del Poder Judicial en el Arbitraje Comercial Internacional | 95 |
| El Rol del Poder Judicial en el Arbitraje Comercial Internacional Roque J. Caivano | 97 |
| El Papel del Juez en el Arbitraje Comercial Internacional Román Solís Zelaya | 129 |
| El Rol de las Judicaturas Nacionales en el Arbitraje Comercial Internacional Alberto Fernández López | 143 |

| | | |
|------------------|---|------------|
| Parte III | Intervención Judicial al Inicio del Proceso Arbitral | 167 |
| | El Acuerdo Arbitral Como Piedra Angular del Arbitraje. El rol de la judicatura en el control de su validez | 169 |
| | Cecilia Fresnedo de Aguirre | |
| | El Acuerdo Arbitral: Los requisitos de su validez | 205 |
| | Diego B. Gosis | |
| Parte IV | Intervención del Poder Judicial Durante el Proceso Arbitral | 217 |
| | Contrato Internacional. La intervención del poder judicial durante el proceso arbitral. El caso Jirau | 219 |
| | Mauricio Gomm Santos | |
| Parte V | Intervención Judicial Después de Dictado el Laudo Arbitral | 249 |
| | El Acuerdo Arbitral y sus Efectos en el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias o Laudos Arbitrales Extranjeros | 251 |
| | Verónica Sandler Obregón | |
| | La Difícil Relación entre la Anulación y el Reconocimiento y Ejecución del Laudo Arbitral Internacional | 295 |
| | Manuel A. Gómez | |
| | El Camino se Hace al Andar: Recurso de nulidad en la jurisprudencia latinoamericana | 309 |
| | Elina Mereminskaya | |
| | El Orden Público en el Arbitraje Comercial Internacional: la experiencia chilena y comparada | 331 |
| | Felipe Ossa | |

| | | |
|-----------------|--|------------|
| Parte VI | Situación del Arbitraje Comercial en América Latina y a Nivel Internacional | 343 |
| | La Evolución del Arbitraje en América Latina: De la supuesta hostilidad a la evidente aceptación Diego P. Fernández Arroyo | 345 |
| | El Sistema de Ejecución de los Laudos Arbitrales Extranjeros en Chile Alejandro Romero Seguel | 383 |
| | Arbitraje Comercial Internacional en el Contexto Brasileño Gilson Dipp | 401 |
| | Reconocimiento y Ejecución de Laudos Extranjeros. Situación actual en El Salvador Humberto Sáenz-Marinero | 417 |
| | El Rol del Juez en el Derecho Francés de Arbitraje Jean-Pierre Ancel | 451 |
| | Derecho Aplicable a la Contratación y el Arbitraje Internacional José Antonio Moreno Rodríguez | 481 |
| Anexos | | 513 |
| | <i>Textos en el idioma original</i> | |
| | Arbitragem Comercial Internacional no Contexto Brasileiro Gilson Dipp | 515 |
| | Le Rôle Du Juge Dans Le Droit Francais De L'arbitrage Jean-Pierre Ancel | 529 |

La Organización de los Estados Americanos

La Organización de los Estados Americanos (OEA) es la organización regional más antigua del mundo, ya que se remonta a la Primera Conferencia Internacional de Estados Americanos, celebrada en Washington D.C., de octubre de 1889 a abril de 1890. En esta reunión se aprobó la creación de la Unión Internacional de Repúblicas Americanas. La Carta de la OEA se suscribió en Bogotá en 1948 y entró en vigencia en diciembre de 1951. Posteriormente la Carta fue enmendada por el Protocolo de Buenos Aires, suscrito en 1967, el cual entró en vigencia en febrero de 1970; por el Protocolo de Cartagena de Indias, suscrito en 1985, el cual entró en vigencia en noviembre de 1988; por el Protocolo de Managua, suscrito en 1993, el cual entró en vigencia el 29 de enero de 1996; y por el Protocolo de Washington, suscrito en 1992, el cual entró en vigor el 25 de septiembre de 1997. En la actualidad la OEA tiene 35 Estados miembros. Además, la Organización ha otorgado categoría de Observador Permanente a varios Estados, así como a la Unión Europea.

Los propósitos esenciales de la OEA son los siguientes: afianzar la paz y la seguridad del Continente; promover y consolidar la democracia representativa dentro del respeto al principio de no intervención; prevenir las posibles causas de dificultades y asegurar la solución pacífica de las controversias que surjan entre los Estados miembros; organizar la acción solidaria de éstos en caso de agresión; procurar la solución de los problemas políticos, jurídicos y económicos que se susciten entre ellos; promover, por medio de la acción cooperativa, su desarrollo económico, social y cultural, y alcanzar una efectiva limitación de armamentos convencionales que permita dedicar el mayor número de recursos al desarrollo económico y social de los Estados miembros.

La OEA realiza sus fines por medio de los siguientes órganos: la Asamblea General; la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores; los Consejos (el Consejo Permanente y el Consejo Interamericano para el Desarrollo Integral); el Comité Jurídico Interamericano; la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; la Secretaría General; las Conferencias Especializadas; los Organismos Especializados, y otras entidades establecidas por la Asamblea General.

La Asamblea General celebra períodos ordinarios de sesiones una vez por año. En circunstancias especiales se reúne en períodos extraordinarios de sesiones. La Reunión de Consulta se convoca con el fin de considerar asuntos de carácter urgente y de interés común, y para servir de Órgano de Consulta en la aplicación del Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR), que es el principal instrumento para la acción solidaria en caso de agresión. El Consejo Permanente conoce de los asuntos que le encomienda la Asamblea General o la Reunión de Consulta y ejecuta las decisiones de ambas cuando su cumplimiento no haya sido encomendado a otra entidad; vela por el mantenimiento de las relaciones de amistad entre los Estados miembros así como por la observancia de las normas que regulan el funcionamiento de la Secretaría General, y además, actúa provisionalmente como Órgano de Consulta para la aplicación del TIAR. La Secretaría General es el órgano central y permanente de la OEA. La Sede tanto del Consejo Permanente como de la Secretaría General está ubicada en Washington, D.C.

Estados Miembros: Antigua y Barbuda, Argentina, Bahamas (Commonwealth de las), Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Dominica (Commonwealth de), Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Grenada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Saint Kitts y Nevis, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela.

Introducción

El arbitraje comercial internacional y el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras han sido temas de gran relevancia para los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA) desde hace más de tres décadas. Desde entonces, con el fin de fortalecer su comercio internacional los países de las Américas han emprendido esfuerzos por revisar sus legislaciones en materia de arbitraje, incluyendo las cuestiones relativas al reconocimiento de decisiones arbitrales.

Sin embargo, a pesar de la adopción de dos convenciones, la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Panamá, 1975) y la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales (Montevideo, 1979), aún queda camino por recorrer. Estos fueron importantes y decisivos pasos en la dirección correcta, pero no bastaron para desarrollar el enorme potencial de los Estados Americanos en lo individual y de nuestra región en su conjunto.

Iniciado ya el siglo XXI, el comercio internacional goza de un impulso sin precedentes en razón principalmente de las nuevas tecnologías de la información, el desarrollo de la infraestructura regional e internacional, y la complementariedad de los procesos de producción distribuidos a lo largo y a lo ancho del globo.

En consecuencia, para competir en el mercado internacional, ya no basta contar con infraestructura y estabilidad financiera; es indispensable garantizar que las inversiones gozarán de seguridad jurídica y que los Estados receptores de inversión cuentan con sistemas jurídicos propicios para estimular el libre comercio internacional y satisfacer sus demandas.

En este contexto, el arbitraje comercial internacional se ha posicionado como el método de resolución de conflictos por excelencia, al ofrecer la flexibilidad y el dinamismo de los cuales los tribunales jurisdiccionales aún carecen. En la contratación mercantil internacional, la multiplicidad de partes y de conexiones internacionales presentes en un contrato hace que la vía arbitral sea la idónea para la resolución de una controversia. Al recurrir al arbitraje, las partes satisfacen sus requerimientos de neutralidad, economía y celeridad, mientras que la parte favorecida con un laudo tiene expectativas razonables de obtener el cumplimiento obligatorio y expedito del laudo arbitral.

Sin embargo, la inversión que las partes hacen en el arbitraje puede verse frustrada si no existen los mecanismos legales para lograr la integración de un panel arbitral, proteger los bienes o recursos controvertidos, o materializar el laudo en las distintas jurisdicciones. Es aquí donde surge el juez como un actor clave dentro del proceso arbitral.

El rol del juez en el arbitraje se hace patente en distintos momentos del proceso arbitral; por ejemplo, interviene en la constitución del tribunal arbitral cuando las partes se niegan a nombrar a sus árbitros y no se prevea una institución que pueda designarlos. Es también el juez quien resuelve sobre la remoción, recusación o sustitución de árbitros y la delimitación de los puntos concretos que se someterán a la decisión de los árbitros.

Asimismo, es el juez quien brinda su *imperium* para la ejecución forzosa de decisiones arbitrales y medidas cautelares; o cuando deban practicarse pruebas que no puedan obtenerse voluntariamente, y es él quien puede declarar la nulidad del laudo y otorgar el exequátur.

No obstante el papel clave que le corresponde, el rol del juez suele pasar desapercibido en las agendas de los principales foros de análisis y discusión del arbitraje comercial internacional, a pesar de que en última instancia es él de quien depende la aplicación y efectividad de una decisión arbitral. Tampoco se ha prestado suficiente atención a la judicatura como un factor determinante para el desarrollo económico ni a las implicaciones que una inadecuada ejecución o aplicación de decisiones y laudos arbitrales internacionales podrían tener en la creación de entornos empresariales previsibles y en la inversión extranjera como medio para acceder a mercados y servicios.

Las demandas del mercado global exigen dejar atrás la percepción de que jueces y árbitros son adversarios que se disputan la competencia en sus respectivas jurisdicciones, y obligan a quienes quieran ser competitivos a comprender a la justicia arbitral como complementaria de la judicial, y que comparten un objetivo común.

Sin embargo, este cambio de paradigma conlleva algunos desafíos en el contexto de la administración de justicia. En esencia, las metas del árbitro y el juez son semejantes, por lo que es fundamental que exista un buen entendimiento del rol de cada uno en los procesos legales, así como una comprensión del alcance y límites del papel que desempeñan, de la autonomía de la que gozan en sus respectivas esferas de acción, y de cómo deben uno y otro aplicar los instrumentos jurídicos internacionales en armonía con la jurisprudencia y práctica arbitral.

La seguridad jurídica que demanda el comercio internacional exige reglas claras, bien elaboradas, dotadas de publicidad y aplicadas de forma eficiente, coherente y uniforme y que las decisiones que adopte un árbitro, en la esfera de su competencia y en congruencia con el derecho internacional, sean efectivamente ejecutadas.

Desde ese ángulo, el rol del árbitro es similar al del juez: las partes presentan su caso, prueban los hechos y sobre esa base se decide una controversia. Ambos métodos buscan facilitar una justicia *pronta y cumplida* y tienen características únicas que ofrecer. Se recurre a los árbitros cuando las partes desean ser juzgadas por individuos seleccionados por su propia voluntad y en los que depositan una confianza personal, y a los jueces cuando es necesario invocar el poder del Estado para asegurar que los resultados legales se hagan eficaces.

Por ello, el proyecto que origina esta publicación partió del reconocimiento tanto del impacto económico que tienen las decisiones judiciales en el arbitraje como en el rol común de jueces y árbitros de cara al individuo que ante una controversia o la necesidad de esclarecer un hecho, acude a los medios previstos por los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales para su respectiva resolución.

De ahí que el Departamento de Derecho Internacional, con el apoyo invaluable del Departamento de Relaciones Exteriores, Comercio y Desarrollo de Canadá, desarrolló e impulsó un programa de cooperación técnica dirigido principalmente a la judicatura y a relevar su rol en el procedimiento arbitral comercial internacional, en particular en la ejecución de decisiones y laudos arbitrales internacionales.

Esta iniciativa facilitó la creación de espacios de reflexión, intercambios sobre los desarrollos nacionales del arbitraje comercial internacional y un diálogo entre la judicatura, sus pares, especialistas, académicos, árbitros mundialmente reconocidos y otros actores claves. En este contexto, el Departamento de Derecho Internacional organizó Encuentros de Alto Nivel sobre el Rol de la Judicatura en el Arbitraje Comercial Internacional en Estados Unidos (2013), Costa Rica (2013), Chile (2013), Uruguay (2014) y Santa Lucía (2014).

Este proyecto –el único de su especie en el Hemisferio- ha marcado un hito en el desarrollo del arbitraje comercial internacional en la región.

La realización de los Encuentros de Alto Nivel propició una importante interacción entre las judicaturas de la región con sus pares en países y subregiones con los que la cooperación judicial ha sido inconstante o escasa; como es el caso del Encuentro realizado en Castries, Santa Lucía, que marcó la primera vez que estos ministros, magistrados y jueces del más alto nivel asistían a una reunión con sus pares del Caribe y Latinoamérica para analizar temas substantivos.

Estos Encuentros, para los cuales se logró la participación de más de 200 jueces y magistrados de cortes supremas y tribunales de apelación de 30 países, han sido además un foro valioso para que jueces y árbitros analicen estos temas desde el mismo lado de la mesa, es decir, no como adversarios sino como coadyuvantes.

A partir de la difusión de este proyecto, se ha relevado la participación de los jueces en el arbitraje comercial internacional en los principales congresos sobre arbitraje del Hemisferio, tales con las reuniones anuales de la Conferencia Latinoamericana de Arbitraje (CLA), así como en una nutrida producción doctrinaria patente no solo en los artículos que contiene esta publicación sino además en otros publicados en revistas especializadas –algunas editadas por la propia judicatura-; y su inserción en las aulas de prestigiosas universidades.

Este libro es un resultado más de ese programa y constituye una contribución al perfeccionamiento de la simbiosis entre jueces y árbitros en el contexto del arbitraje comercial internacional. Con su publicación, el Departamento de Derecho Internacional de la Organización de los Estados Americanos ofrece a los funcionarios judiciales de las Américas y el Caribe, árbitros y otros interesados un material de referencia compuesto por artículos y ensayos elaborados por distinguidos magistrados, jueces de alto nivel, reconocidos árbitros y expertos internacionales sobre diversos temas que giran en torno a la ejecución de decisiones y laudos arbitrales de manera coherente con los instrumentos jurídicos internacionales, la jurisprudencia y práctica internacional. Los temas incluidos en esta publicación constituyen los ejes clave tratados en los Encuentros de Alto Nivel realizados al amparo del proyecto.

El éxito tanto del proyecto “Arbitraje Comercial, Capacitando a los Agentes Judiciales en la Ejecución de Laudos Internacionales” como de esta publicación es producto del entusiasmo, la gran receptibilidad y el apoyo que los poderes judiciales de Latinoamérica y el Caribe le han brindado; a la labor de socios institucionales y co-organizadores en los distintos Encuentros (Poder Judicial de Chile, Centro de Estudios Judiciales del Uruguay, la Corte Suprema y la Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Administración de Justicia de Costa Rica y la Suprema Corte del Caribe Oriental; al compromiso que especialistas en arbitraje internacional han contraído con el mismo; la perseverancia y el compromiso inquebrantable y el alto grado de profesionalismo de los abogados del Departamento de Derecho Internacional y personal de apoyo que integraron el equipo de trabajo que durante los últimos tres años ha liderado y participado en esta iniciativa, y por supuesto el gobierno de Canadá, socio y donante del programa que hizo posible la materialización de esta iniciativa.

Departamento de Derecho Internacional
Secretaría de Asuntos Jurídicos

Agradecimientos

El Departamento de Derecho Internacional reconoce la dedicación y el profesionalismo de los expertos que de manera tan generosa y desinteresada han contribuido con su tiempo, sus conocimientos y su valiosa experiencia a esta publicación: Jean-Pierre Ancel; Paul Arrighi, Amal Bouchenaki, Gilson Dipp, Roque Caivano, Manuel A. Gómez, Diego Fernández Arroyo, Alberto Fernández López, Mauricio Gomm, Diego Gosis, Elina Mereminskaya, José Antonio Moreno, Didier Operti Badán, Mildred Ojea, Felipe Ossa, Irma Rivera, Román Solís, Humberto Sáenz-Marinero, Rubén Santos, Alejandro Romero, y Verónica Sandler Obregón .

También expresamos nuestra gratitud a una de las autoridades mundiales en materia de arbitraje, el Dr. Jan Paulsson, por el honor concedido al escribir el prólogo de esta obra.

El Departamento de Derecho Internacional también agradece el esfuerzo, el compromiso y la dedicación de todos aquellos que en distintas capacidades han participado en las actividades desarrolladas a lo largo del *Proyecto sobre Ejecución de Laudos Extranjeros en el Arbitraje Comercial Internacional* en cuyo marco se desarrolló esta publicación.

Departamento de Derecho Internacional
Secretaría de Asuntos Jurídicos

Prólogo

La Simbiosis de Jueces y Árbitros: un paso adelante en América Latina

Jan Paulsson

No hay lugar para los celos. Los jueces y árbitros persiguen el mismo objetivo, el cual es proporcionar una justicia decente como un derecho de los que les acuden. En una buena cultura legal, los jueces y los árbitros se miran con simpatía, como compañeros de equipo en lugar de adversarios. Cada uno tiene algo único que ofrecer: los ciudadanos recurren a los árbitros cuando desean ser juzgados por personas en las que depositan una confianza personal, y a los jueces cuando es necesario invocar el poder del Estado para asegurar que los resultados legales se hagan eficaces. Pero, al fin de cuentas, sus metas son iguales, y es esencial que tengan un buen entendimiento del rol del otro en los procesos del derecho.

Este libro es una contribución importante al fomento de la simbiosis de jueces y árbitros. Con su publicación, la Organización de los Estados Americanos ofrece a los funcionarios judiciales en todas las Américas aclaraciones del tema para lograr ejecutar los laudos arbitrales de manera coherente, práctica, y adecuada.

Miles de contratos se firman cada día, rutinariamente con cláusulas arbitrales. Sin embargo, estas cláusulas se invocan con poca frecuencia y la mayoría de los contratos no dan lugar a arbitrajes. Una razón de ello es la confianza que tienen las partes

en la fiabilidad del proceso arbitral para que se cumplan las obligaciones contractuales, lo cual incentiva a las partes a resolver las disputas de forma voluntaria. Sobre la base de esta confianza, los intercambios económicos internacionales pueden llevarse a cabo de una forma que propicia el desarrollo internacional a largo plazo, a través de la finanza, la inversión, la empresa conjunta, y la transferencia de tecnología a través de fronteras.

En América Latina, aunque los flujos de inversión extranjera directa y las transacciones internacionales últimamente han alcanzado niveles sin precedente, y la confianza de los inversionistas en las economías latinoamericanas es notoria, los inversionistas siguen con dudas sobre la integridad de los compromisos contractuales y los gobiernos mantienen un escepticismo sobre la globalización. Esta falta de confianza en las reglas de las relaciones económicas sólo puede tener por efecto impedir el desarrollo a largo plazo en la región.

La Convención de Nueva York es reconocida como un refuerzo invaluable y vital de cooperación internacional. En las palabras del ex Secretario General de las Naciones Unidas, Kofi Annan, en la ocasión del 40 aniversario de la Convención: *“El comercio internacional prospera en el Estado de Derecho ... [y] este instrumento cardinal . . . ha inspirado confianza en el Estado de Derecho . . . Ha fomentado respeto por los compromisos vinculantes, ya sea asumidos por sujetos privados o por gobiernos . . . y ha ayudado a asegurar el trato justo cuando surgen disputas sobre derechos y obligaciones contractuales.”* A los 50 años de la Convención en el 2008, todos los países latinoamericanos, y la mayoría de los miembros de la OEA, son signatarios.

Pero como sabemos, las proclamaciones de adhesión a un texto no son suficientes. Lo que cuenta no es lo que dicen los políticos, sino lo que hacen las cortes. De hecho, algunos de los países más grandes del mundo han firmado la Convención de Nueva York, pero no tienen un récord aceptable de cumplimiento judicial con sus términos.

Algunos jueces consideran que el arbitraje produce una forma inferior de justicia y no pueden resistir la tentación de sustituir sus puntos de vista sobre el fondo de una disputa por los del tribunal arbitral. En los lugares donde la administración de justicia es débil, las cortes se oponen al arbitraje debido a una falta de efectividad, corrupción, o xenofobia.

En América Latina, algunas cortes han negado la ejecución de cláusulas y laudos arbitrales tal vez como parte de un renacimiento político de la doctrina Calvo. Sin embargo, en el largo plazo el arbitraje en estos entornos no ofrece una salida; el arbitraje ‘bueno’ no puede sustituirse por las cortes ‘malas.’ En cambio, la utilidad y la legitimidad del arbitraje dependen del valioso apoyo de sistemas jurídicos nacionales que respaldan el proceso privado con el poder público.

Al mismo tiempo, una jurisdicción que apoya el arbitraje no es una en que los laudos son completamente intocables; ello indicaría un grado de indiferencia que invita al abuso. Existen *buenas* anulaciones de laudos en casos en que las cortes pueden demostrar injusticia o la violación del orden público. Los proponentes concienzudos del arbitraje, por lo tanto, no consideran que su proyecto sea una insurrección heroica contra las cortes y los jueces.

Los entornos legales en los que el arbitraje prospera parecen ser aquellos en los que existe un diálogo real y constructivo entre el poder judicial y los que participan en el proceso arbitral. Digno de comentario es el desarrollo del involucramiento de jueces latinoamericanos en comités internacionales de redacción de legislación arbitral, en la academia, y en conferencias sobre arbitraje. Una buena cultura de arbitraje no es el fruto de descubrimientos geniales por una sola persona en un momento particular, y mucho menos el producto de legislación grandiosa, sino la herencia de una historia de fomento de confianza, del desarrollo de un entendimiento del proceso razonable y práctico. Una vez que exista, esta herencia requiere mantenimiento y adaptación. Debería ser posible discernir los elementos de éxito y ponerlos en práctica.

Este libro representa un importante paso adelante en este valioso proyecto. Está conformado por una serie de artículos de un grupo destacado de jueces, árbitros, y profesores dentro y fuera de las Américas, lo que refleja los estándares modernos y sugiere métodos comunes para el adecuado reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros. Por medio del diálogo y la transparencia, los miembros de las comunidades judiciales y arbitrales pueden reforzar sus esfuerzos comunes a fortalecer tradiciones institucionales, desarrollar ordenamientos jurídicos maduros, y proporcionar una justicia decoroso en cada rincón de las Américas.

Jan Paulsson

El Profesor Jan Paulsson ha participado como abogado o árbitro en más de 700 arbitrajes en Europa, Asia, los Estados Unidos y África y es socio fundador de Three Crowns LLP, una firma especializada en arbitraje internacional con oficinas en Washington DC, Londres y París.

También es Presidente de la Facultad de la Especialización en Arbitraje Internacional, así como del recién establecido Instituto de Arbitraje Internacional de la Escuela de Derecho de la Universidad de Miami.

Más allá de su actividad académica, el Profesor Paulsson ha sido Presidente del Consejo Internacional para el Arbitraje Comercial, Vicepresidente de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio, miembro de la Corte Permanente de Arbitraje en La Haya, miembro del directorio de la Asociación Americana de Arbitraje, y miembro de la Corte Internacional de Arbitraje de Singapur. Se ha desempeñado también dentro de los tribunales administrativos de del Banco Europeo para la Reconstrucción y el Desarrollo, el Fondo Monetario Internacional (FMI), y el Banco Mundial.

Las publicaciones del Profesor Paulsson incluyen ICC Arbitration (Oxford University Press, 3era edición 2000), escrito con W.L. Craig y W.W. Park y que se ha convertido en un referente sobre arbitraje comercial internacional; Denial of Justice in International Law (Cambridge University Press, 2005); y The Idea of Arbitration (Oxford University Press, 2013).

El Profesor Jan Paulsson realizó sus estudios universitarios en Harvard y obtuvo el título de abogado por la Escuela de Derecho de la Universidad de Yale en 1975, así como un Diplôme d'études supérieures spécialisées en la Universidad de París en 1977.

El Arbitraje Comercial Internacional en el Sistema Interamericano

Dr. Didier Operti Badán



**Convención de Panamá de 1975
aprobada por la CIDIP I¹**

Precisiones

Estimo que los Encuentros de Alto Nivel sobre el Rol de la Judicatura en el Arbitraje revisten un gran valor al asignarle al desarrollo jurídico regional el papel que le corresponde en la articulación de normas y criterios en temas relevantes como es hoy, sin duda, el arbitraje comercial internacional particularmente por lo que implica en el relacionamiento entre Estado y sujetos privados en materia de solución de controversias comerciales, fuera, por supuesto del marco de los conflictos inter-estatales propios del Derecho Internacional Público.

La metodología y contenido de la agenda de esta reunión ilustran de modo muy concreto su objetivo así como sus alcances con la asignación a diferentes módulos de sendos temas específicos sobre la base de los instrumentos y principios jurídicos internacionales,

*Abogado, diplomático, político y
experto en temas internacionales.
Ex Ministro de Relaciones
Exteriores del Uruguay,
y catedrático de derecho
internacional privado.*

Convenciones de Panamá y Nueva York, Ley Modelo de la (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional) CNUDMI, a fin de identificar las novedades, similitudes, diferencias y pluralidad de tratados.

Tras calificar al acuerdo arbitral como “piedra angular del arbitraje”, se propone el examen de sus elementos y requisitos de validez. A los aludidos módulos se le cometen puntos específicos y una guía para la discusión, de indudable valor práctico, y en lo esencial todos ellos refieren a la intervención de los tribunales nacionales en el proceso arbitral en su inicio, durante el mismo y luego de dictado el laudo. En este último aspecto aparecen las causales de denegación del laudo y, finalmente, su reconocimiento y ejecución y los principales retos.

Como podrá advertirse han sido los módulos y la presentación de los respectivos informes el corazón mismo de este valioso Encuentro y sin duda la publicación de la memoria y ponencias que edite la OEA será un aporte de indudable valor como lo es también –vale reconocerlo– el anexo documentario sobre el tema entregado a todos los participantes.

La llamada *exposición magistral* a mi cargo –cuyo formato básico trataré en lo posible de preservar–, tiene por objetivo brindar una suerte de mirada general, casi una suerte de *testimonio* acerca del papel e influencia del Sistema Interamericano en materia de arbitraje y eso para mí es la CIDIP I (Primera Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado en Panamá, 1975), convocada en 1971 por la Asamblea General de la OEA, con su Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, sin desconocer la CIDIP II (Segunda Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado en Montevideo, 1979) y con su Convención sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, ambas en vigor y con un número elevado de Estados que las han ratificado, 19 la primera y 8 la segunda.

Empero, debo aclarar que abordaré la Convención de Panamá en cuanto atañe al arbitraje en general por estimar que la de Montevideo requiere de un examen propio dado su mayor ámbito en tanto abarca los procesos civiles, comerciales o laborales, sin desconocer que las soluciones de la segunda se aplican a los laudos arbitrales en todo lo no previsto por Panamá, con

lo cual se ordena un procedimiento de integración jurídica que se pondrá en juego en el caso concreto.

Así, a título de mero ejemplo, la norma sobre competencia de Montevideo se somete a la ley del Estado donde se solicita el cumplimiento (abriendo un debate intenso y presente), en tanto que Panamá admite como causa de denegación del reconocimiento y la ejecución de la sentencia (laudo) el juego de la ley bajo la cual se dictó la misma y abre un ancho cauce a la autonomía de la voluntad, como luego veremos.

Lo anterior no desconoce los valiosos antecedentes y trabajos preparatorios que hicieron posible la adopción de la Convención, varios de los cuales evocaré en esta presentación.

Conforme a lo antes expresado, abordaré la Convención de Panamá como un todo y por esta vía trataré de evaluar el papel y contribución que le tocó cumplir al sistema interamericano en relación al tema del arbitraje comercial internacional y a través de éste, reconocer el vínculo que se ha entablado y extendido entre la obra de la CIDIP y la de otras organizaciones internacionales como la ONU y la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.

A modo también de precisión, quisiera consignar al inicio mismo de mi intervención que registro con especial satisfacción esta actuación de la Secretaría General de la OEA, la que a través del equipo liderado hoy por el Secretario de Asuntos Jurídicos, nuestro compatriota y amigo el Profesor Dr. Jean Michel Arrighi, secundado por el abogado Dante Negro como Director del Departamento de Derecho Internacional y por los demás jóvenes juristas que lo componen, patentiza en este encuentro la decisión de volver a trabajar sobre la obra de la CIDIP con el reconocimiento y crédito que merece su tarea codificadora. La participación de distinguidos magistrados

Panamá admite como causa de denegación del reconocimiento y la ejecución de la sentencia (laudo) el juego de la ley bajo la cual se dictó la misma y abre un ancho cauce a la autonomía de la voluntad.

Es mi convencimiento —lo ha sido siempre—, que la OEA es la gran usina del desarrollo jurídico regional ya que no solamente por cantidad sino por calidad, la Organización ha cumplido a cabalidad el mandato de la Carta de Bogotá y seguramente seguirá haciéndolo.

y miembros del Ministerio Público, con el auspicio del CEJU (Centro de Estudios Judiciales de Uruguay), así como de connotados expertos en materia arbitral, nacionales y extranjeros, acreditan el valor de este encuentro y el Proyecto de Cooperación de Canadá que lo sustenta.

Es mi convencimiento —lo ha sido siempre—, que la OEA es la gran usina del desarrollo jurídico regional y que una vez más es cierto aquello de “ver el árbol por sus frutos”, ya que no solamente por cantidad sino por calidad, la Organización ha cumplido a cabalidad el mandato de la Carta de Bogotá y seguramente seguirá haciéndolo. Y de esto puedo dar fe desde las dife-

rentes trincheras que me ha tocado defender en el pasado y desde la que hoy ocupo por generosidad de los convocantes.

Prosiguiendo con nuestro tema, me referiré a algunos antecedentes de la Convención de Panamá y a los trabajos sobre arbitraje en el seno de la CI-DIP. Sobre los antecedentes de la convención de Panamá, hay que destacar el Tratado de Montevideo de Derecho Procesal de 1889, que fue el primer instrumento internacional que previó el arbitraje y así lo ha reconocido la doctrina especializada y el Tratado de Montevideo de 1940 reiteraría la solución (ambos en vigor). Entretanto, el Código Bustamante de 1928 también abordaría la cuestión.

Los antecedentes específicos de derecho positivo convencional más próximos a la Convención de Panamá son el Protocolo de Ginebra de 1923; los trabajos del Consejo Interamericano de Jurisconsultos (antecedente del Comité Jurídico Interamericano) el que en 1950 mandatara al CJI para que estudiara el tema bajo el título “Arbitraje Comercial Internacional —Uniformidad de Legislación” y preparara el Proyecto de Ley Modelo del Comité Jurídico

Interamericano de 1953; éste, modificado, fue aprobado en la reunión de México de 1956 (Resolución VIII); la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras suscrita en 1958 en Nueva York en el marco de Naciones Unidas y la Convención de La Haya de 1961.

Por otra parte, los trabajos de la CIAC (Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial) creada en 1933 en la VII Conferencia de Montevideo, con sede en Nueva York, han tenido en el pasado su influencia, la que se ha visto reflejada en Panamá en lo que dice relación con el procedimiento del arbitraje por mandato del artículo 3 al prever la aplicación de sus reglas a falta de un “acuerdo expreso” de las partes.

Se destaca, sin duda, la labor de la CNUDMI cuyo proyecto de Ley Uniforme para el arbitraje comercial ha tenido gran receptividad entre los Estados latinoamericanos que a excepción de Argentina y Uruguay, la han adoptado por su mérito técnico y representatividad.

Los trabajos de la Cámara de Comercio Internacional con su Reglamento (el último vigente a partir de enero de 2012) y la Corte Internacional de Arbitraje con sus fallos arbitrales, son hoy día una referencia ineludible para el ejercicio del arbitraje y un hontanar extra-etático de indiscutible prestigio y recibo para los magistrados y juristas en general.

Por su parte los Estados del Sistema Interamericano, en la mayoría de los casos cuentan con su respectiva ley de arbitraje, registrándose un interesante número de casos que vienen dando lugar a muy serias y profundas notas de jurisprudencia y doctrina que pautan la fuerte penetración en la región de la llamada “cultura del arbitraje”, a la que otrora fuera renuente por motivos

Los Estados del Sistema Interamericano, en la mayoría de los casos cuentan con su respectiva ley de arbitraje, registrándose serias y profundas notas de jurisprudencia y doctrina que pautan la fuerte penetración en la región de la llamada “cultura del arbitraje”.

más vinculados al proyecto político y respeto de la soberanía estatal que a razones de orden técnico-jurídico. En este sentido, la Convención de Panamá ha sido reconocida como un verdadero hito en la evolución del arbitraje corroborado en el transcurso del tiempo por su aplicación.

Los trabajos sobre el arbitraje en el seno de la CIDIP I (Primera Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado)

Las actas y documentos de la CIDIP I (Panamá, 14 a 30 de enero de 1975) publicados en el Volumen II (OEA-1975), aportan una información muy completa y dan cuenta de un amplio debate con participación de delegados y observadores, especialistas en arbitraje y profesores de derecho internacional privado. Entre estos últimos cabe recordar al Secretario General de la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya, George H. Droz (quien calificara a la codificación jusprivatista latinoamericana como la “hermana mayor” de la Conferencia de La Haya) y el Profesor uruguayo Dr. Manuel A. Vieira, ambos como observadores, el segundo por ALADI (Asociación Latinoamericana de Integración) a quienes recordamos con respeto y agradecimiento.

La discusión abarcó cuestiones teórico-positivas que sin alejarse del objetivo de lograr la aprobación de sendas convenciones por tema (ya descartada la idea de un Código o Tratado general) no descuidaron la influencia de las especializaciones en juego con sus propios planteos, todo lo cual reforzó a mi juicio el valor de las soluciones alcanzadas.

En dicho sentido, es visible que en el tema del arbitraje privado concurren temas del Derecho Comercial, del Derecho Internacional Privado y del Derecho Procesal, todo lo cual exige el manejo de conceptos teóricos de gran arraigo doctrinario y desarrollo positivo insoslayable.

En el ámbito del Sistema Interamericano, fue el Comité Jurídico Interamericano (CJI) el que preparó en 1973, por encargo de la Asamblea General de la OEA, y aprobó en 1974, el proyecto final de la Convención, que sería luego presentado en Panamá en la CIDIP I, punto 5 del temario aprobado por el Consejo Permanente de la OEA.

El tema –como los demás de carácter comercial–, se asignó a la Comisión I, presidida por el jurista de Nicaragua Alejandro Montiel Arguello, siendo su Vicepresidente el muy prestigioso especialista jusprivatista venezolano Profesor Gonzalo Parra Aranguren (que presidiera varias de sus sesiones) y su Relator el distinguido jurista Dr. Jorge Illueca de Panamá, de dilatada trayectoria de hombre de Estado en su país.

Sin embargo, ese proyecto no fue el único; varias delegaciones presentaron sus propios proyectos proponiendo enmiendas (Colombia, representada por Marcos Monroy Cabra; México, por Carlos Arellano García -ambos distinguidos profesores- y el Grupo de Trabajo integrado por Brasil, EEUU y México) y otras delegaciones (como por ejemplo Chile, representada por el Profesor de Derecho Comercial y Arbitraje Dr. Eyzaguirre Echeverría). También la CIAC (Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional) a través de la Delegación de México presentó su proyecto de enmiendas; por su parte, el Subsecretario General de la OEA –M. Rafael Urquía– también intervino en los debates con lo cual se reforzó el compromiso de la organización con la Conferencia.

Resulta imposible mencionar aquí a cada uno de los delegados intervinientes pero esto no impide reconocer que todos hicieron su aporte y en este sentido y como parte de esta mirada general que nos proponemos compartir con Ustedes, es interesante advertir la participación en el antedicho intercambio de las dos grandes familias jurídicas –derecho romano y *common law*–, representadas en la OEA y particularmente activas en este tema.

No vacilamos en afirmar que el arbitraje comercial internacional concitó en Panamá –y desde antes, por supuesto – la especial atención de la delegación de EEUU representada por el Prof. Joseph W. Sweeney y el aboga-

En el tema del arbitraje privado concurren temas del Derecho Comercial, del Derecho Internacional Privado y del Derecho Procesal, todo lo cual exige el manejo de conceptos teóricos de gran arraigo doctrinario y desarrollo positivo insoslayable.

Conviene anotar que al amparo de la convocatoria universal de La Haya y de la CNUDMI, cada vez es mayor la participación de representantes de nuestros países en la elaboración de las reglas, al punto de llevarlos a adherir a ellas o, en su caso, a incorporarlas como ley material.

comunidad internacional, los de menor incidencia privilegien, al menos hasta ahora, el escenario regional y mundial. No obstante, en nuestro parecer, eso no debería ser un factor determinante sino explicativo del ámbito de cada uno de los procesos de regulación internacional de las relaciones privadas conforme a las necesidades de sus actores.

Reconocer esta asimetría con realismo y probidad ha sido el verbo motor de la CIDIP y, a la inversa, ello ha sido considerado por sus críticos como una postura latinoamericanista de espaldas al mundo, conservadora, reiterativa (por tanto inútil) y –con atenuantes– retórica. Sin embargo, conviene anotar que al amparo de la convocatoria universal de La Haya y de la CNUDMI, cada vez es mayor la participación de representantes de nuestros países en la elaboración de las reglas, al punto de llevarlos a adherir a ellas o, en su caso, a incorporarlas como ley material. Con lo cual se desmiente el pretense aislamiento y el carácter abierto de los respectivos ejercicios.

do Charles Norberg, verdadero militante por la causa del arbitraje que encontrara en el Dr. Isidoro Zanotti (Brasil), funcionario de la Secretaría General de la OEA en la Dirección de Asuntos Jurídicos, un excelente interlocutor y promotor de la agenda de CIDIP I. Así, EEUU junto a Trinidad Tobago y Jamaica, acreditaron con su presencia en Panamá el interés del *common-law* demostrándose que los Estados participan en la codificación regional cuando los temas responden a sus legítimos y concretos intereses.

Este aserto, barruntado en Panamá, resultaría modulado en las siguientes CIDIP; empero, es también evidente que vista la asimetría de influencia de los socios interamericanos en la co-

Por su lado, el importante número de convenciones interamericanas de Derecho Internacional Privado en vigor y una representativa cifra de Estados ratificantes, por otro, es la mejor respuesta a los severos críticos de la CIDIP que aun sobreviven, sea por desconocimiento o por prejuicio.

De igual manera, cabría reconocer que el arbitraje comercial es un espacio donde la aproximación de las dos familias jurídicas clásicas es mayor que en otras categorías, a lo que contribuye sin duda alguna la universalidad del mecanismo y su utilización por agentes económicos de todo calado –de preferencia los mayores–, como la predilecta respecto de una justicia, de la que se ha dicho, es “lenta, impredecible, cara, sin especialización técnica suficiente, etc., etc.” Me resisto a ver las cosas de esta manera y me pronuncio decididamente por el carácter forzosamente *complementario* de los distintos escenarios.

En algunos casos –los menos, pienso– tampoco es totalmente ajena a esta concepción la posición filosófico-político –por tanto ideológica– que se tiene acerca del papel del Estado y el de los particulares en el campo de las relaciones de derecho privado de contenido económico en una suerte de recreación *extra-ordinem* o *ultra-vires* del debate liberalismo económico *vis a vis* Estado e intervencionismo.

Sin duda, es mi opinión, esta idea subyace en ciertos criterios que alientan, por ejemplo, el desconocimiento de la cosa juzgada cuando se ha anulado el laudo conforme a la ley del Estado donde tuvo lugar el arbitraje y se pretende su ejecución en otro, prescindiendo así del control judicial que previno en el asunto. Aun admitiendo que pudiera ser diferente el fundamento de esta fórmula –y es muy probable que lo fuere– cabría, al menos matizarla, teniendo presente ciertas nociones básicas como *la cosa juzgada* dimanada de juez internacionalmente competente y esto sin entrar al contenido del fallo –anulación por ejemplo–, que bloquearía el intento de redimir los vicios de invalidez, pues ello sería revisión *pura y llana*, propia de un tribunal de alzada o de casación (que no existe) y no sujeta al albedrío contencioso de acreedores insatisfechos.

Acaso cuando el *orden público local* (“orden público del mismo Estado”, dice la Convención) hubiere sido el fundamento para denegar el reconocimiento o ejecución de la sentencia (laudo) podría haber espacio por su carácter de excepción *de alcance limitado* para aceptar el accionamiento ante la Justicia de otro Estado.

En el caso de Uruguay, atento a que ha emitido una Declaración interpretativa, de suyo, vinculante, de conformidad al Derecho de los Tratados, del orden público como *orden público internacional*, aunque esto no implique perder su condición de excepción, resultaría mucho menos probable receptar la fórmula de una reiteración de la acción y con ello de los efectos de un nuevo laudo que se pretendiere hacer valer en nuestro país.

Diferente podría ser, aunque siempre opinable, la respuesta en los Estados que apelan al orden público local.

Admito, empero, que el espacio que la doctrina más reciente desde el punto de vista jurídico de los árbitros, es revelador de la vigencia del tema, más allá de los criterios de filosofía política que vengo de aludir, tan respetables como indismulables a la hora de reconocer valor extraterritorial al control judicial. De ahí, precisamente, que nos hayamos propuesto enunciar, por lo menos, estas observaciones y llamar la atención sobre un cierta actitud *separatista del arbitraje* que va más allá de una cierta autonomía, que podría ser de recibo, y que por ello no sería necesariamente bienvenida por los Estados, los terceros y los jueces.

Cabría, pues, esperar de los árbitros una conducta sujeta a la condición esencial de dictar un laudo legítimo, independiente y concordante con el interés de las partes sin mengua de los demás en juego.

Consciente del grado de complejidad del asunto, postergaré aquí un análisis más detenido y concluyo en las ventajas de aprobar convenciones de alcance regional para ciertos temas que respondan a las necesidades de nuestras relaciones privadas internacionales, particularmente cuando el elemento vecindad territorial y pertenencia a un sistema jurídico son determinantes. Esto sin perjuicio de dar recibo a las mejores soluciones que puedan provenir, como sucede en muchos casos, del ámbito universal.

Advierto también que CIDIP I refleja muy bien lo que se viene de expresar: el *common law* y el derecho civil –*juris romano*– tienen un encuentro necesario en un tema como los exhortos o cartas rogatorias, instrumento clásico de la cooperación judicial internacional reconocido por ambos sistemas, y divergen en otras categorías jurídicas ya procesales –la prueba– ya sustantivas como, por ejemplo, letras de cambio y otras.

Si tenemos presente que los EEUU tardaron casi quince años en dar su ratificación a la Convención de Panamá, en cuya aprobación tuviera tanto interés e influencia, podemos colegir la complejidad y el verdadero carácter progresivo de este proceso de codificación regional, rasgo al que tampoco están ajenos países de derecho civil de nuestra región como por ejemplo Brasil y otros, demorados en la ratificación, y hasta renuentes a ella.

Como corresponde al tenor de esta presentación ante una audiencia calificada, no se trata de ensayar aquí una nómina de las delegaciones, sino apenas indicar la autoría de los proyectos y otros datos registrados por la memoria documentaria de la *historia fidedigna* de la Convención, de suyo incompleta y propia de este tipo de exposición, pero de indudable utilidad a la hora de interpretarla y aplicarla. Así y todo, esta información no puede omitir a figuras mayores del derecho internacional privado latinoamericano como el Profesor brasileño Haroldo Teixeira Valladão y su compatriota Nascimento e Silva. Como también, a ese gran internacionalista centroamericano que ha sido el Profesor Francisco Villagrán Kramer, delegado de Guatemala.

Por último, permítaseme recordar a quienes fueron delegados por Venezuela y activos participantes en los trabajos de la Comisión, su Vicepresidente Profesor Parra Aranguren y nuestra inolvidable colega y amiga Profesora Dra. Tatiana Maekelt. Y para subrayar esta última mención, llena de contenido personal y profesional, cierro aquí las citas expresas con la indulgencia in situ de los presentes y por supuesto, de modo simbólico, de los omitidos.

Seguidamente formularé algunos comentarios sobre el proyecto de Convención elaborado por el CJI, bajo el liderazgo del distinguido jurista colombiano Joaquín Caicedo Castilla, para examinar luego la propia Convención en ciertos temas centrales pues descuento que su detalle se ha destinado a los diferentes módulos sobre la base de casos concretos.

El proyecto del CJI

Considerando necesario hacer un simple relevamiento de este proyecto por cuanto es notoria su condición de fuente de la Convención. Su título es “*Proyecto de Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional*”, sin que se defina en el texto la internacionalidad, fundado ya en el contrato que le

Es claro también que el Comité entendía necesario contar con una convención propia del Sistema Interamericano.

da origen, como en el procedimiento de ejecución fuera del lugar donde se dictó el laudo nacional.

Es claro también que el Comité entendía necesario contar con una convención propia del Sistema Interamericano no obstante disponer los países de la oferta de la Convención de Nueva

York de 1958 y, en diferente medida de influencia, de la Convención de La Haya de 1961. Cabría precisar que en 1975 solamente 4 Estados de la OEA (Ecuador, Estados Unidos, México y Chile) habían ratificado la Convención de Nueva York.

En el proyecto del Comité, el artículo primero incluía la “cláusula compromisoria” para lo cual tomó en consideración el proyecto de Ley Uniforme de México ya citado. El mismo artículo primero refiere a las “diferencias que pudiesen surgir o hayan surgido entre [las partes] con relación a un negocio de carácter mercantil”. Una hipótesis es preventiva y la otra se da *in itinere* aludiéndose de modo indirecto a la cláusula compromisoria y al compromiso arbitral. Me permito además advertir en esta redacción, receptada luego por la CIDIP, una cierta amplitud sobre todo en el giro “que pudiesen surgir”, que podría fundar la tesis favorable a la inclusión de los actos extracontractuales derivados del propio negocio, tema discutible sin duda y sobre el cual las Actas registran un interesante intercambio en el cual participó el delegado de Uruguay Prof. Edison González Lapeyre sosteniendo la tesis abarcativa.

También habilita el nombramiento de los árbitros por las partes el que podrá delegarse a un tercero, sea persona física o jurídica, con lo cual se acogen las fórmulas clásica de los dos arbitrajes: el personal o *ad-hoc* y el institucional.

Las partes podrán fijar por *acuerdo expreso* las reglas de procedimiento y a falta de tal acuerdo “el procedimiento será fijado por la ley del arbitraje” y “*si éste no existe el procedimiento será establecido por los árbitros. Si éstos hubiesen sido designados por el Comité Interamericano de Arbitraje el procedimiento será el estable-*

cido por el Reglamento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial” y “en cualquier caso deberán respetarse las disposiciones de orden público del “derecho local” (artículo tercero).

Destaco esta última expresión pues conlleva una confusión, lamentablemente no resuelta luego por la Convención, entre orden público interno e internacional la cual en la doctrina nacional el Maestro uruguayo, Quintín Alfonsín (perdón, pero no puedo dejar de evocarlo) despejara tempranamente en los años cuarenta y diera paso así a una posición sostenida por Uruguay en los ámbitos donde ello fue pertinente y de modo muy enfático en el marco de la CIDIP I, tanto al tratarse el tema del arbitraje como el de cartas rogatorias.

Esta doctrina trata de asegurar el buen funcionamiento del Derecho Internacional Privado y la fluida circulación internacional de los laudos y sentencias, se expresa en la Declaración de Uruguay sobre el Orden Público hecha en Montevideo (CIDIP II, 1979), cuya redacción se me confiara con antelación por la Delegación de mi país, en la que manifiesta, *“de conformidad con la posición sostenida en Panamá que, según su interpretación acerca de la prealudida excepción, se refiere al orden público internacional como un instituto jurídico singular no identificable necesariamente con el orden público interno de cada Estado”*. Esta concepción del orden público internacional *“comporta una autorización excepcional a los distintos Estados Partes para que en forma no discrecional y fundada declaren no aplicables los preceptos de la ley extranjera cuando estos ofendan en forma concreta, grave y manifiesta, normas y principios esenciales de orden público internacional en los que cada Estado asienta su individualidad jurídica”*.

Las expresiones favorables durante Panamá a la inclusión de la palabra “manifiestamente” como forma de limitación del orden público, defendida entre otros por Valladão y nosotros, muestra una tendencia que se iría consolidando en doctrina e instrumentos posteriores; así, y a mero título de ejemplo, el Consejo del Mercosur (su órgano superior) formuló en el 2002 una declaración según la cual el Acuerdo sobre Arbitraje de 1998 permite a las partes elegir libremente el derecho aplicable respetando *“el orden público internacional”*.

La ausencia de un principio de jerarquía, juega en contra de una verdadera jurisprudencia arbitral, aun cuando cabe reconocer que dificultades parecidas —aunque distintas— se dan en la jurisprudencia judicial.

Esta declaración institucional persigue un objetivo de consistencia en la interpretación y aplicación del instrumento mercosureño que juzgamos positiva como lo sería igualmente en otros cuerpos de arbitraje para evitar discordancia de criterios en temas centrales entre laudos no susceptibles de apelación o casación. Por otra parte, la ausencia de fuente ética se pone aquí de manifiesto de modo inevitable y estimula una búsqueda no sencilla de los árbitros para hallar los sustentos de su resolución.

Como lo han reconocido prestigiosos autores, la libertad de los árbitros para la creación *cuasi - pretoriana* del derecho aplicable, a falta de elección de las partes, el consiguiente laudo, por una parte, y construcción de una verdadera jurisprudencia arbitral, por la otra, si no son términos inconciliables, están muy cerca de serlo.

En cualquier caso, si el velo de la confidencialidad se levantara y ese plexo de resoluciones fuese una suerte de nuevo *restatement*, igualmente no se estaría en presencia de una verdadera fuente *extra-etática* como lo hemos sostenido con antelación en reiteración. El juego de la opinión pública y la demanda de información cuando se trata de temas que van más allá del interés particular y concreto de las partes en litigio suele generar una aureola de sospecha o suspicacia sólo conjurables con la publicación del laudo.

A la luz de lo que se viene expresando, la solución arbitral del caso concreto sin norma imperativa de referencia, torna muy difícil y hasta imposible unificar los criterios a los que los árbitros deberían sujetarse, sea por el prestigio personal de quien emitiera el laudo (especialmente en el arbitraje *ad-hoc*) o por la fuerza institucional, que en su grado extremo no exenta totalmente de corporativismo, de las decisiones.

La ausencia de un principio de jerarquía, juega en contra de una verdadera jurisprudencia arbitral, aun cuando cabe reconocer que dificultades parecidas –aunque distintas– se dan en la jurisprudencia judicial, en especial cuando en ausencia de jueces internacionales son los de cada Estado los encargados de interpretar y aplicar los instrumentos internacionales.

Los laudos tienen “fuerza de sentencia definitiva” y su ejecución se cumplirá en la misma forma que las sentencias judiciales nacionales o extranjeras, “según sus leyes procesales respectivas y lo que establecen los tratados internacionales” (artículo cuarto). Nada se dice acerca del concepto de “sentencia definitiva” ni de la prioridad de la fuente convencional como lo hiciera más tarde en la CIDIP II (1979) en la Convención sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado.

El proyecto determina en su artículo quinto, con detalle los casos en que la parte contra la cual “se hace valer el laudo”, podrá oponerse a la ejecución mediante “la correspondiente acción de nulidad”. Estos casos son: nulidad o extinción de la cláusula compromisoria; fraude o coacción en la expedición del laudo; exceso de poderes de los árbitros u omisión de tratar alguno de los puntos controvertidos; vicio esencial del procedimiento o que el laudo se haya pronunciado fuera del plazo señalado por las partes; negación del laudo como resolución final y definitiva a la controversia; y finalmente cuando los términos del laudo sean contradictorios a tal punto que no puedan ejecutarse.

El proyecto concluye con una norma relevante: “será competente para conocer de la oposición a la ejecución la autoridad judicial del lugar donde se dictó el fallo”.

Como podrá colegirse de una simple lectura comparativa existen algunas diferencias entre este proyecto del CJI y la Convención finalmente aprobada en Panamá como surgirá de los comentarios que siguen y de las que destaca en esta última la competencia no es objeto de norma expresa y puede inferirse del artículo quinto, inciso E, *in fine*.

Formulada esta glosa destinaré el tiempo disponible al texto de la Convención. Los comentarios anteriores y el propio formato de esta exposición me exoneran en la mayor medida de efectuar un análisis, sea exegético, o lógico-sistemático de la Convención, muchas de cuyas soluciones han sido ya relevadas con el inventario de los antecedentes. También desborda mi encargo analizar con detalle los diferentes problemas que derivan de su interpretación y aplicación por los árbitros.

Empero, para exponer ciertos juicios de valor corresponde la debida identificación de las normas, atento sobre todo, a la posibilidad de alguna lectura posterior de esta presentación por los presentes y sobre todo por los ausentes, que no puedo presumir pero tampoco descartar.

Procede indicar como punto de partida que la Convención de Panamá tiene un objeto más amplio que la de Nueva York, pues trata de abarcar todo el instituto del arbitraje y no solamente el reconocimiento y ejecución del laudo. Corresponde, por tanto, examinar su articulado.

El artículo primero se refiere al *acuerdo de las partes*, y descarta así la expresión “*cláusula compromisoria*” a la vez que rechaza la fórmula del Grupo de Trabajo (Brasil, EEUU, México). Se refería a “*cláusula compromisoria y compromiso*”, por entenderse que podía confundir, tratándose ambas expresiones de categorías jurídicas distintas. La expresión “*compromiso*”, se dijo por parte de Brasil, se inspiraba en el Protocolo de Ginebra de 1923 y en el artículo 20 del Proyecto de Ley Uniforme de México de 1965. Finalmente, por moción de México se aprobó la fórmula transaccional “*acuerdo*” que permite abarcar todas las hipótesis, abriéndose diferentes posibilidades para formalizar el mismo, por escrito “*firmado por las partes*”, o por intercambio de “*cartas, telegramas o comunicaciones por télex*”, medios estos últimos entonces modernos.

Nada dice la Convención acerca de su ámbito de aplicación, salvo lo que se infiere del título mismo, y eso marca una diferencia importante con la convención de Nueva York, que trata de las sentencias arbitrales dictadas en un Estado diferente de aquel en que se pide su ejecución, las que, *rationae materiae* no solamente las comerciales, sino cualquier diferencia de carácter privado.

El artículo segundo es tomado en forma textual del Proyecto del Comité y muestra un criterio de apertura en cuanto a la nacionalidad de los árbitros que pauta el espíritu de la Convención y tiene su origen en los artículos sexto y octavo del Proyecto de Ley Uniforme Interamericano sobre Arbitraje Comercial Internacional aprobado en México por la III Reunión de Jurisconsultos en 1956, conocido como “Proyecto de México”.

Su artículo Tercero se ajusta al proyecto de la CIAC, la que cabe recordar fue creada en 1933 en Montevideo en la Séptima Conferencia Interamericana y mantiene su sede en Nueva York, representada en Panamá como observador por su Presidente, el Dr. Erasmo de la Guardia.

El cuarto artículo adopta con ligeras variantes el texto propuesto por el Grupo de Trabajo que a su vez sigue el precitado “Proyecto de México” de 1956.

Los artículos quinto y sexto se apartan de la letra del Proyecto del Comité y siguen, a propuesta del delegado de Ecuador Dr. Rafael Borja Peña, los artículos quinto y sexto de la Convención de Nueva York, algunas de cuyas soluciones habían sido contempladas, por ejemplo que la sentencia, mutatis mutando, que el laudo “no es aun obligatorio para las partes”, como equivalente al carácter final y definitivo del mismo.

Cabría considerar ahora de modo sintético el contenido de los artículos quinto y sexto de la Convención que regulan las causales de denegación del reconocimiento y la ejecución del laudo. Los literales de la A, a la E del artículo quinto, contemplan por su orden los requisitos esenciales que debe acreditar la parte solicitante para obtener la ejecución del laudo, en suma, la validez del acuerdo, ciertas garantías procesales básicas, limitaciones al contenido y fraccionamiento del laudo, desajuste a la ley procesal elegida por las partes o “*a la ley del Estado donde se haya efectuado el arbitraje*” (lit.d *in fine*), *remisión ciega* que no guarda coherencia con la sujeción subsidiaria del artículo 3 a las reglas de la CIAC, y subsanable desde una lógica de aplicación racional y concordante de la Convención.

Finalmente, el literal E merece un comentario especial. En efecto, cabe tener presente que el proyecto del Comité refiere a “la correspondiente acción de nulidad”; Panamá por su parte contempla en el artículo quinto inciso E, el

El rol legislativo del arbitraje será bastante más y sustancialmente diferente a la atribución constitucional reconocida a los propios jueces para que se sirvan aplicar la ley al caso concreto y punto.

caso en que la “sentencia no sea aun obligatoria o haya sido anulada o suspendida por una autoridad competente del Estado, en que, o conforme a cuya ley, haya sido dictada esa sentencia”.

A mi juicio esta fórmula, además de agregar la “suspensión”, contiene una solución que reconoce por una parte, la competencia del lugar del laudo para declarar que aún la sentencia no sea obligatoria para las partes y anular o suspender la sentencia. Y por otra, le da igual competencia al Estado “en

que o conforme a cuya ley, haya sido dictada esa sentencia”.

Por el juego de esta última expresión queda planteado, aunque en etapa de ejecución, el punto del derecho de fondo aplicable por el árbitro, sobre el cual volveré más tarde, adelantando desde ya que tengo reservas en cuanto a una presunta *lex-arbitri*, a menos que reconozcamos la expresión como una simple y práctica licencia de lenguaje para individualizar ciertos criterios reiterados propios de los árbitros, sin fuente material o formal legitimante.

Así va de suyo que no acepto el rol legislativo del arbitraje, lo que sería, por cierto, bastante más y sustancialmente diferente a la atribución constitucional reconocida a los propios jueces para que se sirvan aplicar la ley al caso concreto y punto. Obviamente no descarto en modo alguno la aptitud de los árbitros para dotar a sus laudos de una lógica de concordancia que garantice el valor de su oferta profesional lo cual acentúa el valor de su especialidad.

No rechazo, por cierto, la facultad de los árbitros de recurrir a la llamada *lex mercatoria*, en cierto modo una verdadera exhumación de un grupo de “criterios”, unidos por adición y carente de un orden sistemático y jerárquico que anticipe un conocimiento fidedigno previo e indispensable para cualquier ejercicio jurídico, en particular por los decisores, máxime cuando éste posee, como en el arbitraje, fuerza imperativa de cosa juzgada. Lo que sí rechazo es su conversión voluntarista por el influjo de los *hechos* en fuente *extra-etática* e

imperativa, al menos por su nombre, *lex-arbitri*, tal como si se tratara de un mundo privado, bajo el dominio de los árbitros, fuera del alcance general del derecho y por supuesto de la voluntad general del legislador, todo lo cual supera con amplitud la invocación y efectos del orden público aun en su expresión *preventiva* de las normas de policía.

Se reconoce, por supuesto, el valor de los trabajos, múltiples y profundos, que abordan la cuestión de los *precedentes* y de una eventual configuración de una *jurisprudencia arbitral*, preocupación que acrece proporcionalmente a la *creatividad arbitral* la que debe suplir en muchos casos la indeterminación y hasta ausencia de derecho de fondo aplicable.

Esta restricción es aún mayor en el arbitraje *ad-hoc* que en el institucional en lo que hace al conocimiento de líneas o tendencias en la solución arbitral comercial internacional, figura en la que estamos concentrando nuestra atención.

Es notorio que el papel de los jueces en el arbitraje llega en la mayoría de los casos, cuando llega, en instancia de reconocimiento y ejecución y en ésta, al menos en Panamá, se reduce a la *arbitrabilidad* y *al orden público*, vale decir desde un reducto defensivo. Por lo tanto la justicia de los jueces queda fuera del menú en el momento en que las partes acuerdan la cláusula compromisoria.

En consecuencia, si ello es así, el arbitraje no sería complementario de la actividad judicial sino sustitutivo hasta donde puede serlo y por lo tanto si se aspira a reforzarlo como instrumento y no como objetivo, debe afinarse al máximo su credibilidad técnica y deontológica, tanto en el arbitraje *ad-hoc* como en el institucional.

Acorde a ese objetivo cabe poner el foco sobre dos temas, a mi juicio centrales, como son *la autonomía de la voluntad de las partes* (que en el arbitraje incluiría a los árbitros) y *el derecho aplicable*, puesto que el orden público ya ha sido considerado.

Cabría añadir que en mi opinión esas consideraciones son plenamente consistentes con los propósitos asignados a esta exposición. Es notorio que el orden público recorre en toda su extensión el Derecho Internacional Privado.

do por lo cual su discusión en la CIDIP I se da tanto en los temas sustantivos como en los procesales, aunque sus elementos constitutivos sean en esencia los mismos: la colisión o incompatibilidad entre un derecho o norma aplicable y el derecho de otro lugar donde se pretende hacer valer. Así, las actas dan cuenta de ello en diferentes temas de la agenda y en este sentido me remito a ellas, así como a las de CIDIP II, conforme a lo comentado por nosotros en esta conferencia.

Sobre el orden público, finalmente, no somos ajenos a que su invocación no puede ser la misma en “*tiempos de globalización*”, que en el pasado westfaliano en el que reinaba la soberanía como un valor absoluto. Ciertamente esta observación podría ser aplicable al arbitraje internacional en su totalidad, incluyendo los sujetos de derecho público y privado, cuestión a la que hemos intentado dar respuesta en compañía de juristas contemporáneos de superior valía de la región y de fuera de ésta. En este sentido, sostenemos que las relaciones jurídicas en este nuevo marco globalizado han sido genéticamente modificadas al priorizarse la transnacionalidad como ámbito e instrumento.

Otro tema sensible y de relieve que debo mencionar es la *arbitrabilidad* aunque tratándose de un tema confiado a las partes, obedece a los límites propios de la regulación legal del tema concreto y hace parte por tanto de una normativa un tanto avara y, como contrapartida, de una inmensa casuística de interpretación y aplicación, respectivamente, que desborda mi objetivo de enfoque general del tema.

Desde esa postura veremos el tema de la autonomía de la voluntad y derecho aplicable por los árbitros en la Convención de Panamá. La mera enunciación del título da cuenta de la extensión del tema que procuraré, empero, sintetizar con referencia a la Convención.

La autonomía de la voluntad de las partes hace parte de la esencia misma del arbitraje privado en cuanto este es producto de ellas dentro del marco jurídico correspondiente. Esa autonomía de la voluntad acrece en el arbitraje comercial, interno e internacional, por constituir la materia mercantil la más propicia a la libre disposición de las partes. En lo que hace al procedimiento las partes pueden escoger por acuerdo expreso la ley de un Estado para llevarlo a cabo y si no lo hicieren rigen las reglas de la CIAC.

Superado, al menos en el seno del Instituto de Derecho Internacional desde Ámsterdam (1957) a Santiago de Compostela (1989), el criterio que adjudica por extensión a la ley del lugar del arbitraje la calidad de derecho de fondo aplicable por los árbitros, el que se reafirma como derecho de las partes, cabe tener presente que la Convención no resuelve de modo expreso esa cuestión, aunque prevé que ambas leyes, la del Estado del laudo y la ley tomada en cuenta por los árbitros, pueden actuar como reglas diferentes a la hora de considerar la suspensión del laudo o su anulación.

Cabe plantear la cuestión de si las partes pueden elegir el derecho de fondo aplicable por los árbitros y si para ello deben tener presente el sistema de conflicto de leyes a los que se sujeta la relación jurídica sustantiva origen de la controversia arbitral.

Admitimos que en el arbitraje, así lo proclama la CNUDMI, las partes pueden elegir el derecho de fondo y en defecto de ello el tribunal arbitral aplicará la ley que “*determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables*”.

Dada la naturaleza del arbitraje comercial, un verdadero *servicio*, en el lenguaje de la Organización Mundial de Comercio, damos en el marco de Panamá la respuesta que antecede lo cual no equivale a afirmar la absoluta autonomía del arbitraje, ni menos todavía su desnacionalización como libertad absoluta respecto de los derechos nacionales por la vía de la *resurrección* de la *lex-mercatoria*, la que mutaría para convertirse en *lex-arbitri* a la que los árbitros –y de suyo las partes del juicio arbitral– quedarían obligadas como pago leonino de su silencio de elección del derecho de fondo. Habría nacido una nueva categoría jurídica: la autonomía del arbitraje como un instituto absolutamente autosuficiente lo cual, obviamente, se contradice con el control judicial plurilocalizador de los lugares de reconocimiento y ejecución del laudo. La posición que antecede guarda concordancia con la Convención de Nueva York de cuya aplicación resulta la pacífica aceptación de la solución de la autonomía de la voluntad.

Si bien advertimos que la actividad de los tribunales arbitrales tiene lugar dentro de un microclima claramente favorable a su jerarquización, estimamos que su primer deber es dictar un “*laudo válido e invocable ante cualquier jurisdicción donde ello resulte necesario y procedente*”, así “*defenderlo de una posible anulación*

La autonomía de la voluntad sólo es de aplicación a los árbitros cuando por su intermedio se colma el silencio de las partes, se identifica, consulta y aplica un derecho fundante cuya elaboración no es de cargo del propio tribunal arbitral.

y para ello acudir a algún derecho fundante". Hablamos pues de un Derecho que sea reconocido como tal e identificado por los árbitros lo que no excluye los usos y costumbres del comercio u otras reglas similares o afines, y aun la *lex-mercatoria*, pero en ningún caso en forma automática y menos todavía con base en el argumento de autoridad impropio de una comunidad de derecho que debe respetar el derecho de las partes consagrado en el contrato o negocio que da origen a la contienda, sin desconocer el derecho e interés general del Estado ni los derechos de terceros.

Reconocemos que tales valores no juzgarán de igual forma en todos los casos pero también decimos que si aparecen deben ser considerados en toda su dimensión.

En suma, la *autonomía de la voluntad* sólo es de aplicación a los árbitros cuando por su intermedio se colma el silencio de las partes, se identifica, consulta y aplica un derecho fundante cuya elaboración no es de cargo del propio tribunal arbitral.

Lo anterior no implica desconocer, aun desde una perspectiva favorable al arbitraje, el papel de *guía* de ciertas conexiones que al decir de FOUCHARD (al que me permito citar pues concita un consenso aprobatorio) "los árbitros no han recibido de las partes o de la ley ninguna obligación imperativa". Por tanto, no habría aplicación directa de una cierta fuente o ley sino que los árbitros tendrían simplemente una "dispensa" (exención) de fundamentación de la elección del método o criterio de "*rattachement*", para determinar el derecho aplicable.

Por supuesto que todo lo anterior no desconoce el papel en el arbitraje de las normas imperativas.

En resumen, sabemos de la “*irresistible extensión de la autonomía de la voluntad*”, de la que nos hablaba Von Overbeck y de su generalizada aceptación, lo que tiene la fuerza no de una mera idea sino de un hecho. Sin embargo a nuestro parecer como lo hemos dicho en otra ocasión, “no se trata de un cheque en blanco” (y esto juega para las partes y los árbitros).

Algunas reflexiones finales

Sin intentar revivir ancestrales, no totalmente superadas, polémicas del pasado, no compartimos la falacia de falsa oposición “Estado-privados”, como tampoco, más cerca de nuestro tema, la de “arbitraje y jueces”, atribuyéndole a unos todas las virtudes y a los otros todos los defectos. Al mismo tiempo creemos y no podría ser distinto, en el signo evolutivo de la comunidad, interna e internacional, y por ende del marco regulador. Y es dentro de esa perspectiva que vista en superficie podría lucir como banal que nos situamos en el arbitraje, o sea que lo favorecemos no para desvalorizar la justicia, la que llega a los que no ejercen el comercio porque son empleados u obreros, profesionales o técnicos, en fin personas que no están cerca y mucho menos, familiarizadas, con el arbitraje comercial internacional.

Por lo anterior no miramos el tema desde una perspectiva de antagonismo o sustitución sino de ampliación de la oferta de una justicia, en sentido amplio, sujeta a reglas de derecho y valores no superiores ni inferiores a los que garantiza una sociedad cimentada sobre bases democráticas y con un Estado de Derecho sólido y garantista.

Es desde esta perspectiva que enfocamos el tema, sin prejuicios, viendo al arbitraje como un instrumento capaz de sumar al valor superior de la paz entre personas y Estados sin atribuirles a los tribunales arbitrales, cualquiera sea su organización y ámbito, una competencia legislativa que no puede reposar en un sustento técnico sino en un mandato esencialmente político-institucional.

Esto es lo que ha venido sucediendo en la región y en el mundo. En este sentido Panamá ha sido un disparador regional del arbitraje el que a partir de ese *hito*, los Estados que no lo habían hecho todavía suscribieron Nueva York en un pacto de complementariedad convencional auspiciado por esta última.

A los Estados nacionales e instituciones de alta especialización como la CNUDMI, la Cámara Internacional de Comercio (ICC por sus siglas en inglés) y su Corte y otras privadas y públicas, incluidas las de integración económica como el MERCOSUR, corresponde la inaplazable tarea de avanzar en la atención, extensión y regulación específica del arbitraje y de este modo dotarlo, como se ha dicho en doctrina, de “*auténticas atribuciones de justicia, coherentes y razonables*”, susceptibles por cierto, del consiguiente análisis sistemático.

¹ Texto revisado de la exposición magistral “*El Arbitraje en el Sistema Interamericano*” a cargo del profesor Dr. Didier Operti Badán, en el marco del Tercer Encuentro de Alto Nivel Sobre el Rol de la Judicatura en el Arbitraje Comercial Internacional (Montevideo, Uruguay, 24 de marzo, 2014).

Dr. Didier Operti Badán

Abogado, diplomático, político y experto en temas internacionales, catedrático de derecho internacional privado principalmente en la Academia de Derecho Internacional de La Haya (en un curso y en la Ouverture del Curso de Derecho Internacional Privado de 2012), el Comité Jurídico Interamericano, la Universidad Católica Dámaso Antonio Larrañaga (UCUDAL), la Universidad de la República (Uruguay), entre otros.

Su actividad diplomática incluye los cargos de Representante Permanente del Uruguay ante la Organización de los Estados Americanos (OEA), Presidente de la Asamblea General de las Naciones Unidas (UNGA), Secretario General de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), y Ministro de Relaciones Exteriores del Uruguay.

En adición a su actividad diplomática, el Dr. Operti ocupó el cargo de Ministro del Interior y ha representado a su país en múltiples misiones internacionales tales como la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD), la Comisión Binacional Argentino-Uruguaya del Puente Buenos Aires-Colonia, las Conferencias Especializadas Interamericanas de Derecho Internacional Privado (CIDIP), y las Conferencias de La Haya de Derecho Internacional Privado, entre muchas otras. Ha sido además Ex-Director de la Oficina de Codificación y Desarrollo Progresivo del Derecho Internacional de la Secretaría General de la OEA.

El Dr. Operti ha ejercido como abogado en el sector privado, y como consultor en temas de derecho civil y comercial, así como en diversas auditorías y estudios. Actualmente es profesor titular de derecho del comercio internacional y derecho de la integración en el Máster de la Universidad de Montevideo. Es egresado de la Universidad de Uruguay y cuenta con un doctorado en derecho y ciencias sociales.



Principales Instrumentos y Principios Jurídicos

49

La Pluralidad de los Tratados y de
Legislaciones en Relación con el
Arbitraje Comercial Internacional

Rubén Santos Belandro

63

La Convención de Nueva York.
Algunos aspectos relacionados
con el reconocimiento y ejecución
de laudos arbitrales. El orden público

Amal Bouchenaki, Mildred Ojea
e Irma Rivera

La Pluralidad de los Tratados y de Legislaciones en Relación con el Arbitraje Comercial Internacional

Rubén Santos Belandro



Panorama del arbitraje en América

El campo del arbitraje y especialmente el del arbitraje comercial internacional se encuentra poblado de numerosas normas, de diferente naturaleza y jerarquía normativa. Algunas de estas fuentes de regulación del arbitraje son de carácter convencional, y provienen tanto de centros codificadores mundiales como también regionales y subregionales. Al respecto podemos citar cuatro Convenciones, Convenios o Acuerdos internacionales que tienen una incidencia importante sobre la dilucidación de las controversias entre los comerciantes vinculados internacionalmente.

En primer lugar, debemos ubicar a la *Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras*, aprobada bajo los auspicios de la ONU el 10 de junio de 1958, y que es uno de los mejores ejemplos de Convención exitosa, ya que de

Profesor agregado de derecho internacional privado y de derecho extranjero y comparado, Facultad de Derecho de la Universidad de la República, Uruguay.

192 países existentes en el mundo, ha sido ratificada por 149. De esos 149, 29 son americanos: Antigua y Barbuda, Argentina, Bahamas, Barbados, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Dominica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos de América, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, San Vicente y Las Granadinas, Trinidad-Tobago, Uruguay y Venezuela. Uruguay ratificó esta Convención sin formular reservas.

En segundo término y ya en el ámbito regional, tenemos a la *Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional* aprobada en la C.I.D.I.P. I (Primera Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado) reunida en Panamá, el 30 de enero de 1975 bajo los auspicios de la O.E.A., la cual contabiliza 19 ratificaciones: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos de América, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela. Igualmente en este caso, Uruguay ratificó la Convención sin formular reservas. Cabe destacar por otro lado, que todos los Estados que han ratificado esta Convención Interamericana también han ratificado la Convención onusina.

En tercer término, y también a nivel regional, tenemos vigente la *Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros*, suscrita en Montevideo, el 8 de mayo de 1979, durante la C.I. D.I.P. II (Segunda Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado) y que ha sido ratificada por 10 países: Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, México, República Dominicana, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. También estos países ratificantes son Estados Partes de las dos Convenciones anteriores.

En cuarto lugar y ya en el ámbito subregional contamos con el *Acuerdo de Arbitraje Comercial Internacional* del MERCOSUR, elaborado dentro de dicho sistema de integración económica y que ha sido respaldado por sus cuatro países fundadores: Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay.

En quinto lugar y simplemente a título informativo, no puede soslayarse lo previsto en los tres grandes monumentos de codificación del derecho internacional privado regional como son: el *Tratado de Derecho Procesal Internacional*

de Montevideo de 1889, su homónimo de 1940 y el *Código Bustamante* de 1928, los cuales cuentan con normas relacionadas con el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales extranjeros.

Para obtener un panorama completo de los avances en nuestro continente respecto del tratamiento al arbitraje comercial internacional, no podemos dejar de mencionar la extraordinaria renovación legislativa llevada a cabo por los países americanos. Prácticamente todas las legislaciones internas de nuestros países han actualizado su regulación sobre el arbitraje, algunas de ellas únicamente referidas al arbitraje interno. Podemos citar al respecto a: Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.¹

Gran parte de estos países han adoptado la *Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI*, como por ejemplo: Brasil (artículo 32), Bolivia (artículo 81.1), Colombia (artículo 38), Costa Rica (artículo 67), Chile (artículo 34 y 35), Honduras (artículo 74) y Perú (artículo 75). La influencia de la Ley Modelo citada ha contribuido a uniformar las legislaciones internas de aquellos países que deseaban renovar su legislación en materia arbitral sin caer en regulaciones demasiado particularistas.

En realidad, no podemos comparar la denominada Ley Modelo ni con los convenios internacionales, ni con las legislaciones nacionales, por cuanto la denominación que se le dio es errónea: la Ley Modelo CNUDMI no es una ley, no es una norma jurídica, sino un *modelo de ley*, que sería la denominación correcta. Se trata de un ofrecimiento que realiza la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) a los países del mundo, para que *sus legislaciones* adopten una postura uniforme en

*Para obtener un
panorama completo de
los avances en nuestro
continente respecto
del tratamiento al
arbitraje comercial
internacional, no podemos
dejar de mencionar la
extraordinaria renovación
legislativa llevada a cabo
por los países americanos.*

*La Ley Modelo
CNUDMI no es una
ley, no es una norma
jurídica, sino un modelo
de ley, que sería la
denominación correcta.*

entre *aquellas legislaciones nacionales* que han adoptado el mencionado *modelo de ley* y los acuerdos internacionales.

Con o sin Ley Modelo influyendo en las legislaciones de los diferentes países del continente, lo cierto es que el cambio operado en estos últimos 25 o 30 años ha sido notable: de una postura hostil y de desconfianza hacia el arbitraje -sobre todo a fines del siglo XIX y la primera mitad del siglo XX- se ha manifestado una actitud proactiva hacia este medio de resolución de disputas de carácter privado sobre el plano internacional, intentando alentar el acceso a dicho medio alternativo, ofreciendo la judicatura estatal en apoyo del procedimiento arbitral en todas sus etapas: antes de iniciado el arbitraje, durante el proceso y luego de dictado el laudo.

A todo ello cabe sumar -o por lo menos tomar en cuenta- las regulaciones en materia arbitral realizada por las instituciones permanentes de arbitraje, tales como el Reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París (C.C.I.), o el Reglamento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (C.I.A.C.); sobre todo este último, en cuanto el artículo 3 de la *Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional* remite en el artículo 3 a las reglas de procedimiento de la C.I.A.C. “*a falta de acuerdo expreso entre las partes*”.

La superposición normativa

Como puede observarse de este breve *racconto* nos encontramos ante una profusa y preocupante regulación normativa en materia arbitral, sobre todo en materia convencional, a la cual si hay algo que pueda reprochársele es el de legislar

cuanto al arbitraje. Ya sea que el litigio se lleve a cabo en Hong-Kong, en Sao Paulo o en Montevideo, el litigante no se vea sacudido o sorprendido por regulaciones exóticas, sino que sean tan familiares como las existentes en el lugar donde habitualmente opera.

Por tanto, si cabe realizar una comparación no sería estrictamente entre la Ley Modelo y las Convenciones sino

por exceso, de volver a legislar sobre lo mismo, en lugar de cubrir ciertas lagunas que presenta el núcleo copernicano constituido por la Convención de Nueva York, en especial el tema de la real incidencia que sobre la circulación internacional del laudo arbitral pueda tener su anulación en el Estado sede del arbitraje cuando el tema se plantea dentro del juicio de *exequátur*.

Esta sobreabundancia o exuberancia normativa es un serio problema que puede llegar a generar un conflicto de convenciones. Por otro lado, cabe igualmente analizar la relación que pueda existir entre una ley sobre arbitraje y uno o varios convenios internacionales.

Algunas convenciones se han preocupado por incluir en sus textos una o varias cláusulas de compatibilidad, lo cual permite sortear la duda de qué Convención aplicar cuando se comprueba que existen varias aplicables a un mismo litigio.

Las cláusulas de compatibilidad

Afortunadamente, algunas convenciones se han preocupado por incluir en sus textos una o varias cláusulas de compatibilidad, lo cual permite sortear la duda de qué Convención aplicar cuando se comprueba que existen varias aplicables a un mismo litigio, o qué intervención puede tener una norma legal también con eventual incidencia sobre la controversia.

Muchas de estas cláusulas de compatibilidad manifiestan el deseo de evitar la derogación de Convenciones anteriores; otras —o quizás las mismas— revelan el deseo de quebrar el monismo internacional, dando una preferencia en la regulación del conflicto a una ley antes que a un texto convencional. La técnica referida a las cláusulas de compatibilidad se ha ido perfeccionando progresivamente, y hoy podemos clasificarlas en: (i) cláusulas de compatibilidad generales; (ii) cláusulas de compatibilidad referidas exclusivamente a los procesos de integración; (iii) cláusulas de compatibilidad específicas, donde se menciona respecto de qué tratados hay voluntad de compatibilización, etc.

Fuera de esta solución, solo cabría acudir a la *Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados* (artículo 30), donde se recoge el principio de la especialidad, el de la temporalidad y el de la eficacia máxima. Por razones de espacio nos ceñiremos exclusivamente al examen de las relaciones y conflictos que pueden plantearse entre las tres Convenciones: la de Nueva York, la de Panamá y la de Montevideo ya citadas, y con las últimas legislaciones que recogen las pautas de la denominada Ley Modelo de la CNUDMI.

La cláusula de compatibilidad de la Convención de Nueva York

Partiendo como siempre de la Convención neoyorquina, podemos apreciar que contiene un artículo –el VII– que nos aclara el problema de la aplicación simultánea de Convenciones y normas legales al mismo caso litigioso. Allí se dice que “*las disposiciones de la presente Convención no afectarán la validez de los acuerdos multilaterales o bilaterales relativos al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales concertados por los Estados Contratantes, ni privarán a ninguna de las partes interesadas de cualquier derecho que pudiera tender a hacer valer una sentencia arbitral en la forma y medidas admitidas por la legislación o los Tratados del país donde la sentencia se invoque*”.

Obsérvese que este artículo VII pretende mantener en vigencia tanto tratados como legislaciones más favorables al reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales extranjeros y en tal caso la Convención de Nueva York cede su lugar a textos más favorables. Por tanto, quedarían en pie los *Tratados de Derecho Procesal Internacional* de Montevideo –tanto el de 1889 como el de 1940– y el *Código Bustamante* de 1928, en cuanto fueren más favorables, y cualquier legislación nacional referida al tópico, de vigencia anterior al citado Convenio que estuviere dotada de un sentimiento similar.

Como el mencionado artículo VII no impone límites temporales, podemos afirmar que la Convención de Nueva York también cedería su lugar en la jerarquía normativa a favor de leyes nacionales posteriores al año 1958 más convenientes al reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales extranjeros y de Convenciones posteriores que al respecto puedan elaborarse, dotadas del mismo perfil.

Esta postura más favorable respecto del arbitraje se encuentra asimismo en una Recomendación dictada el 7 de julio de 2006 por la CNUDMI, la

que ante los avances en materia electrónica aboga por una interpretación progresiva del artículo II.2 respecto a lo que debe entenderse por escrito, cuestión que va unida al artículo VII.1 que recoge el principio de aplicación de la norma más favorable. La aludida Recomendación expresa lo siguiente:

“Teniendo también en cuenta que se han promulgado leyes nacionales más favorables que la Convención (de Nueva York) en lo que respecta al requisito de forma que rige los acuerdos arbitrales, los procedimientos de arbitraje y la ejecución de las sentencias arbitrales que han dado origen a una jurisprudencia. Considerando que al interpretar la Convención ha de tenerse en cuenta la necesidad de promover el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales, (...) Recomienda que el párrafo 1 del artículo VII de la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958, se aplique de forma que permita a toda parte interesada acogerse a los derechos que puedan corresponderle en virtud de las leyes o Tratados del país donde se invoque el acuerdo de arbitraje, para obtener el reconocimiento de la validez de ese acuerdo de arbitraje”.

La Convención de Panamá carece de una cláusula de compatibilidad, lo cual plantea un problema a los 19 países americanos que han ratificado igualmente a la Convención de Nueva York.

Por tanto, la Convención de Nueva York alienta un criterio de favor hacia la normativa más proclive al arbitraje, y favorece igualmente una interpretación progresiva de sus disposiciones para ponerlas conformes a los adelantos tecnológicos.

La Convención de Panamá y la ausencia de una cláusula de compatibilidad

Pasando revista a la Convención de Panamá, ésta carece de una cláusula de compatibilidad, lo cual plantea un problema a los 19 países americanos que han ratificado igualmente a la Convención de Nueva York. Sólo los Estados Unidos de América han intentado solucionar los problemas de colisión que puedan plantear ambos tratados.

La ratificación de dos Convenciones sobre el mismo tema no resultó del agrado de una parte de la doctrina y de los legisladores estadounidenses, pues la Convención Interamericana no se encontraba al abrigo de críticas sobre superposición. Solo cabe citar a vía de ilustración, que los artículos 5 y 6 de la Convención Interamericana son una reproducción literal de los artículos V y VI de la Convención de Nueva York.

Esto iba unido a la parcial identidad temática y a la ausencia de límites para su ámbito de aplicación, lo cual arriesgaba provocar justificadas dudas para los Estados Unidos, pues este país deseaba saber con precisión a qué texto correspondía acudir en cada caso concreto. Finalmente los Estados Unidos aprobaron la Convención Interamericana, pero lo hicieron formulando tres reservas, donde la primera formula una regla de solución de conflicto entre convenciones.

La cuestión fue zanjada de la siguiente manera:

1) *prima la voluntad de los particulares*: o sea que se les deja a ellos la libertad de solucionar el problema de los conflictos de convenciones, eligiendo la que les parezca más conveniente en relación con el negocio y el litigio planteados;

2) *en defecto de acuerdo expreso de las partes, prevalecerá la aplicación de la Convención Interamericana si la mayoría de los litigantes son ciudadanos de Estados que han ratificado o adherido a la misma, Estados, que además deben ser miembros de la OEA*; y

3) *si la mayoría de los litigantes no son ciudadanos de Estados ratificantes de la Convención Interamericana y no son miembros de la OEA, en todos los demás casos regirá la Convención de Nueva York*. La reserva hace mención a “todos los demás casos”, por lo cual se le ha dado a la Convención de Nueva York, un mayor radio de acción. No tenemos conocimiento de que otro Estado Parte haya estipulado una declaración semejante. Ante la carencia de una solución respecto de a qué texto convencional tomar en cuenta, los países latinoamericanos deberían acudir a la *Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados*.

La Convención de Montevideo y su cláusula de compatibilidad

Dentro del ámbito de la OEA tenemos dos Convenciones muy próximas entre sí en cuanto a su objeto, tales son: la *Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional* de 1975 y la *Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros* de 1979. Como se ve, han sido aprobadas con solo 4 años de diferencia.

Evidentemente, en el año 1979 se planteó la cuestión de resolver las posibles superposiciones y las diferentes regulaciones respecto de un mismo instituto, por lo que se sugirió -y al final se incluyó- una cláusula de compatibilidad específica, que reza así: “*las normas de la presente Convención se aplicarán en lo relativo a laudos arbitrales en todo lo no previsto en la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional suscrita en Panamá el 30 de enero de 1975.*”

¿Existen posibilidades que se planteen discordias entre ambos tratados? Está claro que sí. Esta regla de compatibilidad permite rechazar y por tanto inaplicar disposiciones de la Convención de 1979 cuando entren en colisión con las disposiciones de la Convención de 1975 que es anterior, la que es juzgada más específica en el tratamiento del tema. Si bien el referido artículo no consagra un criterio de favor sino que menciona la posibilidad de que en las dos Convenciones existan soluciones eventualmente distintas sobre los mismos problemas, algunos congresistas consideraron que iba de suyo que la especificidad de la *Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional* estaba consagrando una actitud más favorable al arbitraje.

En base a lo expresado y en el campo del arbitraje comercial internacional no sería de recibo la aplicación lo previsto en el artículo 2.g) de la Convención de 1979, que exige que las sentencias arbitrales o judiciales tengan “*el carácter de ejecutoriada o en su caso, fuerza de cosa juzgada en el Estado en el que fueron dictadas*” porque esto llevaría inevitablemente al doble *exequátur*; bastará entonces que el laudo arbitral tenga la calidad de “*binding*” u obligatorio entre las partes litigantes. Y tampoco se aplicarán las disposiciones del artículo 3.c) que establece la obligación del actor en el procedimiento de *exequátur* de suministrar una copia auténtica del auto jurisdiccional que acredite que el laudo haya pasado en autoridad de cosa juzgada.

El contenido de la Ley Modelo o Modelo de Ley

En cuanto al *modelo de ley* de la CNUMDI como denominamos nosotros a la Ley Modelo, ésta aconseja a los Estados receptores de su texto, a encabezar la ley nacional con un artículo que exprese que “*la presente ley se aplicará al arbitraje comercial internacional, sin perjuicio de cualquier Tratado multilateral o bilateral vigente en este Estado*”.

Mediante esta disposición se consagra entonces, el monismo internacional al considerar al Tratado, Convención, Convenio o Acuerdo internacional como de rango superior al de la ley; principio consagrado a nivel regional por el artículo 1 de la *Convención Interamericana sobre normas generales de derecho internacional privado* de 1979.

Con todo lo encomiable que esta consagración pueda ser, no deja de plantear en el caso específico de la Convención de Nueva York, un círculo vicioso, debido a que por un lado, la referida Convención cede su preferencia permitiendo la aplicación de la legislación o de los Tratados del país donde se invoque el laudo arbitral, en la medida que sean más favorables; y por el otro, prácticamente todas las legislaciones en materia arbitral reconocen explícitamente la primacía de la aplicación de los Tratados suscritos por el país o que suscriba en el futuro.

En esta hipótesis concreta, la forma de salir de este círculo vicioso habrá de consistir en acatar el criterio de favor establecido por la norma superior -o sea por la Convención de Nueva York- y omitir la remisión que realice la ley estatal a los Tratados, aplicando entonces, las disposiciones legales que se consideren más propicias al arbitraje.

El Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR

Este Acuerdo no contiene cláusulas de compatibilidad. En realidad ha utilizado otra estrategia. En los artículos 23 y 25.3 decide cubrir sus lagunas remitiéndose a otros textos convencionales. El artículo 23 establece que “*para la ejecución del laudo o sentencia arbitral extranjera se aplicarán, en lo pertinente*” la Convención Inb para resolver en parte, algunos de los inconvenientes que origina la superposición normativa.

¹ Argentina: reforma al CPC por Ley No. 22.434 de 1981; Bolivia: por Ley No. 1770 de 10 de marzo de 1997; Brasil por Ley No. 1770 de 10 de marzo de 1997; Brasil: por Ley No. 9307 de 23 de setiembre de 1996; Colombia: cuenta con varios Decretos desde el No. 2279 de 7 de octubre de 1989 y otros en los años 1991, 1998 y 1999; Costa Rica: por Ley No. 8828 de 9 de diciembre de 1997; Chile: por Ley No. 29 de setiembre de 2004; Ecuador: por Decreto No. 145 de 4 de setiembre de 1997; Guatemala: por Ley de 6 de noviembre de 1995; Honduras: por Decreto 161-3000; México: por modificación del Código de Comercio de 22 de julio de 1993; Panamá: por Decreto-Ley No. 5 de 8 de julio de 1999; Paraguay: por Ley No. 1879 de 11 de abril de 2002; Perú: por Decreto Legislativo No. 1071 vigente desde el 1 de setiembre de 2008; Uruguay: al aprobarse el Código General del Proceso con vigencia a partir de 1989 y Ley No. 19090 de 2013; y Venezuela: por Ley de 25 de marzo de 1998.

Rubén Santos Belandro

Profesor agregado de derecho internacional privado en régimen de dedicación total y de derecho extranjero y comparado en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, con sede en la ciudad de Montevideo, Uruguay.

Intervino como asesor de la Delegación de Uruguay en la IV Conferencia Especializada sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP IV) con sede en Montevideo en el año 1989, y CIDIP V con sede en la Ciudad de México en el año 1994. Es miembro de diversos organismos e instituciones dedicadas al estudio del derecho comparado, derecho internacional privado y al arbitraje comercial internacional.

El profesor Santos es autor de diecinueve libros y más de cien artículos sobre temas como arbitraje comercial internacional, el derecho de la minoridad y de la ancianidad, las uniones de hecho, contratos internacionales, derecho civil internacional y derecho comercial internacional. Ha dictado conferencias en prácticamente toda América Latina y ha realizado tareas de investigación en el Instituto Max-Planck de Hamburgo (Alemania) y en el Instituto Suizo de Derecho Comparado con sede en Lausana.

La Convención de Nueva York. Algunos aspectos relacionados con el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales. El orden público

Amal Bouchenaki
Mildred Ojea
Irma Rivera¹



Amal Bouchenaki: Abogada especialista en arbitraje internacional. Se desempeña en la oficina de Nueva York de la firma Herbert Smith Freehills.

Mildred Ojea: Socia, Ojea y Torretta LLP. Áreas de práctica: operaciones financieras internacionales, desarrollo y financiamiento de proyectos, private equity, reestructuraciones, fusiones y adquisiciones, joint ventures y asuntos corporativos en general.

Irma Rivera: Socia, Brigard & Urrutia Abogados (Bogotá, Colombia), en donde asesora a clientes nacionales y extranjeros en litigios complejos y trámites arbitrales.

I. Introducción

La *Convención de Nueva York* de 1958 (la Convención), es uno de los instrumentos del derecho internacional más ratificado. Sin este nivel de ratificación, nunca hubiera sido posible el desarrollo del arbitraje internacional desde finales de los años cincuenta hasta hoy en día. Su objetivo práctico es claro, pues consiste en crear un marco general que permita la incorporación de los pactos arbitrales y laudos extranjeros al sistema jurídico de los países que son parte del tratado.

El transcurso del tiempo ha permitido que el contenido de la Convención a través de las

distintas interpretaciones que las Cortes Nacionales han hecho de su alcance y contenido, sea cada vez más coherente con las necesidades del mundo de los negocios, como un mecanismo que permite que lo acordado por las partes frente a quien debe resolver las diferencias y las decisiones adoptadas por los tribunales arbitrales, sean cumplidas.

Muchas de las nuevas leyes de arbitraje internacional que han sido adoptadas por algunos de los países miembros buscan armonizar las disposiciones internas con el clausulado de la Convención, con el fin de facilitar el intercambio jurídico internacional, la estabilidad y eficacia de las decisiones adoptadas por los tribunales arbitrales.

La Ley Modelo de la Comisión de la Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), sobre arbitraje comercial internacional (la “Ley Modelo”), con todas sus modificaciones, constituye un sistema de normas que complementa y ayuda a generar previsibilidad de las decisiones que, con relación al reconocimiento de laudos extranjeros, se deban tomar en cada uno de los países en los que este modelo de ley se ha adoptado.

A la par del sistema CNUDMI, el arbitraje internacional se desarrolló en países como Francia, Inglaterra y los Estados Unidos, que aunque no adoptaron el sistema CNUDMI, han dado más fuerza y previsibilidad al proceso arbitral y el reconocimiento de laudos arbitrales internacionales a nivel doméstico a través de una implementación coherente y predecible de los principios enunciados en la Convención.

Otro de los tratados que pueda resultar aplicable en un proceso de reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales es la *Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional* adoptada el 30 de enero de 1975 (la Convención de Panamá). La Convención de Panamá está basada en la estructura de la Convención. La Convención de Panamá como la Convención, reconoce la validez de los acuerdos a someter controversias al arbitraje¹ y requiere que el pacto arbitral sea por escrito.² La carga de la prueba en la Convención de Panamá recae en la parte que se resiste el reconocimiento y ejecución del laudo extranjero, presumiendo la validez de ese laudo.³ Ambas convenciones establecen causales similares para denegar el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral.⁴

Este artículo tiene como objetivo proporcionar una visión general de la Convención como mecanismo para el reconocimiento de sentencias arbitrales extranjeras, teniendo en cuenta los parámetros que el mismo tratado establece.

Presentaremos -de manera sumaria- una reseña sobre las distintas causales para denegar el reconocimiento una sentencia arbitral y, de manera particular, un análisis sobre ciertas decisiones judiciales proferidas en Colombia, Chile, Estados Unidos de Norteamérica, Inglaterra y Francia, en las que se analiza el alcance del Artículo V(2)(b) de la Convención, relacionada con la posibilidad de denegar el reconocimiento y la ejecución de un laudo internacional por cuestiones de orden público. Las decisiones que toman las Cortes Nacionales en virtud de esta causal podrían permitir establecer que tan “predecibles” o “no predecibles” pueden ser las decisiones que afecten a las partes interesadas en obtener el reconocimiento de un laudo.

II. Aspectos generales sobre la Convención

La Convención es un tratado internacional que es parte del derecho público internacional, razón por la cual para su debida interpretación deben tenerse en cuenta los artículos 31⁵ y 32⁶ de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* de 1969. Consta de 16 artículos y sus versiones en chino, español, francés, inglés y ruso son consideradas auténticas y se encuentran depositadas en los archivos de las Naciones Unidas.⁷

Este tratado multilateral tiene una marcada tendencia de interpretación a favor del (i) reconocimiento y ejecución de los acuerdos arbitrales⁸ y; (ii) el reconocimiento y ejecución de los laudos extranjeros,⁹ siendo un instrumento internacional que abarca estos dos importantes temas. Adicionalmente, al ser un tratado corto, tiene la virtud de ser de fácil consulta.

El arbitraje como medio para resolver una controversia requiere de la existencia de un acuerdo de voluntades, como mecanismo para solucionar de manera definitiva el conflicto. Ese acuerdo de voluntades lo encontramos descrito en el Artículo II(2) de la Convención. Al ratificar la Convención, los Estados signatarios reconocen que cuando las partes han celebrado un pacto arbitral válido, las disputas que surjan entre ellas serán resueltas por los

Es importante recordar que el pacto arbitral o acuerdo arbitral debe entenderse como una brújula que debe guiar a las partes y a los árbitros en un trámite arbitral. El acuerdo arbitral establece los parámetros y constituye la guía que permite, entre otras, dictar un laudo que pueda posteriormente ser reconocido, ejecutado y no anulado.

árbitros y no por las cortes, quienes serían los jueces naturales, siempre en los términos y con las limitaciones que se hayan incluido en el pacto.

Es importante recordar que el pacto arbitral o acuerdo arbitral debe entenderse como una brújula que debe guiar a las partes y a los árbitros en un trámite arbitral. El acuerdo arbitral establece los parámetros y constituye la guía que permite, entre otras, dictar un laudo que pueda posteriormente ser reconocido, ejecutado y no anulado.

Cuando los árbitros toman decisiones que tienen la naturaleza de un laudo, como por ejemplo el laudo final o laudos relacionados con la jurisdicción, proferidos durante el trámite arbitral, se hace imperativo que las mismas sean cumplidas. La Convención permite el reconocimiento y ejecución¹⁰

de esas decisiones por fuera de los límites territoriales que los jueces nacionales tienen e incorporan dentro de los sistemas jurídicos, dándole a la sentencia arbitral los mismos efectos que tendría una sentencia nacional, efectos tan importantes como el de cosa juzgada. Es decir, la Convención abre la posibilidad de que el juez nacional, una vez reconocido el laudo, pueda hacerlo efectivo a través del mecanismo interno que cada Estado tenga para el efecto y el cual, obviamente, debe estar permeado por los lineamientos que imparte la misma Convención.

En los artículos de la Convención se establecen reglas generales y los medios de interpretación adicionales que pueden ser utilizados por el intérprete. Es importante tener en cuenta que las normas internas de los países cuando se busca el reconocimiento de un laudo, no son las que deben ser aplicables en materia de interpretación, pues al aplicarse esas normas internas se podría

alterar el sentido de la Convención a través de las decisiones judiciales.

Es obligatorio para los Estados aplicar en debida forma la Convención, de lo contrario se compromete la responsabilidad internacional e incluso podría constituir una violación de otros tratados. En este punto es importante recordar que bajo la Convención, los Estados que son parte se han comprometido a reconocer los acuerdos arbitrales y los laudos, en los términos y cumpliendo los fines del tratado. La responsabilidad de hacer operativa la Convención y que su objetivo se cumpla, recae en el Estado a través de su rama judicial y son las Cortes Nacionales quienes tienen el importante deber de hacer respetar lo acordado. Es decir, son los jueces quienes, finalmente, tienen la posibilidad de desarrollar a través de sus decisiones, el alcance y la efectividad de la Convención, desde el punto de vista práctico.

Son los jueces quienes, finalmente, tienen la posibilidad de desarrollar a través de sus decisiones, el alcance y la efectividad de la Convención, desde el punto de vista práctico.

Un aspecto fundamental para los Jueces Nacionales es el de reconocer la validez del acuerdo arbitral y remitir a las partes, siempre que así lo encuentren fundamentado, al procedimiento arbitral.¹¹ Lo anterior ocurriría cuando una parte, en desconocimiento del acuerdo arbitral, pretendiera promover una decisión judicial de un asunto que ha sido sometido a un tribunal arbitral.

Con relación al acuerdo arbitral, cuando sea necesario que los jueces nacionales se pronuncien, es importante tener en cuenta, entre otros, los siguientes aspectos: si el acuerdo cumple con los parámetros establecidos en la Convención,¹² si es válido, si la disputa está cubierta por el pacto, si el acuerdo es vinculante para las partes y si la parte que acude a la jurisdicción ordinaria está desconociendo lo acordado válida y previamente.

Estos y otros aspectos le permitirán a las Cortes Nacionales remitir o no a las partes a la vía arbitral, siendo un objetivo importante el que se respete la filosofía de la Convención y se reconozca¹³ el acuerdo escrito, por el cual las partes se han obligado a someter sus diferencias a arbitraje. Cada caso será

analizado de manera independiente y bajo los parámetros establecidos en el Artículo II ya mencionado, con las limitaciones que respeten la tendencia pro arbitraje de la Convención.

Los Jueces Nacionales en representación de los Estados signatarios de la Convención de Nueva York tienen la obligación, bajo el Artículo III, de reconocer y ejecutar los laudos arbitrales, salvo que se determine una o más de las causales de denegación establecidas en el Artículo V deba proceder. Debe tenerse en cuenta que la misma Convención, establece como obligación para los Estados contratantes que los requisitos para el reconocimiento de laudos extranjeros no pueden ser más gravosos que los que se establecen para las sentencias arbitrales nacionales. Esta disposición implica, además, que las Cortes Nacionales no deben generar, crear o aplicar requisitos más exigentes que los establecidos por la Convención.

La aplicación de la Convención debe darle efectividad a los acuerdos arbitrales y a la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras. Cuando se busca la ejecución de la sentencia arbitral extranjera, la Convención establece, en el Artículo IV, los requisitos formales que constituyen evidencia de la decisión que se pretende ejecutar. Aspectos prácticos que deben ser tenidos en cuenta al momento de iniciar el reconocimiento y ejecución con relación a los documentos, son por ejemplo, la existencia de documentos originales, o copias auténticas, las traducciones en caso de ser necesarias, el contenido y alcance de la solicitud de reconocimiento.¹⁴ El cumplimiento de estos requisitos son cargas de quien se presenta ante la autoridad judicial a pedir que la decisión sea jurídicamente incorporada en el país en donde ha presentado la solicitud.

Una vez que el solicitante haya cumplido con los requisitos antes mencionados, se iniciará el trámite de reconocimiento de la sentencia arbitral por el juez competente. Es importante anotar que esta etapa se caracteriza por (i) la no revisión del fondo de la decisión, (ii) la taxatividad de las causales de denegación, (iii) la carga de la prueba en cabeza del demandado de las causales contempladas en el Artículo V(1), (iv) la existencia de causales que pueden ser decretadas de oficio por las Cortes Nacionales previstas en el Artículo V(2) y; (v) la facultad de las Cortes Nacionales para otorgar el reconocimiento y ejecución de una sentencia arbitral, aun existiendo una causal que permita la denegación del mismo.

III. Las causales de denegación previstas en el Artículo V de la Convención

Como se ha sugerido previamente, la Convención está diseñada en pro del reconocimiento de los acuerdos de arbitraje y sentencias arbitrales, importantes para los intereses del mundo de los negocios quien, tradicionalmente, se ha visto inclinado a preferir una resolución de conflictos flexible, privada y eficiente, en términos de costos y de tiempo.

Teniendo en cuenta lo anterior, es claro que la Convención debe velar, principalmente, porque los laudos extranjeros no sufran discriminaciones al momento de su reconocimiento. Por tanto, los Estados Parte de dicho tratado están bajo la obligación de asegurar que los laudos extranjeros o sentencias arbitrales sean reconocidos y ejecutados en una determinada jurisdicción, de la misma forma en que los laudos domésticos o sentencias arbitrales nacionales de aquella jurisdicción serían reconocidos y ejecutados.

Para garantizar el cumplimiento estricto de esta obligación la Convención prevé, en su Artículo V, unas causales específicas por las cuales los Jueces Nacionales pueden negar el reconocimiento de un laudo extranjero o de una sentencia arbitral. En este punto, es preciso recordar que, con anterioridad a la vigencia de la Convención, bajo la vigencia de la Convención de Ginebra de 1927, el reconocimiento de un laudo podía ser rechazado o negado si el juez competente determinaba que el laudo iba en contra de las leyes del país en el que el reconocimiento se solicitaba. Así, bajo la Convención de Ginebra, los jueces a quienes se sometía el reconocimiento de laudos extranjeros podían revisar y analizar los méritos en los que se fundamentaba la decisión y en consecuencia, los mismos podían ser objeto de discusión e incluso ser reconsiderados.

Bajo el esquema de la Convención, también tiene un rol fundamental la carga de la prueba. Como regla general, quien pretende el reconocimiento de un laudo extranjero sólo tiene que probar la existencia del mismo y el pacto arbitral que soporta la decisión. En consecuencia, a quien le corresponde demostrar que el reconocimiento debe ser denegado es a la parte demandada, en contra de quien se pretende reconocer el laudo o la sentencia arbitral. Como excepción, las Cortes Nacionales competentes para decidir sobre el

reconocimiento de un laudo o sentencia arbitral, pueden negar su reconocimiento cuando encuentren probada una causal que se pueda declarar de oficio. En efecto, el Artículo V(2) de la Convención establece dos causales que se pueden declarar de oficio, con lo cual, se puede afirmar que los jueces competentes para decidir sobre el reconocimiento de un laudo extranjero o sentencia arbitral, tienen discrecionalidad para conceder el reconocimiento, pues no están atados a lo que puedan demostrar las partes, teniendo la posibilidad de conceder el reconocimiento, aun existiendo la causal.

En ese orden de ideas, tal y como ya fue mencionado, bajo la Convención existen dos clases de causales que justifican el rechazo del reconocimiento de un laudo extranjero o sentencia arbitral. Por un lado, están las causales que además de ser alegadas por las partes, deben ser probadas necesariamente por la parte demandada y por otro lado, están las causales que pueden ser declaradas de oficio por las Cortes Nacionales que conozcan de la petición de reconocimiento.

A. Causales que deben ser probadas por la parte demandada

Las causales que tienen que ser probadas por la parte demandada para evitar el reconocimiento están previstas en el Artículo V(1) de la Convención. A continuación presentaremos algunos aspectos fundamentales de cada una de estas causales.

- a. *Causal primera*: que las partes en el acuerdo a que se refiere el Artículo II estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que es aplicable (Artículo V(1)(a))

Respecto de esta causal, es importante tener en cuenta que la Convención no indica cómo debe determinarse “*la ley que es aplicable*”. Está se debe entender como aquella ley que aplica a las partes según las reglas de derecho internacional privado aplicables en el Estado en dónde se solicita el reconocimiento del laudo.

La incapacidad se ha entendido como falta de capacidades físicas, mentales o legales, aplicables no solo a personas físicas sino a naturales.

b. *Causal segunda*: que el pacto arbitral no es válido (Artículo V(1)(a))

Para determinar si un pacto arbitral es o no válido, la Convención establece expresamente que el juez deberá tener en cuenta, en primer lugar, la ley a que las partes lo han sometido. Sin embargo, en caso de que las partes no hayan dicho nada al respecto, la Convención establece que la validez del pacto arbitral se definirá conforme a las leyes del país en el que se dictó el laudo.

Evidentemente, este orden de prioridades tiene sentido pues se debe dar prevalencia al principio de la autonomía de la voluntad de las partes. Sólo subsidiariamente se debe tener en cuenta la ley aplicable en la sede del tribunal arbitral y únicamente si las partes guardaron silencio respecto de la ley aplicable al pacto.

Esta causal de denegación de reconocimiento y ejecución, en la práctica, es una de las más utilizadas por quienes buscan oponerse al reconocimiento del laudo o sentencia arbitral, alegando por ejemplo, que el acuerdo arbitral no se encontraba por escrito.

c. *Causal tercera*: que la parte contra la cual se invoca el laudo no ha sido notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje, o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa (Artículo V(1)(b))

Esta causal tiene como objetivo primordial la protección del derecho fundamental al debido proceso. Este numeral no especifica cuál es la ley que debe tenerse en cuenta para definir si la parte no se notificó en debida forma o no pudo hacer valer su derecho de defensa. Sin embargo, interpretaciones en relación con esta cláusula sugieren que la ley aplicable es la ley de la sede del arbitraje.¹⁵

En relación con el último aparte de esta causal, que establece que el laudo no obtendrá reconocimiento alguno si la parte contra la cual se invoca el mismo por cualquier razón no ha podido hacer valer sus medios de defensa, hace referencia a aquellas circunstancias en las que la parte afectada no pudo, motivos que para algunos solo son de fuerza mayor, hacerse parte del proceso arbitral. Una muy amplia interpretación promovería la negligencia

en la medida que admitiría la inasistencia de las partes al proceso arbitral, por cualquier razón potestativa, para después alegar su incomparecencia como causal justificativa y suficiente para oponerse al reconocimiento del laudo.

- d. *Causal cuarta*: que el laudo arbitral se refiere a una diferencia no prevista en el compromiso o no comprendida en las disposiciones del pacto arbitral o contiene decisiones que exceden los términos del mismo (Artículo V(1)(c))

El objetivo de esta causal es dar cabal cumplimiento al pacto de las partes. Las facultades de un tribunal arbitral no pueden exceder lo que se ha definido como su ámbito de decisión. En este punto, es preciso señalar que es el pacto arbitral es el que delimita inicialmente la competencia del Tribunal y posteriormente, los términos de referencia o el acta de misión desarrollan los puntos que serán materia de decisión, los cuales son conocidos por las partes.

Así las cosas, todas las decisiones que excedan el alcance del pacto arbitral no pueden ser reconocidas. De hecho, la Convención estima que un laudo extranjero puede ser reconocido parcialmente pues el literal (c) del Artículo V(1) establece que:

“si las disposiciones de la sentencia arbitral que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las cuestiones que no han sido sometidas al arbitraje, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras”.

Es importante anotar que cada Corte Nacional tiene la posibilidad de reconocer parcialmente un laudo, si es posible desconocer el exceso y preservar el resto del contenido de la sentencia arbitral, permitiendo que el conflicto se resuelva frente a lo que es posible reconocer.

- e. *Causal quinta*: que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado a la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje (Artículo V(1)(d)).

De conformidad con el literal d del Artículo V(1), ningún laudo extranjero podrá ser reconocido si el tribunal arbitral no se constituyó o no se llevó a

cabo de acuerdo con las normas que pactaron las partes para tal propósito, o en su defecto, de acuerdo con las leyes de la sede del tribunal arbitral.

Debe anotarse que los árbitros al momento de aceptar su designación tienen el deber de confirmar si tienen las cualidades que las partes han establecido en el pacto arbitral, por ejemplo las de hablar más de un idioma, o tener credenciales académicas específicas, para así evitar cuestionamientos posteriores, que al final puedan ser usados por la parte vencida para evitar que el laudo sea reconocido.

El alcance de esta causal puede ser discutible toda vez que no queda claro qué tanta libertad tienen las partes de pactar el procedimiento. Claramente, si las partes deciden adoptar ciertas reglas de procedimiento, deben acordar unos mínimos estándares que protejan y hagan efectivos los derechos al debido proceso y de defensa. De lo contrario, es probable que un tribunal arbitral prefiera aplicar las leyes de la sede del tribunal arbitral para garantizar los derechos fundamentales de las partes.

f. *Causal sexta*: que la sentencia no es aún obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictado el laudo (Artículo V(1)(e))

Esta causal busca prevenir el reconocimiento y ejecución de laudos que no son obligatorios por diferentes motivos. Algunos de estos motivos podrían ser, por ejemplo, los siguientes: (i) que el laudo aún no se haya ejecutoriado; (ii) que operó la prescripción para solicitar su reconocimiento o; (iii) que la parte contra quien pretende hacerse valer el laudo, no fue parte en el proceso arbitral. Vale la pena anotar, que el rechazo del reconocimiento del laudo por alguna de estas razones no necesariamente es definitivo. En efecto, si con el paso del tiempo el laudo pueden tornarse obligatorio para las partes, el juez competente podrá diferir su decisión hasta tanto ese supuesto de hecho ocurra. Es decir, en este caso en particular, puede aplicar la figura de la “*prejudicialidad*”.¹⁶ Sin embargo, la aplicación de esta figura no es de ninguna manera una obligación del juez competente. Es decir, la aplicación de la “*prejudicialidad*” está sujeta a la entera discrecionalidad del juez.

B. Causales que pueden ser declaradas de oficio

En el acápite anterior se hizo un breve recuento de las causales que deben, necesariamente, ser probadas por la parte demandada.

En las siguientes líneas corresponde hacer alusión a aquellas causales que además de ser alegadas por las partes pueden ser declaradas de oficio por el juez que debe decidir si reconoce o no el laudo extranjero. Tales causales están previstas en el Artículo (V)(2) de la Convención y son sólo dos: (i) que según la ley de ese país, el objeto de la diferencia no sea susceptible de solución por la vía arbitral y; (ii) que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia arbitral sea contrario al orden público de ese país.

Estas causales buscan proteger la soberanía del Estado en donde se quiere obtener el reconocimiento, se utilizan con frecuencia y en ocasiones se usan para generar simpatía de las Cortes Nacionales en la presentación que se hace para oponerse al reconocimiento. de la denegación del reconocimiento.

Según la primera de estas causales, que se refiere a la arbitrabilidad, siempre le corresponderá a la Corte Nacional competente definir si el objeto del litigio podía ser resuelto por la vía arbitral de conformidad con la ley del país en el cual se solicita el reconocimiento del laudo extranjero. En la mayoría de los países no son arbitrales asuntos relacionados con temas de menores, quiebras, testamentos y por supuesto los vinculados con la comisión de delitos.¹⁷

La segunda causal es la que permite la denegación del reconocimiento y ejecución de la sentencia arbitral en los casos en que esta sea contraria al orden público del país adonde se ha solicitado el reconocimiento.¹⁸ De la misma forma, corresponde al juez del país en el cual se solicita el reconocimiento de la decisión arbitral, definir si es o no contraria al orden público. Esta causal es de las más invocadas por las partes, sin embargo los jueces nacionales en general la aplican con extrema cautela y raramente deniegan el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales con base en ella.

La Convención no incluye una definición de lo que se entiende por orden público, así, corresponde a los jueces del Estado Parte definir el alcance de la expresión “orden público”.

El orden público es un concepto caracterizado por su vaguedad, y que puede ser definido peligrosamente según el elemento que se pretenda usar. No existe en la doctrina internacional consenso con respecto a la definición de orden público. Es una noción que puede cambiar con el transcurso del tiempo y según la jurisdicción respectiva.

En la práctica, dependiendo de la aplicación del concepto en el contexto del reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales, las jurisdicciones respectivas serán percibidas como predecibles y por lo tanto receptoras del arbitraje o por el contrario, como jurisdicciones no predecibles en lo que respecta al reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales.

Una fuente alternativa para definir el estándar del orden público es el trabajo realizado por la Asociación Internacional de Derecho (International Law Association) (ILA), que resultó en la recomendación emitida en el 2002 sobre la aplicación del orden público como supuesto para rechazar el reconocimiento o ejecución de laudos arbitrales internacionales.¹⁹ El reporte de la ILA, que fue muy bien recibido por la comunidad de arbitraje internacional, contiene una serie de recomendaciones específicas sobre la aplicación del orden público como base para rechazar la ejecución de los laudos arbitrales internacionales.

Así, la flexibilidad que existe en relación con el orden público hace que no exista certeza con respecto a que significa este concepto a nivel internacional, existiendo el riesgo de que los jueces estatales, al momento de aplicarlo, adopten una concepción amplia del término orden público potencialmente restringiendo la ejecución de laudos arbitrales dictados en el extranjero de una manera que no es consistente con los objetivos de la Convención.

En las jurisdicciones en que ello ocurre, se corre el riesgo de que una serie ilimitada de situaciones sean consideradas como de orden público y en consecuencia, se impida la ejecución de laudos arbitrales. En esas jurisdicciones se utiliza el orden público como excusa para realizar una revisión del fondo del asunto a pesar de la prohibición existente al respecto. Existen también situaciones en las cuales el juez estatal utiliza el orden público para administrar justicia cuando al Juez le parece que de otra manera, se llevaría a un resultado injusto en el caso concreto.

Idealmente, los jueces al considerar el laudo arbitral, deberían solo comprobar si el mismo viola alguno de los principios fundamentales del orden público del país en donde se quiere ejecutar el laudo.

Para limitar la inclinación a revisar el fondo de laudos arbitrales internacionales, se desarrolló en unas jurisdicciones favorables al arbitraje internacional una distinción entre orden público interno y orden público internacional. En estas jurisdicciones, solo se puede negar el reconocimiento de un laudo arbitral internacional si su ejecución resulta en una violación del orden público internacional de dicha jurisdicción.

En general, el orden público interno puede definirse como el conjunto de las normas obligatorias y principios

fundamentales que surgen de una convicción común de la sociedad que las partes no pueden cambiar ni derogar contractualmente.

Así, el juez nacional al considerar el reconocimiento y ejecución del laudo puede denegar dicho reconocimiento y anularlo por violar las nociones básicas de moralidad y justicia de dicha jurisdicción. El orden público internacional es más restringido que el orden público interno ya que las relaciones privadas transnacionales requieren mayor libertad especialmente cuando las partes han decidido someterse a la justicia privada mediante el arbitraje internacional. Es por ello que en general se lo define como el conjunto de principios generales, los más importantes, que se surgen de los regímenes jurídicos nacionales.

La jurisprudencia internacional no se ha pronunciado en forma uniforme respecto al carácter aplicable al orden público. Idealmente, los jueces al considerar el laudo arbitral deberían solo comprobar si el mismo viola, alguno de los principios fundamentales del orden público del país en donde se quiere ejecutar el laudo.

A continuación nos referiremos a algunas decisiones judiciales sobre el orden público en ciertas jurisdicciones en particular: Colombia, Chile, Inglaterra, Estados Unidos y Francia.

Frente a lo que establecen algunas Jurisdicciones Nacionales

Colombia

Colombia cuenta con un Estatuto Internacional de Arbitraje promulgado en el año 2012, el cual se encuentra consagrado en la Ley 1.563 de 2012, a partir del artículo 62. Este Estatuto está acorde con lo dispuesto por la (i) Ley Modelo y por la (ii) Convención.

Colombia siempre ha velado por el cumplimiento de todas y cada una de las convenciones y tratados que ha ratificado, los cuáles están protegidos a nivel constitucional y son de obligatorio cumplimiento.

Dada la novedad del Estatuto de Arbitraje Internacional de Colombia no existen mayores pronunciamientos por parte de sus autoridades jurisdiccionales en materia de rechazo de reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales alegando una vulneración del “orden público”, según lo dispuesto por el Artículo V(2)(b) de la Convención.

En relación con el alcance de la expresión “orden público”, encontramos los siguientes antecedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia colombiana, en virtud de los cuales esta Corporación ha delimitado el concepto y la forma como el mismo podría afectar el reconocimiento de un fallo extranjero.

Jurisprudencia

Mediante sentencia de fecha 27 de julio de 2011, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, decidió sobre una solicitud de exequátur y reconocimiento presentada por *Petrotesting Colombia S.A.* y *Southeast Investment Corporation* (Antes Rosneft America Inc.).

Debe recordarse que para la fecha de la decisión que a continuación nos referimos, no había entrado en vigencia el Estatuto de Arbitraje Internacional en Colombia y la posición de la Corte, existente a la fecha de la decisión, podía implicar el trámite de un procedimiento de exequátur. La Corte Suprema al momento de hacer el análisis de la aplicación de la Convención, manifestó:

“cabe señalar que de conformidad con la Convención de Nueva York de 1958, **los únicos motivos que pueden conducir a la negativa de homologación de la “sentencia arbitral”, son aquellos relacionados en su artículo V (fls.13-14 de este fallo), dentro de los cuales no se haya el supuesto alegados”**

Cuando la Corte Suprema de Justicia resolvió la solicitud de oposición al reconocimiento presentada, manifestó que el concepto de “orden público” únicamente se limita a los principios fundamentales de las instituciones. Al respecto mencionó que:

“Los anteriores elementos sirven hoy a la Sala para establecer que **el concepto de “orden público” (...) se limita a los principios básicos o fundamentales de las instituciones, a lo cual servirían de ilustración: la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos, la buena fe, la imparcialidad del tribunal arbitral y el respeto al debido proceso. Por lo tanto, en principio, el desconocimiento de una norma imperativa propia del “foro” del juez del exequátur, per se, no conlleva un ataque al mencionado instituto, lo será, si ello trae como consecuencia el resquebrajamiento de garantías de linaje superior, como las antes enunciadas”**

En la sentencia la Corte reiteró un pronunciamiento del año 2004 y, en relación con el uso que se le debe dar a la noción de “orden público” y a los eventos en los cuales un juez puede negarse a aplicar un fallo extranjero y reiteró que:

“[U]a noción de orden público, por lo tanto, sólo debe usarse para evitar que una sentencia o ley extranjera tenga que ser acogida cuando **contradice principios fundamentales**. Por esto la doctrina ha enseñado que ‘no existe inconveniente para un país aplicar leyes extranjeras que, aunque difieran de sus propias leyes, no chocan con los principios básicos de sus instituciones. Sin embargo, cuando una ley extranjera o la sentencia que la aplica, se basan en **principios no solo diferentes, sino contrarios a las instituciones fundamentales del país en que aquellas pretenden aplicarse, los jueces del Estado pueden, excepcionalmente, negarse a aplicar la ley o el fallo extranjero que se aparta de esa comunidad de principios**”²⁰

En conclusión, en el ordenamiento jurídico colombiano no existe formalmente una definición de orden público internacional, la Corte Suprema de Justicia, por vía jurisprudencial, ha definido este concepto en diversas decisiones.

Desde hace varios años la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha sido constante y reiterada en cuanto al concepto de “orden público”, lo anterior se puede evidenciar en decisiones de solicitudes de (i) exequátur, (ii) homologación y (iii) reconocimiento de sentencias arbitrales, donde ha sido coherente en la interpretación del el concepto de “orden público”.

Pero lo que resulta ser incierto, es el tratamiento que la Corte Nacional otorgará cuando resuelve solicitudes de reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales y se presenten oposiciones o se presente la posibilidad de declarar de oficio la causal consagrada en el Artículo V(2)(b) de la Convención, esto es, que la sentencia arbitral es contraria al “orden público”.

Chile

El 29 de septiembre de 2004 se aprobó en Chile la Ley 19.971 sobre arbitraje comercial internacional que expresamente determina el modo de reconocer y ejecutar laudos arbitrales. Esta ley que implicó un gran avance en materia arbitral en Chile, se inspira en la Ley Modelo.

La ley 19.971 no define el “orden público de Chile”²¹ existiendo potencialmente el peligro de que este concepto sea utilizado en forma arbitraria por los jueces nacionales para incluir dentro del orden público cuestiones en conflicto con un laudo internacional sujeto a la Convención.

Jurisprudencia

En Chile son limitados los laudos arbitrales internacionales de los cuales se solicita el reconocimiento y ejecución y, por lo tanto, las decisiones al respecto son escasas. Existe una decisión que es particularmente relevante por el criterio de la Corte Suprema respecto de la aplicación de la causal de orden público.

La decisión de la Corte Suprema en el caso *Gold Nutrition Industria e Comercio con Laboratorio Garden House S.A.* es ilustrativa del criterio en lo que respecta al orden público.²² Es este caso, Gold Nutrition Industria e Comercio (Gold Nutrition) solicitó en Chile el reconocimiento de un laudo dictado en Brasil para su posterior ejecución. En ese laudo la empresa chilena Laboratorios Garden House S.A. (Garden House) fue condenada al pago de los daños causados a Gold Nutrition por incumplimiento del contrato para la elaboración de ciertos productos. Garden House se opuso al reconocimiento del laudo extranjero por varias razones, entre ellas, que la sentencia era contraria al orden público chileno. En primer lugar, la demandada alegó que la resolución del tribunal arbitral que determinó que la cláusula de arbitraje del contrato entre las partes era válida y que el arbitraje debía continuar, era violatoria de las normas procesales que estaban vigentes al momento en que se dictó la resolución, sí como de la Ley 19.971 vigente al momento de la demanda de reconocimiento y ejecución. Según estas normas, sólo los litigantes, y en caso de desacuerdo los tribunales, tenían el derecho de sustraer una contienda a los tribunales ordinarios. Como consecuencia, la cláusula arbitral era nula y el tribunal arbitral no tenía jurisdicción y por lo tanto el laudo carecía de validez. Asimismo, la demandada alegó que con relación al pago de intereses dispuesto en el laudo, se violaban las leyes chilenas relativas a las operaciones de créditos, en particular la Ley 18.010. Gold Nutrition alegó que el laudo incurría en anatocismo al imponer pago de intereses sobre intereses, y que la tasa de interés impuesta excedía la tasa de interés máxima permitida para este tipo de operaciones. La Corte rechazó estas objeciones. Para la Corte, el argumento de que el nombramiento de los árbitros emanó de un ente privado no tiene fundamento ya que el mismo provino de un tribunal judicial (el de San Pablo, con respecto a los árbitros de parte), y el presidente fue nombrado por los árbitros, en concordancia con lo establecido por la Ley 19.971. La Corte opinó también que los argumentos con respecto a la nulidad de la cláusula arbitral ya habían sido desestimados por el Juzgado de San Pablo.²³ Asimismo, la Corte rechazó la aplicación de la ley relativa a operaciones de crédito que proponía Gold Nutrition porque estos argumentos “...constituyen una alegación de fondo, que escapan del control del *exequátur*, por lo que no corresponde a este Tribunal pronunciarse sobre la materia sino a aquél que conozca de la ejecución del fallo.”²⁴

Inglaterra

La Convención de Nueva York fue adoptada en Inglaterra a través de la Ley 1996 (*1996 Act*). Esta ley no define el orden público. Una expresión que es frecuentemente citada tanto en Inglaterra como en estudios sobre el orden público, para definirlo es la emitida por Burroughs: “*el orden público es un potro indomable y una vez [que] se logra montarlo, no se sabe a dónde lo llevará. Podría conducirlo lejos de la ley sensata*”.²⁵ Esta expresión es ilustrativa de la dificultad que implica el análisis de este concepto para los jueces. Sin perjuicio de ello, las Cortes inglesas no han utilizado el concepto de orden público en forma abusiva, sino por el contrario, han adoptado una posición extremadamente restrictiva del concepto.

En esta misma línea, las Cortes inglesas han interpretado que el orden público a que se refiere el Artículo V(2)(b) de la Convención es el orden público inglés, es decir, el del país adonde se solicita el reconocimiento y ejecución del laudo.²⁶

Jurisprudencia

Los casos en los que en forma más frecuente las Cortes inglesas han considerado la causal de orden público en procesos de reconocimiento y ejecución de sentencias, han sido en situaciones en que el contrato sujeto a arbitraje internacional se encuentra viciado de ilegalidad.

En caso de *Soleimany contra Soleimany*,²⁷ padre e hijo estaban involucrados en el contrabando de alfombras desde Irán, el hijo las exportaba desde Irán en violación de la ley iraní y el padre las vendía en Inglaterra o en otros sitios fuera de Irán. Con el tiempo surgieron entre padre e hijo diferencias con respecto a las utilidades y decidieron someter la controversia al arbitraje de Beth Din, la Corte del Rabino Jefe en Londres. La Corte de Apelaciones negó el reconocimiento y ejecución del laudo por considerarlo violatorio del orden público toda vez que se basó en un contrato inglés que era ilegal cuando se celebró. Aun cuando el pacto arbitral no se consideró nulo, para la Corte era “*inconcebible que una corte inglesa fuera a ejecutar un laudo emitido con relación a un acuerdo de joint-venture entre ladrones de banco... Cuando el orden público está involucrado, la interposición de un laudo arbitral no aísla el reclamo de la parte vencedora de la ilegalidad que lo originó*”.²⁸

Posteriormente, en el año 2000, la Corte de Apelaciones en la decisión en *Westacre Investments Inc. contra Jugoimport-SDPR Holding Co. Ltd.*, confirmó la posición de la Corte en *Soleimany*.²⁹ En este caso Westacre para evitar la ejecución del laudo, alegó que el contrato que contenía el pacto arbitral había sido obtenido mediante la compra de influencias de funcionarios extranjeros. Sin perjuicio de ello, la corte en Westacre limitó el principio de Soleimany en los casos en que se consideren laudos arbitrales extranjeros. Así, para la Corte en los casos en que los contratos no se ejecuten en Inglaterra es necesario balancear por un lado las consideraciones de orden público que buscan que no se promueva la ilegalidad, y los principios de reciprocidad de no ejecutar laudos basados en contratos hechos en violación de las leyes de otro país. Por otro lado, se debe balancear el principio de reconocer la finalidad de los laudos arbitrales extranjeros.

El tercer caso relevante es el de *Omnium de Traitement et de Valorisation SA contra Hilmarton Ltd.* en el que se solicitó el reconocimiento y ejecución de un laudo emitido en Suiza.³⁰ El contrato objeto del arbitraje estaba sujeto a las leyes suizas y establecía que su ejecución debía realizarse en Argelia.

El contrato era ilegal bajo las leyes de Argelia toda vez que esta ley no autoriza el uso de intermediarios en relación con contratos de derecho público. La Corte inglesa accedió a reconocer y ejecutar el laudo con base en los siguientes argumentos: (i) que no estaba decidiendo sobre el contrato sujeto a arbitraje pero solo sobre si el laudo debía ser ejecutado en Inglaterra y (ii) que aun cuando bajo el derecho inglés el contrato no hubiera podido ser ejecutado ni tampoco podrían haberse reclamado daños por el incumplimiento del derecho argelino, en este caso solo estaba decidiendo sobre el reconocimiento y ejecución del laudo.

Estados Unidos de Norteamérica

En general, las acciones legales que se inicien para obtener el reconocimiento de un laudo arbitral en los Estados Unidos están sujetas al *Federal Arbitration Act* (FAA),³¹ que regula los pactos arbitrales por escrito relativos a contratos que involucran el comercio extranjero o entre los estados de los Estados Unidos de Norteamérica. Estados Unidos de Norteamérica ratificó la Convención de Nueva York el 30 de marzo de 1983.

El Capítulo II del FAA implementa la Convención.³² En Estados Unidos como en Inglaterra, la jurisprudencia ha interpretado históricamente el orden público como causal para denegar el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales en forma restrictiva.

Jurisprudencia

Uno de los casos más citados cuando se considera la posición de la cortes estadounidenses en esta área es el *de Parsons & Whittemore Overseas Co. contra Societe Generale de l'Industrie du Papier*.³³ Esta fue uno de las primeras sentencias involucrando la ejecución de un laudo arbitral sujeto a la Convención, que se dictó después que Estados Unidos la adoptó.

Parsons & Whittemore Overseas (Overseas) una sociedad americana, y *Societe Generale de l'Industrie du Papier* (Societe) celebraron un contrato para la construcción y operación de una planta de papel en Egipto. El contrato establecía que las controversias debían ser sometidas al arbitraje bajo la reglas de la Cámara de Comercio Internacional. Societe demandó a Overseas por daños derivados del incumplimiento del contrato obteniendo un laudo arbitral a su favor. El laudo fue confirmado por la corte de primera instancia.

Overseas argumentó que no debería pagar daños porque Estados Unidos y Egipto habían roto relaciones diplomáticas desde el comienzo de la guerra de 1967 y porque el Departamento de Estado había expresamente advertido que no se podían mantener relaciones comerciales con Egipto. Overseas apeló la decisión argumentando (entre otras causales) que la ejecución del laudo violaría el orden público de los Estados Unidos. Para Overseas, sería contrario al orden público reconocer y ejecutar un laudo que sancionara a la compañía por actuar de acuerdo con las políticas de su gobierno.

La Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de Nueva York confirmó la decisión de la corte de primera instancia. En su opinión, la Corte de Apelaciones expresó que la violación del orden público como causal para la denegación del reconocimiento y ejecución del laudo establecido en el Artículo V(2)(b) de la Convención debe ser interpretado en forma restrictiva. En este mismo sentido expresó que si se hiciera una interpretación no restrictiva del orden público, se viciaría el esfuerzo básico de la Convención de remover los obstáculos preexistentes a la ejecución de los laudos.³⁴

Para la Corte de Apelaciones, orden público no era equiparable a política de gobierno. La política del gobierno no puede entorpecer el acatamiento de un tratado internacional, en este caso la Convención de Nueva York. En ese mismo sentido, la Corte de Apelaciones opinó que consideraciones de reciprocidad deben guiar a las cortes para que estas invoquen de oficio esta defensa con cuidado, para que las cortes extranjeras no acepten esta defensa para resistir el reconocimiento y ejecución de laudos emitidos en los Estados Unidos.³⁵ Por ello, el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales debe ser denegado por esta causal (violación del orden público) solamente en aquellos casos en que el reconocimiento y ejecución violaría los principios más básicos de moral y justicia del foro.

Aplicando estos principios, las cortes han reconocido y ejecutado laudos no obstante la supuesta violación del orden público en diversas situaciones tales como: a) la falta de imparcialidad de los árbitros (en estas situaciones, para la cortes la “apariencia de parcialidad” es insuficiente, el árbitro debe haber actuado de manera parcial);³⁶ b) el falso testimonio frente al tribunal arbitral, cuando el laudo se basa en el testimonio contradictorio de los testigos de la parte favorecida por el laudo,³⁷ c) la no aplicación del derecho estadounidense para la resolución de la controversia,³⁸ d) violaciones de política internacional de los Estados Unidos;³⁹ entre otros.

Son escasas las decisiones en que las cortes estadounidenses han aceptado la defensa de orden público para rechazar el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral internacional. Una de ellas es la adoptada en *Laminoirs-Trefileries-Cableries de Lens, S.A. contra Southwire Co.*⁴⁰ En este caso, Southwire solicitó a la corte que se negara a reconocer y ejecutar el laudo en cuestión ya que los árbitros proponían aplicar a los montos adeudados la tasa de interés francesa que por ser excesiva violaba el orden público de los Estados Unidos.

La Corte se negó a reconocer y ejecutar el laudo expresando que la imposición por parte de los árbitros de una tasa de interés del 5% de acuerdo con la ley francesa, era penal y no compensatoria. Por esa razón, la Corte se negó a reconocer y ejecutar la parte del laudo que proponía aplicar esa tasa de interés.

Francia

Francia es una de las jurisdicciones en donde se distingue entre el orden público internacional y orden público doméstico. El reconocimiento o no de laudos arbitrales internacionales, ya sean dictados en Francia o fuera de Francia, se rige por los artículos 1.514 (reconocimiento), 1.520 (anulación) y 1.525 (negación de reconocimiento) del Código de Procedimiento Civil (CPC). El artículo 1.514 establece que “[l]os laudos arbitrales son reconocidos o ejecutados en Francia si su existencia es establecida por la parte que quiere hacer uso del laudo y si el reconocimiento o la ejecución no es manifiestamente contraria al orden público internacional”.⁴¹

La jurisprudencia francesa ha limitado considerablemente el ámbito del orden público para reducirlo las violaciones de los principios fundamentales reconocidos por el orden jurídico francés.⁴² Así, una violación del orden público francés no es suficiente para negar el reconocimiento y la ejecución de un laudo en Francia. El laudo tiene también que contravenir el orden público internacional francés. Además, un error de los árbitros no constituye una base para negar el reconocimiento de un laudo.

La *Cour de Cassation*, la jurisdicción más alta en materia de derecho civil y comercial, confirmó⁴³ a una decisión que reconoció un laudo a pesar de que los árbitros habrían posiblemente omitido implementar el principio de buena fe en la ejecución de contratos y el principio del *estoppel*. La *Cour de Cassation* consideró, a propósito de la omisión del principio de buena fe, que la parte demandante no demostró que el resultado al cual llegó el laudo constituía una violación del orden público internacional francés. A propósito del principio del *estoppel*, la Corte decidió que sin prueba de fraude procesal, un potencial *estoppel* no constituye una violación del orden público internacional francés que evite el reconocimiento o ejecución de un laudo.

Esta decisión es compatible con una concepción restrictiva del orden público en el arbitraje en Francia. Los supuestos en los que jueces franceses han denegado el reconocimiento de laudos internacionales por contravenir el orden público internacional francés se refieren a la protección de los acreedores en procedimientos de quiebra, laudos que involucraron fraude, o

violación de otros principios fundamentales del orden jurídico francés. Una aplicación más extensiva del orden público por parte de los jueces resultaría en una revisión del fondo de los laudos.

Conclusión

La Convención al ser el tratado multilateral con mayor aceptación a nivel internacional, ha permitido que la cultura del arbitraje internacional entre los países que lo han ratificado se extienda. La posibilidad de que decisiones arbitrales de diversas culturas jurídicas se hagan efectivas en los Estados signatarios, hace que el reto para los operados judiciales sea enorme.

El marco general que tiene la Convención busca permitir la incorporación de los pactos arbitrales y laudos extranjeros al sistema jurídico de los países que son parte del tratado, generando seguridad jurídica para las partes vinculadas a un conflicto y permitiendo la interacción económica internacional de una manera ágil y acorde con el mundo de los negocios.

Como surge de la reseña de decisiones a que nos referimos en este trabajo, la jurisprudencia internacional de las jurisdicciones que hemos mencionado, se ha pronunciado en general en forma uniforme con respecto al carácter aplicable al orden público.⁴⁴

La Convención de Nueva York. Algunos aspectos relacionados con el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales. El orden público

¹ Con la colaboración de Daniela Páez.

² Artículo 1 Convención de Panamá.

³ Artículo 1 Convención de Panamá.

⁴ Artículo 5 párrafo primero de la Convención de Panamá.

⁵ Artículo V de la Convención y Artículo 5 de la Convención de Panamá.

⁶ Artículo 31 de la Convención de Viena: “1. *Regla General de interpretación. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin. 2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos: a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado; b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado; 3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones; b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado; c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes. 4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.*”

⁷ Artículo 32 de la Convención de Viena: “*Medios de interpretación complementarios. Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31: a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o b) conduzca a un resultado manifestamente absurdo o irrazonable.*”

⁸ Artículo XVI (1) de la Convención.

⁹ Artículos I y II de la Convención.

¹⁰ Artículos I, III-VII de la Convención.

¹¹ Artículo I de la Convención.

¹² Artículo II(3) de la Convención.

¹³ Artículo II (2) de la Convención.

¹⁴ Artículo II (1) de la Convención.

¹⁵ Artículo IV de la Convención.

¹⁶ K.W. PATCHETT in association with THE COMMONWEALTH SECRETARIAT. The New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Awards. Explanatory documentation prepared for the Commonwealth Jurisdiction. Junio de 1981. Londres, UK. [disponible en] <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/New-York-Convention-Commonwealth.pdf>.

¹⁷ La figura de la “*prejudicialidad*” se aplica cuando la decisión final de un proceso determinado depende de la solución que se vaya proferir en otro proceso. En estos casos, el proceso se suspende hasta tanto no se profiera la decisión en el otro proceso, pues tal decisión podría inferir o influir de alguna manera en la decisión que está pendiente.

¹⁸ Artículo V 2(a) “Que, según la ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje; o (...).

¹⁹ Artículo V 2(b) “Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país.”

²⁰ Recomendaciones de la ILA, adoptadas mediante Resolución 2/2002, Conferencia nro. 70 de la Asociación Internacional de Derecho (Nueva Delhi Abril 2002), [disponible en] <http://www.newyorkconvention.org/publications/full-text-publications/general/ila-resolution-on-public-policy-2002>.

²¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 30 de enero de 2004. Expediente 2002-00008.

²² Entre las causales para denegar el reconocimiento y ejecución del laudo el artículo 36 incluye las que deben ser probadas por la parte demandante (Artículo 36, 1(a)) y las que pueden ser declaradas de oficio, que incluyen en la sección (b)(ii) “Que el reconocimiento o la ejecución del laudo, sean contrarios al Orden Público de Chile”.

²³ Sentencia dictada el 15 de septiembre de 2008.

²⁴ Considerando seis.

²⁵ Considerando séptimo.

²⁶ *Richardson c/ Mellish* (1824) 2 Bing 299, por Burrough J, 252.

²⁷ Ver *IPC (Nigeria) Limited v. Nigerian National Petroleum Corporation* [2005] EWHC 726, paradox 13.

²⁸ *Soleimany c/ Soleimany* [1999] QB 785.

²⁹ “inconceivable that an English court would enforce an award made on a joint venture agreement between bank robbers...Where public policy is involved, the interposition of an arbitration award does not isolate the successful party’s claim from the illegality that gave rise to it. *Id.* Waller LJ, 799-800.

³⁰ [2000] QB 288.

³¹ [1999] 2 All ER (Comm) 146.

³² 9 U.S.C. §§ 1 y sptes.

³³ 9 U.S.C. § 202. El Capítulo III del FAA 9 (9 U.S.C. §§3 y siguiente) implementa la Convención de Panamá.

³⁴ *Parsons & Whittemore Overseas Co. contra Societe Generale de l’Industrie du Papier*, 508 F. 2d. en 974 (Segundo Circuito 1974).

³⁵ 508 F. 2d. en 974 (Segundo Circuito 1974).

³⁶ *Parsons & Whittemore*, 974.

³⁷ *Lucent Technologies Inc., et al. v. Tatung Co.* (Segundo Circuito), 3 de agosto de 2004 (483).

³⁸ *Waterside Ocean Nav. Co. v. International Nav.*, 737 F.2d 150 (Segundo Circuito 1984)

³⁹ *Bergesen v. Joseph Muller Corpt.*, 710 F. 2d 928 (Segundo Circuito 1983).

⁴⁰ *MGM Prods. Group. Inc. c. Aeroflot Russian Airlines*, 2003 WL 21108367, en 5.

⁴¹ 484 F. Supp. 1063 (N.D. Ga. 1980).

⁴² Les sentences arbitrales sont reconnues ou exécutées en France si leur existence est établie par celui qui s'en prévaut et si cette reconnaissance ou cette exécution n'est pas manifestement contraire à l'ordre public international.

⁴³ CASE.

⁴⁴ *Société Botas Petroleum Pipeline Corporation c/ Tepe Insaat Sanayii AS*, Civ. 1, 19 de diciembre de 2012.

⁴⁵ Las opiniones expresadas en este artículo son exclusivamente las de sus autoras.

Amal Bouchenaki

Abogada especialista en arbitraje internacional. Ha participado en complejos procedimientos de arbitraje comercial internacional utilizando diferentes regulaciones de arbitraje incluidas las de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), Cámara de Comercio Internacional (ICC), etc.

Con amplio conocimiento tanto del sistema de derecho civil como del common law, ha gestionado disputas sobre una variedad de temas y sectores industriales como tecnología, telecomunicaciones y energía.

Además de ejercer ante tribunales arbitrales internacionales, practica arbitraje ante cortes nacionales y brinda asesoría sobre la definición e inclusión de cláusulas arbitrales en contratos comerciales. Cuenta también con extensa experiencia en mediación de disputas internacionales.

Mildred Ojea

Abogada. Cuenta con gran experiencia en mercados emergentes, particularmente Latinoamérica, asesorando a clientes en asuntos financieros y corporativos.

Sus principales áreas de especialización incluyen transacciones financieras internacionales, desarrollo y financiación de proyectos, reestructuraciones, fusiones y adquisiciones y asuntos corporativos en general. Ha representado a clientes en diversas industrias como minería, infraestructura, energía a lo largo de todo Latinoamérica y otros mercados emergentes. Recientemente ha representado también a clientes en disputas de arbitraje internacional con sede en Nueva York, Londres y París, bajo diversas regulaciones arbitrales en una variedad de industrias como minería, energía y transporte.

Antes de fundar el despacho Ojea Torretta, trabajó en el grupo de Latinoamérica de la firma Gibson, Dunn & Crutcher en Nueva York por más de 13 años y para Herbert Smith Freehills en Nueva York por 12 años.

Recibió su título conjunto de Columbia University Law School y de la Universidad del Salvador en Argentina, donde se graduó con honores. Adicionalmente recibió su máster en leyes con honores de Northwestern University School of Law.

Irma Rivera

Socia de la firma Brigard & Urrutia Abogados en Bogotá (Colombia), en donde adquirió amplia experiencia asesorando a clientes nacionales y extranjeros en litigios complejos y trámites arbitrales.

Recientemente concluyó un ciclo como abogada visitante en la firma Herbert Smith Freehills New York LLP, trabajando principalmente en asuntos de arbitraje internacional. Ha sido designada Secretaria de Tribunales de Arbitramento en múltiples oportunidades ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, desempeñándose como árbitro de la lista A de dicho centro.

La Dra. Rivera ha sido destacada por publicaciones especializadas como Chambers and Partners, y la publicación inglesa Legal 500 y frecuentemente participa como experta en seminarios, congresos y concursos de arbitraje en distintos países de América Latina y el Caribe.

Es miembro de la facultad de la Universidad Sergio Arboleda y catedrática en postgrados y diplomados especializados en arbitraje Nacional e Internacional. Es abogada de la Universidad Sergio Arboleda, con especialización en Métodos Alternos de Solución de Conflictos, Arbitraje y Conciliación.



El Rol del Poder Judicial en el Arbitraje Comercial Internacional

97

El Rol del Poder Judicial en el Arbitraje Comercial Internacional

Roque J. Caivano

129

El Papel del Juez en el Arbitraje Comercial Internacional

Román Solís Zelaya

143

El Rol de las Judicaturas Nacionales en el Arbitraje Comercial Internacional

Alberto Fernández López

El Rol del Poder Judicial en el Arbitraje Comercial Internacional

Roque J. Caivano



1. El Arbitraje y su Interacción con el Sistema Judicial

1.1. La naturaleza jurisdiccional de la función que detentan los árbitros

El arbitraje es una forma de *justicia privada*.¹ Lo que pretende significarse a través de esa expresión –que no tiene connotaciones políticas o ideológicas– es que se trata de una actividad jurisdiccional ejercida por particulares que no integran los órganos del Poder Judicial de un Estado. La naturaleza jurisdiccional del arbitraje es hoy incuestionable,² ya que en el desempeño de la misión que toca a los árbitros se encuentran las características propias de aquella: al fin y al cabo, la jurisdicción no es sino la función de administrar justicia.³

Genéricamente considerada, esta función presenta un doble carácter: privado, en tanto se propone también satisfacer intereses

Árbitro y Gerente Jurídico de la Cámara Arbitral de la Bolsa de Cereales (Argentina), profesor de derecho en las Universidades Austral (Buenos Aires y Rosario), y Torcuato Di Tella (Buenos Aires), entre otras.

La naturaleza jurisdiccional del arbitraje es hoy incuestionable, ya que en el desempeño de la misión que toca a los árbitros se encuentran las características propias de aquella: la jurisdicción no es sino la función de administrar justicia.

particulares de aquellos que están directamente involucrados en la situación de conflicto;⁴ público, en cuanto procura la actuación del Derecho cuando la norma no ha sido observada y, en última instancia, el mantenimiento de la paz social. La jurisdicción arbitral atiende ambos aspectos: por un lado, permite a los interesados obtener una declaración de certeza sobre el alcance de sus derechos y hace posible su realización efectiva; por el otro, proporciona una solución eficaz a los conflictos mediante un método que resguarda las garantías constitucionales al debido

proceso, contribuyendo de ese modo a mantener la armónica convivencia en el seno de la sociedad.⁵

En el primer aspecto, no puede negarse a las partes el derecho de satisfacer los intereses particulares a través de métodos distintos del litigio judicial. Ello ocurre, por ejemplo, cuando las partes emprenden negociaciones —en forma directa o asistidos por un mediador— con la intención de poner fin al conflicto a través de un acuerdo mutuamente satisfactorio, o cuando los someten a decisión de árbitros. En los casos que afectan intereses particulares, rige el llamado “principio de reserva”, consagrado en muchas constituciones, que ratifica la libertad de cada persona de resolver sus conflictos y auto componer sus intereses del modo que crean conveniente: tales acciones pertenecen a la esfera privada de los individuos y, como tales, quedan exentas de la autoridad de los magistrados.⁶

En el segundo de los aspectos señalados, aun cuando se reconoce un interés público en que existan órganos con funciones jurisdiccionales que permitan solucionar pacíficamente los conflictos, no hay razón para que la intervención del Poder Judicial resulte ineludible.⁷ Los órganos judiciales, creados para proporcionar remedio a situaciones de conflicto que pongan en peligro la paz social, no son los únicos que pueden lograr ese propósito. La paz social también se preserva si esos conflictos son resueltos por tribunales arbitrales

sin intervención del Poder Judicial. En otras palabras: si bien es cierto que a la sociedad en su conjunto le interesa solucionar pacíficamente los conflictos, evitar el uso de la violencia y garantizar una convivencia armónica entre sus integrantes —y por ello le incumbe al Estado proporcionar los medios para lograr esos objetivos— es igualmente cierto que esos objetivos pueden lograrse también a través del arbitraje.

Aunque exista un interés público implícito en la noción de jurisdicción, esta no es —ni puede ser— una función exclusiva del Estado.

Aunque exista un interés público implícito en la noción de jurisdicción, esta no es —ni puede ser— una función exclusiva del Estado.⁸ Este no puede suprimir —ni conviene que suprima— el derecho de quienes, en la órbita de sus derechos disponibles, procuran una solución al conflicto por vías diferentes del sistema judicial, siempre que la resolución sea pacífica y no vulnere esenciales principios de convivencia, condiciones que cumple perfectamente el arbitraje.⁹ Ello así, es obvio que existe una zona de libertad que permite a los particulares prestar un consentimiento válido para componer cierta clase de conflictos mediante un acuerdo directo o, en las mismas condiciones, sustraerlos de la esfera del Poder Judicial para someterlos a decisión de otros particulares.¹⁰ En la medida que sólo afecte intereses y derechos disponibles, la decisión de las partes de renunciar a ser juzgados por los órganos judiciales provistos por el Estado no puede producir agravio a la comunidad ni al orden jurídico, en tanto satisface tanto los intereses particulares involucrados en la controversia, cuanto los públicos en obtener una solución pacífica a los conflictos.

Este doble carácter de la jurisdicción arbitral ha sido señalado por el Tribunal Constitucional del Perú. El Tribunal ha interpretado que los árbitros no actúan en el ejercicio de un poder sujeto exclusivamente al derecho privado, sino que forma parte esencial del orden público constitucional, dado que la facultad de los árbitros para resolver un conflicto de intereses no se fundamenta solamente en la autonomía de la voluntad de las partes del conflicto, prevista en el artículo 2, inciso 24, literal a), de la Constitución, sino que también tiene su origen y, en consecuencia, su límite, en la propia Constitución. Más adelante, el Tribunal puso de manifiesto que “la jurisdicción arbitral,

que se configura con la instalación de un Tribunal Arbitral en virtud de la expresión de la voluntad de los contratantes expresada en el convenio arbitral, no se agota con las cláusulas contractuales ni con lo establecido por la Ley General de Arbitraje, sino que se convierte en sede jurisdiccional constitucionalmente consagrada, con plenos derechos de autonomía y obligada a respetar los derechos fundamentales”. Y, en relación con la exclusividad de la jurisdicción arbitral, expresó: “el Tribunal considera y reitera la protección de la jurisdicción arbitral, en el ámbito de sus competencias, por el principio de ‘no interferencia’ referido en el inciso 2) del artículo constitucional antes citado, que prevé que ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional, ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Los tribunales arbitrales, por consiguiente, dentro del ámbito de su competencia, se encuentran facultados para desestimar cualquier intervención y/o injerencia de terceros –incluida[s] las] autoridades administrativas y/o judiciales– destinada a avocarse a materias sometidas a arbitraje, en mérito a la existencia de un acuerdo arbitral y la decisión voluntaria de las partes”.¹¹

El arbitraje, en suma, lejos de vulnerar los objetivos finales que persigue el Estado a través de la jurisdicción pública (fundamentalmente, el mantenimiento de la paz social), contribuye a cimentarlos. No sólo porque, aunque proveniente de un juez privado, la sentencia arbitral pone fin al conflicto, sino también porque una mayor utilización del arbitraje permitiría descongestionar los despachos judiciales, con beneficio para todos los justiciables.¹²

Lo dicho hasta aquí implica, en definitiva, dos cosas: (a) Que los árbitros cumplen funciones esencialmente jurisdiccionales, a pesar de las diferencias que existen con la jurisdicción judicial; y (b) Que por más jurisdiccionales que sean sus funciones, los árbitros son particulares, que no hacen parte de la estructura del Estado ni son funcionarios públicos.

1.2. El efecto del acuerdo arbitral y la jurisdicción que retiene el Poder Judicial

El acuerdo o convenio arbitral desplaza a los árbitros las funciones jurisdiccionales que la Constitución atribuye al Poder Judicial.¹³ Pactado el arbitraje, ninguna de las partes puede, unilateralmente, dejarlo sin efecto, pues han asumido una obligación genérica de resolver los conflictos por ese medio, lo que im-

plica al mismo tiempo la obligación de abstenerse de acudir a la vía judicial.¹⁴ El acuerdo arbitral produce, en consecuencia, dos efectos: un primer efecto, “negativo”, consistente en excluir la intervención de los tribunales del Estado para resolver aquellos conflictos que fueron sometidos a arbitraje; y un segundo, “positivo”, consistente en investir a los árbitros de poderes jurisdiccionales, que les permitirán decidir con efecto de cosa juzgada las cuestiones que les sean efectivamente sometidas.¹⁵

Sin embargo, ese desplazamiento no implica una exclusión total de los jueces estatales. Aun pactado el arbitraje, el Poder Judicial “retiene” una cierta jurisdicción. Ello significa que, en un caso sometido a arbitraje, árbitros y jueces “co-operan”. No sin reconocer que, en la práctica, los límites entre estas dos jurisdicciones no siempre se aprecian con nitidez, en forma esquemática —y genérica— es posible identificar tres funciones principales que la ley atribuye a los jueces en casos sometidos a arbitraje: funciones de *integración*, funciones de *cooperación* y funciones de *control*.

En un caso sometido a arbitraje, árbitros y jueces “co-operan”. No sin reconocer que, en la práctica, los límites entre estas dos jurisdicciones no siempre se aprecian con nitidez, en forma esquemática —y genérica— es posible identificar tres funciones principales que la ley atribuye a los jueces en casos sometidos a arbitraje: funciones de integración, funciones de cooperación y funciones de control.

2. Integración del Acuerdo Arbitral- Constitución del Tribunal Arbitral

2.1. El esquema clásico

Tradicionalmente, el Poder Judicial cumplía un rol insustituible en la integración del acuerdo arbitral cuando éste no era completo o contenía vacíos o lagunas y, particularmente, en la constitución del tribunal arbitral. Esta función se cumplía, históricamente, a través de la exigencia legal de celebrar,

con posterioridad al nacimiento de controversias concretas, el compromiso arbitral.¹⁶ Si las partes no acordaban el contenido del compromiso arbitral, nacía en cabeza de las partes una acción judicial a fin de que el magistrado resolviera los aspectos operativos del arbitraje. Este sistema –más atenuado que en sus orígenes– todavía persiste en las legislaciones argentina (artículo 742 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación) y brasileña (artículo 7, Ley de Arbitraje).¹⁷ En este esquema, en ausencia de un acuerdo entre las partes, es únicamente el juez quien puede proveer a la designación de los árbitros, decidir sobre su remoción, recusación o sustitución, y determinar los puntos concretos que se someterán a decisión de los árbitros.

Aun en las legislaciones que han eliminado el requisito del compromiso arbitral, cuando se trata de arbitrajes *ad hoc*,¹⁸ quedan a cargo del tribunal judicial una serie de atribuciones relacionadas con la constitución del tribunal arbitral. A modo de ejemplo, la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo Mercantil Internacional o UNCITRAL por sus siglas en inglés) establece, como principio general, el de la libertad de las partes para pactar el procedimiento para el nombramiento de los árbitros (artículo 11.2); pero, en defecto de acuerdo de las partes o de los árbitros –o si el tercero encargado de hacerlo no lo hace– los árbitros habrán de ser designados judicialmente (artículo 11.3 y 11.4).

2.2. El esquema moderno

Las legislaciones más modernas, empero, en línea con la tendencia a evitar intervenciones judiciales evitables, prevén formas no-judiciales de solucionar estas lagunas.

La figura del compromiso arbitral, acuerdo expreso de voluntades referido a conflictos ya existentes –usualmente tendiente a complementar la estipulación más genérica contenida en la cláusula compromisoria– está en vías de extinción en el derecho comparado.¹⁹ Ya para principios del siglo pasado, el Protocolo relativo a cláusulas de arbitraje adoptado en Ginebra en 1923 inició el camino hacia la autosuficiencia de la cláusula arbitral, haciendo innecesaria su ratificación ulterior.²⁰ Este principio fue luego plasmado en la Convención de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de laudos ex-

tranjeros de 1958 y universalizado mediante su incorporación a la Ley Modelo de CNUDMI/UNCITRAL de 1985. A la luz de este modelo de ley —que fue la base de todas las reformas legislativas de los últimos 30 años—²¹ un acuerdo arbitral podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente, y puede estar referido a controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual (artículo 7.1). La validez del acuerdo arbitral no depende ya de su inclusión o no en un contrato, ni tampoco del momento en que se firma: será válido siempre que cumpla los requisitos formales y sustantivos que la norma exige.²²

De otro lado, algunas legislaciones se han preocupado por evitar —aun en arbitrajes *ad hoc*— la necesidad del recurso al tribunal judicial para la designación o recusación de los árbitros. Así, la Ley ecuatoriana dispone que, tratándose de arbitrajes independientes, las partes designarán a los árbitros que deban integrar el tribunal y, a falta de acuerdo, los designados por ellas nombrarán a los que faltaren; pero ante la eventualidad de que éstos no se pusieran de acuerdo en el nombramiento, “cualquiera de las partes podrá pedir la designación de éstos al director del Centro de Arbitraje más cercano al domicilio del actor” (artículo 16). Para efectos de la recusación, la Ley peruana de arbitraje establece que la recusación será resuelta, en tribunales colegiados, por los demás árbitros, y tratándose de árbitro único, por la institución arbitral que lo ha nombrado o, a falta de ésta, por la Cámara de Comercio del lugar del arbitraje (artículo 29.2.d).

De manera más novedosa, algunas legislaciones incorporan reglas pensadas para evitar no sólo el recurso a los tribunales judiciales, sino las prácticas dilatorias de alguna de las partes en la constitución del tribunal arbitral. En arbitrajes *ad hoc*, la regla más usual es otorgar a cada una de las partes el derecho a designar un árbitro y conceder a los árbitros así designados la facultad de nombrar al tercero. Cuando la solución supletoria es el recurso a los tribunales, como sucede en la mayoría de las normas legales, muchas veces una de las partes, como parte de su estrategia dilatoria, omite designar al árbitro que tendría derecho a nominar. De este modo, la imposibilidad de integrar el tribunal en forma privada obliga a acudir al juez para que designe a los árbitros faltantes. Una interesante respuesta para evitar que la falta de designación de una de las partes se convierta en un factor de demoras en

la iniciación del proceso, es la contemplada en la Ley inglesa de arbitraje de 1996. La norma establece que, en el arbitraje integrado por tres árbitros, cada parte nombrará uno y los dos árbitros así designados nombrarán el tercero (artículo 15), pero luego dispone que si una de las partes se rehúsa a u omite designar árbitro en el plazo especificado en la ley, podrá ser intimado a hacerlo en un plazo suplementario, bajo apercibimiento de que el arbitraje se desarrolle con el árbitro que haya designado la otra parte, actuando como árbitro único.

3. Cooperación y Auxilio

3.1. Justificación

La función de cooperación del Poder Judicial es justificada en razón de la falta de *imperium* de los árbitros. De este modo, cuando exista resistencia al cumplimiento espontáneo o voluntario de una conducta impuesta por los árbitros, deberá requerirse la asistencia del juez a fin de obtener su ejecución forzada. Esta necesaria intervención judicial se materializa especialmente en dos situaciones: cuando deban ejecutarse forzadamente decisiones arbitrales (medidas cautelares o el laudo) o cuando deban practicarse pruebas que no puedan obtenerse voluntariamente.

En estos casos, la mayoría de las leyes establece el deber de los jueces de prestar el auxilio a los árbitros. En el derecho argentino, ello surge del artículo 753 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN), que dispone que “los árbitros no podrán decretar medidas compulsorias, ni de ejecución. Deberán requerirlas al juez y éste deberá prestar el auxilio de su jurisdicción para la más rápida y eficaz sustanciación del proceso arbitral”.²³ La Ley brasileña de arbitraje (artículo 22) faculta a los árbitros a producir cualquier tipo de prueba y, ante alguna resistencia para poder obtenerla en forma voluntaria, a solicitar la colaboración del órgano judicial. El artículo 36 de la Ley boliviana determina que, al pedir el auxilio judicial, el tribunal arbitral oficiará a la autoridad judicial competente acompañando una copia auténtica del convenio arbitral y de la resolución que dispone la medida cuya ejecución se pretende. La Ley inglesa, con más amplitud, permite a las partes servirse de los mecanismos de los procesos judiciales para asegurar la comparecencia de un testigo ante el tribunal arbitral (artículo 43.1).

3.2. ¿Hacia una mayor autonomía?

Como muestra de la mayor autonomía que se pretende para el arbitraje, algunas leyes han avanzado un paso más, dotando a los árbitros de un cierto poder de *imperium*. El ejemplo más elocuente en este sentido es la Ley de arbitraje de Ecuador, que dispone que “para la ejecución de las medidas cautelares, los árbitros, siempre que las partes así lo estipularen en el convenio arbitral, solicitarán el auxilio de los funcionarios públicos, judiciales, policiales y administrativos que sean necesarios, sin tener que recurrir a Juez ordinario alguno del lugar donde se encuentren los bienes o donde sea necesario adoptar las medidas” (artículo 9, párrafo 3°). También puede mencionarse la legislación belga, que autoriza a los árbitros a disponer la aplicación de astreintes a las partes (Código Judicial, artículo 1713.7).

La jurisdicción arbitral sólo puede alcanzar a las cuestiones que las partes sometieron a su decisión, los órganos judiciales, en consecuencia, retienen jurisdicción sobre aquellas cuestiones que no han sido sometidas a los árbitros.

4. Control Judicial

4.1. Razón de ser y oportunidad del control judicial

La función de control de los jueces sobre las decisiones arbitrales —quizás la más polémica— tiene sentido y se justifica por las limitaciones que tiene la jurisdicción creada por las partes en cabeza de los árbitros. Por un lado, es sabido que la jurisdicción arbitral sólo puede alcanzar a las cuestiones que las partes sometieron a su decisión, siempre que ellas sean relativas a derechos patrimoniales disponibles. Los órganos judiciales, en consecuencia, retienen jurisdicción sobre aquellas cuestiones que no han sido sometidas a los árbitros o que, habiéndose sometido a ellos, no son arbitrables en razón de su carácter no disponible. Por el otro, porque la validez del laudo que los árbitros dicten, está condicionada al cumplimiento de ciertos requisitos inexcusables, cuya violación apareja su nulidad. En definitiva, los árbitros deben ejercer su jurisdicción dentro de los límites que la ley o las partes le han impuesto. Y, para verificar que los cumplan, se establecen diferentes medios de control judicial.²⁴

Las vías procesales a través de las cuales el Poder Judicial ejerce ese control son variadas. Algunas son previas o contemporáneas y se presentan como vías para definir la existencia o el alcance de la jurisdicción arbitral; otras son *ex-post* y operan como recursos o medios de impugnación o reconocimiento de las decisiones de los árbitros.

Es claramente perceptible, en el derecho comparado, una marcada tendencia a concentrar el control judicial *a posteriori*, sobre lo decidido por los árbitros, de modo de evitar interferencias previas o contemporáneas al proceso arbitral. Ello se logra, principalmente, a través de dos fórmulas que operan de manera coordinada: (a) El reconocimiento legal de los principios conocidos como “*kompetenz-kompetenz*” y de la “separabilidad del acuerdo arbitral”; y (b) La obligación que se impone a los jueces de declararse incompetentes –a pedido de parte– cuando se promoviere una acción judicial relativa a una materia reservada a decisión de los árbitros de acuerdo con el convenio arbitral, salvo que la materia fuese manifiestamente no arbitrable o el acuerdo arbitral fuese manifiestamente nulo.

De ese modo, se faculta a los árbitros a decidir, en primera instancia, sobre los límites de su propia competencia, aun cuando la validez del contrato que contiene la cláusula arbitral hubiese sido cuestionada. Al mismo tiempo, en lo que se conoce como el efecto negativo de los principios enunciados,²⁵ se impone a los tribunales judiciales una prohibición de entender en litigios relativos a la existencia, validez o alcance del acuerdo arbitral. Con ello, vale aclarar, no se otorga al árbitro una jurisdicción “exclusiva” sobre la arbitrabilidad y el alcance del acuerdo arbitral, sino una jurisdicción “primaria”, luego revisable judicialmente.²⁶

La Ley Peruana es un ejemplo de esta tendencia: el artículo 41 no sólo declara que la inexistencia, rescisión, resolución, nulidad o anulabilidad total o parcial del contrato que contenga el convenio arbitral no implica necesariamente la inexistencia, ineficacia o invalidez de éste (numeral 2); también dispone que el tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el

fondo de la controversia (numeral 1). Y el artículo 16 obliga a los jueces a admitir la excepción de convenio arbitral por el solo mérito de la existencia del convenio arbitral, salvo cuando el convenio fuese manifiestamente nulo (numeral 3).

4.2. El control judicial post-laudo

Las vías procesales por las cuales puede ejercerse el control judicial *post-laudo* son, básicamente tres: Una primera, disponible, es el recurso de *apelación*, que otorga a los jueces una autoridad revisora amplia, que incluye el fondo o los méritos del laudo. Una segunda, usualmente indisponible, es la impugnación por *nulidad*, que permite a los jueces revisar únicamente la validez del laudo, controlando si se da en el caso alguna de las situaciones que, taxativamente, la ley consagra como causales de nulidad. En este caso, el control judicial no puede extenderse al fondo o a los méritos del laudo, limitándose su jurisdicción a decidir sobre la validez o nulidad del laudo. Una tercera, inevitable, es el trámite del *exequátur*, a través del cual los jueces nacionales controlan ciertos aspectos de los laudos extranjeros cuya ejecución se pretende en el país.

En relación con el recurso de apelación, algunas leyes lo admiten si no hubiese sido renunciado (Código Procesal Civil y Comercial argentino, artículo 758; Nuevo Código Procesal Civil francés, artículo 1482). Otras lo admiten a condición de que hubiese sido expresamente pactado (Código Judicial belga, artículo 1716, Código Procesal Civil francés, artículo 1489). Sin perjuicio de ello, se observa una clara tendencia hacia su eliminación lisa y llana, partiendo de la base que el acuerdo arbitral implica una intención de las partes de evitar el proceso judicial y someterse al juzgamiento de árbitros en instancia única. Son, pues, mayoría las leyes que prevén que el laudo será inapelable y sólo sujeto a recurso o acción de nulidad (Código Procesal Civil austríaco, artículo 611.1; Código Procesal Civil alemán, artículo 1059.1; Ley de Arbitraje de Bolivia, artículo 62; Ley de Arbitraje Internacional chilena, artículo 34.1; Ley de Arbitraje española, artículo 40; Código General del Proceso uruguayo, artículo 499; entre muchísimos otros).

El recurso de nulidad (que en algunas legislaciones —como la argentina para arbitrajes de equidad o como la española— no es un recurso sino una acción),²⁷ es generalmente impuesto como irrenunciable. Se pretende con ello

que exista una instancia judicial de control inderogable, de modo de satisfacer la exigencia de garantizar el acceso a la justicia, que muchos países contemplan como principio de rango constitucional. En relación con ello, debe señalarse que existen normas que, bajo ciertas condiciones, admiten su renuncia total o parcial: las legislaciones belga (Código Judicial, artículo 1718), suiza (Ley Federal de Derecho Internacional Privado, artículo 192.1), tunecina (Código del Arbitraje, artículo 78.6), peruana (Ley de Arbitraje, artículo 63.8), sueca (Ley de Arbitraje, artículo 51), francesa (Código Procesal Civil, artículo 1522) y colombiana (Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, artículo 107.2), autorizan a las partes, mediante pacto expreso, a renunciar al recurso de nulidad o a algunas de las causales legales, siempre que el arbitraje sea internacional y ninguna de las partes sea nacional de o residente en esos países. Asimismo, en el sistema de arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), el recurso de nulidad —único admisible contra un laudo— no es resuelto por un tribunal judicial sino por un tribunal arbitral (diferente del primero), específicamente constituido para ese fin (Convención de Washington de 1965, artículo 52).

De modo que el recurso de apelación ha pasado a ser una *rara avis*, pues mayoritariamente las leyes de arbitraje establecen la inapelabilidad de los laudos, asumiendo que el sometimiento voluntario de las partes a árbitros libremente elegidos por ellas supone el compromiso de acatar la decisión que aquellos dicten. Y, más aun, algunas normas avanzan todavía un paso más en la autonomía del arbitraje y admiten la relativa disponibilidad del recurso de nulidad, sea permitiendo su renuncia bajo ciertas condiciones, sea estableciendo una instancia de revisión no-judicial para resolver los planteos de nulidad.

Con independencia de estos dos recursos, existe, en el ámbito internacional, una vía de control judicial adicional: el que realizan los jueces del lugar donde el laudo se intenta hacer valer o ejecutar, a través del *exequátur*. Este examen tiene como propósito principal controlar los requisitos de autenticidad del documento que lo contiene, verificar su autoridad de cosa juzgada, comprobar que se hayan respetado las garantías del debido proceso y, finalmente, determinar si esa decisión vulnera o no el orden público interno. En función de esto último, si bien el control no se extiende a posibles errores en la apli-

cación del derecho o en la apreciación de los hechos por parte del tribunal arbitral, en alguna medida implica inmiscuirse en el fondo de lo decidido por los árbitros, aunque más no sea a efectos de verificar su compatibilidad con los principios y valores del sistema jurídico del lugar de ejecución.²⁸

4.3. Justificación y medida del control judicial

La función de control judicial respecto del arbitraje resulta, en términos generales, un lógico corolario de su naturaleza jurisdiccional: si bien el Estado admite que particulares ajenos a su estructura detenten esta función —que tiene innegables connotaciones públicas— lo hace a condición de que sus propios órganos tengan la facultad de verificar, cuanto menos, la regularidad de los procedimientos y legalidad de las decisiones arbitrales. La existencia y necesidad del control judicial son incontestables: no sería lógico que el Estado comprometa la cooperación y el auxilio de los tribunales judiciales para ejecutar forzosamente los laudos arbitrales, que ponga el *imperium* propio de sus órganos al servicio de los árbitros, sin reservarse la atribución de revisar que lo decidido por aquellos reúna las condiciones mínimas indispensables para merecer esa protección legal.²⁹

Además de su justificación teórica y legal, hay razones prácticas que dan sustento a la función de control del Poder Judicial sobre el arbitraje. La total autonomía del arbitraje es, al menos en el estado actual de cosas, una utopía, cuya conveniencia puede inclusive ponerse razonablemente en duda. Una adecuada dosis de control judicial —con especial acento en su condición de adecuada— no sólo es justificada, sino hasta conveniente para el arbitraje. Dicho de otro modo, la existencia de ese control —enfaticando una vez más su “justa medida”— opera en beneficio del sistema arbitral antes que en su perjuicio y es útil para rodear al arbitraje de mayor seguridad y evitar posibles abusos o desviaciones de parte de los árbitros. Es claro, sin embargo, que ese control no puede derivar en una multiplicación de incidencias judiciales que prive al arbitraje de sus principales ventajas: celeridad y economía.

Si bien el arbitraje requiere un cierto grado de autonomía, que lo ponga a cubierto de intervenciones judiciales invasivas, no puede escapar —ni conviene que escape— de una razonable revisión que prevenga o solucione eventuales

arbitrariedades en que puedan incurrir los árbitros. En términos generales, los países que aspiran a ser sede de arbitrajes internacionales deben lograr un adecuado balance entre el deseo del vencedor, de obtener un laudo final y ejecutable, y el del perdedor, de acceder a una instancia de revisión que lo ponga a cubierto de violaciones a sus garantías.³⁰

El control judicial es, pues, inevitable y justificado:³¹ lo que, en todo caso, puede ser materia de análisis y discusión es la oportunidad, extensión y alcance de esas facultades.

En este sentido, la solución más adecuada es la que se ha impuesto en el Derecho comparado: limitar –o permitir que las partes limiten– el control a cuestiones esenciales y concentrarlo en el control final de la validez del laudo, librando a los árbitros de interferencias durante el juicio arbitral. No se trata, en principio, de eliminar el control, sino de circunscribirlo a ciertos aspectos fundamentales, evitando que se convierta en una segunda instancia, y diferirlo para un momento posterior, evitando que el proceso arbitral se vea obstaculizado, demorado u obstruido con incidencias judiciales.

En nuestra opinión, en resumen, las atribuciones judiciales de control sobre el arbitraje –en su justa medida– son legítimas, justificadas y hasta convenientes. Legítimas, porque surgen –y en la medida que surjan– de la ley. Justificadas, porque no sería lógico que el Estado comprometa la cooperación y el auxilio de los tribunales judiciales para ejecutar forzosamente los laudos arbitrales, es decir, que ponga su *imperium* al servicio de los árbitros, sin reservarse la atribución de revisar que lo decidido por aquellos reúna las condiciones indispensables para merecer esa protección legal. Convenientes, porque un adecuado control judicial rodea al arbitraje de mayor seguridad y evita posibles abusos o desviaciones de parte de los árbitros.

Sin embargo, tanto su legitimidad, como su justificación y conveniencia desaparecen cuando son ejercidas en forma excesiva, cuando más que un apropiado control, la intervención judicial se convierte en una intromisión indebida en la esfera de atribuciones propias de los árbitros. Nuestra insistencia en subrayar la importancia de la “justa medida” del control judicial se explica porque ese el verdadero punto de debate sobre la materia y porque pocos temas han despertado tantas y tan variadas opiniones.

Admitimos la dificultad que se presenta para trazar una línea precisa que delimite hasta dónde debe llevarse la deseable autonomía del arbitraje y cuál debe ser el campo de la no menos deseable supervisión judicial. En términos generales, es posible establecer algunas pautas para ello: en tanto desarrollan una actividad lícita, reconocida y autorizada por normas o principios constitucionales, debe darse a los árbitros la posibilidad de desenvolverse en una atmósfera de libertad e independencia; pero como esa actividad en algún punto se vincula con las funciones naturales del Estado, sus órganos deben tener igualmente la posibilidad de supervisar el cumplimiento de mínimas condiciones de legalidad.

4.4. La responsabilidad en la determinación del adecuado control judicial

Sentado que alguna dosis de control judicial es inevitable y justificada, y que esa dosis debe ser “adecuada”, queda por abordar una última cuestión: ¿a quién le corresponde determinar la medida y los medios a través de los cuales ese control es ejercido?

En una primera instancia quien define qué atribuciones se reservan al Poder Judicial, cuándo y cómo ellas deben ser ejercidas, es el legislador. En este punto, es dable exigir al Poder Legislativo que esa definición sea clara y equilibrada. Clara, para evitar equívocos que se traducen luego en interminables debates y en decisiones contradictorias de los tribunales; equilibrada, para que “control” no sea sinónimo ni de “abstención”, ni de “abuso” judicial.

Pero ante la imposibilidad de abarcar, desde la ley, todas las situaciones que en la práctica pueden presentarse, en una segunda instancia son los propios jueces –en su carácter de intérpretes finales de la Constitución y de las leyes dictadas en su consecuencia– quienes establecen, en cada caso concreto que se les presente, el exacto punto en que el control debe ser ejercido. A los jueces debe exigírseles que su interpretación sea realizada sin preconceptos, comprendiendo el verdadero significado del arbitraje y de la decisión de las partes de referir el juzgamiento de sus controversias a juicio de árbitros.

La orientación bajo la cual debería resolverse –en la ley– este aparente dilema, ha sido explicada por Grigera Naón en los siguientes términos:

*“las normas de fuente estatal destinadas a regular el arbitraje deben aliviar en la mayor medida de lo posible las trabas o interferencias que puedan perjudicar sus ventajas esenciales: celeridad, simplicidad, confidencialidad y acceso a una justicia mejor adaptada a las necesidades del comercio. En este orden de ideas, desde que el arbitraje es justicia privada reconocida y tolerada por la comunidad organizada a través de su derecho positivo, lógico es entender que las interferencias de éste en el arbitraje deben limitarse a lo mínimo indispensable para tutelar intereses fundamentales”.*³²

Por nuestra parte, hemos señalado:

“una ley de arbitraje debe ser el marco que establezca las condiciones bajo las cuales el Estado admite la instauración de una justicia administrada por particulares, y reconoce a sus decisiones el valor de la cosa juzgada, asimilándolas a las sentencias judiciales. Debe pensarse, en consecuencia, cuáles son los casos en los que se permite la exclusión de la justicia ordinaria, y cuáles son los requisitos mínimos sin los cuales el arbitraje carecerá de validez—los que por tanto resultarán indisponibles—pero absteniéndose de imponer casuísticamente soluciones instrumentales imperativas. En todo lo que no se vea afectado por el orden público, conviene dejar libertad a las partes para que acuerden la forma concreta de implementación de la vía arbitral dentro de la amplitud que permite la autonomía de la voluntad, sin perjuicio de prever normas supletorias para subsanar las lagunas o la falta de acuerdo expreso (...) Debe también ser objeto de cuidadoso tratamiento la vinculación entre el arbitraje y la justicia ordinaria.

Vista la necesaria interrelación existente entre ambos, producto de la falta de imperium de los árbitros y del control judicial que puede caber sobre la actividad de estos últimos, una ley de arbitraje deberá tener la aristotélica virtud de transitar por el justo medio. Tan peligrosa es una ley que otorgue excesivas facultades a los árbitros, como aquella que prevea numerosos supuestos de intervención judicial. En un caso, podría darse el efecto de poner en riesgo la seguridad jurídica, y en el otro se perjudicaría sin remedio la celeridad, economía y sencillez del arbitraje por la vía de la multiplicación de incidencias judiciales (...) Así como propugnamos el establecimiento de límites a la actividad de los árbitros, las normas deberían también enmarcar la actuación de los jueces a quienes se somete alguna cuestión referida al arbitraje.

Esto incluye, como primera medida, la recepción expresa y categórica del principio de cooperación y auxilio judicial—en forma más amplia que la que surge de la última parte del artículo 753 del CPCCN—y las limitaciones que sufre la jurisdicción

*de los jueces en los casos legítimamente sometidos a arbitraje. Deben evitarse en lo posible innecesarias interferencias a la tarea de los árbitros, y en los casos en que la actuación judicial sea inevitable, prever reglas especiales que permitan —y obliguen— al juez resolver la cuestión sin dilaciones”.*³³

Esta es la tendencia de la legislación comparada, que procura ampliar todo lo que sea posible la autonomía arbitral, sin que por ello el Estado resigne legítimas atribuciones de supervisión.³⁴ Para ello, en general se siguen dos líneas de acción. Por un lado, se busca evitar toda intervención judicial evitable, especialmente aquellas que podrían producirse en la etapa previa a la constitución del tribunal arbitral o durante el curso del proceso arbitral.³⁵ Por el otro, se sienta el principio general de que las intervenciones judiciales se limitarán a los supuestos expresamente establecidos en la ley, y se determinan cuáles son esos supuestos.

Esta última línea es claramente perceptible en la Ley Modelo de CNUDMI/UNCITRAL. En el artículo 5 se dispone que “*en los asuntos que se rijan por la presente ley, no intervendrá ningún tribunal salvo en los casos en que esta ley así lo disponga*”. En los artículos 11.3, 11.4, 13.3, 14. 16.3 y 34.2, se otorgan a los jueces facultades de intervención para la designación, recusación o sustitución de árbitros en arbitrajes *ad hoc*, para revisar la decisión del tribunal arbitral sobre su propia competencia o la validez del laudo.³⁶

El sentido de estas normas ha sido explicado por la propia Comisión:

“[L]a Ley Modelo prevé la intervención de los tribunales en los siguientes casos. Un primer grupo comprende el nombramiento, la recusación y terminación del mandato de los árbitros (artículos 11, 13 y 14), la competencia del tribunal arbitral (artículo 16) y la nulidad del laudo arbitral (artículo 34). Estos casos se enumeran en el artículo 6 como funciones que deben encomendarse, con el fin de lograr la centralización, especialización y aceleración, a un tribunal judicial especialmente designado o, en lo que respecta a los artículos 11, 13 y 14, posiblemente a otra autoridad (por ejemplo, institución arbitral, Cámara de Comercio).

Un segundo grupo comprende la asistencia de los tribunales para la práctica de pruebas (artículo 27), el reconocimiento del acuerdo de arbitraje, incluida su compatibilidad con las medidas cautelares provisionales ordenadas por un tribunal judicial (artículos 8 y 9) y el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales (artículos 35 y 36).

Fuera de los casos previstos en esos dos grupos ‘en los asuntos que se rijan por la presente Ley, no intervendrá ningún tribunal’. Ello se declara en el innovador artículo 5, que no se pronuncia sobre cuál es la función adecuada de los tribunales judiciales, pero asegura al lector y al usuario que encontrará en esta Ley todos los casos de posible intervención del tribunal, excepto en los asuntos que no se rijan por ella (por ejemplo, acumulación de las actuaciones arbitrales, relación contractual entre árbitros y partes o instituciones arbitrales, o fijación de costas y honorarios, incluidos depósitos). Sobre todo los lectores y usuarios extranjeros, que constituyen la mayoría de los posibles usuarios y que pueden considerarse como los destinatarios fundamentales de cualquier ley especial sobre arbitraje comercial internacional, valorarán el hecho de no tener que indagar fuera de esta Ley’.³⁷

En otras palabras, se trata de limitar el recurso a la justicia, como forma de respetar la común intención de las partes y lograr un mínimo de seguridad jurídica y previsibilidad en la solución de los conflictos a través del arbitraje. Esta solución, lejos de debilitar el rol del Poder Judicial lo refuerza, al ponerlo como guardián de esos valores.³⁸

Como se señaló, más allá de sentar principios generales, una norma de rango legal jamás podrá dar respuesta a la variedad de situaciones que usualmente se presentan. La determinación final del alcance del control judicial, finalmente, queda en manos de los propios jueces, quienes deben interpretar los límites de su propia jurisdicción.

Esta interpretación debe hacerse, como primera medida, respetando escrupulosamente las normas y los principios legales vigentes, dejando de lado preconceptos, mitos, recelos o concepciones ideológicas que nada tienen que ver con el tema en análisis.³⁹

La hostilidad o el recelo de los jueces hacia el arbitraje —que, aunque común durante el siglo XIX, ha ido cambiando hacia una mayor comprensión del respeto que merece la autonomía de la voluntad de las partes—,⁴⁰ carece de justificación. Por más que al pactar el arbitraje las partes quieran evitar la intervención de los jueces para la solución de un caso concreto, en términos generales el arbitraje no plantea una confrontación con la tarea judicial, no busca competir con, ni reemplazar al Poder Judicial,⁴¹ ni —mucho menos— menoscabar su labor. La idea es, simplemente, complementar la función que

tiene el Poder Judicial en la búsqueda de algunos de los propósitos que inspiran la propia organización del Estado, cuales son los de afianzar la justicia y promover el bienestar general. Poder Judicial y arbitraje no son términos antagónicos. Deben conciliarse de manera de contribuir co-operativamente a solucionar las necesidades de la gente.

El arbitraje debe convivir con la Justicia. Y para que esa convivencia sea armónica, habrá de establecerse una relación de complementación entre ambos sistemas: árbitros y jueces deben saber mantenerse dentro de sus respectivos límites, evitando invadir la jurisdicción de los otros.

El arbitraje no implica la “*privatización de la justicia*”. En primer lugar, porque la institucionalización y el ofrecimiento de mecanismos alternativos a la decisión judicial, forman parte de las obligaciones del Estado para con la sociedad y están incluidas dentro de los servicios de administración de justicia del país.⁴² Por otro lado, porque no puede hablarse de privatización cuando las partes voluntariamente deciden solucionar un diferendo sobre sus derechos disponibles por un medio que soslaya el proceso judicial, toda vez que “*no puede privatizarse lo que ya es ínsitamente privado*”.⁴³ En todo caso, más que una privatización, es una descentralización de la justicia.⁴⁴

Es evidente que el arbitraje no compite con la justicia, ni podrá restar protagonismo al Poder Judicial. Se trata de funciones diferentes, por más similitudes que haya entre ellas. Los jueces ejercen jurisdicción en nombre del Estado, administran –y administrarán siempre– la justicia pública. Es por ello que están dotados de la facultad de hacer cumplir forzosamente sus decisiones, tienen la potestad de imponer coactivamente una conducta, atribución de la que carecen los árbitros. Adicionalmente, existe una amplia gama de conflictos en los que la jurisdicción se atribuye con exclusividad a los jueces, quedando excluidas de la posibilidad de someterse a arbitraje.

En términos generales el arbitraje no plantea una confrontación con la tarea judicial, no busca competir con, ni reemplazar al Poder Judicial, ni menoscabar su labor.

El arbitraje es una justicia privada, pero que actúa a la par del sistema judicial. La relación entre ambas no debe ser de “competencia” sino de “complementación”.

Aun en los ámbitos en que se admite la prórroga de jurisdicción a favor de árbitros, el rol del Poder Judicial es igualmente insustituible.⁴⁵

Jueces y árbitros tienen la responsabilidad de lograr que la coexistencia del arbitraje con el Poder Judicial sea armónica. Los árbitros deben comprender y aceptar las limitaciones que impone a su jurisdicción el origen convencional y la falta de *imperium*.

Los jueces, por su lado, deben comprender y aceptar sin recelos que su jurisdicción se ve cercenada, por la voluntad de las partes, en casos que legítimamente fueron sustraídos de su competencia y prestar sin reticencias su auxilio cuando se recurre a ellos para ejecutar una medida que requiera de la *coertio* que ellos retienen.⁴⁶

Esa necesidad de apoyo y control judicial, esa dependencia funcional del arbitraje, no debe traducirse sin embargo en una posición de supremacía que dé carta blanca a los jueces para avasallar la jurisdicción arbitral. Es preciso, pues, que cada uno se mantenga dentro de los límites que le son propios: los árbitros, no avanzando sobre las materias reservadas al Poder Judicial; los jueces, aceptando que no todas las decisiones de los árbitros son revisables.⁴⁷

5. Reflexiones Finales, a modo de conclusión

El arbitraje es una justicia privada, pero “coexistencial”,⁴⁸ esto es, que actúa a la par del sistema judicial. La relación entre ambas no debe ser de “competencia” sino de “complementación”, relación que “implica la existencia de roles complementarios y sugiere tanto cierta similitud en el desempeño de tales roles como una colaboración que reemplace la competencia o inclusive la rivalidad que pudo haber existido en algún momento”.⁴⁹ La necesidad de que esa convivencia sea armónica se justifica, en otras palabras, porque ambos co-operan en la búsqueda de un objetivo común: realizar la justicia,⁵⁰ y solucionar los conflictos de manera pacífica para lograr la anhelada paz social.

Ilustrativamente se ha explicado esta interrelación entre la justicia estatal y la arbitral:

“el arbitraje no compite con la justicia del Estado, ya que su desarrollo pleno tiene lugar precisamente en aquellos países donde sus legislaciones ofrecen eficaz colaboración a los tribunales arbitrales. De manera que el mito del enfrentamiento entre ambas justicias no es tal. Cada cual, en su ámbito, debe cumplir el rol que el Derecho le ha asignado. La justicia del Estado y la justicia arbitral no se encuentran en situación de conflicto.

El éxito, es decir, el logro de la paz social como meta indiscutible de ambas vías, se logra tan sólo mediante el delicado equilibrio de su complementariedad, de su interdependencia. De manera que ambas formas o modalidades para lograr poner fin a las disputas se necesitan, se precisan mutuamente”.⁵¹ Lo esencial es lograr la convivencia armónica entre las soluciones judiciales y las soluciones extrajudiciales: “no se trata de buscar huidas del Poder Judicial, cuanto de mecanismos complementarios e incluso en ciertos casos integrados en el mismo sistema judicial, con el fin de buscar la solución integral más acorde a la materia, conflicto, sujetos, tiempo, etcétera”.⁵²

Esa coexistencia entre árbitros y jueces requiere que exista una definición, tan precisa como se pueda, acerca de los límites de cada uno y que se brinde al arbitraje un entorno general de autonomía, sin perjuicio de la subsistencia de controles judiciales que, como vimos, en su justa medida, son plenamente justificados. Para ello, es conveniente reflexionar sobre la extensión de la intervención judicial, evitando aquellas que no son estrictamente indispensables para garantizar la supremacía de los principios y derechos constitucionales.

En ese sentido, las funciones judiciales de integración del acuerdo arbitral son claramente evitables y bien pueden ser eliminadas sin agravio a la seguridad jurídica. Los vacíos o lagunas que el acuerdo arbitral pueda contener, pueden perfectamente ser suplidos por medios diferentes de una sentencia judicial, como de hecho sucede en los arbitrajes institucionales. Tampoco se requiere inexorablemente de la intervención judicial para constituir el tribunal arbitral o para resolver acerca de la recusación o sustitución de los árbitros.

Las funciones de cooperación o auxilio son inevitables, en la medida que no se reconozca a los árbitros facultades de *imperium*. Mucho se ha avanzado en esta materia, al admitirse —ya sin dudas— la naturaleza jurisdiccional del arbitraje y la atribución de los árbitros de dictar medidas cautelares. Pero no parece que, en el estado actual de cosas, sea oportuno reclamar del Estado su aquiescencia para que los árbitros detenten funciones ejecutorias, pues ello importaría tanto como la abdicación del monopolio de la fuerza pública. Aclarado —como está en la mayoría de las modernas legislaciones— el reparto de competencias entre jueces y árbitros en materia de medidas cautelares, no resulta descabellado que el Estado reserve para sus jueces el rol de ejecutor de las decisiones arbitrales.

Donde se plantean mayores dudas es en orden a la función de control. Con todo, creemos que su justificación es evidente: nadie puede razonablemente pretender que los órganos judiciales de un Estado reconozcan efectos a —o, más aun, que presten su *imperium* para ejecutar— un laudo, sin que tengan, paralelamente, la facultad de ejercer un cierto control sobre él. Esta función judicial es, a nuestro juicio, la “*contrapartida*” de reconocer a los laudos arbitrales el carácter de una sentencia judicial. En efecto, la eficacia de cosa juzgada de su decisión y la habilitación de los procedimientos de apremio para obtener su cumplimiento forzado, están condicionadas a que el laudo cumpla ciertos requisitos: básicamente, que surja del consentimiento válido de las partes, que se refiera a cuestiones disponibles, que sea ejercida con respeto a las garantías del debido proceso, que no haya traspasado los límites que se le impone, que no vulnere el orden público, etcétera. Precisamente para verificar si tales requisitos se cumplen, existe una instancia de revisión judicial, generalmente prevista como irrenunciable, que se traduce en recursos o acciones de nulidad a través de las cuales se pueden impugnar las decisiones de los árbitros en procura de una declaración que las invalide.

Este, que es el estado general de situación en el derecho comparado, cumple con los postulados básicos: conforme la mayoría de las leyes modernas de arbitraje, el control judicial es acotado y *ex post*. Sin embargo, aunque claro en la teoría, la práctica muestra que esos límites son más difusos de lo que aparentan. Algunas veces por ambigüedades de la ley, otras por desconoci-

miento o por algún resabio de hostilidad judicial hacia el arbitraje, de tanto en tanto se conocen decisiones que muestran la necesidad de acentuar la tarea docente sobre estos aspectos.

De allí que uno de los principales desafíos que, en relación con la administración de justicia, se plantea al arbitraje, es lograr un adecuado equilibrio a la hora de definir su recíproca interacción.

El arbitraje no puede prescindir absolutamente del sistema judicial. Por razones no sólo teóricas sino prácticas, árbitros y jueces deben necesariamente *convivir*, ya que cada uno tiene “*una porción de la jurisdicción*” relativa a un caso. Como ha dicho la Corte Suprema de Justicia argentina, “*una necesaria coordinación entre la función jurisdiccional del Estado y la jurisdicción arbitral permite lograr la más adecuada tutela de los intereses privados disponibles, respetando la voluntad de las partes para la solución de las controversias con sujeción al orden jurídico que la Constitución Nacional y sus normas derivadas establecen*”.⁵³

Es preciso, pues, que se comprenda que la arbitral es una justicia que actúa no *en contra de* sino *a la par con* la judicial, en la búsqueda de un objetivo común: como señala Bruno Oppetit, por vías diferentes, ambos persiguen un ideal de justicia y pacificación, procurando una solución a las controversias que nacen en el seno de una comunidad y contribuyendo de ese modo a la paz social.⁵⁴ Ello, en otras palabras, pone de relieve la necesidad de supervisar la transparencia de los procedimientos arbitrales, pero evitando una intrusiva actitud de los jueces, lo que hace necesario mantener un adecuado equilibrio entre *control* y *abuso jurisdiccional*.

El mayor reto que el arbitraje moderno plantea, pues, es hallar un *justo medio*, no ya entre la ambición excesiva y la completa indiferencia respecto de la gloria –como planteaba Aristóteles en su “*Ética a Nicómaco*”– sino entre la interferencia judicial asfixiante y la autonomía arbitral absoluta. Responsabilidad que cabe –a cada uno dentro de su esfera de acción– a legisladores, árbitros y jueces.

¹ “[E]l arbitraje es una justicia; privada, es cierto, pero una justicia al fin y al cabo: esta proviene de la voluntad de las partes de confiar a un tercero el poder de juzgar; el árbitro se ve investido de la *jurisdictio* en toda su plenitud”. OPPETTI, Bruno: *Teoría del arbitraje*, trad. por Eduardo Silva Romero, Fabricio Mantilla Espinoza y José Joaquín Caicedo Demoulin, ed. Legis, Bogotá, 2006, p. 57.

² Así también se mencionaba hace casi un siglo. “El carácter jurisdiccional de los árbitros no puede desconocerse entre nosotros, donde está consagrado por textos legales. La Ley 23, título 4, partida 3 los llama ‘jueces’; el Código de Procedimiento Civil repite el concepto (artículo 767) y permite la ejecución de la sentencia arbitral en los mismos términos de la emanada de los jueces ordinarios (artículo 535)”. JOFRÉ, Tomás: “El juicio arbitral”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA*, 1923, tomo II, ps. 545 y siguientes.

³ Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, Sala Político Administrativa, 18/07/2000, Sentencia N° 01670.

⁴ LASCANO, David: *Jurisdicción y competencia*, ed. Guillermo Kraft, Buenos Aires, 1941, p. 12.

⁵ En un extremo, inclusive, se ha llegado a decir que “la función de los árbitros es pública o de Estado, y la institución de los árbitros mismos es uno de los casos en que a un particular se le reconoce la facultad de ejercitar funciones públicas, o en general, servicios públicos”. ROCCO, Ugo: *Derecho Procesal Civil*, ed. Porrúa, México, 1944, p. 89.

⁶ Arg. artículo 19, Constitución Nacional argentina.

⁷ “[E]n nuestra Constitución Nacional no se ha establecido que la única forma de garantizar el debido proceso del artículo 18 sea mediante un proceso judicial”. MARTÍN MARCHESINI, Gualtiero: “Aspectos procesales del arbitraje comercial internacional”, *Rev. Iberoamericana de Arbitraje y Mediación*, 7 de septiembre de 2004.

⁸ Con relación al derecho brasileño se ha señalado que la garantía constitucional del acceso a la justicia no significa que las personas estén obligadas a recurrir a los tribunales judiciales cada vez que sus derechos son controvertidos, pues la constitución garantiza el derecho de accionar ante ellos, mas no lo impone; no es un deber sino una facultad inherente a la propia personalidad. Dictamen del Procurador General de la República, Geraldo Brindeiro, 17/03/1997, Parecer N° 8062, citado por BARRAL, Welber: *A arbitragem e seus mitos*, ed. OAB/SC, Florianópolis, 2000, p. 47.

⁹ El derecho de los particulares a pactar el arbitraje tiene, sujeto a una razonable reglamentación, protección constitucional. En algunos países (Honduras, Costa Rica, El Salvador, Ecuador y Perú) este derecho está expresamente plasmado en la Constitución. En otros (Colombia y Venezuela), si bien no de manera tan terminante, se establece una política general de promoción del arbitraje. En la Argentina, es posible afirmar ese derecho en la sistemática interpretación del texto constitucional.

¹⁰ “[A]un reconociendo que el Poder Judicial tiene el monopolio de la fuerza jurídica, ello no excluye que la mayor parte de las soluciones alternativas se busquen precisamente por cauces y por caminos en los que no hay que utilizar la fuerza”. RAMOS MÉNDEZ, Francisco: “Medidas alternativas a la resolución de conflictos por vía judicial en el ámbito civil patrimonial”, *Rev. Justicia*, N° 4, 1994, p. 808.

¹¹ Tribunal Constitucional de Perú, 28/02/2006, Exp. N.º 6167-2005-PHC/TC.

¹² El tema ha sido extensamente tratado en CAIVANO, Roque J.: “El arbitraje y la crisis de la justicia: causas y efectos de un fenómeno actual”, *Rev. La Ley* 1994-A-868. Asimismo, puede verse CAIVANO, Roque J.: “Un desafío (y una necesidad) para los abogados: los medios alternativos de resolución de disputas”, *Revista Themis*, Lima, N° 31, julio de 1995.

¹³ CARBONNEAU, Thomas E.: “The exercise of contract freedom in the making of arbitration agreements”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 36, octubre de 2003, ps. 1189 y siguientes.

¹⁴ El acuerdo arbitral es un contrato bilateral en el que las partes son, al mismo tiempo, acreedoras y deudoras de dos obligaciones principales: una de “no hacer”, consistente en no someter los conflictos a los tribunales estatales, y otra de “hacer”, consistente en someter la controversia presente o futura a la solución mediante arbitraje. SILVA ROMERO, Eduardo (Dir.): *El contrato de arbitraje*, ed. Legis y Universidad del Rosario, Bogotá, 2005, ps. 525 y 695.

¹⁵ FOUCHARD, Philippe, GAILLARD, Emmanuel y GOLDMAN, Berthold: *Traité de l'arbitrage commercial international*, ed. Litec, Paris, 1996, ps. 395 y siguientes.

¹⁶ “[La misión del compromiso] es complementar la disposición más genérica contenida en la cláusula compromisoria de remitir a árbitros las eventuales disputas, al concretarlas en determinados puntos específicos. Versa por lo tanto sobre controversias ya existentes y no meramente eventuales como las que eran materia de la cláusula compromisoria. Es el acto jurídico a través del cual las partes definen —entre otras cosas— los puntos litigiosos que los árbitros habrán de resolver.” CAIVANO, Roque J.: *Arbitraje*, ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2ª edición, 2000, p. 137.

¹⁷ Sobre el derecho argentino, ver CAIVANO, Roque J.: “El compromiso arbitral: una institución inconveniente”, *Rev. La Ley* 1997-F-1177. Sobre el derecho brasileño, LEE, João Bosco: *Arbitragem comercial internacional nos países do Mercosul*, ed. Juruá, Curitiba, 2002, ps. 83 y siguientes.

¹⁸ En arbitrajes institucionales, el sometimiento al reglamento y las funciones que usualmente cumple la entidad que administra el arbitraje, cubren satisfactoriamente estas cuestiones, sin necesidad de provocar la intervención de los tribunales judiciales.

¹⁹ El origen “moderno” de esta figura se remonta al fallo de la Corte de Casación francesa del 10 de julio de 1843, en el que declaró que sólo podía pactarse el arbitraje para conflictos existentes y que la cláusula compromisoria no satisfacía el requisito establecido por el legislador, por lo que carecía de todo efecto. Cour de cassation, sala Civil, 10/07/1843, *in re* L’alliance c. Prunier, *Revue de l’arbitrage*, 1992, p. 399. Sobre la evolución posterior del derecho francés, ver MOREAU, Bertrand y DEGOS, Louis: “La clause compromissoire réhabilitée: Chronique d’une réforme annoncée”, *Gazette du Palais*, 14 de junio de 2001.

²⁰ GARRO, Alejandro M.: “Enforcement of arbitration agreements and jurisdiction of arbitral tribunals in Latin America”, *Journal of International Arbitration*, vol. 1, N° 4, 1989.

²¹ CONEJERO ROOS, Cristián: “Análisis comparativo de la influencia de la Ley Modelo de la CNUDMI en Latinoamérica”, *Revista Internacional de Arbitraje*, N° 4, ed. Legis, Bogotá, enero-junio de 2006, ps. 13 y siguientes.

²² “[P]unto clave en el normal desarrollo de la operación arbitral— es la atribución de eficacia directa tanto sustantiva como procesal al convenio, comprensivo a su vez de las dos modalidades señaladas [cláusula compromisoria y compromiso arbitral]. La específica virtualidad del arbitraje exige también una eficacia específica del convenio arbitral; no como simple contrato; menos como precontrato o *pacto de contrabando*. De aquí que progresivamente se haya abierto camino en el derecho positivo del arbitraje, tanto interno como internacional, la identificación de cláusula compromisoria y compromiso, como simples modalidades de la noción genérica o unitaria de convenio o pacto arbitral. Son numerosos hoy en día los ordenamientos internos que borran la distinción entre compromiso y cláusula compromisoria entronizando el concepto unitario de convenio arbitral”. CHILLÓN MEDINA, José María y MERINO MERCHAN, José Fernando: *Tratado de Arbitraje privado interno e internacional*, ed. Civitas, 2ª edición, Madrid, 1991, p. 591.

²³ Esta disposición, históricamente interpretada como una prohibición al dictado de medidas cautelares por parte de los árbitros, es hoy objeto de una acepción más amplia. En nuestra opinión, la necesidad de auxilio judicial sólo se produce cuando existe resistencia al cumplimiento voluntario de la medida cautelar y, por tanto, cuando existe necesidad de ejercer compulsión. CAIVANO, Roque J.: “Medidas cautelares en el arbitraje”, *Rev. JA* 1998-IV-47. En un sentido más restrictivo —aunque admitiendo que pueden dictarlas— otro autor opina que “en ningún caso los árbitros puedan ejecutar sus propias resoluciones cautelares”. PEYRANO, Jorge W.: “Medidas cautelares en los procesos arbitrales”, *Rev. JA* 2004-III-898.

²⁴ Ver, en general, CAIVANO, Roque J.: *Control judicial en el arbitraje*, ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2011.

²⁵ GAILLARD, Emmanuele: “The negative effect of competence-competence”, Mealey’s International Arbitration Report, Vol. 17, N° 1, enero de 2002, p. 27.

²⁶ BROCHES, Aron: *Commentary on the UNCITRAL Model Law*, International Handbook on Commercial Arbitration, supl. 11, enero de 1990. Por esta razón, algunos autores critican el término utilizado para definir el principio, ya que no es cierto que los árbitros tengan el derecho a decidir de manera definitiva sobre su jurisdicción. SAMUEL, Adams: *Jurisdictional problems in international commercial arbitration: a study of Belgian, Dutch, English, French, Swedish, Swiss, US and West German Law*, Publicaciones del Instituto Suizo de Derecho Comparado, ed. Shulthess Polygraphischer Verlag, Zurich, 1999, p. 182.

²⁷ CAIVANO, Roque J.: “Los laudos arbitrales y su impugnación por nulidad”, Rev. JA 1994-I-845.

²⁸ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando: *Arbitraje comercial y de las inversiones*, ed. Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Lima, 2007, p. 421 y siguientes. Ver, asimismo, MOTULSKY, Henry: “L’exécution des sentences arbitrales étrangères”, Annales de la Faculté de Droit de l’Université de Liège, 1964, ps. 141 y siguientes.

²⁹ FOUCHARD, Philippe, GAILLARD, Emmanuel y GOLDMAN, Berthold: *Traité de l’arbitrage commercial international*, ed. Litec, Paris, 1996, p. 899; CREMADES, Bernardo M.: “El arbitraje en la doctrina constitucional española”, Revista Internacional de Arbitraje, N° 6, ed. Legis, Bogotá, enero-junio de 2007, ps. 13 y siguientes; REISMAN, W. Michael: *Systems of control in international adjudication and arbitration. Breakdown and Repair*, ed. Duke University Press, 1992, p. 139.

³⁰ PARK, William W.: “Duty and Discretion in International Arbitration”, American Journal of International Law, vol. 93, 1999, ps. 805 y siguientes.

³¹ SANDERS, Pieter: *Quo vadis arbitration? Sixty years of arbitration practice*, ed. Kluwer, La Haya, 1999, p. 19.

³² GRIGERA NAÓN, Horacio A.: “La autonomía del acuerdo arbitral”, Rev. La Ley 1989-D-1107.

³³ CAIVANO, Roque J.: “Argentina necesita mejorar su legislación sobre arbitraje”, Rev. La Ley 1994-A-994.

³⁴ “Como lo prueban recientes modificaciones de las leyes de arbitraje, existe una tendencia a limitar la intervención judicial en el arbitraje comercial internacional. Al parecer, esta tendencia se justifica porque las partes en un acuerdo de arbitraje adoptan deliberadamente la decisión de excluir la competencia judicial y, en particular en los casos comerciales, prefieren la conveniencia práctica y la irrevocabilidad a prolongadas batallas judiciales”. Nota explicativa de la Secretaría de la CNUDMI (UNCITRAL) sobre la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, parágrafo 14.

³⁵ Como se vio, este es el objetivo explícito que se persigue con la eliminación del requisito del compromiso arbitral (que evita una acción judicial para “constituir” el tribunal arbitral) y con la consagración legal de los principios de la “competencia de la competencia” y de la separabilidad del acuerdo arbitral, que trataremos más adelante (que evitan un control judicial prematuro sobre la existencia o alcance de la jurisdicción arbitral).

³⁶ Con todo, la intervención judicial para la designación, recusación o sustitución de los árbitros sólo opera cuando se trata de arbitraje *ad hoc* o cuando las partes no han pactado un mecanismo diferente para ello, como usualmente sucede en arbitrajes institucionales, que otorgan esas atribuciones a la propia entidad que administra el arbitraje.

³⁷ Nota explicativa de la Secretaría de la CNUDMI (UNCITRAL) sobre la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, parágrafos 15 y 16.

³⁸ “El Poder Judicial, por su naturaleza, no puede ser jamás el poder invasor, el poder peligroso, que comprometa la subsistencia de las leyes y la verdad de las garantías, que tiene por misión hacer efectivas y amparar”. CSJN, 8/08/1872, *in re* Estado Nacional c. Ocampo, Manuel, Rev. Fallos 12: 134.

³⁹ Para lograr una cabal comprensión del arbitraje como justicia alternativa y complementaria respecto del proceso judicial “habrá que amortiguar y discernir los mitos y cargas ideológicas que presionan sobre el tema, pero sin descartar, al mismo tiempo, la consideración de las dificultades reales que este empresa conlleva (...) [y] esclarecer los términos de una relación fluida de cooperación recíproca entre el tribunal judicial y el órgano arbitral, a partir del reconocimiento de que esta última jurisdicción es tan válida, plena y eficaz como la del Estado”. MORELLO, Augusto M.: “Arbitraje: ideologías, dificultades, realidades (Algunas cuestiones del arbitraje interno e internacional”, en *Estudios de Derecho Procesal, Libro Homenaje XXV Aniversario*, Colegio de Abogados de San Isidro, 1991, p. 299.

⁴⁰ Debe anotarse que esta actitud de los tribunales –perceptible en muchos países durante el siglo XIX– ha cambiado notoriamente en las últimas décadas. Se advierte hoy que la desconfianza o la hostilidad judicial hacia el arbitraje se ha ido transformando en una mayor comprensión del respeto que merece la autonomía de la voluntad de las partes. LEW, Julian D.M., MISTELIS, Loukas A. y KRÖLL, Stefan M.: *Comparative international commercial arbitration*, ed. Kluwer, La Haya, 2003, p. 356.

⁴¹ Árbitros y jueces no compiten sino que se complementan, “asociándose” en un sistema de justicia. HOLTZMANN, Howard M.: “L’arbitrage et les tribunaux: des associés dans un système de justice international”, *Revue de l’arbitrage*, 1978, ps. 253 y siguientes.

⁴² ALVAREZ, Gladys Stella: “Resolución alternativa de conflictos - Estado actual en el panorama Latinoamericano”, *ELDial.com*, 31 de octubre de 1999.

⁴³ ANAYA, Jaime L.: “Control judicial del arbitraje”, *Rev. La Ley* 2004-B-312.

⁴⁴ FERNÁNDEZ LEMOINE, María Rosa y SELIM, María Roxelana: “El arbitraje de consumo en la experiencia argentina”, Rev. La Ley 2002-A-1191.

⁴⁵ “[E]l arbitraje sólo es posible si las autoridades jurisdiccionales desean que éste funcione. La ley regula la intervención jurisdiccional en determinadas fases del *iter* arbitral. En la medida en que estas vinculaciones puedan atenuarse creando los mecanismos que hagan menos dependiente al arbitraje del sistema judicial, se cumplirán las metas que se requiere para el desarrollo de esta institución.” MONTTOYA ALBERTI, Ulises: “El futuro del arbitraje comercial. Visión General”. Rev. Cathedra, Año III, N° 4, Lima, mayo de 1999, ps. 40 y 41.

⁴⁶ “Siempre que los tribunales ordinarios deben intervenir en el juicio arbitral para suplir la falta de imperio de los árbitros, su única misión es la de ejecutar el acto de imperio de que los compromisarios son incapaces. Ellos no tienen responsabilidad en las resoluciones arbitrales y sólo les corresponde adoptar las medidas necesarias para su cumplimiento”. AYLWIN AZÓCAR, Patricio: *El juicio arbitral*, Editorial Jurídica de Chile, 5ª edición, Santiago, 2005, p. 411.

⁴⁷ La Corte Suprema de Justicia de los EE.UU., hace 150 años, hizo notar que la decisión de los árbitros, salvo supuestos de excepción, no está ni debe estar sujeta a revisión judicial pues, de lo contrario, se sustituirían los jueces elegidos por las partes y el laudo, en lugar de ser el final, sería el comienzo de un pleito. US Supreme Court, 1854, *in re* Burchell v. Marsh, 58 U.S. 344, 349.

⁴⁸ BERIZONCE, Roberto Omar: “Los medios alternativos de solución de conflictos: bases para su implementación”, en Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, Tomo XXXII.

⁴⁹ PARODI, Víctor Gustavo: “El caso ‘Yacyretá’ (O cómo retroceder ochenta años). Análisis y comentarios”, Revista de Derecho Comparado, ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2006, N° 11, p. 187 y siguientes. El autor explica, con cita de Goldman, Redfern & Hunter y Lord Mustill, que la relación entre tribunales judiciales y arbitrales debería asimilarse al vínculo existente entre dos socios pues, aunque no se trate de una sociedad entre iguales –sustancialmente debido a la falta de *imperium* de los árbitros–, árbitros y jueces deberían tener un rol diferente a ejercer en distintos momentos, en forma similar a lo que ocurre con una carrera de “relevos”. Así, antes de constituirse el tribunal arbitral, corresponderá a los jueces velar por el cumplimiento del acuerdo arbitral; una vez en funciones los árbitros, les tocará continuar la carrera hasta el dictado del laudo; finalmente, una vez cumplido el cometido principal de los árbitros, corresponde un nuevo relevo a los tribunales judiciales para hacer cumplir el laudo arbitral ante la eventual reticencia o desconocimiento de la parte vencida en el arbitraje.

⁵⁰ VÉSCOVI, Enrique: “Nuevas tendencias y realidades en el proceso civil”, Rev. Uruguay de Derecho Procesal, Montevideo, 1994, p. 465.

⁵¹ FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L. y LEONARDI DE HERBÓN, Hebe M.: *El arbitraje*, ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 59.

⁵² BARONA VILAR, Silvia: “Binomio, arbitraje y Poder Judicial en el siglo XXI: entre la pasión y el pensamiento”, *Rev. Boliviana de Derecho*, N° 2, Santa Cruz, julio de 2006, p. 149.

⁵³ CSJN, 11/07/1996, *in re* S.A. Energomachexport c. Establecimientos Mirón S.A., *Rev. Fallos* 319: 1287, publicada asimismo en *Rev. JA* 1997-A-6, con nuestra nota “Un nuevo respaldo de la corte al arbitraje”.

⁵⁴ OPPEITI, Bruno: *op. cit.*, p. 45.

Roque J. Caivano

Arbitro y Gerente Jurídico de la Cámara Arbitral de la Bolsa de Cereales. Es miembro del Grupo Latinoamericano de Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio (ICC), de la Asociación Latinoamericana de Arbitraje (ALARB) y del Instituto Latinoamericano de Arbitraje (ILdeA), el cual también ha presidido, además de haber colaborado con varios gobiernos de la región para la elaboración de sus respectivas leyes de arbitraje.

Es árbitro de las Cámaras de Comercio de, entre otros, Santa Cruz (Bolivia), Lima (Perú), Santiago (Chile), Quito (Ecuador), Guayaquil (Ecuador) y la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid (España). Es autor o coautor de 6 libros, y cerca de 200 trabajos publicados.

Como profesor, el Dr. Caivano ha impartido clases en las Maestrías en Asesoramiento Jurídico de Empresas o Derecho Empresario, de las Universidades Austral (Buenos Aires y Rosario), y Torcuato Di Tella (Buenos Aires), entre otras. Es egresado de la Universidad de Buenos Aires y Doctor en Ciencias Jurídicas por la Universidad de El Salvador.

El Papel del Juez en el Arbitraje Comercial Internacional

Román Solís Zelaya



Marco Legal del Arbitraje Comercial Internacional en Costa Rica

Costa Rica actualizó recientemente su ordenamiento jurídico, al adoptar la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) como cuerpo normativo estandarte del desarrollo del arbitraje comercial internacional en nuestro país. Como consecuencia de lo anterior, Costa Rica posee un sistema dual; es decir, por un lado cuenta con una ley especial para el arbitraje interno o doméstico, y por el otro lado cuenta con una serie de instrumentos legales específicos para el arbitraje comercial internacional.

Hasta antes de la entrada en vigencia de la Ley Modelo, nuestros servidores judiciales tenían poco roce con el instituto del arbitraje, y el poco roce que tenían, se enmarcaba dentro del arbitraje doméstico. La novedosa

*Magistrado de la Corte
Suprema de Justicia de Costa
Rica y profesor instructor en
Régimen Académico en la
Facultad de Derecho de la
Universidad de Costa Rica.*

legislación contempla, en el artículo 6 y mediante la remisión a otras normas, la participación de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia en el arbitraje comercial internacional y le asigna el trámite de una serie de asuntos, dándole la posibilidad de designar, para esos fines, a la autoridad judicial que corresponda, según las normas internas de competencia (medidas cautelares, práctica de pruebas, etc.).

Por esta razón, y a la luz de la nueva legislación en arbitraje comercial internacional en nuestro país, expondré brevemente los supuestos de intervención judicial en el arbitraje.

El procedimiento arbitral se considera un efecto que se da a consecuencia de la voluntad de las partes contratantes. Aunque se desea que el proceso de arbitraje sea lo más independiente y autónomo posible y que la jurisdicción ordinaria se mantenga aparte de este mecanismo alterno, no siempre este supuesto se cumple a cabalidad, debido a ciertos aspectos que hacen necesaria una asistencia de las cortes nacionales.

Muchas veces la figura del árbitro es confundida con la figura de los jueces, por lo que es necesario hacer una rápida diferenciación: tanto los árbitros como los jueces llevan a cabo las acciones que darán como producto final el dictado de una sentencia en sentido amplio. Estas resoluciones finales tendrán los mismos efectos para las partes, pues tendrán fuerza ejecutoria. Ésta es su principal semejanza. Además de esto, ambos procuran impartir justicia de una manera imparcial, tratando de llegar a una solución que verdaderamente resuelva el conflicto.

Pero aun existiendo varias semejanzas entre los jueces y los árbitros, se pueden notar claramente las diferencias existentes. Los jueces son funcionarios estatales, funcionarios públicos que van a estar en su cargo de una manera, se podría decir, permanente. Se dice así, en el sentido en que los jueces no solamente van a resolver un caso, sino que su función les permitirá resolver cuanto caso llegue a su conocimiento, mientras se mantengan en su puesto. En cambio, los árbitros son sujetos privados, seleccionados para un caso concreto, que ejercerán una función pública, ya que su labor de impartir justicia y de dictar una sentencia arbitral vinculará a las partes cuando se tramite su ejecución en las instancias judiciales competentes.

Teniendo en cuenta todo lo anteriormente expuesto, los árbitros por sí solos muchas veces no pueden llevar un proceso arbitral, ya sea un arbitraje doméstico o bien uno comercial internacional sin recurrir a las instancias judiciales ordinarias, por lo que es válido decir que el arbitraje comercial internacional no puede funcionar sin la asistencia de los tribunales nacionales. En resumen, la regla general consiste en limitar la intervención judicial, es decir, velar por la independencia del procedimiento arbitral excluyendo lo máximo posible a la justicia ordinaria de las actuaciones arbitrales, sin embargo, existen situaciones en las cuales se hace necesario el auxilio del ordenamiento judicial, por ser este último el único que tiene facultad para la realización de determinadas actuaciones.

Supuestos en los Cuales se Presenta la Intervención

1. Conocimiento del pacto arbitral

Un momento de intervención judicial, por no decir el primero, lo constituye el conocimiento de la cláusula o pacto arbitral por el juez estatal y la consecuente remisión de las partes al arbitraje. Se puede pensar en un escenario donde una de las partes inicia un procedimiento en contra de la otra en instancias judiciales ordinarias, aun existiendo un acuerdo arbitral. En este preciso momento el juez llega a tener contacto con el pacto arbitral y es quien va a remitir a las partes a arbitraje si se llega a la conclusión de que el acuerdo es válido, para así dotar de efectividad a ese mecanismo escogido por ellas. También puede ser posible que la parte demandada oponga la excepción de incompetencia o compromiso arbitral. Lo resuelto por el juez, puede no ser aceptado por la parte actora, generándose un conflicto que abre una instancia adicional. En el caso de Costa Rica, sería la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

Es importante, para comprender este aspecto, tener en mente el artículo II inciso 3) de la Convención de Nueva York, el cual clara y expresamente menciona el respeto que se le debe que tener al acuerdo arbitral y la remisión de las partes al procedimiento arbitral por parte de las cortes judiciales. Ahora bien, este mismo artículo termina diciendo que dicha remisión se realizará a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable. En cuanto a este examen o análisis de las cortes acerca del acuerdo arbitral,

hay distintas posiciones en la doctrina y en las diversas legislaciones nacionales. Algunas se inclinan hacia la idea de que ese primer análisis de las cortes acerca del pacto arbitral debe ser uno completo y relativamente profundo, para de esta manera declararlo ya sea nulo, ineficaz o inaplicable.

Por el otro lado, la otra posición consiste o prefiere la realización de un análisis no tan profundo o detallado acerca del acuerdo arbitral, sino que se prefiere un análisis breve de dicho pacto y de esta manera, remitir a las partes al proceso arbitral, permitiendo que sean los árbitros quienes decidan sobre su propia competencia, en aplicación del principio *Kompetenz-Kompetenz*.

De igual manera ocurre cuando una de las partes solicite al órgano judicial decidir sobre la competencia del tribunal arbitral (art. 16.3), cuando no esté satisfecha con el pronunciamiento de los árbitros sobre su competencia.

2. Medidas Cautelares

Otro de los aspectos más característicos de la intervención judicial lo constituye el tema de las medidas cautelares. Al hablar de estas se hace mención a la posibilidad de una de las partes de solicitar acciones que permitan el correcto desenvolvimiento del arbitraje y que la eficacia de lo dispuesto en el laudo sea asegurada. Una acertada definición de lo que se entiende por medidas cautelares, la encontramos en nuestra nueva ley al emular la Ley Modelo, al mencionar que por medida cautelar se entenderá toda medida temporal, por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo por el que se dirima definitivamente la controversia, el tribunal arbitral ordene a una de las partes que realice algún tipo de acción de las que ahí menciona (art. 17.2):

- a. mantenga o restablezca el status quo en espera de que se dirima la controversia;
- b. adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente, o el menoscabo del procedimiento arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo al procedimiento arbitral;
- c. proporcione algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar todo subsiguiente; o

d. preserve elementos de prueba que puedan ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia.

Igualmente, las condiciones para el otorgamiento de dichas medidas son las usuales (art. 17 A):

- a. de no otorgarse la medida cautelar es probable que se produzca algún daño, no resarcible adecuadamente mediante una indemnización, que sea notablemente más grave que el que pueda sufrir la parte afectada por la medida en caso de ser esta otorgada; y
- b. existe una posibilidad razonable de que su demanda sobre el fondo del litigio prospere. La determinación del tribunal arbitral respecto de dicha posibilidad no prejuzgará en modo alguno toda determinación subsiguiente a que pueda llegar dicho tribunal.

Cabe señalar que, debido a las limitaciones de los árbitros dentro de su competencia privada, usualmente se hace necesaria la cooperación de las cortes nacionales para poder hacer efectivas las medidas cautelares, más aún cuando se pueden involucrar terceros.

Un punto esencial sobre el tema de las medidas cautelares en los arbitrajes, es el aspecto de la competencia. Se habla aquí de competencia para entender quién es la autoridad que le corresponde conocer acerca de una petición sobre medidas cautelares. Primero, se hace necesario realizar un análisis de la legislación nacional de la sede del arbitraje para saber si se le permite al tribunal arbitral conocer sobre dicha solicitud de medidas, ya que de lo contrario se van directamente antes las cortes judiciales. Ahora bien, de ser el caso en que efectivamente los tribunales arbitrales son los encargados de conocer sobre el tema, hay que tener en cuenta si el tribunal arbitral ya se encuentra constituido o no. Si ya lo está, pues la petición de las medidas cautelares se dirigirá ante él, pero de no existir dicha constitución, la competencia recae sobre las cortes.

Claro está que, la regla usual es que, ya sea que el tribunal arbitral sea el órgano que otorgue primariamente la medida cautelar, la efectividad final de la medida corresponderá a las autoridades judiciales (artículo 17.H.1, 17.J).

La intervención de los jueces ordinarios se activa cuando se presenta la necesidad de practicar una prueba que afecte los derechos de terceros o que requieran una autorización judicial.

3. Práctica de Pruebas

Otro tema de la intervención judicial en procedimientos arbitrales lo constituye la asistencia judicial para la práctica de pruebas. Los tribunales arbitrales están facultados para decidir sobre este aspecto, cuáles acepta y cuáles no, así como el lugar donde se practicarán. La intervención de los jueces ordinarios se activa cuando se presenta la necesidad de practicar una prueba que afecte los derechos de ter-

ceros o que requieran una autorización judicial. Hay que recordar que es en la restricción del poder de actuación de los árbitros en donde radica el verdadero fundamento de la asistencia judicial, ya que los árbitros carecen de la potestad de coerción para realizar ciertas actuaciones.

Un ejemplo se observa cuando una parte solicite como prueba una exhibición de libros de contabilidad de un tercero, así como también podría ser el caso cuando se necesite cierta información de alguna empresa o alguna entidad o institución. Es decir, se hace necesaria la asistencia de los tribunales estatales en cierto tipo de solicitud de pruebas, debido a la falta de poder de imperio de los árbitros sobre terceras personas.

Se requiere en la mayoría de las veces, para poder solicitar la asistencia judicial en el tema de la práctica de pruebas, la anuencia o autorización del tribunal arbitral.

Además, hay que decir que aunque los árbitros efectivamente están facultados para poder admitir o no las pruebas que se les presenten, esto podría dar pie a que se llegue a dar otro momento de intervención por parte de las cortes. Se habla del análisis de la ilegalidad de alguna prueba admitida y practicada por el tribunal arbitral, ilegalidad que incluso podría tener como consecuencia una eventual anulación del laudo.

4. Recusación de Árbitros

La Ley dispone que toda recusación de árbitros se realice mediante un escrito dirigido al tribunal arbitral, el cual será el órgano competente para conocer la petición. La intervención judicial tiene cabida aquí, ya que la Ley prevé la posibilidad de que la parte pueda llevar la decisión de rechazo del tribunal arbitral sobre la recusación a conocimiento de las cortes nacionales, quienes decidirán definitivamente la cuestión, sin la posibilidad de recurso alguno. Menciona el artículo 13 inciso 3) de dicho cuerpo normativo:

Artículo 13. Procedimiento de recusación

1) ...

2) ...

3) Si no prospera la recusación incoada con arreglo al procedimiento acordado por las partes o en los términos del párrafo 2) del presente artículo, la parte recusante podrá pedir, dentro de los treinta días siguientes al recibo de la notificación de la decisión por la que se rechaza la recusación, al tribunal u otra autoridad competente conforme al artículo 6, que decida sobre la procedencia de la recusación, decisión que será inapelable; mientras esa petición esté pendiente, el tribunal arbitral, incluso el árbitro recusado, podrán proseguir las actuaciones arbitrales y dictar un laudo.

5. Anulación de los Laudos

La jurisdicción competente para entrar a analizar una posible anulación de las sentencias arbitrales va a ser la jurisdicción de la sede del arbitraje. Se observa aquí otro tipo de intervención judicial dentro del proceso arbitral, pues el único recurso que se puede ejercer ante un laudo, es el recurso de nulidad que le corresponderá conocer a las cortes nacionales del Estado del arbitraje.

En Costa Rica, dicho recurso se interpondrá ante la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia y, entre los motivos que pueden alegar alguna de las partes están: que las partes estén afectadas por alguna incapacidad para celebrar el acuerdo de arbitraje o que este acuerdo no sea válido, que una de las partes no haya sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, que una parte no haya podido hacer valer sus derechos, que el laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje, que

la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se hayan ajustado al acuerdo entre las partes o a falta de tal acuerdo, a las disposiciones de ese cuerpo normativo.

También, en el inciso b) del segundo párrafo del artículo 34 de la nueva Ley se establecen las causales por las cuales un tribunal puede invocar de oficio la nulidad del laudo y se refieren a los casos en donde la materia de la controversia no era susceptible de arbitraje según la ley costarricense, así como cuando el laudo es contrario al orden público de Costa Rica.

6. Reconocimiento y Ejecución de Laudos

Es esta etapa el escalón final del procedimiento arbitral y que conlleva la ejecución de lo dispuesto en el laudo (art. 35 y 36 de la nueva Ley).

El reconocimiento y ejecución del laudo implican otra fase de intervención judicial, debido a que únicamente se podrá hacer efectiva su ejecución, mediante el poder coercitivo que poseen las cortes de los diversos Estados. Al llevar un laudo a un determinado Estado para hacerlo valer, inevitablemente se necesitará la asistencia de la jurisdicción ordinaria del lugar donde se quiere ejecutar la sentencia arbitral.

En Costa Rica, tal como se verá más adelante, esta función le corresponde igualmente a la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

A manera de conclusión, quiero expresar los siguientes puntos:

En primer lugar, hay que observar a la intervención judicial en el arbitraje como una labor de asistencia y de cooperación, como una labor de ayuda, y jamás de intromisión o entrabamiento por parte de la jurisdicción ordinaria. El arbitraje comercial internacional requiere muchas veces una adecuada asistencia por parte de las cortes nacionales para poder llevar a buen puerto el proceso, de ahí la necesidad de esta intervención;

En segundo y último lugar, esta intervención no atenta contra la naturaleza privada y contractual inserta en el arbitraje, por el contrario, lo estimula y lo impulsa. Esto es así, ya que si se intenta buscar el verdadero objetivo del procedimiento arbitral comercial internacional no se encontrará otra respuesta

que no sea la efectividad del proceso y el posterior cumplimiento del laudo. La asistencia judicial existe en estos casos para dotar de mayor efectividad al arbitraje, así de sencillo. En otras palabras, la cooperación judicial lo único que hace es facilitar la realización de una adecuada puesta en práctica del procedimiento de arbitraje.

Luego de haber analizado estos supuestos de intervención del juez en el arbitraje, creemos que para el caso de Costa Rica, por haber entrado recientemente al mundo del arbitraje comercial internacional, le queda la importantísima tarea de la constante educación, capacitación y necesario adiestramiento del personal competente, para que la especialidad que es nota predominante en esta materia no se pierda, sino que se refuerce con la participación del Poder Judicial.

Hay que observar a la intervención judicial en el arbitraje como una labor de asistencia y de cooperación, y jamás de intromisión por parte de la jurisdicción ordinaria. El arbitraje comercial internacional requiere muchas veces una adecuada asistencia por parte de las cortes nacionales para poder llevar a buen puerto el proceso.

Ejecución del Laudo Internacional en Costa Rica

La Convención de Nueva York, ratificada por Costa Rica, establece el reconocimiento y ejecución de los laudos que se dicten en un Estado distinto de aquel en que se pide su reconocimiento y ejecución. A este efecto, establece que cada Estado parte reconocerá la autoridad de la sentencia arbitral y concederá su ejecución de conformidad con las normas de procedimiento vigentes en su territorio.

En el mismo sentido, la Convención de Panamá, también ratificada por Costa Rica, establece que los laudos arbitrales no impugnados tendrán carácter o fuerza de sentencia judicial y podrán ser ejecutados y reconocidos de la misma forma que las sentencias dictadas por el tribunal judicial local respectivo.

En los artículos 35 y 36 de la nueva ley se establecen las reglas generales para el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales internacionales. El principal requisito formal es la presentación en forma escrita de la petición de reconocimiento y ejecución, en el idioma del tribunal donde se solicite. El laudo, de ser el caso, deberá ser traducido al idioma de la jurisdicción donde se pide su reconocimiento.

Las casuales de denegación del reconocimiento y ejecución del laudo las encontramos en el artículo 36 de la nueva Ley, las cuales coinciden con las establecidas en la Convención de Nueva York:

Artículo 36.- Motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución

1- Solo se podrá denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se haya dictado:

a) 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:

i) que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7 estaba afectada por alguna incapacidad, 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; o

ii) 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; o

iii) 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, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras; o

iv) 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

v) 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; o

b) *cuando el tribunal compruebe:*

i) *que, según la ley de Costa Rica, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o*

ii) *que el reconocimiento o la ejecución del laudo serían contrarios al orden público de Costa Rica.*

2) Si se ha pedido a un tribunal de los previstos en el inciso v) del apartado a) del párrafo 1) del presente artículo, la nulidad o la suspensión del laudo, el tribunal al que se pide el reconocimiento o la ejecución podrá aplazar, si lo considera procedente, su decisión y, a instancia de la parte que pida el reconocimiento o la ejecución del laudo, podrá también ordenar a la otra parte que dé garantías apropiadas.

De conformidad con el artículo 707 del Código Procesal Civil, la ejecución de laudos internacionales corresponde a la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

Además, el artículo 705 del mismo cuerpo normativo establece lo siguiente:

Artículo 705.- Requisitos

Para que la sentencia, el auto con carácter de sentencia, o el laudo extranjero surtan efectos en el país, deberán reunir los siguientes requisitos:

1) Que estén debidamente autenticados.

2) Que el demandado hubiere sido emplazado, representado o declarado rebelde, con arreglo a la ley del país de origen, y que hubiere sido notificado legalmente de la sentencia, auto con carácter de sentencia o laudo.

3) Que la pretensión invocada no sea de competencia exclusiva de los tribunales costarricenses.

4) Que no exista en Costa Rica un proceso en trámite, ni una sentencia ejecutoriada, por un tribunal costarricense, que produzca cosa juzgada.

5) Que sean ejecutorios en el país de su origen.

6) Que no sean contrarios al orden público.

No obstante lo anterior, al haber ratificado Costa Rica la Convención de Nueva York, en caso de conflicto prevalecerán los requisitos que en ella se establezcan, sobre los del Código Procesal Civil.

Román Solís Zelaya

Jurista y notario. Magistrado de la Sala I de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica desde 2001 y profesor instructor en Régimen Académico en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, habiéndose también desempeñado como profesor de derecho público y constitucional en la Universidad La Salle.

Ha ostentando diversos cargos públicos en la Procuraduría General de la República, incluyendo el cargo de Procurador de la República, el Colegio de Abogados y la Academia Nacional.

El Rol de las Judicaturas Nacionales en el Arbitraje Comercial Internacional

Alberto Fernández López



Introducción

El arbitraje comercial internacional es una vía privada, que se ofrece como una alternativa al litigio ante tribunales judiciales de un Estado. El arbitraje tiene la finalidad de dar solución a conflictos de índole patrimonial, donde las partes han convenido en sustraer el conocimiento de la controversia de los Tribunales Judiciales locales.

Se reconoce en la doctrina arbitral, que el arbitraje comercial internacional es la vía idónea y natural, en el contexto económico actual de la globalización comercial, para resolver los conflictos surgidos en el comercio internacional.¹

La judicatura no está excluida o aislada de este ámbito del Derecho y de la vida económica; al contrario, debe existir una relación de cooperación y asistencia entre ambas jurisdicciones, para facilitar la marcha del proceso arbitral y su efectividad.

Socio de la firma CJA Abogados (Costa Rica). Asesor legal en las áreas de planeación y desarrollo de contratos comerciales en comercialización, distribución y transporte de mercaderías; sociedades y fideicomisos, fusiones y adquisiciones de empresas, distribución y representación de casas extranjeras y comercialización agroindustrial.

La uniformidad internacional en cuanto a normas legales que regulan el arbitraje comercial internacional, en especial la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) aceptada por 70 Estados², Convención de Nueva York ratificada por 149 Estados y territorios³ y Convención de Panamá ratificada por 19 países de nuestra América⁴, así como los principios, reglas y doctrina jurisprudencial generada por la práctica arbitral internacional,⁵ constituyen una realidad en el mundo jurídico de los negocios internacionales, que si bien no está exenta de dificultades, han llegado a conformar un sistema de solución de conflictos internacionales que ha crecido significativamente en los últimos veinte años.

En la medida que cada uno de nuestros países mantenga una aplicación de esas normas y principios, conforme a los estándares internacionales del mundo arbitral, hará más confiable, segura y predecible la resolución de controversias en esta zona del mundo, minimizando el riesgo económico que conlleva cualquier operación de comercio internacional o la atracción de inversión extranjera directa y la solución de sus eventuales conflictos.⁶

El propósito de este artículo es analizar sucintamente (i) la distinción entre la jurisdicción de los jueces y la jurisdicción arbitral, para que comprendiendo las particularidades y las diferencias que presentan, se pueda (ii) identificar las áreas de cooperación y colaboración entre ambas jurisdicciones y definir el rol que compete a la judicatura frente al arbitraje comercial internacional y (iii) exponer la práctica judicial costarricense en este tema a modo de ilustración general.

I.- Dos jurisdicciones distintas y en relación de cooperación

(i) Fundamentos de cada jurisdicción

La jurisdicción es la actividad a través de la cual se procura restablecer el orden jurídico vulnerado por conductas humanas contrarias a las que la norma estatal postula. Su particular modo de expresarse es la sentencia, donde se concreta la función de juzgar mediante la imposición de una conducta específica a las partes, para quienes -en virtud de hallarse sometidos a ella- reviste carácter vinculante y obligatorio.⁷ A su vez, toda sentencia conlleva la ame-

naza de que, en caso de resistencia o de falta de cumplimiento espontáneo, se pueda imponer coactivamente.

En los casos de la jurisdicción obligatoria, como lo es la judicial, la autoridad de la sentencia proviene de la Constitución Política y la Ley, que dota al aparato estatal de los medios coercitivos necesarios para imponer la sentencia.

En el arbitraje comercial internacional, la fuerza obligatoria del laudo proviene de la voluntad misma de las partes que se comprometieron a acatarlo⁸, al haber accedido, de manera voluntaria, a dirimir su conflicto por medio de un tercero neutral, que es una persona particular al que se le dan facultades jurisdiccionales y se reconoce a su decisión los mismos efectos que una sentencia. De manera mediata, los árbitros derivan su jurisdicción de la Ley que reconoce, incluso a nivel constitucional, el derecho que tienen los particulares para someter a arbitraje determinadas cuestiones patrimoniales y disponibles, siendo así que detentan una jurisdicción para un determinado asunto, no es una jurisdicción permanente como si lo es la judicial; por ello la arbitral es una jurisdicción limitada en el tiempo y limitada por la materia que puede conocer y resolver.⁹

Es de interés señalar que la Sala Constitucional de Costa Rica¹⁰, determinó en uno de sus primeros precedentes sobre el tema, que el arbitraje es un proceso de naturaleza jurisdiccional:

“IV.- Naturaleza del arbitraje y principales rasgos.- Para la Sala la naturaleza del arbitraje es jurisdiccional, puesto que es un proceso que emana directamente de la Constitución Política, como un medio idóneo y alternativo para que las personas terminen sus diferencias patrimoniales, cuyas decisiones finales tienen las características y la misma fuerza de la cosa juzgada material, puesto que los laudos son obligatorios para las partes y ejecutorios por los medios procesales comunes e imperativos.”¹¹

Al ser dos jurisdicciones distintas, la del Poder Judicial indispensable para una buena marcha de los Estados y la sociedad en general, y el arbitraje como un ámbito específico del derecho de libertad y autonomía de la voluntad de los particulares y sólo para cuestiones patrimoniales y transables, en principio, no deberían tener una mayor relación.¹²

(ii) Intervención judicial mínima y taxativa

La doctrina arbitral enfatiza usualmente la separación que debe existir entre los jueces del Estado y los árbitros, queriendo resaltar la autonomía procesal que goza el arbitraje. No obstante, lo cierto es que el arbitraje requiere -en muchos casos- de la cooperación y asistencia judicial.

Al respecto, comparto un criterio fijado desde el año 2000 por la Sala Primera de la Corte costarricense, que ilustra el ideal de la intervención de los órganos judiciales en los procesos arbitrales:

“En primer lugar debe tomarse en cuenta que el legislador se propuso desjudicializar en lo posible el arbitraje, para que fuese efectivamente una alternativa a la justicia institucional. Consecuente con ello, es la prohibición de que los órganos judiciales puedan ser designados árbitros de equidad o de derecho (art. 25). En segundo lugar, para potenciar el arbitraje no sólo se le substraigo del Código Procesal Civil, donde no era sino un procedimiento más, sino que se autorizó a las partes para elegir libremente el procedimiento idóneo frente a la naturaleza del conflicto suscitado, con la única limitación de respetar los principios constitucionales de derecho de defensa y de contradicción (art. 39). En suma la asignación de nuevas competencias a la Sala no puede ser entendida sino como la única injerencia permitida por el legislador a los tribunales en una institución concebida para potenciar una alternativa real a la Administración de Justicia impartida por los órganos judiciales.”¹³ (Lo resaltado no es del original).

Ese criterio de intervención mínima de la judicatura en el arbitraje representa uno de los pilares básicos de esta institución jurídica y que se encuentra consagrado en el artículo 5 de la Ley Modelo de CNUDMI que dispone:

“Artículo 5. Alcance de la intervención del tribunal

En los asuntos que se rijan por la presente ley no intervendrá ningún tribunal, salvo en los casos en que esta ley así lo disponga.”¹⁴

La Ley de Arbitraje Comercial Internacional, conforme a la Ley Modelo CNUDMI, dispone taxativamente la intervención judicial en determinados supuestos:

- a. Se otorga competencia a los tribunales judiciales de la sede del arbitraje, para resolver las gestiones de nombramiento de árbitro ante la ausencia de acuerdo o designación por las partes o el ente nominador;
- b. Se otorga competencia a los tribunales judiciales de la sede del arbitraje para conocer la impugnación de la resolución que deniega la recusación de un árbitro y emitir la resolución de cesación de un árbitro, cuando existe conflicto en tal sentido;
- c. Se otorga competencia a los tribunales judiciales de la sede del arbitraje para resolver la impugnación sobre la declaratoria de competencia que emita el tribunal arbitral;
- d. Se otorga competencia a los tribunales judiciales de la sede del arbitraje para conocer el Recurso de Nulidad contra el laudo; y
- e. Se otorga competencia al tribunal judicial donde se pretenda el reconocimiento y la ejecución de las órdenes procesales sobre medidas cautelares, auxilio en la producción de prueba, reconocimiento y ejecución de laudos internacionales.

Delimitada la intervención judicial en el arbitraje a labores específicas de asistencia, cooperación y tutela específica de los derechos de las partes, se le permite mantener su naturaleza de medio privado de solución de conflictos, conducido conforme la voluntad de las partes.

Como podrá notarse, se trata de funciones de intervención judicial de carácter específico, donde los árbitros y las partes no tendrían la capacidad de avanzar en el proceso que han escogido sin la asistencia judicial (nombramiento y recusación de árbitros); o el proceso arbitral podría verse truncado por la falta de coercitividad de los árbitros (imposición de medidas cautelares y asistencia en la producción probatoria) o, finalmente, la tutela judicial de los derechos de las partes (impugnación de la competencia, la nulidad del laudo, el reconocimiento y ejecución del laudo internacional).

Delimitada la intervención judicial en el arbitraje a labores específicas de asistencia, cooperación y tutela específica de los derechos de las partes, se le permite al arbitraje mantener su naturaleza de medio privado de solución de conflictos, conducido conforme la voluntad de las partes, es decir, utilizando un procedimiento libremente pactado por ellas o por el tribunal arbitral conforme a las características propias de la controversia. De aquí la conocida frase de que “el arbitraje es un traje a la medida” que se confecciona de acuerdo a cada caso.¹⁵

De ese modo, la forma de intervención del juez estatal en el arbitraje es muy distinta de lo que usualmente es su labor diaria, en la que puede intervenir de oficio, cumple muchas veces funciones de tutela de las partes y sus intereses litigiosos, verifica la procedencia de las medidas cautelares y se rige por normas procesales que definen claramente sus poderes y cómo los ejerce.

En cambio, cuando el juez estatal tiene frente a sí un arbitraje, se encuentra con un proceso con reglas flexibles, fijadas por las partes y el tribunal arbitral; en ocasiones hacen uso de reglamentos arbitrales y reglas de procedimientos que no tienen sustento positivo, salvo la propia autonomía de voluntad de las partes. Por su naturaleza dispositiva, el arbitraje es flexible, moldeable por las partes, de modo que su naturaleza y esencia son distintas a los procesos judiciales.

Las leyes de arbitraje establecen que el juez estatal sólo interviene en determinadas y específicas actuaciones, donde un Tribunal Arbitral es incapaz de actuar, usualmente por su falta de autoridad y coercitividad, porque no cabría darle mayores atribuciones sin desnaturalizar y eliminar la esencia misma de la institución arbitral.

La Sala Constitucional costarricense demarcó claramente las diferencias entre ambas jurisdicciones, criterio que compartimos totalmente y permite clarificar este tema:

“El Tribunal no comparte el criterio de los accionantes relativo a que el arbitraje puede asimilarse al proceso ordinario y por ello, debería contar con los mismos medios recursivos. Ciertamente los dos procesos buscan el mismo objetivo, cual es resolver un conflicto de naturaleza jurídica entre dos partes; sin embargo, difieren en

la forma en alcanzarlo. El arbitraje es un instrumento procesal que el ciudadano puede utilizar para ejercer su derecho a resolver sus diferencias patrimoniales a través de un medio alternativo a la tutela jurisdiccional. El artículo 2° de la Ley N° 7727 denominada Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social señala que "...toda persona tiene el derecho de recurrir al diálogo, la negociación, la mediación, la conciliación, el arbitraje y otras técnicas similares, para solucionar sus diferencias patrimoniales de naturaleza disponible." Se trata entonces de uno entre varios métodos alternativos de resolución de controversias. No es, como algunos podrían pensar, una forma de impartir justicia opuesta a la estatal, pero sí diferente en varios aspectos. Ambos constituyen medios para la resolución de conflictos, que tutelan derechos diferentes aunque, se insiste, no por ello opuestos: el artículo 41 referido a la tutela judicial y el 43 a la tutela arbitral.

VIII.- En primer término, la justicia arbitral tiene su origen en un acuerdo de voluntades suscrito con ese propósito, fundado en el principio de autonomía de la voluntad. Prueba de ello es que nadie puede ser obligado a participar en un arbitraje si de previo no ha consentido en eso por escrito. El proceso ordinario, en cualesquiera de sus formas, es actividad judicial. Tiene su origen en una controversia que culmina con la interposición de una demanda ante un órgano judicial por parte de una persona física o jurídica (actora) en contra de otra (demandada). El demandado es traído al proceso de manera forzosa y deberá mantenerse en él con el objeto de defender sus derechos. Por otra parte, y en relación con el objeto del proceso, es importante acotar que no todos los asuntos pueden ser sometidos a arbitraje; existen materias de orden público que por su naturaleza están reservadas para ser conocidas y resueltas por la jurisdicción estatal la que, por el contrario, puede y debe conocer y resolver todos los asuntos que le sean sometidos. En relación con los profesionales que tramitan el proceso, el arbitraje es conducido por profesionales (normalmente abogados, pero en los procesos ad hoc no necesariamente es así), nombrados por las partes y pagados por éstas. Desempeñan su labor como verdaderos jueces en tanto su decisión es vinculante y produce cosa juzgada material. Sin embargo, a diferencia de los jueces adscritos al Poder Judicial, son nombrados para conocer el caso concreto; una vez que dictan el fallo, cesa su nombramiento. En cuanto al plazo, los árbitros tienen que realizar su labor dentro de un plazo definido previamente para resolver, que normalmente oscila entre siete meses y un año, contados a partir de la notificación de la demanda. Solamente en los procesos ad hoc, la ley no prevé un plazo determinado. En cualquier supuesto, siempre se tratará de un plazo mucho menor al que toma dictar la resolución final de un asunto en la vía judicial. Ello pone de relieve

la principal característica de la justicia arbitral, la celeridad, que constituye además la mayor ventaja que presenta el arbitraje frente a la justicia estatal y el elemento que atrae a muchos ciudadanos a su ámbito. Del otro lado tenemos que la justicia estatal es gratuita; los procesos han sido diseñados de manera tal que factores económicos no obstaculicen el acceso a la justicia. Siendo la función jurisdiccional una de las funciones básicas del Estado, éste ha creado la infraestructura necesaria al efecto y la ha dotado de los recursos humanos y materiales necesarios para que sea tan eficiente y efectiva como el sistema lo permite. Los jueces que conocen de estos procesos, conocen al mismo tiempo de otros muchos, lo que con más frecuencia de la deseada, provoca sobrecarga de trabajo y congestión, aspectos que representan uno de los mayores problemas y desafíos de la justicia ordinaria, pues provoca atrasos en la resolución de los conflictos. Adicionalmente si bien ambas formas de resolución de conflictos están sometidas a los principios del debido proceso, el derecho de defensa y el de contradicción, etc., en el proceso jurisdiccional los jueces y las partes deben someterse rigurosamente al procedimiento establecido en la ley correspondiente según su competencia. En el arbitraje, aunque está sometido a los mismos principios, los árbitros gozan de mayor flexibilidad en cuanto a las reglas procesales de manera que pueden “diseñar” su propio proceso o pueden adoptar uno ya establecido e introducirle las modificaciones que estimen convenientes, en aras de agilizar el procedimiento.

IX.- A partir de lo expuesto se puede apreciar cómo las características propias de cada proceso justifican que las reglas procesales que se aplican en cada uno sean diferentes. En concreto, y en relación con el tema de los recursos, contra el laudo arbitral solo existe recurso de nulidad y el extraordinario de revisión, contrario a lo que sucede con el proceso ordinario, donde existen varias instancias revisoras. Sin embargo, ello es así en virtud de la naturaleza especial del proceso arbitral, en el cual las partes tienen una calificada intervención al definir aspectos tan relevantes como la composición del tribunal arbitral y las reglas dentro de las que éste actuará. Ese aspecto de la no “recurribilidad” del laudo es consustancial al proceso arbitral mismo. Tan es así que la “Ley Modelo de Arbitraje” elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, de 21 de junio de 1985 (Ley Modelo de CNUDMI o UNCITRAL -por sus siglas en inglés-), recomendada por la Asamblea General en su Resolución 40/72, de 11 de diciembre de 1985, dispone claramente en el artículo 34, y en relación con la impugnación del Laudo, que “1) Contra un laudo arbitral sólo podrá recurrirse ante un tribu-

nal mediante una petición de nulidad conforme a los párrafos 2) y 3) del presente artículo". A partir de esta fórmula propuesta por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUMDI), la mayoría de los ordenamientos jurídicos disponen que los laudos no tienen recurso de apelación ni casación, con el objeto de mantener los principios de informalidad y celeridad procesal, que constituyen los ejes alrededor de los cuales se ha construido el instituto del arbitraje. De ahí que, volviendo al alegato inicial de los accionantes en punto a la presunta violación al principio de igualdad, no hay tal pues se trata de procesos diferentes. En un supuesto como éste, el principio de igualdad resultaría lesionado si se aplicaran distintas reglas procesales a sujetos sometidos al mismo procedimiento, no cuando se aplican reglas diferentes a procedimientos diferentes. De ahí que la Sala estime que no es un argumento legítimo trazar un parangón entre procesos de diferente naturaleza."¹⁶

Comprendiendo esas diferencias, que podemos calificar de esenciales a cada jurisdicción, o diferencias de método para producir la sentencia o el laudo, se comprende mejor que el rol que debe desempeñar la judicatura con el arbitraje comercial internacional debe ser puntual, conforme expresa disposición legal, para no variar o desnaturalizar al arbitraje y las legítimas expectativas e intereses de las partes en controversia que han escogido esa medio de solución a su desacuerdo.

(iii) El principio de intervención mínima y de interpretación internacional

El arbitraje, a pesar de ser un proceso nacido de un acuerdo voluntario entre partes, topa muchas veces con la renuencia de alguna de ellas a cooperar y hasta con conductas abiertamente hostiles a cumplir su compromiso, por lo cual, ante esas circunstancias, se hace imprescindible el auxilio judicial al proceso arbitral.

Los jueces tienen el monopolio en el ejercicio de la fuerza pública, están dotados por el Estado de la facultad de hacer cumplir forzosamente sus decisiones, tienen la potestad de imponer coactivamente una conducta.¹⁷

De modo que, al carecer los árbitros del poder de imperium propio del Estado, requiere necesariamente la cooperación o auxilio judicial.

El Juez estatal es un auxiliar del proceso arbitral, un garante de que el arbitraje discurra sin mayores obstáculos y retrasos, por lo que tiene el deber de auxiliar y cooperar con los árbitros para ejecutar medidas cautelares, o para exigir la comparecencia de testigos o para revisar si se incurrió en causales de nulidad en el laudo.

deba intervenir más allá de lo que la misma ley nacional le permita, para no causar -con su intervención- una intromisión indebida.

Afirmamos que no es el rol del juez nacional frente a un proceso arbitral, inmiscuirse en el fondo de la controversia o tutelar los derechos que reclama una parte o quien deba “hacer justicia” al caso. Todo lo contrario.

El Juez estatal es un auxiliar del proceso arbitral, es un garante de que el arbitraje discurra sin mayores obstáculos y retrasos, por lo que tiene el deber de auxiliar y cooperar con los árbitros para ejecutar medidas cautelares, o para exigir la comparecencia de testigos o para revisar si se incurrió en causales de nulidad en el laudo; actuaciones todas claramente enfocadas en dar eficiencia al arbitraje mediante la remediación de los inconvenientes propios de esa jurisdicción voluntaria.

Al decir del profesor argentino Roque Caivano:

“El arbitraje no puede existir sin una justicia estatal que le preste apoyo, que le permita suplir los inconvenientes y las limitaciones propias de su origen convencional.”¹⁸

En lo que debe insistirse en este punto es que, al ser el método de resolución de conflictos distinto, no cabe una intervención o abordaje similar.

El Juez ante un asunto arbitral debe estar en aptitud y capacidad de comprender la distinta naturaleza que tiene ese método alterno, del que él usualmente utiliza, debe comprender que los principios arbitrales universales de celeridad, eficiencia, autonomía de la voluntad, libre formulación del procedimiento, hacen que el Juez no

La misión del Juez de cara a un arbitraje es de dar tutela al proceso arbitral, más que tutelar subjetivamente lo que él estime como lo justo o correcto. De lo contrario, se crea una sensación de incertidumbre o de duda acerca de lo que esa jurisdicción estatal en particular hará, ya no sólo ante casos locales, sino ante los arbitrajes internacionales.¹⁹

Al respecto, en la Nota Explicativa de la Secretaría de la CNUDMI a la Ley Modelo versión 2006, se indicó:

“b) Delimitación de la asistencia y supervisión judiciales.

15. Como lo demuestran recientes modificaciones de las leyes de arbitraje, existe una tendencia a limitar la intervención judicial en el arbitraje comercial internacional. Esa tendencia se justifica porque las partes en un acuerdo de arbitraje adoptan deliberadamente la decisión de excluir la competencia judicial y prefieren la conveniencia práctica y la irrevocabilidad del proceso arbitral.

[...]

17. [...] En el artículo 5 se garantiza pues que en el texto legislativo por el que se incorpore la Ley Modelo al derecho interno se enumerarán todos los casos en que un tribunal podrá intervenir, excepto en los asuntos que no se rijan por ella (por ejemplo, la acumulación de actuaciones arbitrales, la relación contractual entre árbitros y partes o instituciones arbitrales, o la fijación de costas y honorarios, incluidos los depósitos). La protección del proceso arbitral contra toda injerencia imprevisible o perjudicial de un tribunal judicial es un elemento fundamental para las partes que elijan la vía arbitral (en particular, las partes extranjeras).²⁰

Toda inversión extranjera o negociación con partes internacionales, tomará muy en cuenta si en ese país se reconoce valor a los acuerdos arbitrales, si hay o no injerencia estatal en el procedimiento arbitral y si se sigue o no las prácticas arbitrales más aceptables internacionalmente; todo con una finalidad de reducción de riesgos mediante un sistema fiable y predecible en su funcionamiento para solucionar controversias.

Precisamente atendiendo a esas nociones, la versión 2006 de la Ley Modelo estableció en el artículo 2.A:

“Artículo 2.A. Origen internacional y principios generales.

1) En la interpretación de la presente Ley habrán de tenerse en cuenta su origen internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe.

2) Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Ley que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en que se basa la presente Ley.”

Al fijarse por Ley, para el caso de los países que han puesto en vigencia legislación basada en la Ley Modelo, como en caso de Costa Rica, una interpretación de sus disposiciones que tenga en consideración su origen internacional y la promoción de la uniformidad en su aplicación y observancia, remite necesariamente a la mejor práctica internacional sobre este instituto y a la ausencia de principios localistas o regionales contrarios a la internacionalización del arbitraje comercial.

II.- La intervención judicial en la práctica del arbitraje en Costa Rica

En Costa Rica realmente es muy insipiente la práctica en el arbitraje comercial internacional, sin embargo, se tiene 15 años de práctica sostenida en arbitraje nacional, algunos de los cuales, se han llevado a cabo con partes internacionales, corporaciones financieras y bancarias internacionales, multinacionales y personas de distintos orígenes nacionales.

Esa práctica ha generado una doctrina jurisprudencial sumamente interesante, que se reseña aquí para contribuir a la difusión de sanas prácticas judiciales que apoyan el arbitraje.

(i) Fundamento constitucional del arbitraje

Se admitió sin ambigüedades que el arbitraje tiene sustento en la Constitución Política, por lo que no podría ser eliminado o restringido, por normas de rango inferior, respetando siempre los derechos constitucionales de garantía de debido proceso.

Al respecto se indicó:

“IV.- FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DEL PROCESO ARBITRAL. El artículo 43 de la Constitución Política garantiza el derecho a toda persona para terminar sus diferendos patrimoniales por medio de árbitros, aun habiendo litigio pendiente. El contenido material de este derecho se manifiesta, en primer término, en su condición de derecho potestativo, puesto que nadie puede ser obligado a someterse a un arbitraje si, previamente, no lo ha consentido en el ejercicio de su libertad de contratación. Es decir, el ciudadano tiene libertad, como derecho fundamental, de escoger la vía por la cual resuelve sus conflictos, por lo tanto, no puede existir una ley o un acto de alcance general que niegue la posibilidad de escoger esta vía de solución alternativa. En segundo lugar, el arbitraje debe realizarse conforme a un procedimiento que garantice a las partes al menos los siguientes derechos: a) un tribunal imparcial integrado por árbitros competentes; b) la posibilidad de las partes de impugnar las resoluciones; c) el derecho de solicitar la nulidad del laudo ante los tribunales comunes cuando no se respete la garantía constitucional del debido proceso; d) la garantía de ejecución del laudo para la parte vencedora.”²¹

(ii) Arbitraje no requiere de doble instancia

En una acción de inconstitucionalidad contra la norma que impide la revisión en alzada contra el laudo, el criterio categórico fue el de rechazar la acción pretendida y dejar definitivamente establecido el criterio de que la ausencia de recurso de apelación contra el laudo no es una violación del debido proceso y tampoco es una violación a la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

“V.- Sobre el derecho a la doble instancia. El argumento de los accionantes se centra en la consideración de que, en materia arbitral, la inexistencia del recurso que permite la revisión de la sentencia por una autoridad superior viola el derecho a una doble instancia y el principio de igualdad. La Sala no comparte los argumentos de los accionantes por las razones que se indicarán a continuación. En cuanto al primer aspecto alegado, violación al derecho a una doble instancia, este Tribunal reiteradamente ha señalado que no existe un derecho fundamental a la doble instancia, salvo en materia penal o sancionatoria. El hecho de que el legislador haya dispuesto en algunos procesos que determinadas resoluciones dictadas tienen la posibilidad de ser revisadas por una instancia superior, no significa que se pueda ex-

La ayuda que prestan los jueces nacionales en la práctica de medidas cautelares y anticipos de prueba, muchas veces resulta de la mayor importancia para tutelar el derecho de las partes en conflicto.

tender el razonamiento a otros procesos o a otras resoluciones sin más. En relación con el tema de los recursos, este Tribunal ha indicado que la Constitución Política no contempla un derecho a la doble instancia; el derecho de apelación no es irrestricto, y sólo se constituye como tal, en los términos establecidos en el Pacto de San José (Convención Americana sobre Derechos Humanos) en sus artículos 8 y 25, que lo limitan a la materia penal, contra el fallo condenatorio, o en los demás casos, en cuanto a las resoluciones que ponen fin al proceso, con las salvedades que se indican. Así, la circunstancia de que la

resolución final que se dicta en un proceso arbitral no tenga recurso de apelación no es violatorio del debido proceso.¹²²

Los anteriores precedentes judiciales permiten afirmar que en Costa Rica el arbitraje es un derecho de rango constitucional, prevaleciendo el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, siendo de uso facultativo o voluntario por las personas y empresas que se encuentren en conflicto. En el proceso arbitral deben prevalecer las garantías propias del debido proceso (derecho de defensa, audiencia, igualdad de partes), la imparcialidad del Tribunal, el derecho de recurrir contra el laudo y finalmente, tener derecho a ejecutar lo resuelto por los árbitros, lo cual constituye las bases necesarias para edificar con solidez la institución arbitral.

(iii) Cooperación judicial en materia de medidas cautelares y prueba anticipada

La ayuda que prestan los jueces nacionales en la práctica de medidas cautelares y anticipos de prueba, muchas veces resulta de la mayor importancia para tutelar el derecho de las partes en conflicto y asegurar que finalmente la razón prevalezca en el caso y se aseguren los resultados efectivos del proceso arbitral.

Al respecto, un Tribunal Superior manifestó lo siguiente:

“Excepcionalmente, pueden presentarse situaciones en las que, sin haber iniciado ninguna pretensión formal en sede arbitral, ni requerida la designación de los árbitros, se busque realizar -previamente- determinada actividad procesal para el futuro procedimiento arbitral. En esos casos de urgencia, no hay evidencia legal impeditiva en el sistema procesal arbitral, para la realización de determinada actividad acudiendo a la jurisdicción ordinaria. Hacemos referencia a la medida cautelar que recoge La Ley Sobre Resolución Alternativa de Conflictos respecto a la procedencia de esas medidas en sede judicial recogida en su artículo 52, mediante las cuales se puede afectar incluso el patrimonio del futuro demandado en sede arbitral para asegurar la eficacia del laudo futuro; sin embargo, hay situaciones que no buscan asegurar algún patrimonio para una futura ejecución forzada del laudo o mantener o cambiar una situación de hecho controvertida que sería materia de una eventual y futura decisión arbitral, sino que buscan asegurar algún medio de prueba para el futuro procedimiento arbitral. A criterio de la Cámara, la posibilidad de acudir previamente a la sede judicial para la obtención de una medida cautelar con antelación al juicio de arbitramento, no está vedada en el aludido canon 52 [...]”²³

(iv) Intervención limitada al conocer el Recurso de Nulidad contra el Laudo

El proceso de anulación de un laudo arbitral es donde mejor se decanta una jurisdicción como amigable al arbitraje internacional, porque enfrenta directamente al Juez Estatal con el pronunciamiento del Tribunal Arbitral y la tentación de modificar lo dicho por los árbitros.

En Costa Rica, el Juez estatal -en cumplimiento expreso de la legislación sobre arbitraje- indicó que no procede pronunciarse sobre aspectos de fondo del laudo, ni sobre valoración de la prueba y no puede modificar la decisión arbitral.

En una de múltiples resoluciones al respecto se indicó:

“IV. Respecto del primer agravio, esboza diferentes inconformidades, que para una mejor comprensión se ordenan del siguiente modo. Inicia aduciendo indebida valoración de la prueba constante en el expediente; y que, debido a ello, el Tribunal elabora un

elenco errado de hechos probados que lo lleva a equivocarse. Menciona por ejemplo, no se tomó en cuenta la injerencia que tenía la anotación de una demanda sobre una de las fincas; en igual sentido la notificación hecha a don [...]. Todo esto, en su criterio, conduce a los árbitros a fallar en su contra, dejando de lado la evidente mala fe de las codemandadas. En este punto cabe señalar, que la discusión pretendida por el recurrente, corresponde a cuestiones relativas al fondo de la controversia. En otras ocasiones ya esta Sala en casos de arbitrajes ha dicho: "...el legislador, se entiende, diseñó el control estatal para garantizar el debido proceso y el derecho de defensa, como pilares básicos de todo proceso. En ese sentido, el pronunciamiento de la Sala, se limita a acoger o rechazar la nulidad invocada, sin que tenga posibilidad alguna de sustituir la decisión arbitral...", (resolución número 24 de las 10 horas 35 minutos del 19 de enero de 2007). Cabe indicar también, las causales establecidas en el numeral 67 de la Ley 7727, constituyen una lista taxativa, por las cuales, es procedente el recurso de nulidad contra el laudo. Es claro, que a excepción dispuestas en los puntos d) y f) -la que será analizada más adelante-, todas las demás corresponden a causales de orden procesal. Todo lo cual quiere decir, que a esta Sala le está vedado analizar el fondo del asunto, pues su participación se limita a lo permitido por el ordinal 67 de cita. El recurrente solicita, se revise la prueba y se dimensione de manera distinta la mala fe de las codemandadas. Tal petición va encaminada a que este Órgano se enfoque al estudio de los criterios de fondo utilizados por el Tribunal para arribar a su decisión. Como se ha explicado, se encuentra imposibilitado de revisar esos temas. En virtud de ello el agravio del recurrente deberá rechazarse."²⁴

(v) El Recurso de Amparo constitucional en relación con el proceso arbitral costarricense

El recurso de amparo se encuentra contemplado en el artículo 48 de la Constitución Política de Costa Rica, la cual señala:

"Toda persona tiene derecho al recurso de amparo para mantener o restablecer el goce de los derechos consagrados en esta Constitución, así como de los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aplicables en la República."

El recurso de amparo constitucional es una acción sumaria que cualquier persona, ya sea el afectado directo o un tercero, interpone contra una entidad pública o persona en situación de poder, por la violación de derechos

constitucionales fundamentales, tales como amenazas al derecho a la vida, a la salud, al derecho a la intimidad, a la libertad personal o empresarial, al secreto de las comunicaciones privadas, al derecho a la igualdad, así como los derechos y garantías sociales, tales como el derecho al trabajo y a un ambiente sano. En resumen, es una acción que cualquier persona puede utilizar para acudir a la Sala Constitucional, si considera que un acto u omisión de los poderes públicos o de particulares en situación especial de poder, viola o amenaza los derechos que en su favor establece la Constitución Política o los Tratados Internacionales aprobados por Costa Rica.

Algunos han visto en el Recurso de Amparo, una vía indirecta para impugnar actuaciones de tribunales arbitrales, lo cual no ha gozado del apoyo de los Magistrados Constitucionales, que reiteradamente han denegado las acciones de amparo relacionadas con procesos arbitrales.

A modo de ejemplo:

“II.- En la especie, como lo que el recurrente pretende con la interposición del amparo, es que este Tribunal se pronuncie sobre la procedencia de lo dispuesto por el Tribunal Arbitral del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa Rica, en la resolución de las nueve horas del ocho de julio del dos mil nueve, ello constituye un asunto ajeno al ámbito de competencia de esta jurisdicción, por cuanto la Sala no es un órgano contralor de legalidad, respecto a lo actuado y resuelto dentro de estos procesos de solución de conflictos. En todo caso, si el petente estima que con lo actuado por el tribunal recurrido, se violentan las normas procesales y civiles aplicables y los derechos y principios constitucionales, podrá plantearlo ante la misma autoridad recurrida, o en su defecto, ante la vía de legalidad pertinente, a fin de que se resuelva lo que en derecho corresponda. Por lo expuesto, el recurso resulta inadmisibile y así debe declararse.”²⁵

La Sala Constitucional ha deslindado las vías procesales para impugnar las actuaciones de los Tribunales Arbitrales, estableciendo que la vía de amparo no puede ser utilizada para pretender el control de actuaciones y resoluciones arbitrales, que tienen una ley especial que contiene los remedios procesales necesarios y constitucionalmente pertinentes para ello; estando restringida la vía de amparo exclusivamente para temas de violación a derechos constitucionales.

De modo que la jurisdicción constitucional costarricense, ha dejado establecido el criterio de que su no intervención en el arbitraje, radica en que éste es un proceso que tiene establecida normativa legal suficiente para determinar la competencia de otros órganos judiciales para conocer y resolver las posibles violaciones legales que se comentan en el laudo, siendo improcedente su reclamación ante esa jurisdicción especializada.

Reafirmando lo anterior, se indicó:

“II.-En la especie, como lo que el recurrente pretende con la interposición del amparo, es que se valore y determine la interpretación y aplicación del artículo 38 del Reglamento del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa Rica, así como que esta Sala se pronuncie sobre la procedencia de lo dispuesto por el Tribunal Arbitral del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa Rica, en la resolución de las diez horas treinta minutos del trece de agosto del dos mil nueve, ello constituye un asunto ajeno al ámbito de competencia de esta jurisdicción, por cuanto la Sala no es un órgano contralor de legalidad, respecto a lo actuado y resuelto dentro de estos procesos de solución de conflictos. En todo caso, si el recurrente estima que con lo actuado por el tribunal recurrido, se violenta el derecho al debido proceso y a la defensa de la amparada, podrá plantear de conformidad con lo dispuesto en los artículos 65 y 67 de la Ley número 7727 del nueve de diciembre de mil novecientos noventa y siete, denominada “Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social”, ante la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, el recurso de nulidad contra el laudo arbitral, por ser dicha Sala, el órgano competente que de acuerdo con los incisos e) y f) del artículo 67 de la Ley número 7727 citada, determinará si existen o no las violaciones alegadas por el recurrente. Por lo expuesto, el recurso resulta inadmisibles y así debe declararse.”²⁶

Consideramos acertada la posición de la jurisdicción constitucional costarricense al denegar gestiones que han tendido, de un modo u otro, a salirse del curso normal de la Ley RAC para impugnar actuaciones de Tribunales Arbitrales o incluso laudos, por vías ajenas al recurso de nulidad. Ciertamente, el proceso arbitral podrá resultar más expedito que los procesos judiciales, particularmente por la oralidad, la inmediatez y la concentración de fases procesales, sumado al conocimiento experto de los árbitros, virtudes procesales que se dañarían innecesariamente con la admisibilidad de recursos ante la jurisdicción constitucional, la que ha reconocido que su rol, no está en la

materia arbitral, la cual goza de normas legales razonables y control judicial del laudo mediante el recurso de nulidad, por lo que es compatible con el ordenamiento jurídico nacional.

III.-Reflexiones finales

El arbitraje comercial internacional es un instrumento de valiosa utilidad para la comunidad empresarial y jurídica, como una alternativa real y efectiva de solucionar diferencias patrimoniales disponibles, que normalmente van a ocurrir en el mundo de los negocios internacionales.

Para lograr un funcionamiento idóneo de ese instrumento, todos los actores del arbitraje deben comprender el rol que desempeñan. Las partes como principales interesadas deberían comportarse con buena fe y procurar que el proceso arbitral sea conducido de manera efectiva, sin dilaciones innecesarias y al menor costo posible.

Los árbitros deben ser expertos en el tema en disputa y deben tener la prudencia y buen juicio para conducir el proceso arbitral conforme la voluntad de las partes y las mejores prácticas internacionales.

Empero, esos ideales no siempre se cumplen. A veces no es posible designar al árbitro, o se hace necesario imponer medidas preventivas de cautela para asegurar el resultado final del proceso arbitral, o se hace necesario el auxilio de alguien con autoridad para atraer pruebas.

El arbitraje no puede vivir aislado o separado del sistema judicial nacional que las partes y/o el tribunal arbitral han escogido como sede, porque finalmente, es evidente que los árbitros carecen de la autoridad o poder para hacer ejecutar sus decisiones coercitivamente y, es para esos supuestos específicamente regulados en la legislación, que el Juez estatal presta un servicio

El arbitraje no puede vivir separado del sistema judicial nacional que las partes y/o el tribunal arbitral han escogido como sede, porque los árbitros carecen de la autoridad para hacer ejecutar sus decisiones coercitivamente.

invaluable al sistema de solución de conflictos al facilitar el poder estatal para auxiliar y tutelar al proceso arbitral, que sin esa ayuda podría quedarse sin ninguna efectividad real y social.

La Judicatura cumplirá su misión en el sistema jurídico arbitral actuando con la prudencia y buen criterio que la especialidad de ese mecanismo alterno de solución requiere.

¹ La globalización económica y la aceleración de las comunicaciones ha permitido que los flujos de capital para inversiones y para comercio se trasladen a nivel mundial, creando discrepancias entre partes de distintos orígenes nacionales y sistemas jurídicos, ofreciéndose el arbitraje comercial internacional como el medio imparcial para resolver disputas entre partes de distinta nacionalidad, sistema legal y económico.

² Conforme consta en:

http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html.

³ Conforme consta en:

http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html.

⁴ Conforme consta en <http://oas.org/juridico/spanish/firmas/b-35.html>.

⁵ Es muy importante adaptar las normas y recomendaciones de entidades como la IBA (International Bar Association), Club Español del Arbitraje, CCI (Cámara de Comercio Internacional), para darle mayor vigor, flexibilidad y dinámica a los procesos arbitrales nacionales.

⁶ Los responsables de las políticas públicas de atracción de la inversión foránea, de promoción de exportaciones e importaciones, del establecimiento de empresas bajo regímenes arancelarios especiales (zonas francas), deben prestar atención al adecuado uso del arbitraje internacional, que es uno de los factores que califica el riesgo-país para hacer negocios.

⁷ Caivano, Roque. "Arbitraje". Editorial Ad Hoc. 2da edición. Buenos Aires Pág.23-24.

⁸ El artículo 34.6 del Reglamento de Arbitraje de la CCI dispone que todo laudo es obligatorio para las partes y que al someter su controversia a arbitraje bajo ese Reglamento, las partes se obligan a cumplir sin demora cualquier laudo que se dicte y se considera que han renunciado a los recursos que legalmente puedan ser renunciados.

⁹ Véase Caivano, Roque. Ob. Cit. Pág. 24-26.

¹⁰ Formalmente Sala Cuarta de la Corte Suprema de Justicia, encargada de conocer y resolver la materia constitucional (acciones de inconstitucionalidad, recursos de amparo, recursos de habeas corpus y consultas de constitucionalidad de proyectos de ley y las formuladas por otros órganos jurisdiccionales.)

¹¹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. No 10352 de las 14:58 horas del 22/11/2000.

¹² La teoría jurisdiccional del arbitraje no es pacífica en doctrina, aunque tiene una amplia aceptación. El arbitraje como institución jurídica compleja tiene efectos contractuales en su origen y efectos procesales en su implementación. Puede verse al respecto González de Cossio, Francisco. Arbitraje. Editorial Porrúa. 2da edición México. Pág.12-19.

¹³ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. No 4-F-00 de 15:00 horas del 5/1/2000.

¹⁴ Costa Rica ha adoptado un sistema dualista de regulación normativa del arbitraje, por una parte la Ley No 7727, denominada “Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social”, conocida en adelante como “Ley RAC”, que se ocupa del arbitraje local o doméstico y la Ley No 8937 denominada “Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional basada en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)”, aplicable a los arbitrajes internacionales.

¹⁵ La libre escogencia del procedimiento arbitral que realizan las partes y el tribunal arbitral es una de las características diferenciadoras con los tribunales judiciales regidos por los Códigos Procesales. Esta diferencia tiene que ser entendida y comprendida por los jueces estatales cuando están frente a actuaciones arbitrales.

¹⁶ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. No 2009-12215 de 14:45 horas del 5 de agosto del 2009.

¹⁷ Caivano, Roque. Ob. Cit. Pág. 35.

¹⁸ Caivano, Roque. Ob. Cit. Pág. 35.

¹⁹ Un valor que se postula para una sede arbitral confiable es la certeza y consistencia de sus criterios judiciales con los estándares internacionales.

²⁰ Nota explicativa de la Secretaría de la CNUDMI acerca de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, en su versión enmendada en 2006. En Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional 1985 con las enmiendas aprobadas en 2006. Naciones Unidas. 2008. Pág. 29-30.

²¹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. No 2005-02999 de 14:45 horas del 16/03/2005.

²² Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. No 2009-12215 de 14:45 horas del 5 de agosto del 2009.

²³ Tribunal Primero Civil. San José. No 1297-F de 8:00 horas del 18/12/2007.

²⁴ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. No 388-F-S1-2008 de 16:15 horas del /06/2008.

²⁵ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. No 2009-16397 de las 15:25 horas del 27 de octubre del 2009. En igual sentido las resoluciones: Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia No 2009-14331 de las 15:02 horas del 16 de setiembre del 2009 y Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia No 2008-18395 de las 17: 13 horas del 11 de diciembre del 2008.

²⁶ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia No 2009-14331 de las 15:02 horas del 16 de setiembre del 2009.

Alberto Fernández López

Abogado, socio de la firma CJA Abogados. Asesor legal en las áreas de planeación y desarrollo de contratos comerciales en comercialización, distribución y transporte de mercaderías; sociedades y fideicomisos, fusiones y adquisiciones de empresas, distribución y representación de casas extranjeras, comercialización agroindustrial. También se dedica activamente al litigio ante tribunales judiciales y arbitrales.

El Dr. Fernández se ha desempeñado como mediador y árbitro, presidiendo varios tribunales arbitrales en Costa Rica. Es miembro del Colegio de Abogados de Costa Rica, y del Panel de Árbitros y Mediadores del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa Rica. Es egresado de la Universidad de Costa Rica y obtuvo un máster en administración de negocios con énfasis en negocios internacionales en la National University, en San Diego, California.



Intervención Judicial al Inicio del Proceso Arbitral

169

El Acuerdo Arbitral Como Piedra Angular del Arbitraje. El rol de la judicatura en el control de su validez

Cecilia Fresnedo de Aguirre

205

El Acuerdo Arbitral:
Los Requisitos de su Validez

Diego B. Gosis

El Acuerdo Arbitral Como Piedra Angular del Arbitraje. El rol de la judicatura en el control de su validez

Cecilia Fresnedo de Aguirre



1. Planteo inicial

El arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de controversias reconocido y aceptado en el ordenamiento jurídico uruguayo -de fuente interna y convencional- desde hace más de un siglo.¹

Si bien la opción válida de las partes por el arbitraje tiene como consecuencia la sustracción de los litigios de la esfera judicial y su resolución por uno o más árbitros, los jueces nacionales desempeñan un rol que puede ser muy importante, aunque nunca será el principal, que obviamente corresponde a los árbitros. Ese rol está claramente regulado en los distintos instrumentos internacionales y nacionales que regulan el arbitraje y puede desempeñarse en distintas etapas: antes de entablarse el procedimiento arbitral, durante el desarrollo de éste y luego de su finalización mediante el dictado de un laudo que haya quedado firme.

Consultora internacional y profesora de derecho internacional privado en la Universidad de la República y en la Universidad Católica del Uruguay. Se desempeña también como corresponsal en Uruguay del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Internacional Privado (UNIDROIT).

*El arbitraje mismo
“descansa sobre la base
de la validez y eficacia”
del acuerdo arbitral.*

Las relaciones entre el arbitraje y el juez son de verdadera colaboración, desde que el juez tiene la función del guardián del orden público, así como la de hacer ejecutorio el juicio arbitral.² Se trata de desplazar la competencia hacia la jurisdicción arbitral como efecto de lo convenido por las

partes y no por una relación de prevalencia o superioridad de ésta última.

La cuestión de la validez del acuerdo arbitral -de su existencia misma- resulta un punto clave ya que el convenio arbitral es la “*pedra angular del arbitraje*”. En otras palabras, el arbitraje mismo “*descansa sobre la base de la validez y eficacia*” del acuerdo arbitral.³ Es por ello que sin acuerdo válido no hay arbitraje. Por tanto, es de fundamental importancia ocuparse de la validez y eficacia del acuerdo arbitral, a distintos niveles y en momentos diversos.

Por ello, al momento de negociar y acordar someter sus eventuales y futuras diferencias a arbitraje, las partes deberán formular una cláusula compromisoria que sea luego considerada válida y eficaz por los árbitros y/o jueces que deban pronunciarse al respecto. Lo mismo corresponde cuando una vez surgidas las diferencias las partes buscan llegar a un compromiso arbitral.

La existencia, validez y eficacia del acuerdo arbitral puede discutirse y analizarse en diversas etapas, ante los propios árbitros (principio de la competencia-competencia) o ante el juez al que se plantea la cuestión litigiosa, al comparecer la demandada cuestionando la competencia. También es analizada en ocasión de solicitarse una medida cautelar o en oportunidad del reconocimiento y ejecución del laudo arbitral. Nos referiremos aquí solamente a los casos en que es el juez quien debe analizar la existencia, validez y eficacia del acuerdo arbitral y pronunciarse acerca de ella.

Varios y de distinta naturaleza son los requisitos que debe cumplir el acuerdo arbitral para ser válido y eficaz. Nos limitaremos al análisis de alguno de ellos,⁴ particularmente a los que condicionan la existencia misma del acuerdo -en especial el consentimiento libre y válido de ambas partes-, y a los de forma destinados a garantizar y acreditar los anteriores.

2. Condiciones de validez del acuerdo arbitral y derecho aplicable a ésta

2.1 “Acuerdo escrito”

(i) Las normas clásicas

El artículo II, inciso 2 (artículo II.2) de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 10/6/1958) define en forma contundente e inequívoca lo que se entiende por “acuerdo escrito” a los efectos de la Convención: *“La expresión ‘acuerdo escrito’ denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas”*.

Esta es una norma material - en cuanto a la técnica normativa empleada -, especial para el tráfico externo, de origen convencional y de carácter imperativo.⁵ Es una norma de derecho uniforme, que busca evitar la aplicación de una técnica conflictual sobre la forma.⁶

Tanto la Convención de Nueva York (artículo II.1) como la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional o UNCITRAL por sus siglas en inglés), 1985, enmendada en 2006 (artículo 7.2) exigen que el convenio arbitral conste por escrito. Ello *“responde a un criterio estricto de necesidad jurídica: si el convenio arbitral tiene la virtualidad de crear una competencia específica a favor de los árbitros a la que las partes deben someterse, es necesario que quede determinada claramente su existencia.”*⁷ El escrito, en este sentido, es la prueba misma de la posibilidad del arbitraje y de su extensión”.⁸

También la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (CIDIP-I, Panamá, 1975) en su artículo 1 y los Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional entre los Estados Parte del MERCOSUR, y entre el MERCOSUR, Bolivia y Chile (CMC/Dec. 3/98⁹ y CMC/Dec. 4/98,¹⁰ Buenos Aires, respectivamente, con idéntico texto) en su artículo 6.1, contienen la exigencia de acuerdo *“escrito”*.

Se trata de una *“exigencia mínima imposible de reducir a menores formalidades”*, en palabras de Santos,¹¹ quien señala citando a Van Den Berg, que *“un tribunal*

no puede exigir más, pero tampoco aceptar menos de lo dispuesto en el artículo II.2 para la forma del acuerdo arbitral”. Concluye que se trata de un requisito *ad solemnitatem* y no *ad approbationem*. Coincide aquí el referido autor con Herbert.¹²

(ii) El necesario ajuste de la Ley Modelo en el año 2006 no modifica lo sustancial

En la versión de la Ley Modelo CNUDMI enmendada en 2006, se ajustan las disposiciones de la versión 1985 “*a las prácticas actuales del comercio internacional y a los medios modernos de concertación de contratos con respecto a la forma del acuerdo arbitral...*”, entre otras cuestiones,¹³ lo cual sin duda resulta necesario luego de más de veinte años de existencia de la versión 1985, durante los cuales el avance tecnológico supera las previsiones posibles.

En cuanto al tema que nos ocupa, el artículo 7 enmendado no elimina por cierto la exigencia de acuerdo escrito (inciso 2), aunque sí ajusta su definición, la que desarrolla en el inciso 3 siguiente. Considera que el acuerdo es “*escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma...*”. También admite -curiosamente- como “*escrito*”, “*el acuerdo de arbitraje o contrato que se haya concertado verbalmente*”, cuando éstos hayan sido confirmados “*mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio*”.¹⁴

El inciso 4 de la versión 2006 del artículo 7 acepta expresamente diversos medios tecnológicos modernos como hábiles para cumplir con la exigencia de que el acuerdo sea “escrito”. Establece que éste se cumple “*...con una comunicación electrónica si la comunicación en ella consignada es accesible para su ulterior consulta*.” Y agrega que “*por ‘comunicación electrónica’ se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos. Por ‘mensaje de datos’ se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax*”.¹⁵

La norma recoge así todas las vías tecnológicas modernas que pueden cumplir la misma función que la hoja de papel firmada de puño y letra por las partes, prevista en 1958 por la Convención de Nueva York en su artículo II.2, pero no altera la razón esencial que está en la base del requisito de que el acuerdo sea “escrito”: acreditar la voluntad, el consentimiento de las par-

tes (cuestión ésta que se desarrollará en el título siguiente). Simplemente se actualizan las formas técnicas de manifestar y acreditar dicho consentimiento. En suma, la modificación al texto del artículo 7 de la Ley Modelo de CNUDMI es de forma y no de fondo.¹⁶

El mantenimiento de estos requerimientos, que constituyen estándares internacionales, resulta deseable ya que, como afirman Redfern y Hunter,¹⁷ existen buenas razones para asegurar la existencia del acuerdo arbitral y que éste fue claramente establecido. La mejor forma de hacerlo es mediante prueba escrita, sin perjuicio de las flexibilizaciones ya analizadas y -agregamos nosotros- siempre que no se desvirtúe la finalidad misma de la institución arbitral. Además, el apartarse de los estándares internacionales previstos en toda la normativa existente en la materia tendría como consecuencia que ni el acuerdo arbitral ni el laudo recaído en base al mismo fueren pasibles de reconocimiento y ejecución internacional.¹⁸

La norma recoge así todas las vías tecnológicas modernas que pueden cumplir la misma función que la hoja de papel firmada de puño y letra por las partes, pero no altera la razón esencial del requisito de que el acuerdo sea “escrito”: acreditar el consentimiento de las partes.

2.2 “Acuerdo” presupone -necesariamente- consentimiento válido

El *acuerdo* arbitral, como cualquier acuerdo susceptible de producir efectos jurídicos, presupone la existencia de *consentimiento válido prestado por cada una de las partes involucradas en el negocio*. Ello es de principio, aunque no lo especificaran las normas, que sí lo hacen. Constituye no sólo una condición de validez, sino de la existencia misma del *acuerdo arbitral*.

Del propio texto de todas las normas convencionales en la materia,¹⁹ se desprende claramente que debe haber un acuerdo de voluntades específico respecto de la cláusula compromisoria o compromiso arbitral.

La afirmación planteada encuentra apoyo en doctrina diversa, tanto nacional como extranjera. Veamos a vía de ejemplo y como sustento de la posición adoptada, algunas de estas manifestaciones doctrinarias, que concuerdan en que el acuerdo entre las partes de someter sus diferencias, presentes o futuras, a arbitraje, constituye la “*pedra fundamental*” del arbitraje comercial internacional.²⁰ El papel fundamental de ese acuerdo es registrar el consentimiento de las partes a someterse al arbitraje, “*consentimiento que es indispensable para cualquier proceso de solución de controversias fuera de los tribunales nacionales*”.²¹ En otras palabras: “*no puede haber arbitraje sin acuerdo de las partes de someterse a este método de solución de controversias*”.²²

Sostiene Fernández Rozas,²³ que “*la autonomía de la voluntad de las partes se manifiesta en su consentimiento en someter sus controversias a arbitraje*”. Y agrega: “*La voluntad de las partes debe quedar claramente expresada, siendo de estricta aplicación que sin voluntad no puede haber arbitraje; al revés, esta voluntad fundamenta el efecto positivo del convenio arbitral, de manera que las partes están obligadas a someterse al juicio de árbitros y a cumplir la decisión que recaiga*”.

Asimismo, Noodt Taquela²⁴ afirma que “*...si el acuerdo arbitral es el fundamento para excluir la actuación de los tribunales estatales y abrir la jurisdicción privada, la voluntad de las partes debe expresarse de un modo indudable*.”

En el mismo sentido, Artuch Iriberrí²⁵ hace especial hincapié en “*la importancia de la indagación acerca de la voluntad real de las partes*” con respecto al convenio arbitral, concluyendo que “*la ausencia de la voluntad de las partes priva al arbitraje de la consideración de ‘arbitraje’, de su sentido y de su legalidad*”.²⁶ Y agrega: “*...el arbitraje es una manifestación de la autonomía de la voluntad y el convenio arbitral, su instrumento*”, pero “*el arbitraje llega a donde las partes quisieron, nada más*.” Por eso “*...es preceptivo impedir que las partes se vean vinculadas por un convenio que nunca buscaron*”.²⁷

En el ámbito nacional cabe destacar la opinión de Olivera y Jiménez de Aréchaga,²⁸ cuando afirman que la *ratio legis* que inspira “*a todas las normas referidas (de fuente interna e internacional)*”²⁹ es básicamente la misma: *garantizar que efectivamente ha existido un acuerdo de voluntades en el cual las partes han consentido libre y válidamente en someter sus diferencias a arbitraje*.”

Así lo ha entendido nuestra *jurisprudencia*. Por ejemplo en un caso en que se discutía la validez de una cláusula arbitral incluida en el estatuto de una sociedad comercial constituida en el extranjero, la Dra. Macció entendió que “*tratándose de un procedimiento excepcional que distrae el litigio del conocimiento de los tribunales ordinarios, debe ser interpretado en términos estrictos y no se debe complementar la voluntad de las partes, en cuanto está expresada para acotar su acceso a los órganos jurisdiccionales*”, y sólo debe aceptarse en “*los casos clara y específicamente establecidos...*”. Entendió la magistrada actuante que en el caso existía un acuerdo válido entre todas las partes y en consecuencia declaró la falta de jurisdicción de la sede por existir una cláusula arbitral válida.³⁰

2.3 El acuerdo escrito debe estar firmado por ambas partes o contenido en un canje de cartas o telegramas

El requisito de la firma de ambas partes impuesto por los textos convencionales³¹ se mantiene plenamente vigente, desde que éstos no han sido denunciados por los Estados Parte en la forma establecida en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.³² Apunta -como ya se dijo-, a garantizar el consentimiento de aquellas respecto del acuerdo arbitral. Más aún, como ya se explicó, la exigencia de un documento firmado por ambas partes en la Convención de Nueva York, constituye “*una verdadera forma ad-solemnitatem al haber sido definida con precisión en una norma material supranacional*”.³³ Ello es válido y extensible a los demás textos sobre arbitraje que contienen la misma exigencia.³⁴ Afirma Herbert:³⁵ “*La firma de ambas partes, es requerida en el documento escrito habiéndose desechado la validez de las cláusulas “semifirmadas” como proposición hábil que pueda ser aceptada tácitamente*”.

La exigencia de “*acuerdo por escrito*” implica indubitablemente la concurrencia de dos o más voluntades, que indique claramente su obligación de someter a arbitraje sus diferencias. La firma de las partes es la forma de aceptación y expresión del consentimiento de las personas físicas y jurídicas con respecto al respectivo documento escrito. Las normas convencionales³⁶ también admiten, cabe reiterar, la validez del acuerdo cuando éste se desprende claramente de un “*canje de cartas o telegramas*” u otros medios tecnológicos, siempre que se tenga la certeza de que existió una “*manifestación suficiente del consentimiento en forma adecuada*”.³⁷

La firma de las partes es la forma de aceptación y expresión del consentimiento de las personas, las normas convencionales también admiten la validez del acuerdo cuando éste se desprende de un “canje de cartas o telegramas” u otros medios tecnológicos.

Tanto del texto claro del artículo II.2 de la Convención de Nueva York como de los antecedentes de la Convención puede inferirse que el silencio no puede equipararse a la aceptación; ésta debe ser expresa y escrita, no comprendiendo la fórmula del artículo II.2 la mera aceptación tácita.

Durante el proceso de elaboración de la Convención, la delegación holandesa propuso establecer que a los efectos del artículo II.2 se entendería también por acuerdo por escrito “*la confirmación escrita dada por una de las partes y no contestada por la otra*”. Esta propuesta fue rechazada, aprobándose el texto vigente, el cual además, dada su claridad, no

deja dudas en cuanto a su interpretación.³⁸ Cabe recurrir, en cualquier caso, a los trabajos preparatorios de la Convención para interpretar el sentido de sus normas en virtud de lo dispuesto en el artículo 32 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969.³⁹

Como señala Fernández Rozas,⁴⁰ la cuestión de evaluar si la voluntad de las partes en someterse a arbitraje ha quedado claramente formulada es más fáctica que jurídica;

“la comprobación del consentimiento se reduce al contenido del convenio arbitral o de la cláusula compromisoria. Basta, con carácter general, que las partes indiquen que, en caso de controversia acerca de la ejecución, desarrollo, terminación o resolución de la relación jurídica de fondo, se someterán al juicio de árbitros. La práctica arbitral considera suficiente una redacción similar a la expuesta”.

Pero a continuación reconoce el referido profesor español que:

*“sin embargo, la experiencia demuestra que esta cuestión, sencilla en apariencia, provoca serios inconvenientes en la práctica, puesto que, en ocasiones, la inclusión de un convenio arbitral dista de ser tan clara”.*⁴¹

Y agrega:

“La única apreciación que es posible hacer en un plano teórico es que la ineficacia del convenio arbitral de la que habla el artículo II.3 de la Convención de Nueva York depende del grado de gravedad del defecto del convenio, de forma que no sea posible deducir de su enunciado que las partes hayan querido someterse a arbitraje”.

Podría agregarse que debería tenerse en cuenta no sólo el “enunciado” de la cláusula, sino también las circunstancias que la rodean.⁴²

2.4 ¿Es posible, dentro del marco normativo vigente, flexibilizar los requisitos de validez formal del acuerdo arbitral?

Para responder dicho interrogante es necesario tener en cuenta, como punto de partida, el fundamento y la función que cumplen los requisitos formales de validez exigidos por las normas en cuestión. Y éste es, como sostienen Fernández de la Gándara y Calvo Caravaca,⁴³ la doble exigencia de probar la existencia del convenio arbitral y de “*proteger a las partes, asegurándose de que existe una voluntad consciente, libre e inequívoca de recurrir al arbitraje como medio de arreglo de diferencias entre ellas*”.⁴⁴

En este mismo sentido y con relación a las funciones de las formas exigidas al acuerdo arbitral, manifiesta Santos Belandro⁴⁵ que ellas son, entre otras, la de “*poner en evidencia la existencia de un negocio o acto*”, la de “*fomentar la reflexión en los partícipes acerca de la importancia de lo que están celebrando*”, y la de “*proteger a través de ella a la parte débil de la relación jurídica*”. Menciona a continuación, a vía de ejemplo, lo dispuesto en el artículo 4.2 de la Ley brasileña N° 9307 de 1996⁴⁶ y el artículo 10.3 de la Ley de Arbitraje de Guatemala, de 1995.⁴⁷

Asimismo, Olivera y Jiménez de Aréchaga⁴⁸ afirman que “*la solemnidad es una forma de garantizar que la parte ha prestado libremente su consentimiento y que el mismo no fue producto de una decisión irreflexiva o impulsiva*.”

Es por eso que, aunque la tendencia general del derecho convencional sea la de simplificar las exigencias de forma, como señala Matteo,⁴⁹ no parece conveniente descuidar los aspectos formales en cuanto sirven para constatar si existió o no libre consentimiento de ambas partes. Claro que ello no impide

Aunque la tendencia general del derecho convencional sea la de simplificar las exigencias de forma, no parece conveniente descuidar los aspectos formales en cuanto sirven para constatar si existió o no libre consentimiento de ambas partes.

ajustar el funcionamiento de los textos positivos a las nuevas realidades tecnológicas, como por ejemplo el correo electrónico⁵⁰ y la firma digital. Ello ha sido recomendado por la CNUDMI el 7 de julio de 2006, en su 39º período de sesiones, en los siguientes términos:

“1. Recomienda que el párrafo 2) del artículo II de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958, se aplique reconociendo que las circunstancias que describe no son exhaustivas.”

Ello significa, obviamente, que cuando la norma exige que el acuerdo escrito esté “firmado(s) por las partes o contenido en un canje de cartas o telegramas”, dichas circunstancias “no son exhaustivas”, por lo que podría admitirse también la validez de la cláusula arbitral propuesta y aceptada a través del correo electrónico, por ejemplo, o en “otro medio equivalente”,⁵¹ como podría ser el intercambio de mensajes de texto a través de celulares.

Pero no significa, y esto constituye un principio fundamental, obviar el consentimiento de una de las partes, porque ello sería tanto como “inventar” un acuerdo cuando éste no existe. Y eso sin duda no está ni en la letra, ni en el espíritu de ninguno de los textos normativos referidos al arbitraje.

La evaluación de la admisibilidad o no de las “circunstancias” no previstas en el texto convencional -cuyo reconocimiento recomienda la CNUDMI- o de los medios equivalentes previstos en el Acuerdo de 1998, queda necesariamente en manos del decisor, sea éste el propio árbitro o tribunal arbitral, o el juez al que se le haya planteado el asunto.⁵² El análisis respectivo deberá hacerse no sólo teniendo en cuenta el texto positivo, que es bien claro, sino a la luz del principio fundamental que subyace a la norma: garantizar que existió consentimiento válido de las partes.

En suma, y en las palabras de Artuch Iriberti,⁵³ “...el arbitraje es sólo posible allá donde hay voluntad de las partes, expresa o tácita, pero cierta, en resolver de esta forma sus disputas. La conveniencia de resolver mediante el arbitraje los litigios del comercio internacional no puede convertirse en la obligación de hacerlo a cualquier precio porque, sencillamente, no estaríamos hablando ya de arbitraje”.

Por encima de todo deben tenerse en cuenta las razones de fondo ya expuestas: no se le puede atribuir a una parte un consentimiento que no existió o fue viciado.

No obstante, en el contexto mundial pueden encontrarse algunas flexibilizaciones que pueden calificarse, al menos, de curiosas. Así, en la ley inglesa de arbitraje de 1996 se establece que un acuerdo arbitral oral se considerará “escrito” (sic) si se realiza por referencia a términos escritos, o si el acuerdo oral es grabado por una de las partes o por un tercero, con la autorización de las partes del acuerdo.⁵⁴ Sin perjuicio de estas supuestas “innovaciones modernas”, creemos, con Redfern y Hunter,⁵⁵ que es necesario un cierto grado de cautela, ya que incluso jurisdicciones familiarizadas con el arbitraje internacional se niegan a veces a hacer valer el acuerdo arbitral que no consta en un documento escrito y firmado por las partes, o contenido en un canje de cartas o telegramas. Además, el acuerdo arbitral considerado válido por un tribunal arbitral o estatal en un Estado, puede no serlo en otro donde se pretende luego el reconocimiento y ejecución del laudo.

Pero más allá de las razones expuestas por los autores ingleses citados, de tipo pragmático, y por tratarse de una cuestión de principios fundamentales, creo que por encima de todo deben tenerse en cuenta las razones de fondo ya expuestas: *no se le puede atribuir a una parte un consentimiento que no existió o fue viciado.*

Por lo tanto, *el límite a la posible flexibilización debe estar en la efectiva garantía de la existencia de consentimiento válido de las partes involucradas.* Y ello porque la falta de consentimiento es causal de nulidad del acuerdo, en los términos del artículo II.3 de la Convención de Nueva York.⁵⁶

Así por ejemplo, en un caso en que la empresa terminal de cargas pretendía desconocer la validez de la cláusula arbitral pre-establecida en el contrato de seguros que celebrara con una empresa aseguradora, el tribunal actuante (Presidencia, Simón, Fiorentino) entendió que la misma era válida porque el asegurado había tenido la posibilidad no sólo de enterarse, sino también de discutir en forma previa a la contratación los términos de la misma. El contrato contenía una cláusula que establecía: “Este certificado de seguro, sus endosos, listados y cláusulas deben ser examinados por el Asegurado y devueltos inmediatamente en caso de constatare algún error”. Por tanto, sostuvo el tribunal, “si no se formula observación, es porque existió una aceptación tácita del contenido íntegro del llamado contrato de adhesión”. Y concluye, haciendo una interpretación amplia de los requisitos convencionales, aunque sin apartarse de su espíritu, afirmando: “la existencia de la firma del asegurado en el contrato no debe considerarse requisito de validez cuando, como en el caso, sí ha existido una solicitud de ingreso -sin la cual no existiría el seguro- y una posibilidad cierta de analizar las estipulaciones que regirán su contratación”.⁵⁷

2.5 El convenio arbitral tiene eficacia obligatoria sólo para las partes que lo pactaron y consintieron

Además de determinar la validez de la cláusula arbitral, es necesario precisar a quiénes obliga dicha cláusula, determinar su alcance *ratione personae*. En principio, parece indudable que sólo obliga a aquellos que han celebrado un acuerdo arbitral válido en los términos de la normativa aplicable (Convención de Nueva York, Convención de Panamá u otro). Ello deriva, además, de la “naturaleza convencional de la cláusula compromisoria”, que se traduce en su efecto relativo, que vincula sólo a las partes que expresaron tal voluntad.⁵⁸

En este sentido sostiene Fernández Rozas⁵⁹ que los efectos de la cláusula arbitral válida “sólo se extienden a las partes que lo firmaron o asumieron de una forma u otra; en este sentido, la cuestión, en ocasiones, se centra en determinar quién, cómo y con qué extensión devino parte del convenio arbitral”.⁶⁰ Y agrega que el problema pertenece al ámbito del consentimiento.

Por su parte, Artuch⁶¹ afirma que “el convenio arbitral sólo conoce un tipo de eficacia positiva contractual y es, en sentido estricto, inter partes. De ahí que se insista con frecuencia en que las cláusulas de arbitraje sólo conocen una interpretación estricta, principio asentado en la práctica arbitral y judicial en la materia”.

Asimismo, Dimolitsa afirma que “*el centro del debate lo ocupa la existencia y el alcance del consentimiento*”, y que “*lo importante es que los árbitros tengan la convicción de que el no signatario debe ser considerado como una parte del arbitraje...*”. La autora analiza el problema fundamentalmente del punto de vista de los árbitros, cuando éstos analizan su propia competencia y el “*dilema*” de aceptar o no a un no signatario como parte del arbitraje, y señala que los criterios de interpretación del comportamiento de un no signatario que aplicará un juez “*pueden diferir de aquellos aplicados por los árbitros*”. Concluye que si bien muchos laudos publicados por la Cámara de Comercio Internacional (CCI) muestran la aceptación del consentimiento tácito de una parte no signataria al arbitraje, “*parece que la regla sería que los árbitros son renuentes a aceptar la ‘extensión’ de la cláusula y que el análisis minucioso de todas las circunstancias del caso en cuestión debe preceder a la toma de tal decisión*”. En suma, afirma, los árbitros deben estar convencidos “*de que los no signatarios consintieron implícitamente, de común acuerdo con las partes iniciales, estar vinculados por el contrato y el convenio arbitral*”.⁶²

El problema de la oponibilidad de la cláusula arbitral a terceros se ha planteado sobre todo en casos de grupos complejos de sociedades o conjuntos económicos, y en casos de derecho marítimo. Respecto de los primeros, como advierte Dimolitsa:

“lo que se ha discutido -y criticado- desde hace mucho tiempo es el impacto que la existencia de un grupo de sociedades puede tener sobre la extensión de la cláusula compromisoria respecto de un no signatario (a saber, la matriz o la filial), y también -dentro de una concepción más amplia del grupo- a un accionista mayoritario, a un Estado o a un ente estatal”.

Cita la sentencia *Dow Chemical* (Paris, CCI 4131/1982), cuando en ella se afirma que:

“considerando que un grupo de sociedades posee, a pesar de la personalidad jurídica distinta que pertenece a cada una de ellas, una ‘realidad económica única’ que debe ser tomada en cuenta por el tribunal al momento de decidir sobre su propia competencia (...). Considerando, en particular, que la cláusula compromisoria expresamente aceptada por determinadas sociedades del grupo, debe obligar a las otras que, ‘en virtud del rol que les cupo en la celebración, ejecución o rescisión de los contratos que contienen la cláusula arbitral y de acuerdo con la común intención de todas las

partes del procedimiento’, aparecen como verdaderas partes de esos contratos o como personas comprometidas a título principal en ellos y en los conflictos que de ellos pueden surgir”.

Concluye la autora que “*el tribunal arbitral procedió adecuadamente a buscar la voluntad común de todas las partes de estar vinculadas por los contratos*”, y recién luego, éstos fueron considerados como parte del arbitraje. Voluntad que, agrega, “*puede estar manifestada de manera implícita*”.⁶³

También con relación a los grupos de sociedades, afirma Artuch Iriberrí⁶⁴ que “*la extensión se sitúa en un delicado balance entre la certeza y la buena fe, que impide que el demandado que pactó el arbitraje se sustraiga a sus obligaciones, utilizando el ‘velo’ que le concede el grupo social, pero también exige que un no-parte se vea implicado sólo por su pertenencia al grupo social*”.

En la jurisprudencia uruguaya, en un caso en que se adujo por la demandada que “*este litigio no refiere sólo a Inforworld, sino también a WTFE, accionistas y directores no alcanzados por la cláusula arbitral*”, pretendiendo así un criterio restrictivo respecto al alcance *ratione personae* de la cláusula arbitral, la parte actora sostuvo que el litigio tenía su origen en actuaciones de Inforworld y que por lo tanto alcanzaba a todos aquellos accionistas, socios, directores, etc., que recibían los efectos de dichas actuaciones.

El relacionamiento de cualquier accionista o sucesor o tercero, cuyos derechos y obligaciones tuvieran su origen en Inforworld, los convertía en partes del compromiso arbitral, más allá de las variaciones que pudieran producirse en la titularidad accionaria. La magistrada actuante falló haciendo lugar a la falta de jurisdicción alegada, en virtud de que la cláusula arbitral era válida y abarcativa de la pretensión planteada, por resultarle evidente que en el caso, las partes habían acordado esta forma alternativa de resolver sus conflictos.⁶⁵

En los casos de derecho marítimo se plantea con cierta frecuencia la pretensión de extender los efectos de una cláusula arbitral, incluida en las condiciones generales impresas al dorso del conocimiento de embarque, al destinatario de la mercadería. Esto ha sido rechazado no sólo en la jurisprudencia uruguaya sino también en la extranjera, que considera que “*para ser oponible al destinatario, una cláusula compromisoria incluida en un conocimiento de embarque*

*debe haber sido puesta en su conocimiento y haber sido aceptada por él, a más tardar, en el momento en que, al recibirse de la mercadería, adhirió al contrato de transporte”.*⁶⁶ Asimismo, un pronunciamiento del Tribunal supremo español desestima un recurso de casación por abuso o exceso en la jurisdicción *“a causa de que la sumisión a arbitraje no afecta ni a la actora ni a la demandada, porque no fueron directamente las firmantes del contrato de fletamento.”*⁶⁷

En el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia uruguaya.⁶⁸ En un caso el Tribunal de Apelaciones en lo Civil (TAC) 5° sostuvo que si hubiera estado firmada:

*“la pretendida estipulación de arbitraje sería válida entre las partes que convinieron el contrato de transporte, no así frente a un tercero -como en el caso lo es el importador- ajeno a la misma.” ... pero es de destacar que tal cláusula no obliga tampoco al transportista que no la suscribiera, siendo claramente una cláusula impresa en un formulario apócrifo pese a emanar presumiblemente del propio transportador. En tanto la legislación nacional no sea modificada, las obligaciones entre las partes, cualquiera sea su origen, emanan de su expresión de voluntad expresada con la firma del documento del caso o documento anexo debidamente individualizado. Los impresos por sí solos, a nadie obligan”.*⁶⁹

Estos argumentos son incuestionables a la luz de las normas vigentes en materia de arbitraje, así como de la Ley Modelo de 1985 con su correspondiente enmienda 2006, analizados *supra*.

La Dra. Klett sostuvo en un caso de transporte internacional que *“la cláusula de arbitraje que intenta hacer valer la demandada para fundar su excepción de falta de jurisdicción, no alcanza, no comprende, a un tercero, como lo es, respecto del contrato de fletamento, la actora”* (empresa aseguradora de la carga). Y sigue: *“La cláusula arbitral inserta en un contrato en el que no participó ni aceptó no puede significar una renuncia a la jurisdicción oficial, llamada a regir en todos los casos en los que no exista, claramente establecida, una convención diversa”*. Agrega que no se han satisfecho los requisitos de la Convención de Nueva York y que *“tratándose de la renuncia a acceder a la jurisdicción oficial, la estipulación es válida entre las partes que convinieron el contrato de transporte, no pudiendo extender su alcance a un tercero, como el importador, que no la consintió”*.⁷⁰

En otro caso similar aunque más complejo, porque el armador demandado por el asegurador subrogante del importador sostuvo que el conocimiento de embarque remitía a un contrato de fletamento que sí contenía una cláusula arbitral, el Tribunal entendió que dicha cláusula no obligaba a un tercero no parte del contrato de fletamento.⁷¹

En suma, podemos concluir que siendo de general aceptación en todos los ámbitos que el arbitraje se basa -y debe su existencia misma- a la autonomía de la voluntad de las partes, resulta incuestionable que la existencia y validez del consentimiento de todas las partes involucradas en el arbitraje debe quedar demostrada en forma clara, cierta e indubitable.

En consecuencia, como advierte Artuch Iriberry,⁷² *“la eficacia del convenio arbitral hacia los terceros es nula”* y *“cualquier extensión de efectos del convenio arbitral por razones extrañas a la firma y mención expresa requiere una interpretación estricta”*, ya que *“la base consensual del arbitraje no permite otra apreciación, sin voluntad de las partes no hay convenio arbitral...”*, por lo que debe actuarse con *“la necesaria prudencia en la extensión de la validez y eficacia a quienes no consintieron”*, que *“lo realmente importante es la interpretación de la voluntad de las partes”*.

3. La cláusula arbitral en las condiciones generales, contratos de adhesión, contratos tipos y figuras afines

3.1 Planteo introductorio

Si bien los contratos de adhesión y otras modalidades similares son una realidad y -en muchos casos- una necesidad en la contratación internacional,⁷³ no es menos cierto que, por sus particularidades, requieren una regulación específica. En particular, respecto de las cláusulas arbitrales incluidas en contratos de adhesión, deberían regularse las condiciones en las cuales la cláusula arbitral podría considerarse incorporada al contrato cuando éste se celebra mediante condiciones generales de contratación.⁷⁴

Las cláusulas impresas en condiciones generales, contratos tipo, contratos de adhesión y demás variantes caracterizadas por el establecimiento unilateral de las condiciones contractuales, que incluyen una cláusula arbitral, plantean problemas específicos con relación a la validez o no de dicha cláusula.⁷⁵

Ellos se basan, fundamentalmente, en la existencia o no de consentimiento válido dado por las partes entre quienes se quiere hacer valer el acuerdo arbitral.

En este sentido García Huidobro⁷⁶ sostiene que “*en los contratos por adhesión se verifica una imposición de voluntad de una de las partes a la otra. Esta imposición de voluntad sobre las condiciones y términos de la contratación es integral, completa y absoluta respecto del contenido literal del contrato. Ante lo anterior cabe la interrogante de si en estas circunstancias se puede entender que haya operado realmente un concurso de voluntades.*”

Rezzónico,⁷⁷ por su parte, afirma que “*la exclusión por las partes de la jurisdicción estatal para la decisión de sus controversias es un hecho trascendente; lo sería en el contrato individual negociado; más aun tratándose de CNG*” (condiciones negociales generales). Y cita el artículo 1341, párrafo 2º del Código Civil italiano, que considera cláusula onerosa, y por tanto sujeta a aprobación escrita, la que instituye la cláusula compromisoria por medio de CNG; y a la recomendación N° 3 de las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil de La Plata, de 1981, en el mismo sentido. Cita también jurisprudencia francesa que ha sostenido que para reconocer el efecto derogatorio de la competencia judicial de una cláusula compromisoria, se exige que las partes se hayan obligado inequívocamente.⁷⁸

Comentando la exigencia del artículo II.2 de la Convención de Nueva York, en cuanto establece que el “*acuerdo por escrito denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmado por las partes o contenido en un canje de cartas o telegramas*”, Fernández Rozas⁷⁹ sostiene que “*la salvedad de la ausencia de firma en la segunda modalidad expresada responde a las necesidades creadas por las nuevas técnicas aplicadas a la contratación, que exigen flexibilizar los requisitos*

Las cláusulas impresas en contratos de adhesión y demás variantes caracterizadas por el establecimiento unilateral de las condiciones contractuales, que incluyen una cláusula arbitral, plantean problemas específicos con relación a la validez de la cláusula.

formales en los pactos a larga distancia”. Y agrega que el artículo 7.2 de la Ley Modelo CNUDMI se acerca más “*al estado actual de la cuestión en lo relativo a la forma del convenio arbitral*”, ya que “*además de recoger el pacto entre ausentes, no firmado por ambas partes, reconoce la validez de las cláusulas pactadas por referencia*”, que son aquellas “*que se aceptan en relación a otro contrato o a condiciones generales de la contratación*”.

Pero por cierto no comprende, en esta interpretación de las normas referidas, las cláusulas incluidas en condiciones generales impresas en contratos de adhesión, en la medida en que el consentimiento de la cláusula arbitral no haya sido claramente expresado.⁸⁰ Aquí no se trata por cierto de un problema de forma, sino de consentimiento, como se ha analizado *ut supra*.

Si bien es cierto que, como sostiene Noodt Taquela,⁸¹ “*la sola circunstancia de que el acuerdo arbitral integre un contrato con cláusulas predispuestas, no significa que el acuerdo sea abusivo*”, debemos reconocer que el riesgo de que sí lo sea es mayor que en los contratos libremente negociados por partes con igual poder de negociación. Agrega la colega argentina que “*algunos autores consideran que estrictamente sería abusivo el acuerdo arbitral que imponga condiciones imposibles para acceder al proceso arbitral o de muy difícil acceso para la parte débil. Por ende no toda cláusula compromisoria incluida en contratos celebrados por adhesión es abusiva*”.

Cabe destacar que la elección del arbitraje, en desmedro de la jurisdicción estatal, tiene que ver con el acceso a la justicia. Si se valida una cláusula arbitral unilateralmente impuesta, que remite a las partes a un tribunal arbitral con sede en un punto inaccesible para el reclamante -por razones económicas u otras-, este no tendrá acceso a la justicia, ni arbitral ni estatal. Parece por tanto más trascendente aún en este caso, garantizar que la cláusula arbitral haya sido consentida válidamente por *ambas* partes.

Más allá de las diferencias en la doctrina y en la jurisprudencia, lo que sí parece indiscutible, es que la cuestión de la validez o no, de la cláusula arbitral inserta en condiciones generales, formularios o afines, deberá ser dilucidada por el juez o árbitro actuante, teniendo en cuenta las normas aplicables, los principios generales y las circunstancias del caso. El decisor deberá ser especialmente cuidadoso, porque lo que está en juego es un asunto fundamental, cual es la existencia o no de consentimiento válido. Deberá controlar, por

tanto, no sólo la validez formal del acuerdo arbitral, sino también la validez intrínseca de la misma -en especial con relación al consentimiento de ambas partes- y de su contenido.

Ese control, como afirma Le Pera,⁸² “no se efectúa analizando las modalidades de su formación, sino a través de una estimación de la equidad y equilibrio del negocio total, de sus cláusulas en especial y el uso de ciertos estándares comunes aplicables a toda el área contractual.” En el mismo sentido, Noodt Taquela⁸³ afirma que “el control del contenido de los acuerdos arbitrales pre-dispuestos ha de apuntar a mantener el equilibrio entre las partes”, y que aun cuando ambas partes hayan prestado su consentimiento al acuerdo arbitral, “las modalidades actuales de la contratación internacional hacen necesario que se ejerza cierto control sobre el contenido de los acuerdos arbitrales incluidos en contratos por adhesión”.

En los contratos de adhesión que incluyen una cláusula arbitral, habrá que analizar si el mismo fue firmado por ambas partes o si la cláusula se encuentra en condiciones generales pre impresas y sin firma. En el primero de los casos el acuerdo arbitral será válido, en el segundo no.

3.2 Las normas y la jurisprudencia

Las Convenciones de Nueva York y de Panamá no regulan expresamente el tema, pero permiten solucionarlo mediante las normas que sí establecen los requisitos de validez de la cláusula o acuerdo arbitral (artículos II y 1 respectivamente), que como ya se explicó, permiten al juez o al árbitro en su caso constatar si la misma fue libre y válidamente consentida por ambas partes o no. En los contratos de adhesión que incluyen una cláusula arbitral, habrá que analizar si el mismo fue firmado por ambas partes o si la cláusula se encuentra en condiciones generales pre impresas y sin firma. En el primero de los casos el acuerdo arbitral será válido, en el segundo no. El consentimiento puede surgir también del intercambio de cartas, correos electrónicos y demás medios de comunicación que permitan al juzgador verificar que existió acuerdo de voluntades.

En el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur⁸⁴ se hace referencia expresa a los contratos de adhesión en su artículo 4, aunque el mismo tiene un alcance más amplio, como surge claramente de su texto:

“1. La convención arbitral dará un tratamiento equitativo y no abusivo a los contratantes, en especial en los contratos de adhesión, y será pactada de buena fe. 2. La convención arbitral inserta en un contrato deberá ser claramente legible y estar ubicada en un lugar razonablemente destacado”.

Además, la cláusula o acuerdo arbitral inserta en un contrato de adhesión deberá cumplir con los requisitos de validez generales, establecidos en el Propio Acuerdo, en los artículos 6 y 7. En consecuencia, no basta con que la convención arbitral sea “claramente legible” y esté “ubicada en un lugar razonablemente destacado” del contrato de adhesión (ni de ningún otro tipo de contrato); debe haber sido consentida porque de lo contrario no existe “convención arbitral” sino una simple cláusula unilateral no vinculante, conforme a toda la normativa que rige el arbitraje.

No parece suficiente el mero conocimiento de la existencia de la cláusula en las condiciones generales por parte del adherente, sino que resulta necesario garantizarle la posibilidad de oponerse a su inclusión, ya que de lo contrario no podría hablarse de “acuerdo” en los términos de la Convención de Nueva York.

Así lo ha entendido la Suprema Corte de Justicia uruguaya al sostener, en un fallo de 2008, que si bien el artículo II.3 de la Convención de Nueva York no define qué se entiende por “nulo, ineficaz o inaplicable”, sí lo hace la doctrina, y se trata de causales “de peso, vicios groseros que impidan reconocer la validez del acuerdo” arbitral, como son los “casos donde exista una falta o vicio del consentimiento...”.

En el caso, la Corte desestima la pretensión de negarle validez a la cláusula arbitral por estar contenida en un contrato de adhesión porque, afirma, “no estamos en presencia de un servicio monopolístico de posición absolutamente dominante en un mercado, casos típicos donde el contrato de adhesión debe ser examinado con especial severidad, pues no existe una alternativa real a otorgar el contrato o resulta especialmente gravoso” (por ejemplo, transporte de línea documentado en conocimiento de embarque).

Por el contrario, se trata de un contrato de inversión, donde *“la posibilidad de no contratar si no existía conformidad con las condiciones estipuladas y si no se aceptaban modificaciones, excluye su consideración como parte contractual especialmente débil...”*. En el caso, la parte que pretendió luego negarle validez al acuerdo arbitral, no sólo había conocido la cláusula sino que la había firmado, por lo que su pretensión de negarle luego validez resultaba violatoria del principio de buena fe y de autorresponsabilidad de acuerdo con el estándar de una persona diligente.⁸⁵

Cabe señalar que en casos en que el contrato que contiene la cláusula arbitral no está firmado por ambas partes, la Corte ha rechazado la validez de tal acuerdo.⁸⁶ No obstante, el tema ha sido objeto de discusión y de discrepancias en la propia Corte. En sentencia de 2013,⁸⁷ la Suprema Corte de Justicia entendió que el consentimiento surgía del intercambio de mails entre las partes por mayoría de tres a dos y con vista fiscal en contra.

En el caso, sostuvo la mayoría, la cadena de mails cursados entre las partes, en que el comprador le dice al vendedor en un correo electrónico *“...oferta aceptada. Intercambiamos la orden de pago y los contratos firmados mañana” se cumple el requisito convencional de la Convención de Nueva York (artículo II.2) y de Panamá (artículo 1) de intercambio o canje de comunicaciones entre las partes. Señala la Corte en mayoría, que en los documentos intercambiados entre las partes, se incluía una cláusula que establecía: “Por favor notifique cualquier discrepancia...”*

En caso de no haberlas, *“se asume que todas las partes involucradas aceptan y están de acuerdo con todos los términos detallados en la confirmación de negocios que antecede”*. En las discordias y la vista fiscal se entendió que en el caso no se había dado cumplimiento al requisito convencional de que la cláusula arbitral estuviere firmada o contenida en un canje de notas o telegramas, que acredite el consentimiento de ambas partes, ya que si bien estaba fuera de discusión que del intercambio de mails surgía la aceptación del contrato de compraventa, no podía decirse lo mismo de la cláusula arbitral.

Afirma el Dr. Chediak (uno de los Ministros discordes) que *“lo que requiere la normativa aplicable es que lo que tiene que constar en esas comunicaciones es el consentimiento de ambas partes para otorgar el compromiso arbitral”*, y dicho consentimiento *“debe resultar claro, manifiesto e indubitable, no alcanzando para tenerlo por acreditado las múltiples remisiones que se pueden llegar a hacer a otros contratos”* (en este caso, de compraventa).

Cabe concluir, en principio, que la Corte pone el énfasis en el cumplimiento de los requisitos de validez exigidos por las normas convencionales vigentes, y que la jurisprudencia uruguaya en general ha rechazado la validez de la cláusula arbitral en aquellos casos en que la ésta no estaba firmada por la parte a la que se le pretendía imponer, y el consentimiento de ésta última tampoco surgía de un intercambio de cartas, mails o equivalentes, como lo establecen las normas internacionales correspondientes ya referidas.

En cambio, cuando del estudio del caso concreto surge que hubo consentimiento de la cláusula, aunque ésta estuviera pre impresa, la misma se ha considerado válida,⁸⁸ como en un caso en que el tribunal entendió que si bien la cláusula se encontraba inserta en un contrato de adhesión y sólo había sido firmada por el actor, el contrato venía ejecutándose desde había ocho años y no era posible que a esa altura el demandado argumentara que desconocía el idioma y el contenido del contrato, especialmente la cláusula arbitral.

A juicio del tribunal, entraba a jugar el principio de autorresponsabilidad, pudiendo la parte haber conocido el contenido del contrato usando la diligencia ordinaria.⁸⁹ Parecería que en el referido caso, el tribunal flexibilizó al extremo los criterios para evaluar la existencia de consentimiento válido, alejándose, en mi concepto, de los requisitos convencionales vigentes, por existir elementos suficientes de convencimiento de que el demandado no firmante de la cláusula arbitral la había consentido.

En conclusión, cuando el juez o el árbitro deben resolver acerca de la validez y eficacia de una cláusula arbitral, deberán hacerlo a la luz de las normas correspondientes y teniendo en cuenta los datos del caso, respetando siempre la voluntad de las partes, pero de ambas, no de una sola.

3.3 Los Principios de UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales (2004)⁹⁰ y las Cláusulas Estándar

Los Principios establecen reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales; conforme su Preámbulo (párrafo 5), “*pueden ser utilizados para interpretar o suplementar textos internacionales de derecho uniforme*”, como es la Convención de Nueva York de 1958. Toda norma internacional, “*puede plantear interrogantes respecto al significado preciso de cada una de sus disposiciones y pueden*

presentar lagunas.” Hoy día, los jueces y los tribunales arbitrales tienden a dejar de lado los métodos tradicionales de interpretación y efectuarla “en base a criterios y principios autónomos e internacionalmente uniformados.” Hasta ahora correspondía a cada juez o árbitro buscar esos principios; a partir de la elaboración por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) de los principios sobre los contratos comerciales internacionales, éstos “podrían facilitar esta tarea de manera considerable”.⁹¹

El artículo 2.1.19 sobre contratación con cláusulas estándar, las sujetas a las normas generales sobre formación del contrato, aunque sujetas a lo dispuesto en los artículos 2.1.20 al 2.1.22. El comentario N° 3 al artículo 2.1.19 elimina toda posibilidad de interpretaciones divergentes, ya que establece que “...las cláusulas estándar propuestas por una parte obligan a la otra parte solamente en caso de aceptación, (...). Y más adelante agrega: “...las cláusulas estándar incorporadas al contrato escrito obligan a las partes por la simple firma del documento contractual entendido en su conjunto, por lo menos siempre que dichas cláusulas sean reproducidas en la parte superior de la firma y no, por ejemplo, si se encuentran al reverso del documento...”.

En consecuencia, la cláusula arbitral incluida en las condiciones generales impresas al dorso de un conocimiento de embarque -o cualquier otro documento de adhesión de características similares-, no firmadas por todas las partes involucradas, no vale, porque no hubo aceptación por parte de los no firmantes.

El artículo 2.1.20 (Cláusulas sorprendidas) dispone que “una cláusula estándar no tiene eficacia si es de tal carácter que la otra parte no hubiere podido preverla razonablemente, salvo que dicha parte la hubiera aceptado expresamente.” Y el respectivo

Cuando el juez o el árbitro deben resolver acerca de la validez y eficacia de una cláusula arbitral, deberán hacerlo a la luz de las normas correspondientes y teniendo en cuenta los datos del caso, respetando siempre la voluntad de las partes, pero de ambas, no de una sola.

comentario N° 1 aclara que “*el motivo de esta excepción es el de evitar que la parte que utiliza cláusulas estándar adquiera una ventaja injusta imponiendo cláusulas furtivas que la otra parte difícilmente aceptaría si fuera consciente de ellas.*”

Parece lógico suponer que ningún importador uruguayo al que le es entregada su mercadería -por la cual ya pagó el precio- con daños o faltante, o al que se le dice que la misma “*se perdió*” (sic) durante el trayecto, haya previsto razonablemente que debe ir a reclamar ante un tribunal arbitral en Londres, lo cual en muchos casos le podría insumir gastos superiores a los daños sufridos.

Es por esto que, en mi opinión, no basta con el mero conocimiento de la cláusula; es necesario darle al adherente la posibilidad de oponerse a ella, cosa que en general no existe en esta modalidad contractual.

4. Conclusiones

Estoy plenamente de acuerdo con que a veces es necesario “*aggiornar*” ciertas soluciones normativas, como es el caso de la admisión de medios tecnológicos no previstos en 1958 para acreditar la existencia de un acuerdo arbitral válidamente consentido por ambas partes.

También considero adecuado y deseable que los jueces recurran a una interpretación “*teleológica*” o “*materialmente orientada*”, forzando en cierta medida la letra pura y dura de la norma, cuando ello es acorde a la *ratio legis* y así lo requiere la justicia en el caso concreto. Porque esa es en definitiva la misión del juez: llevar la norma general y abstracta a cada caso particular, realizando en cada uno de ellos el valor supremo de la justicia sustantiva. Y el marco formal no tiene valor en sí mismo sino para alcanzar dicha meta.

Es por eso que discrepo radicalmente con las posiciones doctrinarias y las soluciones jurisprudenciales, nacionales o foráneas, que se aparten de dicho proceder, mediante propuestas de flexibilización normativa que sencillamente dejen de lado el mandato del legislador, distorsionando incluso los principios fundamentales en juego, alegando finalidades que, en mi concepto, no constituyen un valor en sí mismo. Es el caso, por ejemplo, de la pretendida *modernidad* y por ello supuestamente deseable tendencia a validar cualquier

acuerdo arbitral y de ejecutar cualquier laudo, aunque no cumplan éstos con los requisitos de la normativa aplicable. La errónea interpretación y aplicación de las normas, e incluso su ignorancia, no son fenómenos propios de una época u otra. Son la patología del sistema de derecho, que aparece en todas las épocas y en todas las sociedades.

Lo deseable es evitar que ello ocurra, y ello sólo se logra mediante procesos adecuados y permanentes de enseñanza-aprendizaje del derecho y la transmisión de valores éticos fundamentales, sin los cuales todo lo demás deviene insuficiente.

Y concluyo citando una vez más a Artuch Iriberrí⁹² y su excelente obra, cuando afirma:

“La utilización de las normas relativas al arbitraje es, cuando menos, desconcertante, y pudiera parecer en demasiadas ocasiones que se está dando aplicación a un único principio general, nunca expresamente formulado, que consiste en favorecer un arbitraje tan extenso como sea posible, sin que importen demasiado otras cuestiones de técnica jurídica. Tal tendencia, con independencia de la desconfianza que pueda llegar a crear, desconoce un pilar básico del convenio arbitral que es el consentimiento de los que en él participan. De acuerdo que la determinación del consentimiento prestado responde más a criterios fácticos que jurídicos, pero no puede admitirse que casi todos los comportamientos contractuales impliquen, de una u otra forma, la asunción de arbitraje, desconociendo la esencia y finalidad mismas de las instituciones.”

Frente a la precisión y contundencia de tal formulación, que comparto plenamente, no cabe agregar más nada.

¹ Ver al respecto C. FRESNEDO DE AGUIRRE, “El arbitraje internacional: presencia y evolución en el ámbito jurídico uruguayo”, en *Derecho procesal transnacional. Homenaje al Profesor Doctor Gualberto Lucas Sosa*, Mario J.A. Oyarzábal (Coordinador), Buenos Aires, Ed. Ábaco, 2012, pp. 217-251.

² Federico CARPI, “Les rapports entre l’arbitrage et le juge ordinaire”, *ZZpInt* 2 (1997), p. 401. En igual sentido se expresa el experto Horacio GRIGERA NAÓN, “International Commercial Arbitration in Latin America: What Now?, Compatibility and Evaluation, Boele-Woelki et al., eds., 1994, T.M.C. Asser Institut, The Hague, p. 337, cuando afirma la interacción entre el arbitraje y la justicia nacional.

³ Paula María ALL, “Consideraciones sobre el convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional”, en *DeCITA Derecho del Comercio Internacional. Temas y actualidades 02.2004*, Zavalía, pp. 27-50, p. 29.

⁴ Con respecto al requisito de la capacidad de las partes para pactar válidamente el arbitraje y la exigencia de que la materia objeto del litigio sea arbitrable, nos remitimos a las múltiples obras citadas en este trabajo, entre muchas más que se ocupan de estos y otros temas relativos al arbitraje.

⁵ Luis FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA y Alfonso-Luis CALVO CARAVACA, *Derecho mercantil Internacional. Estudios sobre Derecho Comunitario y del Comercio Internacional*, Tecnos, pp. 289-90.

⁶ Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *Condiciones Generales en la Contratación Internacional*, La Ley, Madrid, 1992, p. 152.

⁷ El destacado es nuestro.

⁸ FERNÁNDEZ ROZAS, *op.cit.*, p. 483-4, N° 770.

⁹ Aprobado en Uruguay por Ley N° 17.834 de 23/9/04.

¹⁰ Aprobado en Uruguay por Ley N° 17.751 de 26/3/04.

¹¹ SANTOS BELANDRO, Rubén, *Arbitraje comercial internacional*, 3ª ed., México, Oxford University Press, 2000, p. 60-61 El autor uruguayo compatriota señala que no podría exigirse que los acuerdos arbitrales regidos por la Convención tuvieran que cumplir con los requisitos más exigentes que pudiera imponer el derecho interno, como ocurre por ejemplo con el Artículo 473.2 del Código General del Proceso de Uruguay, que exige que el compromiso arbitral se otorgue en escritura pública.

¹² HERBERT, Ronald, “La cláusula arbitral en los conocimientos de embarque”, *RTYS* N° 2 (1989), pp. 111-113, p. 111.

¹³ Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobada sobre la base del informe de la Sexta Comisión (A/61/453).

¹⁴ Ver en este sentido, comentarios de SIQUEIROS, José Luis, “La CNUDMI modifica su Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional”, artículo para su publicación en el Boletín Informativo Pauta www.coparmex.org.mx/contenidos/internacional/newsletter/resumen/ago06/6.doc , páginas 3 y 4.

¹⁵ SANTOS BELANDRO, Rubén, “¿Hasta qué punto puede diluirse la formalidad del Acuerdo de Arbitraje Internacional en América Latina?”, en Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado N° 15, abril, 2004, pp. 81-91, p. 85, realiza un análisis comparativo entre varias leyes de arbitraje aprobadas en la región y señala que en ellas “se hace referencia a los intercambios de cartas, telegramas, télex o cables, telefax o facsímil, correo electrónico o de cualquier otro medio de comunicación que deje constancia documental de la voluntad de ambas partes de someterse al arbitraje.” (el destacado es nuestro) Existe, por tanto, en las referidas legislaciones americanas sobre arbitraje. “un reconocimiento no taxativo de los soportes posibles del acuerdo arbitral”. Asimismo, y en Revista Uruguaya de Derecho Internacional Privado, Año VI, N° 6, octubre, 2005, pp. 95-105, bajo el título “¿Es posible un Acuerdo de Arbitraje Oral en el Derecho Positivo Latinoamericano?”, p. 99. Ver también las flexibilizaciones necesarias en el arbitraje virtual, donde se mantiene, sin embargo, cierto formalismo, y los problemas que la tecnología plantea respecto de algunas cuestiones, en GRAHAM, James A., El Derecho Internacional Privado del Comercio Electrónico, México, Ed. Themis, 2003, en especial pp. 31 a 36.

¹⁶ Ver también incisos 5 y 6 del Artículo 7, en su versión 2006.

¹⁷ REDFERN, Alan and HUNTER, Martin, Law and Practice of International Commercial Arbitration, Londres, Sweet & Maxwell, 4ª ed. (Student Version), 2004, pp. 159.

¹⁸ REDFERN, Alan and HUNTER, Martin, Law and Practice of International Commercial Arbitration, Londres, Sweet & Maxwell, 4ª ed. (Student Version), 2004, pp. 158.

¹⁹ Ver, en especial, aunque no exclusivamente: Artículo II de la Convención de Nueva York, Artículo 1 de la Convención de Panamá, Artículos 2.e), 3.e), 4.2, 6.1 del Acuerdo de Buenos Aires.

²⁰ REDFERN, Alan and HUNTER, Martin, Law and Practice of International Commercial Arbitration, Londres, Sweet & Maxwell, 4ª ed. (Student Version), 2004, p. 155.

- ²¹ REDFERN, Alan and HUNTER, Martin, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Londres, Sweet & Maxwell, 4ª ed. (Student Version), 2004, p. 155.
- ²² SCHMITT*THOFF's *Export Trade*, *The Law and Practice of International Trade*, 10th ed., by D'ARCY, Leo, MURRAY, Carole and CLEAVE, Barbara, London, Sweet & Maxwell, 2000, p. 475.
- ²³ Juan Carlos FERNÁNDEZ ROZAS, "Derecho del comercio internacional", Eurolex, Colección Estudios Internacionales, Madrid, 1996, p. 481, N° 766.
- ²⁴ NOODT TAQUELA, María Blanca, *El Arbitraje en Argentina*, Montevideo, Ed. por Centro de Conciliación y Arbitraje, Corte de Arbitraje Internacional para el MERCOSUR, Bolsa de Comercio, octubre 2000, p. 134.
- ²⁵ ARTUCH IRIBERRI, Elena, *El convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional*, Prólogo: José Carlos Fernández Rozas, Madrid, Eurolex, 1997, p. 98.
- ²⁶ Cita en su apoyo: T.C., sent. 75/1996, de 30 de abril, en el recurso de amparo 540/1994, contra el laudo dictado por la Junta Arbitral de Transporte del País Vasco, en que dicho arbitraje obligatorio fue declarado inconstitucional por el propio T.C. (op.cit., p. 98, nota al pie N° 4).
- ²⁷ ARTUCH IRIBERRI, Elena, *El convenio...*, citado, p. 98 y nota al pie N° 5.
- ²⁸ OLIVERA GARCÍA, Ricardo y JIMÉNEZ de ARÉCHAGA, Mercedes, *El Arbitraje en Uruguay*, Montevideo, Ed. por Centro de Conciliación y Arbitraje, Corte de Arbitraje Internacional para el MERCOSUR, Bolsa de Comercio, octubre 2000, p. 64.
- ²⁹ Los autores refieren a la Convención de Nueva York de 1958, a la de Panamá de 1975 y al Código General del Proceso uruguayo.
- ³⁰ JLC 15°, Sent. 2253/2010 de 3/8/2010. En sentencia N° 1848/08, de 25/6/08, JLC 14°, la Dra. Beatriz Venturini) hace especial hincapié en la prevalencia de la voluntad de las partes (todas, no una sola) de someterse al mismo.
- ³¹ Ver Artículo II.2 de la Convención de Nueva York, Artículo 1 de la Convención de Panamá, Artículo 6.1 del Acuerdo de Buenos Aires.
- ³² Ratificada por Uruguay por Ley N° 16.173, de 30/3/91.
- ³³ HERBERT, Ronald, "La cláusula arbitral en los conocimientos de embarque", RTYS N° 2, pp. 111-113, p. 111.
- ³⁴ En especial, el Artículo 1 de la Convención de Panamá.
- ³⁵ HERBERT, op.cit., p. 111.
- ³⁶ Ver Artículo II.2 de la Convención de Nueva York, Artículo 1 de la Convención de Panamá, Artículo 6.1 y 6.3 del Acuerdo de Buenos Aires.

³⁷ Esta última expresión pertenece a ARTUCH IRIBERRI, Elena, (El convenio..., citado, pp. 176-177), quien agrega, citando a Gaillard, que “hasta en las formulaciones más audaces del principio de autonomía se reconoce la posibilidad de que en cuestiones de capacidad o consentimiento la formulación quiebre”.

³⁸ Luis FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA y Alfonso-Luis CALVO CARAVACA, “Derecho mercantil Internacional. Estudios sobre Derecho Comunitario y del Comercio Internacional”, Tecnos, p. 291.

³⁹ HERBERT, *op.cit.*, p. 113.

⁴⁰ Juan Carlos FERNÁNDEZ ROZAS, “Derecho del comercio internacional”, Eurolex, Colección Estudios Internacionales, Madrid, 1996, p. 482, N° 768.

⁴¹ El destacado es nuestro.

⁴² Las patologías referidas “sólo se producen en la modalidad de convenio arbitral que se incluye en el contrato a que se refiere como una cláusula más. Como es obvio, el convenio arbitral pactado surgida ya la controversia presenta un riesgo muy bajo de ser defectuoso, desde el momento en que las partes lo pactan por separado y específicamente para la función que debe cumplir de inmediato”. (FERNÁNDEZ ROZAS, *op.cit.*, p. 482, N° 768).

⁴³ Luis FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA y Alfonso-Luis CALVO CARAVACA, “Derecho mercantil Internacional. Estudios sobre Derecho Comunitario y del Comercio Internacional”, Tecnos, p. 288.

⁴⁴ El destacado nos pertenece.

⁴⁵ SANTOS BELANDRO, Rubén, “¿Hasta qué punto puede diluirse la formalidad del Acuerdo de Arbitraje Internacional en América Latina?”, en Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado N° 15, abril, 2004, pp. 81-91, p. 83 y en Revista Uruguaya de Derecho Internacional Privado, Año VI, N° 6, octubre, 2005, pp. 95-105, bajo el título “¿Es posible un Acuerdo de Arbitraje Oral en el Derecho Positivo Latinoamericano?”, p. 97.

⁴⁶ Establece la referida norma que “en los contratos de adhesión, la cláusula compromisoria sólo tendrá eficacia si el adherente tomare la iniciativa de instituir el arbitraje o lo acordare expresamente, en la sustitución a su favor, desde que se pacte por escrito, en documento anexo o en negrita, con la firma o el visto bueno otorgado especialmente para esta cláusula”.

⁴⁷ Dicho artículo dispone que “si el acuerdo de arbitraje ha sido incorporado a contratos mediante formularios o mediante pólizas, dichos contratos deberán incorporar en caracteres destacados, claros y precisos, la siguiente advertencia: ‘ESTE CONTRATO INCLUYE UN ACUERDO DE ARBITRAJE.’” (destacado en el original).

⁴⁸ OLIVERA GARCÍA, Ricardo y JIMÉNEZ de ARÉCHAGA, Mercedes, *El Arbitraje en Uruguay*, Montevideo, Ed. por Centro de Conciliación y Arbitraje, Corte de Arbitraje Internacional para el MERCOSUR, Bolsa de Comercio, octubre 2000, p. 66.

⁴⁹ Vivian MATTEO, “Arbitraje Comercial Internacional”, *Rev. de D. Comercial y de la Empresa* n° 20, p. 258.

⁵⁰ Ver por ejemplo el Artículo 6 del Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR de 1998, en especial el numeral 3 cuando refiere al “correo electrónico o medio equivalente” y el Artículo 7.4 de la Ley Modelo de Uncitral en su versión 2006, ya analizado supra.

⁵¹ Ver nota anterior.

⁵² Ver Artículo II.3 de la Convención de Nueva York.

⁵³ ARTUCH IRIBERRI, Elena, *El convenio...*, citado, p. 107. Ver también pp. 176 y 177.

⁵⁴ REDFERN, Alan and HUNTER, Martin, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Londres, Sweet & Maxwell, 4ª ed. (Student Version), 2004, p. 161. Ver asimismo: SCHMITTHOFF's *Export Trade, The Law and Practice of International Trade*, 10th ed., by D'ARCY, Leo, MURRAY, Carole and CLEAVE, Barbara, London, Sweet & Maxwell, 2000, p. 481, donde se afirma que si bien la ley de arbitraje inglesa admite esa “ficción” del acuerdo arbitral oral considerado escrito, los acuerdos arbitrales orales son raros en la práctica. Reconocen además que dicho tipo de acuerdo presenta siempre un grado de incerteza, por lo que es preferible que siempre conste por escrito.

⁵⁵ REDFERN, Alan and HUNTER, Martin, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Londres, Sweet & Maxwell, 4ª ed. (Student Version), 2004, p. 161.

⁵⁶ ARTUCH IRIBERRI, Elena, *El convenio...*, citado, p. 180, quien refiere más adelante (p. 192, nota al pie N° 375), que en el laudo CCI N° 5721/1990 se concluyó que el convenio arbitral no era oponible al dirigente social, porque su voluntad no había quedado probada.

⁵⁷ TAC 5°, Sent. i116/2007, de 14/3/2007.

⁵⁸ DIMOLITSA, Antonias, “La ‘extensión’ de la cláusula compromisoria a los no signatarios”, *Cuestiones Claves del Arbitraje Internacional*, Emmanuel Gaillard y Diego P. Fernández Arroyo (Directores), Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, CEDEP Biblioteca de derecho de la globalización, 2013, pp. 55-80, p. 56.

⁵⁹ FERNÁNDEZ ROZAS, op.cit., p. 485, N° 771.

⁶⁰ En el mismo sentido se pronuncia ARTUCH IRIBERRI, Elena, El convenio..., citado, p. 195 y 196.

⁶¹ ARTUCH IRIBERRI, Elena, El convenio..., citado, p. 107. Ver también pp. 176 y 177.

⁶² DIMOLITSA, Antonias, “La ‘extensión’ de la cláusula compromisoria a los no signatarios”, Cuestiones Claves del Arbitraje Internacional, Emmanuel Gailard y Diego P. Fernández Arroyo (Directores), Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, CEDEP Biblioteca de derecho de la globalización, 2013, pp. 55-80, en especial pp. 55, 57, 68, 79, 80.

⁶³ DIMOLITSA, Antonias, “La ‘extensión’ de la cláusula compromisoria a los no signatarios”, Cuestiones Claves del Arbitraje Internacional, Emmanuel Gailard y Diego P. Fernández Arroyo (Directores), Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, CEDEP Biblioteca de derecho de la globalización, 2013, pp. 55-80, en especial pp. 62-65.

⁶⁴ ARTUCH IRIBERRI, Elena, El convenio..., citado, p. 198-210.

⁶⁵ JLC 15°, Sent. interlocutoria N° 2253/2010, de 3/8/2010 (Dra. Teresita Macció).

⁶⁶ Sentencia de Casación de 29 de noviembre de 1994 (Corte de Casación (Cámara de Comercio), que casa y anula la sentencia del Tribunal de Apelaciones de París que había resuelto en sentido contrario. Publicada en *Droit Maritime Française*, 1995, pp. 218-219, y en *Rev. de Transporte y Seguros* N° 11, caso N° 211, pp. 164-165.

⁶⁷ Sent. TS de 30/12/1992, Unión de Seguros Marítimos y Generales Amaya SA c. H. Cansen Co. Y Assuranceforeningen Gard, R.A.J., 1992, Núm. 10566, citado por ARTUCH IRIBERRI, Elena, El convenio..., citado, p. 196, nota al pie N° 6.

⁶⁸ Ver los siguientes casos: “Royal Insurance c/ Montemar S.A., buque SUDELMAR II, JLC-1, Sent. 72 del 20/3/85; TAC-81 del 14/4/86.” RTYS 1, caso 4, p. 37, y LJU, T.XCIV, caso 10.771; “The British and Foreign Marine Insurance c/ Montemar, buque Estrella del Mar, JLC 13, Sent. 14.279 del 30/10/87; TAC 2, Sent. 293, del 19/9/88”. RTYS 2, caso 17, p. 39; “La Mannheim c/ Montemar, buques Estrella del Mar y Lucero del Mar, JLC 6, Sent. 10.624 del 26/9/88; TAC 5, Sent.59, del 31/3/89”. RTYS 2, caso 18, p. 43; “Royal Insurance c/ Montemar, buque Venus del Mar, JLC7, Sent. 7508 del 14/8/87; TAC 5, Sent. 147, del 24/5/88”. RTYS 2, caso 19, p. 47; “Royal Insurance c/ Montemar, buque Estrella del Mar, JLC7, Sent.7510, del 14/8/87; TAC 2, Sent. 246, del 3/8/88”. RTYS 2, caso 20, p. 50; “La Mannheim c/ Montemar, buque Ocean Express,

JLC-14, Sent. 452 del 6/3/92 (consentida). RTYS 6, caso 87, p. 30, todos citados y comentados en FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, “La Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, Nueva York, 1958: análisis de la jurisprudencia uruguaya”, publicado en la Revista Uruguaya de Derecho Internacional Privado, Año III, N° 3, pp. 141-157.

⁶⁹ Royal Insurance c/ Montemar, buque Venus del Mar, JLC7, Sent. 7508 del 14/8/87 (Gutiérrez); TAC 5, Sent. 147, del 24/5/88 (Almirati –r-, Rochón), RTYS 2, caso 19, p. 47.

⁷⁰ TAC 6°, Sent. 54/2011, de 16/3/2011, KLETT –r-, HOUNIE, MARTÍNEZ (discorde por motivos procesales internos ajenos al que nos ocupa).

⁷¹ JLC 2° (BELLO), Sent. 2309/2010, e 29/7/2010 (consentida), RTYS N° 24, caso N° 500, pp. 152-154

⁷² ARTUCH IRIBERRI, Elena, El convenio..., citado, p. 198-210.

⁷³ VIANNA DE LIMA, Claudio, en A Arbitragem no Brasil, Montevideo, Ed. por Centro de Conciliación y Arbitraje, Corte de Arbitraje Internacional para el MERCOSUR, Bolsa de Comercio, octubre 2000, p. 66, refiere a que los contratos de adhesión constituyen una imposición de los tiempos modernos.

⁷⁴ Cfr. BOGGIANO, Antonio, Derecho Internacional Privado, T. II, 2ª de., Depalma, Bs. As., 1983, p. 1313. Ver también, del mismo autor, “International Standard Contracts. A Comparative Study”, Recueil des Cours, 1981-I, p. 41, aunque refiriéndose a la cláusula de elección de la ley aplicable. AGUILAR ÁLVAREZ, Guillermo, “Artículo II (2) de la Convención de Nueva York y las Cortes”, en Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado N° 15, abril, 2004, pp. 63-80, analizando la jurisprudencia nacional relativa al Artículo II (2) de la Convención de Nueva York, afirma en la página 74 que “...en prácticamente cada instancia, las jurisdicciones nacionales fueron guiadas por la necesidad de reconciliar una corriente muy fuerte a favor del arbitraje, con el **requisito crucial de que las partes estén plenamente conscientes de que están acordando un arbitraje.**” (el destacado es nuestro).

⁷⁵ Ver sobre el punto: MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio, “Las cláusulas predisuestas y el arbitraje en el Paraguay” (Capítulo III, pp. 49-70), en El Arbitraje en Paraguay, Montevideo, Ed. por Centro de Conciliación y Arbitraje, Corte de Arbitraje Internacional para el MERCOSUR, Bolsa de Comercio, octubre 2000, en especial p. 49.

⁷⁶ GARCÍA HUIDOBRO, Cristián, en El Arbitraje en Chile, Montevideo, Ed. por Centro de Conciliación y Arbitraje, Corte de Arbitraje Internacional para el MERCOSUR, Bolsa de Comercio, octubre 2000, p. 49.

⁷⁷ Juan Carlos REZZÓNICO, *Contratos con cláusulas predisuestas*, Astrea, Bs. As., 1987, p. 560.

⁷⁸ BERLIOZ, “Le contrat d’adhésion”, p. 76 y ss., citado por REZZÓNICO, op.cit., p. 561, nota 1610.

⁷⁹ FERNÁNDEZ ROZAS, op.cit., p. 484, N° 770.

⁸⁰ Sobre este tema, afirman OLIVERA GARCÍA, Ricardo y JIMÉNEZ de ARÉCHAGA, Mercedes, *El Arbitraje en Uruguay*, Montevideo, Ed. por Centro de Conciliación y Arbitraje, Corte de Arbitraje Internacional para el MERCOSUR, Bolsa de Comercio, octubre 2000, p. 73, que “la cláusula compromisoria incluida en un contrato de adhesión se debe presumir conocida y consentida, si el mismo fue suscrito por las dos partes.” A contrario sensu, se debe presumir que si dicha cláusula no está firmada por las dos partes, ella no fue ni conocida ni consentida por la parte no firmante.

⁸¹ NOODT TAQUELA, María Blanca, *Arbitraje Internacional en el MERCOSUR*, Buenos Aires, Ed. Ciudad Argentina, 1999, pp. 71-72.

⁸² LE PERA, Sergio, *Cuestiones de derecho comercial moderno*, Buenos Aires, Astrea, 1974, p. 281, citado por NOODT TAQUELA, María Blanca, *El Arbitraje en Argentina*, Montevideo, Ed. por Centro de Conciliación y Arbitraje, Corte de Arbitraje Internacional para el MERCOSUR, Bolsa de Comercio, octubre 2000, p. 109.

⁸³ NOODT TAQUELA, María Blanca, *El Arbitraje en Argentina*, Montevideo, Ed. por Centro de Conciliación y Arbitraje, Corte de Arbitraje Internacional para el MERCOSUR, Bolsa de Comercio, octubre 2000, p. 135.

⁸⁴ Mercosur/CMC/Dec. N° 3/98.

⁸⁵ SCJ, Sent. 43/2006, de 24/3/2006, cita on line: UY/JUR/68/2006.

⁸⁶ SCJ, Sent. 85/2008, de 9/5/2008.

⁸⁷ SCJ, Sent. 503/2013, de 30/10/2013.

⁸⁸ Una posición diferente, más lineal y categórica, parecen sostener Sandra GONZÁLEZ y Fernando GÓMEZ, en “Arbitraje Comercial Internacional en Uruguay: Marco Legal y Jurisprudencial”, *El Arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica. Marco Legal y Jurisprudencial*, Antonio HIERRO y Cristian CONEJERO (Directores), 2ª ed., La Ley, Madrid, 2012, pp. 755-786, p. 760. No obstante, en la p. 761 reconocen, obviamente, que sin consentimiento no hay acuerdo arbitral.

⁸⁹ Sent. 90/1996, TAC 7°, RUDP 3/1997, p. 344.

⁹⁰ La edición de los Principios de Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2004 manejada aquí es la publicada en México en 2007, por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT),

Roma, el Instituto de Investigaciones Jurídicas y el Centro Mexicano de Derecho Uniforme (ISBN: 88-86449-15-1), y la edición on line de la versión 2010 de los Principios

(<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-english.pdf>). Cabe señalar que conforme a la Tabla de Correspondencias entre las distintas versiones de los Principios, ninguno de los artículos citados ha sufrido modificación ni en el texto de los mismos ni en sus comentarios en la edición 2010.

⁹¹ Comentario N° 5 al Preámbulo de los Principios de UNIDROIT.

⁹² ARTUCH IRIBERRI, Elena, El convenio..., citado, pp. 209-210.

Cecilia Fresnedo de Aguirre

Consultora internacional y profesora de derecho internacional privado en la Universidad de la República y en la Universidad Católica del Uruguay. Se desempeña como corresponsal en Uruguay del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Internacional Privado (UNIDROIT) y colaboradora de la Uniform Law Review.

Recientemente fue designada como árbitro por Uruguay en el Tribunal Arbitral Internacional de Salto Grande. Ha representado al Uruguay en diversos foros de codificación del derecho internacional privado, como las Conferencias de La Haya y las Conferencias Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP - OEA).

La Dra. Fresnedo ha dictado cursos de postgrado y conferencias en más de 20 universidades e instituciones nacionales y extranjeras, y es además autora de 20 libros y más de 130 artículos sobre temas de su especialidad. Su tesis, “La Autonomía de la Voluntad en la Contratación Internacional”, publicada en 1991 por la Fundación Cultural Universitaria del Uruguay (FCU), recibió el Premio único en Obras de Ciencias Sociales y Jurídicas del Ministerio de Educación y Cultura. Es Doctora en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad de la República, y fue Becaria Fullbright en la Universidad de California en Davis.

El Acuerdo Arbitral: Los requisitos de su validez

Diego B. Gosis



Árbitro y Of Counsel de las firmas Gomm & Smith, con sede en Miami, Florida, y Guglielmino & Asociados, con sede en Buenos Aires, Argentina. Cuenta con amplia experiencia en transacciones internacionales, incluyendo fusiones y adquisiciones, bienes raíces, hidrocarburos, operaciones de hoteles y casinos, y planeaciones fiscales.

1. Introducción

Suele sostenerse que los primeros minutos de vida de una criatura encierran la mayor cantidad de riesgos mortales.¹ Sin embargo, sin restar mérito a las consideraciones neonatológicas aplicables -y a las estadísticas médicas que las sustentan-, afirmamos sin temor a equivocarnos que esa proposición omite, en realidad, reparar en una verdad inevitable: sin lugar a duda alguna, en todos los casos, en todas las especies, y en todos los tiempos, los más riesgosos son siempre los últimos minutos.

Como en tantas otras áreas y circunstancias, el derecho sigue aquí a la vida. La cuestión de la validez -o vida- del acuerdo arbitral puede analizarse con igual interés desde dos perspectivas diametralmente opuestas pero complementarias, relativas, respectivamente, al nacimiento y muerte del acuerdo arbitral. A esa cuestión, y a esas perspectivas, dedicamos estas páginas.

2. Condiciones Originarias y Sobrevinientes de validez del Acuerdo

De una parte, puede optarse por analizar la cuestión de la validez originaria -o intrínseca- del acuerdo arbitral, es decir, las condiciones de validez que debe cumplir un pacto de resolver por arbitraje controversias presentes o futuras para poder considerarse realmente tal, y permitir a la parte que lo invoca, instar a aquella que intente desconocerlo a cumplir con su obligación de arbitrar. Desde esta perspectiva, lo que interesará serán las condiciones -que llamaremos suspensivas- de generación de una obligación válida de arbitrar, a cuyos efectos será principalmente determinante el contenido del pacto de arbitraje y el contexto en el que se inscribe, con prescindencia de su vida futura o de elementos externos al negocio jurídico que le dio origen.

En las antípodas de esta perspectiva, resultará igualmente interesante analizar las condiciones -que llamaremos resolutorias- que causan que esa misma cláusula arbitral pierda la validez que hubiera logrado al superar la valla de ese primer análisis. Llamaremos a esta cuestión la de la validez ulterior -o extrínseca- por depender principalmente, no ya de los elementos constitutivos del acuerdo de arbitraje, sino de los hechos externos a él que pueden, cumplidos ciertos extremos, hacerle perder su virtualidad jurídica.

2.1. Condiciones Originarias

2.1.1. Las reglas generales de derecho de los contratos

El acuerdo de arbitraje es, primeramente, un acuerdo, por lo que resultan aplicables a su respecto las reglas de derecho correspondientes a aquellos, lo que ha llevado a la *Cour de Cassation* francesa a sostener que “*los laudos arbitrales que se basan en un acuerdo de arbitraje constituyen una unidad con aquel, y con él comparten su naturaleza contractual*”.² Este acuerdo puede expresarse en una de las disposiciones de un contrato más abarcativo -en cuyo caso nos referimos a una *cláusula compromisoria*- o, más raramente, en un acuerdo separado -en cuyo caso nos referiremos a un *acuerdo arbitral* en sentido estricto-. Cuando este acuerdo arbitral separado se celebra una vez que la controversia se ha suscitado, esa cláusula compromisoria recibe generalmente el nombre de *compromiso arbitral*.

Dependiendo de la identidad de las partes contratantes y de la materia acordada, esas reglas pueden ser reglas de derecho privado, o contener ciertos elementos de derecho público, como es el caso de los acuerdos contenidos en contratos celebrados con personas estatales -ya sean estados o dependencias geográficas o administrativas de aquellos que, por sus características, tengan personalidad jurídica suficiente para contratar.

Estos requisitos de formación de la voluntad dependen principalmente del derecho o los derechos internos que resulten aplicables a la capacidad de cada una de las partes -que puede ser distinto para cada una de las partes-, aunque la *validez* del acuerdo estará sujeta adicionalmente a requisitos venidos de la ley aplicable al acuerdo arbitral -que puede ser la ley nacional de una o ambas partes, la ley aplicable al contrato, la ley de la sede del arbitraje, o una ley distinta a todas las anteriores.³

Una situación particular de los acuerdos arbitrales, pero que responde a las reglas generales del derecho de los contratos, es la de las verdaderas condiciones suspensivas a la obligación de arbitrar -que no son condición de su validez, sino de su ejecutabilidad-. En efecto, no es raro que la obligación de someter una controversia a arbitraje sólo sea exigible -como consecuencia de los términos del instrumento en donde consta el consentimiento a arbitrar- sujeto a que se hayan realizado, al menos por un cierto plazo, intentos razonables y/o de buena fe de alcanzar una solución negociada, u otra forma previa de resolver la controversia.

Esto sucede con gran habitualidad en el marco de los arbitrajes de inversión, cuya tramitación se origina generalmente en tratados bilaterales de inversión que permiten a un inversor reclamar del estado receptor de su inversión por

Estos requisitos de formación de la voluntad dependen principalmente del derecho o los derechos internos que resulten aplicables a la capacidad de cada una de las partes, aunque la validez del acuerdo estará sujeta adicionalmente a la ley aplicable al acuerdo arbitral.

violaciones al tratado bilateral celebrado entre ese estado receptor y el estado del cual el inversor es nacional,⁴ pero también es usual en ciertas formas de arbitraje comercial.⁵ En estos casos, el incumplimiento de la condición, por supuesto, tendrá por efecto que la obligación de arbitrar no se consolide, resultando por tanto inejecutable.

2.1.2. Las reglas específicas de derecho arbitral

Sin perjuicio de cuanto antecede, la teoría y práctica del arbitraje predicen que la invalidez o extinción del contrato que contiene una cláusula compromisoria no produce, necesaria o automáticamente, la invalidez o extinción del acuerdo de arbitrar contenido en ella. Esta ficción jurídica, que recibe el nombre de separabilidad o autonomía de la cláusula arbitral, persigue impedir que la mera afirmación por una parte de elementos invalidantes en el acuerdo invocado contra ella, haga imposible resolver la controversia que se plantee para resolver, por ejemplo, las causas o efectos de esa misma invalidez. La enorme mayoría de los instrumentos relevantes de derecho o doctrina arbitral contienen disposiciones expresas que dan forma y sustancia a la doctrina de la separabilidad de la cláusula arbitral.⁶

En la práctica, las únicas limitantes a la ejecutabilidad de la obligación de arbitrar contenida en una cláusula compromisoria o acuerdo arbitral son las que el Artículo 2 de la Convención de Nueva York⁷ sistematiza bajo la formulación de que el acuerdo de arbitrar en sí mismo sea “*nulo, ineficaz o inaplicable*”⁸ a la disputa de que se trate, situación que incluye los casos en que el pacto alcanzado no constituye en sentido propio un acuerdo –acuerdo nulo–,⁹ aquellos en que el pacto adolece de defectos de forma o contenido que impiden ponerlo en práctica -acuerdo ineficaz-,¹⁰ y aquella en que el pacto existe y está formulado de forma correcta, pero la disputa que se pretende arbitrar no cae dentro de sus límites -acuerdo inaplicable-.

2.2. Condiciones Sobrevinientes

De manera adicional a las condiciones originarias discutidas *supra*, nos abocaremos también, como adelantábamos, a ciertas consideraciones relativas a la cuestión del mantenimiento ulterior de la validez adquirida por un acuerdo de arbitraje.

Un acuerdo arbitral originariamente válido puede perder su condición de tal como consecuencia de la actividad negocial de las partes que lo otorgaron, cuando éstas acuerden su modificación u otra novación, su resolución, o cuando opere respecto de ella cualquier otro medio extintivo de las obligaciones que, *mutatis mutandis*, pueda resultar de aplicación a la obligación de arbitrar.

Sin embargo, esta extinción no promete la discusión de ningún aspecto relevante que distinga la situación del acuerdo de arbitraje del resto del universo de las relaciones contractuales posibles, por lo que nos centraremos en otros cursos extintivos. En particular, nos detendremos en la posibilidad de que ese acuerdo arbitral, por el contrario, pierda su validez como consecuencia de la actividad reclamatoria de las partes, cuando aquella sea desarrollada de forma tan incompatible con la existencia de un acuerdo arbitral, que sólo pueda entenderse que esa actividad reclamatoria ha constituido una renuncia de la parte correspondiente —una o todas— a ese acuerdo arbitral.

Se ha sostenido repetidamente en reglamentos de arbitraje, textos doctrinarios y decisiones arbitrales y judiciales que, existiendo un acuerdo arbitral, el planteamiento de reclamos en fueros distintos del previsto en el acuerdo implica una renuncia a la jurisdicción arbitral cuando el reclamo (i) excede de la mera solicitud de medidas precautorias,¹¹ (ii) representa una apertura del debate sobre el mérito de las cuestiones reclamadas,¹² o (iii) contiene un pedido de adjudicación de daños y perjuicios.¹³

Esta conclusión responde a la necesidad de evitar que, mediante caminos procesales incongruentes, se cause perjuicio a la parte demandada, por

Un acuerdo arbitral originariamente válido puede perder su condición de tal como consecuencia de la actividad negocial de las partes, cuando éstas acuerden su modificación, su resolución, o cuando opere respecto de ella cualquier otro medio extintivo de las obligaciones.

ejemplo, obligándola a comprometer recursos y esfuerzos en la resolución de la controversia por el medio elegido por la parte demandante en violación o abandono del acuerdo arbitral.¹⁴

Puesto de otro modo, la parte demandante que inicia un reclamo arbitrable en un fuero distinto del pactado “*crea en el demandado un derecho a opción -el demandado puede o no insistir en llevar la cuestión a arbitraje, según elija-*”.¹⁵

Una vez que esa parte demandada ha efectivamente ejercido tal opción, y ha asignado a la defensa del reclamo planteado de la forma propuesta por la demandante, recursos económicos o de otro tipo (incluido, a modo de ejemplo, revelando información o argumentos de defensa que no habrían estado a disposición de la demandante de no ser por la interposición de ese reclamo), se genera en cabeza de esa parte demandada la expectativa y el derecho a recorrer hasta sus últimas instancias el camino procesal “*ofrecido*” por la demandante al reclamar, y a que la decisión que se alcance como consecuencia de ese recorrido se transforme, en circunstancias normales,¹⁶ en una decisión definitiva.

Permitir lo contrario, y tolerar que la parte demandante, luego de iniciar su reclamo bajo un mecanismo distinto del acordado en la cláusula arbitral y lograr que ese mecanismo sea aceptado por la demandada o demandadas retorne al acuerdo originario que ha violado o abandonado, expondría a las partes demandadas a riesgos de tal magnitud que resultaría improbable que ningún participante en el comercio o el derecho internacional se aviniera a pactar mecanismos de resolución de las controversias por medios distintos a los preestablecidos. Este camino pondría en riesgo, sin dudas, la subsistencia misma del sistema de arbitraje, en cuanto se basa en un acuerdo -el acuerdo arbitral- cuyo objeto es, justamente, “*abandonar el derecho de las partes a obtener remedios en sede judicial y, en efecto, crear un sistema privado de adjudicación que, presumiblemente, se adapta mejor a sus necesidades de negocios*”.¹⁷

Cuanto antecede está sujeto, sin embargo, a salvedades relativas a dos grandes categorías de reclamos: los reclamos con partes múltiples y los procesos con reclamos múltiples. Tanto en uno como en otro caso, la multiplicidad de partes o reclamos hace necesarias consideraciones acerca de si la conducta de otras partes con intereses comunes o convergentes puede obstar a que

una parte inicie un reclamo en arbitraje, o acerca del efecto que la conducta adoptada por las partes respecto de un reclamo pueda tener sobre la admisibilidad de otros reclamos entre las mismas partes, cuestiones que nos contentaremos con dejar aquí salvadas.¹⁸

3. Conclusión

La cuestión de la validez del acuerdo arbitral, que resulta central a cualquier estudio arbitral de relevancia práctica, puede y debe analizarse desde los elementos que pueden afectarla en dos momentos diversos de su de correr, que pueden fácilmente asimilarse al nacimiento y muerte del acuerdo arbitral.

Esos elementos, y las consideraciones que merecen en una y otra situación, varían en función de reglas que son heredadas por el acuerdo de arbitraje por vía de su pertenencia a la fenomenología general de los contratos, pero también de reglas que resultan específicas a la materia arbitral.

En las líneas que anteceden, y que hemos sido investidos con el honor de llenar y entregar al lector, hemos intentado trazar una hoja de ruta de los paisajes más significativos de esos dos momentos del camino, que esperamos sirvan de guía para transitar el análisis y aplicación del acuerdo de arbitraje. El autor no duda que en las múltiples conferencias, seminarios y encuentros de arbitraje que lo unan con el lector en los años venideros, tendrá posibilidad de encontrarse con las diversas postales tomadas por el lector a lo largo de este camino propuesto.

¹ Ver, por ejemplo, la observación que en este sentido formula la Organización Mundial de la Salud en <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs333/es/> (consultado el 18 de mayo de 2014).

² Sentencia del 27 de julio de 1937, *Roses c. Moller et Cie.*, publicado en 1 DALLOZ 25 (1938) (traducción del autor).

³ Por ejemplo, puede darse el caso de que el lugar de celebración de un contrato imponga formalidades –imperativas– adicionales a las contenidas en la ley que las partes hayan pactado aplicar a él, que deberán entonces ser tenidas también en cuenta a la hora de determinar la validez del acuerdo de arbitraje incluido en el contrato.

⁴ Ver, por ejemplo, la decisión dictada en *ICS Inspection and Control Services Limited (Reino Unido) c. República Argentina* (Caso PCA No. 2010-09), Laudo sobre Jurisdicción del 1º de febrero de 2012, para una discusión acerca de la obligatoriedad de llevar a cabo esas actividades como paso previo a iniciar un arbitraje bajo diversos tratados bilaterales de inversión.

⁵ Ver, por ejemplo, J. JENKINS y S. STEBBINGS, *International Construction Arbitration Law* (2006), pp. 58-60, donde se discute la práctica de prever mecanismos de negociación previa en la industria de la construcción, y se debaten también las ventajas y desventajas derivadas de ello.

⁶ Ver, por ejemplo, la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) (§16.1), o el Reglamento de Arbitraje de CNUDMI (§23), por citar algunos. Dentro de los reglamentos de arbitraje institucional, el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) ha contenido disposiciones relativas a la separabilidad de la cláusula arbitral al menos desde su versión de 1955.

⁷ Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, celebrada en Nueva York el 10 de junio de 1958.

⁸ *Id.*, Artículo 2.3.

⁹ Para una discusión más acabada sobre los requisitos y la casuística de la validez y nulidad de los acuerdos de arbitraje, ver V. SANDLER OBREGÓN, “El Acuerdo Arbitral y sus Efectos en el Reconocimiento o Ejecución de Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros”, en *ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL: EL RECONOCIMIENTO Y LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS Y LAUDOS ARBITRALES EXTRANJEROS : REUNIÓN DE ALTO NIVEL, MIAMI, FLORIDA – 21 Y 22 DE ENERO DE 2013*, preparado por el Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la Organización de los Estados Americanos, (OEA documentos oficiales; OEA/Ser.D/XIX.14), pp. 78 y ss.

¹⁰ El bestiario de los acuerdos ineficaces encuentra su taxonomía más clara en el trabajo seminal de L. EISEMANN, *La Clause d'arbitrage pathologique*, en *COMMERCIAL ARBITRATION: ESSAYS IN MEMORIAM EUGENIO MINOLI* (1974), pp.129 y ss.

¹¹ Cf. Reglamento de Arbitraje de la CCI, artículo 28.2. *Ver también* J.D.M. LEW, L.A. MISTELIS y S.KRÖLL, *COMPARATIVE INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION* (2003), §7.93, pág. 163 (“[I]f the request for relief goes beyond the preservation of evidence or the maintenance of the status quo it may be considered a waiver”).

¹² J.D.M. LEW, L.A. MISTELIS y S. KRÖLL, *op.cit.*, §§7.87/90, pp. 161-2.

¹³ SCHWARTZ, *A Guide to the New ICC Rules of Arbitration* (1998), nota al pie #629, pág. 277.

¹⁴ T.E. CARBONNEAU, *The Law and Practice of Arbitration*, 2da. Edición, Juris Publishing (2007), pág. 595.

¹⁵ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Texas en el caso *Vireo PLLC v. Cates*, 953 S.W. 2d 489 (1997), citada en T.E. CARBONNEAU, *op. cit.*, pág. 597 (traducción libre).

¹⁶ Dejamos aquí a salvo las vicisitudes que pueden afectar el valor último de una decisión adoptada en el seno de un acuerdo negocial o una mediación, o de aquella dictada en una conciliación o en procesos judiciales de diverso objeto y alcance, en las que no nos detendremos por exceder el alcance de este análisis.

¹⁷ T.E. CARBONNEAU, *op. cit.*, §1.(1).

¹⁸ Para una notable sistematización de los problemas relacionados con éstas y otras cuestiones en el contexto de relaciones jurídicas complejas, véase B. HANOTIAU, *Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-issue and Class Actions* (2006).

Diego B. Gosis

Árbitro y Of Counsel de las firmas Gomm and Smith, con sede en Miami, Florida, y Guglielmino & Asociados, con sede en Buenos Aires, Argentina. Ha representado a los sectores público y privado en más de 40 arbitrajes internacionales y procesos judiciales o arbitrales de anulación bajo las reglas de la Cámara Internacional de Comercio (ICC) la Asociación Americana de Arbitraje (AAA), la Financial Industry Regulatory Authority (FINRA), la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), y el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI).

Cuenta con amplia experiencia en transacciones internacionales, incluyendo fusiones y adquisiciones, bienes raíces, hidrocarburos, operaciones de hoteles y casinos, y planeaciones fiscales. El Dr. Gosis ha sido clasificado en varias ocasiones por las prestigiosas publicaciones Chambers and Partners y Legal500 como uno de los abogados más destacados en el ramo del arbitraje internacional en América Latina. El Dr. Gosis participa con frecuencia en congresos, seminarios y eventos académicos relacionados con arbitraje de inversión y arbitraje comercial. Obtuvo títulos profesionales en derecho y traducción conferidos por la Universidad de Buenos Aires.



Intervención del Poder Judicial Durante el Proceso Arbitral

219

Contrato Internacional. La intervención del poder judicial durante el proceso arbitral. El caso Jirau

Mauricio Gomm Santos

Contrato Internacional. La intervención del poder judicial durante el proceso arbitral: El caso Jirau

Mauricio Gomm Santos



*Socio, Gomm & Smith,
PA (Miami, Estados
Unidos), abogado de
partes estadounidenses y
latinoamericanas en litigios
comerciales internacionales,
y árbitro en controversias
arbitrales.*

1. Introducción General

El arbitraje, por su naturaleza contractual, es el resultado de la expresión de la autonomía y la libertad de contratación de las partes,¹ y tiene por finalidad proporcionar un *forum* alternativo e independiente para la solución privada de todas o algunas de las controversias que puedan producirse entre las partes contratantes.²

La cláusula arbitral demuestra un acuerdo consciente entre las partes para excluir de la resolución de sus disputas a los tribunales estatales en favor de la finalidad y conveniencia proporcionados por el proceso arbitral.³ A pesar del carácter autónomo del arbitraje con relación al poder judicial,⁴ esta independencia tiene sus límites.⁵ En este contexto, puede emerger la necesidad de recurrir a las judicaturas nacionales, particularmente en materias relacionadas con las solicitudes de asistencia en práctica de pruebas y medidas cautelares.⁶

El problema de las diferentes, y a veces completamente opuestas, interpretaciones que los distintos tribunales judiciales pueden darle a un mismo convenio arbitral es el epicentro del dilema.

Pero la determinación del nivel necesario y / o apropiado de asistencia judicial es controvertida. En ciertas ocasiones la intervención judicial puede llegar a frustrar las características de celeridad, flexibilidad, y certeza procesal del arbitraje. Las distintas experiencias de los tribunales judiciales en materia de arbitraje, los distintos sistemas jurídicos, la deficiente redacción de la cláusula arbitral, y en consecuencia, las distintas interpretaciones que se le pueden dar a dicha cláusula, son algunas de las razones que este artículo presenta, a través del análisis del

controvertido caso *Energia Sustentável do Brasil S.A. e Outros v. Sul América Companhia Nacional de Seguros S.A. e Outros*⁷ (“Jirau”), como causas que pueden afectar la determinación de la intervención del judicial en un proceso arbitral.

En algunos Estados el arbitraje ya tiene un mayor desarrollo y delineamiento en esta materia.⁸ Las diferencias en las actitudes hacia el arbitraje del Estado pueden llevar a los Estados y sus tribunales a involucrarse en conductas que otros Estados, los profesionales y los comentaristas, pueden ver como interferencias injustificadas en el proceso arbitral.⁹ A pesar del papel crucial de la Convención de Nueva York y el de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), el arbitraje no es todavía objeto de una armonización obligatoria de largo alcance y sigue sin estar regulado a nivel internacional.¹⁰ Como veremos, los distintos cuerpos normativos, en este caso la Ley de Arbitraje de Brasil (LAB) y el *English Arbitration Act*, jugaron un papel importante para determinar la correcta interpretación del acuerdo de arbitraje y el rol del tribunal durante el arbitraje.

El punto más expuesto en este artículo, se refiere a la importancia de la cláusula arbitral y su interpretación con relación a la intervención del poder

judicial durante el arbitraje. El problema de las diferentes, y a veces completamente opuestas, interpretaciones que los distintos tribunales judiciales pueden darle a un mismo convenio arbitral es el epicentro del dilema. De acuerdo con lo expuesto anteriormente, esto tiene un mayor pronunciamiento en el arbitraje internacional puesto que existe una mayor posibilidad de obtener resultados distintos en la interpretación de una misma cláusula cuando dos o más cuerpos judiciales pertenecen a Estados distintos. Con mayor razón, si estos pertenecen a sistemas jurídicos distintos, ya sea al *common law* o al *civil law*, como sucede en el caso de *Jirau*.

La cláusula compromisoria es la fuente de limitación del judiciario nacional, por lo tanto es lógico que el análisis para determinar la extensión de su intervención en el procedimiento arbitral, deba comenzar con la interpretación del texto de dicha cláusula.¹¹

La experiencia de muchos arbitrajes tortuosos, ampliamente documentados en precedentes arbitrales, corrobora que no son pocos los arbitrajes que se ven lastrados por una defectuosa cláusula arbitral.¹² Un perfecto ejemplo de este tipo de arbitrajes tortuosos se observa en el caso *Jirau*, en donde el texto deficiente de la cláusula arbitral puso en juego dos sistemas jurídicos que a su vez dieron inicio o continuación a dos procedimientos distintos. La intervención judicial en este caso se produjo a través de la concesión de medidas *anti-suit injunction* y *anti-arbitration injunction* otorgadas por los tribunales ingleses y brasileños respectivamente, solicitados, por un lado, por las empresas de construcción, y por el otro, por las compañías de seguros.

La *anti-suit injunction* es considerada como un instrumento mediante el cual un tribunal de una jurisdicción tiene por objeto restringir la conducta de un litigio en otra jurisdicción.¹³ La *anti-arbitration injunction* se utiliza ya sea antes de que el arbitraje haya sido iniciado para evitar que el tribunal que se establezca o después de que el proceso ya ha comenzado para detener el proceso arbitral.¹⁴

Estas medidas fueron concedidas a raíz de la interpretación opuesta de la voluntad de las partes - “*inexistente*” según la corte brasileña, “*implícita*” según la inglesa - con respecto a la ley aplicable al convenio arbitral. Es decir, por

La incorporación de una cláusula de arbitraje en el contrato no siempre evita la intervención de los tribunales judiciales durante el procedimiento arbitral. Las medidas judiciales como la anti-suit injunction y la anti-arbitration injunction, son algunos ejemplos de cómo el poder judicial puede intervenir durante el arbitraje.

la falta de precisión de la cláusula arbitral, las cortes discreparon respecto de cuál era el foro más apropiado para la resolución del conflicto; el arbitraje en Londres iniciado por las empresas de construcción o el procedimiento judicial ante los tribunales brasileños solicitado por las compañías de seguros. La corte inglesa determinó que la ley aplicable al convenio arbitral era la ley inglesa, mientras que por su parte, la corte brasileña determinó que la ley aplicable era la brasileña.

La incorporación de una cláusula de arbitraje en el contrato no siempre evita la intervención de los tribunales judiciales durante el procedimiento arbitral. Las medidas judiciales como la *anti-suit injunction* y la *anti-arbitration injunction*, son solamente algunos ejemplos de cómo el poder judicial

puede intervenir durante el arbitraje.¹⁵ Como se observa en el análisis del caso *Jirau*, la interdependencia, sea positiva o negativa, del proceso arbitral con el proceso judicial, continuará desempeñando un papel interesante en el desarrollo y desafíos al derecho arbitral internacional.

Este artículo comenta sobre los argumentos de las partes y el razonamiento invocado por los tribunales con respecto a la interpretación de la cláusula arbitral que les permitió llegar a una decisión sobre la ley aplicable al convenio arbitral, así como sobre los efectos de la intervención de ambos judiciales en el proceso arbitral mediante las órdenes de *anti-suit* y *anti-arbitration*. Concluye con una mirada global y una reflexión a modo de síntesis respecto de la importancia de redactar una cláusula arbitral libre de patologías para, en lo posible, limitar este tipo de intervenciones en el ámbito del arbitraje internacional.

2. Datos del Caso

2.1 Introducción al Caso

Energía Sostenible de Brasil S.A., Construcción y Comercio Camargo Corrêa S.A. y ENESA Engenharia S.A. (en adelante las “Constructoras”), por un lado, y América del Sur Compañía de Seguros Nacionales y Otros (colectivamente, las “Aseguradoras”) por el otro, celebraron un contrato de seguro de riesgos con respecto a las obras de ingeniería¹⁶ destinadas a la cobertura de la presa de *Jirau*.¹⁷

En diciembre de 2011, como consecuencia de los incidentes que se produjeron en marzo de 2011, las Constructoras comenzaron acciones legales contra las Aseguradoras en Brasil ante el tribunal del distrito de São Paulo / SP. (“Juízo singular de São Paulo”).¹⁸ A su vez, las Aseguradoras, en noviembre de 2011, iniciaron un arbitraje en Londres en contra de las Constructoras ante la *Insurance and Reinsurance Arbitration Society* (ARIAS), buscando en esencia (i) la declaración de no responsabilidad y (ii) la ocurrencia de un cambio material en una de las cláusulas de sus respectivas pólizas de seguro.¹⁹

Ante la noticia del inicio del procedimiento de arbitraje con la ARIAS, las Constructoras solicitaron una medida cautelar²⁰ a las cortes de Brasil para ordenar la suspensión del procedimiento arbitral hasta que la disputa se resolviera a través del sistema judicial local, de acuerdo con la cláusula 7 de las pólizas,²¹ que fijaba la competencia en los tribunales brasileños para solucionar los conflictos en relación al seguro entre ambas.

2.2 El *anti-arbitration injunction* otorgado por el Poder Judicial en Brasil

En diciembre de 2011, el tribunal de primera instancia de São Paulo negó la concesión de la tutela solicitada por las Constructoras, determinando que las pólizas de seguros establecen de forma expresa que las disputas sobre el importe a pagar por concepto de indemnización deberán ser sometidas a un procedimiento arbitral.²² No obstante, en ese mismo mes, esta decisión fue revertida por la sede de la apelación “*sede de Agravo de Instrumento*” ante el Tribunal Superior de Justicia de São Paulo (TJSP), quien confirió una medida cautelar en primera instancia para que las Aseguradoras se abstuvieran de iniciar un procedimiento de arbitraje en Londres.²³

El 19 de abril de 2012, el TJSP confirmó la decisión de la sede de apelación, confirmando de esta manera que las Aseguradoras no debían iniciar un arbitraje en Londres bajo las reglas de ARIAS en tanto la controversia con las Constructoras no fuese resuelta por las cortes brasileñas.²⁴ El TJSP, en razón de un análisis detallado de la cláusula de resolución de conflictos, sostuvo que las partes no habían optado por el arbitraje como método para resolver los conflictos derivados de los contratos de seguros. Además, según el Poder Judicial de São Paulo, la continuación del procedimiento arbitral supondría una violación al Art. 4, párrafo segundo de la Ley de Arbitraje de Brasil (“LAB”).²⁵

De acuerdo con el TJSP, no existía un consentimiento expreso por parte de las Constructoras con respecto a la cláusula arbitral sobre resolución de conflictos, a la luz de lo señalado por el LAB. Además, el TJSP consideró que el proceder con el arbitraje en Londres violaría el Art. 44 de la Circular Susep 256/2004, cuyo contenido se asemeja a la orden legal antes mencionada.²⁶

Para el Tribunal de Apelaciones de São Paulo, la póliza es clasificada como un contrato típico de adhesión, por lo que una cláusula arbitral instituida de manera unilateral sin observar los requisitos anteriores, no tendría poder vinculante. La resolución del poder judicial, es la regla y no una vía alternativa, de acuerdo con la garantía fundamental de acceso a la justicia,²⁷ y de conformidad con la cláusula de elección del foro del contrato.²⁸

2.3 La orden *anti-anti-suit* otorgada por la justicia inglesa

El 13 de diciembre de 2011,²⁹ el tribunal de primera instancia en Londres emitió una orden judicial³⁰ con el objetivo de impedir que las Constructoras continuaran con las acciones legales en Brasil debido a la presencia de un acuerdo de arbitraje en el contrato de seguros.³¹

Se trata de una medida cautelar concedida por una orden judicial destinada a impedir que una de las partes promueva la acción judicial con el fin de detener el inicio o la continuación del procedimiento arbitral. Este instrumento llegó a ser conocido como *anti-anti-suit injunction*.

Por otra parte, ante la decisión del TJSP, las Aseguradoras presentaron un recurso ante el Tribunal Superior de Justicia (“TSJ”) en Londres, en busca de la continuación de la medida cautelar de *anti-suit injunction*. El 19 de enero de 2012,³² la *High Court of Justice* de Londres ordenó la continuación de la medida cautelar, contra la cual las Constructoras apelaron.

El 16 de mayo de 2012, después de determinar que la ley aplicable al convenio arbitral es la ley inglesa, la *Court of Appeal* confirmó la decisión de primera instancia. Al decidir esto, dio primacía a la elección de Londres como sede del arbitraje en lugar de la elección de la ley brasileña aplicable al fondo del contrato.³³

Para determinar la ley aplicable al convenio arbitral, la *Court of Appeal* se basó en tres criterios: (i) protección de la voluntad de las partes; (ii) en ausencia de una manifestación de tal voluntad, el juez de Londres extraerá del contrato la elección implícita hecha por las partes; (iii) la ley aplicable al convenio arbitral será aquella que tenga la conexión más cercana a la disputa.

En el razonamiento de la justicia inglesa, al haber elegido Londres como la sede del arbitraje, las partes habrían implícitamente elegido el *English Arbitration Act 1996* para el análisis de la validez del acuerdo de arbitraje y la jurisdicción de los árbitros.

En términos de la LAB, la mención de la ley brasileña como la aplicable al fondo del contrato no sería evidencia de una elección implícita para regir el convenio arbitral. Desde la perspectiva de la *decisum* inglesa, la LAB representa un serio riesgo a la clara intención de las partes de arbitrar eventuales controversias derivadas del contrato de seguros, teniendo en cuenta los requisitos legales,³⁴ por estar las cláusulas arbitrales contenidas en contratos de adhesión en Brasil. Para el juez inglés, las partes no podrían haber elegido intencionalmente un sistema legal que pudiera crear un efecto contrario.

Por otra parte, la corte inglesa también utilizó el tercer criterio, es decir, la legislación aplicable con la conexión más próxima y real a la cláusula

De acuerdo con la corte inglesa, aunque la cláusula de mediación se rija por la ley aplicable al contrato, la cláusula de arbitraje estaría sujeta a la ley de la sede jurídica del arbitraje.

compromisoria. En este orden de ideas, la ley con el vínculo más cercano sería la de la sede del arbitraje, ya que proporciona el apoyo jurídico necesario para garantizar la eficacia del procedimiento de arbitraje, a diferencia de la ley que rige las pólizas de seguros.

La *Court of Appeal* rechazó también el argumento de las Constructoras según el cual, por ser la legislación brasileña aplicable al procedimiento de mediación establecido en la cláusula

11,³⁵ y teniendo en cuenta que se trata de una cláusula que opera en diversos niveles,³⁶ sería la ley brasileña, también por este motivo, la aplicable a la cláusula 12, que contempla el acuerdo de arbitraje.³⁷

De acuerdo con la corte inglesa, aunque la cláusula de mediación se rija por la ley brasileña, como ley aplicable al contrato, la cláusula de arbitraje - incluidas las disposiciones de la cláusula de mediación que le sean aplicables y que forman parte del acuerdo de arbitraje - estaría sujeta a la ley de la *sede jurídica del arbitraje*. La *Court of Appeal* confirmó este entendimiento.³⁸ Aunque algunas partes de la cláusula de mediación deben leerse como partes del convenio arbitral, la corte inglesa no vio problema en separar las disposiciones de la cláusula 11 relacionadas con el acuerdo de arbitraje.³⁹

En cualquier caso, la *High Court of Justice* declaró como inexistentes tanto un compromiso claro de mediación, como un compromiso evidente y específico para determinar los términos del procedimiento de mediación. Por lo tanto, las partes no estarían obligadas por la disposición de la cláusula 11 para buscar la resolución de la disputa de manera amistosa a través de la mediación. Dicha cláusula no estipula los criterios para regir el procedimiento ni tiene previsto el proceso de selección del mediador.⁴⁰

De esta forma, sea por la elección implícita de las partes o por la ley con la mayor conexión al contrato, la ley que rige el pacto arbitral no conduciría a la aplicación de la LAB; por lo tanto, las disposiciones legales ahí contenidas, como por ejemplo, el Art. 4, párrafo segundo, no serían aplicables al caso.

En resumen, la *High Court of Justice* concedió la controvertida continuación del *injunction* a las Aseguradoras, y la *Court of Appeal* confirmó esa decisión. Del lado brasileño, el TJSP, como se ha visto, también concedió su *anti-suit injunction*⁴¹ en favor de las Constructoras, rechazando el veredicto impuesto por la justicia inglesa, concediendo la medida preliminar para que las Aseguradoras se abstuvieran de continuar con el procedimiento de arbitraje en Londres, con una penalización en caso de incumplimiento de la decisión.⁴²

Hasta la fecha, el Tribunal Superior de Justicia (“TSJ”) no se ha pronunciado sobre el tema. Según informaciones proporcionadas por el mismo TJSP, éstas demuestran que los autos fueron recibidos por el TSJ a través del procedimiento de recursos el día 15/05/2013.⁴³ En cuanto a las cortes inglesas, no se ha producido una decisión posterior a la de la *Court of Appeal*.

3. Comentarios

3.1 Relativización del tribunal brasileño respecto al principio de *competence-competence*

El principio de *competence-competence* está consagrado en el Art. 8 de la LAB.⁴⁴ Este principio, universalmente aceptado, tiene el efecto de limitar los poderes del juez para decidir sobre la nulidad del convenio arbitral, confiriendo

El principio de competence-competence tiene el efecto de limitar los poderes del juez para decidir sobre la nulidad del convenio arbitral confiriendo al tribunal arbitral la competencia para decidir acerca de su propia competencia, cuando se planteen cuestiones de objeción a la jurisdicción arbitral.

al tribunal arbitral la competencia para decidir acerca de su propia competencia, cuando se planteen cuestiones de objeción a la jurisdicción arbitral. El TJSP sostuvo que:

*“Los vicios en las disposiciones contractuales... generan más de una duda razonable suficiente para evitar los efectos de la llamada ‘eficacia negativa de la cláusula compromisoria,’ lo que justifica, en casos excepcionales, la relativización del principio competence-competence, previsto en el Art. 8º, párrafo único, de la Ley N° 9.307/96, por el cual le tocará al árbitro decidir sobre su competencia.”*⁴⁵

El relator utiliza la enseñanza de Emmanuel Gaillard, citado por Carlos Alberto Carmona,⁴⁶ para manejar los casos en que se admite la relatividad del principio de *competence-competence*. Carmona considera al juez apto para analizar la validez y la eficacia de la cláusula compromisoria en los casos en donde el vicio es reconocido *prima facie*:

*“(...) el juez podría reconocer la nulidad de un compromiso arbitral cuando éste carezca de cualquiera de sus requisitos esenciales, o la imposibilidad de hacer valer una convención arbitral que se refiere a una cuestión de derecho que no es arbitrable; mas no podría, iniciar un medio probatorio, para verificar el alcance del convenio arbitral o evaluar si alguno de los contratantes se ha visto obligado o inducido a celebrar el convenio arbitral.”*⁴⁷

Existen otros casos similares de relativización de este principio en la jurisprudencia brasilera. En caso de un contrato de financiamiento inmobiliario, el Tribunal de Justicia de Río de Janeiro consideró inválida la cláusula de arbitraje por no haber sido ella destacada en el contrato, y por ser materia de jurisdicción estatal las cuestiones de orden público. La misma opinión fue confirmada por el mismo tribunal, en el caso de compra y venta de bienes cuando no se cumplían los requisitos del Art. 4 de la LAB, ya que la cláusula compromisoria no contenía la firma, visa especial o documento anexo expresando la clara aceptación del procedimiento de arbitraje.⁴⁸ En este caso, la falta de consentimiento de las Constructoras fue reconocida como vicio *prima facie*, justificando la relativización defendida por el TJSP.

Según George Bermann,⁴⁹ las cortes nacionales cumplen un papel importante en controlar el “*gateway*” del arbitraje. Los sistemas normativos que permiten el arbitraje, por lo menos con respecto a algunos conflictos, no escapan a la

posibilidad de que sus tribunales se vean envueltos en la resolución de cuestiones sobre el consentimiento de la cláusula compromisoria, especialmente al comienzo de la institución del proceso. El citado profesor de la Universidad de Columbia considera tales cuestiones como aquellas que pueden ser resueltas, ya sea por los tribunales estatales, como por el tribunal arbitral, si a él se le presentan. El poder judicial debe resolverlas antes de iniciarse el arbitraje. El autor afirma que, en una fase tan preliminar, cada tribunal debe encontrar el equilibrio para promover al arbitraje como una alternativa a los procedimientos, y al mismo tiempo garantizar que su decisión a favor de la jurisdicción del tribunal arbitral esté apoyada en un acuerdo de arbitraje válido y exigible.⁵⁰

Ambos tribunales, los brasileños y los ingleses, tuvieron en cuenta estas preocupaciones en sus decisiones. Lo que diferencia al uno del otro, utilizando el mismo término empleado por Bermann,⁵¹ son las cuestiones que se encuentran en la etapa inicial que delimitan el “*gateway*” en el arbitraje.

El TJSP primero sostuvo que la ley aplicable al acuerdo de arbitraje entre las Constructoras y las Aseguradoras es la LAB,⁵² y a continuación, constató que el contrato entre las partes pertenece a la categoría de los contratos de adhesión, requiriendo para su validez y eficacia, el cumplimiento con los requisitos formales y legales previstos en el Art. 4, párrafo segundo impuestos por dicho régimen jurídico, que en este caso no estaban presentes.⁵³

El TJSP no consideró la naturaleza y características de las Constructoras antes de revelar su preocupación por garantizar el acceso a la justicia, un derecho fundamental en la Constitución Federal brasileña, siendo una cuestión de *soberanía nacional*.⁵⁴ El tema es controvertido, pues coloca en un plano de igualdad a todas las personas que contratan con la compañía de seguros, independientemente de su poder económico, poder de negociación, o posibilidad de obtener eventual asistencia jurídica en la fase de negociación o ejecución del contrato. Para el profesor Arnoldo Wald, el tema de la falta de hiposuficiencia de las Constructoras no justificaría una presunción de que éstas hubieran aceptado la cláusula de arbitraje:

“Aun cuando se admite una presunción de aceptación por el hecho de ser común en los negocios internacionales, la tesis no se aplica en relación con el contrato de adhesión que tiene un régimen especial (Art. 4º, § 2.º).”⁵⁵

Yo añadiría que los casos de contratos de adhesión con cláusulas compromisorias - donde la relación no se considera como consumista - son recurrentes en la jurisprudencia brasileña. Con respecto al contrato de franquicias, el TJSP entendió que no se trataba de una relación de consumo, y por lo tanto, no estaría figurada la ineficacia de la cláusula de arbitraje contenida en el mismo. Por otra parte, en el caso del contrato de ubicación de un centro comercial, donde el caso se había extinguido en primera instancia sin examinar el fondo del asunto, teniendo en vista el convenio arbitral, la recurrente interpuso los requisitos del Art. 4, párrafo 2 de la LAB como argumento para rechazar la cláusula de arbitraje por ser un contrato de adhesión.

El TJSP determinó que: “no prospera la reclamación del recurrente en cuanto a la ausencia de los requisitos de la § 2º, del Art. 4º de la Ley N° 9.207/96, ya que este dispositivo tiene por objeto proteger las relaciones de consumo, que no es el caso aquí.”⁵⁶ Actualmente, los estudios apuntan a cambiar la LAB, ahora pendiente ante una Comisión instituida en virtud del Senado Federal, encabezado por el ministro Luis Felipe Salomão, que ofrece una distinción entre contratos de adhesión entre consumistas y no consumistas.⁵⁷

El TJSP determinó que sería inaceptable restringirles a los brasileños la tutela de sus derechos, ya que la cláusula de elección de foro del contrato no estaría reservada a la jurisdicción de los tribunales estatales brasileños solamente para actos en los que el tribunal arbitral no tuviese competencia. Se trata, según el TJSP, no solamente de un principio previsto en la Constitución Brasileña, sino también de respetar el consentimiento inequívoco; ésta, la piedra angular del arbitraje, sin la cual queda comprometida la validez y eficacia de la cláusula, se encuentra en el procedimiento de arbitraje iniciado y consecuentemente en la sentencia arbitral.⁵⁸

En el análisis de las “*Sentença Estrangeira Contestada*” (“SEC”) n° SEC 6.335 de la SEC, el TSJ ha sido invitado a hablar sobre la validez de la cláusula compromisoria en el contrato de adhesión. La Corte Suprema rechazó el argumento de la parte que pretendía impedir el *exequátur* de la siguiente manera:

*“La interposición de la acción en Brasil para discutir la validez de una cláusula compromisoria incluida, sin destacar, en el contrato de adhesión, no impide la homologación del laudo arbitral extranjero que, en un procedimiento iniciado de conformidad con esta cláusula, se reputa válido.”*⁵⁹

Cabe insistir que, para poder ajustarse a la aplicación de la LAB, el tribunal brasileño partió de la premisa de que la ley aplicable al acuerdo de arbitraje es la brasileña. El TJSP aludió al hecho de que son empresas brasileñas, dirigidas por brasileños, y en obras realizadas en Brasil. Sin embargo, a pesar de que la legislación brasileña rige el fondo del contrato, no se indica expresamente cuál será la ley aplicable al convenio arbitral, como ocurre de hecho en la mayoría de los contratos. La justicia inglesa, ante esta ausencia, no dudó en señalar los criterios necesarios para extraer la ley aplicable al convenio arbitral.

3.2 Determinación del poder judicial Inglés de la ley inglesa como la aplicable al acuerdo de arbitraje

La corte inglesa llegó a una conclusión diferente a la de la justicia brasileña, identificando la ley inglesa como la aplicable al acuerdo arbitral. De esa forma, el convenio de arbitraje fue considerado válido y eficaz, ya que el *English Arbitration Act 1996* (“EAA”) no exige los mismos requisitos de consentimiento que la legislación brasileña para los contratos de adhesión.

La *High Court of Justice* basó su línea de razonamiento en la elección expresa de la sede de arbitraje; *in casu*, Londres. Al ser Londres la sede del arbitraje, se aplica el EAA, que, en su Art. 2, establece que la elección de la sede crea una conexión más próxima y real entre la cláusula compromisoria y la ley aplicable al procedimiento arbitral.⁶⁰ Con este presupuesto, la elección de la ley aplicable al fondo del contrato no tendría el poder para determinar la ley aplicable al acuerdo de arbitraje.⁶¹

Por lo tanto, incluso si la cláusula no se refiere explícitamente al EAA, la elección de la sede del arbitraje sería, de acuerdo con la corte inglesa, determinante para la ley aplicable a la cláusula de arbitraje. La *Court of Appeal* ratificó este razonamiento apuntando a la relación más próxima entre la cláusula de arbitraje y la sede del arbitraje, que no tendría ningún vínculo jurídico con el sistema normativo que rige los méritos de las pólizas de seguro, el cual no está relacionado con los efectos de la solución de controversias.⁶²

La *Court of Appeal* también estimó que cuando la ley aplicable al convenio arbitral sea distinta de la que expresamente se elija para determinar el mérito

La primera preocupación de todos los que se dedican a la práctica de arbitraje internacional debe ser controlar la fricción que proviene de la discusión sobre la validez y eficacia de la cláusula compromisoria vis à vis la legitimidad del resultado.

del contrato, la cláusula 11, que remitía a las partes a un proceso de mediación, tendría como ley aplicable la ley brasileña, precisamente porque ésta se aplica al mérito. Por lo tanto, determinó que si bien todas las cuestiones relativas a la cláusula de mediación se rigen por la legislación brasileña, nada impediría que se aplique una ley diferente a la cláusula arbitraje.⁶³

La *Court of Appeal* tomó en consideración la consecuencia de una elección implícita de la ley brasileña como un factor importante, ya que habría riesgo de que esta decisión perjudicase la

validez del acuerdo de arbitraje. Al final, la corte inglesa concluyó que las partes no podrían haber tenido la intención de elegir un sistema normativo que produjese un efecto adverso sobre la voluntad cristalina de que eventuales conflictos se resolvieran mediante arbitraje.⁶⁴

La primera preocupación de todos los que se dedican a la práctica de arbitraje internacional debe ser controlar la fricción que proviene de la discusión sobre la validez y eficacia de la cláusula compromisoria vis à vis la legitimidad del resultado. No es casualidad que la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (“Convención de Nueva York”) establezca en su artículo II - que trata del Acuerdo de Arbitraje - un mayor debate jurisprudencial que el propio artículo V que se refiere a las hipótesis de defensa al reconocimiento del laudo arbitral.

Bermann determina como un medio menos eficaz para resolver las disputas en los procedimientos de arbitraje el que las partes recurran a los tribunales para decidir si el arbitraje debe proceder. Además de los costos y las demoras que esto conlleva, tal camino puede amenazar los objetivos relacionados con el arbitraje.⁶⁵ No fue diferente a la conclusión de la corte inglesa para determinar la ley aplicable al convenio arbitral.

La cuestión relativa al equilibrio entre los intereses de eficacia y legitimidad en el arbitraje fue considerada por las decisiones de los tribunales brasileños e ingleses. La *High Court of Justice* destacó que los tribunales ingleses, entre la *exclusive jurisdiction clause* y la cláusula de arbitraje, por regla general siguen la fuerte política legal en favor del arbitraje y asumen que las partes, como comerciantes racionales, probablemente han querido que cualquier disputa derivada de la relación entre ellos sea decidida por el mismo tribunal.

Al favorecer el arbitraje, las cortes inglesas pueden estar transmitiendo un mensaje de que existe el riesgo de que el arbitraje se imponga incluso en los casos en que no hay legitimidad para su imposición, sobre todo en circunstancias en las que existe una cláusula de elección de foro que expresamente señala la competencia de la jurisdicción estatal para la resolución de disputas. De otra suerte, una posible indicación de la aplicación prevista de la legislación brasileña podría estar situada en la mediación del Contrato, tomada en cuenta por el TJSP, pero no por los tribunales ingleses.

A pesar de que la cláusula de elección de foro es una indicación fuerte de que las partes tendrían la intención de llevar la controversia a los tribunales brasileños, la corte inglesa interpretó esta cláusula como la intención de las partes a recurrir a los tribunales brasileños con el objetivo de declarar la naturaleza arbitral de la controversia, la validez y ejecutabilidad del laudo o confirmar la jurisdicción de los tribunales brasileños en cuanto al fondo, en caso de que las partes decidieran renunciar al arbitraje. Wald ofrece un interesante enfoque basado en la teoría de *depéçage* que permite la aplicación de distintas leyes a las cláusulas de un mismo contrato. Sin embargo, su aplicación no ha sido muy aceptada.⁶⁶

El caso *Jirau* aporta muchas lecciones para evitar la indeseada batalla internacional entre jurisdicciones y la perpetuación de la discusión sobre la validez y la eficacia de la cláusula de resolución de conflictos, que a ninguna de las partes interesa en el momento de la celebración del contrato. A pesar de que ya se ha convertido en un *cliché*, siempre es bueno recordar que, ante la “desafiante” intención de las partes de contemplar en un mismo contrato cláusulas de arbitraje y cláusulas judiciales, el ámbito de aplicación de cada una debe estar inequívocamente definido.

3.3 Los efectos de un *anti-suit injunction*

El TJSP determinó una multa diaria de R\$ 400,000.00 (cuatrocientos mil reales) por el incumplimiento de la decisión y la continuación del procedimiento de arbitraje en Londres. La decisión del 13 de diciembre de 2011, una *interim anti-suit injunction* de la *High Court of Justice*, dictaminó que los procedimientos no podían ser resueltos por los tribunales brasileños y que por lo tanto, habiéndose desobedecido esta orden, procedía el encarcelamiento.⁶⁷

El caso *Jirau*, con una *anti-suit injunction* por un lado y con una *anti-anti-suit injunction* por el otro, crea una incertidumbre jurídica en los actores del comercio internacional y usuarios del arbitraje, sin mencionar los aspectos sensibles de *judicial comity*. Ambas situaciones sirven de alimento fértil para futuros cuestionamientos durante la fase de ejecución de lo juzgado.

La concesión de una medida *anti-suit* es una de las formas por las cuales el Estado controla el cumplimiento del orden público en el arbitraje. Los requisitos en el derecho internacional para que los *anti-suit injunctions* sean concedidos son conocidos: (i) participación de las mismas partes en ambas acciones, (ii) necesidad de esta medida para la resolución del caso en que se busca, y (iii) existencia de otra acción que amenace la jurisdicción o el orden público del foro donde se solicitó la *anti-suit*.⁶⁸

Algunos autores consideran estas intervenciones del poder judicial, como la acción de *anti-anti-suit*, como una amenaza al procedimiento arbitral, que no debería sufrir interferencias estatales.⁶⁹ De cualquier forma, son instrumentos que pueden frustrar el proceso de arbitraje ya en curso, puesto que absorben recursos y tiempo, y pueden conducir a la discusión repetida de una misma cuestión, más allá de que pueden afectar a la ejecución de la sentencia arbitral.⁷⁰

Para Julian Lew, las medidas anti-arbitraje son las menos deseables porque se muestran incompatibles con los principios del arbitraje internacional.⁷¹ La política pro-arbitraje reflejada en la Convención de Nueva York y la Ley Modelo de la CNUDMI es mencionada por el citado profesor del Queen Mary & Westfield College, según la cual una medida anti-arbitraje debe ser revisada con la misma rigidez que una *anti-suit injunction* concedida por los tribunales estatales.⁷²

Emmanuel Gaillard considera que la posibilidad de que el juez imponga su decisión a los árbitros antes de que estos hayan tenido la oportunidad de ejercer su jurisdicción, plantea la cuestión del verdadero sentido y alcance de los principios fundamentales del *competence-competence* y de la autonomía del procedimiento arbitral.⁷³

3.4 De la divergencia entre los principios aplicados en las dos decisiones

Para los tribunales brasileños el principio de *competence-competence* se aplica cuando existe una jurisdicción *prima facie* del órgano que decidirá la disputa. Si, por ejemplo, el contrato hace mención a una determinada cámara arbitral y de la demanda de arbitraje se presenta ante otra institución, como ha ocurrido en Brasil, una duplicidad procesos de arbitraje acaba fluyendo paralelamente. En este caso, la justicia brasileña se considera competente para resolver el conflicto de la competencia.⁷⁴

Existe una situación similar en el caso de existir un conflicto entre un juez y un tribunal arbitral. En este caso también se atribuye jurisdicción el TSJ para resolver el conflicto de competencia, evitando que el proceso judicial sea objeto de recursos sucesivos, como por ejemplo, el de apelación y el recurso extraordinario. Se trata de un escenario semejante a aquel en que hay un conflicto entre dos órganos judiciales, es decir, entre la justicia federal y la estatal.

La gran distinción entre las decisiones brasileñas e inglesas se da en la forma en cómo cada corte estatal examinó la ley vigente y, por lo tanto, la validez del acuerdo de arbitraje. El TJSP parece haber relativizado la autonomía de la cláusula compromisoria, considerando la cuestión del consentimiento como una excepción a los principios fundamentales, constituyendo una amenaza a la soberanía nacional, y por lo tanto, susceptible de ser considerada contraria al orden público.

Siguiendo la jurisprudencia del STF y del TSJ, el tribunal paulista se pronunció en contra de la idea de que pueda existir arbitraje cuando el acuerdo arbitral carezca del compromiso de las partes. En el caso que nos ocupa, la póliza en que constaba el convenio arbitral es posterior al contrato y no

La creciente adopción del texto integral de la Ley Modelo de la CNUDMI es un paso relevante para disminuir el riesgo de duplicidad de las decisiones emitidas por las distintas jurisdicciones que se ven llamadas a analizar las idiosincrasias de la lex arbitri en conexión con el acuerdo de arbitraje.

tuvo la aceptación de las Constructoras. Se trata de una situación distinta de aquella en que se discute el contrato de seguro como un contrato de consumo.

Cabe destacar que la distinción entre la ley aplicable al convenio arbitraje y la ley aplicable al fondo de la controversia, ni siquiera había sido analizada todavía por la justicia brasileña. Además, en los Estados Unidos, donde la jurisprudencia hasta hace poco entendía que la aplicación de la ley estadounidense debía recaer sobre el derecho internacional privado estadounidense y no en el derecho sustantivo, esta distinción ha sido abandonada en recientes decisiones.⁷⁵

Aunque tal argumento no conste en los autos, y, por lo tanto, exista solo especulación, la justicia brasileña puede haber sido influenciada por el hecho de que la cámara de arbitraje escogida ha sido creada para las Aseguradoras en Londres, debido a que, en acuerdo posterior, las partes la alejaron para someter la cuestión a la *London Court of International Arbitration* (LCIA).

Por lo tanto, no se puede afirmar que el TJSP dejó de confirmar los principios del arbitraje internacional, como lo hizo la corte inglesa, sino que solamente usó lentes distintos.

Finalmente, y teniendo en vista la amplia publicidad conferida al caso, la prensa informa la ocurrencia de un acuerdo parcial⁷⁶ entre las partes por el cual una fracción sustancial del crédito reclamado por las Constructoras les fue pagada, dejando el saldo a la decisión arbitral en el ámbito de la LCIA.

4. Conclusión

Las cortes estatales, con la globalización y el consiguiente aumento de los contratos internacionales, son llamadas cada vez más a intervenir de manera positiva o negativa para la resolución de conflictos en el inicio del procedimiento elegido contractualmente.

La creciente adopción del texto integral de la Ley Modelo de la CNUDMI es un paso relevante para disminuir el riesgo de duplicidad de las decisiones emitidas por las distintas jurisdicciones que se ven llamadas a analizar las idiosincrasias de la *lex arbitri* en conexión con el acuerdo de arbitraje. La *anti-suit injunction*, que abarca tanto las acciones judiciales en pro (*anti-suit*) o en contra (*anti-arbitration*) del arbitraje, continuarán desempeñando un papel interesante en el desarrollo y desafíos al derecho arbitral internacional.

Es el deber de las partes el de abordar con cuidado la redacción del texto de la cláusula de arbitraje, especialmente en cuanto a la elección de la sede del arbitraje, ya que una controversia entre la ley que pretende regular el acuerdo de arbitraje y el fondo de la controversia, puede transformar la anecdótica “cláusula de media noche” en “la cláusula de pesadilla.” El tiempo y la energía dedicados a la redacción de la cláusula de resolución de disputas es la primera lección para que el arbitraje - si esta es la intención inequívoca de las partes - sea debidamente instituido,⁷⁷ desarrollado y concluido de forma ordenada y coherente dentro en el tiempo y costo que las partes razonablemente aspiraron. El caso de *Jirau*, en particular, sirve como una elocuente advertencia.

¹ María Fernanda Vásquez Palma, “RELEVANCIA DE LA SEDE ARBITRAL Y CRITERIOS QUE DETERMINAN SU ELECCIÓN,” *Revista Chilena de Derecho Privado*, No 16, pp. 75-134 [julio 2011]

² Gary B. Born, *International Arbitration: Law and Practice*, Wolters Kluwer Law & Business, 2012, §1.01 [A], p.4.

³ Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, 1985, con las emiendas aprobadas en 2006, *Segunda parte, B.1(b)*.

⁴ *Id* (“existe una tendencia a limitar la intervención judicial en el arbitraje comercial internacional.”)

⁵ Lew, Julian D M. “Does National Court Involvement Undermine the International Arbitration Processes?” *American University International Law Review* 24, no. 3 (2009), p. 490 (“National court involvement in international arbitration is a fact of life as prevalent as the weather”).

⁶ Alfonso-Luis Calvo Caravaca, “*Medidas Cautelares y Arbitraje Privado Internacional*,” (“En el curso de un procedimiento de arbitraje privado internacional resulta frecuente que una de las partes solicite que se acuerde una medida cautelar —interim measures of protection – urgent measures – interim and conservatory measures.”) Disponible en:

http://www.arbitrajecomercial.com/BancoConocimiento/M/medidas_cautelares/medidas_cautelares.asp?CodSeccion=1

⁷ *Energia Sustentável do Brasil S.A. e Outros v. Sul América Companhia Nacional de Seguros S.A. e Outros*. Caso No. 583.00.2011.223943-3. 9a Vara Cível do Foro Central Cível da Comarca de São Paulo.

⁸ William Herbert Page, *The Law of Contract*, vol. 4, (The W.H. Anderson Company, 1919) c. 75 at 2526ff, (“In England, arbitration began even before the King’s courts were established”)

⁹ Luca G. Radicati di Brozolo, *The Relation between Courts and Arbitration: Support or Hostility*, *Opinio Juris in Comparatione*, No. 1/2012, Paper No. 7, August 6, 2012

¹⁰ *Id.* 1.

¹¹ Luis Enrique Graham Tapia, “*La cláusula arbitral: aspectos prácticos*,” p. 18

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revdpriv/cont/26/dtr/dtr2.pdf>

¹² *Id.* 27.

¹³ George A. Bermann, *The Use of Anti-Suit Injunctions in International Litigation*, 28 *Colum. J. Transnat’l L.* 589 (1990)

¹⁴ Lew, Julian D M. “Does National Court Involvement Undermine the International Arbitration Processes?” *American University International Law Review* 24, no. 3 (2009), p. 499

¹⁵ *Id.* 496.

¹⁶ Se contrataron dos pólizas de seguros por un monto de R \$7,3 Billones.

Ver <http://epocanegocios.globo.com/Revista/Common/0,,ERT86266-16357,00.html>.

¹⁷ Parte del Complejo Río Madeira, a 120 km de Porto Velho, capital del estado de Rondônia, en el noreste de Brasil.

¹⁸ *Id. supra.*

¹⁹ Decisión de la *High Court of Justice – Queen’s Bench Division – Commercial Court. Case No 2011 FOLIO NO. 1519. 19.01.2012. Mr. Justice Cook.*

²⁰ *Id. 3.*

²¹ “Cláusula 7: Ley y Jurisdicción - Se ha establecido que esta Póliza se rige exclusivamente por las leyes de Brasil. Cualquier disputa que surjan en virtud de esta Póliza estará sujeto a la jurisdicción exclusiva de los tribunales de Brasil” en: TJSP. Recurso de Apelación NO. 0304979-49.2011.8.26.0000. Energia Sustentável do Brasil S.A., Construções e Comércio Camargo Corrêa S.A. e ENESA Engenharia S.A. v. SUL América Companhia Nacional de Seguros, Mapfre Seguros S.A., Allianz Seguros S.A. e Companhia de Seguros Aliança do Brasil S.A., Itaú-Unibanco Seguros Corporativos S.A., Zurich Brasil Seguros S.A. 19.04.2012. Rel. Des. Paulo Alcides Amaral Salles, Fl. 118 dos autos.

²² *Id. 3*, donde la decisión de primera instancia determinó que:

“(…) Esto es debido a que el mantenimiento íntegro de los efectos jurídicos de las cartas contractuales (con fuerza de ley entre las partes contratantes, de acuerdo con el principio de *pacta sunt servanda*) solo debe permitir la modificación en circunstancias muy excepcionales, en absoluto inesperadas, cuando se trata de situaciones por hechos externos que vienen a influenciar en gran medida el equilibrio económico efectivo de la propia relación. Lo que no es aplicable al presente caso, por medio del cual, aún en fase de procesamiento inicial y sobre la base de la convicción que acompaña la solicitud inicial de las autoras, se desprende que las pólizas de seguros establecidas entre las partes litigantes establecen, de forma expresa, que, no habiendo acuerdo entre ambas partes acerca del monto a pagar a modo de indemnización del seguro, este asunto será sometido a un proceso de arbitraje.”

²³ TJSP. Agravo de Instrumento N. 0304979-49.2011.8.26.0000. Energia Sustentável do Brasil S.A., Construções e Comércio Camargo Corrêa S.A. e ENESA Engenharia S.A. v. SUL América Companhia Nacional de Seguros, Mapfre Seguros S.A., Allianz Seguros S.A. e Companhia de Seguros Aliança do Brasil S.A., Itaú-Unibanco Seguros Corporativos S.A., Zurich Brasil Seguros S.A. Despacho de 15.12.2011. Rel. Des. Paulo Alcides Amaral Salles:

“Teniendo en vista la complejidad del caso y considerando que hay una referencia expresa en el contrato (item 7, fl. 118) que señala: “la Póliza será regida única y exclusivamente por las leyes de Brasil” y que “cualquier disputa en relación con esta Poliza se sujetara a la exclusiva jurisdicción de los tribunales de Brasil,” y, ante la aparente ausencia de acuerdo expreso entre las partes con respecto a la institución de solución arbitral en Londres exigida por el Art. 4º, §2º de la Ley Federal

n° 9.307/96 para evitar un mayor perjuicio, concedo la medida cautelar solicitada determinando que “las demandadas deben abstenerse de iniciar un procedimiento de arbitraje en Londres por mientras se discute el derecho de las constructoras de rechazar este modo de solución de controversias” (fl. 15). Comuníquese con urgencia. Notifíquese a las demandadas por el Oficial de Justicia para que puedan dar respuesta al recurso. Cúmplase con urgencia.”

²⁴ Sentencia citada en la nota anterior, que fue objeto de Reclamación n° 9030 de Sul América e outros, que fue rechazada por unanimidad por la Corte Especial del STJ en 20.03.2013.

²⁵ Ley 9.307/1996, Art. 4, párrafo 2: “En los contratos de adhesión, la cláusula de arbitraje sólo será eficaz si el participante toma la iniciativa de instituir el arbitraje o acuerda expresamente con su institución, siempre que escriba en un documento adjunto o en negrita, con la firma o hecho especialmente para esta cláusula.”

²⁶ Circular Susep 256/2004, Art. 44. “La Clausula Compromisoria de Arbitraje, cuando sea incluida en el contrato de seguro, deberá cumplir con los siguientes requisitos: I – estar redactada en negrito o contener la firma del asegurado, en la propia clausula o en otro documento específico, acordado expresamente para este efecto; II – contener las siguientes informaciones: a) que se encuentra opcionalmente adherido a cargo del asegurado; b) que, al aceptar esta cláusula, el asegurado se comprometió a resolver todas sus disputas con la compañía de seguros a través de Arbitraje, cuyas sentencias tienen el mismo efecto que las sentencias del poder judicial; c) que se rige por la Ley N° 9307, de 23 de septiembre 1996.”

²⁷ CF, Art. 5, XXXV

²⁸ *Id.* 9, p. 6: “Tratándose de una institución de naturaleza contractual, para que esta se pueda hacer valer entre los interesados, el arbitraje debe ser un objetivo en común de solución de conflictos; por lo tanto sus reglas deben ser observadas para que al final del proceso la decisión tomada sea acatada por las partes. No se olvide que la solución por el Poder Judicial es por medio de la vía ordinaria, la regla, no la alternativa, esta establecida en la Ley n° 9.307/96, según la garantía fundamental de acceso a la Justicia (CF, Art. 5°, XXXV) y dotada de máxima fuerza normativa.”

²⁹ Dos días antes de haberse conferido el despacho que concede la medida cautelar por la justicia brasileña y a cuatro meses antes de que el TJSP hubiese confirmado esa decisión.

³⁰ Decisión de la *High Court of Justice – Queen’s Bench Division – Commercial Court. Case No 2011 FOLIO NO. 1519. 19.01.2012. Mr. Justice Cook, para. 54, Stadlen J, 13.12.2011. Ver <http://www.conjur.com.br/2011-dez-30/construtoras-jirau-accitam-arbitragem-definir-seguro-obra>.*

³¹ *Id. supra.*

³² Decisión de la *High Court of Justice – Queen’s Bench Division – Commercial Court. Case No 2011 FOLIO NO. 1519. 19.01.2012. Mr. Justice Cook.*

³³ Decisión de la *Court of Appeal (Civil Division) Case No A3/2012/0249. [2012] EWCA Civ 638. 16.05.2012. Lord Justice Moore-Bick e Lady Justice Hallett.*

³⁴ *Id.* 10 e 11

³⁵ *Id.* 18, para. 3.2: “*Condition 11, entitled ‘Mediation’, states ‘If any dispute or difference of whatsoever nature arises out of or in connection with this Policy including any question regarding its existence, validity or termination, hereafter termed as Dispute, the parties undertake that, prior to a reference to arbitration, they will seek to have the Dispute resolved amicably by mediation.*

All rights of the parties in respect of the Dispute are and shall remain fully reserved and the entire mediation including all documents produced or to which reference is made, discussion and oral presentation shall be strictly confidential to the parties and shall be conducted on the same basis as without prejudice negotiations, privileged, inadmissible, not subject to disclosure in any other proceedings whatsoever and shall not constitute any waiver of privilege whether between the parties or between either of them and a third party.

The mediation may be terminated should any party so wish by written notice to the appointed mediator and to the other party to that effect. Notice to terminate may be served at any time after the first meeting or discussion has taken place in mediation.

If the Dispute has not been resolved to the satisfaction of either party within 90 days of service of the notice initiating mediation, or if either party fails or refuses to participate in the mediation, or if either party serves written notice terminating the mediation under this clause, then either party may refer to the Dispute to arbitration. Unless the parties otherwise agree, the fees and expenses of the mediator and all other costs of mediation shall be borne equally by the parties and each party shall bear their own respective costs incurred in the mediation regardless of the outcome of the mediation”.

³⁶ Según las Constructoras, un procedimiento de resolución de disputas requiere el cumplimiento con las condiciones de la Cláusula 11, que prevé una mediación, por lo que si el procedimiento se quedó sin fruto, se inició un procedimiento de arbitraje conforme a la Cláusula 12. Ver también la nota 18, párr. 18: “*The fundamental difference between the parties in relation to Condition 11 is that the Insureds submit that Condition 11 contains not only an enforceable obligation to mediate, but a condition precedent to arbitration under Condition 12. They say that the two conditions form part of a multi-tiered dispute resolution procedure and it is necessary to comply with Condition 11 before proceeding to arbitrate under Condition 12. In these circumstances, if the provisions of Condition 11 are not satisfied, there is no right to refer to arbitration and the arbitrators have no jurisdiction to determine the matters referred.*”

³⁷ *Id.* 9, Fl. 120 dos autos: “Cláusula 12: Arbitraje - En el caso de que el Asegurado y el Asegurador no sean capaces de ponerse de acuerdo sobre el importe a pagar en virtud de esta Póliza a través de la mediación en los términos indicados, tal controversia se someterá al arbitraje de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de ARIAS. (...) El lugar del arbitraje será Londres, Inglaterra “.

³⁸ *Id.* 18, párr. 28: “*I agree that it would be unusual (though not, I think, impossible) for different parts of a composite clause to be governed by different proper laws, but I do not think that is a necessary consequence of holding that English law is the proper law of the arbitration agreement. Condition 11 is concerned with mediation and the fourth paragraph simply explains what is to happen if the mediation process fails. It tells one that in those circumstances either party may refer the dispute to arbitration, but it does not contain the substantive agreement to arbitrate, which is to be found in condition 12. That would remain the case even if condition 11 were apt to give rise to an effective precondition to arbitration. There is no reason, therefore, why the whole of condition 11 should not be governed by the law of Brazil, even though condition 12 is governed by the law of England*”.

³⁹ *Id.* 17, párr. 15: “*Whilst the agreement to mediate, such as it is, might be governed by the law of Brazil, in accordance with the agreed proper law of the contract, the agreement to arbitrate including any provisions of Condition 11 which are part of that agreement, is subject to the law of the seat of arbitration. If, of course, the mediation condition as a whole is to be read as part of the agreement to arbitrate, then no problem arises at all, but, if that is not the case, I see no problem in separating out the agreement to arbitrate, in so far as there are provisions in Condition 11 relating to it, from the agreement to mediate*”.

⁴⁰ *Id.* 17, párr. 27.

⁴¹ *Id.* 8.

⁴² *Id.* 9, p. 10: “Según la publicación de la decisión (véase el artículo publicado por el diario del Estado de São Paulo –Caderno Negócios – fl. B13), se fijó una multa diaria de R\$ 400.000,00 (cuatrocientos mil reales), a modo de incumplimiento (CPC, Art. 461, caput e parágrafos). Por precaución, se ordeno citar a las demandadas por el oficial de justicia, bajo los términos previstos por 410 do STJ”.

⁴³ *Id.* 9, ver la dirección electrónica para la evolución del caso: <http://esaj.tjsp.jus.br/cpo/sg/search.do?paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=-1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=0304979-49.2011&foroNumeroUnificado=0000&dePesquisaNuUnificado=0304979-49.2011.8.26.0000&dePesquisa=&pbEnviar=Pesquisar>

⁴⁴ Ley 9.307/1996, artículo 8, párrafo primero: “El árbitro decidirá de oficio o por solicitud de las partes, las cuestiones relativas a la existencia, validez y eficacia del acuerdo de arbitraje y el contrato que contiene la cláusula de arbitraje.”

⁴⁵ *Id.* 9, p. 7.

⁴⁶ GAILLARD, Emmanuel En: CARMONA, Carlos Alberto. “Arbitraje en Proceso: un comentario a la ley 9.307/96,” 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2009.

⁴⁷ CARMONA, Carlos Alberto. *op. cit.*, p. 177.

⁴⁸ TJRJ, 2ª CC, AI 2001.002.09325, Rel. Des. Fernando Marques de Campos Cabral, 13.03.2002 e TJRJ, 6ª CC, AI 2003.002.04580, Rel. Del. Roberto de Abreu e Silva, 13.04.2004. Ver también TJRJ, 6ª CC, AI 2006.002.14140, Rel. Des. Gilberto Pereira Rego, 09.05.2007.

⁴⁹ Bermann, George A. “The ‘Gateway’ Problem in International Commercial Arbitration”. *The Yale Journal of International Law*, Vol. 37, Issue 1, 2012.

⁵⁰ *Id. supra*

⁵¹ *Id. supra*.

⁵² *Id.* 9.

⁵³ El entendimiento por el STJ es que el efecto vinculante del convenio de arbitraje es la regla general. Por lo tanto una cláusula compromisoria deroga la justicia estatal. Esta regla es de excepción en el Art. 4, parrafo 2 de la LAB, aplicada a los contratos de adhesión. Ver STJ. REsp 1.169.841-RJ. CZ6 Empreendimento Comerciais Ltda e Outros v. Davidson Roberto de Faria Meira Junior. 14.11.2012. Rel. Min. Nancy Andrighi.

⁵⁴ *Id.* 9, pp 8-9: “En conclusión, la objeción de las demandadas sobre la prevalencia de la cláusula de arbitraje en relación al Juicio Arbitral, diría que la demanda, frente a la autonomía y la prevalencia del derecho nacional, cuya aplicación con toda razón reclaman las demandantes, no puede ser aceptada como una regla inflexible; prevaleciendo sobre la voluntad de las partes y al propio contrato, lo que refleja en su contenido un conjunto de voluntad y los intereses dirigidos a un solo objetivo, que es la construcción de la hidroeléctrica. Es una cuestión de soberanía, de independencia, que en ningún momento pueden ser mitigados en nombre de otros intereses en razón de someter la SOBERANIA NACIONAL.”

⁵⁵ WALD, Arnoldo. “Cláusula compromisoria inválida por ser unilateral al no haber sido aceptada por la otra parte. Prevalece la decisión del poder judicial competente. Comentarios en AgIn 0304979-49.2011.8.26.0000 del TJSP”. *Revista de Arbitraje y Mediación*, vol. 34. São Paulo: RT, 2012.

⁵⁶ En este sentido, TJSP, Apelação Cível 9072852-59.2006.8.26.0000, Klug Telemarketing LTDA e outros v. BWU Comércio e Entretenimento LTDA, 24.11.2011, Rel. Des. Fernandes Lobo e TJSP, Apelação com Revisão 9207357-16.2008.8.26.0000, Fábio Sanches Genari v. Pró Shopping Administr e Consult de Shopping Centers Ltda, 28.11.2011, Rel. Des. Sá Moreira de Oliveira. Ver también TJPR AI 797695-8; TJPR AC 581909-6; e TJSC AI 2009.014303-9.

⁵⁷ Ver proyecto de Ley 2.937 de 2011, Art. 4, § 3º: “En relación al consumo constatado a través de un contrato de adhesión, la cláusula de arbitraje sólo será eficaz si el participante toma la iniciativa de instituir el arbitraje o acordar expresamente a su institución.”

⁵⁸ *Id.* 9.

⁵⁹ Tribunal Superior de Justicia. Sentencia Extranjera Contestada N° 6.335 – EX (2011/0072243-3). Louis Dreyfus Commodities Brazil S.A. v. Leandro Volter Laurindo de Castilho. Rel. Min. Felix Fischer. 12.04.2012.

⁶⁰ *English Arbitration Act 1996* “(2) *Scope of application of provisions* (1) *The provisions of this Part apply where the seat of the arbitration is in England and Wales or Northern Ireland (...)*”.

⁶¹ A *High Court of Justice* cito los precedentes: Cv D [2007] 2 LLR 367 e [2008] 1LLR 239 e *Shashoua v Sharma* [2009] 2LLR 376.

⁶² *Id.* 18, párr. 32.

⁶³ *Id.* 18, párr. 28. “*I agree that it would be unusual (though not, I think, impossible) for different parts of a composite clause to be governed by different proper laws, but I do not think that is a necessary consequence of holding that English law is the proper law of the arbitration agreement. Condition 11 is concerned with mediation and the fourth paragraph simply explains what is to happen if the mediation process fails. It tells one that in those circumstances either party may refer the dispute to arbitration, but it does not contain the substantive agreement to arbitrate, which is to be found in condition 12. That would remain the case even if condition 11 were apt to give rise to an effective precondition to arbitration. There is no reason, therefore, why the whole of condition 11 should not be governed by the law of Brazil, even though condition 12 is governed by the law of England*”.

⁶⁴ *Id.* 18, párr. 31: “*(...) Taking into account the various factors to which I have referred, I do not think that in this case the parties’ express choice of Brazilian law to govern the substantive contract is sufficient evidence of an implied choice of Brazilian law to govern the arbitration agreement, because (if the insured are correct) there is at least a serious risk that a choice of Brazilian law would significantly undermine that agreement. Having regard to the terms of conditions 11 and 12, I do not think that the parties can have intended to choose a system of law that either would, or might well, have that effect*”.

⁶⁵ *Id.* 34.

⁶⁶ *Id.* 40. “*Como la cláusula de arbitraje no se aplica por falta de aceptación de la misma, la cuestión podría ser considerada ya resuelta, pero vale la pena examinarla. Sería una forma exacerbada de *dépeçage*, la teoría francesa en la que se admite que las distintas cláusulas de un mismo contrato pueden estar sujetas a diversas leyes, pero esta no tiene ninguna base legal en este caso y no es aplicable en virtud de la ley brasileña.*” pp. 422-423.

⁶⁷ *Id.* 9, pp. 9-10: “*Según la publicación de la decisión (véase el artículo publicado por el diario del Estado de São Paulo –, fijo una multa diaria de R\$ 400.000,00 (cuatrocientos mil reales), a modo de incumplimiento (CPC, Art. 461, caput e párrafos) (...)*” e *Id.* 15.

⁶⁸ En este sentido, *Laif X Sprl v. Axtel S.A.* 390 F.3d 194, 199 (2d Cir. 2004) e *China Trade and Development Corp. v. M.V. Choong Yong* 837 F.2d 33 (2d Cir. 1987).

⁶⁹ BAUM, Axel H., “*Anti-Suit Injunctions Issued by National Courts to Permit Arbitration Proceedings?*” In: GAILLARD, Emmanuel (dir.): “*Anti-Suit Injunctions in International Arbitration*”, IAI Series on International Arbitration No 2, Juris Publishing, Huntington (NY), 2005.

⁷⁰ LEW, Julian D.M., MISTELIS, Loukas A., e KRÖLL, Stefan M. “*Comparative International Commercial Arbitration*”, 2003, párr. 15-28.

⁷¹ LEW, Julian D.M. “*Anti-Suit Injunctions Issued by national Courts to Prevent Arbitration Proceedings?*” In: GAILLARD, Emmanuel (dir.), “*Anti-Suit Injunctions in International Arbitration*”, IAI Series on International Arbitration No 2, Juris Publishing, Huntington (NY), 2005.

⁷² *Id. Supra.*

⁷³ GAILLARD, Emmanuel, “*Introduction*” In: GAILLARD, Emmanuel (dir.): “*Anti-Suit Injunctions in International Arbitration*”, IAI Series on International Arbitration No 2, Juris Publishing, Huntington (NY), 2005.

⁷⁴ STJ. CC 113.206-SP. Fazendas Reunidas Curuá Ltda e Outros v. Pecuária Unit Santa Clara Ltda. 07.04.2011. Rel. Min. Nancy Andrighi. Voto Vencedor Min. João Otávio de Noronha. En este caso, al suscitarse el conflicto de competencia según el argumento de que las cámaras arbitrales excedían su jurisdicción en el ámbito de la actividad judicial, y la Corte confirmó esta posición. Se concedió la medida cautelar a fin de paralizar el procedimiento iniciado en la CACI/SP, preservando la competencia de la CMA para decidir el litigio. O STJ entendió que la decisión sobre el conflicto de competencia entre las cámaras arbitrales CIESP-FIESP e CACI-SP es de competencia del tribunal de primera instancia.

⁷⁵ *New York State Court of Appeals, Caso n. 191, 18.12.2012.* Al respecto consúltese el artículo de KUCK, Lea Haber, “*The New York Courts Are Open For Business to Foreign Litigants*”, *Corporate Disputes*, p. 43, Apr./Jun. 2013.

⁷⁶ “*Consórcio de Jirau retira processo contra seguradoras*”. Publicado en Valor Econômico. 04.10.2013. Disponible en: <http://www.valor.com.br/financas/3293478/consorcio-de-jirau-retira-processo-contraseguradoras>.

⁷⁷ Esa es también la conclusión de la mayoría de autores brasileños y extranjeros que han examinado el material. Consúltese JHANGIANI, Sapna and VINOVRSKI, Nicola, “*Appeals of Issues of Foreign Law under the English Arbitration Act 1996 – a Matter of Fact*”, *Dispute Resolution International*, v. 7, n. 1, p. 30, May 2013; MASON, Paul E, “*Dueling tribunals at the Jirau Dam*”, *Arbitration Newsletter*, p. 70, September 2013; PEARSON, Sabrina, “*Sulamérica v. Enesa: The Hidden Provalidation Approach Adopted by the English Courts with Respect to the Proper Law of the Arbitration Agreement*”, *Arbitration International*, v. 29, n. 1, p. 126, 2013.

Mauricio Gomm Santos

Abogado y árbitro. Representa a partes estadounidenses y latinoamericanas en litigios comerciales internacionales, y actúa como asesor y árbitro en controversias arbitrales bajo el reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), del Centro Internacional para la Resolución de Disputas de la Asociación Americana de Arbitraje (ICDR/AAA), de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (IACAC), de la Cámara de Comercio Brasil-Canadá (CAM-CCBC), de la Federación de las Industrias del Estado de Sao Paulo (FIESP), y de otras instituciones arbitrales regionales, particularmente en las áreas de contratos mercantiles, seguros, agencia, distribución, franquicias, finanzas corporativas y financiamiento de proyectos.

El Dr. Gomm ha sido profesor de la Escuela de Derecho de la Universidad de Miami, e instructor del Centro Internacional para la Resolución de Disputas de la AAA. Perteneció al cuerpo directivo de la AAA y del Comité Brasileño de Arbitraje, y es miembro del Comité Latinoamericano de la CCI y del Consejo Editorial de la Revista Brasileña de Arbitraje y Mediación.

Escribe regularmente sobre temas relacionados con operaciones comerciales y arbitraje internacional para publicaciones brasileñas, inglesas y estadounidenses y participa como expositor en numerosos congresos internacionales. El Dr. Gomm está licenciado como abogado en el estado de Nueva York, en Brasil, y en Portugal, y como consultor en derecho extranjero en el estado de la Florida.



Intervención Judicial Después de Dictado el Laudo Arbitral

251

El Acuerdo Arbitral y sus Efectos en el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias o Laudos Arbitrales Extranjeros

Verónica Sandler Obregón

295

La Difícil Relación entre la Anulación y el Reconocimiento y Ejecución del Laudo Arbitral Internacional

Manuel A. Gómez

309

El Camino se Hace al Andar: Recurso de nulidad en la jurisprudencia latinoamericana

Elina Mereminskaya

331

El Orden Público en el Arbitraje Comercial Internacional: la experiencia chilena y comparada

Felipe Ossa

El Acuerdo Arbitral y sus Efectos en el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias o Laudos Arbitrales Extranjeros

Verónica Sandler Obregón



Introducción

Este trabajo explora en su primera parte los requisitos históricos y presentes del acuerdo arbitral, de su validez y nulidad, como así también el tratamiento de dicho acuerdo en los principales instrumentos internacionales al respecto. Procede a tratar los requisitos formales del acuerdo arbitral a nivel internacional de acuerdo a normas que rigen su validez en dicha esfera. La autora pasa luego a tratar la situación argentina en cuanto a las dificultades que presenta su régimen jurídico actual, prestando particular atención a los posibles progresos que podría representar en la materia el proyecto de reforma del código civil y comercial argentino, y sus efectos sobre el ordenamiento jurídico del país.

En la segunda parte del trabajo, la autora trata los efectos que el acuerdo arbitral pudiera tener sobre la ejecución de sentencias o laudos arbitrales extranjeros o internacionales.

Socia, Estudio Jurídico Sandler Abogados y profesora de la Universidad de Buenos Aires, la Universidad Argentina de Empresa (UADE) y el Instituto Latinoamericano de Arbitraje (ILdeA).

En particular, habla de la relación entre el acuerdo arbitral y las causales de denegación de ejecución que pudieran esgrimirse en base a instrumentos internacionales, primordialmente en base a la Convención de Nueva York.

La autora concluye con algunas observaciones sobre las ventajas que un acuerdo arbitral válido y ejecutable conlleva en la ejecución de laudos y sentencias que fluyan de dicho acuerdo.

1. El Acuerdo Arbitral

1.1. Noción y relevancia de la cláusula arbitral en el arbitraje comercial internacional

El arbitraje, particularmente el arbitraje comercial internacional, a lo largo de la historia y en las distintas legislaciones ha demostrado una creciente evolución y progreso,¹ permitiendo que su aplicación y elección sea cada vez más segura y eficaz a nivel mundial,² no obstante los avatares judiciales y jurídicos a los que nos referiremos posteriormente.

Ahora bien, esta eficacia y esta seguridad no podrían haberse logrado si no se hubiera partido de una estructura sólida, que está fundada en el acuerdo arbitral, siendo este la piedra basal del arbitraje.³ Este acuerdo condiciona el rumbo, desarrollo y éxito del arbitraje. Dicho de otra manera, el acuerdo arbitral es fuente fundamental de la jurisdicción arbitral,⁴ ya que por medio de su implementación se brinda a las partes la posibilidad de resolver sus diferencias por un método de solución privada de controversias, basado en el consentimiento de ambas, excluyendo de ese modo la intervención de los tribunales estatales.⁵

Es decir que el acuerdo arbitral es la medula de cualquier arbitraje, toda vez que sin esta convención privada no operaría la delegación de jurisdicción a favor de un adjudicador privado, y las partes se verían forzadas a acudir a los órganos judiciales competentes, si los hubiere, para resolver su controversia.

En definitiva, es el acuerdo arbitral quien abre las puertas al arbitraje,⁶ permitiendo su progreso, perfeccionamiento y aplicación, motivos que lo convierten en la figura jurídica fundamental para la aplicación del arbitraje comercial internacional.⁷

El arbitraje, al ser una justicia privada, tiene como presupuesto esencial que las partes acuerden que las controversias que se susciten entre ellas o que se hayan suscitado, sean resueltas a través de arbitraje, por medio de la autonomía de la voluntad expresada en un acuerdo arbitral.⁸ La eficacia del arbitraje depende de la forma en que en los instrumentos legales regulen la validez formal y material de esta expresión de voluntad plasmada en un acuerdo. El punto central de esta cuestión radica en que las disposiciones legales permitan a las partes iniciar sin mayores trabas el arbitraje, y que contemplen la posibilidad de ejecutar la cláusula arbitral, sometiendo a aquel partícipe que no quisiera ajustarse a las obligaciones establecidas por el acuerdo arbitral a hacerlo efectivamente.

La eficacia del arbitraje depende de la forma en que en los instrumentos legales regulen la validez formal y material de esta expresión de voluntad plasmada en un acuerdo.

1.2. Reseña sobre conceptos históricos análogos: la situación actual

Con relación a las modalidades de este acuerdo arbitral, las leyes e instrumentos jurídicos relevantes han utilizado los distintos conceptos de *acuerdo arbitral*, *cláusula compromisoria* y *compromiso arbitral* para hacer referencia a la forma en que debía plasmarse el consentimiento de las partes necesariamente válido para desplegar los efectos de este acuerdo y delegar la jurisdicción de los jueces naturales a árbitros privados.

Desde las sociedades primitivas⁹ a la actualidad, el arbitraje ha ido evolucionando, al igual que los conceptos involucrados en la institución. Comparativamente, hasta hace no mucho tiempo y en ciertas jurisdicciones, no se reconocía eficacia al *acuerdo arbitral* si éste no era complementado por un nuevo acuerdo de voluntades *ex post facto* al surgimiento de la controversia (compromiso arbitral), elementos que en la práctica reducirían significativamente la utilidad del proceso arbitral al dejarlo entonces al arbitrio de partes que, una vez surgida la controversia, podrían tener motivaciones menos propensas a someterse al proceso, y tendientes más a dificultar la resolución de la controversia que a facilitarla.¹⁰

El concepto de *cláusula compromisoria* lo encontramos asociado a acontecimientos futuros previstos desde un momento anterior a toda controversia, es decir anterior al conflicto, en donde las partes pactan expresamente que los conflictos que puedan suscitarse en el futuro entre ellas van a ser resueltos mediante arbitraje. Bajo las reglas habituales, hasta hace algunas décadas –vigentes todavía en algunas jurisdicciones, como Argentina–¹¹ luego de surgida una controversia, la parte interesada deberá acudir a la vía judicial para exigir el otorgamiento del *compromiso arbitral*, o fundar en la existencia de la cláusula la excepción de incompetencia de jurisdicción si la otra parte acudiera directamente a la instancia judicial como mecanismo reclamatorio.¹² En esta tesitura, el *compromiso arbitral* sería la confirmación y complementación de la *cláusula compromisoria*, lo cual resulta claramente un proceso ineficiente, ya que desde el comienzo mismo del proceso arbitral se requiere la inevitable participación preliminar del aparato judicial, careciendo en la mayoría de los casos de utilidad práctica.

Actualmente se ha logrado a través del desarrollo del arbitraje consagrar al *acuerdo arbitral* con carácter autosuficiente, no siendo necesario, conforme la redacción de la mayoría de los instrumentos actuales,¹³ complementarlo con un requisito adicional (el *compromiso arbitral*), lo que le permite adquirir plena eficacia y carácter definitivo independientemente del momento en que se celebra.

Podemos concluir entonces, que el acuerdo arbitral es suficiente, en la normativa jurídica moderna, para poner en funcionamiento el proceso arbitral, y que en pro del desarrollo del arbitraje, el *acuerdo arbitral* debe ser considerado una denominación comprensiva de las dos modalidades a través de las cuales históricamente se pudo pactar el arbitraje (*cláusula compromisoria* y *compromiso arbitral*)¹⁴ sorteando de esa manera los inconvenientes que generaban las anteriores modalidades en la práctica arbitral, y evitando recurrir habitualmente al poder judicial por medio de la excepción de incompetencia del tribunal arbitral.¹⁵

1.3. Requisitos del Acuerdo Arbitral

Como cualquier contrato, el acuerdo arbitral genera obligaciones y derechos a cargo de las partes.¹⁶ Esto implica que el acuerdo arbitral debe cumplir con requisitos de existencia y validez establecidos por las condiciones específicas de cada legislación a ser aplicada.

Como primer y básico requisito del acuerdo arbitral, encontramos el consentimiento libre de las partes. Es decir que para que un acuerdo arbitral sea válido y ejecutable, debe en primer lugar ser “*el resultado de un acuerdo de voluntades común que claramente disponga el sometimiento al arbitraje*”,¹⁷ sin que este consentimiento esté afectado o viciado, y sujeto a que estemos en presencia de una verdadera voluntad. Adicionalmente, podemos mencionar entre otros requisitos básicos (i) la capacidad legal de las partes para otorgar el acto,¹⁸ (ii) que las controversias a las que se refiere este acuerdo sean sobre materias arbitrables, es decir que el conflicto pueda ser sometido a una jurisdicción privada,¹⁹ y (iii) que el acuerdo se refiera a una relación jurídica concreta, contractual o no, pero expresada en términos que no sean tan ambiguos o genéricos que no permitan delimitar el alcance del mismo. Existen también requisitos en cuanto a la forma y la ley aplicable a este acuerdo, que serán tratados con mayor detalle *infra* en estas páginas.²⁰

En conclusión, para que un acuerdo arbitral sea válido, pleno y ejecutable debe surgir de un acuerdo de voluntades, celebrado entre partes capaces legalmente, referido a materias arbitrables y a una relación jurídica determinada, cumpliéndose además – como veremos – los requisitos de forma exigidos en particular.

1.3.1. Validez o nulidad del Acuerdo Arbitral

Con respecto a este tema, es importante remarcar que la validez sustancial o nulidad del acuerdo deben ser juzgadas conforme el derecho que sea aplicable a aquel, es decir, sujeto a la ley elegida por las partes, y en su defecto a la ley de la sede del tribunal arbitral.²¹ Todas las cuestiones referidas a la validez del acuerdo arbitral o su nulidad que no están reguladas por normas materiales de la Convención de Nueva York,²² salvo los pactos en contrario que las partes hayan celebrado, quedan sometidas –conforme al artículo V.1.a de la Convención de New York– a la ley del estado donde se dictó el laudo, es decir del país sede del arbitraje.

1.3.2. Tratamiento en principales instrumentos universales

La noción de acuerdo arbitral y sus alcances son tratados e interpretados por distintos instrumentos internacionales relativos a la materia. Cabe de antemano precisar que, en general, la mayoría de los instrumentos internacionales

La mayoría de los instrumentos internacionales permite interpretar que el requisito del compromiso arbitral ha sido ya eliminado del repertorio legal relevante, reconociéndose la autosuficiencia del acuerdo arbitral en arbitrajes internacionales.

permite interpretar que el requisito del compromiso arbitral ha sido ya eliminado del repertorio legal relevante, reconociéndose la autosuficiencia del acuerdo arbitral en arbitrajes internacionales, lo que aceleró la reforma y adecuación de las legislaciones internas de la gran mayoría de los países firmantes.

Protocolo relativo a las cláusulas de arbitraje en material comercial, Ginebra 1923

El Protocolo de Ginebra fue una de las principales fuentes del desarrollo del arbitraje a nivel internacional e interno.²³ Se considera el primer tratado internacional sobre arbitraje comer-

cial internacional y, como observáramos anteriormente, una de las fuentes de los principales tratados modernos. Como objetivo primario busca asegurar el reconocimiento y la ejecución de las cláusulas y los compromisos de arbitraje en materia comercial o en cualquier otra materia susceptible de ser solucionada por vía de arbitraje, otorgando a las partes la facultad de regular por sí mismas el procedimiento arbitral.²⁴

Asimismo, los Estados contratantes se comprometen, además, a facilitar los actos procesales que se deban realizar en su territorio, y a enviar ante los árbitros a las partes que acudan ante la jurisdicción nacional luego de haber previsto en el contrato una cláusula arbitral.

En la práctica, el Protocolo es de utilidad en las relaciones entre los pocos países que no se encuentren vinculados entre sí por la Convención de Nueva York. La misma circunstancia se plantea con relación a la Convención de Ginebra de 1927 para la Ejecución de Fallos Arbitrales Extranjeros que tampoco tuvo aceptación en la región lationamericana y contenía notorias

insuficiencias con relación por ejemplo a la exigencia de doble *exequátur*, mayores causales de rechazo de reconocimiento y ejecución, carga de la prueba en manos de quien solicita el reconocimiento y ejecución, etc. La Convención de Nueva York dejó sin efecto en la práctica tanto la Convención como el Protocolo de Ginebra.

Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958)

Uno de los instrumentos jurídicos más importantes sobre arbitraje comercial internacional es, sin duda alguna, la Convención de Nueva York. Es difícil encontrar un convenio internacional en el área comercial que haya suscitado más adhesiones a nivel mundial.²⁵ Tal es su riqueza, que su contenido va más allá de su objeto específico y da tratamiento a la noción de acuerdo arbitral por medio de su artículo II:

“Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.”(artículo II.1)

Dentro del mismo espíritu, se establece que la expresión “*acuerdo por escrito*” denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes mediante canje de cartas o telegramas (artículo II.2) y que los tribunales nacionales deberán obligatoriamente (salvo si existieran causales de no-reconocimiento) remitir a arbitraje toda controversia que esté sujeta a un acuerdo arbitral, salvo que el mismo sea nulo, ineficaz o inaplicable (artículo II.3).

Se trata, verdaderamente, de un instrumento que por su precisión y por su vigencia, a pesar de los años, demuestra la importancia de su aplicación en la práctica arbitral y en el crecimiento a nivel mundial del arbitraje. La Convención estableció por primera vez un régimen internacional coordinado con respecto a los acuerdos de arbitraje, los procedimientos arbitrales, y los laudos arbitrales.²⁶

*La Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional
(Panamá, 1975)*

Se ha considerado que fue el primer instrumento local que permitió el encuadramiento y aplicación del arbitraje comercial internacional en la región, debido a que a la fecha eran pocos los países de América Latina que habían ratificado la Convención de Nueva York.²⁷ Su existencia representó un paso significativo en la evolución del arbitraje en Latinoamérica, y su aprobación fue un factor en las reformas legislativas internas que se han aprobado en materia de arbitraje en distintos países latinoamericanos en los últimos años,²⁸ más allá de que muchas veces su aplicación en la práctica haya generado conflictos en la interpretación de sus textos y efectivo empleo.

El tratamiento dado al acuerdo arbitral es similar al dado en la Convención de Nueva York:

“Es válido el acuerdo de las partes en virtud del cual se obligan a someter a decisión arbitral las diferencias que pudieran surgir o hayan surgido entre ellas con relación a un negocio de carácter mercantil...” (artículo 1º)

Hoy no existen dudas de que la similitud del texto general entre ambas convenciones es oportuna y no desacertada. Salvo algunos rasgos distintivos entre ambas convenciones, y algunas imprecisiones de la Convención de Panamá que vemos más eficientemente trabajadas en la de Nueva York, la parte medular de ambos instrumentos es casi idéntica, toda vez que el texto de la Convención de Panamá fue diseñado cuidadosamente para sea lo más compatible posible con el texto de la Convención de Nueva York,²⁹ a fines de lograr una interpretación y aplicación uniforme sobre los principios y aspectos más importantes de la práctica del arbitraje internacional, evitándose de esa manera los problemas derivados de leyes contradictorias o inadecuadas de arbitraje, o de la falta de legislación específica que regule el arbitraje.

En principio, mientras que la Convención de Nueva York tiene un alcance universal, la Convención de Panamá podría decirse que goza de un alcance regional en la práctica arbitral, más allá de algunos conflictos surgidos en base a la aplicación e interpretación de su texto.³⁰

Ley Modelo de CNUDMI (UNCITRAL) sobre Arbitraje Comercial (1985)

La tarea general encomendada a la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo del Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI, conocida con más frecuencia en sus siglas en inglés UNCITRAL) consistente en la creación de fórmulas modernas y equitativas con fines de homogeneizar la regulación de las operaciones comerciales,³¹ debe verse en este punto ampliamente satisfecha por medio de la divulgación y aplicación casi generalizada de este instrumento, logrando la adopción de sus recomendaciones en múltiples regulaciones internas de los países.

La Ley Modelo UNCITRAL se elaboró para hacer frente a las considerables disparidades entre las diversas leyes nacionales de arbitraje y ante la necesidad de perfeccionamiento y armonización de las leyes nacionales inadecuadas para regular los arbitrajes internacionales.³² Cuenta con una regulación de todas las etapas del proceso arbitral, desde el acuerdo de arbitraje hasta el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral, y refleja un consenso mundial sobre los principios y aspectos más importantes de la práctica del arbitraje internacional.

Desde su aprobación, su texto y mensaje han pasado a representar la pauta legislativa internacional aceptada de toda ley moderna de arbitraje, y ha servido como base para la legislación en la materia en un número significativo de países.³³

El Capítulo II de la Ley Modelo trata del acuerdo arbitral y su necesario reconocimiento por parte de los tribunales judiciales. En la sección siguiente del presente trabajo se analizará específicamente la regulación en la Ley Modelo UNCITRAL de la cuestión de la definición y forma del acuerdo arbitral, conforme la redacción actual luego de su última modificación en 2006.³⁴ Sin embargo, podemos adelantar que las modificaciones efectuadas en cuanto a la noción de acuerdo arbitral no afectaron su espíritu de garantizar la efectividad del acuerdo.³⁵ Siguiendo los lineamientos de la Convención de Nueva York, se reconoce a este acuerdo plena eficacia, independientemente de si el mismo versa sobre conflictos futuros y eventuales, o se refiere a controversias ya existentes (artículo 7.1.).

Con respecto a la regulación del reconocimiento del acuerdo arbitral por los tribunales judiciales, se establece que, existiendo un acuerdo válido, si alguna de las partes intenta acudir a la justicia ordinaria, los tribunales estatales deberán declarar su incompetencia y remitir las actuaciones al arbitraje (artículo 8). Asimismo, se reconocen los principios de autonomía del acuerdo arbitral y el de separabilidad, reconociendo a los árbitros facultad para decidir sobre su propia competencia (artículo 16.1).

En suma, podemos puntualizar que el acuerdo arbitral en este instrumento es considerado con carácter y efecto pleno, eliminando el requisito del compromiso arbitral y procurando mantener intacta la jurisdicción privada elegida por voluntad de las partes.

1.3.2.1. Requisitos a nivel internacional de la forma del Acuerdo Arbitral

En la sección anterior identificamos los instrumentos internacionales más relevantes en la materia y el tratamiento por ellos dado en cuanto al concepto, alcance, requisitos y efectos del acuerdo arbitral. A continuación analizaremos cómo interpretan estos instrumentos la forma en la que debe ser manifestado este acuerdo arbitral, y los requerimientos correspondientes en base a los cambios y avances tecnológicos en los soportes utilizados para la exteriorización de la voluntad.

El requisito de la forma del acuerdo arbitral

La forma es la manera en que la voluntad de las partes debe exteriorizarse para producir los efectos jurídicos deseados.³⁶ Para que la voluntad tenga efectos legales debe ser manifestada exteriormente de alguna manera.³⁷ El acuerdo arbitral también necesita un hecho exterior por el cual el consentimiento de las partes de delegar la jurisdicción natural de los tribunales estatales a árbitros privados se manifieste; es decir que esta voluntad debe ser real, en cuanto a que las partes deben ser capaces y actuar con discernimiento, intención y libertad, y requiere de una manifestación exterior a los fines de que salga del ámbito interno y privado del autor y pase a integrar el mundo exterior.³⁸

Para la mayoría de los instrumentos internacionales sobre la materia, la forma del acuerdo arbitral involucra como regla general un doble requisito: (i) que sea por escrito y (ii) sea firmado por las partes.³⁹

El primer origen lo constituye el artículo II, parte 1 y 2 de la Convención de Nueva York, en el cual se establece la formalidad que debe tener el acuerdo arbitral en cuanto a que debe ser por escrito y firmado por las partes, aportando a tal efecto el concepto de qué se entiende por contrato por escrito:⁴⁰

“1. Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concierne a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.” (artículo II.1) [énfasis añadido]

“2. La expresión “acuerdo por escrito” denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas.” (artículo II.2) [énfasis añadido]

La natural evolución del tráfico mercantil y los grandes acontecimientos tecnológicos producidos en el campo de las comunicaciones, comenzaron a evidenciar una creciente utilización de medios no escritos (o al menos no respaldados en papel) para la celebración de las transacciones negociables, lo cual implicó un replanteo en cuanto al requisito de la forma “escrita” como condición de validez del acuerdo arbitral, un proceso que, como documentamos al pie, continúa en forma acelerada en función de las nuevas y cambiantes modalidades comerciales y tecnológicas.⁴¹

Los grandes acontecimientos tecnológicos comenzaron a evidenciar una creciente utilización de medios no escritos para la celebración de las transacciones negociables, lo cual implicó un replanteo en cuanto al requisito de la forma “escrita” como condición de validez del acuerdo arbitral.

La Ley Modelo UNCITRAL, mantiene el requisito de la forma escrita, reconociendo como equivalentes otros medios de celebrar el acuerdo arbitral siempre que su contenido quede registrado.

acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una de las partes sin ser negada por la 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.” (Artículo 7.2) [énfasis añadido]

Esta disposición relativa a la definición y forma del acuerdo de arbitraje asimilaba y mantenía el criterio establecido en el enunciado del párrafo 2) del Artículo II de la Convención de Nueva York, en el que también se exige que el acuerdo sea por escrito.

La modificación de 2006 consistió en la revisión de la redacción del Artículo 7 de la Ley Modelo UNCITRAL, introduciendo dos posibilidades entre las cuales los Estados interesados en seguir sus postulados pueden optar.

La Opción I del Artículo 7 mantiene la necesidad de que el acuerdo arbitral sea escrito (Artículo 7.2) sin embargo, la sutileza y diferencia radica en la definición de *por escrito*, ya que se considerará *escrito* si su contenido está registrado en cualquier forma, sea que el propio acuerdo arbitral o el contrato que lo contiene hayan sido concluidos en forma oral, por hechos o por otros medios (Artículo 7.3). Es decir que, si bien se mantiene el requisito de la forma escrita, en base a la nueva redacción el acuerdo arbitral ya no tiene que constar en un *documento* en forma escrita, reconociendo como equivalentes

El primer gran paso al respecto fue dado por la versión de la Ley Modelo de UNCITRAL aprobada en 2006, que buscó ajustarse a estos cambios de paradigma. Cabe recordar que la Ley Modelo de UNCITRAL en su versión original de 1985, establecía:

“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 en un intercambio de cartas, télex, telegramas, o en otros medios de telecomunicación que dejen constancia del

otros medios de celebrar el acuerdo arbitral (comprendido en forma oral) siempre que su contenido quede registrado, ni tampoco tiene que estar firmado por las partes.⁴²

También prevé que la exigencia de la escritura pueda ser cumplida por medios electrónicos de comunicación, siempre que la información consignada en ella sea accesible para su ulterior consulta, entendiéndose por “comunicación electrónica” cualquiera que las partes hagan por medio de mensajes de datos, expresión que debe ser interpretada como comprensiva de información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros sin limitarse, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax. (artículo 7.4).

También prevé que la exigencia de la escritura pueda ser cumplida por medios electrónicos de comunicación, siempre que la información consignada en ella sea accesible para su ulterior consulta.

Finalmente, se mantienen las otras formas admitidas por la versión anterior: por medio de intercambio de escritos de demanda y contestación en los que exista un acuerdo, sin que éste sea negado por la otra parte. (artículo 7.5), y la referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato (artículo 7.6).⁴³

La Opción II para el mismo artículo simplemente define al “acuerdo de arbitraje” como un acuerdo entre las partes para 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, omitiendo todo requisito de forma.

En base a estas últimas modificaciones, la Ley Modelo de UNCITRAL se aleja de los formalismos necesarios para la validez del acuerdo arbitral establecidos por la Convención de Nueva York, lo cual podría interpretarse como un foco de conflicto para la ejecución de laudos arbitrales que no consten por escrito.

A ese respecto, UNCITRAL adoptó en el año 2006, una recomendación relativa a la interpretación del párrafo 2) del artículo II y del párrafo 1) del artículo VII de la Convención de Nueva York. La recomendación insta a los Estados a que apliquen el párrafo 2) del artículo II de la Convención de Nueva York “reconociendo que las circunstancias que describe no son exhaustivas” y los alienta a adoptar el artículo 7 revisado de la Ley Modelo UNCITRAL, ya que en las dos opciones de este artículo se establece un régimen para el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales más favorable que el previsto en la Convención de Nueva York. En virtud de la disposición relativa a la ley más favorable enunciada en el párrafo 1) del artículo VII de dicho instrumento,⁴⁴ en la recomendación se aclara que debería permitirse “a toda parte interesada acogerse a los derechos que puedan corresponderle, en virtud de las leyes o los tratados del país invoque el acuerdo de arbitraje, para obtener el reconocimiento de la validez de ese acuerdo de arbitraje”.⁴⁵

Cabe señalar que el párrafo 1º del artículo 1 del Reglamento de Arbitraje original de UNCITRAL adoptado en 1976 estaba calificado por el requerimiento de la forma escrita para pactar el compromiso arbitral y para sus modificaciones sucesivas, y que en el año 2010 se modificó el texto original, a los fines de adaptarlo a los cambios que se habían producido durante los últimos años en la práctica arbitral.

De esta forma, las nuevas reglas de 2010 eximen al acuerdo arbitral de la formalidad escrita, manteniendo silencio sobre la forma del acuerdo arbitral,⁴⁶ sujetando la validez del acuerdo arbitral al derecho aplicable al arbitraje, y de si éste permite la existencia del acuerdo arbitral no escrito, con lo cual la forma del acuerdo arbitral es una cuestión que no debe ser tratada en las reglas de arbitraje, porque dependen de lo que mande el derecho local aplicable a la validez del acuerdo.⁴⁷

Por último, cabe precisar que la versión de 1976 establecía que la cláusula arbitral que llevaba la aplicación del Reglamento UNCITRAL debía ser parte de un contrato.⁴⁸ En la modificación de 2010 se elimina la referencia a “una relación contractual” de manera de que en el futuro la aplicación del Reglamento UNCITRAL no se limitaría a relaciones contractuales.⁴⁹

1.3.3. Tratamiento en instrumentos y leyes regionales

1.3.3.1. *El Caso de la República Argentina*

En Argentina, el arbitraje es regulado básicamente como una materia procesal⁵⁰ y carece de una ley de arbitraje interna. Cada código procesal provincial contiene una regulación propia de la materia, toda vez que en Argentina la legislación procesal constituye materia no delegada en el Gobierno Federal, y por ello reservada a las provincias.⁵¹ Es decir que al desorden lógico que esta circunstancia genera, debe añadirse que las legislaciones locales son insuficientes y a veces enemistadas al arbitraje,⁵² como es el caso del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (en adelante “CPCCN”), que rige sólo para procedimientos que se desarrollan en tribunales federales de todo el país –con competencia de excepción- y ante los tribunales nacionales con sede en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

El CPCCN contiene disposiciones sobre la posibilidad de someter cuestiones a arbitraje⁵³ y la ejecución de laudos extranjeros,⁵⁴ y dedica una extensa literatura normativa al tratamiento de los distintos tipos de procedimientos arbitrales.⁵⁵

Con respecto a la cuestión que nos convoca, el CPCCN presenta normas relativas a la cuestión del compromiso arbitral, justamente siendo éstas la base de las principales críticas a la legislación argentina. El CPCCN prevé que la cláusula compromisoria no es suficiente por sí, pues es exigencia legal que las partes suscriban el compromiso arbitral, el que debe formalizarse una vez surgido el conflicto, por escritura pública o instrumento privado, o por acta extendida ante el juez de la causa o ante aquel a quien hubiese correspon-

El derecho argentino, por el momento, requiere la suscripción de un documento adicional, que el código denomina “compromiso”, cada vez que se suscita una controversia específica que deba someterse a arbitraje conforme la cláusula arbitral.

dido su conocimiento (artículo 742 CPCCN). El derecho argentino, por el momento, requiere la suscripción de un documento adicional, que el código denomina “compromiso”, cada vez que se suscita una controversia específica que deba someterse a arbitraje conforme la cláusula arbitral, implicando este compromiso un documento que deben firmar las partes y aceptar los árbitros como paso preliminar a la iniciación del arbitraje ante una disputa concreta aunque ya exista una cláusula compromisoria.⁵⁶

En conclusión, la cláusula compromisoria no es suficiente, necesiéndose que las partes firmen el compromiso arbitral, el que debe formalizarse una vez surgido el conflicto conforme los requisitos de forma establecidos anteriormente, y conteniendo los elementos mencionados en el artículo 740 del CPCCN.⁵⁷

En la práctica, la falta de acuerdo para formalizar el compromiso genera la intervención de tribunales locales, atentando contra el espíritu del arbitraje. Las partes se enfrentan de esta manera a complejos trámites judiciales que atropellan la sencillez y celeridad que tuvieron en miras las partes al suscribir la cláusula arbitral. En efecto, la parte que pretenda la suscripción del compromiso arbitral deberá promover una demanda dirigida a la constitución del tribunal arbitral y –en su caso– a la determinación del compromiso arbitral (artículo 742 CPCCN).

Más allá del tratamiento dado al arbitraje en la norma interna descrita, deben tomarse en consideración los efectos que ha producido sobre el ordenamiento jurídico argentino la ratificación de tratados internacionales que prevén una solución diferente con respecto al acuerdo arbitral. Argentina ha suscripto la Convención de Nueva York (ley 23.619), la Convención de Panamá de 1975 (ley 24.322), los Tratados de Derecho Procesal de Montevideo 1889 y 1940, la Convención de Montevideo de 1979 (ley 22.921), el Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial y Administrativa en el marco del MERCOSUR (ley 24.578) y el Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias - Convenio CIADI (ley 24.353) entre otros tratados internacionales relativos a la materia. En el país prevalece la supremacía de los tratados internacionales respecto de la legislación interna, ya que la propia Constitución Nacional establece que “*los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes*”.⁵⁸

Frente a esta circunstancia, los efectos más importantes consecuencia de haber ratificado estas convenciones son que los jueces argentinos no podrán aplicar el artículo 740 del CPCCN para denegar el reconocimiento de un laudo arbitral dictado en el extranjero sin que se haya celebrado el compromiso arbitral.⁵⁹ Vale decir, entonces, que la omisión de celebrar el compromiso no es causal que habilite a denegar el reconocimiento de un laudo extranjero.⁶⁰

Consideramos que el requisito establecido en la legislación procesal local del compromiso arbitral no tiene de ordinario que ser considerado obligatorio cuando se trata de arbitrajes internacionales, y que en caso de invocarse ante los tribunales argentinos un acuerdo arbitral que comprenda una controversia planteada ante un tribunal arbitral internacional por prórroga de jurisdicción, el tribunal argentino no exigirá el pronunciamiento de un compromiso arbitral como requisito previo para remitir la controversia a los árbitros extranjeros. Lo mismo se sostiene cuando se sitúa en Argentina un arbitraje en base a un acuerdo arbitral en el que una de las partes participantes del acuerdo no tiene domicilio en el país, o se hace referencia a controversias emanadas de relaciones jurídicas internacionales, y las partes pautaron reglas de procedimiento que no requieren la emisión de un compromiso, solo siendo obligatorio el requisito de compromiso previo para casos puramente locales.⁶¹

Consideramos que el requisito establecido en la legislación procesal local del compromiso arbitral no tiene de ordinario que ser considerado obligatorio cuando se trata de arbitrajes internacionales, y que el tribunal argentino no exigirá el pronunciamiento de un compromiso arbitral como requisito previo para remitir la controversia a los árbitros extranjeros.

1.3.3.2. Acuerdo MERCOSUR sobre Arbitraje Comercial Internacional

El Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR (en adelante el “Acuerdo MERCOSUR”) y el Acuerdo (paralelo) sobre Arbitraje Comercial Internacional entre el MERCOSUR, la Republica de Bolivia y la Republica de Chile, fueron aprobados por Argentina por medio de la ley 25.223.

Se denomina en el artículo 2.e al acuerdo arbitral como “*convención arbitral*” y es considerado como el “*acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas o algunas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de relaciones contractuales*”. Este acuerdo debe otorgarse por escrito (artículo 6.1) y puede resultar del intercambio de cartas o de telegramas con recepción confirmada. Si las comunicaciones entre las partes se realizan por fax, medios electrónicos o equivalentes, deben ser confirmadas por un documento original, lo que limita la contratación electrónica (artículo 6.3).⁶² Por otro lado, se dispone que si no se hubiesen cumplido los requisitos de validez formal exigidos en el derecho del lugar de celebración, la convención arbitral se considerará válida si cumpliera con los requisitos formales del derecho de alguno de los Estados con el cual el contrato base tiene contactos objetivos jurídicos o económicos (artículo 6.5).

En base a esta normativa, se puede sostener que para el derecho argentino es válido un acuerdo arbitral estipulado bajo la forma de una cláusula compromisoria, aun para arbitrajes con sede en Argentina, siempre que exista algún contacto objetivo –del acuerdo arbitral o del contrato base- con algún otro estado parte del MERCOSUR.⁶³

En suma, el ámbito en que sería exigible el compromiso arbitral ha quedado notoriamente restringido y limitado en materia de arbitraje internacional.

1.3.3.3. Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial Argentino 2012

El proyecto de unificación de la legislación civil y comercial enviado recientemente por el Poder Ejecutivo Nacional al Congreso Nacional (en adelante “el Proyecto”)⁶⁴ incluye la modificación o derogación de numerosas leyes del ordenamiento jurídico argentino que afectan a la materia arbitral en par-

ricular. La reforma en general busca resolver la ausencia de la tan resistida y demorada ley de arbitraje, abordando muchas de las cuestiones reclamadas y planteadas por la doctrina, presentes tanto en la Ley Modelo UNCITRAL como en las legislaciones arbitrales de los países más desarrollados.

En el marco de esta reforma se incorpora la regulación del contrato de arbitraje en el Capítulo 29 (Arts. 1649 a 1665) dentro de los contratos en particular.⁶⁵ Es decir que la novedad es la regulación del contrato de arbitraje (que incluye tanto el celebrado por las partes como el que resulta entre aquellas y los árbitros).⁶⁶ Es importante señalar que el Proyecto parece legislar la figura del arbitraje sin distinguir su carácter nacional o internacional,⁶⁷ pero sí podemos precisar que la regulación abarca el arbitraje privado o comercial dentro del ámbito del derecho privado, dejando de lado los arbitrajes de inversión, toda vez que el contrato se presume celebrado entre particulares no comprendiendo al Estado, cuya capacidad para someter una controversia a árbitros requiere de una ley que expresamente lo autorice, conforme ratificara la Corte Suprema hace ya varias décadas.⁶⁸

Esta concepción contractualista del instituto viene de la mano de consagrada y reconocida doctrina nacional e internacional,⁶⁹ y de la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación, la cual ha reconocido el origen contractual del arbitraje en varias oportunidades,⁷⁰ contraponiéndose con una aproximación jurisdiccional. En este sentido, el Proyecto considera al acuerdo arbitral como un contrato cuyo objeto es someter la controversia a arbitraje.

Así el artículo 1649 del Proyecto establece:

“Hay contrato de arbitraje cuando las partes deciden someter a la decisión de uno o más árbitros todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual”.

Su definición legal del contrato de arbitraje es consistente con la plasmada en la Ley Modelo UNCITRAL (artículo 7) y el artículo II.1 de la Convención de Nueva York, adecuándose de esta manera la legislación interna a la práctica arbitral contemporánea.

En cuanto a la *forma* de este acuerdo arbitral, nuevamente el Proyecto sigue las recomendaciones de la Ley Modelo UNCITRAL, reproduciendo la llamada “Opción 1” de su artículo 7 modificado en 2006:⁷¹

“El acuerdo de arbitraje debe ser escrito y puede constar en una cláusula compromisoria incluida en un contrato o en un acuerdo independiente. La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye contrato de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.”

Uno de los avances más importantes sin duda tiene que ver con el tratamiento equivalente que hace el proyecto entre la cláusula arbitral (contenida en el contrato) y el compromiso arbitral (producida la controversia). El Proyecto exige que el acuerdo arbitral conste *por escrito* sin especificar la modalidad ni el contenido —como sí lo requiere el CPCCN actual—. ⁷²

Por el otro lado, la amplitud de medios establecida en este artículo también es la sugerida por el artículo II.2 de la Convención de Nueva York, y razonablemente, se podría decir, acorde con el Acuerdo MERCOSUR. Esta incorporación del acuerdo arbitral *por referencia* ayuda a zanjar las controversias complejas que se suscitaban en los casos en donde la cláusula arbitral se encontraba inserta en un documento por separado al contrato que daba lugar a la controversia, y a veces suscripto por partes disímiles.

Hoy en día —al igual que lo establece la Ley Modelo UNCITRAL— en la medida en que no existan dudas acerca de la voluntad de las partes en cuanto a la sujeción al arbitraje, ellas quedan vinculadas por este acuerdo.

Finalmente, el Proyecto por medio de los Arts. 1653 y 1654 consagra dos de los principios más significativos del arbitraje: el de *autonomía* (separabilidad) de la cláusula arbitral y la competencia de los árbitros para decidir disputas sobre su propia competencia (*Kompetenz-Kompetenz*), permitiendo por medio de estos tradicionales conceptos proteger la autonomía del proceso arbitral sin la interferencia de los tribunales locales, con lo que, en cualquier caso, la validez o invalidez de la cláusula arbitral será decidida por el tribunal arbitral, lo mismo que sus alcances y las materias arbitrales.

A modo de conclusión, si bien el Proyecto deja de lado el tratamiento de ciertas cuestiones esenciales de las consecuencias del arbitraje, como ser el proceso de ejecución de laudos arbitrales y los efectos centrales de los laudos (carácter de cosa juzgada, ejecutividad como sentencia, auxilio judicial y recursos posibles), dándoles un tratamiento parcial en la eventual reforma – proyectada de manera contemporánea con el Proyecto– de la Ley de Sociedades Comerciales,⁷³ no puede ser negado el avance en la decisión política legislativa favorable al arbitraje por medio de la incorporación de normas necesarias para su adecuación a la práctica arbitral. Las normas proyectadas no tienen precedente en la legislación local, salvo por las convenciones internacionales suscriptas por el país.⁷⁴

En la práctica las partes no siempre cumplen voluntariamente el laudo arbitral, razón por la cual existen mecanismos por medio de los cuales hacen valer su fuerza de ejecución.

Tal vez hubiera sido más favorable trabajar en una ley federal de arbitraje, que permitiera la unificación de las distintas normativas de los códigos procesales provinciales y nacional en materia de arbitraje, logrando una regulación íntegra del instituto con sustento en la Ley Modelo UNCITRAL.

2. Efectos del Acuerdo Arbitral y su relación con la ejecución de sentencias y laudos arbitrales extranjeros

2.1. El Acuerdo Arbitral y el carácter obligatorio del laudo

Teniendo como premisa la naturaleza contractual del arbitraje, el primer e inmediato efecto del acuerdo arbitral es el nacimiento de una obligación recíproca entre las partes intervinientes en la constitución del vínculo jurídico de cumplir lo estipulado; es decir cumplir con el compromiso contraído de someter las controversias a la decisión de un tercero o terceros y acatar la misma,⁷⁵ lo que equivale a decir que los laudos arbitrales son obligatorios y ejecutables para las partes.⁷⁶

Asimismo, los instrumentos internacionales en la materia también reconocen esta relación entre el compromiso efectuado entre las partes y laudo dictado en base a la jurisdicción optada, estableciendo que los Estados deberán reconocer la autori-

dad de la sentencia arbitral y conceder su ejecución de conformidad con las normas de procedimiento vigentes en el territorio donde la sentencia sea invocada.⁷⁷

Por supuesto, en la práctica arbitral se evidencia que las partes no siempre cumplen voluntariamente el laudo arbitral, razón por la cual existen mecanismos por medio de los cuales hacen valer su fuerza de ejecución. En caso de que el laudo se intente hacer valer en el mismo Estado donde se dictó, las leyes no suelen exigir más que su condición de estar “consentido o ejecutoriado”,⁷⁸ no siendo sometidos a otra revisión más que un recurso o acción de nulidad en su caso. En este panorama, el laudo adquiere calidad de *cosa juzgada*, su ejecución se torna obligatoria, siendo el mecanismo a seguir para llevarla a cabo el establecido en los procedimientos internos de cada Estado para las sentencias judiciales —a los que queda asimilado—. En este procedimiento, las defensas admisibles son generalmente muy limitadas, consecuencia de haber adquirido la decisión calidad de definitiva.⁷⁹

En el contexto internacional, por el contrario, cuando se pretende hacer valer el cumplimiento extraterritorial de un laudo, se requiere una nueva revisión por vía del trámite previsto para el reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros.⁸⁰ Las decisiones tomadas por jueces o árbitros investidos de jurisdicción gozan los atributos de cosa juzgada y fuerza ejecutoria. Pero a los fines de poder tenerlas por eficaces en otro Estado, se debe obtener una declaración de “conformidad” de las autoridades con facultades de ejecución en ese Estado, reconociéndole a esa sentencia extranjera los mismos efectos que se le reconocen en ese estado a las sentencias nacionales, verificando el cumplimiento de ciertos recaudos que provienen de normas internas o tratados internacionales en vigor.

Es decir que, cuando la ejecución del laudo arbitral se procura en un país distinto del que fue dictado, el trámite de *exequátur* previo al que se ve sometido, implicaría a fin de cuentas una *nueva* instancia de control, sin que este control implique la revisión del fondo del laudo como si fuera un tribunal de apelación o de casación.⁸¹

El control que autoriza la Convención de Nueva York es limitado y versa sobre cuatro aspectos fundamentales. La Convención establece que los estados contratantes reconocerán la autoridad de la sentencia arbitral y considerarán

su ejecución conforme las normas de procedimiento vigentes en su propio territorio, con arreglo a esa Convención, sin que puedan imponerse condiciones o requisitos rigurosos, ni honorarios o costas más elevadas de las que se aplican al reconocimiento o ejecución de los laudos arbitrales nacionales.⁸²

Uno de los avances y aportes más significativos de la Convención de Nueva York consiste en invertir la carga de la prueba sobre la conformidad del laudo, abandonando la tesitura de que quien solicita la ejecución debe probar que se reúnen los requisitos formales establecidos (Convención de Ginebra). La Convención de Nueva York toma un criterio ágil, práctico y expeditivo: se presume la fuerza obligatoria del laudo, dejando la carga de probar cualquier impugnación a cargo del ejecutado. Es decir que además de limitar los motivos de denegación

oponibles al laudo extranjero, la Convención de Nueva York establece una regla de la carga de la prueba de gran trascendencia práctica, ya que sólo la arbitrabilidad y el orden público pueden ser controlados de oficio por jueces nacionales; el resto de los motivos deben ser alegados y probados por la parte que los invoca.

Las causales de denegación de ejecución del laudo previstas en el artículo V de la Convención de Nueva York son las siguientes:

(a) incapacidad de alguna de las partes susceptible de invalidar el acuerdo arbitral, juzgándose esta circunstancia en función de la ley aplicable al acuerdo que las partes hayan pactado o en su defecto, por la ley del país donde se ha dictado el laudo;

Además de limitar los motivos de denegación oponibles al laudo extranjero, la Convención de Nueva York establece una regla de la carga de la prueba de gran trascendencia práctica, ya que sólo la arbitrabilidad y el orden público pueden ser controlados de oficio por jueces nacionales; el resto de los motivos deben ser alegados y probados por la parte que los invoca.

(b) que la parte contra la que se invoca el laudo no hubiese sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje, o que no haya podido por cualquier razón hacer valer sus medios de defensa;

(c) que el laudo estuviere referido a una diferencia no sometida al arbitraje conforme el acuerdo arbitral entre las partes, o contuviere decisiones en exceso de los términos de este acuerdo;

(d) que la constitución del tribunal o procedimiento arbitral no se hubiese ajustado al acuerdo celebrado por las partes o a la ley del país donde se llevó a cabo el arbitraje; y

(e) que la sentencia no fuere aún obligatoria o hubiese sido anulada o suspendida por autoridad competente del país donde se dictó el laudo.

Asimismo dentro de los requisitos que mencionamos pueden ser evaluados de oficio por los jueces nacionales, encontramos: (a) que el objeto del diferendo resuelto por árbitros no sea susceptible de ser sometido a arbitraje conforme la ley del país de ejecución y (b) que el reconocimiento o ejecución contraríen el orden público del país donde se lleva a cabo la ejecución.

Finalmente, es relevante señalar que la Convención de Nueva York plasma el principio de la “eficacia máxima”, permitiendo y dando preferencia a la aplicación de normas (internas o convencionales) que tengan presupuestos de reconocimiento y de ejecución más favorables, liberales o procedimientos más simplificados, fijando sólo un estándar mínimo internacional al efecto,⁸³ con miras de obtener una mayor eficacia de los laudos extranjeros.

2.2. La causal de denegación del reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros en base a la afectación del Acuerdo Arbitral

Se ha dicho que el acuerdo arbitral es la piedra angular del arbitraje⁸⁴ ya que de estar mal diseñado, o posiblemente ser “patológico”, el arbitraje se desmorona.⁸⁵ Así lo prevé el artículo V(1)(a) de la Convención de Nueva York al contemplar como causal de denegación de reconocimiento y ejecución del laudo arbitral: “*Que... el acuerdo [arbitral]... no sea 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 la sentencia...*”.

La solución adoptada por la Convención de Nueva York para analizar los requisitos de validez de un acuerdo arbitral tienen que ver con el derecho que le es aplicable, que en efecto es: (a) aquel que las partes hayan designado (sea en el contrato en el cual el acuerdo arbitral está contenido o en el acuerdo arbitral mismo); o (b) en ausencia de dicha designación, lo será el derecho de la sede del arbitraje. Es decir que desde el punto de vista de la regulación internacional, la Convención establece la posibilidad de juzgar la validez de la cláusula arbitral, no solo por el vicio del consentimiento o falta de capacidad de las partes, sino por cualquier otra causa aplicable según la ley a la que las partes hayan sometido dicho acuerdo.

Igualmente, la invalidez del acuerdo arbitral puede tornar inejecutable el laudo arbitral por no existir una inequívoca voluntad de las partes de solucionar sus controversias a través del arbitraje, ya sea porque el convenio arbitral no cumple con las prescripciones del legislador o estemos en presencia de un convenio defectuoso, válido en lo esencial pero que presente imprecisiones provocando la ineficacia del propio acuerdo arbitral.⁸⁶

Paralelamente la Convención de Nueva York contiene un régimen de validez del acuerdo arbitral dentro del contexto de su ejecución⁸⁷, estableciendo que:

“El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable” [énfasis añadido].

Como se puede advertir, la Convención hace referencia a los términos *nulidad*, *ineficacia* o *inaplicabilidad* como términos similares o equivalentes, a pesar de que los mismos no necesariamente son compatibles en la legislación local de cada país. Se ha entendido que la terminología utilizada es intencionalmente amplia y obedece al deseo de lograr una aplicación homogénea de la Convención de Nueva York en diferentes jurisdicciones abarcando las doctrinas y principios nacionales que puedan generar la “invalidez” del acuerdo arbitral.⁸⁸

Es importante señalar que los antecedentes de la Convención de Nueva York no dan una explicación clara al significado de las palabras *nulo*, *ineficaz* e *inaplicable*, y es escasa la doctrina o jurisprudencia que ofrece una opinión acerca del alcance de las mismas.⁸⁹

Por lo anterior, se debe ser muy minucioso al diseñar la cláusula arbitral, máxime en cuanto a la selección de la sede del arbitraje (por ser en su caso la ley aplicable en caso de silencio de la partes), recomendándose el previo análisis de la legislación interna relacionada con el tema, a fin de evitar sorpresas al momento de requerirse, en su caso, la ejecución del acuerdo arbitral.

La invalidez del acuerdo arbitral como causal de denegación de reconocimiento y ejecución del laudo es tan interesante como compleja, ya que la concurrencia de múltiples leyes, aunada a la diversidad de soluciones que el derecho comparado arroja, multiplicado por la aproximación por la Convención de Nueva York, hace que el tema sea atractivo de explorar y considerar en su entera dimensión a los fines de contar con un acuerdo arbitral válido y ejecutable.

Finalmente, creemos que el régimen delicadamente articulado por los creadores de la Convención de Nueva York ha mostrado ser correcto desde el punto de vista técnico, ya que la partición de regímenes, por un lado el aplicable para la ejecución de *acuerdos* arbitrales y por el otro el de la ejecución de *laudos* arbitrales, aseguran que los acuerdos arbitrales reúnan ciertos requisitos de “mínimo” para poder ser ejecutados, y posibilitar un análisis exhaustivo de validez del acuerdo arbitral bajo su régimen local.⁹⁰

2.3. Ventajas en el reconocimiento y ejecución de laudos con Acuerdo Arbitral válido y ejecutable

Frente a lo mencionado en las secciones anteriores, podemos concluir que la ejecutabilidad de un laudo arbitral se podría encontrar íntimamente relacionado, a la claridad y precisión con que se exprese la voluntad de las partes en el acuerdo arbitral, ya que cuanto más puntual y detallada pueda ser, mayor éxito obtendremos en el análisis correspondiente de su validez conforme los parámetros mencionados.⁹¹ Más allá de la ayuda proporcionada por las distintas instituciones arbitrales en la elaboración de *clausulas modelos* probadas, debemos complementar las mismas con un análisis específico de la legislación aplicable en cuanto a su validez y los requisitos por ésta exigidos.

De esta manera podremos obtener mayor garantía de un acuerdo arbitral válido que permita su inmediata ejecución, ya que los laudos basados en un

acuerdo de voluntades que permita claramente evidenciar la intención de las partes a someterse a arbitraje delegando la jurisdicción natural son generalmente mejor recibidos por los tribunales nacionales, permitiendo una tramitación más expeditiva y sin dilación en su reconocimiento y ejecución.

3. Conclusiones

Es importante cerrar este tema haciendo hincapié en la forma que debe ser concebida y aplicada la causal de denegación descrita en base a la invalidez del acuerdo arbitral, y de las causales en general previstas por los ordenamientos internacionales relativos a la materia.

Si bien los motivos de denegación de reconocimiento y ejecución se encuentran previstos en instrumentos internacionales, la revisión de fondo exhaustiva por parte de los tribunales nacionales del laudo no es viable; si bien puede producirse un control formal (por ejemplo de la validez del acuerdo arbitral), el control de fondo debe consistir simplemente en considerar su producción e implementación para luego dar el paso a la ejecución.

Las causales no implican que el juez local ejecute un análisis exhaustivo. El nivel de revisión al momento de ejecución del acuerdo arbitral debe ser mínimo. Con respecto al caso puntual del análisis del acuerdo arbitral, generalmente este punto es analizado minuciosamente por el tribunal arbitral, previo a declarar su competencia (justamente la naturaleza del principio *Kompetenz-Kompetenz*) con lo que será este tribunal quien lo analice con determinación la cuestión, y no los tribunales nacionales. En el caso de que esta causal sea considerada aplicable, la misma debe ser evidente y manifiesta. En caso contrario, las partes deberán recurrir a los tribunales nacionales habiendo acordado acudir al arbitraje para dirimir sus conflictos, sería *contra natura*.

Ni la efectividad del arbitraje ni el reconocimiento y ejecución de sus laudos deben estar sujetos a fronteras jurídicas, y deben contar con el apoyo de los jueces locales y participantes del mercado. De esta manera, por supuesto dentro de un marco de legalidad, los tribunales nacionales no deben ver sus poderes limitados por las fronteras nacionales y deben ajustar sus conductas a favor del acuerdo de voluntad de las partes facilitando la ejecución del resultado de su elección y obligación.

¹ Caivano, Roque J., *La cláusula arbitral—Evolución histórica y comparada*, Facultad de Jurisprudencia, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2008, p.20. No obstante ello, por cierto, las raíces históricas del arbitraje no demuestran un progreso lineal y constante, habiendo sufrido el arbitraje la interferencia de los tribunales “ordinarios”. Por ejemplo, los tribunales norteamericanos bajo el *common law* se rehusaban hasta comienzos del siglo pasado a ejecutar cláusulas de arbitraje. *Home Ins. Co. Morse*, 87 U.S. 445, 1874, pp.457-58; Jones, Sabra A., *Developments in Commercial Arbitration*, 21 Minn. L. Rev., 1927, 240; Wolaver, Earl S., *The Historical Background of Commercial Arbitration*, 83 U. Pa. L. Rev., 1934, 132. La misma actitud hostil era evidente en el Reino Unido y en Francia aun a fin del siglo XIX, aunque la situación en Alemania era por cierto diferente. Born, Gary B., *International Commercial Arbitration* (en adelante «Born»), Kluwer, 2009, p.49; De Boissésón, M., *Le droit français de l'arbitrage. Interne et international*, Paris, 2a ed. 1990, ¶¶8-12. El cambio de actitud judicial aun en los Estados Unidos se plasmó a raíz de los esfuerzos de comerciantes del estado de Nueva York, quienes en 1920 lograron que ese estado adoptara una ley de arbitraje que por primera vez obligaba a los tribunales a reconocer la validez de acuerdos de arbitraje: *Kulukundis Shipping Co. v. Amtorg Trading Corp.*, 2d. Cir. 1942, 126 F.2d 978 (resumiendo la actitud histórica de los tribunales norteamericanos con respecto a los acuerdos arbitrales). Eventualmente, el congreso (federal) adoptó el *Federal Arbitration Act*, la ley norteamericana de arbitraje, en 1925, que establece la obligatoriedad del reconocimiento de los acuerdos arbitrales, y aun así después de su adopción, los tribunales norteamericanos continuaron con una oposición cultural al arbitraje que vemos replicada hoy en muchas jurisdicciones en la América Latina y en otras latitudes también. Este proceso en los EE.UU. al comienzo del siglo XX se extiende también a similares procesos a favor del arbitraje en Europa, también motivados por motivos de necesidad comercial. En ese contexto, cabe mencionar el Tratado de Montevideo de 1889, el Protocolo de Ginebra de 1923 (que, como observamos más abajo, se reconoce como la raíz de la convención de Nueva York y la Ley Modelo CNUDMI), y la Convención de Ginebra de 1927. Mezger, Ernst, *Zur Auslegung und Bewertung der Genfer Schiedsabkommen von 1923 und 1927*, *Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht*, 1959, p.222.

² Un estudio citado por la Cámara de Comercio Internacional sostiene que: “*Businesses choose arbitration over litigation because of its neutrality, finality, enforceability, procedural flexibility, and the ability to choose the arbitrators. A survey undertaken by Queen Mary University Law School in London and first published in 2006 concluded that, for the resolution of cross-border disputes, 73% of respondents prefer to use international arbitration, either alone (29%) or in combination with Alternative Dispute Resolution (ADR) mechanisms in a multi-tiered dispute resolution process (44%), and that the top reasons for choosing international*

arbitration are flexibility of procedure, the enforceability of awards, the privacy afforded by the process and the ability of parties to select the arbitrators.” Fuente: <http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/arbitration/>; Fecha de captura: 14 de enero de 2013. Hay, por supuesto, esferas especializadas de aplicación - por ejemplo en el arbitraje marítimo y el de ciertas industrias especializadas, como el seguro - en las que el arbitraje tiene historia milenaria y donde este constituye casi el exclusivo mecanismo habitual para la resolución de controversias: Marrella, F., *Unity and Diversity in International Arbitration: The Case of Maritime Arbitration*, *American University International Law Review* 20, No. 5, 2005, pp.1055-1100.

³ Marzorati, Osvaldo, *Los límites del acuerdo arbitral*, La Ley 2010-B-946, 17 de marzo de 2010, p.1; *United States Steelworkers of America v. Warrior and Gulf Navigation Co.*, 363 U.S. 574, 1960, 582 (“*arbitration is a matter of contract and a party cannot be required to submit to arbitration any dispute which he has not agreed to so submit*”).

⁴ Kleinheisterkamp, Jan, *International Commercial Arbitration in Latin America*, Oceana, 2005, pp.225-226.

⁵ “*The content of an arbitration agreement can have an enormous impact upon the rights of contracting parties. First, on agreement to arbitrate eliminates the parties’ right to have recourse to courts. Parties thereby forego the protection of judicial procedures*” Carbonneau, Thomas E., *The exercise of contract freedom in the making of arbitration agreement*, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 36, Vol. 4, 2003, p.1189 y ss.

⁶ “*The fact that the basis of arbitration is contractual is not disputed: an arbitrator’s power to resolve a dispute is founded upon the common intention of the parties to that dispute.*” Gaillard, E. and Savage J. (eds.), *Fouchard, Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999, Part 1, Section I, #44. Queda también más allá del alcance de este trabajo un tratamiento de la llamada “doctrina de separabilidad o autonomía de la cláusula arbitral”, una ficción jurídica que “separa” la cláusula arbitral del contrato comercial en el que dicha cláusula queda típicamente inserta. Se dice, entonces, que la cláusula arbitral es “separable” del contrato comercial subyacente, de modo de asegurar que la determinación de su validez es independiente de las impugnaciones que pudieran llevarse contra la validez o carácter vinculatorio del contrato en su totalidad o aun sus aspectos comerciales. Petrus, Herrera, *Spanish Perspectives on de Doctrine of Kompetenz-Kompetenz and Separability: A Comparative Analysis of Spain’s 1988 Arbitration Act*, 2000, 11 *Am. Rev. Int’l Arb.* 397; Born, pp.852-907.

⁷ “*The contract between the parties is the fundamental consent of international arbitration. It is the parties’ common intention which confers powers upon the arbitrators*”. Gaillard, E. and Savage J. (eds.), *Fouchard, Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999, Part 1, Section I, #46.

⁸ Fernández Arroyo, Diego P. (coordinador), *Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur: Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay*, Editorial Zavalía, 2003, p.213.

⁹ Rivera Neutze, A. Guillermo y Gordillo Rodríguez, R. Armando, *Curso práctico de arbitraje comercial internacional*, Editorial Edifolsa, Guatemala, 2001, p.3 y ss.

¹⁰ Caivano, Roque J., *La cláusula arbitral – Evolución histórica y comparada*, Facultad de Jurisprudencia Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2008, p.23. Estas dificultades, como se observa más arriba, no se limitaban sólo a los sistemas continentales, ya que eran parte de la actitud negativa del *common law* hasta hace no muchas décadas. Sayre, Paul, *Development of Commercial Arbitration Law*, 37 Yale L. J., 1927, 595.

¹¹ Ver §1.3.3.1 *infra* para una discusión más acabada de este requisito en la legislación argentina.

¹² Zaldivar, Enrique, *Arbitraje*, La Ley 1997-D, p.1049.

¹³ Por ejemplo: Protocolo de Ginebra de 1923, Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, Naciones Unidas, Nueva York, 1958 (en adelante, “Convención de Nueva York”) y Convención de Panamá 1975 (CIDIP I), Ley modelo de UNCITRAL, Ley de Arbitraje y Conciliación de Bolivia No. 1.770, Ley sobre Arbitraje Comercial internacional de Chile No. 19.971, Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje de El Salvador, Decreto legislativo No. 914, Ley de Arbitraje de Perú No. 25.935, entre otros. La problemática histórica en ese sentido en América Latina y otras jurisdicciones está ampliamente cubierta y queda más allá de este trabajo. Grigera Naón, H., *Arbitration in Latin America: Overcoming Traditional Hostility*, 5 Arb. Int’l 137, 1989, pp.141-143; Burghetto, Maria Beatriz, *Current Status of Arbitration Legislation in Argentina*, 21 J. Int’l Arb. 479, 2004.

¹⁴ “*These two traditional types of arbitration agreement have now been joined by a third. This is an ‘agreement to arbitrate’ which is deemed to arise under international instruments*”, Blackaby, Nigel, Partasides, Constantine, Redfern, Alan and Hunter, Martin, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Investment Claims, 2009, IC-MN 011, DOI: 10.1093/law:iic/9780199557189.001.1,#1.40.

¹⁵ Ver interpretación de la cláusula compromisoria como “ley para las partes” y su alcance en el caso *Bear Service S.A. c. Cervecería Modelo S.A. de C.V.*, Corte Suprema de la Justicia de la Nación Argentina, 5 de abril de 2005. La tendencia moderna claramente nos muestra una presunción pro-arbitraje, la que efectivamente tiende a hacer desaparecer las dificultades formales y de otra naturaleza que todavía se manifiestan en ciertas jurisdicciones en cuanto al reconocimiento y ejecución de los acuerdos arbitrales. Born, p.572 (“...the clear and decisive trend over the past several decades has been away from these sorts of [contractual and formalistic] exceptions [to

the validity of arbitration clauses] and towards the effective, efficient enforcement of arbitration agreements”).

¹⁶ Aguilar, Fernando, *Los efectos de la cláusula arbitral y su interpretación*, pp.201-208 en Soto Coaguila, Carlos, *El Arbitraje en el Perú y el Mundo*, Instituto Peruano de Arbitraje y Ediciones Magna, 2008.

¹⁷ Caivano, Roque J., *La cláusula arbitral – Evolución histórica y comparada*, Facultad de Jurisprudencia Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2008, p.28. Precisamente cuales son los requisitos probatorios de dicho consentimiento y en nivel de prueba necesaria para establecer la existencia de un acuerdo arbitral queda más allá de la esfera de este trabajo. Observemos sólo que se puede distinguir aquellos tribunales que requieren prueba clara o manifiesta de su existencia (*Lepera v. ITT Corp*, 1997 WL 535165, E.D.Pa. 1997, Sentencia del 6 de octubre de 1998, *Delta Cereales de España SL v. Barredo Hnos. SA*, XXVI Y.B. Comm. Arb. 854, 2001, (Tribunal Supremo)), aquellos que son neutrales al respecto (*Bridas SAPIC v. Turkmenistan*, 5th Cir. 2003; 345 F.3d 347, 354 n.4, *EEOC v. Waffle House, Inc.*, 534 U.S. 279, 2002, pp.291-292 (Corte Suprema de los EEUU)), y aquellos para los que la carga de la prueba es mínima (o reducida) en ese sentido (*Republic of Nicaragua v. Standard Fruit Co.*, 9th Cir. 1991; 937 F.2d 469, 478).

¹⁸ Es importante señalar que en algunas legislaciones propias al arbitraje se requiere expresamente de las partes capacidad para “disponer” o “transigir”, mientras que otras más genéricas se exige simplemente la capacidad de “contratar” o “de obligarse”.

¹⁹ Generalmente se hace referencia en las legislaciones a “derechos patrimoniales disponibles”, utilizando conceptos de “transigibilidad” o “disponibilidad de los derechos” para definir cuando una material es arbitrable. El tema también se relaciona íntimamente con los límites del “orden público” en cuanto a limitar en base a este que controversias pueden someterse al arbitraje y en ciertas jurisdicciones, como los EE.UU., con la problemática de si ciertos derechos constitucionales o de naturaleza “pública” pueden someterse a la justicia “privada”. E. Gaillard and J. Savage (eds.), *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, 1999, ¶¶ 5-59; Lew, J., Mistelis, L. & Kroll, S., *Comparative International Commercial Arbitration*, 2003, ¶¶9-35, Arfazadeh, H., *Ordre public et arbitrage international a l’épreuve de la mondialisation*, 2005, pp.79-110.

²⁰ Ver §1.3.1. y §1.3.2.; Born pp.535-552 (requisitos formales bajo la Convención de Nueva York).

²¹ Grigera Naón, Horacio A., *Ratificación por la Argentina de la Convención de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales y extranjeros*, La Ley 1989-C, 881, p.4.

²² Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, Naciones Unidas, Nueva York, 1958. La distinción entre la anulación del laudo y su no ejecución en una jurisdicción extranjera continúa siendo motivo de debate y confusión. Este tema está más allá de este trabajo, pero será suficiente observar que las bases de anulación de un laudo arbitral en la jurisdicción donde se lauda no es tema que la Convención de Nueva York estipule. *Minmetals Germany GmbH v. Ferco Steel Ltd*, 1999, 1 All E.R. (Comm.) 315, pp.330-331. Este tema queda al alcance de las normas arbitrales en dicha jurisdicción. Craig, W. Laurence, *Some Trends and Developments in the Laws and Practice of International Commercial Arbitration*, 30 *Tex. Int'l L.J.* 1, 1995, p.11 (“The [New York] Convention provides no restraint whatsoever on the control function of local courts at the seat of arbitration”). No obstante ello, la tendencia actual es de reconocer en la Convención de Nueva York un efecto limitante implícito al poder de anulación que pudieran ejercer los tribunales del lugar del arbitraje, ya que de otra manera el requisito esencial en el Artículo II de dicha Convención – de que se reconozcan obligatoriamente aquellos acuerdos por escrito que estipulen la obligación de arbitrar – dejaría de tener efecto práctico. Born, pp.2556-2560. Observemos que, a su vez, los “excesos” que se pudieran percibir en la potestad de los tribunales locales de anular laudos por motivos no reconocidos internacionalmente, han llevado a lo que se ha dado por llamar “el problema Chromalloy”, en función de un temprano fallo norteamericano al respecto, en las que tribunales extranjeros optan por dar efecto a laudos anulados en su jurisdicción de origen. *Chromalloy Aeroservices v. Arab Republic of Egypt*, 939 F Supp, D.D.C., 1996, 907, 909; Drahoza, R. C., *Enforcing Vacated International Arbitration Awards: An Economic Approach*, 11 *Am. R. Int'l Arb.* 451, 2000.

²³ Toda vez que muchos países en donde los tratados tienen jerarquía superior a las leyes, se aplicó el Protocolo sobre las disposiciones internas relativas a la materia al entrar en vigencia.

²⁴ Redfern, Alan y Hunter, Martin, *Law and practice of international commercial arbitration*, Sweet&Maxwell, Londres, 2004, p.157 y ss.

²⁵ Virgós Soriano, Miguel, *Arbitraje Comercial Internacional y la Convención de Nueva York de 1958*, pp.483-502 en Soto Coaguila, Carlos A. (director), *Convención de Nueva York de 1958: Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras*, Instituto Peruano de Arbitraje y Ediciones Magna, 2009; Born, p.95 (*[d]espíte its brevity, the [New York] Convention is now widely regarded as the ‘cornerstone of current international commercial arbitration’*). La Convención de Nueva York fue más allá del régimen del Protocolo de Ginebra y de la Convención de Ginebra, ya mencionados. Particularmente importantes fueron sus requisitos de que la carga de la prueba sobre la

validez (o invalidez) del laudo recayese en aquella parte que quisiera objetar al reconocimiento de este (no en el que lo propusiera), en su respeto a la autonomía de la voluntad de las partes al contrato arbitral de establecer reglas arbitrales de común acuerdo, y por sobre todo la eliminación del “doble *exequátur*”, el requisito de que un laudo antes de ser reconocido en el extranjero debía ser confirmado en la jurisdicción en la que se lo emitió. *Summary, Record of the Twenty Fifth Meeting of the United Nations Conference on International Commercial Arbitration*, UN Doc. E/CONF. 26/SR. 25, 2 (1958), accesible en www.uncitral.org

²⁶ Born, p.97 (*the Convention established for the first time a comprehensive international legal framework for international arbitration agreements, arbitral proceedings, and arbitral awards*).

²⁷ Norberg, Ch., *General Introduction to Inter-American Commercial Arbitration*, International Handbook on Commercial Arbitration, Suppl. 7, 1987, p.3 citado en van den Berg, A. J., *The New York Convention 1958 and Panama Convention 1975, Redundancy or Compatibility?*, Arbitration International, Vol. 5, No.3, 1989, p.215.

²⁸ Treviño Meixueiro, Julián, Notas sobre la coexistencia de las convenciones de Nueva York y Panamá en material de arbitraje comercial internacional, ponencia presentada el 9 de abril de 2008 en el seminario “50 años de la aplicación de la Convención de Nueva York: Acuerdos Arbitrales y Ejecución de Laudos”, organizado por el Capítulo Mexicano de la Cámara de Comercio Internacional (ICC México).

²⁹ Medalie, Richard J.(ed), *Commercial Arbitration for the 1990s*, American Bar Association, Chicago, 1991, p.123 y ss.; House Rep. No. 501, 101st Cong., 2d Sess. 4, 1990 (material legislativo pertinente a la adopción en los EE.UU. de la Convención de Panamá), *reimpreso en* 1990 U.S.C.C.a.N. 675, 678 (“*The New York Convention and the Inter-American Convention are intended to achieve the same results, and their key provisions adopt the same standards...*”).

³⁰ A pesar de que la Convención de Panamá está abierta a la ratificación de países fuera del continente Americano, ningún país fuera de la OEA la ha ratificado. (Ver Artículo 9 de la Convención de Panamá). La Convención de Panamá introduce algunos conceptos ausentes de la Convención de Nueva York. Por ejemplo, si las partes de un acuerdo arbitral no hubieran acordado reglamento arbitral alguno, las reglas de la Comisión Inter-Americana de Arbitraje Comercial –moldeadas sobre las reglas de CNUDMI– serían aplicables. También contempla la libertad contractual de designar árbitros sin distinción de nacionalidad, y la presunción de validez de los laudos, sujeta siempre a causales de impugnación similares a las de la Convención de Nueva York.

³¹ Ver www.uncitral.org

³² Notas explicativas de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, preparadas por la Secretaría de UNCITRAL de 1985, en su versión enmendada en 2006, #5. La bibliografía al respecto es amplia: Alvarez, H., Kaplan, N., & Rivkin, D.W., *Model Law Decisions: Cases Applying the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, 2003; Binder, Peter, *International Commercial Arbitration and Conciliation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions*, Sweet & Maxwell, 2a ed., 2005; Broches, Aron, *Commentary on the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1990; Herman, G., *The UNCITRAL Model Law- Its Background, Salient Features, and Purposes*, 1 Arb. Int'l 6, 1985.

³³ Notas explicativas de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, preparadas por la Secretaría de UNCITRAL de 1985, en su versión enmendada en 2006, #2. No es nuestro propósito tratar la ley UNCITRAL en extenso, y basta con observar que consiste de 36 artículos que cubren la amplia esfera del arbitraje y su regulación. Contiene cláusulas sobre el reconocimiento de acuerdos arbitrales (Arts. 7-9), designación e impugnación de árbitros (arts. 10-15), poderes de los árbitros (artículo 16), medidas cautelares (artículo 17), el procedimiento arbitral, su conducta y procedimientos (Arts. 18-26), evidencia (artículo 27), sobre el efecto de los laudos (Arts. 29-33), impugnación de laudos (artículo 34), y sobre el reconocimiento y efectividad de los laudos, como así también las causales de no-reconocimiento (arts. 35-36). Es sin duda, con la Convención de Nueva York, una de las dos piedras basales del arbitraje comercial internacional moderno. Born, p.119 (“*the Model Law and its revisions represent a significant further step, beyond the New York Convention, towards the development of a predictable “pro-arbitration” legal framework for commercial arbitration*”). Más de 50 países han adoptado legislación arbitral interna que toma la ley UNCITRAL como su modelo, cuyo listado actual puede consultarse en www.uncitral.org

³⁴ Ver §1.3.2.1.

³⁵ Caivano, Roque J., *La cláusula arbitral – Evolución histórica y comparada*, Facultad de Jurisprudencia Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2008, p.145. Los materiales legislativos de la ley modelo demuestran claramente que su intención era de asegurar la presunta validez y efectividad de los acuerdos arbitrales internacionales, sujetos sólo a causales contractuales de nulidad o inefectividad de aplicación general (no particular a los “contratos” de arbitraje). Holtzman, H. M., and Neuhaus, J., *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Boston, 1989, pp.258-303; Nota Explicativa de la Secretaría de UNCITRAL sobre la Ley Modelo, ¶ 21, accesible en www.uncitral.org; Binder, P., *International Commercial Arbitration and Conciliation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions*, 2ª ed. 2005, ¶2-079.

³⁶ González de Cossio, Francisco, *La nueva forma del acuerdo arbitral: otra victoria del consensualismo*, pp. 209-223 en Soto Coaguila, Carlos, *El Arbitraje en el Perú y el Mundo*, Instituto Peruano de Arbitraje y Ediciones Magna, 2008.

³⁷ Alterini, Atilio A., *Contratos Civiles, Comerciales, De Consumo: Teoría General*, Abeledo Perrot, 2da. Edición, 2009, p.183. Este requisito en el contexto de los acuerdos arbitrales es objeto de una vasta bibliografía: Aguilar Alvarez, Guillermo, *Report: Article II(2) of the New York Convention and the Courts*, pp.67-81 en van den Berg, A. J.(ed.), *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*, ICCA Congress Series No. 9, 1999; Habegger, Ph., *Extension of Arbitration Agreements to Non-Signatories and Requirements of Form*, ASA Bulletin 2004, p.398 y ss.; Kaplan, Neil, *Is the Need for Writing as Expressed in the New York Convention and the Model Law Out of Step with Commercial Practice?*, 12 Arb. Int'l 27, 1996; Wang, Jing, *International Judicial Practice and the Written Form Requirement for International Arbitration Agreements*, 10 Pac. Rim L & Pol'y J. 375 (2001).

³⁸ Caivano, Roque J., *Forma y prueba de los contratos*, Rev. Jurisprudencia Argentina (JA) 1996-II-128.

³⁹ En particular *ver* artículo II, parte 1 y 2, de la Convención de Nueva York, y artículo 7 de la Ley Modelo UNCITRAL. El requisito de que el acuerdo arbitral fuese por escrito se remonta, en muchos casos, a un antiguo pasado. *An Act for Determining Differences by Arbitration*, William III, 1697-98, Cap. 15; *Walters v. Morgan*, 1792, 2 Cox Eq. 369; Código Procesal Frances, 1806, artículo 1005. Nótese que el Protocolo de Ginebra y la Convención de Ginebra, a las que nos referimos más arriba, no contienen este requisito. No es objeto de este estudio ahondar sobre la justificación de dicho requisito. Se dice, por ejemplo, que es necesario para que las partes entiendan de la importancia de su elección y de su decisión de separarse de las esfera judicial. ILC, *Draft of an Arbitral Procedure Prepared by the International Law Commission at its Fourth Session*, 1952, UN Doc. A/CN.4/59, II YB I.L.C. 60, artículo 1, comentario 2 (“*In view of the fundamental importance of the undertaking to arbitrate...the undertaking may not be based on a mere verbal agreement*”); van den Berg, A. J., *The New York Arbitration Convention of 1958*, 1981, p.171 (“*The purpose of this [written form requirement] is to ensure that a party is aware that his is agreeing to arbitration*”); Otra justificación se basa en la necesidad de asegurar evidencia idónea de dicho contrato. *Report of the Secretary-General on the Revised Draft Set of Arbitration Rules, UNCITRAL, Ninth Session*, UN Doc. A/CN.9/112/Add. A, VII UNCITRAL YB 166, 167, 1976 (“*writing is required in order to avoid uncertainty as to whether the Rules have been made applicable*”).

⁴⁰ González de Cossio, Francisco, *La nueva forma del acuerdo arbitral: otra victoria del consensualismo*, pp. 209-223 en Soto Coaguila, Carlos, *El Arbitraje en el Perú y el Mundo*, Instituto Peruano de Arbitraje y Ediciones Magna, 2008.

⁴¹ Caivano, Roque J., *La cláusula arbitral – Evolución histórica y comparada*, Facultad de Jurisprudencia Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2008, p.327. Estas nuevas modalidades comerciales han llevado a intensos debates en ciertas jurisdicciones sobre la necesidad de eliminar el requisito de que el acuerdo arbitral fuese por “escrito”. U.K. Departmental Advisory Committee on Arbitration Law, 1996, *Report on the Arbitration Bill (February 1996)*, disponible en 13 Arb. Int’l 275, 1997; Código Francés de Procedimiento Civil, Título V - sobre arbitrajes internacionales - (no contiene requisitos formales para los acuerdos arbitrales). Propuestas similares han sido objeto de discusión en Hong Kong, los Países Bajos, y Suecia.

⁴² Ley Modelo UNCITRAL, Opción I, artículo 7.3: “Se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado verbalmente, mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio”. Como es obvio, la problemática en este tema escapa los alcances de este trabajo. Observemos sólo que cuestiones como la falta de firma o firmas (no de un “escrito”), los acuerdos arbitrales contenidos en intercambios de correspondencia, las aceptaciones “tácitas” a un acuerdo arbitral escrito, la problemática de las comunicaciones electrónicas, y temas de ese tipo han creado una vasta jurisprudencia que otros autores han tratado acabadamente. Born, pp.589-599 (citando jurisprudencia y fallos).

⁴³ Caivano, Roque J., *La cláusula arbitral – Evolución histórica y comparada*, Facultad de Jurisprudencia Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2008, p.345. *Dixie Aluminum Prod. Co. V. Mitsubishi Int’l Corp.*, 785 F.Supp. 157, N.D. Ga. 1992, (falta de firma no deshabilita un acuerdo arbitral mientras que sea por escrito); *Judgment of 8 June 1967*, II YB Comm. Arb. 234 (Landgericht Bremen), 1977, (propuesta escrita a la que se responde por escrito es suficiente); *Judgment of 5 November 1985, Tracom SA v. Sudan Oil Seeds Co.*, XII Y.B. Comm. Arb. 511 (Tribunal Federal Suizo). Fallos similares existen en todas las jurisprudencias comerciales avanzadas. El proceso de eliminar los pocos requisitos de “firmas” de su manifestación física continua indefectiblemente. *Note of the Secretariat on the Possible Future Work in the Area of International Commercial Arbitration*, UN Doc. A/CN.9/460, ¶¶ 20-31, XXX UNNICTRAL Y.B. 395, 1999, pp.398-399.

⁴⁴ Artículo VII de la Convención de Nueva York: “1. Las disposiciones de la presente Convención no afectarán la validez de los acuerdos multilaterales o bilaterales relativos al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales concertados por los Estados Contratantes ni privarán a ninguna de las partes interesadas de cualquier derecho que pudiera tener a hacer valer una sentencia arbitral en la forma y medida admitidas por la legislación o los tratados del país donde dicha sentencia se invoque.”

⁴⁵ Notas explicativas de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, preparadas por la Secretaría de UNCITRAL de 1985, en su versión enmendada en 2006, #20.

⁴⁶ Perales Viscasillas, Pilar y Torterola, Ignacio (directores), *Nuevo Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI 2010 anotado y comentado por materias y antecedentes legislativos*, Legis Argentina, 2011, p.3 y ss.

⁴⁷ González de Cossio, Francisco, *La nueva forma del acuerdo arbitral: otra victoria del consensualismo*, pp. 209-223 en Soto Coaguila, Carlos, *El Arbitraje en el Perú y el Mundo*, Instituto Peruano de Arbitraje y Ediciones Magna, 2008.

⁴⁸ Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL (1976), artículo 1: “1. Cuando las partes en un contrato hayan acordado por escrito que los litigios relacionados con ese contrato se sometan a arbitraje de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, tales litigios se resolverán de conformidad con el presente Reglamento, con sujeción a las modificaciones que las partes pudieran acordar por escrito”.

⁴⁹ Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL (2010), artículo 1: “1. Cuando las partes hayan acordado que los litigios entre ellas que dimanen de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, se sometan a arbitraje de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, tales litigios se resolverán de conformidad con el presente Reglamento, con sujeción a las modificaciones que las partes pudieran acordar”.

⁵⁰ Rivera, Julio C., *El Arbitraje en Argentina*, Revista de Derecho Comparado No. 11, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2005, p.1.

⁵¹ Constitución Nacional de la República Argentina, artículo 121. Esto no es privativo de la Argentina, sino que es habitual en todo sistema “federalista” como el de los EE.UU., donde la validez contractual (incluso la de los “contratos de arbitraje”) se determina en base a la “ley de contratos” de cada estado (provincia), y en el que la ley federal de arbitraje (*Federal Arbitration Act*, 9 U.S.C. §§1-16 (con respecto a arbitrajes domésticos), §§201-108 (con respecto a la Convención de Nueva York), y §§301-307 (con respecto a la Convención de Panamá)) co-existe con leyes de arbitraje doméstico establecidas por cada uno de los estados. Born, pp.140-144; 485-497. Con respecto a la problemática de derecho público (“*choice of law*” o “selección de derecho”) ver Blessing, Marc, *Comment: The Law Applicable to the Arbitration Clause*, en van den Berg, A. J. (ed.), *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*, p.174 ss., ICCA Congress Series No. 9 1999; y Weintraub, R., *Commentary on the Conflict of Laws*, 3ª ed. 1986, p.371.

⁵² Aguilar, Fernando, *Para qué sirve una ley nacional de arbitraje?*, La Ley, 19/1/05, p.2, Cattivano, Roque J., *Argentina necesita mejorar su legislación sobre arbitraje*, La Ley, 1994-A-994; Morrello, Augusto M., *Los abogados y el arbitraje*, Jurisprudencia Argentina (JA), 1992-IV-707; Cueto Rua, Julio C., *El arbitraje y los abogados*, Jurisprudencia Argentina (JA), 1991-I-945.

⁵³ El artículo 1 del CPCCN establece como regla general que la competencia atribuida a los tribunales nacionales es improrrogable, agregando “sin perjuicio de lo dispuesto por los tratados internacionales y por el artículo 12, inc.4 de la Ley 48 exceptuándose la competencia territorial en asuntos exclusivamente patrimoniales, que podrá ser prorrogada de conformidad de las partes. Si estos asuntos son de índole internacional, la prorroga podrá admitirse aun a favor de jueces extranjeros o de árbitros que actúen fuera de la República, salvo en los casos en que los tribunales argentinos tienen jurisdicción exclusiva o cuando la prorroga está prohibida por la ley”.

⁵⁴ Dentro del tratamiento de los Procesos de Ejecución, el CPCCN contempla la conversión en título ejecutivo de las sentencias extranjeras, lo que se rige en primer lugar por los tratados existentes con el país de que provenga, y en el caso de no existir compromisos internacionales, se establece un procedimiento de *exequátur* para que el mismo pueda ser ejecutado en el país. Los requisitos se encuentran establecidos en el artículo 517 del CPCCN: “que la sentencia tenga autoridad de cosa juzgada, que emane de tribunal competente según las normas argentinas de jurisdicción internacional, que sea consecuencia de una acción personal o de una acción real sobre un bien mueble si éste ha sido trasladado a la República, que la demandada haya sido personalmente citada y se haya garantizado su defensa, que la sentencia reúna los requisitos para ser considerada tal en el lugar que se hubiese dictado, y las condiciones de autenticidad exigidas por la ley nacional; que la sentencia no afecte el orden público del derecho argentino y que no sea incompatible con otra sentencia pronunciada con anterioridad o simultáneamente por un tribunal argentino”. A estos requisitos hay que sumarle que la prórroga de jurisdicción sea admisible conforme el artículo 1 del CPCCN, y que las cuestiones objeto del arbitraje sean pasibles de transacción.

⁵⁵ El CPCCN dedica el Libro VI al Proceso Arbitral y dentro del mismo incluye los títulos sobre Juicio Arbitral, Juicio de Amigables Composedores y el de Pericia Arbitral.

⁵⁶ Grigera Naón, Horacio A., *La Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional y el derecho argentino*, Revista La Ley, 1989-A-1021.

⁵⁷ El compromiso deberá contener, bajo pena de nulidad: 1) fecha, nombre y domicilio de los otorgantes, 2) Nombre y domicilio de los árbitros, 3) Las cuestiones que se sometan al juicio arbitral con expresión de sus circunstancias, 4) La estipulación de una multa que deberá pagar, a la otra parte, la que dejara de cumplir los actos indispensables para la realización del compromiso.

⁵⁸ Artículo 75, inciso 22, párrafo primero de la Constitución Nacional Argentina.

⁵⁹ Caivano, Roque J., *La cláusula arbitral – Evolución histórica y comparada*, Facultad de Jurisprudencia Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2008, p.71.

⁶⁰ Ver las causales establecidas por el artículo V de la Convención de Nueva York y el artículo 5 de la Convención de Panamá para denegar la ejecución del laudo

extranjero, en cuanto limitan las relativas a la falta de validez del acuerdo a las que sean tales “conforme la ley aplicable al acuerdo arbitral” que será el que las partes hayan elegido, o en su defecto la del lugar de a sede del arbitraje.

⁶¹ Grigera Naón, Horacio A., *Ratificación por Argentina de la Convención de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros*, Revista La Ley, 1989-C-881.

⁶² Fernández Arroyo, Diego P. (coordinador), *Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur: Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay*, Editorial Zavalía, 2003, p.221.

⁶³ Batista Martins, Pedro A., *Observaciones sobre el texto del Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur*, Revista Foro del Derecho Mercantil, Legis, Bogotá, No. 12, julio-septiembre 2006, p.7.

⁶⁴ www.codigocivil.argentina.ar; <http://www.nuevocodigocivil.com>

⁶⁵ Título IV del Libro Tercero (De los Derechos Personales).

⁶⁶ Si bien en los fundamentos del anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación se reconoce como fuente del articulado al Código Civil de Quebec, la Ley Modelo UNCITRAL y la reciente regulación francesa de enero de 2011, es palpable la influencia del Proyecto de la Ley Española de Arbitraje de 2003, reformada en 2011 frente a la aproximación contractualista al acuerdo de arbitraje.

⁶⁷ Guaia, Carlos I., *El arbitraje en el proyecto de unificación legislativa*, <http://www.colabogados.org.ar/larevista/pdfs/id15/el-arbitraje-en-el-proyecto-de-unificacion-legislativa.pdf>, Fecha de captura 9 de enero de 2013.

⁶⁸ Ver, por ejemplo, las decisiones publicadas en Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (CSJN), Vol. 152, 347; Vol. 160, 133; Vol. 194, 105 y Vol. 235, 940, en las que se ha establecido que “según tiene dicho esta Corte, no existe obstáculo constitucional alguno para que el Estado Nacional someta a jurisdicción arbitral sus controversias con particulares, siempre que exista una ley que así lo establezca”.

⁶⁹ Rivera, Julio C., *Arbitraje Comercial Doméstico e Internacional*, Editorial Lexis Nexis, 2007, p.62; Caivano, Roque J., *Arbitraje*, Editorial Ad Hoc, 2002, p.91; Redfern, Alan y Hunter, Martin, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Ed. Thompson, Londres, 2004, p.13; nota 3, *supra*.

⁷⁰ *Yacimientos Carboníferos Fiscales s/ Tribunal Arbitral*, CSJN, 11.11.1997, Fallos 320:2379; *J.C. Roca c/ Consultara S.A.*, CSN, 31.05.1999, Fallos 322:1100.

⁷¹ Ver comentarios en §1.3.2.1.

⁷² Ver comentarios en §1.3.3.1.

⁷³ La reforma del Código Civil y Comercial incluye la modificación de la Ley de Sociedades Comerciales 19.550 por medio de la incorporación de tres artículos, 15 *bis*, 15 *ter* y 15 *quater* que legislan sobre la cláusula compromisoria, la sede del arbitraje y los recursos que pueden interponerse contra el laudo.

⁷⁴ Ver comentarios en §1.3.3.1.

⁷⁵ Calvo Corbella, Juan Carlos, *Eficacia impeditiva de la actuación de los tribunales como consecuencia de convenio o clausula arbitral*, Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversión, T.2, 2009, p.249 en Soto Coaguila, Carlos A., *Convención de Nueva York de 1958: Reconocimiento y Ejecución de sentencias Arbitrales Extranjeras*, Instituto Peruano de Arbitraje y Ediciones Magna, 2009. El concepto de *pacta sunt servanda* es tan aplicable a los “contratos de arbitraje” como a toda otra modalidad contractual: ILC, *Draft on Arbitral Procedure Prepared by the International Law Commission at its Fourth Session*, 1952, UN DOC. A/CN.4/59, II Y.B. I.L.C. 60 artículo 1(3), 1952 (“*The undertaking [to arbitrate] constitutes a legal obligation which must be carried out in good faith...*”); Berger, B. y Kellerhals, F., *Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz*, Bern, 2006, ¶¶1044 y ss. (obligación de cumplir con el acuerdo arbitral de buena fe). Los fallos en jurisdicciones arbitrales avanzadas en su mayoría aceptan ampliamente este punto de vista. Born, pp.1010-1014.

⁷⁶ “*An arbitral award will bind the parties to the arbitration. Arbitration can therefore be easily distinguished from other procedures where the intervention of a third party does not culminate in a binding decision*”, Gaillard E. y Savage J. (eds.), *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, 1999, Kluwer law International, pp. xxxv – xxxviii.

⁷⁷ Artículo II.1 y III de la Convención de Nueva York, artículo 4 de la Convención de Panamá.

⁷⁸ Ver por ejemplo artículo 499 del CPCCN Argentino.

⁷⁹ Ver en general, Caivano, Roque J., *La ejecución de los laudos arbitrales*, Revista Jurisprudencia Argentina, 1998-II-30.

⁸⁰ Fouchard, Phillippe, Gaillard, Emanuel y Goldman, Berthold, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, Paris 1996, p.899. La doctrina y jurisprudencia acuerdan que la Convención de Nueva York tiene como objetivo el facilitar la ejecución de laudos internacionales sin que medien obstáculos más allá de las causales de no-reconocimiento establecidas en la Convención u obstáculos procesales extraordinarios. *Fallo del 18 de enero de 1990*, XVII Y.B. Comm. Arb. 503, 1992 (Bundesgerichtshof alemán) (el reconocimiento de laudos internacionales es sujeto a los requisitos de la Convención de Nueva York, que pueden ser menores que los requisitos de reconocimiento domésticos); *Int'l Standard Electric Corp. v. Bridas Sociedad Anónima Petrolera*, 745 F.Supp. 172, 176 (S.D.N.Y. 1990) (“*the thrust of the New York Convention was to limit broad attacks on foreign arbitral awards*”); *Fallo del 14 de marzo de 1984*, XI Y.B. Comm. Arb. 536, 1986 (Tribunal Federal Suizo) (el objetivo de la Convención de Nueva York es de evitar el doble exequátur como lo era requerido bajo la Convención de Ginebra). Fallos en los EEUU, el Reino Unido, Alemania, Francia, y la gran mayoría de los centros comerciales con experiencia arbitral avanzada son generalmente similares. Born, pp.2715-2716.

⁸¹ Virgós Soriano, Miguel, *Arbitraje Comercial Internacional y la Convención de Nueva York de 1958*, pp.483-502 en Soto Coaguila, Carlos A. (director), *Convención de Nueva York de 1958: Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras*, Instituto Peruano de Arbitraje y Ediciones Magna, 2009. No nos referimos, por supuesto, a la anulación del laudo en su jurisdicción de origen, una temática que, como observáramos más arriba, no está comprendida en los límites de la Convención de Nueva York. Born, pp. 2553-2700 (tratando el tema de anulación de laudos en su jurisdicción de origen). Y en cuanto al reconocimiento de laudos internacionales, es claro que la Convención de Nueva York establece un régimen totalmente en favor del reconocimiento, no contrario a éste. Convención de Nueva York, artículo III; *Norsk Hydro ASA v. The State Property Fund of Ukraine*, 2002, All E.R. (D) 269 (Court of Appeal) (“an important policy interest ... [is to ensure] the effective and speedy enforcement of [New York Convention] international arbitration awards”); *Fallo del 10 de Julio del 2002*, XXVIII Y.B. Comm. Arb. 821 (Tribunal de Ejecución de Vardo), 2003 (“el laudo fue otorgado por un instituto internacionalmente reconocido y sería contrario al derecho internacional de Noruega que tal laudo fuese no ejecutado salvo circunstancias extraordinarias”).

⁸² Artículo III de la Convención de Nueva York.

⁸³ Cabe recalcar que la jurisprudencia en las jurisdicciones más avanzadas en materia arbitral concluye que las causales indicadas son excluyentes; es decir, no admiten causales adicionales más allá de lo que establece el artículo V de la Convención de Nueva York. *Karah Bodas Co. V. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara*, 364 F.3d 274, 288, 5th Cir. 2004, (“while courts of a primary jurisdiction country may apply their own domestic law in evaluating a request to annul or set aside an arbitral award, courts in countries of secondary jurisdiction may refuse enforcement only on grounds specified in Article V”); *Dardana v. Yukos Oil Co.*, 2002, 1 Lloyd’s Rep. 225, ¶32 (Q.B.) (“Article V makes it clear challenges...can only be made as provided in Article V”); *Fallo del 25 de enero de 1996*, *Inter-Arab Inv. Guarantee Corp. v. Banque Arabe et Internationale d’Investissements*, XXII Y.B. Comm. Arb. 643, 647, 1997, (Tribunal de Primera Instancia de Bruselas) (el artículo V enumera limitativamente las bases por las que se puede rehusar el reconocimiento de un laudo arbitral internacional); Born 2720-2726.

⁸⁴ Ver §1.1.

⁸⁵ González de Cossío, Francisco, *Validez del Acuerdo Arbitral bajo la Convención de Nueva York: Un ejercicio conflictual*, en <http://www.imarbitraje.org.mx/estudios/Validez%20del%20Acuerdo%20Arbitral.pdf>, fecha de captura 20 de diciembre de 2012. La expresión “cláusula patológica” ha permeado la cultura arbitral para designar aquellas que no se ajustan siquiera a lo necesario para asegurar la efectividad del arbitraje que las partes suponían habían acordado. Eisemann, F., *La Clause d’arbitrage pathologique*, Commercial Arbitration: Essays in Memoriam Eugenio Minoli, 1974, p.129, 1974.

⁸⁶ Artuch Iriberry, E., *El convenio arbitral defectuoso*, RCEA, T.XI, 1995, pp.415-421; Born, pp.655-661 (discutiendo las modalidades de cláusula patológica, entre las cuales se incluyen aquellas que ni hablan del consentimiento, las que son inconsistentes, las que son imposibles de cumplir, las que no indican cómo elegir a los árbitros, las que están en “blanco”, y las que carecen de ámbito de aplicación).

⁸⁷ Artículo II.3 de la Convención de Nueva York.

⁸⁸ Broches, Aron, *A Commentary on The UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Boston, 1990, pp.45-46.

⁸⁹ Lamentablemente, el texto de la Convención no declara o define los términos de este artículo, que se incluyó en los últimos momentos de negociación, lo que es notable en comparación con la detallada articulación de los principios de no reconocimiento de un laudo extranjero establecidos en su artículo V. (van den Berg, A. J., *The New York Arbitration Convention of 1958*, 1954, p.154). Se supone que los estados firmantes de la Convención no debieran establecer normativas contractuales que dificultasen la efectividad contractual, y que pudieran expandir las limitaciones implícitas en los Arts. II.1 y II.3 de la Convención, como por ejemplo requisitos formales extraordinarios, cargas de pruebas inusuales, o limitaciones en los ámbitos de arbitrabilidad. Es por ello que la doctrina generalmente reconoce que el concepto de “nulidad” en el artículo II.3 se refiere a situaciones en las que el acuerdo arbitral es defectuoso *ab initio*, como en casos de fraude, ilegalidad, o error mutuo. En cuanto a la referencia a contratos no operativos en el artículo II de la Convención, la doctrina reconoce que esta debiera referirse a aquellos acuerdos que, habiendo sido efectivos en su momento, dejaron de serlo, como por ejemplo casos revocatoria, repudio, o prescripciones temporales. Finalmente, los acuerdos no capaces de ser cumplidos debieran limitarse a aquellos que contemplan procedimientos imposibles o indefinidos. Born, pp.709, 711.

⁹⁰ González de Cossío, Francisco, *Validez del Acuerdo Arbitral bajo la Convención de Nueva York: Un ejercicio conflictual*, en <http://www.imarbitraje.org.mx/estudios/Validez%20del%20Acuerdo%20Arbitral.pdf>, Fecha de captura 20 de diciembre de 2012.

⁹¹ Ver §2.2.

Verónica Sandler Obregón

Profesora y abogada. Socia del Estudio Jurídico Sandler Abogados y profesora de la Universidad de Buenos Aires, la Universidad Argentina de Empresa (UADE) y el Instituto Latinoamericano de Arbitraje (ILdeA), además de haber sido entrenadora académica de los equipos de arbitraje de ambas universidades en competencias internacionales en Europa y los Estados Unidos.

Previamente se desempeñó como Directora Jurídica de la empresa Bellavision Entertainment y como abogada en los estudios jurídicos Remaggi, Pico, Jessen & Asociados y De Dios & Goyena, centrándose en la práctica de arbitraje comercial internacional, arbitraje de inversiones y litigio nacional e internacional. La Dra. Sandler es egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y obtuvo un postgrado en la Escuela de Negocios de la Universidad de Palermo.

La Difícil Relación entre la Anulación y el Reconocimiento y Ejecución del Laudo Arbitral Internacional

Manuel A. Gómez



El marco legal del reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales internacionales

Uno de los objetivos fundamentales de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York)¹ es facilitar la operatividad del arbitraje internacional más allá de las fronteras del estado en el cual el procedimiento arbitral ha tenido lugar y/o la sentencia arbitral haya sido dictada.²

La Convención de Nueva York, que al momento de preparar este trabajo ha sido ratificada por ciento cuarenta y nueve países, es uno de los tratados internacionales más exitosos en el derecho internacional contemporáneo.³

La considerable popularidad de la Convención de Nueva York ha contribuido a colocar a los

Profesor de derecho, Universidad Internacional de Florida (Miami, Estados Unidos); investigador asociado del Centro para la Profesión Jurídica de la Escuela de Derecho de la Universidad de Stanford (Estados Unidos).

laudos arbitrales internacionales en un lugar privilegiado con respecto a las decisiones dictadas en sede judicial por tribunales extranjeros. La razón estriba en que, al menos entre los estados partes de la Convención de Nueva York, generalmente resulta mucho más fácil ejecutar un laudo arbitral que una sentencia judicial extranjera, pues para éstas generalmente no existe un sistema armonizado con respecto a su reconocimiento y ejecución a nivel internacional.⁴

La efectividad de la Convención de Nueva York está basada en tres pilares fundamentales:

1. La obligación asumida por todos los estados partes de reconocer la validez del acuerdo de arbitraje, que de paso es la piedra angular de este mecanismo de resolución de conflictos.⁵
2. La obligación que tienen los órganos del poder judicial de cada Estado Parte de reconocer la autoridad del laudo arbitral dictado en el territorio de otro estado parte, así como también acordar su ejecución.⁶
3. Como corolario de los dos principios anteriores, está el artículo V de la Convención, según el cual los tribunales del lugar en que se solicite el reconocimiento y ejecución de un laudo dictado en el territorio de otro estado, deben acordar que dicha ejecución se lleve a cabo de una forma simplificada y sin mayores obstáculos procedimentales.⁷

Por mención expresa del artículo III de la Convención de Nueva York, el trámite específico a seguir para el reconocimiento y ejecución será el previsto en las normas procesales del Estado en cuyo territorio se pida el cumplimiento del laudo.⁸ Esto, además de los requisitos formales consagrados en el artículo IV del mismo tratado.⁹ Con respecto a los trámites de reconocimiento y ejecución, éstos varían de estado a Estado, aunque la tendencia es hacia la armonización y simplificación del procedimiento.¹⁰

Los recursos contra el laudo arbitral internacional

Consciente del efecto trascendental que tienen el reconocimiento y la ejecución tanto para las partes como para el propio Estado ejecutor, el artículo V de la Convención permite a la parte contra quien se invoca el laudo,¹¹ y en algunos casos al propio tribunal ejecutor actuando de oficio,¹² denegar el reco-

nocimiento y la ejecución de aquél. El acto denegatorio del reconocimiento y ejecución de un laudo dictado en el extranjero, aunque muy importante y excepcional, no es el único recurso concedido a la parte contra quien se pretenda la materialización de la decisión arbitral.

La otra vía que tiene quien haya resultado vencido en el arbitraje es la posibilidad de ejercer un recurso extraordinario, mas no apelación, para obtener la anulación del laudo. Este recurso de anulación, que debe tener su basamento legal en el régimen vigente en el lugar del arbitraje debe ser tramitado y decidido en el territorio de ese Estado (donde se dictó el laudo), que obviamente puede ser distinto al lugar o los lugares donde se pretenda su ejecución.

El recurso de anulación generalmente procede con fundamento a un número limitado de causales taxativas similares a las consagradas en la Convención de Nueva York¹³ y Panamá¹⁴ para la denegación del reconocimiento y ejecución del laudo arbitral.¹⁵ Además de ello, el recurso de anulación es casi siempre considerado como la única posibilidad formal de revisión del laudo (carácter exclusivo), o al menos así se le entiende en un número importante de países del continente americano.¹⁶

En virtud de lo anterior, tenemos que una vez dictado el laudo definitivo la parte que se considere afectada o contra quien obre la ejecución del mismo tiene a su disposición al menos dos mecanismos de defensa independientes:

1. El recurso extraordinario de anulación contra el laudo que se podrá intentar ante el órgano judicial del lugar donde fue proferido aquél; y
2. La solicitud de denegación de reconocimiento y ejecución a ser ejercido por la parte contra quien se pretenda materializar el laudo. Esta última solicitud corresponde ser tramitada y decidida por el órgano judicial

El recurso de anulación es casi siempre considerado como la única posibilidad formal de revisión del laudo (carácter exclusivo), o al menos así se le entiende en un número importante de países del continente americano.

La anulación tiene como efecto principal dejar sin efecto el laudo. La denegación de reconocimiento y ejecución, por otra parte, crea un impedimento para que el laudo se materialice únicamente en el territorio de ese Estado, sin entrar en consideraciones sobre su validez.

competente del lugar donde se haya solicitado el reconocimiento y ejecución del laudo, con base a las causales previstas en el ya citado artículo V de la Convención de Nueva York.¹⁷

Si bien la anulación del laudo y la denegación de su reconocimiento y ejecución proceden por causales similares, los efectos de cada decisión son diferentes. La anulación, como su nombre lo indica, tiene como efecto principal dejar sin efecto o invalidar el laudo. El efecto de la denegación de reconocimiento y ejecución, por otra parte, simplemente crea un impedimento para que el laudo se materialice únicamente en el territorio de ese Estado, sin entrar en consideraciones sobre su validez.

Para ilustrar este punto, si por ejemplo, una corte colombiana denegare la ejecución -en Colombia- de un laudo dictado en los Estados Unidos, ello no sería óbice para que la parte vencedora intentare ejecutarlo posteriormente en Canadá o en cualquier otro país en el cual la parte contra quién obre el laudo tuviere bienes suficientes. En lo sucesivo, correspondería a las cortes de cada uno de los países en que se pidiere el reconocimiento y la ejecución del laudo tramitar y decidir cualquier petición de denegatoria que formulare la parte contra quien se pretendiere materializar la decisión arbitral.

Otro aspecto importante es que tanto la anulación como la denegación de reconocimiento y ejecución operan independientemente una de la otra. De esta manera, la parte vencida en el arbitraje podría o no pedir la anulación del laudo. Indistintamente, también podría oponerse o no a su ejecución en el Estado o estados donde el acreedor pretenda hacerlo efectivo. El ejercicio de una o ambas acciones dependerá naturalmente de la estrategia de cada parte, de las circunstancias particulares, así como también del tipo de decisión dictada en cada caso.

Efectos de la anulación del laudo arbitral internacional en la sede del arbitraje

No obstante lo anterior, resulta indudable que hay cierta relación entre la decisión judicial que resuelve el recurso de anulación y la que determina si procede o no el rechazo del reconocimiento y ejecución del laudo.

Hay quienes consideran que esa relación entre la decisión anulatoria del laudo y la que decide sobre la denegatoria o no de la ejecución del mismo es muy cercana. De acuerdo con esta postura, la anulación del laudo declarada por una corte judicial de la sede del arbitraje debería tener carácter vinculante con respecto a los Estados en que posteriormente se pretenda ejecutar ese laudo. La razón principal estriba en que la justicia arbitral se entiende como una extensión natural del ordenamiento jurídico de la sede del arbitraje y por ello, las decisiones judiciales que las cortes de ese país tomen con respecto al arbitraje deberían ser respetadas.¹⁸

De esta manera, si la acción anulatoria es declarada con lugar, entonces el laudo quedará como si no hubiere existido y por tanto no podrá surtir efecto alguno. Si posteriormente, el acreedor insistiere en obtener el reconocimiento y la ejecución de ese mismo laudo en otra jurisdicción, el juez a quien corresponda debería rechazar esta petición en razón de que un laudo anulado debería tenerse como inexistente, y de la nada no puede surgir efecto alguno (*Ex nihilo nil fit*).¹⁹

Esta forma de ver la justicia arbitral tan estrechamente vinculada a la sede del arbitraje no es solo una posición teórica, sino que ha sido acogida, con algunas variaciones, por las cortes de algunos países como Chile y Alemania.

Si la acción anulatoria es declarada con lugar, entonces el laudo quedará como si no hubiere existido y por tanto no podrá surtir efecto alguno. Si posteriormente, el acreedor insistiere en obtener el reconocimiento y la ejecución de ese mismo laudo en otra jurisdicción, el juez a quien corresponda debería rechazar esta petición.

En otras jurisdicciones tales como Francia y Holanda la tendencia parece favorecer el reconocimiento y la ejecución del laudo independientemente de que el mismo haya sido anulado en la sede del arbitraje.

Con respecto a Chile, el mejor ejemplo lo encontramos en la decisión dictada durante el 2011 en el caso EDF Internacional S.A. (Francia) con Endesa Internacional S.A. (España) y YPF S.A. (Argentina). Allí, la Corte de Suprema de Chile denegó el reconocimiento y la ejecución de un laudo previamente anulado en la sede del arbitraje (Buenos Aires, Argentina).²⁰

Para fundamentar su decisión, la Corte Suprema de Chile hizo mención del artículo V(1)(e) de la Convención de Nueva York y del artículo 246 del Código de Procedimiento Civil chileno;

este último que condiciona la autenticidad y eficacia del laudo extranjero al visto bueno u otro signo de aprobación emanado del Tribunal Superior de Argentina.²¹ Debido a que el laudo ya había sido anulado en sede judicial argentina es obvio que la obtención del visto bueno no era posible, lo cual impidió entonces que los tribunales chilenos aceptaran la solicitud de ejecución.²²

En el caso de Alemania, tenemos conocimiento de al menos un caso decidido por la Alta Corte Regional (*Oberlandesgericht Rostock*) de Mecklenburg-Worpommern, mediante el cual se denegó la ejecución de un laudo que había sido anulado previamente por una corte rusa. La decisión alemana se basó en la aplicación del mismo principio según el cual la justicia arbitral está estrechamente vinculada al poder judicial de la sede.²³

La posibilidad de ejecutar el laudo anulado

En otras jurisdicciones tales como Francia y Holanda, los tribunales han tomado una posición completamente distinta. Allí, la tendencia parece favorecer el reconocimiento y la ejecución del laudo independientemente de que el mismo haya sido anulado en la sede del arbitraje. En el caso de Francia, que es quizás el más extremo, el arbitraje internacional es generalmente visto

como un mecanismo completamente “deslocalizado”,²⁴ es decir, que no está ligado ni depende de algún ordenamiento jurídico nacional incluyendo el de la sede del propio arbitraje.

En por lo menos tres casos importantes, *Hilmarton Ltd. v. Omnium de Traitement et de Valorisation*,²⁵ *PT Putrabali Adyamulia v. Rena Holding, Ltd.*²⁶ (2007) y *Maximov v. Novolipetsky Steel Mill*²⁷ las cortes francesas han ordenado la ejecución de laudos arbitrales internacionales a pesar de haber sido previamente anulados en la sede.

Con respecto a Holanda, el caso más notable ha sido sin duda el de *Yukos Capital SARL v. OAO Rosneft*,²⁸ en el cual la Corte de Apelaciones de Amsterdam ordenó el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral a pesar de que había sido anulado por la Corte Arbitrazh de Moscú.

Por su parte, en Rusia también existe al menos un caso (*Ciments Français* contra *Sibirskiy Cement*) en el que la Corte Arbitrazh de la Región de Kemerovo procedió al reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral turco a pesar de que también había sido anulado por las cortes de Turquía.²⁹

La ejecución del laudo anulado en los Estados Unidos

Con respecto al continente americano, los Estados Unidos es la jurisdicción en la que el reconocimiento y ejecución del laudo anulado parece haber tenido mayor resonancia. En un caso decidido por la Corte Federal del Distrito de Columbia en 1996 conocido como *Chromalloy Aeroservices v. la República Árabe de Egipto*, la Corte procedió a reconocer y ejecutar el laudo a pesar de haber sido anulado previamente por una corte egipcia.³⁰

Al fundamentar su decisión, la corte norteamericana sostuvo que la función denegatoria de reconocimiento y ejecución prevista en el artículo V de la Convención de Nueva York es de carácter discrecional y no obligatorio.³¹ De ello se colige, que es el propio tribunal de ejecución a quien corresponde decidir qué valor específico debe otorgársele a la anulación judicial del laudo.

En *Chromalloy*, por ejemplo, la Corte decidió desechar la sentencia egipcia de anulación por cuanto a su juicio ella contravenía el orden público nor-

teamericano. En otros casos, como por ejemplo, *Spier v. Calzaturificio Tecnica, S.p.A.*,³² *Baker Marine (Nig.) Ltd. v. Chevron (Nig.) Ltd.*³³ y *TermoRio S.A.E.S.P v. Electranta S.P.*,³⁴ las cortes federales de los Estados Unidos optaron por respetar la decisión que anuló el laudo y denegaron su reconocimiento y ejecución en territorio norteamericano.³⁵

En una decisión relativamente reciente dictada por una corte federal de Nueva York en el caso entre *Corporación Mexicana de Mantenimiento Integral, S. de R.L. de C.V. v. Pemex-Exploración y Producción*,³⁶ se acordó el reconocimiento y la ejecución de un laudo dictado en México, a pesar de que había sido anulado en ese país. La razón principal aducida por la corte fue que la sentencia mexicana que anuló el laudo violó un principio básico de justicia al aplicar una ley que no había sido promulgada cuando ocurrieron los hechos.³⁷

La decisión ha generado inquietud tanto en los Estados Unidos y México como en otros países, no solamente en razón de los argumentos esgrimidos por la corte norteamericana, sino también por la notoriedad del asunto y su enorme cuantía. Al momento de escribir este artículo, la decisión de la corte de distrito aún está siendo revisada por una corte federal de apelaciones. Independientemente de cual sea el resultado del reconocimiento y la ejecución del laudo mexicano del caso *Pemex* en los Estados Unidos, este complejo tema no quedará resuelto tan fácilmente. La jurisprudencia y la doctrina deberán continuar afinando los principios del arbitraje internacional en pro de la estabilidad y mayor eficiencia del mismo.

¹ Dada en Nueva York, el 10 de Junio de 1958 y entrada en vigencia a partir del 7 de Junio de 1959. Dicha convención ha sido ratificada por casi todos los países del continente americano y el Caribe.

² <http://www.newyorkconvention.org/contracting-states/status-map>

³ Aún cuando la Convención de Nueva York se refiere a la “sentencia arbitral”, el acto decisorio de la controversia sometida a arbitraje se conoce más comúnmente como “laudo arbitral”, para distinguirlo de su equivalente en material judicial, al cual se le denomina “sentencia”. Otros tratados internacionales en materia de arbitraje tales como la Convención Interamericana sobre Eficacia Territorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros (Convención de Montevideo), parece reconocer la distinción entre uno y otra. Ver, Organización de Estados Americanos, Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Extranjeros dada en Montevideo, Uruguay el 5 de Agosto de 1979.

⁴ La lista completa de estados que han ratificado la Convención de Nueva York puede consultarse aquí: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html

⁵ Es importante destacar, sin embargo, que en el ámbito de la cooperación judicial internacional se han hecho algunos esfuerzos importantes para facilitar el reconocimiento y la ejecución de sentencias judiciales extranjeras. El resultado de tales esfuerzos lo vemos en algunos tratados internacionales tales como la Convención de La Haya Sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Extranjeras... y a nivel regional, la Convención Interamericana... Lamentablemente, dichos tratados solamente han sido suscritos por un pequeño número de estados que no se compara con la amplia aceptación que ha tenido la Convención de Nueva York.

⁶ Artículo II, 1 de la Convención de Nueva York: “Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje”.

⁷ Artículo III de la Convención de Nueva York: “Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá la autoridad de la sentencia arbitral y concederá su ejecución de conformidad con las normas de procedimiento vigentes en el territorio donde la sentencia sea invocada, con arreglo a las condiciones que se establecen en los artículos siguientes”.

⁸ Artículo V de la Convención de Nueva York.

⁹ Id. nota 66 *supra*.

¹⁰ Artículo IV de la Convención de Nueva York: “Para obtener el reconocimiento y la ejecución previstos en el artículo anterior, la parte que pida el reconocimiento y la ejecución deberá presentar, junto con la demanda...”.

¹¹ Uno de los esfuerzos más notables de armonización de los procedimientos arbitrales lo encontramos en la Ley Modelo preparada en el seno de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI, o UNCITRAL por sus siglas en Inglés). La Ley Modelo, propuesta por primera vez en 1985 y modificada el 2006, ha sido adoptada por los siguientes países del continente Americano y del Caribe: Canadá, Chile, Costa Rica, República Dominicana, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Paraguay, Perú, Estados Unidos y Venezuela. El listado completo que incluye los países de todos los otros continentes puede consultarse en la siguiente página web: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html. Artículo V, 1 de la Convención de Nueva York: “Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución...”.

¹² Artículo V, 2 de la Convención de Nueva York: “También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución, comprueba...”.

¹³ Id. notas 11 y 12 *supra*.

¹⁴ Su nombre oficial es la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, dada en Panamá el 30 de Enero de 1975. Ver, <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-35.html> A la presente fecha, este tratado ha sido ratificado por diecinueve países del continente americano. La lista completa de estados partes a la Convención de Panamá, se puede consultar aquí: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-35.html>

¹⁵ Ver, e.g. artículo 34 del Ley Modelo de la CNUDMI. http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf

¹⁶ Si bien al recurso de nulidad se le concibe comúnmente como la vía exclusiva para impugnar la validez del laudo, al menos en Latinoamérica parece haber una tendencia hacia a la utilización de acciones de protección de derechos constitucionales (e.g. amparo, tutela o mandato de seguridad) para atacar el laudo. La versatilidad de estas acciones es que ellas proceden contra cualquier acto de autoridad que sea susceptible de vulnerar los derechos individuales o colectivos consagrados en la carta fundamental. Para una discusión sobre la proliferación de estas acciones en el arbitraje internacional, ver: Manuel A. Gómez, The “Amparization” of the Justice System in Latin America and International Arbitration, Kluwer Arbitration Blog, 1 de Noviembre de 2013, <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2013/11/01/the-amparization-of-the-justice-system-in-latin-america-and-international-arbitration/>

¹⁷ Id. notas 10 y 11 *supra*.

¹⁸ Linda Silberman y Maxi Scherer, Forum Shopping and Post-Award Judgments, en Forum Shopping in the International Commercial Arbitration Context, Franco Ferrari, ed. Sellier, 313, 315 (2013) (en lo sucesivo, Silberman & Scherer, *Forum shopping*).

¹⁹ Ver, e.g. Albert Jan van den Berg, Enforcement of Arbitral Awards Annulled in Russia, 27(2) Journal of International Arbitration 179 (2010). Ver también, Linda Silberman y Maxi Scherer, Forum Shopping and Post-Award Judgments, en Forum Shopping in the International Commercial Arbitration Context, Franco Ferrari, ed. Sellier, 313, 315 (2013)

²⁰ EDF Internacional S.A. con Endesa Internacional S.A. y YPF S.A., Corte Suprema de Justicia (Primera Sala) (Chile) fallo 4.390-2010, 8 de Septiembre de 2011.

²¹ Código de Procedimiento Civil (Chile), Ley 20217 de 12 de Noviembre de 2007, Artículo 246: “Las reglas de los artículos precedentes son aplicables a las resoluciones expedidas por jueces árbitros. En este caso se hará constar su autenticidad y eficacia por el visto-bueno u otro signo de aprobación emanado de un tribunal superior ordinario del país donde se haya dictado el fallo.”

²² Los demandantes también solicitaron la ejecución del laudo en los Estados Unidos y en Francia. Ver EDF International S.A. v. YPF S.A. 1:08-cv-00167-JJF, Corte Federal de Distrito (Delaware).

²³ Silberman & Scherer, *Forum Shopping*, nota 18 *supra*.

²⁴ Una interesante discusión sobre el concepto de deslocalización del arbitraje comercial internacional puede verse en J.C. Fernández Rozas, El arbitraje comercial internacional entre la autonomía, la nacionalidad y la deslocalización, Revista Española de Derecho Internacional vol. LVII 605-637 (2005).

²⁵ Hilmarton Ltd. v. Omnium de Traitement et de Valorisation, Cour de Cassation (Cass. 1e. Civ.) (Francia) 23 de Marzo de 1994.

²⁶ PT Putrabali Adyamulia v. Rena Holding, Ltd., Cour de Cassation (Cass. 1e. Civ.) (Francia) 29 de Junio de 2007.

²⁷ Maximov v. Novolipetsky Steel Mill, Tribunal de Grande Instance de Paris (Francia) 16 de Mayo de 2012.

²⁸ Yukos Capital SARL contra OAO Rosneft, Corte de Apelaciones de Amsterdam (Holanda) el 28 de abril de 2009.

²⁹ A diferencia del EDF International en el cual el único tratado relevante era la Convención de Nueva York, en Ciments Français la corte rusa aplicó el artículo IX(2) del Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1961 (Convenio de Ginebra de 1961), que limita la aplicación del artículo V(1) de la Convención de Nueva York de la siguiente forma: “Artículo IX: “Declaración como nula de la sentencia arbitral(...).1.La anulación en uno de los Estados contratantes de un laudo arbitral amparado por el presente Convenio constituirá causa de denegación en lo referente al reconocimiento o ejecución de dicho laudo en otro

Estado contratante, sólo en el caso de que tal anulación se hubiere llevado a efecto en aquel Estado en el cual o conforme a cuya ley fue pronunciado el fallo arbitral y ello por una de las siguientes razones: a) Las partes en el acuerdo o compromiso arbitral estaban, con sujeción a la ley a ellas aplicable, afectadas de una incapacidad de obrar, o dicho acuerdo o compromiso no era válido con arreglo a la ley a la cual lo sometieron las partes o, en caso de no haber indicación al respecto, conforme a la ley del país en donde se dictó el laudo; o b) La parte que pide la anulación del laudo no había sido informada debidamente sobre el nombramiento del árbitro o sobre el desarrollo del procedimiento arbitral, o le había sido imposible, por cualquier otra causa hacer valer sus alegaciones o recursos; o c) El laudo se refiere a una controversia no prevista en el compromiso arbitral o no incluida dentro de lo establecido en la cláusula compromisoria; o contiene decisiones sobre materias que sobrepasen los términos del compromiso arbitral de la cláusula compromisoria, entendiéndose, empero, que si las resoluciones del laudo que versen sobre cuestiones sometidas al arbitraje, puedan ser separadas o disociadas de aquellas otras resoluciones concernientes a materias no sometidas al arbitraje, las primeras podrán no ser anuladas, o d) La constitución o composición del tribunal de árbitros o el procedimiento arbitral no se ha ajustado al acuerdo o compromiso entre las partes o, no habiendo existido tal acuerdo o compromiso, a lo establecido en el artículo IV del presente Convenio. 2. En las relaciones entre aquellos Estados contratantes que sean al mismo tiempo Partes en el Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, el párrafo 1º del presente artículo viene a restringir la aplicación del artículo V, párrafo 1. e) del Convenio de Nueva York únicamente en los casos de anulación expuestos en dicho párrafo 1º

³⁰ Chromalloy Aeroservices contra la República Árabe de Egipto, 939 F. Supp. 907 (D.D.C. 1996).

³¹ Id.

³² Spier contra Calzaturificio Tecnica, S.p.A., 71 F. Supp. 2s 279 (S.D.N.Y 1999)

³³ Baker Marine (Nig.) Ltd. Contra Chevron (Nig.) Ltd. 191 F.3d 194 (2d. Cir. 1999)

³⁴ TermoRio S.A.E.S.P contra Electranta S.P. 487 F.3d 928 (D.C.Cir. 2007)

³⁵ Los motivos específicos y los argumentos esgrimidos por las cortes federales de los Estados Unidos en cada uno de estos casos escapan del enfoque limitado de este artículo, pero han sido analizados con cierta profundidad en Silberman & Schirer, *Forum shopping* nota 18, páginas 324 y 325.

³⁶ Corporación Mexicana de Mantenimiento Integral, S. De R.L. de C.V. contra Pemex-Exploración y Producción, caso 1:10-cv-00206-AKH, Corte de Distrito del Distrito Sur de Nueva York, 27 de agosto de 2013.

³⁷ Id. página 31.

Manuel A. Gómez

Profesor de derecho en la Universidad Internacional de Florida en Miami, Estados Unidos, investigador asociado de la Facultad de Derecho de la Universidad Metropolitana, e investigador asociado del Centro para la Profesión Jurídica de la Escuela de Derecho de la Universidad de Stanford en los Estados Unidos. Ha ocupado cargos académicos en la Universidad de Stanford, en la Universidad Central de Venezuela, y además ha sido profesor visitante en la Universidad Católica de Táchira (Venezuela), en la Universidad Católica Andrés Bello (Venezuela), en la Universidad Metropolitana (Venezuela), y en la Universidad Sergio Arboleda (Colombia), entre otras.

Su trabajo académico le ha valido diversos premios, entre los cuales se encuentran el premio otorgado por la Sección de Estudios Venezolanos de la Latin American Studies Association (LASA) y el premio Richard S. Goldsmith en Resolución de Conflictos otorgado por la Universidad de Stanford. Cuenta con amplia experiencia profesional en América Latina, y ha sido invitado frecuentemente como expositor y conferencista en las Américas, Europa y Asia. Ha sido designado como árbitro internacional bajo las reglas de la Cámara Internacional de Comercio (ICC) y frecuentemente es invitado a intervenir como experto en procedimientos judiciales y arbitrales internacionales.

El Dr. Gómez es uno de los miembros fundadores de la Miami International Arbitration Society, del Capítulo de Florida del Club Español del Arbitraje y miembro del Comité Organizador del Congreso ICCA Miami 2014. Abogado y especialista en derecho procesal por la Universidad Católica Andrés Bello, en Caracas, Venezuela, así como magister y doctor en derecho por la Universidad de Stanford en los Estados Unidos.

El Camino se Hace al Andar: Recurso de nulidad en la jurisprudencia latinoamericana

Elina Mereminskaya



I. Introducción

Como es bien sabido, América Latina llegó a reconocer la utilidad del arbitraje comercial internacional relativamente tarde.¹ Primero, la región abordaba el tema del arbitraje internacional desde la perspectiva del reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras. Ello se plasmó en la adhesión paulatina a los tratados internacionales vigentes en la materia. Algunos países aceptaban primero un tratado regional como la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (la Convención de Panamá),² para sumarse después al instrumento universal que le había servido de prototipo,³ esto es, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras.⁴

Más tiempo le tomó a los Estados de la región detectar la necesidad de regular el arbitraje comercial internacional dentro de sus

Abogada, Bofill, Mir & Álvarez Jana (Santiago, Chile) y profesora de arbitraje comercial internacional en la Universidad de Chile.

fronteras nacionales. Finalmente sucedió, en respuesta a las necesidades de las empresas locales cada vez más orientadas hacia el comercio mundial. La ola de regulaciones comenzó en el año 1993 con la aprobación por parte de México de la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI, o UNCITRAL por sus siglas en inglés).⁵ Luego, la Ley Modelo CNUDMI inspiró cambios legislativos en Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Honduras, Panamá, Venezuela y Perú.⁶ Este ejercicio de armonización de derecho trajo aparejado un cambio profundo del sistema de recursos contra los laudos arbitrales internacionales, estableciéndose la petición de nulidad prevista en el artículo 34 de la Ley Modelo CNUDMI como único recurso para impugnar los laudos dictados en sus respectivos territorios.⁷

Tal como lo señala el artículo 2A de la Ley Modelo CNUDMI en su versión del año 2006, “*en la interpretación de la presente Ley habrán de tenerse en cuenta su origen internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe*”. No todos los países de la región llegaron a adoptar esta norma como parte de su legislación vigente.⁸ Ésta sin embargo, conlleva un valor que debe ser considerado intrínseco para los procesos de armonización del derecho,⁹ por lo que debería inspirar cualquier actividad interpretativa de la Ley Modelo CNUDMI. De esta manera, para una adecuada inteligencia de las leyes basadas en la Ley Modelo CNUDMI, será necesario recurrir a fuentes de derecho comparado, ya sea a los comentarios o a aquella jurisprudencia que se haya pronunciado respetando las reglas de interpretación subyacentes al artículo 2A recién citado.¹⁰

Existe una serie de obras que resultan muy relevantes en ese sentido, dado que transmiten de manera clara las ideas rectoras del sistema de recursos de la Ley Modelo CNUDMI.¹¹ El presente trabajo, más que tratar de reproducir las valiosas explicaciones que contienen las fuentes antes mencionadas, analiza la jurisprudencia de los tribunales latinoamericanos pronunciada dando aplicación al artículo 34 de la Ley Modelo CNUDMI. Este artículo se enfoca en las experiencias regionales más valiosas, es decir, toma en consideración aquellas decisiones que se sitúan dentro de la lógica propia de la Ley Modelo CNUDMI. Con ello deja de lado, por ejemplo, la jurisprudencia algo ambigua respecto de la procedencia del recurso de amparo o de mecanismos semejantes.¹²

II. Características del recurso de nulidad

La petición de nulidad como único recurso contra un laudo arbitral, posee dos rasgos destacados. En primer lugar, según lo evidencia el tenor literal del artículo 34 de la Ley Modelo, se trata de un recurso extraordinario que procede por causales taxativas. En segundo lugar, la anulación del laudo constituye una decisión facultativa del tribunal ordinario competente, esto es, no existe un laudo nulo de pleno derecho.

Un tribunal competente para resolver sobre la petición de nulidad del laudo, debe ceñirse estrictamente al análisis de las causales de nulidad sin pretender transformar su revisión en una segunda instancia ordinaria.

Así, señala el inciso 2 del artículo 34 de la Ley Modelo CNUDMI que el laudo arbitral solo podrá ser anulado cuando se cumpla alguno de los requisitos establecidos en ese mismo precepto. De lo anterior se sigue que un tribunal competente para resolver sobre la petición de nulidad del laudo, debe ceñirse estrictamente al análisis de las causales de nulidad sin pretender transformar su revisión en una segunda instancia ordinaria. Asimismo, la naturaleza facultativa de la declaración de nulidad del laudo, indica que el órgano revisor debe decidir sobre la anulación tomando en consideración la finalidad de la Ley Modelo y las circunstancias de cada caso en particular.¹³ Varios son los tribunales latino-americanos que se han pronunciado en esos términos.

Así por ejemplo, la Corte Suprema de Nación de México señaló que:

*“Los laudos arbitrales sólo pueden ser anulados por la actualización o comprobación de los supuestos jurídicos que ahí se indican, se advierte que efectivamente tales causas de nulidad son limitativas, lo que implica que distintas hipótesis o incluso alguna análoga, no es posible considerar como causa o supuesto de procedencia para decretar la nulidad”.*¹⁴

Explícito es el dictamen de la Corte Superior de Lima cuando señala que:

“El recurso de anulación de laudo no es una instancia, sino un proceso autónomo en el que de modo puntual se verifica el cumplimiento de determinados supuestos de vali-

*dez del laudo arbitral, no debiendo perderse de vista que las partes se han sometido de modo voluntario y expreso a la jurisdicción arbitral”.*¹⁵

En sintonía con lo anterior, aclara la Corte de Apelaciones de Santiago que:

*“El referido arbitrio procesal viene a constituir un recurso extraordinario, de derecho estricto, donde la actuación del Tribunal se limita a verificar la concurrencia de las causales invocadas en relación a los hechos que las fundamentan. La acción otorga competencia a la Corte para examinar el cumplimiento de las formas del juicio arbitral, especialmente en cuanto a las garantías formales que la propia ley establece de modo imperativo, para asegurar una correcta génesis del laudo”.*¹⁶

La Corte santiaguina formula las pautas a seguir en la revisión señalando que el recurso de nulidad:

“No persigue la revisión de la valoración de la prueba rendida como tampoco la forma en la cual se ha aplicado el derecho para la solución del conflicto”.

A continuación emite un pronunciamiento central indicando que:

*“No nos encontramos en este caso ante una segunda instancia y menos ante un recurso de casación como de ningún otro recurso que tenga por objeto revisar la conformidad a los hechos, al derecho o la justicia del laudo, sino que se está en presencia de un proceso autónomo de impugnación en que el tribunal tiene una competencia específica y restrictiva, en la cual sólo debe limitarse a resolver y dejar sin efecto lo que constituye un exceso o una incorrección del laudo, a la luz de los únicos motivos tasados y restrictivos que legitiman la interposición de esta acción de nulidad en los términos de la Ley N° 19.971.”*¹⁷

En síntesis, estos fallos demuestran una comprensión correcta de la naturaleza excepcional y limitada del recurso de nulidad en análisis.

III. Causales de nulidad que tienen que ser probadas por las partes

Como es bien sabido, las causales de nulidad previstas en el artículo 34 de la Ley Modelo CNUDMI se dividen en dos grupos. Por un lado están aquellas que tienen que ser probadas por las partes, y por otro lado se encuentran las dos causales que pueden ser aplicadas por el tribunal ordinario de oficio.

Al primer grupo pertenece la situación descrita en el inciso 2 del artículo 34, esto es, que el laudo puede ser anulado si la parte que interpone la petición prueba:

“i) Que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7° estaba afectada por alguna incapacidad, 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 de este Estado.”

Muy ilustrativa resulta la jurisprudencia peruana emitida respecto de la validez del acuerdo arbitral en relación de los no signatarios del dicho acuerdo. El tribunal arbitral decidió que los no signatarios se habrían confabulado ilícitamente para defraudar y perjudicar al acreedor, usando pretextos formales para evitar la aplicación del acuerdo arbitral. Justamente para corregir este resultado, se debía aplicarles el acuerdo de arbitraje. El laudo fue emitido bajo la ley anterior al Decreto Legislativo 1071 actualmente en vigor. Este último contempla una norma que autoriza la extensión de los acuerdos arbitrales a partes no signatarias.¹⁸

La Corte de Justicia de Lima estimó improcedente dicha decisión:

“En parte alguna de este texto pueda subsumirse un supuesto como el defendido por los árbitros, de incorporación forzosa de un tercero al arbitraje por encontrarse en vinculación fraudulenta con quien sí lo hizo, en aplicación de la doctrina del levantamiento del velo societario. Nunca las partes involucradas renunciaron a su derecho que una acusación de ese tipo sea conocida y resuelta por un juez y mucho menos autorizaron a los árbitros a pronunciarse sobre el asunto específico.

Para quienes no se encuentran obligados por un convenio arbitral, los árbitros no son más que otro particular. Si un tercero los acusa de formar parte de un grupo empresarial vinculado y estructurado con la finalidad de causarle un perjuicio económico, tienen como cualquier otra persona el derecho a que esa controversia sea resuelta por un juez estatal o en todo caso a someter ese conflicto a un particular que se convierta en árbitro entre las partes, pero hasta que eso no suceda, nadie puede autoproclamarse como el juzgador que decidirá lo más justo al caso. Por lo menos, no bajo los principios constitucionales que informan nuestro ordenamiento jurídico.”¹⁹

El artículo 34 de la Ley Modelo CNUDMI permite atacar tanto la situación en la cual se habían cometido errores en la constitución del tribunal arbitral, como las faltas en la conducción del procedimiento.

Este último fallo fue anulado por el máximo tribunal peruano por la vía de la casación. La Corte Suprema de Justicia de la República señaló:

“Conforme a los argumentos expuestos se evidencia el error de la Sala Superior, al haber colocado a la jurisdicción arbitral en un estado de inferioridad a la jurisdicción ordinaria, inferioridad para no poder pronunciarse sobre determinadas situaciones tales como los grupos de sociedades, situaciones de fraude, y desvelamiento del velo societario, elemento último sobre el que la doctrina nacional ha elaborado sendos estudios.”²⁰

La Corte de Justicia de Lima fue ordenada a fallar sobre el caso nuevamente, lo que hizo proclamando la validez del laudo en cuestión con los siguientes argumentos:

“Debemos señalar que el arbitraje en nuestro sistema jurídico es ejercicio de función jurisdiccional sustentada en el acuerdo político de las partes, y que, dentro de los límites de ese acuerdo, los árbitros cuentan con todos los poderes jurisdiccionales que les confieren nuestra Constitución y la ley.

Por tanto, desde este horizonte conceptual y normativo lo que el Tribunal Arbitral ha hecho no es someter compulsivamente a un tercero a un proceso arbitral sino, muy por el contrario, ha evitado que la parte signataria de un convenio arbitral, mediante la utilización fraudulenta de otras empresas que responden a una sola voluntad empresarial, burle la efectividad de dicho acuerdo.

Esta potestad arbitral, sin embargo, no solo está sustentada en el reconocimiento del arbitraje como verdadera jurisdicción sino también, y tal vez principalmente, en los principios generales de buena fe y prohibición de abuso del derecho que resultan plenamente aplicables a un acto de autonomía privada como es el convenio arbitral.”²¹

La siguiente disposición del artículo 34 de la Ley Modelo CNUDMI establece que un laudo podrá ser anulado si la parte que lo solicita prueba:

“ii) 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.”

En una petición de nulidad, formulada bajo la noción de orden público, la recurrente reclamaba contra la forma en la que se había constituido el tribunal arbitral, lo que en esencia la privaba de una oportunidad para hacer valer sus derechos. Esto es, porque, a pesar de que la sede del arbitraje era Santiago de Chile, se había designado como árbitro a un nacional mexicano residente en ese mismo país. A juicio de la reclamante, el árbitro debería haber tenido su despacho en Chile, lo que se habría incumplido por ser el árbitro un mexicano con residencia en México. Asimismo, la prueba debería haberse producido en Chile y los escritos deberían haberse producido en Chile.

La Corte de Apelaciones de Santiago rechazó la petición de nulidad señalando que:

“Con respecto a esta causal, el Estatuto de la Cámara de Comercio Internacional (en materia de arbitraje CCI) en su reglamento establece que la sede del arbitraje será fijada por la Corte, a menos que las partes lo hayan convenido en sentido diverso, sin perjuicio que como señala el artículo 14 del referido reglamento “El Tribunal Arbitral podrá deliberar en cualquier lugar que considere apropiado”, por lo que no aparece sustentada la causal invocada, puesto que el propio órgano jurisdiccional resguardó los derechos de la actora y además, se consolidó la relación procesal al comparecer la recurrente en la sede compromisaria, convalidando la competencia de dicho tribunal.”²²

Asimismo, el laudo puede ser anulado si la parte que lo solicita prueba:

“iii) 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.”

Esta norma permite abordar dos tipos de irregularidades. La primera, dice relación con aquella situación en la cual el laudo se refiere a una controversia

no prevista en el acuerdo de arbitraje y se produce cuando el tribunal arbitral dicta una sentencia relativa a asuntos que se encuentran fuera de los límites marcados por el acuerdo de arbitraje, por lo que se extiende a materias que no habían sido sometidas al arbitraje.²³ La segunda de las irregularidades, se refiere a aquella situación en la que el laudo contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje y abarca los casos en los cuales el Tribunal Arbitral falla respetando los límites trazados por el acuerdo de arbitraje, pero excede sus facultades al apartarse de las peticiones de las partes.²⁴

En un caso planteado ante la Corte de Apelaciones de Santiago, la parte recurrente de nulidad sostenía que se había producido el vicio señalado, dado que el tribunal arbitral había dictado una condena en costas contrariamente a una estipulación contractual que le asignaba a cada parte la carga de las costas. La Corte, si bien no se pronunció sobre los alcances jurídicos de la causal de nulidad invocada, estimó que no se había cometido la infracción alegada. Ello porque las partes habían autorizado al tribunal arbitral para distribuir las costas en virtud de lo señalado en el Acta de Misión y en los múltiples escritos y alegatos efectuados y presentados por las partes a lo largo del proceso arbitral.²⁵

La siguiente disposición del artículo 34 de la Ley Modelo CNUDMI permite la anulación del laudo si se prueba:

“iv) 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, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta ley”.

Como se desprende de su tenor literal, esta norma permite atacar tanto la situación en la cual se habían cometido errores en la constitución del tribunal arbitral, como las faltas en la conducción del procedimiento.

Para el primer supuesto, podemos citar una decisión de los tribunales brasileños. En ese caso, el demandante pudo designar a un co-árbitro de su preferencia, mientras que los múltiples demandados no lograron un acuerdo entre ellos, por lo que el segundo co-árbitro fue nombrado por la institución

arbitral. El laudo fue anulado estimando que se había quebrantado el derecho de los demandados a ser tratados en igualdad de condiciones.²⁶ La decisión se enmarca en la doctrina judicial francesa formulada en el caso *Dutco*,²⁷ que con posterioridad impulsó reformas de los reglamentos institucionales que hoy día muchas veces requieren que en situaciones como la descrita, la totalidad del tribunal arbitral fuese nombrada por la institución arbitral.²⁸

En cuanto a las irregularidades procesales, resulta ilustrativa una decisión de la Corte de Apelaciones de Santiago en la que se reconoció la primacía del principio de la autonomía de la voluntad de las partes en un arbitraje comercial internacional. En lo central, la Corte señaló que:

*“En el procedimiento establecido en la Ley de Arbitraje Comercial Internacional, aparece de manifiesto el principio de autonomía de la voluntad. De ello resulta que las partes son libres de crear las reglas del procedimiento al que ajustarán su actuación, con las limitaciones que al efecto la misma normativa consagra.”*²⁹

Conforme con lo anterior, la Corte falló que las normas obligatorias del derecho procesal local no tenían aplicación en los arbitrajes comerciales internacionales. Así, no era obligatorio para un tribunal arbitral internacional aplicar las normas del Código de Procedimiento Civil relativas a la emisión de un auto de prueba, a la apertura de un período de conciliación entre las partes o a la citación a oír sentencia.

En otra ocasión, los tribunales brasileños denegaron la petición de anulación de un laudo internacional. La parte recurrente impugnó el laudo por haber sido basado en fundamentos jurídicos distintos a los esgrimidos por las partes. La Corte sostuvo que se aplicaba el principio “*mibi factum, dabo tibi ius*”, acorde al cual el tribunal arbitral conocía el derecho, siendo necesario que las partes indicaran los hechos. A juicio de la Corte, los hechos conjuntamente con el derecho aplicable, fijaban el mandato del tribunal arbitral, por lo que no se había incurrido en una violación del principio contradictorio de debido proceso.³⁰

Dentro de otra jurisprudencia relativa al tema de las irregularidades procesales, interesa mencionar un caso resuelto por un tribunal argentino. Aunque

Argentina no pertenece al grupo de los países que siguen la Ley Modelo CNUDMI, el criterio aplicado en el caso en análisis es ilustrativo para la noción del debido proceso.

La parte que solicitó la anulación del laudo arbitral dictado bajo las reglas de la CCI alegó que no había sido debidamente notificada de la prórroga del plazo del arbitraje. La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial tomó en consideración la facultad que el artículo 24 del Reglamento de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI le otorga a la Corte para prorrogar el plazo del arbitraje y dictaminó:

“Es de observar que la Secretaría de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, al notificar al presidente del tribunal arbitral la concesión de la primera de las prórrogas referidas, lo invitó “... a comunicar dicha información a las partes, a menos que, por alguna razón particular, prefiera que la Secretaría lo haga...” No hay constancia de que el presidente del tribunal arbitral hubiera cumplido con esto último con relación a esa primera prórroga, como tampoco con referencia a la que vencía el 31/12/2010. Tampoco que las partes hubieran sido notificadas por la Secretaría de la Corte. Empero, nada de ello es decisivo para fundar la nulidad impetrada aunque, ciertamente, hubiera sido de buena práctica que el presidente del tribunal arbitral hubiera hecho las notificaciones correspondientes a las partes.”³¹

Como ejemplo de anulación del laudo por motivos de irregularidades procesal, interesa destacar la decisión de la Corte Superior de Lima del año 2013. A juicio de la parte recurrente, la supuesta violación de sus derecho consistiría en que el tribunal arbitral habría separado una pretensión de la demanda arbitral en una principal y otra subsidiaria para finalmente otorgar al demandante ambas. Ello devendría en un resultado jurídicamente imposible y contrario al debido proceso, dado que la naturaleza y finalidad del establecimiento de una pretensión subordinada, es que ésta sea otorgada si y sólo si se ha denegado la pretensión principal.

La Corte señaló que :

“Si bien se aprecia que el tribunal arbitral estableció la segunda pretensión de la demanda arbitral (al fijar los puntos controvertidos) convirtiéndola en una pretensión principal y una subordinada, del contenido de las mismas se infiere claramente que

la intención del tribunal arbitral no fue tal acumulación, sino tal como se planteó en la demanda arbitral. Por lo anterior, este Colegiado considera que los errores de orden formal no merman el verdadero contenido de los actos procesales.”³²

IV. Causales de nulidad que pueden ser aplicadas de oficio

De conformidad con el artículo 34 inciso 2 lb) de la Ley Modelo CNUDMI, el laudo puede ser anulado si:

“b) El tribunal comprueba:

- i) Que, según la ley chilena, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje, o*
- ii) Que el laudo es contrario al orden público de este Estado.”*

Las causales de nulidad contempladas en este precepto son, entonces, por un lado, la inarbitrabilidad de la materia objeto de la controversia, y por otro lado, la violación del orden público a través del laudo arbitral. Estas dos causales en la práctica plantean mayores problemas en su aplicación. Ello se debe, en primer lugar, a la falta de claridad conceptual sobre el alcance de cada una de las causales. Lo anterior abre el camino para que sean usadas de manera intercambiable.

De ahí se plantea que determinadas materias que trascienden los intereses no pueden ser sometidas a decisión de un tribunal arbitral, ya que una eventual decisión errónea afectaría los intereses de la comunidad en general, esto es, *el orden público*.³³ Por su parte, el concepto de *orden público* es un concepto abierto y en la medida que no exista el reconocimiento por parte de la justicia ordinaria de la necesidad de su precisión y delimitación, puede prestarse para un intervencionismo judicial indeseado.³⁴

En un fallo de 13 de junio de 2012, la Suprema Corte de Justicia de México resolvió sobre una petición de amparo, confirmando así la validez de un laudo arbitral.³⁵ Siendo ello una excelente noticia ilustrativa del positivo desarrollo del marco regulatorio aplicable al arbitraje, el caso también constituye una invitación a deliberar sobre la definición del orden público.

En esa oportunidad, la Corte precisó la noción de orden público, para lo cual recurrió a los trabajos preparatorios de la Ley Modelo CNUDMI en el seno de las Naciones Unidas. Asimismo, citó diversas decisiones de los tribunales españoles, franceses, colombianos y venezolanos. La Corte finalmente proclamó que el orden público es:

“Un concepto jurídico indeterminado, en la medida en que la ley no establece con exactitud sus límites por tratarse de una noción que no admite una cuantificación o determinación rigurosa pero que evidentemente se refiere a un supuesto de la realidad y cuyo contenido se fija por los jueces de cada país en cada momento histórico. [...] No obstante lo anterior, cabe aclarar que aún en su indeterminación los conceptos jurídicos indeterminados tienen un núcleo duro, es decir, un ámbito de absoluta certeza sobre su significación.”

Finalmente la Corte precisó que era posible afirmar:

“Que un laudo arbitral es contrario al orden público y que, por ende, constituye una causa de nulidad, cuando la cuestión dilucidada se coloque más allá de los límites de dicho orden, es decir, más allá de las instituciones jurídicas del Estado, de los principios, normas e instituciones que lo conforman y que trasciende a la comunidad por lo ofensivo y grave del error cometido en la decisión. Un laudo de ese tipo estaría alterando el límite que marca el orden público, a saber, el mecanismo a través del cual el Estado impide que ciertos actos particulares afecten intereses fundamentales de la sociedad.”

A continuación, la Corte tomó partido a favor de la postura que identifica la arbitrabilidad de la controversia con la defensa del orden público señalando que:

“La expresión ‘orden público’ que ahora se analiza, prevé dos supuestos bien diferenciados que pueden dar lugar a que el juzgador declare la nulidad del laudo, a saber: el primero se presenta cuando aquél comprueba que, según la legislación mexicana, el objeto de la controversia no era arbitrable, esto es, no era susceptible de someterse a consideración de un particular mediante el procedimiento de arbitraje y el segundo ocurre cuando el órgano jurisdiccional verifica que el laudo es contrario al orden público. [...] No obstante lo anterior, cabe aclarar que aún en su indeterminación los conceptos jurídicos indeterminados tienen un núcleo duro, es decir, un ámbito de absoluta certeza sobre su significación.”

Esa (con)fusión entre los dos conceptos contradice la sistemática de la Ley Modelo CNUDMI que concibe la arbitrabilidad y el orden público como dos causales diferentes, cada una con su *modus operandi* y alcances diferentes.³⁶

Per se, cualquier definición de orden público que busque acotarlo, debería ser vista con beneplácito. Sin embargo, las tendencias estatistas características para la región de América Latina,³⁷ pueden transformar la definición como aquella en un escudo adicional de protección del Estado contra decisiones arbitrales desfavorables.³⁸ Así, la conclusión de la Corte Suprema de Justicia de México induce a pensar que no podrá existir nunca una violación de orden público en la medida que los efectos del laudo alcancen a las partes únicamente. Dicha situación es por definición la más común en el arbitraje, salvo cuando una de las partes es una entidad estatal o pública, cuyo bienestar es relevante para la población.

Aplicando la definición elaborada al caso en análisis, la Corte, desestimó que existiese una violación del orden público a raíz de una presunta falta de aplicación del principio de cosa juzgada:

“Al respecto, la omisión de analizar la excepción de cosa juzgada o su desestimación a cargo del tribunal arbitral en el asunto que se somete a su potestad no debe considerarse una afectación directa al orden público, [...], en primer lugar, porque no se refiere a un tema que se encuentre reservado para su resolución a los órganos del Estado, sino que es susceptible de someterse a la consideración del o de los árbitros que designen las partes y, además, porque no se afectan principios de naturaleza sustantiva ni adjetiva, lo primero porque la circunstancia de que el tribunal arbitral haya desestimado la cosa juzgada en que se sustentó la pretensión sometida a su potestad no afecta alguna institución esencial

*Per se, cualquier
definición de orden
público que busque
acotarlo, debería ser
vista con beneplácito. Sin
embargo, las tendencias
estatistas características
para la región de
América Latina,
pueden transformar la
definición como aquella
en un escudo adicional
de protección del Estado
contra decisiones
arbitrales desfavorables.*

del Estado y, lo segundo, porque no se trata de normas procesales que el juez deba aplicar de oficio, antes bien, es necesario que sean las partes las que aporten los elementos necesarios para ver estimadas sus pretensiones, máxime que, en el caso, no se advierte una desviación grave de los principios fundamentales de justicia procesal.”

Por su parte, una decisión de la Corte de Apelaciones de Santiago, también proporcionó una definición del orden público internacional.³⁹ Tal definición resulta innovadora para el derecho chileno, pero se efectúa con un estricto apego a los estándares universalmente reconocidos. Dicha definición se basa en aquella elaborada en el año 2000 por la Asociación del Derecho Internacional a través de su Comité de Arbitraje Comercial Internacional.⁴⁰

En primer lugar, la Corte de Santiago dictaminó que el orden público internacional:

“Es el que se aplica en materia de arbitraje comercial internacional y que no abarca todas las normas imperativas de la ley local, sino solamente aquella que responde al principio jurídico más fundamental del ordenamiento en que se dicta o intenta reconocer el laudo.”

Dicho orden público:

“Se circunscribe a violaciones de extrema gravedad a los principios y reglas fundamentales del derecho de Chile. Estas graves infracciones pueden ser de orden procesal o sustantivo.”

A continuación, la Corte define dichos principios fundamentales componentes del orden público. En el ámbito procesal son los principios tales como:

“El debido proceso, el trato igualitario a las partes, la existencia de un procedimiento contradictorio, la imparcialidad del tribunal arbitral y la prohibición de fraude o corrupción de algunos de sus miembros. A nivel sustantivo, en tanto, se incluye principio como la prohibición del abuso del derecho, la protección de los intereses políticos, sociales y económicos esenciales del Estado y el respeto a las obligaciones asumidas por éste con otros estados u organismos internacionales.”

Las múltiples infracciones al orden público alegadas por la parte recurrente de nulidad fueron desestimadas por la Corte.

V. Palabras finales

La selección de jurisprudencia aquí efectuada no pretende dar cuenta exhaustiva del estado de desarrollo del arbitraje comercial internacional en América Latina. Muchos otros temas aquí no mencionados van adquiriendo un reconocimiento judicial importante y mayormente, los países de la región logran superar los obstáculos conceptuales que vienen arrastrando del pasado en el cual no tenían necesidad o incentivos para transformarse en actores relevantes en la arena del arbitraje comercial internacional. Así por ejemplo, en Brasil se ha hecho más pacífica la distinción entre la *cláusula compromisoria* y el *compromiso*.⁴¹ En Chile por su parte, se ha dictaminado que no procede el recurso disciplinario de queja en contra de los árbitros internacionales.⁴² Por ejemplo, se ha ido acotando también el alcance del control de las garantías constitucionales por la vía del amparo en Colombia⁴³ y Perú.⁴⁴

Para la reputación de un país como sede atractiva del arbitraje comercial internacional, el paso de tiempo y la constancia de las decisiones judiciales favorables son dos ingredientes adicionales pero indispensables para el éxito.

Junto con lo anterior, la revisión de los laudos por la justicia ordinaria de la sede constituye un elemento central para crear un sistema de arbitraje comercial internacional confiable. La jurisprudencia presentada en estas páginas, demuestra un compromiso serio por parte de la justicia ordinaria de los países de la región. De hecho, prácticamente todos los casos aquí mencionados desembocaron en un rechazo de petición de anulación del laudo. La jurisprudencia citada refleja asimismo un esfuerzo de los tribunales por comprender a fondo la política legislativa que había motivado la aprobación de las respectivas leyes, y por encontrar el significado idóneo de sus preceptos a veces conceptualmente novedosos o lejanos.

Sin duda, en la región hay experiencias positivas, y sin duda queda aún mucho camino por recorrer para consolidar dichos avances. En efecto, para la reputación de un país como sede atractiva del arbitraje comercial internacional, el paso de tiempo y la constancia de las decisiones judiciales favorables son dos ingredientes adicionales pero indispensables para el éxito.

¹ Alejandro M. Garro, “Enforcement of Arbitration Agreements and Jurisdiction of Arbitral Tribunals in Latin America”, *Journal of International Arbitration*, Vol. 1, Issue 4, 1984, pp. 293-322, pp. 293-294; José Luis Siqueiros, “Comments on Latin America”, en Pieter Sanders (ed.), *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration*, ICCA Congress Series 1986, Kluwer Law International, New York, Vol. 3, 1987, pp. 165-168, p. 168; Jonathan C. Hamilton, “Three Decades of Latin American Commercial Arbitration”, *University of Pennsylvania Journal of International Law*, Vol. 30, 2009, pp. 1099-1119, p. 1101.

² Año de ratificación de la Convención de Panamá: Argentina – 1994, Bolivia – 1998, Brasil – 1995, Chile – 1976, Colombia – 1986, Costa Rica – 1978, República Dominicana – 2002, Ecuador – 1962, El Salvador – 1998, Guatemala – 1984, Honduras – 2000, México – 1971, Nicaragua – 2003, Panamá – 1984, Paraguay – 1997, Perú – 1988, Uruguay – 1983, Venezuela – 1995.

³ Alejandro M. Garro, “Unification and Harmonization of Private Law in Latin America”, *American Journal of Comparative Law*, 1992, pp. 587-616, p. 587.

⁴ Año de ratificación de la Convención de Nueva York: Argentina – 1989, Bolivia – 1995, Brasil – 2002, Chile – 1975, Colombia – 1979, Costa Rica – 1987, República Dominicana – 2008, Ecuador – 1991, El Salvador – 1980, Guatemala – 1986, Honduras – 1979, México – 1978, Nicaragua – 2003, Panamá – 1975, Paraguay – 1976, Perú – 1989, Uruguay -1977, Venezuela – 1985.

⁵ Julio C. Treviño, The New Mexican Legislation on Commercial Arbitration-T, *Journal of International Arbitration*, 1994, Vol. 11 N° 4, pp. 5-29.

⁶ Un ilustrativo cuadro de cambios legislativos se encuentra en: <http://www.latinarbitrationlawfueron.com/latin-infographics/>. Los años de las reformas mas relevantes son: Bolivia – 1997, Brasil – 1996, Chile – 2004, Colombia – 2012, Costa Rica – 2011, República Dominicana – 2008, Ecuador – 2005, El Salvador – 2002, Guatemala – 1995, Honduras – 2000, Nicaragua – 2005, Panamá – 2013, Paraguay – 2002, Perú – 2008, Venezuela – 1998.

⁷ Un ilustrativo cuadro de cambios legislativos se encuentra en: <http://www.latinarbitrationlawfueron.com/latin-infographics/>. Los años de las reformas mas relevantes son: Bolivia – 1997, Brasil – 1996, Chile – 2004, Colombia – 2012, Costa Rica – 2011, República Dominicana – 2008, Ecuador – 2005, El Salvador – 2002, Guatemala – 1995, Honduras – 2000, Nicaragua – 2005, Panamá – 2013, Paraguay – 2002, Perú – 2008, Venezuela – 1998.

⁸ Véanse, por ejemplo, artículo 107 de la Ley N° 1536 de Colombia; artículo 66 de la Ley N° 131 de Panamá; artículo 34 de la Ley N° 8937 de Costa Rica; artículo 62 del DL N° 1071 de Perú; artículo 43 de la Ley de Arbitraje Comercial de Venezuela, artículo 73 de la Ley N° 161-2000 de Honduras.

⁹ Es el caso de las leyes adaptadas más recientemente, véase, artículo 64 de la Ley N° 1536 de Colombia; artículo 6 de la Ley N° 131 de Panamá; artículo 2A de la Ley N° 8937 de Costa Rica.

¹⁰ 2012 UNCITRAL Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration, p. 15: “UNCITRAL agreed that the inclusion of such a provision would be useful and desirable because it would promote a more uniform understanding of the Model Law.”

¹¹ Más al respecto: Elina Mereminskaya, *Arbitraje Comercial Internacional en Chile. Desafíos y Desarrollo*, Thomson Reuters, Santiago, 2014, pp. 33-36.

¹² Para nombrar algunas obras de referencia o consulta: 2012 Uncitral Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration; Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, 2014, Kluwer Law International; Aron Broches, *UNCITRAL - Commentary On The Model Law (1990)*, en Jan Paulsson (ed.), *International Handbook on Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1984, Suplemento N° 11, enero 1990, pp. 1-202; International Council for Commercial Arbitration, *ICCA's Guide to the Interpretation of the 1958 New York Convention: A Handbook for Judges*, 2011. Esta última obra resulta particularmente útil en vista de la semejanza existente entre las causales de nulidad de laudos previstas en el artículo 34 de la LMA con aquellas previstas en el artículo V de la Convención de Nueva York para oponerse al reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras.

¹³ Alfredo De Jesús O., “La autonomía del arbitraje comercial internacional a la hora de la constitucionalización del arbitraje en América Latina”, en Fabricio Mantilla Espinosa and Carlos Pizarro Wilson (coords.), *Estudios de Derecho Privado en Homenaje a Christian Larroumet*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2008, pp. 213-260; Cristián Conejero Roos, “El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica: Un panorama general”, en Cristián Conejero Roos, Antonio Hierro Hernández-Mora, Valeria Macchia y Carlos Soto Coaguila (coord.), *Arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica. Marco legal y jurisprudencial*, Legis Editores, Santiago, 2009, pp. 57-108, pp. 93-99.

¹⁴ Así, por ejemplo, la aprobación de la respectiva ley se debió a la integración del país a la economía mundial, y como consecuencia de esta “resulta conveniente a los intereses de las partes nacionales en las transacciones internacionales que ellas cuenten con los mecanismos legales adecuados para, en la medida de lo posible, estimular que las diferencias comerciales sean resueltas en Chile. Evidentemente, esta necesidad es más apremiante para las empresas pequeñas y medianas, a las cuales les resulta demasiado onerosa litigar en el extranjero”. Asimismo, se buscaba “conseguir la aceptación internacional al deseo de los centros arbitrales chilenos de transformarse en centros arbitrales internacionales”. Mensaje del Ejecutivo N°

15-349, enviado al Congreso con fecha 2 de junio de 2003. Historia de la Ley N° 19.971, pp. 5 y 8. El preámbulo al Decreto Legislativo N° 1071 de Perú identifica como objetivos la necesidad de brindar “el apoyo de la competitividad económica para su aprovechamiento; entre las que se encuentran la mejora del marco regulatorio, el fortalecimiento institucional, la simplificación administrativa y la modernización del Estado; en tal sentido, se requiere brindar las condiciones apropiadas para agilizar la solución de controversias que pudieran generarse en el marco de los tratados y acuerdos suscritos por el Perú”. El Proyecto de la respectiva ley de Costa Rica indicaba que “a través de la incorporación de la Ley Modelo de la CNUDMI como ley de la República se procura normar los procesos arbitrales internacionales con el fin de solventar el vacío legal existente en Costa Rica en esa materia, lográndose de ese modo una mayor atracción de la inversión extranjera, así como la promoción del país como un ejemplo en la solución pacífica de controversias a nivel internacional.” Expediente legislativo del Departamento de Servicios Parlamentarios N° 17593, p. 2, citado en <http://www.smlgalcr.com/modules/news/print.php?storyid=3>.

¹⁵ Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, Amparo en Revisión Caso N° 527/2011, 30 de noviembre de 2011.

¹⁶ Fernando Cantuarias Salaverry, Empresa Prestadora de Servicio de Saneamiento de Cajamarca EPS SEDACAJ S.A. v. Consorcio EYR S.A. CWEP, Superior Court of Justice of Lima, 15 March 2013, A contribution by the ITA Board of Reporters, Kluwer Law International.

¹⁷ Corte de Apelaciones de Santiago, Caso N° 9134-2007, 4 de agosto de 2009.

¹⁸ Corte de Apelaciones de Santiago, Caso N° 1971-2012, 9 de septiembre de 2013.

¹⁹ Art. 14: El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos.

²⁰ Primera Sala Civil Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, Caso N° 451-2009, 10 de agosto de 2010.

²¹ Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, Caso N° 4624-2010, 19 de diciembre de 2011.

²² Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, Caso N° 451-2009, 5 de marzo de 2013.

²³ Corte de Apelaciones de Santiago, Caso N° 1420-2012, 9 de octubre de 2012.

²⁴ Marcédeh Azeredo da Silveira y Laurent Lévy, “Transgression of the Arbitrators’ Authority: Article V(1)(c) of the New York Convention”, en Emmanuel

Gaillard y Domenico Di Pietro (eds.), *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards. The New York Convention in Practice*, Cameron May, 2008, pp. 639-678, p. 641; International Council for Commercial Arbitration, “Request for the Recognition and Enforcement of an Arbitral Award”, *ICCA’s Guide to the Interpretation of the 1958 New York Convention: A Handbook for Judges*, 2011, pp. 68-111, p. 93.

²⁵ *Ibíd.*

²⁶ Corte de Apelaciones de Santiago, Caso N° 6975-2012, 29 de abril de 2014.

²⁷ João Bosco Lee, Banco Santander Brasil S/A v. Paranapanema S/A, Court of Justice of the State of São Paulo, 0036343-44.2013.8.26.0000 Case Date 2 May 2013, A contribution by the ITA Board of Reporters, Kluwer Law International.

²⁸ Corte de Casación de Francia, 7 de enero de 1992, XV Yearbook Com. Arb., 1992, pp. 124 y ss.

²⁹ Artículo 12 puntos 6 y 8 del Reglamento de Arbitraje de la CCI.

³⁰ Corte de Apelaciones de Santiago, Caso N° 1420-2010, 9 de octubre de 2012.

³¹ João Bosco Lee, Matlinpatterson Funds v. VRG Linhas Aéreas S/A, Court of Justice of the State of São Paulo, 16 October 2012, A contribution by the ITA Board of Reporters, Kluwer Law International.

³² Federico Godoy, PE Acquisitions LLC v. Envases del Pacífico S.A., Court of Appeals in Commercial Matters of the Federal District, Chamber D, Case Date 12 July 2013, A contribution by the ITA Board of Reporters, Kluwer Law International.

³³ Fernando Cantuarias Salaverry, Empresa Prestadora de Servicio de Saneamiento de Cajamarca EPS SEDACAJ S.A. v. Consorcio EYR S.A. CWEP, Superior Court of Justice of Lima, 15 March 2013, A contribution by the ITA Board of Reporters, Kluwer Law International.

³⁴ Nigel Blackaby, Constantine Partasides y otros, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford University Press, 2009, p. 124: “Whether or not a particular type of dispute is ‘arbitrable’ under a given law is in essence a matter of public policy for that law to determine”; Ximena Herrera Bernal, “Arbitrabilidad objetiva”, en Guido S. Tawil, y Eduardo Zuleta (dirs.), *El arbitraje comercial internacional. Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50° aniversario*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008, pp. 200-211, p. 202; Karl-Heinz Böckstiegel, “Public Policy as a Limit to Arbitration and its Enforcement”, *Journal of Dispute Resolution*, Special Issue, 2008, disponible en www.arbitration-icca.org, p. 123.

³⁵ Ilustrativo al respecto: María Mercedes Albornoz, “La tendencia a favorecer el desarrollo del arbitraje comercial internacional mediante el debilitamiento de las normas internacionalmente imperativas”, *Boletín mexicano de derecho comparado*, Vol. 47, N° 139, 2014, pp. 13-38.

³⁶ José María Abascal Zamora, *City Watch, S.A. de C.V. v. ADT Security Services, S.A. de C.V.*, Supreme Court of Justice of Mexico, 13 June 2012, A contribution by the ITA Board of Reporters, Kluwer Law

³⁷ International.

³⁸ Más al respecto Elina Mereminskaya, *Arbitraje Comercial Internacional en Chile. Desafíos y Desarrollo*, Thomson Reuters, Santiago, 2014, pp. 49-54. Véase Marcus Kurtz, *Latin American State Building in Comparative Perspective Social Foundations of Institutional Order*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013.

³⁹ María Mercedes Albornoz, “La tendencia a favorecer el desarrollo del arbitraje comercial internacional mediante el debilitamiento de las normas internacionalmente imperativas”, *Boletín mexicano de derecho comparado*, Vol. 47, N° 139, 2014, pp. 13-38.

⁴⁰ Corte de Apelaciones de Santiago, Caso N° 1971-2012, 9 de septiembre de 2013.

⁴¹ International Law Association, Committee on International Commercial Arbitration, London Conference (2000), Interim Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards.

⁴² Tribunal de Justicia de Estado de Paraná, Caso N° 428.067-1/10, 7 de diciembre de 2011.

⁴³ Corte de Apelaciones de Santiago, Caso N° 2363-2010, 23 de julio de 2010 y Caso N° 4902-2012, 24 de julio de 2012.

⁴⁴ Corte Suprema de Justicia, Caso N° 1100102030002012-02014-00, 27 de septiembre de 2012.

⁴⁵ Tribunal Constitucional: Caso N° 189-99AA/TC, 26 de octubre de 1999, Caso N° 6167-2005-PHC/TC, 28 de febrero de 2006; Caso N° 1567-2006-PA/TC, 30 de abril de 2006; Caso N° 00142-2011-PA/TC, 21 de septiembre de 2011.

Elina Mereminskaya

Abogada en la firma Bofill, Mir & Álvarez Jana, habiéndose desempeñado previamente como Consejera Especial para arbitraje internacional del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago (CAM Santiago). Imparte el curso de arbitraje comercial internacional en la Escuela de Postgrado de la Universidad de Chile, además de haber sido también profesora de distintas universidades chilenas en materias de derecho internacional privado, contratación internacional y arbitraje internacional. Autora del libro “Arbitraje Comercial Internacional en Chile: Desafíos y desarrollo”, publicado con Thomas Reuters en 2014.

A partir del año 2012, ha sido co-editora de los ITA Arbitration Reports, distribuidos por Kluwer International con el apoyo del Instituto para el Arbitraje Transnacional, y autora de numerosos trabajos sobre el arbitraje internacional. La Dra. Mereminskaya obtuvo su título de abogada en Rusia y los títulos de magíster y de doctora en derecho en Alemania. Es miembro de la International Bar Association (IBA).

El Orden Público en el Arbitraje Comercial Internacional: la experiencia chilena y comparada

Felipe Ossa



En las últimas décadas hemos presenciado cómo los instrumentos internacionales, las legislaciones domésticas y la práctica judicial han ido adoptando progresivamente un marcado enfoque *pro-arbitraje*.

Un elemento fundamental para consolidar esta tendencia es el respeto por la inmutabilidad de los laudos arbitrales; principio según el cual un laudo arbitral internacional únicamente puede ser revisado en circunstancias muy excepcionales y calificadas.¹ Este principio ha sido recogido en diversos tratados y normas, siendo la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional o UNCITRAL por sus siglas en inglés), la más importante.

La presunción de validez de los laudos arbitrales, también consagrada en la ley

*Socio en la firma Claro y Cia.,
especialista en arbitrajes
y litigios nacionales e
internacionales.*

La presunción de validez de los laudos arbitrales, complementa el principio de inmutabilidad, obligando a los Estados a reconocer los laudos como obligatorios salvo circunstancias extraordinarias y taxativas.

mencionada y en la Convención de Nueva York, complementa el principio de inmutabilidad, obligando a los Estados a reconocer los laudos como obligatorios salvo circunstancias extraordinarias y taxativas.² El Comité de Arbitraje Internacional de la ILA (*International Law Association*) recomienda que la inmutabilidad de los laudos dictados en el contexto de un arbitraje comercial internacional sea respetada, salvo en casos excepcionales.³

Una de las mayores amenazas a la inmutabilidad del laudo es la noción de *orden público*. Ciertamente este principio constituye un límite a la validez y eficacia de los laudos arbitrales. De hecho, la causal más socorrida para obtener la declaración de nulidad de los laudos o resistir su ejecución es la contravención del orden público; probablemente porque se trata de un concepto abierto, de contornos imprecisos, que admite diversas interpretaciones y que varía de un Estado a otro y de una época a otra.⁴ En efecto, “*la excepción de orden público es probablemente la causal más invocada a la hora de formular una oposición al reconocimiento o ejecución de los laudos arbitrales. La razón para ello puede ser la naturaleza vaga del orden público, que permite a todo abogado argumentar razonablemente (o al menos construir) una violación al orden público en cualquier laudo.*”⁵

Sin embargo, precisamente en razón del uso y abuso que se ha dado a esta causal es que los tribunales la han aplicado en forma rigurosa, restringiendo y acotando el concepto de orden público en materia de arbitraje comercial internacional. Así, “[a]un cuando la excepción a la ejecución fundada en el orden público es la más usada, confiar en ella es riesgoso, por cuanto los tribunales la interpretan de manera estrecha y rechazan la ejecución solamente de aquellos laudos que violarían las nociones más básicas de moralidad y justicia.”⁶

En particular, la tendencia de los Estados de restringir y acotar el concepto de orden público en materia de arbitraje comercial internacional se ha manifestado en:

- i) la aplicación restrictiva de la contravención del orden público como causal para anular el laudo o denegar su reconocimiento o ejecución;
- ii) la distinción entre orden público doméstico y orden público internacional; y
- iii) la prohibición de revisar los méritos del laudo al determinar la concurrencia de la causal de contravención al orden público.

La CNUDMI ha constatado que la mayoría de las decisiones en materia de orden público han confirmado el estrecho alcance de la disposición y que ésta debe aplicarse sólo en los casos más serios de injusticia procesal o sustantiva.

En primer lugar, la jurisprudencia y la doctrina comparadas se han inclinado por interpretar la causal referida a la contravención del orden público de manera restrictiva, resultando aplicable únicamente si el laudo arbitral ofende los principios más básicos y explícitos de justicia y equidad del Estado o si existe evidencia ignorancia o corrupción intolerables por parte del tribunal arbitral.⁷

La CNUDMI ha constatado que la mayoría de las decisiones en materia de orden público han confirmado el estrecho alcance de la disposición y que ésta debe aplicarse sólo en los casos más serios de injusticia procesal o sustantiva.⁸

En Chile, ya el primer fallo que resolvió una acción de nulidad de laudo basada en el orden público, señaló que esta causal “*debe aplicarse en forma restrictiva, limitándose sólo a la infracción de normas básicas y fundamentales del Estado chileno; ello con el fin de evitar que se limite la ejecución de laudos internacionales en Chile mediante la simple invocación del orden público local.*” En el mismo sentido

se ha pronunciado jurisprudencia posterior, exigiendo que la infracción sea manifiesta y revista de un grado de entidad suficiente para que se configure la causal de nulidad o denegación de ejecución del laudo.¹⁰

A modo de ejemplo, en el caso “*Vergara Varas con Costa Ramírez*” la Corte de Apelaciones de Santiago resolvió que el orden público, como límite a la validez y eficacia de un laudo, “[t]iene por objeto evitar la dictación o reconocimiento de una sentencia que sea manifiestamente contraria a la ley nacional, por ejemplo si se vulnera el derecho de las partes a un trato igualitario y a un debido proceso, o si supone algún fraude o corrupción del tribunal arbitral.”¹¹

Por otra parte, para acotar el orden público en materia de arbitraje comercial internacional los tribunales chilenos y extranjeros también han distinguido entre el orden público doméstico y el orden público internacional; siendo este último el resultado de una aplicación más estricta del primero, en una relación de género a especie.

En su investigación acerca del orden público como obstáculo al cumplimiento de laudos, el Comité de Arbitraje Internacional de la ILA concluyó que las legislaturas y los tribunales de varios países han procurado calificar o restringir el alcance del orden público tras la aplicación de un examen de *orden público internacional*.¹² La ICCA (*International Council for Commercial Arbitration*) y la CNUDMI también han constatado que la mayoría de los tribunales adoptan una interpretación más estricta del concepto.¹³

En este mismo sentido, la Corte de Apelaciones de Santiago, con ocasión de una acción de nulidad de laudo, resolvió que la causal de nulidad basada en el orden público de Chile “*hace referencia a lo que en el derecho internacional privado clásico se denomina orden público internacional. La aplicación de la noción de orden público internacional, en lugar del orden público que rige en el derecho interno, provoca que la anulación de laudos arbitrales por ese concepto se circunscriba a violaciones de extrema gravedad a los principios y reglas fundamentales del derecho de Chile.*”¹⁴

La parte solicitante de nulidad busco atacar esta decisión mediante un recurso de queja en contra de los jueces de la Corte de Apelaciones de Santiago, por haber declarado, entre otros, “*que la noción de orden público que recoge la ley*

19.971 es de un orden público internacional y no nacional”; pero dicho recurso fue considerado inadmisibile por la Corte Suprema de Chile.¹⁵

Según asevera el Comité de Arbitraje Internacional de la ILA, el orden público internacional de cualquier Estado se encuentra conformado por tres componentes fundamentales, cuya correcta identificación permite guiar al tribunal en el análisis de la validez del laudo, preservando el equilibrio entre la justicia y su inmutabilidad. Siguiendo este concepto, el orden público internacional incluiría únicamente los principios fundamentales de justicia y moralidad que el Estado pretende proteger aun cuando no se encuentre directamente involucrado, las reglas designadas para avanzar intereses esenciales de un Estado en materia política, social y económica, conocidas como “*leyes de policía*”; y la obligación del Estado de respetar sus obligaciones internacionales.¹⁶

Es cierto que con laxitud de criterio podría incorporarse un sinnúmero de hipótesis en estas tres categorías. Sin embargo, la doctrina y jurisprudencia internacional son bastante consistentes a la hora de aplicarlas solo en casos calificados y graves.

La tercera forma en que se ha restringido el orden público como motivo para anular un laudo o denegar su cumplimiento es la prohibición de revisar los méritos del laudo al analizar dicha causal. En efecto, si bien algunos tribunales han fallado que la invocación del orden público en un proceso de impugnación del laudo y/o de reconocimiento y ejecución del mismo justifica la revisión de sus méritos, la tendencia mayoritaria en el derecho comparado es la contraria.¹⁷

Si bien algunos tribunales han fallado que la invocación del orden público en un proceso de impugnación del laudo y/o de reconocimiento y ejecución del mismo justifica la revisión de sus méritos, la tendencia mayoritaria en el derecho comparado es la contraria.

En Chile, si bien no se ha reportado algún caso en que los tribunales hayan entrado a revisar el fondo del asunto con ocasión de esta causal, existen procedimientos de impugnación del laudo en que la Corte de Apelaciones de Santiago se ha pronunciado al respecto. En “*Ann Arbor Foods S.A. con Domino’s Pízza Internacional*”, la referida corte resolvió que la prohibición de revisión de los méritos no es absoluta y que el tribunal podría pronunciarse acerca del fondo por la vía de una eventual infracción al orden público chileno.¹⁸ Sin embargo, en un fallo posterior sostuvo la interpretación contraria, resolviendo que todas las causales de nulidad del laudo dicen relación únicamente con sus aspectos formales.¹⁹

En procedimientos de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales internacionales la Corte Suprema de Chile ha desestimado alegaciones de contravención del orden público, por estimar que son materias de fondo y escapan del control del *exequátur*. A modo de ejemplo, en “*Gold Nutrition Industria e Comercio Ltda.*”, el demandado argumentó que se habían infringido las leyes de la República y el orden público nacional, toda vez que el laudo arbitral permitió el anatocismo, siendo rechazada esta defensa por la Corte Suprema al considerarla un argumento de fondo, ajeno al *exequátur*.²⁰

Un aspecto particularmente delicado en esta materia es la eventual impugnación de un laudo por haber sido dictado con manifiestos errores de hecho o de derecho. Este es uno de los casos de mayor tensión entre el principio de inmutabilidad y el respeto al orden público. El dilema que se plantea es si el adecuado funcionamiento del arbitraje comercial internacional y la ampliación de su alcance para solucionar todas aquellas controversias entre comerciantes que requieren de la celeridad y eficiencia de esta institución, dotando de certeza y estabilidad a este tipo mecanismo de resolución de disputas, justifica la ejecución de laudos que puedan parecer claramente defectuosos o injustos.

La doctrina comparada ha señalado que “*el precio de esta inmutabilidad es que ciertos abusos procedimentales deben ser tolerados, y que laudos fáctica o jurídicamente inexactos pueden ser mantenidos, y ejecutados.*”²¹

Los tribunales españoles han reiterado de manera regular que alcanzar una composición extrajudicial expedita de las disputas, justifica la atribución del efecto de cosa juzgada a laudos que estaban evidentemente equivocados.²²

Las cortes francesas también han resuelto que los errores de hecho o de derecho que hayan podido cometer los árbitros en su decisión no son recurribles de anulación.²³

Así, tal como ha constatado la CNUDMI, muchos tribunales han estimado que, en la medida que las partes hayan sido tratadas con igualdad, el tribunal haya sido imparcial y se haya respetado el principio contradictorio, los errores de hecho o de derecho no habilitan a la jurisdicción estatal para invalidar un laudo arbitral.²⁴ El Comité de Arbitraje Internacional de la ILA también considera como un principio ampliamente aceptado que el orden público procesal no debe incluir la desatención de la ley o de los hechos.²⁵

En Chile, la Corte de Apelaciones de Santiago señaló en un caso ya citado que la petición de nulidad “no persigue la revisión de la valoración de la prueba rendida como tampoco la forma en la cual se ha aplicado el derecho para la solución del conflicto”.²⁶ Sin embargo, en una sentencia reciente el mismo tribunal parece insinuar que los errores manifiestos de hecho o de derecho podrían configurar un motivo para declarar la nulidad del laudo o denegar su reconocimiento o ejecución.²⁷

Finalmente, es interesante notar que, a pesar de su aplicación restrictiva, existe un consenso en la doctrina y la jurisprudencia en que la causal referida al orden público abarca tanto aspectos sustantivos como procesales.

En este sentido, el Comité de Arbitraje Internacional de la ILA señala como ejemplos de principios sustantivos fundamentales la prohibición de abuso del derecho, la buena fe, *pacta sunt servanda*, la prohibición de expropiación sin compensación, la prohibición de discriminación, la prohibición de actividades contra *bonos mores* como la piratería, el terrorismo, el genocidio, la esclavitud, el contrabando, el tráfico de drogas y la pedofilia.

A pesar de su aplicación restrictiva, existe un consenso en la doctrina y la jurisprudencia en que la causal referida al orden público abarca tanto aspectos sustantivos como procesales.

Como ejemplos de vulneraciones al orden público procesal indica la parcialidad del tribunal, la emisión del laudo por juez inducido o afectado por fraude o corrupción, el quebrantamiento de la justicia natural, la desigualdad de las partes en la elección del tribunal arbitral y la inconsistencia del laudo con otra decisión de un tribunal ordinario o arbitral que tiene efecto de *res judicata* en el foro de ejecución.²⁸

Por su parte, los tribunales chilenos han aseverado en los fallos antes citados que el orden público procesal internacional comprende las condiciones del debido proceso, el trato igualitario a las partes, la existencia de un procedimiento contradictorio, la imparcialidad del tribunal arbitral y la prohibición de fraude o corrupción de algunos de sus miembros; mientras que el orden público sustantivo incluye la prohibición del abuso del derecho, la protección de los intereses políticos, sociales y económicos esenciales del Estado y el respeto a las obligaciones asumidas por éste con otros estados u organismos internacionales.

Esta tendencia en el derecho local y comparado a restringir y acotar la causal de nulidad e ineficacia referida a la contravención del orden público refuerza la institución del arbitraje comercial internacional y permite que las partes puedan confiar en que la voluntad de sustraer sus controversias del ámbito de la jurisdicción estatal será respetada, salvo circunstancias excepcionales.

El Orden Público en el Arbitraje Comercial Internacional: la experiencia chilena y comparada

¹ “El examen y evaluación de los hechos y la relativa aplicación del derecho en una contienda sometida a arbitraje, es competencia exclusiva de los árbitros y no se admite revisión alguna de otra autoridad. Esta nota es connatural a los principios de irrecurribilidad y del carácter definitivo del laudo, así como del cumplimiento espontáneo de las partes, principios reconocidos por todas las legislaciones latinoamericanas y ya consagrados universalmente [...]” (Briceño Berrú, José Enrique, *Teoría y praxis del arbitraje comercial internacional en América Latina*, en: *Agenda Internacional*, Año XVIII, N° 29, 2011, p. 324).

² International Council for Commercial Arbitration, *Guía del ICCA para la Interpretación de la Convención de Nueva York de 1958. Un Manual para Jueces*, trad. Aozemstatd, Alexander, Corte Permanente de Arbitraje, Palacio de Paz, La Haya, ICCA, 2013, (en adelante “Guía ICCA”), p. 71.

³ Reporte Final sobre Orden Público como un Obstáculo al Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Internacionales del Comité de Arbitraje Internacional, Asociación de Derecho Internacional, Conferencia en Nueva Delhi (en adelante, “Reporte del CAI sobre Orden Público”), 2002, p. 2.

⁴ Al respecto, es ampliamente conocida la referencia al orden público formulada en *Richardson v. Mellish* (1824): “el orden público es un caballo difícil de domar, aun logrando montarlo, no sabe uno adonde lo va a conducir. Puede alejarte del buen derecho. Nunca es argumentado más que cuando los demás puntos fallan”. (Burroughs J. en *Richardson v. Mellish* 2 Bing. 229 1824, trad. por los autores).

⁵ Steiner, Szabolcs, *Public policy as ground for refusal of recognition of foreign arbitral awards with special focus on Austria and Hungary*, trad. por los autores, LL.M. Thesis, Central European University, Hungría, 2002, p. 2 (citando a Albert Jan van den Berg).

⁶ Curtin, Kenneth-Michael, ob. cit., p.7.

⁷ CNUDMI, *Compendio de la CNUDMI de jurisprudencia relativa a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*, Naciones Unidas (en adelante “Compendio CNUDMI”), 2012, p. 183, nota al pie N° 1029.

⁸ Compendio CNUDMI, p. 160, párrafo 129.

⁹ “*Publicis Groupe Holdings B.V. y Publicis Groupe Investments con Árbitro Don Manuel José Vial Vial*”, Rol N° 9134-2007, Corte de Apelaciones de Santiago, 4 de agosto de 2009.

¹⁰ “*Ann Arbor Foods S.A. con Domino’s Pízza Internacional*”, Rol N° 1420-2010, I. Corte de Apelaciones de Santiago, 9 de octubre de 2012; “*Vergara Varas con Costa Ramírez*”, Rol N° 1971-2012, I. Corte de Apelaciones de Santiago, 9 de septiembre de 2013.

¹¹ Rol N° 1971-2012, Corte de Apelaciones de Santiago, 9 de septiembre de 2013, consid. 17°, párrafo 3.

- ¹² Reporte del CAI sobre Orden Público, p. 3, párrafo 10.
- ¹³ Guía ICCA, p. 107; Reporte del CAI sobre Orden Público, p. 6, párrafo 24.
- ¹⁴ “Vergara Varas con Costa Ramírez”, Rol N° 1971-2012, Corte de Apelaciones de Santiago, 9 de septiembre de 2013, consid. 18°.
- ¹⁵ “Empresas Río Bonito S.A.”, Rol N° 7341-2013, Corte Suprema de Chile, 16 de diciembre de 2013, vistos N° 2, párrafo 2.
- ¹⁶ Reporte del CAI sobre Orden Público, p. 6.
- ¹⁷ Compendio CNUDMI, pp. 140 y 141.
- ¹⁸ “Ann Arbor Foods S.A. con Domino’s Piz̄za Internacional”, Rol N° 1420-2010, Corte de Apelaciones de Santiago, 9 de octubre de 2012., consid. 6°, párrafo 5.
- ¹⁹ “Vergara Varas con Costa Ramírez”, Rol N° 1971-2012, Corte de Apelaciones de Santiago, 9 de septiembre de 2013, consid 16°.
- ²⁰ “Gold Nutrition Industria e Comercio Ltda.”, Rol N° 6615-2007, Corte Suprema de Chile, 15 de septiembre de 2008.
- ²¹ Landolt Phillip, *Annulment of Swiss international arbitration awards for incompatibility with substantive public policy: first annulment in over twenty years*, en: Mealey’s International Arbitration Report, trad. por los autores, abril 2012, p.1.
- ²² Compendio CNUDMI, pp. 140 y 141.
- ²³ Amezaga, Bingen, *La Anulación de Laudos Arbitrales en Francia Jurisprudencia Reciente*, 2010, disponible en <http://www.ohadac.com/travaux/27/anulacion-de-laudo-en-francia.html>, p. 6.
- ²⁴ Compendio CNUDMI, p. 151, párrafo 80.
- ²⁵ Reporte del CAI sobre Orden Público, pp. 6-7, párrafos 28 y 29.
- ²⁶ “Vergara Varas con Costa Ramírez”, Rol N° 1971-2012, Corte de Apelaciones de Santiago, 9 de septiembre de 2013, consid. 28°, párrafo 3.
- ²⁷ “Constructora Emex Limitada con Organización para la Investigación Astronómica en el Hemisferio Sur”, Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 9211-2012, 10 de abril de 2014, consid. 3°, párrafo 4.
- ²⁸ Reporte del CAI sobre Orden Público, pp. 6-7, párrafos 28 y 29.

Felipe Ossa

Socio en la reconocida firma Claro y Cía. Enfoca su trabajo en las áreas de arbitrajes y litigios nacionales e internacionales. Ha actuado en procesos arbitrales ad-hoc y bajo las reglas de la Cámara de Comercio de Santiago (CAM Santiago), la Cámara Internacional de Comercio (ICC), el Centro Internacional para la Resolución de Disputas (ICDR), el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CLADI), y la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

Ha sido nombrado árbitro por el CAM Santiago y la CCI y ha participado como experto en derecho chileno ante tribunales arbitrales internacionales y cortes inglesas y norteamericanas, siendo destacado reiteradamente por Chambers and Partners y por Who's Who Legal, en las categorías de litigio y arbitraje.

El Dr. Ossa dicta clases en la Universidad de Chile, la Universidad Católica de Chile y la Universidad Adolfo Ibáñez, es autor de diversas publicaciones -entre ellas "El Arbitraje Internacional en la Jurisprudencia"- y frecuentemente participa como expositor en conferencias y seminarios realizados en Chile y en el extranjero. Obtuvo el grado de Licenciado en Derecho en la Pontificia Universidad Católica de Chile, y el de magister iuris en la Universidad de Oxford.



Situación del Arbitraje Comercial en América Latina y a Nivel Internacional

-
- 345 La Evolución del Arbitraje en América Latina: De la supuesta hostilidad a la evidente aceptación
Diego P. Fernández Arroyo
-
- 383 El Sistema de Ejecución de los Laudos Arbitrales Extranjeros en Chile
Alejandro Romero Seguel
-
- 401 Arbitraje Comercial Internacional en el Contexto Brasileño
Gilson Dipp
-
- 417 Reconocimiento y Ejecución de Laudos Extranjeros. Situación actual en El Salvador
Humberto Sáenz-Marinero
-
- 451 El Rol del Juez en el Derecho Francés de Arbitraje
Jean-Pierre Ancel
-
- 481 Derecho Aplicable a la Contratación y el Arbitraje Internacional
José Antonio Moreno Rodríguez

La Evolución del Arbitraje en América Latina: De la supuesta hostilidad a la evidente aceptación

Diego P. Fernández Arroyo



Una Evaluación a Medios de 2014

I. El mantra de la hostilidad latinoamericana hacia el arbitraje

El término hostilidad aparece casi siempre en las más variadas contribuciones sobre un ámbito tan vasto como es el arbitraje latinoamericano. En el mejor de los casos dicho término es usado para indicar que ahora dicha actitud se está volviendo menos agresiva.¹ Sin embargo, parece que el lugar común según el cual un generalizado sentimiento negativo respecto del arbitraje siempre existió o aún existe en América Latina, goza de buena salud. Es verdad que a veces el uso del vocablo se debe más bien a una repetición de clichés en la que nadie está totalmente a salvo de caer, pero incluso los más conspicuos autores, así como los trabajos más especiali-

Árbitro y consultor independiente, profesor del Instituto de Estudios Políticos de París (Sciences Po)

zados, a menudo se refieren a él.² Esto lleva a pensar que, indudablemente, hay algo que no funciona bien en nuestra región en relación con el arbitraje.

En esta sucinta contribución, que sólo busca ofrecer un panorama del arbitraje comercial internacional en América Latina, trataré de mostrar que, si no se introduce ningún matiz, el mencionado lugar común puede ser fuente de notables equívocos. En mi opinión, si alguna actitud hostil ha existido, la misma ha permanecido confinada al arbitraje con participación estatal y ha sido resultado de razones históricas relacionadas con cuestiones sensibles de soberanía e independencia. Fuera de ese ámbito específico, el arbitraje existió siempre en América Latina, incluso antes de la constitución de los Estados latinoamericanos, es decir, mucho antes de la existencia de lo que hoy se conoce como América Latina.³

Muchos de esos Estados incluyeron normas sobre arbitraje en sus constituciones y códigos del siglo XIX. Es verdad que esas reglas no eran apropiadas para desarrollar el arbitraje, sobre todo tal como él es actualmente (arbitraje “moderno”), pero su presencia indica a las claras que es totalmente inapropiado hablar sin matices de una hostilidad inicial o congénita, al menos como política oficial. El arbitraje fue aceptado siempre; sin embargo, las normas y las políticas subyacentes, ambas heredadas de viejas concepciones europeas en la materia, no permitieron un considerable desarrollo del arbitraje hasta hace relativamente poco tiempo, cuando la amplia mayoría de los Estados latinoamericanos abandonaron los viejos modelos (casi al mismo tiempo que también lo hicieron los países originarios de éstos). Y en materia de arbitraje de inversiones, si bien su aceptación fue mucho más complicada, es un dato objetivo que casi todos los Estados latinoamericanos lo utilizan actualmente para resolver sus controversias con inversores extranjeros.

Ahora bien, debe aceptarse que una cierta preocupación frente a la sumisión del Estado a jurisdicciones extranjeras (o *heterónomas*) y, en un sentido más amplio, frente a la posibilidad de que la soberanía estatal se vea condicionada por potencias o decisiones extranjeras ha existido en América Latina desde los mismos inicios de su historia y de algún modo sigue estando siempre allí. Casi no haría falta decir que tal preocupación, por un lado, nunca ha sido una peculiaridad de los países latinoamericanos⁴ y que, por otro lado, la his-

toria latinoamericana —en particular, pero no sólo, durante las últimas décadas del siglo XIX y las primeras del siglo XX— brinda un montón de razones para el surgimiento de sospechas acerca de la neutralidad y el sentido de justicia de esas potencias y decisiones. A fin de defenderse de las repetidas agresiones de las potencias extranjeras, los Estados de América Latina utilizaron diversos mecanismos, entre ellos, tal vez más por necesidad que por virtud, el derecho. Varias doctrinas jurídicas surgieron así como respuesta a situaciones particulares, algunas de gran gravedad institucional. La más célebre de todas es sin dudas la Doctrina Calvo.

Muchos autores repiten que la raíz de la supuesta actitud hostil de América Latina respecto del arbitraje puede encontrarse en la fuerza de esta Doctrina,⁵ la cual fue adoptada como principio por la mayoría de los ordenamientos jurídicos de la región. Según esta difundida opinión, la Doctrina Calvo —a veces considerada conjuntamente con la Doctrina Drago y a menudo confundida con la Cláusula Calvo— habría bloqueado el desarrollo del arbitraje mediante la afirmación de que los inversores extranjeros deben someterse a los tribunales judiciales del Estado de acogida.

Sin embargo, la realidad es que la Doctrina Calvo surgió como una respuesta al abuso de la protección diplomática y la Doctrina Drago como una reacción contra el uso de la fuerza para el cobro de la deuda pública.⁶ Es decir que las materias directamente afectadas por estas doctrinas eran los contratos de Estado y los intereses públicos inherentes a los mismos. Por lo tanto, no debían ser, en principio, la causa directa de algún tipo de resistencia contra el arbitraje comercial o el arbitraje en general.

No por azar los Estados latinoamericanos han sometido siempre y sin mayores inconvenientes sus controversias incluyendo las referidas a la determinación de las fronteras, a tribunales judiciales internacionales y a árbitros extranjeros, en tanto y en cuanto les han parecido confiables y han podido elegirlos libremente.

Un número considerable de datos confirma que en la medida en que la neutralidad y la justicia parecían respetarse la actitud prevaleciente no ha sido significativamente hostil al arbitraje desde una perspectiva política.⁷ Al menos, no ha sido menos favorable que la actitud general de los Estados de otras regiones del mundo. No por azar los Estados latinoamericanos han sometido siempre y sin mayores inconvenientes sus controversias (incluyendo las referidas a la determinación de las fronteras, controversias en las cuales la soberanía está profundamente enraizada) a tribunales judiciales internacionales y a árbitros extranjeros, en tanto y en cuanto esos jueces y árbitros les han parecido confiables y han podido elegirlos libremente.⁸ En general, las decisiones adoptadas en consecuencia se han cumplido sin mayores problemas.⁹

Y cuando el sistema de solución de controversias del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) empezó realmente a funcionar a toda máquina, los viejos temores se transformaron en algunas actitudes concretas de desconfianza, cuando no de rechazo. Fue en ese momento —hace unos pocos años— que cierto escepticismo en relación con el arbitraje tuvo algo más que quince minutos de fama. En otras palabras, aquellas preocupaciones más o menos difusas respecto de las actividades de los Estados y de las presiones foráneas sobre ellos, comenzaron a generar cierto malestar en relación con el arbitraje de inversiones, llegando incluso a producir, en algunos casos, una desconfianza más general hacia el arbitraje como mecanismo para la solución de disputas.¹⁰

Algo totalmente diferente es la existencia del vínculo estrecho entre el arbitraje y el derecho procesal que, heredado de Europa, aún provoca dificultades prácticas para resolver controversias jurídicas en la región (al igual que sucede en otros países del mundo).¹¹ Es, en efecto, evidente que el arbitraje moderno tiene muy poco que ver con el derecho procesal tradicional. Y esto es así incluso en los países en los cuales la reglamentación del arbitraje continúa atrapada en los códigos procesales. Mientras el procedimiento arbitral moderno es esencialmente flexible, el procedimiento judicial en muchos sistemas jurídicos tiende a ser rígido y formalista, con lo cual las coincidencias entre ambos son a menudo poco más que meras casualidades. En ese contexto, varios sistemas jurídicos han tenido problemas para encontrar la localización adecuada para el arbitraje en su propio esquema jurídico. Así, algunos de ellos siguen viendo al arbitraje como una excepción al “*juez na-*

tural” (o a la “*jurisdicción ordinaria*”) y, en consecuencia, fomentan una interpretación restrictiva del alcance de los convenios arbitrales.¹² Para otros, el arbitraje queda encajado de algún modo en la jurisdicción local y, por lo tanto, las normas generales aplicables al procedimiento judicial (por ejemplo, las relativas a los recursos admisibles) se consideran en principio aplicables al procedimiento arbitral. Existieron también viejos instrumentos técnicos que impidieron un normal desarrollo del arbitraje, que aún sobreviven en algún ordenamiento totalmente desfasado. Entre ellos, pueden mencionarse la exigencia de un “*compromiso*” entre las partes para validar un convenio arbitral previo¹³ y el requisito del reconocimiento judicial del laudo en el Estado de la sede del arbitraje a fin de que el laudo pueda ser reconocido en el extranjero. Este tipo de hostilidad *conceptual* fue sin dudas mucho más difícil de superar que la pretendida hostilidad *política* referida anteriormente. Acaso la principal razón para eso fue que la (no) evolución del arbitraje estuvo tradicionalmente bajo el control de la doctrina procesalista.

No puedo terminar esta suerte de introducción sin hacer una última –y acaso demasiado obvia– consideración. Aunque el título y numerosas referencias de esta contribución se refieran en general a *América Latina* o al *arbitraje latinoamericano*,¹⁴ es evidente que, al igual que sucede en muchos otros ámbitos jurídicos y no jurídicos, la realidad a la que aluden todas esas referencias dista de ser homogénea. Incluso utilizando el concepto de América Latina en su acepción más estricta, la que se concreta en los veinte Estados independientes que fueron colonias de España, Portugal y Francia, las actitudes respecto del arbitraje difieren de país a país, del mismo modo que sucede en materias tales como la política, la economía o las relaciones internacionales, entre muchas otras. En consecuencia, cualquier generalización en materia de arbitraje lleva inevitablemente aparejado el riesgo de errores y malentendidos.

II. El marco jurídico actual

1. Instrumentos internacionales

No cabe duda que los Estados latinoamericanos en su conjunto no han querido quedarse al margen de la ola codificadora mundial en material de arbitraje comercial internacional. Todos los Estados latinoamericanos son partes de la Convención de Nueva York de 1958 sobre el reconocimiento

La promoción del arbitraje como mecanismo de resolución de controversias ha sido objeto, con diferentes alcances y modalidades, de políticas específicas en el MERCOSUR, la Comunidad Andina de Naciones y el Sistema de la Integración Centroamericana.

y la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, el instrumento multilateral más influyente y significativo del derecho de comercio internacional.¹⁵ Además, sólo dos de ellos, Cuba y Haití, no se han sumado al principal instrumento regional en materia de arbitraje, la Convención interamericana de arbitraje comercial internacional hecha en Panamá en 1975 en el marco de la Organización de los Estados Americanos.¹⁶

Si actuando individualmente todos los Estados latinoamericanos han expresado su conformidad con las consideraciones generales básicas que comparte la comunidad internacional respecto del arbitraje, su actitud no ha

sido muy diferente en su actuación colectiva, como esquemas de integración económica subregional o en la conformación de zonas de libre comercio. En particular, la promoción del arbitraje como mecanismo de resolución de controversias ha sido objeto, con diferentes alcances y modalidades, de políticas específicas en el MERCOSUR,¹⁷ la Comunidad Andina de Naciones (CAN)¹⁸ y el Sistema de la Integración Centroamericana (SICA).¹⁹ También aparecen reglas específicas sobre la promoción del arbitraje en tratados de libre comercio en los que participan Estados latinoamericanos.²⁰ Sin embargo, ni el indudable interés en la promoción del arbitraje ni la adopción de algunos instrumentos regionales en la materia aseguran por sí mismos el mejoramiento de las condiciones para el desarrollo del arbitraje. Al contrario, a pesar de los esfuerzos, cada vez que las decisiones concretas y los instrumentos específicos no son apropiados los resultados se revelan inútiles cuando no directamente negativos.²¹

Además de estas realizaciones institucionales surgidas en el marco de las organizaciones subregionales de integración económica, existen otras ini-

ciativas de carácter académico y/o profesional cuyo alcance o proyección abarca a toda la región. Tal vez las más significativas han sido hasta ahora las encarnadas por la Conferencia Latinoamericana de Arbitraje (CLA), que se reúne cada año a principios de junio, la Competencia Internacional de Arbitraje organizada conjuntamente por la Universidad de Buenos Aires y la Universidad del Rosario de Bogotá, y, aunque no sean “puramente” regionales, las reuniones motorizadas por la Cámara de comercio Internacional (CCI) vinculadas con la región, tanto la general que se realiza en noviembre en Miami como la específica del Grupo Latinoamericano de Arbitraje de la CCI que se reúne en septiembre alternativamente en París y en algún lugar de América Latina. También merecen ser mencionadas otras iniciativas como la Asociación Latinoamericana de Arbitraje (ALARB) y el Instituto Latinoamericano de Arbitraje.²²

2. Normas estatales

A nivel local, los Estados latinoamericanos también experimentaron un intenso impulso modernizador durante las últimas dos décadas,²³ los que van desde la reforma del derecho arbitral mexicano en 1993²⁴ a la nueva legislación colombiana en la materia.²⁵ Casi todos los países de la región adoptaron nuevas legislaciones de arbitraje y las siguen modernizando, la mayoría de ellos bajo la influencia directa o indirecta de la Ley Modelo de arbitraje comercial internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o mejor conocida como UNCITRAL por sus siglas en inglés). Oficialmente, UNCITRAL reconoce entre los Estados cuyo derecho arbitral se basa en la Ley Modelo a Costa Rica (2011), Chile (2004), Guatemala (1995), Honduras (2000), México (1993/2011), Nicaragua (2005), Paraguay (2002), Perú (1996, 2008), República Dominicana (2008) y Venezuela (1998).²⁶ Ahora bien, la mayoría de los que no “*merecieron*” la etiqueta UNCITRAL recibieron una potente, aunque heterogénea, influencia de las soluciones pergeñadas en la Ley Modelo. Puede decirse, por lo tanto, que, al menos desde una perspectiva formal, el derecho estatal latinoamericano en materia de arbitraje no debería ser muy diferente a los derechos de Noruega, Nueva Zelandia, California, Zambia o Azerbaiyán. En ese panorama de desarrollo virtuoso se hacen más visibles las excepciones²⁷ y los retrocesos.²⁸

En ese contexto, dos particulares experiencias nacionales merecen destacarse. La primera es la de Brasil, que representa el cambio más profundo en la región. En efecto, si un país merecía los epítetos generalmente aplicados indiscriminadamente a todos los Estados latinoamericanos en materia de derecho arbitral, ese era Brasil. Precisamente, sobre la base de argumentos soberanistas, este país, y muy especialmente sus jueces y tribunales fueron tradicionalmente refractarios al desarrollo del arbitraje entendido como una opción diferente a la del aparato judicial del Estado. Eso explica el hecho de que cuando Brasil se dotó finalmente de una ley de arbitraje satisfactoria en términos generales,²⁹ la misma tuviera que verse congelada durante cinco años antes de poder ser puesta efectivamente en práctica.³⁰

Sin embargo, una vez que dicho obstáculo jurídico fue removido, el desarrollo del arbitraje en Brasil no para de sorprender tanto a los actores locales como a los observadores extranjeros. El número de instituciones, programas académicos, publicaciones y eventos internacionales relacionados con el arbitraje está en permanente crecimiento.³¹ La confianza en –y la familiaridad con– el arbitraje de los empresarios brasileños es hoy mucho más amplia que la que supo ser. Es verdad que los tribunales judiciales brasileños fueron aprendiendo a tratar los casos de arbitraje a medida que éstos se fueron presentando. Pero teniendo en cuenta que esta actividad sufrió un crecimiento impresionante, cabe afirmar que los resultados de ese aprendizaje forzado son altamente satisfactorios.

Un catalizador importante para el cambio de actitud fue la transferencia, por medio de la Enmienda constitucional 45/2005, de la competencia para el reconocimiento de decisiones judiciales y arbitrales extranjeras desde el *Supremo Tribunal Federal* (STF, el más alto tribunal brasileño, encargado del control constitucional de las leyes) al *Superior Tribunal de Justiça* (STJ). La jurisprudencia vino a confirmar la primera impresión de los especialistas, quienes en general saludaron la modificación ya que el carácter más especializado y progresista del STJ en relación con el STF debía normalmente resultar en una mejora del tratamiento de los laudos arbitrales extranjeros en Brasil.³² Hoy en día, las decisiones judiciales, tanto a nivel federal³³ como estatal³⁴ claramente muestran un fuerte apoyo al arbitraje.³⁵ Un proyecto de reforma legislativa, que busca entre otras cosas la ampliación de la arbitrabilidad y el desarrollo del régimen de la adopción de medidas cautelares por los tribunales arbitrales, está actualmente en tratamiento parlamentario.³⁶

La otra experiencia nacional especialmente destacable es el surgimiento del *avantgardisme* peruano. Como es sabido, en 1996 Perú había adoptado una ley de arbitraje inspirada en la Ley Modelo de la CNUDMI y su funcionamiento había sido reconocido como ampliamente satisfactorio por los practicantes y por los académicos. Sin embargo, en 2008, Perú aprobó una nueva ley de arbitraje,³⁷ tomando en cuenta las modificaciones introducidas en la Ley Modelo en 2006. Pero la novedad del derecho arbitral peruano no se agota en la recepción de la Ley Modelo, sino que él contiene toda una serie de disposiciones no muy usuales, sobre todo en esta parte del planeta.³⁸

El tratamiento del recurso de nulidad del laudo arbitral es tal vez la que mejor refleja el espíritu de la transformación del derecho arbitral peruano operado a partir de la Ley de 1996: por un lado, el derecho a atacar el laudo arbitral por nulidad puede ser excluido por las partes, siempre que ellas no tengan ninguna relación con el Perú;³⁹ por otro lado, la presentación de un recurso de nulidad no suspende la ejecución del laudo, aunque la suspensión puede operarse a instancia de parte mediando una garantía suficiente.⁴⁰

En términos más generales, la característica principal de la Ley de arbitraje en vigor es la clara restricción de la intervención judicial en el procedimiento arbitral, excepto cuando tal intervención es expresamente establecida por la Ley⁴¹ y, en particular, cuando una de las partes presenta un recurso de nulidad del laudo (y esto con la restricción antes mencionada).⁴² Coherentemente, según la Ley, todas las referencias a los jueces en su rol de personas encargadas de resolver las controversias que se les someten se consideran también aplicables a los árbitros, en la medida en que se haya celebrado un convenio arbitral y la materia sobre la cual el mismo recae sea “*arbitrable*.”⁴³

Otra norma interesante es la que establece que el convenio arbitral debe extenderse a todos los que han manifestado su consentimiento por medio de su participación activa y decisiva en el contrato en el cual el convenio arbitral se inserta o que de otro modo se relacionan con el convenio arbitral.⁴⁴ En suma, lo que debe resaltarse respecto de la Ley peruana de arbitraje es su abierta llamada a la localización de arbitrajes internacionales en el país.

Cabe agregar un párrafo para la última propuesta de reforma del derecho arbitral argentino, actualmente en curso. Se trata de un capítulo dedicado

al “contrato de arbitraje” dentro del Proyecto de Código unificado civil y comercial.⁴⁵ Con ese título aparentemente modesto, lo que se ha incorporado en el cuerpo del Proyecto es una verdadera reglamentación moderna del arbitraje privado, concebida sobre la base de principios aceptados a escala global y reflejados en la Ley Modelo de la CNUDMI. En general, la modernización del derecho del arbitraje en los países latinoamericanos ha coincidido con su liberación del yugo de los códigos procesales civiles. Con su Proyecto de 2012, Argentina vendría a sumarse a esta saludable tendencia sin ir sin embargo hasta la adopción de una ley autónoma como hubiera sido deseable.⁴⁶

Es evidente que la vía elegida no es la ideal. Se trata de una decisión pragmática, motivada por el deseo de no dejar pasar la oportunidad de cambio⁴⁷ y fundada en la máxima según la cual “lo mejor es enemigo de lo bueno.”⁴⁸ La cuestión esencial es separar al arbitraje tanto de la rigidez de las concepciones tradicionales del derecho procesal argentino, como de la estructura jurisdiccional del Estado. Lógicamente, esto no quiere decir que no haya buenas decisiones judiciales en materia de arbitraje en este país.⁴⁹ Yo iría todavía más lejos: tiene mucho más mérito dictar buenas decisiones con normas de arbitraje obsoletas⁵⁰ como hacen los tribunales argentinos (o uruguayos)⁵¹ —por no hablar de la redacción de ciertas cláusulas arbitrales con las que se suelen encontrar⁵²— que hacerlo con normas sofisticadas. Con todo, la adopción del texto propuesto —en su versión original— es más que deseable. Y esto no tanto porque se incluyan en él los criterios elementales de todo instrumento moderno de arbitraje, como la autonomía de la cláusula arbitral o la competencia-competencia, sino por la decisión de terminar con la interpretación restrictiva del convenio arbitral imponiendo la interpretación que conceda a éste mayor eficacia.⁵³

III. Las tendencias visibles en la jurisprudencia latinoamericana en materia de arbitraje

1. Los publicitados casos negativos

La aprobación de nuevas leyes de arbitraje, las cuales, con la excepción del caso mexicano, se configuran como leyes especiales, al margen de los códigos procesales (en el caso de México se trata del Código de comercio), refle-

ja una actitud claramente favorable al desarrollo de este mecanismo para la resolución de disputas. A través de estos textos los Estados están enviando señales positivas para el arbitraje.

Sin embargo, la recepción de dichas señales no es homogénea y su implementación no está exenta de contradicciones. En países en los cuales impera, con más o menos matices, la separación de poderes, no es raro que los tribunales judiciales no sigan la mismas pautas que el poder ejecutivo e incluso que el poder legislativo. En algunos supuestos, los tribunales mejoran las soluciones brindadas por el legislador pero, en otros casos, demoran —cuando no bloquean— los desarrollos alcanzados o pretendidos a través de la aprobación de nuevos textos legales o la aceptación de instrumentos internacionales.

Como ejemplo paradigmático en este sentido cabe mencionar la Ley brasileña de arbitraje de 1996, la cual estuvo parada en el *Suprême Tribunal Federal* cinco largos años a raíz de una intrincada discusión acerca de su constitucionalidad.⁵⁴ Otros tipos de dicotomía entre las normas de arbitraje y la práctica judicial son denunciados en diversos Estados de la región.⁵⁵ Sin ninguna duda, una razón importante para la producción de contradicciones y de decisiones paradójicas radica en la proliferación de controversias arbitrales con participación de partes estatales, las cuales suelen atraer argumentos más políticos que jurídicos. De hecho, casi todos los casos “famosos” considerados contrarios al arbitraje (*Termorío*⁵⁶ en Colombia, *Copef*⁵⁷ en Brasil, *Cartellone*⁵⁸ y *Yaciretá*⁵⁹ en Argentina) fueron casos relativos a relaciones jurídicas con parte estatal.

También existía participación estatal en un caso boliviano más reciente en el cual nada menos que el Tribunal constitucional plurinacional adoptó una decisión que considera que la nulidad de un contrato sólo puede ser pronunciada por un órgano judicial porque las nulidades son “*de orden e interés público.*”⁶⁰ Hay sin embargo también decisiones *raras* recientes que no tienen que ver con la participación de partes estatales en el arbitraje. Entre las más llamativas cabe destacar la decisión venezolana que anula un laudo arbitral dictado en los Estados Unidos bajo el fundamento de la violación del orden público venezolano, del derecho al juez natural y del derecho de acceso efectivo a la justicia.⁶¹

2. Los menos conocidos (y más numerosos) casos positivos

Aun sin perder de vista los datos anteriores, una mirada a la jurisprudencia reciente de los tribunales estatales latinoamericanos permite darse cuenta, de una parte, que el arbitraje se ha convertido en una vía real –y, en muchos casos, preferida– para la resolución de controversias y, de otra parte, que los tribunales judiciales están apuntalando cada vez más decididamente este desarrollo, algunas veces yendo más allá de lo que el propio marco normativo en principio les permitiría contemplado con una actitud positivista.⁶²

Incluso sin llevar a cabo un análisis exhaustivo de las decisiones judiciales en materia de arbitraje, es muy fácil percibir una clara tendencia pro-arbitraje en la región. Por supuesto, decisiones malas, equivocadas y hasta incomprensibles también se encuentran de tanto en tanto y no sólo en casos con participación de Estados o empresas públicas. Sin embargo, ese tipo de decisiones no es una rareza exclusiva de los tribunales latinoamericanos.

Puede decirse que la jurisprudencia argentina, considerada globalmente y en la medida en que sólo partes privadas son concernidas, es hoy en día claramente favorable al arbitraje. Esta impresión no se ve afectada por el hecho de que puedan reportarse algunas decisiones judiciales en materia de arbitraje en las cuales los tribunales no aplican los instrumentos apropiados, señaladamente las Convenciones de Nueva York y Panamá. Así, en *Reef Exploration*, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sin siquiera mencionar dichos textos, admitió la ejecución de un laudo emitido en los Estados Unidos a pesar de la adopción previa de una medida anti-arbitraje por un tribunal argentino.⁶³

En varias oportunidades los tribunales argentinos han rechazado recursos de nulidad que invocaban errores en el razonamiento del laudo, afirmando que de otro modo se estaría poniendo en riesgo la misma naturaleza del arbitraje.⁶⁴ La Corte Suprema no ha sido ajena a esta tendencia generalizada, yendo bastante más lejos de lo que habitualmente se cree. Incluso en 2004, año en que se produjeron dos controvertidas decisiones en materia arbitral,⁶⁵ la Corte Suprema aceptó, en *Goiyman c. Gomer*,⁶⁶ la validez de un convenio arbitral incluido en un contrato de trabajo que había sido “internacionalizado” debido a la entrada de nuevos socios en la compañía. En realidad, el res-

peto a los acuerdos libremente estipulados por las partes es admitido desde hace mucho tiempo en Argentina; eso es especialmente notorio en relación con los pactos que derogan la jurisdicción argentina a favor de tribunales judiciales o arbitrales con sede fuera del país,⁶⁷ cuyas excepciones deben ser interpretadas restrictivamente. En suma, puede decirse que en general la jurisprudencia arbitral argentina, a pesar de una legislación claramente fuera de época, ha sabido estar a la altura de las exigencias actuales.

En Colombia, hay también una tendencia remarcable al respeto de las decisiones adoptadas en el extranjero. Así, la Corte Suprema de Justicia⁶⁸ ha elaborado una noción de orden público en cuanto obstáculo al despliegue de efectos de una decisión extranjera, subrayando su carácter excepcional y estableciendo, entre otras cosas, que:⁶⁹ no todas las normas imperativas colombianas deben ser aplicadas sino sólo aquellas que encarnan principios fundamentales; el reconocimiento de las decisiones extranjeras no implica la revisión del fondo de las mismas; la noción de orden público debe definirse respecto a principios internacionales, como un requerimiento del mundo globalizado.

Esta decisión de la Corte Suprema fue atacada, invocando la violación del derecho defensa, ante la Corte Constitucional, la cual, al rechazar el recurso, confirmó la noción elaborada por la Corte Suprema añadiendo que no resultaría admisible que los tribunales colombianos pretendieran extender su competencia para analizar si las normas sustantivas del derecho privado colombiano son idénticas a las del Estado de origen de la decisión.⁷⁰ Estos principios se traducen perfectamente a la materia arbitral en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, *Petrotesting Colombia*, de 27 de julio de 2011,⁷¹ en la cual además se descartan una a una todas las causales de rechazo de la ejecución de un laudo extranjero. También debe ponerse de relieve la estricta actitud de los tribunales judiciales de este país en lo relativo a los recursos de nulidad contra el laudo⁷².

Una línea de razonamiento no muy diferente puede encontrarse en una interesante sentencia chilena adoptada por la Corte de Apelaciones de Santiago⁷³. En ella la Corte rechazó el recurso que exigía la nulidad de un laudo afirmando, por un lado, que la intervención judicial cuando existe un con-

venio arbitral debe ser excepcional y, por otro lado, que la noción de orden público debe ser interpretada restrictivamente. Poco tiempo después, la Corte Suprema⁷⁴ aceptó el exequátur de un laudo arbitral adoptado en Nueva York subrayando que, a pesar de la oposición del demandado, la finalidad del exequátur no consiste en la revisión de los méritos de la decisión.

Para la Corte, aunque el demandado invocara la violación de sus derechos de defensa, el objetivo real de su recurso era la revisión del fondo y de la apreciación de las pruebas, las cuales están excluidas del procedimiento de exequátur.⁷⁵ Más recientemente, la Corte Suprema ha vuelto a descartar con contundencia la utilización de artilugios para solicitar la nulidad de un laudo arbitral.⁷⁶

En México, la actitud favorable de los tribunales judiciales en relación al arbitraje, en particular en lo que se refiere al reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros, viene siendo destacada desde hace muchos años.⁷⁷ Muchas decisiones recientes confirman esta tendencia. En particular, cabe mencionar algunas decisiones de altas cortes mexicanas,⁷⁸ así como algunas *tesis* elaboradas por la Suprema Corte de Justicia,⁷⁹ que limitan el recurso de nulidad y clarifican su misma definición.

Por último, es muy importante destacar que también los tribunales venezolanos se inscriben en la misma corriente. Aún cuando dos salas del Tribunal Supremo de Justicia han mantenido durante algún tiempo diferentes puntos de vista respecto del arbitraje, el apoyo a este mecanismo para la resolución de controversias fue confirmado vehementemente por la Sala Constitucional, la cual, valga recordarlo, tiene la última palabra en la materia.⁸⁰ En efecto, mientras la Sala Político-Administrativa ha mostrado a veces cierta resistencia para validar el convenio arbitral basándose en los defectos o en la falta de precisión de su redacción,⁸¹ la Sala Constitucional ha insistido en la total legitimidad del arbitraje como mecanismo de resolución de controversias.

Así, esta sala ha recordado la existencia del derecho fundamental al arbitraje inserto en una noción eficiente del derecho de acceso a la justicia⁸² y que cualquier norma jurídica o interpretación judicial contra el mandato constitucional de promoción y desarrollo del arbitraje (y otros medios no judiciales de resolución de controversias, art. 258 de la Constitución venezolana) debe

ser considerado inconstitucional.⁸³ A fines de 2010, la Sala Constitucional, en una erudita decisión, digna de elogio, reafirmó el principio de competencia-competencia rechazando en forma contundente los argumentos previamente vertidos en el mismo caso por la Sala Política-Administrativa.⁸⁴ Cabe subrayar que varias sentencias posteriores de esta sala parecen sugerir que el criterio de la Sala Constitucional ha terminado por imponerse.⁸⁵

Podrá pensarse que me he cuidado de hacer una selección de decisiones favorables, pero no es el caso. Simplemente me he limitado a subrayar unas pocas de ellas relativas a cuestiones esenciales, que sirven para confirmar que, en el contexto actual, la mayoría de los ordenamientos jurídicos latinoamericanos ofrecen un ambiente adecuado para el arbitraje y que los tribunales judiciales están mejorando sus respuestas a los problemas de aplicación causados por las normas en vigor.

IV. Algunas cuestiones particulares

Para completar este panorama sobre las tendencias actuales del arbitraje internacional en América Latina, al menos tres cuestiones deben ser puestas de relieve: la participación creciente de América Latina en el arbitraje internacional, la constitucionalización del arbitraje y el lugar atribuido al arbitraje en los ordenamientos jurídicos nacionales.

1. Incremento de la participación latinoamericana en el arbitraje comercial internacional

La adopción de –hablando en general– buenas leyes de arbitraje⁸⁶ y la ratificación de los instrumentos internacionales en la materia,⁸⁷ de un lado, y las tendencias jurisprudenciales positivas antes mencionadas,⁸⁸ de otro lado, reflejan el estado actual de la evolución del arbitraje en América Latina.

Ahora bien, no necesariamente indica la percepción real de dicho estado de parte de la comunidad de los negocios. La cuestión radica, por tanto, en ver si la profunda modificación del marco jurídico ha provocado mayor confianza en el arbitraje y, más concretamente, un incremento en el número de arbitrajes desarrollados en la región.

Como se refleja en las estadísticas que maneja la Corte de arbitraje de la CCI durante la última década más de un 10% de los casos registrados en dicha institución tuvieron al menos una parte proveniente de América Latina o del Caribe.

La respuesta es un sonoro sí. En varios países latinoamericanos el número de casos sometidos a arbitraje experimentó un aumento impresionante.⁸⁹ El incremento de casos sometidos a procedimientos arbitrales es también notorio en otros países como Brasil, Chile, Panamá o México.⁹⁰ Igualmente, la multiplicación de instituciones arbitrales⁹¹ estaría indicando la existencia de un ambiente favorable en círculos profesionales y académicos. Los libros sobre “arbitraje latinoamericano”⁹² y las revistas especializadas dedicadas al arbitraje parecen multiplicarse.

De hecho, el arbitraje se ha convertido en una opción real para las partes latinoamericanas, como se refleja en las estadísticas que maneja la Corte de arbitraje de la CCI. Es interesante confirmar que durante la última década constantemente más de un 10% de los casos registrados en dicha institución tuvieron al menos una parte proveniente de América Latina o del Caribe.⁹³ Es también sorprendente que Argentina, Brasil y México están entre los doce Estados que brindan más árbitros a la CCI.⁹⁴

Es verdad que en muchos de los casos sometidos a arbitraje CCI en los cuales una parte es latinoamericana la sede del arbitraje es localizada fuera de la región. Sin embargo, la radicación de estos casos en algunos Estados latinoamericanos ya no constituye una rara excepción. Por el contrario, en la actualidad, “grandes” casos con partes latinoamericanas se someten a tribunales arbitrales cuya sede se fija en ciudades latinoamericanas, bajo los auspicios de instituciones arbitrales de renombre mundial.⁹⁵

2. Constitucionalización del arbitraje

El término “*constitucionalización*” admite, en el contexto del arbitraje latinoamericano, al menos dos perspectivas de análisis. De entrada, dado que algunas constituciones contemporáneas incluyeron expresamente una especie de derecho

fundamental al arbitraje –que va de la mano con el deber de los poderes públicos de promover este mecanismo de resolución de controversias⁹⁶– uno estaría tentado de pensar que el arbitraje tiene un fortísimo apoyo institucional.⁹⁷ Pero al final, según algunos puntos de vista, dicha caracterización estaría abriendo las puertas a un particular ataque contra el arbitraje y más específicamente contra el laudo, sobre la base de supuestas violaciones de principios constitucionales.⁹⁸ En efecto, pareciera que es en esta corriente de constitucionalización que laudos adoptados por tribunales arbitrales con sede en Estados latinoamericanos son impugnados mediante diferentes tipos de recursos judiciales extraordinarios.⁹⁹

Un tema interesante, entre otros, es saber si dichos recursos pueden ser invocados directamente contra el laudo o únicamente contra la decisión judicial que resuelve un recurso de nulidad o la ejecución de un laudo. En México, por ejemplo, el singular mecanismo judicial conocido como “amparo” puede ser usado para atacar decisiones judiciales vinculadas con el laudo pero no el laudo en sí.¹⁰⁰ En Perú, aunque la Corte Constitucional autorizó el *amparo* contra el laudo arbitral, la Corte Superior de Justicia de Lima, aplicando una noción introducida en la Ley de arbitraje de 2008, afirmó que dicho recurso no puede utilizarse para revisar los mismos argumentos previamente invocados en el procedimiento de anulación del laudo.¹⁰¹ En Venezuela, el Tribunal Supremo de Justicia admite el “*amparo constitucional*” incluso contra laudos extranjeros.¹⁰² Por supuesto, uno puede reducir estas cuestiones a una discusión entre “*viejas concepciones*” sobre el orden jurídico y el “*nuevo pluralismo jurídico*” y decir que el arbitraje comercial internacional actual no puede estar sometido a ninguna constitución.¹⁰³ El problema puede consistir en convencer a algunos tribunales con esos argumentos tan sofisticados.¹⁰⁴

3. El lugar del arbitraje en el contexto jurisdiccional

El progreso legislativo y judicial en materia de arbitraje sigue chocando, en muchos casos, con los obstáculos provocados por ciertas concepciones tradicionales del derecho procesal. De hecho, tal vez el tema más importante en los sistemas jurídicos latinoamericanos es la extendida visión del árbitro como un componente de la organización jurisdiccional local. El sentido de esta concepción de base es que al elegir la sede del arbitraje las partes no sólo están eligiendo un lugar geográfico sino también el marco jurisdiccional dentro del cual se desarrollará la actividad del tribunal arbitral.

Como resultado, dicha actividad será sometida al control de las altas autoridades judiciales del Estado de la sede y el tribunal arbitral estará conminado a aplicar algunas reglas procesales (e incluso sustantivas) de ese Estado.

Por cierto, tal concepción no es para nada una particularidad de ciertos Estados latinoamericanos.¹⁰⁵ Lo que interesa destacar es que ella puede configurar un obstáculo a la normal aplicación del principio de competencia-competencia. Precisamente, la consideración del tribunal arbitral como un órgano del cuerpo judicial del Estado puede provocar, por ejemplo, que cada vez que la competencia de un tribunal arbitral es cuestionada delante un tribunal judicial que es tenido como competente por el impugnante, el “conflicto” entre el tribunal judicial y el tribunal arbitral sólo pueda ser resuelto por una instancia judicial superior.¹⁰⁶ El procedimiento para decidir acerca de ese conflicto puede ser largo y tortuoso y servir de imán para estrategias procesales dirigidas a eternizar la resolución de la disputa.¹⁰⁷

La cuestión puede plantearse en términos aun peores si el arbitraje es tomado como una mera excepción de la jurisdicción judicial (la cual aparecería como la “*ordinaria*” o “*natural*”),¹⁰⁸ lo que llevaría inexorablemente a la interpretación restrictiva del convenio arbitral. El ámbito más propicio para este tipo de concepción se encuentra principalmente en países como Argentina y Uruguay que no han entrado todavía en la onda de modernización del arbitraje y continúan aplicando las viejas reglas de los códigos procesales. Incluso alguna decisión reciente lo señala expresamente.¹⁰⁹ Habría así una especie de consagración de un derecho fundamental al juez natural, identificado con la figura del juez estatal. Por más que la he buscado, yo no logro encontrar una justificación lógica a esta identificación.

A mi modo de ver¹¹⁰ el simple hecho de hablar de lo que no es más que una opción para la resolución de un litigio como de la opción *natural*, degrada la otra opción (o las otras opciones). Y no tengo ninguna duda que el derecho fundamental (salvo en los casos penales, donde la noción se refiere a la autoridad preestablecida) en cuestión no es el derecho al juez natural sino el derecho de acceso a la justicia, la cual obviamente puede ser impartida tanto por un *juez judicial* como por un *juez árbitro*, como por cierto lo reconocen varias constituciones latinoamericanas.¹¹¹ En realidad, en este caso, no estamos

frente a un binomio compuesto por una regla general (o principio) y una excepción a la misma, sino frente a dos objetos ontológicamente diferentes. Para reconocer esto, ni siquiera es preciso llegar al punto de la jurisprudencia francesa, para la cual el árbitro es el juez del derecho del comercio internacional.¹¹²

Por supuesto, la consideración del arbitraje como un proceso excepcional no es posible allí donde la noción de arbitraje como un mecanismo autónomo para la resolución de controversias está profundamente enraizada y donde una regla tan simple como la contenida en el art. 16(3) de la Ley Modelo de la CNUDMI¹¹³ está en vigor, siempre que tal regla sea correctamente aplicada por los tribunales estatales.¹¹⁴ La tendencia hacia el respeto a la regla de la prioridad de los tribunales arbitrales se va imponiendo inexorablemente.¹¹⁵ En realidad, en términos estrictos, no muy diferente deberían ser las consecuencias de aplicar sensatamente el art. II.3 de la Convención de Nueva York de 1958,¹¹⁶ en vigor en todos los Estados latinoamericanos.

La contundencia del art. 3 del decreto peruano de 2008, que confirma lo que antes decíamos de la diversidad sudamericana, es digna de mención:

Artículo 3º.- Principios y derechos de la función arbitral.

- 1. En los asuntos que se rijan por este Decreto Legislativo no intervendrá la autoridad judicial, salvo en los casos en que esta norma así lo disponga.*
- 2. El tribunal arbitral tiene plena independencia y no está sometido a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones.*
- 3. El tribunal arbitral tiene plenas atribuciones para iniciar y continuar con el trámite de las actuaciones arbitrales, decidir acerca de su propia competencia y dictar el laudo.*
- 4. Ninguna actuación ni mandato fuera de las actuaciones arbitrales podrá dejar sin efecto las decisiones del tribunal arbitral, a excepción del control judicial posterior mediante el recurso de anulación del laudo contemplado en este Decreto Legislativo. Cualquier intervención judicial distinta, dirigida a ejercer un control de las funciones de los árbitros o a interferir en las actuaciones arbitrales antes del laudo, está sujeta a responsabilidad.*

V. Comentarios finales

Una vez presentado un panorama general de las realizaciones y tendencias del arbitraje comercial internacional latinoamericano, y a fin de asegurar que dicho panorama es comprendido en su justa dimensión, tres precisiones específicas deberían ser especialmente tenidas en cuenta:

- Gran diversidad:

No obstante la existencia de varios elementos comunes, no es fácil encontrar una única actitud, incluso una tendencia más o menos unitaria, en América Latina. Como suele suceder con la definición de posiciones políticas y económicas a nivel nacional, el desarrollo de los ordenamientos jurídicos depende de muchos factores específicos que raramente están combinados de la misma manera en dos países diferentes. En lo que se refiere concretamente al arbitraje comercial internacional, si una tendencia puede ser identificada de la observación de la actividad legislativa de los Estados latinoamericanos, de las decisiones políticas de sus Gobiernos y de las decisiones judiciales, es que el arbitraje se ha convertido en un mecanismo generalmente aceptado para resolver controversias comerciales internacionales. Esa es tal vez la única tendencia común en el panorama actual del arbitraje comercial en América Latina. Esa aceptación general del arbitraje no excluye la existencia de excepciones y contradicciones, incluso en el ámbito de un mismo tribunal de justicia. Además, el ritmo de puesta en práctica de modernas concepciones que van siendo aceptadas generalmente, difiere según cada país y, bajo ciertas circunstancias externas, según el tiempo en que se llevan a cabo.

- Necesidad de un esfuerzo pedagógico:

La expansión del arbitraje en América Latina generó una significativa masa crítica de profesionales altamente educados y a menudo bien entrenados en la materia, así como una cierta difusión de las ventajas del arbitraje en el seno de la comunidad de los negocios. Instituciones arbitrales de buena calidad han sido creadas y están funcionando a lo largo y a lo ancho de la región; en algunos países el número de casos (más domésticos que internacionales) ha aumentado considerablemente. El gran desafío continúa siendo la educación de los jueces en

la interpretación y la aplicación de los instrumentos internacionales de arbitraje y de los mecanismos adoptados a escala estatal¹¹⁷. Cada programa oficial para promover y desarrollar el arbitraje en la región debería tomar este elemento como prioridad número uno. En este sentido, el programa desarrollado por la OEA dentro del cual se inscribe esta publicación se dirige en la dirección correcta y es digno de todos los elogios.

- Aislamiento y manejo del arbitraje de inversiones:

El debate (y las fuertes reacciones) originado en el marco del arbitraje de inversiones –por ejemplo, sobre la legitimidad de los árbitros para lidiar con los intereses generales–, considerado en su conjunto, puede considerarse más bien positivo. A mi modesto entender, dicho debate sirvió para ayudar a mejorar el derecho de inversiones, el equilibrio de los derechos y obligaciones de inversores y Estados, y la profesionalización de los miembros de la abogacía del Estado. El aspecto negativo fue el impacto de la primera década de casos de arbitraje de inversiones afectando Estados latinoamericanos sobre el arbitraje comercial internacional en general. Tal vez el pecado original haya sido la generalización de la aplicación de normas y mecanismos elaborados para casos comerciales a una realidad sustancialmente diferente. Ahora, el péndulo del arbitraje de inversiones para estar más cerca del centro, en particular debido a la proliferación de estándares de transparencia. El arbitraje comercial se está diferenciando de su complicado primo. En consonancia con esto, puede decirse que las actitudes contrarias al arbitraje en general (con significativos matices en todo lo que se refiere al arbitraje de inversiones) son ahora más infrecuentes y menos influyentes que las manifestaciones legislativas, judiciales y privadas favorables al arbitraje.

¹ H.A. Grigera Naón, “Arbitration in Latin America: Overcoming Traditional Hostility (An Update)”, *Univ. Miami Inter-Am. L. Rev.*, vol. 22, 1991, pp. 203 ss.

² P. Lalive, “On the Reasoning of International Arbitral Awards”, *Journ. of Int'l Dispute Settlement*, 2010, pp. 55 ss., 57; J. Kleinheisterkamp, *International Commercial Arbitration in Latin America. Regulation and Practice in the MERCOSUR and the Associated Countries*, Dobbs Ferry (NY), Oceana, 2005, p. 465; C. Frutos-Peterson, *L'émergence de l'arbitrage commercial international en Amérique latine: l'efficacité de son droit*, Paris, L'Harmattan, 2003.

³ Eloy Anzola recuerda que una sistematización del arbitraje existió ya en las Siete Partidas (en el capítulo referido a la Justicia), adoptadas en el siglo XIII y que en 1532 se ordenó que las normas de arbitraje de Castilla fueran aplicables en las Indias.

http://eanzola.com/images/uploads/Acta_de_Nacimiento_del_Arbitraje_en_Ame%CC%81rica.pdf.

⁴ Incluso en un país como Francia, unánimemente reconocido como favorable al arbitraje, la participación de personas públicas en el arbitraje puede general decisiones judiciales controvertidas. Ver, por ejemplo, *Tribunal des conflits*, 17 de mayo de 2010, caso N° 3754, *Inserm v. Fondation Letten F. Saugstad*; y la crítica de T. Clay, “Les contorsions byzantines du Tribunal des conflits en matière d'arbitrage”, *La Semaine Juridique*, vol. 21, 2010, pp. 1045 ss. Aún más actual, las negociaciones para establecer un tratado de libre comercio entre la Unión Europea y los Estados Unidos (la llamada Asociación transatlántica para el comercio y la inversión - http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ttip/index_es.htm-) ha provocado en Europa reacciones furibundas contra el arbitraje de inversión de parte tanto de legisladores como de académicos. El Senado alemán adoptó el 11 de julio de 2014 una resolución (en la línea de lo expresado antes por el propio Gobierno Federal) en contra de la utilización del arbitraje de inversiones en el tratado. Según dicha resolución, el foro para dirimir las controversias entre inversores y Estados son los tribunales estatales. Para constatar esta expresión genuina de *carloscalvismo* (ver *infra* nota 6), puede verse el texto de la resolución, particularmente su párrafo N° 8: http://www.bundesrat.de/SharedDocs/drucksachen/2014/0201-0300/295-14%28B%29.pdf?__blob=publicationFile&v=1.

⁵ Sólo por mencionar algunos artículos relativamente recientes, ver N. Blackaby / S. Noury, “International Arbitration in Latin America”, en: B. Fauvarque-Cosson / A. Wald (eds.), *L'arbitrage en France et en Amérique latine à l'aube du XXIe siècle*, Paris, Société de législation comparée, 2008, pp. 283, 284, 295; y J. Astigarraga, “A Glimpse into the Cristal Ball. Latin American Arbitration Ten Years Hence”, *RLMA*, vol. 10, 2010-2, pp. XXIII ss.

⁶ Las bases de la Doctrina Calvo fueron la independencia y la igualdad de las naciones, por un lado, y la igualdad de nacionales y extranjeros, por otro lado, principios ampliamente aceptados en derecho internacional. En la visión de Carlos Calvo, un Estado debe estar libre de las interferencias de los demás basadas en los daños, supuestos o reales, sufridos por los nacionales de éste último. Coherentemente, los extranjeros no pueden reclamar más derechos que los que se reconocen a los nacionales. Ambos deben someterse a las vías de acceso a la justicia ofrecidas por la jurisdicción local. Por su parte, la Doctrina Drago, que surgió a raíz del bombardeo y bloqueo de los puertos venezolanos por varias potencias europeas, establece que un Estado no puede usar la fuerza para obtener el reembolso de las deudas de otros Estados. En este sentido, podría considerarse como un corolario o una aplicación específica de la Doctrina Calvo. No es necesario mencionar que estamos en presencia, además de una comprensión correcta del derecho internacional, de una simple expresión de sentido común. ¿Cuántas bombas tendrían que estar cayendo ahora mismo sobre algunos países europeos si esto no fuera así?

⁷ Ver H.A. Grigera Naón, “Arbitration and Latin America: Progress and Setbacks (2004 Freshfields Lecture)”, *Arb. Int.*, 2005, pp. 127 ss.

⁸ En particular para resolver complicadas controversias sobre demarcaciones de las fronteras. Ver referencias de la nota precedente. Ver la lista de casos citados en C. Frutos-Peterson (nota 2), quien menciona también los casos en los cuales el arbitraje surgió de una imposición de las potencias a los Estados latinoamericanos, resultando a veces en decisiones fuertemente perjudiciales para ellos.

⁹ En este contexto, la desafortunada reacción del Gobierno colombiano ante la sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 19 de noviembre de 2012 en el caso *Nicaragua c. Colombia* (delimitación territorial y marítima) no es más que una excepción a la regla.

¹⁰ Así y todo, es difícil hablar de hostilidad hacia el arbitraje de inversiones cuando hasta alguno de los países que han denunciado la Convención de Washington de 1965 (Convención CIADI) están ahora promoviendo la creación de un sistema latinoamericano de arbitraje de inversiones en el marco de la UNASUR. El rechazo parece ser, entonces, a cierto tipo de arbitraje (concretamente al del CIADI) y no al arbitraje en sí. Ver también F. Mantilla-Serrano, ¿Existe hostilidad hacia el arbitraje de inversión en América Latina?, en *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, Madrid, La Ley, 2010, pp. 789-806.

¹¹ Así, más que hostilidad hacia el arbitraje lo que dificulta el arbitraje en América Latina es la pesada tradición de las normas procesales locales junto a la falta de conocimiento de los legisladores en las cuestiones prácticas del arbitraje. Ver en este sentido F. Mantilla Serrano, “Le traitement législatif de l’arbitrage en Amérique

Latine (quelques réformes récentes)”, *Rev. arb.*, 2005-3, pp. 600-602; y mi “Rapport de synthèse”, en B. Fauvarque-Cosson / D.P. Fernández Arroyo / J. Monéger, *Codification du droit privé et évolution du droit de l’arbitrage*, París, Société de législation comparée, 2014, p. 212.

¹² Sobre estas cuestiones, con más detalle, *infra* punto IV.3.

¹³ Ver, por ejemplo, los arts. 739 a 742 del Código procesal civil y comercial de la Nación, aún en vigor en Argentina, y los arts. 477 a 479 del Código General del Proceso uruguayo.

¹⁴ Lo que de por sí ya no encaja totalmente con el carácter “interamericano” de la OEA.

¹⁵ Honduras (2000), Brasil y República Dominicana (2002), y Nicaragua (2003) fueron los últimos en sumarse. Consultar http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html. Cabe destacar que sólo seis países latinoamericanos (Argentina, Cuba, Ecuador, Guatemala, Honduras y Venezuela) restringieron la aplicación de la Convención a los laudos provenientes de otros Estados partes, actitud que los aproxima, por cierto, a otros Estados nada sospechosos de hostilidad frente al arbitraje, como Estados Unidos, Francia, Holanda o el Reino Unido.

¹⁶ Y más precisamente de su Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado (CIDIP). Ver <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-35.html>. Esto es particularmente comprensible en el caso de Cuba, cuya membresía fue suspendida en 1962 y no ha sido recobrada efectivamente pese al levantamiento de la sanción en 2009. Existe otro instrumento de la CIDIP aplicable al arbitraje (la Convención interamericana sobre la eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros, en vigor en diez Estados latinoamericanos <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-41.html>), aunque su aplicación en materia de arbitraje quedaría descartada en principio por su carácter de *lex generalis* con respecto a otros instrumentos (Convención de Nueva York y Panamá). De una importancia capital es el proceso que desarrolla actualmente la OEA dirigido a la discusión con altas autoridades judiciales de los Estados latinoamericanos acerca del rol de la judicatura en la ejecución de los laudos arbitrales extranjeros, dentro del cual se enmarca la presente publicación (http://www.oas.org/es/sla/ddi/arbitraje_comercial.asp).

¹⁷ A pesar de la disponibilidad de otros instrumentos internacionales —señaladamente, las Convenciones de Nueva York y de Panamá— las autoridades del MERCOSUR decidieron en 1998 elaborar un amplio instrumento sobre arbitraje comercial internacional, tarea que fue completada en un tiempo verdaderamente récord (unos pocos meses). El “Acuerdo”, que está en vigor en los 4 Estados originarios del bloque, fue adoptado junto con otro idéntico destinado a convertirse en un instrumento co-

mún para los países mercosureños más Bolivia y Chile, pero este último nunca entró en vigor. Antes de eso, en 1992, el MERCOSUR había adoptado el Protocolo de Las Leñas sobre cooperación judicial en materia civil, comercial, laboral y administrativa, el cual también incluye normas sobre reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales y arbitrales extranjeras. Afortunadamente, ninguno de estos textos parece ser tenido mucho en cuenta en materia de arbitraje.

¹⁸ El Tratado del Tribunal de Justicia de la CAN contiene dos preceptos específicos (arts. 38 y 39) sobre la “función arbitral” que pueden (o podrían) desarrollar tanto el Tribunal Andino como la Secretaría General de la CAN. Tales preceptos no han sido implementados hasta ahora, si bien la CAN, con el apoyo de la Unión Europea, estuvo tratando de hacerlos funcionar (http://www.comunidadandina.org/ATRC/arbitral_1.html).

¹⁹ El SICA introdujo el arbitraje como un medio “moderno, ágil, efectivo y vinculante” para solucionar las controversias comerciales entre los Estados miembros en el marco del Protocolo de Tegucigalpa (art. 35).

²⁰ Ver por ejemplo sendos arts. 20.22 del Tratado de libre comercio de América del Norte (TLCAN) y del Tratado de libre comercio entre Estados Unidos, los países centroamericanos y la República Dominicana (CAFTA-DR).

²¹ Tal vez el ejemplo más claro de un trabajo caracterizado por la total futilidad es el que desembocó en la aprobación de los Acuerdos de arbitraje del MERCOSUR antes mencionados. Ver, en este sentido, J.R. Albornoz, “El arbitraje en el derecho internacional privado y el MERCOSUR (con especial referencia a los acuerdos de arbitraje de 23 de julio de 1998)”, *AADI*, vol. IX, 1999, pp. 51 ss.; J. Kleinheisterkamp, “Conflict of Treaties on International Arbitration in the Southern Cone”, en *Liber Amicorum Jürgen Samtleben*, Montevideo, Max-Planck-Institut / FCU 2002, pp. 695-697.

²² Aunque volcada especialmente al arbitraje de inversión, una iniciativa privada norteamericana digna de mención es la página www.latinarbitrationlaw.com.

²³ Según ciertos autores, sin embargo, esa modernización sería claramente insuficiente. Ver, por ejemplo, F. Cantuarias Salaverri, “¿Qué tanto ha avanzado Latinoamérica en el establecimiento de una normativa amigable a la práctica del arbitraje internacional?”, *RLMA*, vol. 10-2, 2010, p. 59.

²⁴ Se trata del Decreto de 22 de julio de 1993 que modifica el Código de comercio y el Código federal de procedimientos civiles, reforma que en realidad reemplazó una anterior de 1989, rápidamente abandonada. Ver J.C. Treviño, “The New Mexican Legislation on Commercial Arbitration”, *JLA*, vol.11, N° 4, 1994, pp. 5 - 29

²⁵ Contendida en la Ley N° 1563 de 12 de julio de 2012. Ver F. Mantilla Serrano, “Colombia Enacts a New International Arbitration Law”, *JLA*, vol. 30, N° 4, 2013, pp. 431-441.

²⁶ Ver http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html.

²⁷ Las excepciones más significativas son las de Argentina y Uruguay, aunque en ambos países se han elaborado proyectos y la adopción de nuevas legislaciones sobre arbitraje son siempre esperadas. La Ley Modelo de UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional es sin embargo invocada en decisiones argentinas como la de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 5 de abril de 2005, *Bear Service SA v. Cervecería Modelo SA de CV*.

²⁸ Es el caso de El Salvador, donde el art. 66-A de la Ley de mediación, conciliación y arbitraje, introducido por el Decreto legislativo N° 141 del 1° de octubre de 2009, introduce el derecho de las partes en un arbitraje de derecho de apelar el laudo con efecto suspensivo ante una cámara de apelaciones. El artículo fue considerado inconstitucional por la Primera Cámara de apelaciones de la 1ª sección del Centro (sala civil, 20 de julio de 2010, 1-APL-2010). El fundamento de esta decisión fue el art. 23 de la Constitución de El Salvador que establece el derecho a resolver las controversias por medio de arbitraje. La misma Cámara (26 de julio de 2010, 2-APL-2010) señaló que con esa norma la Constitución reconoce el derecho a resolver las disputas sin intervención del Estado. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, denegó la inconstitucionalidad del art. 66-A en su sentencia de 30 de noviembre de 2011 (caso 11-2010).

²⁹ Ley N° 9.307, 23 de septiembre de 1996.

³⁰ El motivo concreto fue la alegada contradicción entre ciertas reglas de la Ley de arbitraje y la norma constitucional que garantiza el derecho de acceso a los tribunales judiciales. Después de un largo debate, el *Suprêmo Tribunal Federal* afirmó por mayoría la constitucionalidad los preceptos atacados, en SEC (*Sentença Estrangeira Contestada*) N° 5.206, 12 de diciembre de 2001. Ver M.A. Muriel, “A arbitragem frente ao judiciário brasileiro”, *RBA*, 2004, pp. 27 ss.

³¹ A. Wald, “L'évolution récente de l'arbitrage en Amérique latine”, en: B. Fauvarque-Cosson / A. Wald (eds.), *L'arbitrage en France et en Amérique latine à l'aube du XXIe siècle*, París, Société de législation comparée, 2008, p. 226.

³² Ver L. Gama Jr., “La reconnaissance des sentences arbitrales étrangères au Brésil: évolutions récentes”, *Bull. CCI*, vol. 16-1, 2005, pp. 72-73. Ver también R.A. Gaspar, *Reconhecimento de Sentenças Arbitrais Estrangeiras no Brasil*, São Paulo, Atlas, 2009, pp. 59, 266-267.

³³ Ver, poco tiempo después de la asunción de la nueva competencia, las decisiones del STJ en *Bowery International S/A v. Irmãos Pereira - Comercial e Exportadora Ltda*, caso N° SEC 887/EX, 15 de febrero de 2006; y en *Union Européenne de Gymnastique - UEG v. Multipole Distribuidora de Filmes Ltda*, caso N° SEC 874/EX, 19 de abril de 2006.

³⁴ Ver, entre muchas otras, las decisiones de los *Tribunais de Justiça* (tribunales superiores de los Estados) de Bahía, 4ª sala civil, *FAT Ferroátlantica SL v. Zeus Mineração Ltda*, N° 0002546-67.2010.805.0000-0, 6 de abril de 2010; de Río de Janeiro, Apelación civil, *Durval Biancalana da Silva e outros v. DTP Participações e Investimentos S/A e outros*, N° 0063229-77.2010.8.19.0001, 12 de mayo de 2010; de San Pablo, 5ª sala de derecho público (medida anti arbitraje solicitada por la Companhia do Metropolitan de São Paulo – Metrô respecto de un tribunal arbitral CCI –N° 15.283/JRF-), N° 990.10.284191-0, 28 de julio de 2010; de Río de Janeiro, 20ª sala civil, *Litel Participações SA v. Eletron SA*, N° 0029077-06.2010.8.19.0000, 4 de agosto de 2010.

³⁵ Una impresión similar se extrae de A. Wald, “Brazil”, *The Arbitration Review of the Americas*, 2011 (<http://www.globalarbitrationreview.com/reviews/32/sections/115/chapters/1203/brazil/>).

³⁶ Proyecto de Ley del Senado N° 406 de 2013.

³⁷ Decreto legislativo N° 1071, 28 de junio de 2008.

³⁸ F. Cantuarias Salaverry / R. Caivano, “La Nueva Ley de Arbitraje Peruana: Un nuevo salto a la modernidad”, *RPA*, N° 7, 2008, pp. 3 ss.

³⁹ El art. 63(8) expresamente menciona, como posible conexión con Perú: la nacionalidad, el domicilio, la residencia habitual o la actividad principal. La nueva Ley colombiana de arbitraje adoptada en 2012, introduce también la posibilidad de renuncia al recurso de nulidad en su art. 107. La otra legislación latinoamericana que había adoptado esta solución fue la panameña de 1999 (art. 36). Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia declare la inconstitucionalidad de dicha norma por una resolución del pleno de 7 de octubre de 2005 (*Gaceta Oficial*, N° 25508, 22 de marzo de 2006, pp. 30-48).

⁴⁰ Art. 66.

⁴¹ Art. 3(1). Al mismo tiempo, cada vez que las partes no pueden ponerse de acuerdo para designar uno o más árbitros, tal designación recae sobre la Cámara de Comercio de la sede del arbitraje (la de Lima para el arbitraje internacional) y no sobre el juez (art. 23).

⁴² Art. 3(4).

⁴³ Cuarta disposición complementaria. En otros términos, puede decirse que las competencias de los árbitros son colocadas al mismo nivel que las de los jueces, incluyendo la ejecución del laudo (art. 66).

⁴⁴ Art. 14, que también prevé la extensión del convenio arbitral a quienes han obtenido un beneficio del contrato.

⁴⁵ Este proyecto, elaborado por una comisión compuesta por tres juristas eminentes (Ricardo L. Lorenzetti, Elena Highton y Aída Kemelmajer de Carlucci) con la colaboración de numerosos intervinientes, fue presentado por el Poder ejecutivo al Congreso nacional en 2012. J.C. Rivera, “Le contrat d’arbitrage dans le Projet de

code civil argentin”, en B. Fauvarque-Cosson / D.P. Fernández Arroyo / J. Monéger (dirs.) (*supra* nota 11), pp. 113-121. Las expectativas de aprobación del nuevo texto fueron elevadas durante un tiempo mas las mismas se han ido debilitando con el correr del tiempo, hasta que a finales de 2013 el Senado aprobó un texto en el que gran parte de las cosas buenas introducidas en el proyecto en esta materia (y en algunas otras) han sido totalmente desvirtuadas (ver J.C. Rivera, “El arbitraje en el Proyecto de Código sancionado por el Senado. Prejuicios y errores”, *La Ley*, 2013-F, 17 de diciembre de 2013). Así las cosas, salvo que en la Cámara de Diputados se remediara el estropicio, parece mejor que el capítulo en cuestión no sea aprobado.

⁴⁶ En este sentido, C.I. Guaia, “El arbitraje en el Proyecto de unificación legislativa”, *Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires*, t. 72-I, 2012, pp. 27-52. México, donde la reglamentación del arbitraje se encuentra en el Código de comercio (federal), es una excepción en la “especialización” de las leyes de arbitraje de Latinoamérica.

⁴⁷ J.C. Rivera, “El arbitraje en el Proyecto...”, *loc. cit.*

⁴⁸ Vale la pena recordar que en el sistema constitucional argentino las cuestiones “procesales” son de competencia provincial y que por esa razón existen en Argentina tantas reglamentaciones del arbitraje como provincias, además de la legislación federal contenida en el Código procesal civil y comercial de la Nación. Podría pensarse en la modernización de todos los Códigos existentes pero hasta ahora la única provincia que ha aprobado un sistema “homologable” es San Juan. J.C. Rivera, Alentadora reforma del Código Procesal de la Provincia de San Juan (Argentina) en materia de arbitraje », *Revista de derecho comparado*, N° 20, 2012, pp. 217-232.

⁴⁹ R.J. Caivano, “Arbitraje en Argentina: fortaleza y debilidades”, *ED*, t. 200, pp. 782-783.

⁵⁰ Se trata de la terminología utilizada por una de las voces más autorizadas del arbitraje latinoamericano. Ver R.J. Caivano, “La obsolescencia de la legislación argentina sobre arbitraje es cada vez más evidente”, *Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires*, 2010, t. 70-I, 2010, pp. 63-73.

⁵¹ Ver R. Olivera García, “El arbitraje en el derecho uruguayo”, *Revista de Derecho Comparado*, N° 20, 2012, pp. 205-225.

⁵² Ver por ejemplo, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala A, 25 de febrero de 2013, *Wallaby SA c. Despegar.com.ar SA s/ordinario*, *La Ley* AR/JUR/5845/2013.

⁵³ Art. 1656 del Proyecto. Precisamente, para que el derecho de someterse al arbitraje pueda ejercerse más ampliamente, sólo se excluyen del arbitraje el estado civil, la capacidad y los aspectos no patrimoniales de la familia, según el art. 1651 (además, las disposiciones del capítulo sobre el contrato de arbitraje no se aplican a los contratos de trabajo ni a los contratos de consumo).

⁵⁴ Ver *supra* notas 29-30 y texto al que acompañan.

⁵⁵ Ver C.L. Uribe-Bernate, “La práctica del arbitraje internacional en Colombia”, en: *Liber Amicorum Jürgen Samtleben*, Montevideo, FCU / Max-Planck-Institut, 2002, p. 717.

⁵⁶ Consejo de Estado, Sala administrativa, 3ª sección, 1º de agosto de 2002, *Electrificadora del Atlántico SAESP v. Termorío SAESP*.

⁵⁷ Tribunal de Justicia de Paraná, 15 de marzo de 2004, *Compañía Paranaense de Energía (Copel) v. UEG Araucária Ltda.*

⁵⁸ Corte Suprema de Justicia, 1º de junio de 2004, *José Cartellone Construcciones Civiles SA v Hidronor SA* (ver D.A. Casella, “El control judicial de los laudos arbitrales en el derecho argentino”, *DeCITA*, N° 3, 2005, pp. 462 ss.). Se trató de un caso de arbitraje interno.

⁵⁹ Juzgado Nacional de 1ª instancia en lo contencioso administrativo federal, N° 3, 27 de septiembre de 2004, *Entidad Binacional Yaciretá (EBY) v. Eriday y otros*, *La Ley*, 2005-A, pp. 27 ss., nota A. Bianchi (aún más controvertida fue otra decisión en la misma disputa adoptada por el Juzgado N° 1 de la misma jurisdicción el 18 de abril de 2005, *La Ley*, 2005-C, pp. 651 ss., nota A.H.M. Corti).

⁶⁰ Tribunal constitucional plurinacional, sala plena, 22 de noviembre de 2012, N° 2471/2012, *Procurador General del Estado c. Tribunal Arbitral del CAINCO*.

⁶¹ Juzgado superior primero en lo civil, mercantil, del tránsito y bancario de la circunscripción judicial del área metropolitana de Caracas, 23 de abril de 2013, *Castillo Bozò*, N° AP71-O-2012-00042. Sabiendo que no es este el lugar para desarrollar el análisis de esta interesantísima decisión, es dable al menos señalar que, a pesar de la utilización dudosa del art. V.1.e de la Convención de Nueva York para justificar la competencia de los tribunales venezolanos para anular un laudo pronunciado en el extranjero en ausencia de la aplicación del derecho procesal venezolano, la violación en la especie del orden público venezolano parece bastante evidente. De cualquier modo, cabe destacar que los tribunales norteamericanos desconocieron los efectos de esta decisión (Corte de Distrito del Distrito sur de la Florida, 23 de mayo de 2013, n°12-CV-24174-WILLIAMS) y que la misma quedó firme en Venezuela a falta de recurso contra ella. En un caso similar producido en Brasil, el Tribunal de Justiça de San Pablo dejó sin efecto la anulación de un laudo proferido en Miami ordenada por un Juez de primera instancia de San Pablo (*First Brands do Brasil Ltda and STP do Brasil Ltda. c. Petroplus Sul Comércio Exterior S.A. e outras*, 3 de abril de 2014, Apelação Cível, N° 0014578-23.2004.8.26.0100).

⁶² Entre otros ejemplos pueden citarse la decisión argentina de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala 1ª, del 1º de marzo de 2011, *Smit International Argentina SA c. Puerto Mariel SA*, (LL, 18 de agosto de 2011, nota D. Cracogna), que reconoce la autonomía de la cláusula arbitral a pesar de la ausencia de una disposición positiva al respecto, o la clara aceptación del principio

competencia-competencia por la jurisprudencia uruguaya en la decisión del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Tercer Turno, *Polamar SA c. Compañía de Medios de Procesamiento SA (Visanet Uruguay)*, 11 de noviembre de 2009, N° 262/09i.

⁶³ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala D, 5 de noviembre de 2002, *Reef Exploration Inc. v. Compañía General de Combustibles, La Ley*, 2003-E, pp. 937 ss.; *Jurisprudencia Argentina*, 2003-III, pp. 90 ss., nota Caivano / Bianchi; *DeCITA*, N° 1, 2004, pp. 344 ss., nota Noodt Taquela. Ambas convenciones están en vigor tanto en Argentina como en los Estados Unidos. El Superior Tribunal de Justiça de Brasil parece seguir la misma conducta: en general reconoce los laudos extranjeros pero sin mencionar los instrumentos internacionales aplicables. Ver, por ejemplo, SEC 4.213 y SEC 5.828, las dos de 19 de junio de 2013.

⁶⁴ Ver, por ejemplo, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala E, 19 de abril de 2005, *Patrón Costas, Marcelo D. y otros v. International Outdoor Advertising Holdings Co y otro s/ queja*, *LexisNexis* 35001884. Más recientes, son muy interesantes, en el mismo sentido, las sentencias de la sala B de la misma Cámara *Publis Energy Group Inc.* (Islas Vírgenes Británicas) y otro c. San Enrique Petrolera S.A. y otros s/ organismos externos, 21 de abril de 2014 (de las muchas afirmaciones interesantes de esta sentencia, valga subrayar esta: “la elección del arbitraje como vía privada de resolución de los conflictos, evidencia que las partes -habilitadas legalmente para ello por las circunstancias del caso y por la materia involucrada-, deciden excluir o sustraer la solución de su puntual disputa de la competencia de los tribunales estatales, *elección que convierte a los árbitros en los jueces naturales de la causa sin contrariar los arts. 1 y 18 CN*” –cursivas mías-), y *NSB S.A. y otros c. A.A. S.A. y otros s/ organismos externos*, 3 de abril de 2014.

⁶⁵ Ver *supra*, notas 57 y 58 (ambos casos relativos a empresas públicas).

⁶⁶ Corte Suprema, 11 de mayo de 2004, *Goiyman, Mario Daniel v. Gomer SACI*.

⁶⁷ Por ejemplo, Corte Suprema, 5 de abril de 2005, *Bear Service SA v. Cervecería Modelo SA de CV*. Ver *DeCITA*, N° 5/6, 2006, pp. 431 ss. (nota J.C. Rivera).

⁶⁸ Corte Suprema de Justicia, sala civil, 6 de agosto de 2004, N° 77, *García Fernandes Internacional Importação e Exportação SA c. Prodeco - Productos de Colombia* (solicitud de ejecución de una sentencia portuguesa).

⁶⁹ Ver el comentario de J.A. Silva, *Rev. mex. DIPr*, 2005, pp. 81 ss.

⁷⁰ Corte constitucional de Colombia, N° T-557, 26 de mayo de 2005. La Corte señaló que la única diferencia relevante entre el derecho extranjero y el derecho nacional es la que afecta esencialmente el orden jurídico nacional.

⁷¹ *Petrotesting Colombia S.A., Southeast Investment Corporation c. Rosneft America Inc.*, de 27 de julio de 2011.

⁷² Ver Corte superior de Bogotá, 10 de marzo de 2010, *Industria y Distribuidora Industri SA v. SAP Andina y Del Caribe CA*, N° 20100015000.

⁷³ Corte de Apelaciones de Santiago, 27 de diciembre de 2009, *Publicis Groupe Holdings B.V. v. Árbitro Manuel José Vial Vial*. En su decisión de 23 de Julio de 2010 (Rol 2363/2010), el mismo tribunal afirmó que un laudo sólo puede ser atacado mediante un recurso de nulidad.

⁷⁴ Corte Suprema, 8 de septiembre de 2009, *Comverse Inc. v. American Telecommunication Inc. Chile SA (ATI Chile)*.

⁷⁵ Acerca de estas decisiones, ver D. Jiménez Figueres / J. Klein Kranenberg, “Recent International Arbitration Developments in the Chilean Courts”, *Arbitration News*, 15-1, March 2010, pp. 161 ss.

⁷⁶ Corte Suprema, *Ann Arbor Foods S.A. c. miembros de la Corte de Apelaciones de Santiago*, 29 de enero de 2013.

⁷⁷ Ver J.A. Silva, “Algunas resoluciones judiciales de los tribunales mexicanos en torno al reconocimiento de un laudo arbitral”, *DeCITA*, N° 2, 2004, 375, 394 (en Mexico “las decisiones judiciales no sólo han sido favorables al arbitraje sino que han cumplido con los compromisos internacionales”); L. Pereznieta Castro, “La ejecución de laudos arbitrales en México”, *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. 6, 2013, pp. 157 – 162.

⁷⁸ Tribunal Colegiado, 11 de junio de 2008, *Infored, SA de CV y José Elías Gutiérrez Vivó v. Grupo Radio Centro, SA*.

⁷⁹ Tesis n° CLXXIII/2009, Amparo en revisión 131/2009, 27 de mayo de 2009; n°I.7°.C.126, Amparo en revisión 23/2009, 12 de marzo 2009; n° I.3°.C.729, Amparo en revisión 274/2008, 4 de diciembre de 2008.

⁸⁰ La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia tiene el poder de revisión, por violación de la Constitución, no sólo de las decisiones finales de tribunales inferiores sino también de las otras salas del Tribunal Supremo (cf. art. 355 de la Constitución y art. 25 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia). Este carácter de última instancia fue expresamente recordado por la Corte Constitucional en su decisión de 17 de octubre de 2008, N° 1.541/08.

⁸¹ Ad ex., 28 de abril de 2010, *DIMAPECA v. Servicios Halliburton de Venezuela SA*, N° 331/2010.

⁸² Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, 28 de febrero de 2008, N° 192/2008.

⁸³ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, 17 de octubre de 2008, N° 1.541/08.

⁸⁴ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, 3 de noviembre de 2010, N° 1067/2010 (*Astivenca*), anulando una decisión previa de la Sala Político-Administrativa, 21 May 2009, N° 687. Es interesante mencionar que la Sala Constitucional ordenó la publicación en la *Gaceta Oficial*, indicando que esta sentencia fija la interpretación vinculante sobre el sistema arbitral y la falta de jurisdicción de los órga-

nos del poder judicial. A pesar del considerable avance que significa esta decisión, es justo mencionar que se le ha criticado, entre otras cosas, que la cuestión en discusión fuera apenas tratada en la sentencia. Ver P. Saghy, “Resumen de sentencias del año 2010”, www.macleoddixon.com/documents/Revista_Judicial_de_arbitraje_interno_2010.pdf

⁸⁵ Ver, por ejemplo, la decisión de esta sala en el caso *Oderbecht*, 24 de mayo de 2011.

⁸⁶ Ver *supra*, II.2.

⁸⁷ Ver *supra*, II.1.

⁸⁸ Ver *supra*, III.2.

⁸⁹ Por ejemplo, la principal institución del Perú, publicó unas estadísticas que mostraban un salto de 2 casos en 1993 a acumular 1798 casos hasta 2010. Estos son los números de una institución, bien que la más importante; habría que agregar por tanto, los arbitrajes administrados por otras instituciones, así como los arbitrajes *ad hoc*, de notable crecimiento al decir de los colegas peruanos.

⁹⁰ La Cámara de Comercio de Santiago (CAM) tiene más de 150 nuevos casos registrados cada año y la de Panamá más de 50.

⁹¹ En parte debido al auspicio de agencias internacionales como el BID. Ver P.E. Mason / M.G.F. dos Santos, “New Keys to Arbitration in Latin-America”, *JLA*, vol. 25-1, 2008, pp. 41-42. El *Institute for Transnational Arbitration* (ITA) publicó un “*survey 2011*” sobre la actividad de las instituciones arbitrales latinoamericanas en el que se identificaban 165 instituciones activas en la región, además de 14 comités nacionales de la CCI.

⁹² El hecho de que algunas veces estos libros no sean escritos por gente versada en los sistemas jurídicos latinoamericanos no hace más que confirmar las expectativas generadas por la expansión del arbitraje en la región.

⁹³ En 2014, hasta fines del mes de julio, el equipo de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI con más casos registrados es el latinoamericano con 57.

⁹⁴ Ver los “Statistical Report” que se publican cada año en el *ICC International Court of Arbitration Bulletin*.

⁹⁵ Ver E. Silva Romero, “América Latina como sede de arbitrajes comerciales internacionales. La experiencia de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI”, *DeCITA*, N° 2, 2004, pp. 217 ss. La tendencia no ha parado de crecer desde entonces.

⁹⁶ Ver, i.e., art. 258 de la Constitución venezolana y la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, N° 1541, 17 de octubre de 2008; art. 116 Constitución colombiana; art. 23 Constitución salvadoreña; art. 110 Constitución hondureña; art. 43 Constitución costarricense; etc.

⁹⁷ Así, en El Salvador, el art. 23 de la Constitución, que establece el derecho a resolver las controversias civiles o comerciales mediante arbitraje, fue invocado

por la Primera Corte de Apelaciones de la primera sección del Centro para declarar inconstitucional la norma que autoriza la apelación de los laudos arbitrales (inconstitucionalidad revocada después por la Corte Suprema, como vimos). Ver *supra*, nota 28.

⁹⁸ E. Silva Romero, “A propos de l’inexorable collision de philosophies dans la constitutionnalisation de l’arbitrage internationale en Amérique latine”, en: B. Fauvarque-Cosson / A. Wald (eds.), *L’arbitrage en France et en Amérique latine à l’aube du XXI^e siècle* (nota 5) pp. 269 ss. (haciendo hincapié en la contradicción entre la justicia distributiva de los tribunales constitucionales y la justicia correctiva de los tribunales arbitrales, así como entre el carácter “parroquial” de las constituciones y el universalismo típico del arbitraje internacional). Ver también E. Hernández-Bretón, “El arbitraje y las normas constitucionales en Venezuela: lo malo, lo feo y lo bueno”, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N° 149, 2010, pp. 391-407.

⁹⁹ Sin embargo, uno podría preguntarse con total legitimidad si no es que tales recursos están abiertos en todo caso, exista o no un rango “constitucional” del arbitraje dentro de un determinado ordenamiento jurídico.

¹⁰⁰ L. Pereznieta Castro / J.A. Graham, *Tratado de arbitraje comercial internacional mexicano*, México, Limusa, 2008, pp. 191-195, 212-215, 223-227. En *Banamex v. Corporación Transnacional de Inversiones SA de CV*, 17 de febrero de 2004, el tribunal (Décimo Tribunal Colegiado en materia civil del primer circuito) rechazó el amparo solicitado por los árbitros contra la sentencia que había anulado el laudo, debido a la falta de *locus standi* de los árbitros (la parte perdedora había demandado a los árbitros al mismo tiempo que solicitó la nulidad del laudo).

¹⁰¹ Corte Superior de Justicia de Lima, *Peru Holding de Turismo SAA*, 30 de diciembre de 2008. En este caso el amparo fue presentado contra los árbitros y contra el Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima.

¹⁰² Ver las sentencias del Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, 16 de octubre de 2001 (*VTV*) y 14 de febrero de 2007 (*Todo Sabor CA*). R. Escobar Alvarado, “Recursos contra laudos arbitrales dictados en el extranjero”, en *Derecho procesal civil internacional. In memoriam Tatiana B. de Maekelt*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2010, pp. 800-803.

¹⁰³ A. de Jesús O., “La autonomía del arbitraje comercial internacional a la hora de la constitucionalización del arbitraje en América Latina”, *Lima Arbitration*, N° 3, 2008/2009, pp. 151 ss.

¹⁰⁴ Algo totalmente diferente es la posibilidad de que un tribunal arbitral resuelva una cuestión de constitucionalidad (por supuesto, en un país que no tenga un sistema concentrado de control constitucional). En Argentina, algunos tribuna-

les, –ignorando los propios precedentes de la Corte Suprema– denegaron esta posibilidad. Ver la aguda crítica de J.C. Rivera, “Cuestiones constitucionales en el arbitraje”, *DeCITA*, N° 11, 2009, pp. 296 ss.

¹⁰⁵ Ver E. Gaillard, *Teoría jurídica del arbitraje internacional*, Asunción, CEDEP / Thomson Reuters, 2010, pp. 34-46; id., “Las representaciones del arbitraje internacional”, en E. Gaillard / D.P. Fernández Arroyo (dirs.), *Cuestiones claves del arbitraje internacional*, Asunción/Bogotá, CEDEP/Universidad del Rosario, 2013, pp. 17-18.

¹⁰⁶ Así, en Argentina, Corte Suprema de Justicia, 1° de noviembre de 1988, *La Nación SA v. La Razón SA*, y 10 de noviembre de 1988, *Nidera SA v. Rodríguez Álvarez de Canale, Elena* (nota R. Caivano, *La Ley*, 1990-A, pp. 419 ss.); en Brasil, Superior Tribunal de Justiça, conflicto de competencia N° 111.230, 1° de julio de 2010.

¹⁰⁷ H.A. Grigera Naón (nota 7), pp. 155-156. Ver también, id., “Competing Orders between Courts of Law and Arbitral Tribunals: Latin American Experiences”, *Liber Amicorum in Honour of Robert Briner*, Paris, ICC, 2005, pp. 335-345.

¹⁰⁸ No está de más recordar que los contornos de la noción misma de “juez natural” son bastante difusos. Ver H. Gaudemet-Tallon, “L'introuvable juge naturel”, en *Mélange Jean Gaudemet*, Paris, PUF, 1999, p. 591; T. Clay, “Juge naturel”, en L. Cadet (dir.), *Dictionnaire de la justice*, Paris, PUF, 2004.

¹⁰⁹ Es el caso de la sentencia de la Cámara de Apelaciones del Uruguay de 9 de abril de 2010, *Soba c. Medicina Personalizada*: “parce claro conclure que hay una suerte de supremacía () de la justicia oficial sobre la justicia arbitral.”

¹¹⁰ Que puede verse ya en mi informe “La perspectiva argentina y sudamericana”, en J.C. Rivera / D.P. Fernández Arroyo (dirs.), *Contratos y arbitraje en la era global*, Asunción, CEDEP, 2012, pp. 193-194.

¹¹¹ Ver, *supra* nota 95.

¹¹² Ver, por ejemplo, J.-P. Ancel, “La Cour de cassation et les principes fondateurs de l'arbitrage international”, en *Mélanges P. Drat*, Paris, Dalloz, 2000, p. 161; E. Gaillard, “La jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'arbitrage international”, *Rev. arb.*, 2007, p. 700.

¹¹³ Conforme a esta regla, si el tribunal arbitral afirma su propia competencia como una cuestión preliminar, cualquiera de las partes pueden atacar esa decisión delante de un tribunal judicial, pero el tribunal arbitral puede continuar con el procedimiento arbitral y dictar un laudo.

¹¹⁴ Lo que no parecía ser siempre el caso en México, por ejemplo. Ver F. González de Cossío, “*Kompetenz-kompetenz* a la mexicana: crónica de una muerte anunciada” (<http://www.camex.com.mx/fgc.pdf>), y Corte Suprema de Justicia, sala 1ª, contradicción de la tesis 51/2005ps, 1° de septiembre de 2006. Sin embargo, la reforma del arbitraje operada en este país a principios de 2011 (*Diario Oficial de la Federación*, 27 de enero de 2011) muestra claramente que el legislador mexicano ha decidido

terminar con esta situación (F. González de Cossío, “La modificación del derecho arbitral mexicano. Un comentario”, *Revista de Derecho Comparado*, N° 20, 2012, pp. 127 ss.). En efecto, en el nuevo art. 1465 del Código de Comercio se lee ahora que: “Sólo se denegará la remisión al arbitraje:

a) Si en el desahogo de la vista dada con la solicitud de remisión al arbitraje se demuestra por medio de resolución firme, sea en forma de sentencia o laudo arbitral, que se declaró la nulidad del acuerdo de arbitraje, o

b) Si la nulidad, la ineficacia o la imposible ejecución del acuerdo de arbitraje son notorias desde el desahogo de la vista dada con la solicitud de remisión al arbitraje. Al tomar esta determinación el juez deberá observar un criterio riguroso.”

¹¹⁵ Para un buen ejemplo, ver la ya citada sentencia del Tribunal Supremo de Justicia venezolano, Sala Constitucional, de 3 de noviembre de 2010, *Astivenca*. Ver Y. Banifatemi, “La regla de prioridad: ¿una prioridad en América Latina?”, en E. Gaillard / D.P. Fernández Arroyo (dirs.) (nota 105), pp. 81-109.

¹¹⁶ El cual obliga a los tribunales estatales a remitir a las partes al arbitraje, salvo que compruebe que el convenio arbitral es “nulo, ineficaz o inaplicable.”

¹¹⁷ J.A. Moreno Rodríguez, *Contratación y arbitraje*, Asunción, CEDEP, 2010, p. 280; P. Arrighi, “La reconnaissance et l’exécution des sentences arbitrales étrangères en Amérique du Sud”, en B. Fauvarque-Cosson / D.P. Fernández Arroyo / J. Monéger (dirs.) (*supra* nota 11), pp. 153-154.

Diego P. Fernández Arroyo

Árbitro y consultor independiente. A lo largo de una destacada trayectoria académica, se ha desempeñado como profesor del Instituto de Estudios Políticos de París (Sciences Po, donde es Codirector del Programa de Gobernanza Global), la Universidad de Nueva York (NYU), la Universidad Nacional del Litoral, la Universidad de Salamanca, la Universidad Complutense de Madrid, la Universidad de Buenos Aires y la Universidad Nacional de Córdoba, entre muchas otras.

El Dr. Fernández Arroyo es miembro Honorario de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (Presidente, 2007-2010), del curatorium de la Academia de Derecho Internacional de La Haya, y de la Academia Internacional de Derecho Comparado. Ha sido también integrante de las delegaciones de la República Argentina en la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) (grupo de trabajo de arbitraje), en la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y en la CIDIP (OEA).

En el sector multilateral, ha sido consultor de la Unión Europea para la Comunidad Andina en temas de arbitraje; consultor del Banco Interamericano de Desarrollo y MERCOSUR en el tema de efectividad del derecho del MERCOSUR; consultor de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI) para la modernización de la reglamentación del comercio exterior del Paraguay.

Es Doctor en Derecho (summa cum laude) y Máster en derecho comparado por la Universidad Complutense de Madrid; notario y abogado por la Universidad Nacional del Litoral. Autor de libros y artículos publicados en más de veinte países.

El Sistema de Ejecución de los Laudos Arbitrales Extranjeros en Chile

Alejandro Romero Seguel



1. La Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional

El derecho chileno cuenta con una reglamentación general del arbitraje dualista, atendido que coexisten dos modelos de regulación para esta misma realidad. Esta diversidad de normas es el resultado de la modificación introducida por la Ley N° 19.971, sobre Arbitraje Comercial Internacional (publicada en el D.O. de fecha 29 de septiembre de 2004, en adelante, la LACI), que junto a las reglas de arbitraje doméstico, vigentes desde 1875, incorporó las reglas para ejecutar en Chile un arbitraje comercial internacional.

Según la historia del establecimiento de la LACI, su objetivo fundamental era subsanar una laguna normativa, para tratar de conseguir que nuestro país ocupara un lugar destacado como centro de arbitraje en el comercio internacional, especialmente a nivel latinoamericano. Según el Mensaje, “resultaba conveniente a los intereses de las partes nacionales en las

Abogado y árbitro. Socio de la firma Allende, Bascuñán y Cía. Autor de numerosas publicaciones especializadas en el ámbito del derecho procesal.

transacciones internacionales que ellas cuenten con los mecanismos legales adecuados para, en la medida de lo posible, estimular que las diferencias comerciales sean resueltas en Chile.”¹

Para dar contenido al arbitraje comercial internacional que tuviera como sede Chile se siguieron fundamentalmente cuatro cuerpos legales: (i) La Ley Modelo UNCITRAL, sobre arbitraje comercial internacional; (ii) la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, del 10 de junio de 1958 (Convención de Nueva York); (iii) La Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, del 30 de enero de 1975 (Convención de Panamá), promulgada mediante DS N° 364, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de fecha 12 de julio de 1976. Y (iv) El Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (CIADI), adoptado en Washington, el 18 de junio de 1965, promulgado mediante DS N° 1304, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de fecha 9 de enero de 1992.

2. El laudo extranjero y el derecho chileno

Hasta antes de la Ley 19.971 de 2004 el reconocimiento de las sentencias arbitrales extranjeras se admitía en el art. 246 del CPC, que a propósito del cumplimiento de las resoluciones pronunciadas por tribunales extranjeros dispone, “*las reglas de los artículos precedentes son aplicables a las resoluciones expedidas por jueces árbitros. En este caso se hará constar su autenticidad y eficacia por el visto bueno u otro signo de aprobación emanado de un tribunal superior ordinario del país donde se haya dictado el fallo.*”

Con posterioridad la norma anterior se complementó por la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, del 10 de junio de 1958 (Convención de Nueva York), que fue promulgada mediante DS N° 664, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de fecha 30 de octubre de 1975.

La Convención de Nueva York de 1958 en el art. I dispone que:

“la presente Convención se aplicará al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquel en que se pide su reconocimiento y la ejecución de dichas sentencias, y que tengan su origen en di-

ferencias entre personas naturales o jurídicas. Se aplicará también a las sentencias arbitrales que no sean considerados como sentencias nacionales en el Estado en el que se pide su reconocimiento y ejecución.”

Igual solución se desprendía de la Convención de Panamá de 1975, que resulta todavía más amplia que la Convención de Nueva York, puesto que se aplica a todas las sentencias pronunciadas más allá de las fronteras del Estado receptor y también a las sentencias denominadas como anacionales, que son las que no son consideradas como sentencias nacionales en un Estado en el que se pide su reconocimiento y ejecución.

La relevancia y actualidad del tema materia aquí abordada fue resaltada en Chile, en el *Segundo Encuentro de la Judicatura sobre Arbitraje Comercial Internacional*, promovido por la Organización de Estados Americanos (OEA) y la Oficina de Asuntos Internacionales, Comercio y Desarrollo de Canadá, entre el 4 y 6 de diciembre de 2013.

Dicha actividad fue dirigida a ministros y jueces de Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador y Perú, centrando el estudio mediante un sistema de ponencias de expertos extranjeros y nacionales sobre la relación entre las judicaturas nacionales y los procesos y laudos arbitrales. Como lo expuso en esa instancia técnica el Ministro de la Excma. Corte Suprema, Milton Juica, “*este encuentro tuvo un objetivo académico y de capacitación en un tema muy importante y novedoso para los jueces chilenos. Vemos muy necesario que nuestros magistrados tengan este tipo de instrucción en materias que son muy complejas y técnicas.*”

Durante el referido seminario se abordaron temas tales como “El rol de las judicaturas nacionales en el arbitraje comercial internacional y su importancia”; “Principales instrumentos y principios jurídicos Internacionales en la Materia: Convenciones de Panamá y Nueva York y Ley Modelo de la Cnudmi”; “El acuerdo arbitral como piedra angular del arbitraje, sus elementos y requisitos de validez”; “Intervención judicial al inicio del proceso arbitral”, y “Posibilidades de intervención del tribunal nacional después de dictado el laudo arbitral”, entre otros.

3. La ley de arbitraje comercial internacional y la recepción en el derecho interno del Convenio de Nueva York

Dentro de las novedades más relevantes de la LACI se encuentra la incorporación al derecho interno, como norma de directa aplicación, la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras o Convención de Nueva York.

Como se puede apreciar, el Capítulo VIII de la LACI repite literalmente las disposiciones de esa Convención. Tal opción que se explica por la influencia que ha tenido en este cambio las directrices de la Ley Modelo de la CNUDMI (mejor conocida como UNCITRAL por sus siglas en inglés) que busca el desarrollo y modernización de los sistemas de arbitraje.

La razón del cambio se motivó por la demora en el sistema de cumplimiento vigente antes de la Ley N° 19.971. Conforme consta en la historia de la ley de arbitraje comercial internacional:

“el Presidente de la Cámara de Comercio de Santiago, don Carlos Jorquiera, respondió que existen dos Tratados que abordan indirectamente el tema en estudio: la Convención de Nueva York, de 1958, y la Convención de Panamá, de 1975, ambas ratificadas por Chile y que dicen en relación con el cumplimiento de las sentencias dictadas por tribunales arbitrales.”- “Expresó que, en todo caso, los procesos de exequátur y cumplimiento de estas sentencias en Latinoamérica suelen demorarse, lo que afecta especialmente a los pequeños y medianos empresarios.”

Como correctivo al deficiente sistema anterior, el legislador chileno de 2004 optó por facilitar el sistema de cumplimiento en los términos que indica el art. 35 de la LACI, al disponer:

“1) 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 de este artículo y del artículo 36.

2) La parte que invoque un laudo o pida su ejecución deberá presentar el original debidamente autenticado del laudo o copia debidamente certificada del mismo, y el original del acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7° o copia debidamente

certificada del mismo. Si el laudo o el acuerdo no estuviera redactado en un idioma oficial de Chile, la parte deberá presentar una traducción debidamente certificada a ese idioma de dichos documentos.”

De la lectura de esta norma, no queda duda que el cumplimiento de laudos extranjeros ha sido homologado para su cumplimiento al mismo trato del laudo dictado en un arbitraje comercial internacional seguido en Chile. Cualquiera sea el país de origen, el laudo extranjero será reconocido como vinculante en Chile si cumple con las condiciones previstas en los artículos 35 y 36 de la LACI.

La solución anterior es una de las varias opciones que admite la doctrina y el derecho comparado para reglamentar el cumplimiento de los laudos extranjeros en otro país.

Como lo explica Conejeros Roos:

“un número creciente de países han establecido el procedimiento de reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral para todo laudo arbitral, sea que haya sido dictado dentro del país o fuera de él. Se llega a esta solución por distintas vías. Así, hay un grupo de países que asimilan, para efectos de su ejecución y reconocimiento, a los laudos arbitrales domésticos, extranjeros e internacionales al darles un tratamiento uniforme. Tal es el caso de Ecuador y Portugal. Hay un segundo grupo de países que, replicando la fórmula de la Ley Modelo, extienden el trámite de reconocimiento y ejecución a todo laudo arbitral, «cualquiera que sea el país en que haya sido dictado» lo cual comprendería a laudos dictados dentro del país como fuera del mismo. En todo caso, dado que la norma comentada, en general está inserta en la regulación sobre arbitraje internacional se entiende que su alcance se circunscribe a laudos extranjeros o laudos internacionales.

En este grupo se ubican Chile, México, Nicaragua, República Dominicana y Venezuela.”² “En aquellos países en que el trámite de reconocimiento y ejecución ha sido reservado exclusivamente para laudos [de] arbitrajes extranjeros o para laudos extranjeros e internacionales, solamente estos laudos deberán pasar por el procedimiento de exequátur. Por el contrario, en los países en que los laudos extranjeros y/o internacionales reciben el mismo tratamiento que los laudos domésticos o nacionales, se establece —o, al menos, se defiende— la posibilidad de que los laudos

*extranjeros puedan ser ejecutados automáticamente del mismo modo que un laudo o sentencia judicial doméstica.*³⁵

4. La inercia en la práctica arbitral chilena

Aunque la normativa de la Ley N° 19.771 es meridianamente clara en asignar el mismo trato al laudo extranjero que al pronunciado en un arbitraje comercial internacional, la práctica arbitral no ha dejado de utilizar el procedimiento de exequátur para pedir el cumplimiento de la sentencia arbitral extranjera.

La inercia se explica por la vigencia de más de un siglo que tiene el art. 246 del CPC, al que le sigue interpretando como norma de general aplicación, cuando la que debe primar en la regla especial prevista en el art. 35 de la LACI.

La utilización del proceso de exequátur se ha utilizado, entre otros en los autos “*Max Mauro Stubrin y Otros con Inversiones Morice S.A.*”, CS Rol 6600-05, de 11 de enero de 2007” y “*Sociedad Quote Foods Products B.V. con Sociedad Agroindustrial Sacramento Limitada.*” Ha mantenido este criterio recientemente la sentencia de la Corte Suprema, de 27 de marzo de 2014 (Rol N° 7.854-13) en la que rechazó una petición de incompetencia, justamente indicando que el art. 35 de la LACI había dejado sin efecto este trámite para pedir el cumplimiento de un laudo arbitral extranjero. Según lo resuelto en esta última decisión, el art. 35 no habría modificado la competencia de la Corte Suprema para seguir conociendo de este trámite, manteniendo vigente este mecanismo de tramitación previa, que a nuestro entender está derogado.

5. El juez natural para solicitar la ejecución

Sin perjuicio de la opinión mantenida en la jurisprudencia, el cambio de esta doctrina se debería producir para potenciar el valor de título ejecutivo de los laudos extranjeros que se pretenda ejecutar en Chile, que al ser sometidos al trámite del exequátur pierden su eficacia. Mientras dura ese procedimiento de reconocimiento el ejecutante no cuenta con ningún mecanismo para asegurar la eficacia de la acción al no poder embargar ni obtener la protección cautelar.

Aceptado que el laudo arbitral extranjero puede ejecutarse directamente, para determinar ante quien debe pedirse el cumplimiento, el art. 35 de la Ley 19.971 se debe relacionar con la regla general de la competencia conocida como “*de la ejecución.*” Ella está contenida en los artículos 113 y 114 del Código Orgánico de Tribunales (COT).⁴ En síntesis, para determinar quien es el juez natural en esta materia se deben observar las siguientes pautas:

1ª) La ejecución de las resoluciones corresponde a los tribunales que las hubieren dictado en primera o en única instancia.

Si se trata del cumplimiento de un laudo por disposición del art. 35 de la misma ley, la ejecución se debe pedir directamente ante el tribunal de única o primera instancia, sin necesidad de exequátur.

2ª) El proceso que se debe iniciar es juicio ejecutivo, que está reglamentado en los artículos 434 y ss. del Libro III del Código de Procedimiento Civil (CPC).

El sistema anterior es completamente coherente con el derecho de defensa y el cumplimiento de la Convención de Nueva York, la que ha sido incorporada al derecho interno en el Capítulo VIII de la Ley 19.971.

3ª) La parte ejecutada puede oponerse a que se conceda la ejecución, ejerciendo su derecho de defensa ante el juez natural antes indicado, al haber desaparecido el trámite del exequátur con la promulgación de la Ley 19.971 de 2004, en los términos explicados.

Se hace presente que la determinación del juez natural para este tema proviene de una original solución que se contiene en el derecho procesal chileno. A diferencia de otros países, el legislador procesal de 1875 incorporó las denominadas *reglas generales de competencia*, para resolver problemas que surgían en el derecho histórico en la determinación de la garantía constitucional de ser juzgado por el juez *natural*, específicamente, para ampliar o extender la competencia de los jueces, para conocer o resolver los asuntos que son sometidos a su conocimiento.⁵

El legislador procesal de 1875 incorporó las denominadas reglas generales de competencia, para resolver problemas que surgían en el derecho histórico en la determinación de la garantía constitucional de ser juzgado por el juez natural, específicamente, para ampliar o extender la competencia de los jueces, para conocer o resolver los asuntos que son sometidos a su conocimiento.

6. Contenido del derecho de defensa en el nuevo sistema de ejecución

6.1. Las excepciones a la ejecución del laudo

El cambio producido con la entrada en vigencia de Ley N° 19.971, Sobre la forma de ejecutar los ludos extranjeros, también ha significado un cambio radical de paradigma en el control de la regularidad jurídica del laudo extranjero.

Como se anticipaba, el Capítulo VIII de la LACI no es más que una repetición de las disposiciones establecidas en la Convención de Nueva York. Su incorporación en el título final de la LACI se debe a que los promotores de esta iniciativa estimaron conveniente reproducir la Ley Modelo UNCITRAL como normativa legal de aplicación directa por los jueces que ahora deben conocer de la ejecución: el juez de letra en lo civil.⁶

El cumplimiento del laudo sólo puede se denegar por las causales que explicita la LACI, al señalar:

“Artículo 36.- Motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución.

1) Sólo se podrá denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se haya dictado:

a) 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:

i) Que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7° estaba afectada por alguna incapacidad, 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, o

ii) 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, o

iii) 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, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras, o

iv) 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

v) 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, o

b) Cuando el tribunal compruebe:

i) Que, según la ley chilena, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje, o

ii) Que el reconocimiento o la ejecución del laudo serían contrarios al orden público de Chile.

2) Si se ha pedido a un tribunal de los previstos en el literal v) de la letra a) del numeral 1) de este artículo 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, a instancia de la parte que pida el reconocimiento o la ejecución del laudo, podrá también ordenar a la otra parte que dé garantías apropiadas.”

6.2. Contenido de las causales de oposición

Una lectura general de las causales de oposición al cumplimiento del fallo revela que se trata de situaciones vinculadas con los presupuestos procesales relativos a falta de capacidad, falta de notificación de la designación de árbitro o del procedimiento arbitral, privación o limitación del derecho de defensa, excesos en el pronunciamiento o incongruencia del laudo.

También es causal de oposición la irregularidad en la constitución del tribunal arbitral o que el procedimiento no se ha ajustado a la normativa que le es aplicable; y por otro.

Asimismo, se debe denegar el reconocimiento o ejecución del laudo arbitral cuando el tema decidido no es susceptible de ser sometido a arbitraje, y cuando en su pronunciamiento se ha infringido el orden público de Chile.

La no interposición del recurso de nulidad, invocando algunos de los motivos de impugnación, convalida completamente el fallo.

En relación al alcance de las causales de oposición antes referidas, ellas buscan garantizar el principio de bilateralidad de la audiencia y el debido proceso, contraviniendo el orden público nacional.

En cuanto a la infracción al orden público, tal como lo dispone el art. 36.1.b (ii) de la LACI se debe entender que incluye el debido proceso⁷ cuando la parte contra la cual se invoca el laudo no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos; 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 el reconocimiento o la ejecución del laudo serían contrarios al orden público de Chile.

Como se puede apreciar, se trata de situaciones genéricas, que el juez ante quien se solicita el cumplimiento debe ponderar, partiendo de la base de que no todo laudo extranjero, por el hecho de ser tal, se puede hacer cumplir en Chile, sirviéndose el legislador de conceptos genéricos como orden público, infracción al debido proceso, etc. En este sentido, la doctrina ha señalado que *“La dimensión negativa del orden público se utiliza, al margen de [sic.] como correctivo funcional frente a la norma de conflicto, en el terreno del reconocimiento de decisiones*

y actos constituidos en el extranjero, en nuestro caso de un laudo arbitral, impidiendo su eficacia en el foro cuando sean manifiestamente contrarios al mismo. [...] la vulneración sólo será procedente cuando el árbitro haya pronunciado su laudo con evidente infracción de los derechos fundamentales, atendiendo a la normativa procedimental aplicable.”⁸

En efecto, la ejecución a los laudos extranjeros no es algo novedoso. Lo que sí se cambia son las fórmulas legales para realizar este control. Como lo sintetiza la doctrina, por ejemplo, la Corte de Apelaciones de París estableció que el orden público se refiere a los principios de importancia fundamental para el sistema jurídico. Por su parte, el Tribunal Federal Suizo señaló que el orden público se refiere a las nociones más básicas de justicia en Suiza, así como al sistema de valores fundamentales de aquella nación. Finalmente, lo dicho por la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito en Estados Unidos parece resumir de forma adecuada los elementos destacados por otros tribunales y la doctrina al precisar que “[l]a ejecución de un laudo internacional sólo puede negarse cuando dicha ejecución violaría las nociones más básicas de moralidad y justicia del Estado.”⁹

7. La LACI y el debido proceso

La técnica seguida por el legislador chileno en esta materia está en sintonía con el mandato constitucional del art. 19 N° 3, que obliga al legislador indicar qué entiende para cada caso como componentes del debido proceso.

La delimitación concreta de lo que para la LACI, es un debido proceso arbitral, obliga a examinar cual es el mínimo en este ámbito, atendido que en el arbitraje prima la autonomía de la voluntad. En efecto, el art. 18 de la LACI, ubicado dentro del Título relativo a la sustanciación de las actuaciones arbitrales, dispone como elementos propios del debido proceso arbitral el siguiente: “deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos.”

De igual forma, profundiza en lo anterior la protección que se asigna al principio de la bilateralidad o de audiencia, cuando el art. 23 de la LACI dispone:

“1) Dentro del plazo convenido por las partes o determinado por el tribunal arbitral, el demandante deberá alegar los hechos en que se funda la demanda, los puntos controvertidos y el objeto de la demanda, y el demandado deberá responder a los

planteamientos alegados en la demanda, a menos que las partes hayan acordado otra cosa respecto de los elementos que 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.”

2) 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.”

De un modo más explícito, se garantiza el principio de la bilateralidad en materia de prueba en el art. 24 N° 3 de la LACI, al asegurar a ambas partes igual acceso al control de la prueba de su contraparte, al establecer que:

“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.”

Igual solución informa la prueba de peritos en el art. 26 de la referida ley.

En todo caso, el derecho a ser oído se traduce en otorgarle a la contraparte la posibilidad de hacer sus alegaciones, tal como se aprecia en el art. 25 de la LACI, cuando regula la rebeldía:

“salvo acuerdo en contrario de las partes, cuando, sin invocar causa suficiente: a) El demandante no presente su demanda con arreglo al numeral 1) del artículo 23, el tribunal arbitral dará por terminadas las actuaciones. b) El demandado no presente su contestación con arreglo al numeral 1 del artículo 23, el tribunal arbitral continuará las actuaciones, sin que esa omisión se considere por sí misma como una aceptación de las alegaciones del demandante. c) Una de las partes no comparezca a una audiencia o no presente pruebas documentales, el tribunal arbitral podrá continuar las actuaciones y dictar el laudo basándose en las pruebas de que disponga.”

Por último, la infracción de las garantías del derecho al debido proceso se debe hacer valer a través del recurso de nulidad y, en su caso, mediante la oposición a la ejecución del laudo. Conforme a la LACI, el laudo se podrá

anular si la parte afectada prueba que ella “*no ha sido notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos*” (art. 34 N° 2 letra a) numeral ii) de la LACI).

Conclusiones:

1º) El ordenamiento chileno ha incorporado a su derecho vigente un sistema de ejecución para los laudos arbitrales extranjeros que permite solicitar su ejecución, sin requerir el sistema de exequátur.

2º) La posibilidad de pedir el cumplimiento directo se explica por la naturaleza de título ejecutivo que indiscutidamente tiene el laudo arbitral extranjero.

3º) La supresión del exequátur no obsta al control judicial de la juridicidad del laudo, en los términos previstos en el art. 36 de la Ley de Arbitraje Comercial Internacional N° 19.971 de 2004.

4º) Esta modalidad de cumplimiento está en consonancia con la evolución del sistema de circulación de sentencias extranjeras, que dentro de varias opciones técnicas, permite la supresión del trámite del exequátur en materias como las arbitrales.

5º) La supresión del exequátur como criterio de validación de los laudos extranjeros evita la realización de dobles “*juicios*”, permitiendo que el ejecutante y el ejecutado puedan ejercer ante el juez natural de la ejecución sus respectivos derechos, sin que esta situación menoscabe el ejercicio de la judicatura nacional.

6º) El art. 36 de la LACI reconoce causales específicas para que los jueces puedan denegar la ejecución de un laudo extranjero. Se trata de causales que buscan garantizar el debido proceso.

7º) El cumplimiento de laudos extranjeros no permite que se pueda ejecutar el que sea contrario al debido proceso, debiendo aplicarse en este control las mismas exigencias que la ley chilena ha establecido para un laudo chileno. Resultaría arbitrario que se pueda ejecutar un laudo extranjero en Chile, entendiendo que puede haber sido pronunciado sin observar las reglas de

orden público que considera a LACI como parte integrante del debido proceso arbitral.

8°) No obstante lo anterior, la práctica arbitral chilena ha seguido aplicando el trámite del exequátur ante la Corte Suprema, quedando en manos de jueces y abogados cambiar esta forma de cumplimiento, para dar mayor eficacia ejecutiva al laudo extranjero.

¹ *Cfr.* Informe de la Comisión de Relaciones Exteriores, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que regula el arbitraje comercial internacional. Boletín N° 3.252-10.

² Conejero Roos, Cristian, “El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica: Un panorama general” en Conejero Roos, Cristian; Hierro Hernández-Mora, Antonio; Macchia, Valeria y Soto Coaguila, Carlos (Coords.), *El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica. Marco legal y jurisprudencial*, Legis Editores, Bogotá, 2009, pp. 57-108, pp. 86-87. Otro aspectos del tema VÁSQUEZ PALMA, María Fernanda, *Las sedes arbitrales en el arbitraje comercial internacional*, Santiago: LegalPublishig, 2013, pp.118-126.

³ Conejero Roos, Cristian, “El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica: Un panorama general”, o. cit. p. 87.

⁴ El documento puede ser accesado en: http://www.oas.org/juridico/spanish/chi_res9.pdf

⁵ Sobre su incorporación, *cfr.* BALLESTEROS, Manuel E., *La Lei de Organización i Atribuciones de los Tribunales de Chile*, Santiago, Imprenta Nacional, 1890, t. II, pp. 157-163.

⁶ Otros aspectos de la ejecución en JIMÉNEZ FIGUERES, Dyalá, “La madurez del arbitraje comercial internacional: de laudos extranjeros y laudos nacionales”, en *Revista Internacional del Arbitraje*, N° 4, 2006, pp. 179-200.

⁷ La garantía del debido proceso no corresponde nominativamente a nuestra tradición jurídica. Su origen se encuentra en el *common law*, donde se la denomina como *due process of law*. En nuestro sistema jurídico la Constitución ha dispuesto que “corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos” (art. 19 N° 3 inc. 4° CPR).” La ley no define qué comprende el debido proceso, pero es doctrina común indicar que esta garantía se traduce en respetar tres principios jurídicos que obedecen a postulados elementales de justicia: el de la bilateralidad o de audiencia, el de la igualdad y la imparcialidad del juzgador. En síntesis de la CS, en la sentencia de 7 de marzo de 2001, “que, si bien ‘el proceso tiene como fin lógico la sentencia, acto por el cual el juez cumple la obligación derivada de la demanda (G. Chioyenda, *Principios de Derecho Procesal Civil*, págs. 412 y siguientes)’, ello necesita que sea producto de un debido proceso, respecto del cual la doctrina nacional y extranjera concuerdan en que el catálogo de garantías mínimas para ‘un proceso racional y justo implica siempre un procedimiento con la presencia de un contradictor y que las partes en el pleito tienen derecho a un trato en igualdad de condiciones, pero a la vez, importa realzar el indispensable análisis de toda la prueba rendida en autos” (Rol 7372-2010, Legal Publishing N° 48017).

⁸ Fernández Rozas, José Carlos, *Tratado del arbitraje comercial en América Latina*, Editorial Iustel: Madrid, 2008, p. 1236.

⁹ Marín González, Juan Carlos, García Mirón, Rolando, “El concepto de orden público como causal de nulidad de un laudo tratándose de un arbitraje comercial internacional” en *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, Vol. XXIV - N° 1 - Julio 2011, pp. 117-131.

Alejandro Romero Seguel

Abogado y árbitro. Socio de la firma Allende Bascuñán y Cía. Autor de numerosas publicaciones especializadas en el ámbito del derecho procesal. Investigador principal en diversos proyectos adjudicados por la Comisión Nacional de Investigación Científica y Tecnológica (CONICYT).

Árbitro del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago (CAM). Licenciado en Derecho Universidad de Valparaíso. Doctor en Derecho por la Universidad de Navarra, España.

Arbitraje Comercial Internacional en el Contexto Brasileño

Gilson Dipp



Introducción

El arbitraje comercial internacional resulta de la necesidad de obtener una solución rápida y segura de las controversias originadas en los negocios o contratos de ámbito supra o ultra nacional, involucrando partes interesadas domiciliadas en distintos Estados mediante la deliberación de árbitros escogidos cuyo veredicto es aceptado y se asume el compromiso de observarlo.

Papel del arbitraje

La opción o preferencia de la deliberación a través de árbitros ha resultado ser la práctica preferida de las partes comerciales o industriales como una modalidad rápida y efectiva de solución de controversias, lo cual reduce los costos, gastos, demoras de los procesos judiciales, sobre todo cuando se trata de más de un país o de más de un sistema jurídico.

*Jurista y profesor de derecho,
ex Ministro y vicepresidente
del Superior Tribunal
de Justicia de Brasil.*

En este sentido el arbitraje toma una especial importancia sustitutiva de la responsabilidad del Estado de ofrecer seguridad jurídica y paz social. En otros términos, una solución negociada mediante arbitraje de *jueces de hecho* con el conocimiento técnico específico propone ocupar un espacio que generalmente está a cargo de los organismos estatales de jurisdicción judicial, en favor de asegurar un grado máximo de justicia comercial o industrial, es decir que la jurisdicción de los Estados en esta materia, antes que nada, debe atender las necesidades comerciales e industriales en cuyo caso vale más la celeridad que la certeza en el campo de los negocios, aunque sea aceptable que la certeza producida por la autoridad judicial tenga una mayor importancia institucional. En el caso del arbitraje comercial, las partes ceden la demorada certeza judicial en favor de la certeza comercial cuyos riesgos eventuales compensan y según sea el caso, cuando ocurren perjuicios, pueden recuperarse en forma más rápida.

De esta manera, el arbitraje comercial con sus reglas propias constituye una alternativa *equivalente* a la deliberación judicial y, como tal, una vez emitido el laudo arbitral se extinguen las controversias. Por esa razón, los sistemas jurídicos nacionales, en general, han admitido al igual que las partes interesadas, el desarrollo de instancias arbitrales como una modalidad de solucionar las controversias con igual poder y fuerza normativa que las disposiciones de los tribunales ordinarios. A alguien le podría sonar como un mecanismo de derogación de la fuerza del Estado, pero por el contrario, el Estado valoriza y protege una solución que los ciudadanos o empresas adoptan de común acuerdo en nombre de la paz y la seguridad jurídicas.

Esa orientación estatal, se reserva algunos aspectos, imponiendo límites y fijando conductas necesarias para la adopción de un veredicto arbitral con poder de decisión del Estado a la luz de la disputa. Finalmente, el arbitraje opera con el consentimiento del Estado que otorga en forma indirecta el poder de solucionar controversias.

Sin duda el arbitraje comercial internacional, *ipso facto*, cumple también las reglas internacionales contenidas, entre otras, en la *Convención de Nueva York* y en las *Convenciones Interamericanas de Arbitraje Comercial Internacional*, habiendo las Naciones Unidas igualmente operado en favor de la uniformización entre las naciones adherentes, emitiendo una *Ley Modelo de la Comisión de*

las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional (CNUDMI). Conforme a estas reglas internacionales suscritas por los Estados Parte que las aceptaron, el arbitraje adquiere una legitimidad especial para los interesados, particularmente ante los Estados.

El arbitraje comercial internacional no excluye el dominio de la jurisdicción nacional, y la propia soberanía del Estado.

Surge de este marco normativo que el arbitraje comercial internacional constituye un mecanismo de solución de las controversias comerciales sumamente especializado y creíble, a pesar de posibles objeciones al laudo y sentencia arbitral y su susceptibilidad ser revisadas por la autoridad judicial del Estado o país donde puedan producirse los hechos.

Papel de los Jueces

La magistratura judicial, a quien se encarga la tarea de ejercer la jurisdicción judicial en nombre del Estado, en tal caso, puede asumir un papel destacado a la luz del arbitraje comercial internacional en vista de que, a petición de cualquiera de las partes, podrá ser cuestionada la constitucionalidad de la solución ante la ley constitucional del Estado que aplique el laudo o de la legalidad de sus términos a la luz de las normas internas de aceptación de la deliberación arbitral.

De esta manera, el arbitraje comercial internacional no excluye el dominio de la jurisdicción nacional, y la propia soberanía del Estado. Aunque es superado por los valores constitucionales nacionales, el arbitraje tiene la libertad de utilizar las costumbres, praxis, usos comerciales o consuetudinarios que siempre han constituido el alma del comercio, cuando no existe el derecho correspondiente y que por esa misma razón han sido recogidos invariablemente por el sistema jurídico nacional.

No obstante, le está reservada a la magistratura la evaluación de la aplicación correcta de estos marcos, ya sea a la luz de la legislación nacional o de aplicación de la legislación de otro Estado cuando a la luz de ella también se haya reclamado un arbitraje. Asimismo, los jueces tienen límites estrechos

de ponderación en lo que respecta al arbitraje comercial internacional y al laudo respectivo. Por cierto que no pueden discutir una opción y tampoco la oportunidad o conveniencia del arbitraje, acotados siempre a la cláusula o acuerdo que legitima esa modalidad de resolución de conflictos comerciales. Se debe observar que cuando las partes optan por un modelo arbitral para resolver una controversia, renuncian a la discusión judicial sobre el mérito de la misma.

Asimismo, como la norma constitucional universal de acceso a la jurisdicción (en Brasil, establecida por el Artículo 5º, XXXV de la Constitución: “*la ley no excluirá de la apreciación del Poder Judicial lesión o amenaza al derecho*”) es limitada por su propia excepción lógica que se basa en la posibilidad de las partes de resolver sus diferencias mediante un acto de acuerdo libre y mutuo (*Recurso de Agravio en la Sentencia Extranjera N° 5.206 -España, STF. Relator Ministro Pertence, Plenario, 12.12.2001*). Lo que le corresponde a los jueces, de acuerdo con la legislación, es considerar o evaluar los desajustes eventuales formales expresamente fijados en las Convenciones Internacionales, en la ley o en el contrato o cláusula de arbitraje. Dicho de otro modo, los magistrados judiciales ejercen la jurisdicción del Estado *solo* a pedido de la parte y dentro de los límites de *control formal* también cuando se pueda determinar el alcance del contenido del laudo.

La Constitución de Brasil (Artículo 105, I, i), no obstante, establece que una sentencia extranjera -aquí emitida como una *sentencia arbitral* por aplicación del Artículo 35 de la Ley N° 9.307, del 23 de septiembre de 1996- debe ser homologada para tener efecto en su territorio “... *siendo válida la equiparación legal, en el ámbito interno, de la sentencia arbitral a la judicial, a fortiori, nada impide el otorgamiento de la calificación de sentencia al laudo arbitral extranjero, de forma de admitir que sea homologable por el Supremo Tribunal Federal, para que, en el foro, tenga eficacia propia de las decisiones judiciales*” (*Recurso de Agravio en la Sentencia Extranjera N° 5.206/Reino da España*).

Por eso, de acuerdo con esa regla es necesario someter al Tribunal competente -hoy el Superior Tribunal de Justicia por disposición de la Enmienda Constitucional N° 45/2004- el laudo arbitral para ejecutarlo en Brasil, de forma que es ese Tribunal al que le corresponde llevar a cabo el juicio de homologación aún cuando la aplicación de sus términos, y límites eventuales,

puedan ser cuestionados en juicio ordinario en el ámbito de la acción judicial de la jurisdicción nacional. Al juez ordinario no le cabe ningún otro juicio que no sea la mera ejecución de los términos del laudo arbitral. De esa forma, el papel del juez del tribunal queda restringido al control de la aplicación y ejecución sin que pueda realizar una posible interpretación de sus términos lo que en verdad puede suscitar una discusión interminable sobre los límites de ambas actuaciones.

Arbitraje y Jurisdicción

Como de cierto modo se anticipó el examen del papel del juez en el juicio arbitral, vale destacar la distinción entre el arbitraje y la jurisdicción, como modalidades de solución de las controversias comerciales, aquí entendida esta última en la aceptación de la jurisdicción judicial.

Esta cuestión se plantea debido a la reiteración, al menos en Brasil, de sucesivas impugnaciones al laudo arbitral por una de las partes, casi siempre domiciliada en el país donde se va a ejecutar, procurando reabrir la controversia al amparo de la jurisdicción nacional. La propia filosofía del arbitraje, ya de por sí excluyente de la jurisdicción judicial para eliminar los inconvenientes de demora, publicidad, costo y especialidad, desautoriza esas medidas, aunque, debido a la norma constitucional del Artículo 5º, XXXV, no es posible eliminar *a priori* tal pretensión contra la homologación, o *in extremis*, la discusión de la ejecución del laudo arbitral por supuestas violaciones de alguna regla o conducta de mérito.

De esta manera, el arbitraje y la jurisdicción judicial se complementan puesto que ésta no podrá ir más allá de los límites deliberativos de aquella, en lo que sea indiscutible, inapelable e incuestionable por los límites del acuerdo de arbitraje o los límites de la cláusula de arbitraje que rigen el contrato.

Parece incuestionable que el arbitraje comercial internacional tal como lo considera el ordenamiento jurídico nacional juega un papel muy relevante en cuanto a la preservación de la seguridad y la legalidad de las conductas comerciales y la mitigación de la jurisdicción judicial no viola ningún marco constitucional, sea de garantía o de derecho individual. Por el contrario, siendo resultado de una acción extra estatal de derecho originada en el sis-

tema jurídico, el arbitraje por sí solo no viola ni impide la adopción de una decisión judicial ni disminuye el poder del Estado de que se adopte sin condiciones.

Instrumentos legales

El régimen de solución de controversias mediante el arbitraje comercial internacional no exime la disciplina legal a pesar de que se origina en antiquísimas prácticas de las corporaciones del comercio medioeval que se pueden observar en la literatura como consta en el *Mercader de Venecia* de Shakespeare.

La creciente expansión del comercio internacional, y más recientemente la velocidad de las transacciones mundiales mediante simples comunicaciones a través de sistemas electrónicos o de computación, desafía que se adopte la misma celeridad para la solución de las controversias comerciales internacionales. Debido a esto, la celeridad ya mencionada varias veces como motivo esencial para la solución de controversias, requieren modalidades de solución de disputas sin perjuicio del régimen judicial institucional formal (que al fin y al cabo es subsidiario), en favor de un mecanismo ágil y que en suma responda a un principio elemental de igualdad ya que en el arbitraje el caso es juzgado por iguales. De hecho, las controversias comerciales, en el caso del arbitraje internacional son resueltas por expertos que son especialistas en esa área o que pueden ser reclutados de entre ellos dándole prioridad naturalmente al viejo principio del juicio por iguales. Probablemente la decisión que ellos adopten será recibida con mayor credibilidad y legitimidad.

Los textos normativos de derecho internacional que orientan el régimen del arbitraje comercial internacional en nuestro país están contenidos en la *Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución y las Sentencias Arbitrales Extranjeras de Nueva York*, del 10 de junio de 1958, promulgada en Brasil mediante el Decreto N° 4.311, del 23 de julio de 2002; la *Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional* de 1975, Panamá (promulgada mediante el Decreto N° 1.902, de 9.5.1996), y la *Convención Interamericana sobre la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros*, de Montevideo 1979 (promulgada por el Decreto N° 2.411, de 2.12.1997), además de la *Ley*

Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional (CNUDMI) de la ONU de carácter programático. Cabe señalar también que en el ámbito del MERCOSUR, fueron establecidas también reglas semejantes en el *Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR* del 23.7.1998, promulgado en Brasil mediante el Decreto N° 4.719, del 4.5.2003.

En el ámbito nacional interno regula el arbitraje la Ley N° 9.307, del 22 de julio de 2002 (que se aplica al arbitraje comercial internacional) cuyo texto fue sometido a muchas deliberaciones en el Poder Judicial brasileño al comenzar el juicio ya mencionado del Agravio Regimental de la Sentencia Extranjera N° 5.206 -Reino de España, ocasión en la que, por mayoría, la Corte declaró constitucional la Ley N° 9.307 del 23.9.96, vencidos algunos jueces que declaraban la inconstitucionalidad del Artículo 6°, § único; Artículo 7°, y §§; Artículo 41, de las redacciones del Artículo 267, VII y del Artículo 301, IX del CPC; y del Artículo 42 de la ley mencionada, todos relativos a la posible violación de la garantía constitucional de acceso a la jurisdicción.

La discusión, como consta en los razonamientos de los votos, involucró a buena parte del Tribunal que se dividió con respecto a las limitaciones de la jurisdicción judicial. Con el tiempo se fue consolidando la aceptación de las reglas cuestionadas y se apaciguó la aplicación de la ley. Recientemente, el Parlamento nacional ha estado discutiendo un proyecto de ley mediante el cual se ofrece una nueva redacción de algunas de las disposiciones de esa Ley 9.307/96 en vigor (Proyecto de Ley del Senado -PLS 406, de 2013, ya fue aprobado en la Cámara Alta y fue enviado a la Cámara de Diputados en febrero de 2014), con una propuesta de modificar algunas disposiciones pero sin alterar su estructura y alcance. Por ejemplo, una novedad consiste en asignar más espacio para el arbitraje comercial internacional para las empresas estatales interesadas.

Se debe mencionar, que la ley nacional brasileña citada (Ley N° 9.307/96), fue promulgada teniendo en cuenta los lineamientos generales de la Convención de Nueva York y de las Convenciones Interamericanas. A propósito, vale recordar el tenor de los principios normativos de estos instrumentos internacionales que Brasil ratificó y luego adoptó en su ordenamiento interno en forma de ley.

Tanto la Convención de Nueva York como las Convenciones Interamericanas establecen como válidas internamente las deliberaciones arbitrales para la solución de controversias comerciales entre personas físicas o jurídicas, las cuales solo podrán ser rechazadas a) si las partes fueren incapaces; b) si no hubieran recibido la notificación o citación regular; c) si la divergencia no estuviera prevista en el acuerdo o cláusula del arbitraje; d) si la autoridad arbitral no hubiere observado los términos del acuerdo; e) o si la sentencia todavía no se hubiera vuelto obligatoria o hubiera sido anulada. También podrán ser recusados el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales que hubieran sido objeto de divergencia que no pueda ser resuelta mediante el arbitraje o sea contraria al orden público.

Estas normas son comunes en los instrumentos internacionales citados y después de ser aprobados por el Poder Legislativo, entraron en vigor internamente y en base a ellas el Parlamento Nacional promulgó la Ley N° 9.307/96 para regir internamente el arbitraje.

A la luz de este marco legal la jurisdicción nacional brasileña ha actuado con respecto al régimen arbitral internacional y de conformidad con las normas internas de carácter constitucional e Infra-constitucional produciendo un conjunto razonable de precedentes judiciales mediante los cuales interpreta y armoniza los pronunciamientos con las necesidades de la dinámica comercial.

Hasta que tuvo lugar el cambio constitucional que pasó a atribuirle al Tribunal Superior de Justicia (el Tribunal encargado de uniformizar la interpretación de la legislación infra-constitucional), le correspondía al Supremo Tribunal Federal (o Tribunal encargado de uniformizar la interpretación de la Constitución federal) el examen y apreciación de la homologación de la sentencia extranjera a la cual se equipara el laudo o sentencia arbitral.

El juicio principal de este tipo ocurrió en el caso ya mencionado *Agravio Regimental en la Sentencia Extranjera N° 5.206 del Reino de España* en el que fue puesto a prueba un conjunto de diversos dispositivos de la Ley 9.307. En este juicio quedó asentado que el laudo arbitral merece la ejecución específica con fuerza de decisión judicial, puesto que “*la manifestación de la voluntad de la parte en la cláusula compromisoria cuando la celebración del contrato es el permiso dado al juez para que sustituya la voluntad de la parte reclamante al firmar el compromiso, lo cual no viola el Artículo 5°, XXXV de la Constitución*”.

De esta manera y en varios casos más, el precedente estableció que en la forma de la ley arbitral el laudo tiene fuerza ejecutiva y valor de sentencia judicial. En el mismo sentido, en el voto fundamentado de la *Sentencia Extranjera Impugnada N° 5.847 -Reino Unido* (Relator Ministro Mauricio Correa, Pleno, Diario de la Justicia del 17.12.99), en la *Sentencia Extranjera Impugnada N° 5.828 -Reino de Noruega* (Relator Ministro Ilmar Galvão, Diario de la Justicia del 23.02.2001) en los que se observó la aplicabilidad inmediata de la Ley N° 9.307/96. En la *Sentencia Extranjera Impugnada N° 753 Reino Unido* (Relator Ministro Mauricio Correa, Diario de la Justicia del 4.10.2002) fue denegada la homologación por falta de comprobación del acuerdo arbitral.

Después de la enmienda constitucional, que le atribuye al Superior Tribunal de Justicia el proceso y juicio de la homologación en cuestión, las sentencias arbitrales pasaron a ser objeto de jurisprudencia de esa Corte. En la *Sentencia Extranjera Impugnada N° 854/EX* (Relator Ministro Benetti, Corte Especial, Diario de la Justicia del 7.11.2013) se estableció que en el cotejo de las decisiones judiciales sobre la sentencia arbitral -una sentencia judicial dictada en el extranjero y otra en Brasil- prevalece la que primero se considere como cosa juzgada.

En la *Sentencia Extranjera Impugnada N° 3.891/EX* (Relator Ministro Humberto Martins, Corte Especial, Diario de la Justicia del 16.10.2013) la Corte consideró que la falla o defecto de la citación alega como en otros casos ya apreciados anteriormente podría ser suplido por el conocimiento del proceso arbitral (*Sentencia Extranjera Impugnada N° 6.753/EX*, Relatora Ministra Maria Thereza, Corte Especial, Diario de la Justicia de 19.8.2013) o por la admisión de la existencia del proceso (*Sentencia Extranjera Impugnada N° 4.213/EX*, Relator Ministro João Otávio Noronha, Corte Especial, Diario de la Justicia del 26.6.2013). También porque la citación, en ese caso, puede observar la ley Extranjera que no siempre tiene la forma especial o específica pudiendo ser en forma simplificada o electrónica, telefónica, telegráfica, etc. (*Sentencia Extranjera Impugnada N° 4.024/EX*, Relatora Ministra Nancy, Diario de la Justicia del 13.9.2013). En la *Sentencia Extranjera Impugnada N° 856/EX* (Relator Ministro Direito, Corte Especial, j. 18.5.2005) la Corte admitió la existencia de la cláusula compromisoria a pesar de no estar escrita en el contrato por inferir de sus términos y conductas de las partes la estipulación de ese factor de composición extrajudicial además de haber la parte ofrecido defensa.

Por otra parte, son numerosos los casos en que el tribunal decidió que no había lugar para el examen del mérito de la sentencia arbitral sin que hubiere violación de algún precepto o norma constitucional o legal. Y tampoco la misma argumentación de que el pago de la condena arbitral excluye la homologación del laudo de la sentencia (*Sentencia Extranjera N° 4.980-GB*, decisión única del Ministro Presidente, j. 1.6.2011).

Resolución N° 9 del Superior Tribunal de Justicia

Históricamente, la competencia para la homologación de la Sentencia Extranjera era, desde la época del Imperio, del Supremo Tribunal Federal, como guardiana de la Constitución Federal.

La Enmienda Constitucional N° 45, al incluir el acápite i en el inciso I del Artículo 105 de la Constitución Federal, trasladó, al Superior Tribunal de Justicia -Corte responsable por la uniformización para la aplicación de la legislación infra-constitucional-, la competencia, para la homologación de las sentencias extranjeras y la concesión de *exequatur* de las cartas rogatorias.

En consecuencia, la Presidencia del Superior Tribunal de Justicia emitió la resolución N° 22, el 31/12/04 la cual, además de instituir el procedimiento correspondiente, dispuso, “*en carácter transitorio, sobre la competencia ampliada al Superior Tribunal de Justicia mediante la enmienda constitucional N° 45/2004*”, norma posteriormente revocada por la Resolución N° 09, del 04/05/2005, que se encuentra en vigor hasta el presente.

La referida resolución mantuvo en su mayoría las disposiciones anteriores del Régimen Interno del Supremo Tribunal Federal, al establecer los requisitos para el trámite y homologación de las Sentencias Extranjeras en Brasil, incluyéndose en éstas, la Sentencia Arbitral Extranjera (Artículo 4.º, § 1.º). No obstante, innovando en relación con las normas del Régimen Interno del Supremo Tribunal Federal, la Resolución N° 09/2005 introdujo la previsión de la admisibilidad de la tutela de urgencia en los procedimientos de homologación de la Sentencia Extranjera (Artículo 4.º, § 3.º).

El procedimiento de homologación de la Sentencia Arbitral Extranjera debe también observar el contenido de los arts. 15 de la Ley de Introducción al

Código Civil (la cual contiene normas generales sobre la aplicación del derecho como un todo), 12 a 17 de la Ley de Introducción a las Normas del Derecho Brasileño (diploma que rige la aplicación de las leyes en general) y la Ley N° 9.307, del 23/09/1996, que dispone sobre el arbitraje.

En los términos del Artículo 5to de la Resolución N° 09/2005, “*constituyen requisitos indispensables para la homologación de la Sentencia Extranjera:*

- i) *haber sido declarada por una autoridad competente;*
- ii) *habiendo sido las partes citadas o haberse verificado legalmente su incumplimiento;*
- iii) *haber sido cosa juzgada; y*
- iv) *estar autenticada por el cónsul brasileño o acompañada por su traducción realizada por un traductor oficial o juramentada en Brasil”.*

Cumplidas estas determinaciones, la Sentencia Arbitral Extranjera será homologada por el Presidente del Superior Tribunal de Justicia (Artículo 2º). En caso de impugnación o reclamación -la cual solamente podrá “*referirse a la autenticidad de los documentos, inteligencia de la decisión y observancia de los requisitos*” de la Resolución- el proceso será distribuido para su juicio por parte de la Corte Especial.

Además de los requisitos formales contenidos en la resolución, el elemento esencial de la homologación de la sentencia extranjera es la condición de que no viole la soberanía nacional o el orden público.

Por otro lado, los casos específicos de negación de la homologación de la sentencia arbitral extranjera están contenidos en los artículos 38 y 39 de la Ley N° 9.307, del 23/09/1996, según los cuales:

“Artículo 38. La homologación solo podrá ser denegada para el reconocimiento o ejecución de la sentencia arbitral extranjera, cuando una de las partes demuestre que:

- i) *las partes en la Convención de arbitraje eran incapaces;*
- ii) *la Convención de arbitraje no era válida de acuerdo a la ley a la cual las partes la sometieron o, en el caso de falta de indicación, en virtud de la ley del país donde se dictó la Sentencia arbitral;*

iii) *no se notificó la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje, o se haya violado el principio o haya sido violado el principio contradictorio, imposibilitando una amplia defensa;*

iv) *la sentencia arbitral fue emitida fuera de los límites de la Convención de arbitraje, y no fue posible separar la parte excedente de aquella sometida al arbitraje;*

v) *la institución del arbitraje no está de acuerdo con el compromiso arbitral o cláusula compromisoria;*

vi) *la sentencia arbitral todavía no es obligatoria para las partes, ha sido anulada o ha sido suspendida por el órgano judicial del país donde fue dictada.*

Artículo 39. También será denegada la homologación para el reconocimiento o ejecución de la sentencia arbitral extranjera, si el Supremo Tribunal Federal constata que:

i) *según la ley brasileña el objeto de litigio no es susceptible de ser resuelto mediante arbitraje;*

ii) *la decisión viola el orden público nacional.*

Párrafo único. No será considerada una ofensa al orden público nacional la citación efectiva de la parte residente o domiciliada en Brasil, de conformidad con la Convención de arbitraje o de la ley procesal del país donde se llevó a cabo el arbitraje, admitiéndose, inclusive, la citación postal con prueba inequívoca de recibo, siempre que asegure a la parte brasileña el tiempo hábil para el ejercicio de su derecho a la defensa”.

Al no encuadrarse al procedimiento de homologación por el Superior Tribunal de Justicia, cualquier incursión que constituya una alteración de la Sentencia Extranjera en lo que respecta al mérito de la causa es de máxima importancia la observancia de los requisitos formales para el enjuiciamiento del pedido de homologación de la Sentencia Extranjera.

Análisis crítico

De todo lo que fue expuesto parece necesario destacar que, por su celeridad y por su conveniencia y eficiencia, el arbitraje es una modalidad para eliminar las controversias por vía extrajudicial sumamente recomendable.

Es verdad que no se trata de un mecanismo de solución de disputas entre partes pobres o desamparadas de recursos financieros y de asesoramiento jurídico técnico especial e incluso sofisticado. El costo financiero del arbitraje es significativo, aunque se compensa por la posibilidad que tienen las partes de controlarlo y de contar con acceso a los expertos y al desarrollo de los trabajos arbitrales.

Por otro lado, el estímulo oficial del Estado a la proliferación de tribunales arbitrales en contrapartida desahoga a los tribunales judiciales que tienen muchos casos que en ocasiones presentan dificultades técnicas que muchas veces son de una complejidad extraordinaria para ser examinados por los jueces que de esa forma atrasan el desenlace y solución de un caso.

Los posibles cuestionamientos, como al inicio de la aplicación de la Ley N° 9.307/96, multiplicados por la novedad y, sobretodo por la actitud conservadora de los especialistas en derecho procesal y constitucionalistas más ortodoxos dejó de ser objeto de defensa por la vía de la sustentación de la soberanía nacional o el interés público. Tal consideración perdió su significado ante la manifiesta evidencia de ventaja para la seguridad jurídica con sus repercusiones en la economía de grandes emprendimientos como reflejo natural en la economía pública de inversiones y recepción de capitales internacionales propio del modelo adoptado por la administración y el gobierno.

El estímulo oficial del Estado a la proliferación de tribunales arbitrales desahoga a los tribunales judiciales que tienen muchos casos que en ocasiones presentan dificultades técnicas de una complejidad extraordinaria para ser examinados por los jueces.

El uso y ejercicio del arbitraje, sobretodo en el área comercial internacional, ha revelado, la incesante evolución de las prácticas comerciales en un mundo cada vez más globalizado, la necesidad de modificar y flexibilizar ciertas nociones clásicas generadas en otras épocas.

La participación de los jueces y magistrados nacionales en esta tarea tal como fue descrita ha funcionado dentro de los límites de la finalidad del arbitraje sin desprestigiar la defensa de la soberanía y el orden público, e igualmente sin desprestigiar la solución negociada entre las partes con el aval del orden jurídico constitucional y legal interno, junto con el escrupuloso cumplimiento de las normas contenidas en las Convenciones Interamericanas y de Nueva York antes mencionadas.

En base a estos postulados consolidados por la experiencia, cabe destacar que se debe incentivar en el ejercicio de las actividades de arbitraje comercial

internacional el uso de la redacción clara y objetiva de los laudos y veredictos que deben estar despojados de una liturgia y solemnidad excesivas de modo que sean completamente inteligibles tanto para los interesados como para terceros, personas eventualmente no especializadas que tengan o deban tener acceso al resultado del arbitraje. Se debe estimular una forma de redactar los laudos en forma comprensible, evitando reproducir en el campo del arbitraje comercial internacional los procedimientos y aspectos burocráticos que tanto se condenan en el área de la jurisdicción judicial y que provocan demoras y lentitud. Si el arbitraje procura acelerar la solución de las controversias conviene que así se produzcan los laudos o sentencias arbitrales.

Cabe señalar además que el uso y ejercicio del arbitraje, sobretodo en el área comercial internacional, ha revelado, por el propio carácter de las discusiones y ante la incesante evolución de las prácticas o costumbres comerciales en un mundo cada vez más globalizado y sin fronteras, la necesidad de modificar y flexibilizar ciertas nociones clásicas generadas en otras épocas. Asimismo, conceptos tales como *orden público, soberanía nacional, buenas prácticas,*

etc. vienen sufriendo sucesivas modificaciones en la medida que sus límites van cediendo ante el incremento de las herramientas de comunicación y de operación en el campo del comercio internacional, circunstancia que tanto los operadores como los destinatarios del arbitraje pueden y deben tener presente cada vez más de cerca.

Además, en el caso de Brasil, vale señalar que el control judicial del arbitraje comercial internacional está sujeto solo ante el Superior Tribunal de Justicia, lo que resulta en que la jurisprudencia que emana del arbitraje ha elevado su grado de estandarización, armonía y ha elevado su grado de univocidad para el bien de los resultados de esa práctica de pacificación de las relaciones entre las partes. Además, esa es la constatación de que sus jueces, entre ellos el autor, cosechan a lo largo de años de actuación.

Gilson Dipp

Jurista, con una carrera de más de 25 años en la magistratura. El Ministro Dipp formó parte del Superior Tribunal de Justicia de Brasil, llegando a ocupar su vicepresidencia durante 2013 y 2014. Ejerció la abogacía en el sector privado durante veinte años en las ramas de derecho civil, laboral, mercantil, administrativo y penal. En 1989 fue elegido para integrar el Tribunal Regional Federal del Distrito 4. Posteriormente se incorporó al Tribunal Superior de Justicia, en donde se desempeñó por 16 años.

El Ministro Dipp ocupó los cargos de coordinador general de Justicia Federal (2007), Inspector del Consejo Nacional de Justicia (CNJ) (2008-2010). Presidió el Comité de Reforma del Código Penal y fue el primer coordinador de la Comisión Nacional de la Verdad, entre mayo y septiembre de 2012. Perteneció a numerosas comisiones dentro del Tribunal Regional Federal y contribuyó a la elaboración de su reglamento interno. Ha organizado, coordinado y participado en numerosos seminarios y conferencias dentro y fuera de Brasil sobre temas como derecho penal, procuración de justicia, derecho procesal, jurisprudencia ambiental, derecho internacional, telecomunicaciones y derecho del trabajo, entre otros.

El Ministro Dipp ha dictado clases de derecho civil en la Pontificia Universidad Católica de Rio Grande do Sul y le fue conferido el título de Académico por la Academia Brasileña de Derecho Penal. Es Licenciado en Derecho y Ciencias Sociales por la Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Rio Grande do Sul.

Reconocimiento y Ejecución de Laudos Extranjeros. Situación actual en El Salvador

Humberto Sáenz-Marinero



1. Tribunal competente para otorgar el reconocimiento en El Salvador

Comenzamos por referirnos a lo más básico: la autoridad judicial competente para conocer del proceso de homologación o reconocimiento de los laudos arbitrales extranjeros. No debemos perder de vista que las convenciones internacionales no sólo son omisas al respecto, sino que tal omisión se ha hecho con toda la intención de que sean las legislaciones locales quienes se pronuncien al respecto.

En ese sentido, las soluciones que se presentan pueden diferir sustancialmente entre un país y otro. Algunos países han preferido conceder estas atribuciones a los jueces de primera instancia,¹ otros países han optado por designar a tribunales de más alta jerarquía,² y algunos otros han querido reservar esta facultad a los tribunales superiores.³ En algunos países incluso se ha llegado a propo-

*Socio y Vicepresidente del
despacho Sáenz & Asociados
(El Salvador).*

ner la creación de tribunales especializados en arbitraje, que entre otras cosas sean los únicos que tengan competencia para conocer de las solicitudes de reconocimiento de laudos.⁴

Debemos hacer ver que en el caso salvadoreño, el legislador nacional aparentemente no tenía muchas opciones. Decimos esto porque la norma primaria en El Salvador, es decir la Constitución de la República, señala en el art. 182 ord. 4º. que será la Corte Suprema de Justicia,⁵ la autoridad encargada de otorgar el reconocimiento de las sentencias extranjeras, sin distinguir si se está aludiendo a sentencias judiciales o a sentencias arbitrales. Siendo así, parecía hasta cierto punto obvio que el legislador no podía sino reconocer o reiterar lo ya dispuesto por nuestra carta magna; esta obviedad desapareció con la entrada en vigencia del Código Procesal Civil y Mercantil (CPCM) según comentamos.

Previo a ello tenemos que hacer notar que el art. 51 numeral 13 de la Ley Orgánica Judicial dice que será la Corte Suprema de Justicia en pleno la única autoridad competente para otorgar el reconocimiento de sentencias extranjeras. Y lo mismo agregaba por su parte el ya derogado Código de Procedimientos Civiles en el art. 453 (CPrC), pues aun cuando éste aludía al “Supremo Tribunal de Justicia”, era plenamente comprendido que no podía ser otro sino la Corte Suprema de Justicia en pleno.

Este criterio se confirmó aún más con el surgimiento de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje de El Salvador (LMCA), que en el art. 80 reiteró que el proceso de reconocimiento se tramitaría ante la Corte Suprema de Justicia. En ese orden de ideas, fácil era concluir hasta antes de la entrada en vigencia del CPCM, que en El Salvador, la parte interesada en pedir el reconocimiento del laudo arbitral extranjero, tenía que presentar su solicitud de reconocimiento ante la Corte en pleno.

Pero si bien esta fue la solución que se impuso y si bien así fueron tramitados los pocos casos de homologación que a la fecha existen en El Salvador,⁶ no podemos dejar de mencionar que si bien es cierto la solución salvadoreña parecía venir impuesta por lo establecido en la constitución de la República, también es cierto que tal solución, como lo dejan entrever algunos autores, podría haber estado contraviniendo lo dispuesto por la Convención de Nueva York. Aludimos específicamente a lo dispuesto por el art. III,⁷ que exige a los países signa-

tarios, no imponer al reconocimiento de laudos extranjeros, condiciones más onerosas que las establecidas para el reconocimiento de sentencias o laudos nacionales.⁸ Debemos admitir que el cuestionamiento es a lo menos, discutible.

Insistimos en que esta situación cambió desde la entrada en vigencia del CPCM en julio del año 2010. El nuevo código incorporó en el art. 28, titulado “*Competencia de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia*”, lo siguiente: “*La Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia conocerá: 1º De los procesos de exequátur.*” Intentaremos explicar qué sucedió a partir de entonces.

El CPCM fue publicado en el Diario Oficial en noviembre del año 2008, pero no entró en vigencia sino hasta el primero de julio del año 2010. Lo interesante es que antes de que tal cuerpo normativo entrara en vigencia, ya se habían escuchado fuertes críticas al art. 28 numeral 1º, pues se afirmaba que existía un evidente error en tal disposición, la cual se señalaba era inconstitucional al violentar lo dispuesto por el ord. 4º del art. 182 de la Constitución. La postura de quienes señalaban la existencia de un error en el art. 28 CPCM, estaba reforzada por el hecho de que tal yerro parecía estar corregido por el mismo CPCM en disposiciones posteriores.

Efectivamente, el art. 557, titulado “*Competencia para el Reconocimiento*”, ubicado en el Libro Quinto que se refiere a la ejecución forzosa decía: “*Para el reconocimiento de las sentencias, otras resoluciones judiciales y laudos arbitrales procedentes del extranjero será competente la Corte Suprema de Justicia.*” Esto significaba que a pesar de lo dispuesto por el art. 28 CPCM, en El Salvador la autoridad competente para conocer y tramitar las solicitudes de *exequátur*, continuaría siendo – como siempre lo había sido - la Corte en Pleno.

Luego de recibida ésta y muchas otras críticas que no viene al caso comentar, algunos de los miembros de la comisión redactora del CPCM se dieron a la tarea de intentar corregir los yerros denunciados por la comunidad jurídica en general. Fue por eso que incluso antes de que entrara en vigencia el CPCM, en abril del año 2010 se aprobaron reformas a ese cuerpo normativo, modificándose varias de sus disposiciones.⁹

Para nuestros específicos propósitos debemos señalar, que en lugar de armonizar el art. 28 CPCM. con la ya consolidada práctica y con lo estableci-

do por el art. 557 del mismo cuerpo de leyes, así como con lo dicho por el art. 51 numeral 13 de la Ley Orgánica Judicial, al decretarse las reformas al CPCM se prefirió modificar el art. 557, quedando redactado este de la siguiente manera: *“Para el reconocimiento de las sentencias, otras resoluciones judiciales y laudos arbitrales procedentes del extranjero será competente la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia.”*

Es así como a partir de la entrada en vigencia del CPCM., y según el tenor literal de la norma, ya no es la Corte Suprema de Justicia en Pleno la encargada de tramitar los procesos de homologación de laudos arbitrales extranjeros, sino que es la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia. El legislador no explicó el cambio de criterio ni las ventajas que encontraba en esta nueva solución.

Sin embargo, en consultas verbales y no oficiales hechas a algunos miembros de la comisión redactora del CPCM, estos explicaban que no se contradecía lo dispuesto por la Constitución, toda vez que el art. 182 de nuestra carta magna permitía que el legislador secundario atribuyera a cualquiera de las Salas de la Corte Suprema de Justicia, las facultades que ahí se indicaban. Como ejemplo de esto explicaban que lo mismo acontecía con los procesos de amparo constitucional, pues si bien el art. 182 de la Constitución indica que es competencia de la Corte su tramitación, la Ley de Procedimientos Constitucionales atribuye de manera específica esa responsabilidad a la Sala de lo Constitucional.

Pero a pesar de estas explicaciones, existen quienes aún consideran que esta disposición es inconstitucional y que los procesos de homologación deberán seguir siendo conocidos por la Corte en Pleno. No existiendo ningún precedente que invocar a esta fecha, pues todos se han tramitado bajo la normativa anterior, habrá que esperar el posterior desarrollo jurisprudencial.

2. Procedimiento de homologación seguido en El Salvador

Corresponde ahora analizar cuál es el procedimiento que deberá seguirse en El Salvador para solicitar el exequátur de los laudos extranjeros. Comenzamos por mencionar que la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje de El Salvador (LMCA) prefirió en este punto hacer una remisión expresa a

los tratados internacionales, pactos y convenciones que El Salvador hubiera suscrito al respecto, olvidando que ninguno de estos instrumentos internacionales aluden al procedimiento que con detalle debe observarse, sino que como es sabido, se prefirió dejar tal detalle a las legislaciones de cada uno de los países.¹⁰

Ahora bien, la misma LMCA reconoce que de no existir pactos, tratados o convenciones internacionales que regulen la materia, deberá observarse lo dispuesto por el CPCM. Así se deduce de lo dispuesto por el art. 80 LMCA, sin que por su parte añada ningún tipo de regulación al respecto, con lo cual tenemos que acudir a lo señalado por el CPCM para las sentencias judiciales extranjeras, advirtiendo que tendremos que aplicar tales disposiciones, en lo que no contradigan a la LMCA, pero principalmente en lo que no contradigan a las convenciones internacionales.

Dicho eso, debemos apuntar que el CPCM se encuentra fuertemente influenciado por la Ley de Enjuiciamiento Civil Española, el Código Tipo para Ibero América, el Código Civil Uruguayo, y el Código de Puerto Rico. Estas influencias se han trasladado también a la materia que ahora nos ocupa y es por eso que la nueva normativa incorporó modificaciones al sistema de reconocimiento de laudos, a partir de la entrada en vigencia del CPCM en El Salvador. Ya nos hemos referido a la modificación que se introduce en relación a la autoridad ante quien se tramitará el proceso de homologación, por lo cual abordaremos ahora el resto de modificaciones introducidas.

En ese orden de ideas, nos parece apropiado referirnos en primer lugar a los requisitos de forma, y más concretamente a la exigencia que el convenio arbitral y el laudo arbitral, se presenten debidamente legalizados o apostillados.

Y es que en un principio, el CPCM no incorporaba absolutamente ningún procedimiento por medio del cual pudiera legalizarse un documento público o privado emanado del extranjero. Al referirse a los documentos, la prueba instrumental en particular, y los medios probatorios en general, el legislador salvadoreño no especificaba en qué casos, y bajo qué circunstancias, podría merecer fe un documento emanado del extranjero.

Intentando decirlo de manera más clara, el legislador salvadoreño guardó un absoluto e inexplicable silencio sobre la forma de legalizar este tipo de documentos, encontrándonos con el grave problema que a partir de la entrada en vigencia del CPCM, el único cuerpo normativo que podría servirnos para la legalización de los documentos sería la Convención de la Haya sobre la Eliminación del Requisito de Legalización de Documentos Públicos Extranjeros, la cual indica claramente en su art. 1, que su ámbito de aplicación es para aquellos documentos que hayan sido autorizados en el territorio de un Estado contratante. El problema era más que evidente puesto que al no poder aplicar esta convención a documentos que provienen de Estados no contratantes, se creaba un vacío legislativo de enormes repercusiones.¹¹

Desde todo punto de vista, se imponía una rápida y clara reforma al CPCM, incorporando un procedimiento de legalización que supliera a la Convención de la Haya sobre la Eliminación del Requisito de Legalización de Documentos Públicos Extranjeros, funcionando en todos aquellos casos en que los documentos provinieran de países no signatarios de la referida convención. No contar con tal reforma, hubiera implicado que en nuestro ámbito de estudio, la parte victoriosa que tuviera en su poder un laudo emitido en un país no signatario de la Convención de la Haya, no hubiera podido ni siquiera iniciar el procedimiento de homologación de un laudo, al no poder cumplir con este requisito formal de la CNY.

El yerro fue advertido por algunos de los miembros que conformaban la comisión redactora del CPCM, y fue por eso que en las reformas de abril de 2010, se incorporaron 3 incisos al art. 334 CPCM titulado “*Autenticidad de los Instrumentos*”, por medio de la cual se le volvió a dar vida al régimen que ya contenía el art. 261 del Código de Procedimientos Civiles (CPrC).¹² En ese sentido, felizmente podemos concluir que en El Salvador no debería existir mayor inconveniente para cumplir con los requisitos formales establecidos por la CNY.

Pues bien, si estos documentos se encuentran redactados en idioma extranjero, para cumplir con lo preceptuado por la Convención de Nueva York, habrá que tener en cuenta que el art. 148 CPCM reitera que todo instrumento que conste en idioma extranjero, deberá acompañarse con su correspon-

diente traducción, añadiendo de manera simple que esa traducción se realizará de conformidad con la ley y tratados internacionales. Dado que hasta el momento la única ley que se refiere al incidente de traducción es la Ley del Ejercicio Notarial de la Jurisdicción Voluntaria y Otras Diligencias (LJV), todo parece indicar que a partir de la entrada en vigencia del CPCM, la única alternativa para cumplir con el requisito de la traducción, será la notarial.

Por otro lado, el art. 333 del CPCM, si bien referido a procesos judiciales ajenos al proceso de reconocimiento de laudos, agrega que la traducción de un documento puede ser impugnada por una sola vez en las audiencias preparatorias o probatorias, en cuyo caso el juez que ventile la causa, podrá nombrar a un perito para que realice la traducción. Surge de inmediato la posibilidad de cuestionar si en el proceso de reconocimiento, la parte que se opone a la homologación del laudo, tendrá o no la oportunidad de impugnar la traducción que se presente, y si la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia en ese caso, tendrá que acceder a decretar la práctica de una prueba pericial.¹³

El CPCM también reconoce la primacía de las convenciones internacionales, estableciendo ciertos requisitos que deberían cumplirse para reconocer un laudo extranjero, pero advirtiendo que tales requisitos tendrán que observarse sólo en el caso que no existieran tratados o normas internacionales que apliquen al caso. Siendo así, tenemos que advertir que a nuestro juicio, la mayoría de los requisitos establecidos por el art. 556 CPCM no pueden tener cabida en nuestra realidad actual, al entrar en franca y abierta contradicción con las disposiciones de la Convención de Nueva York y Convención de Panamá. Lastimosamente se ha perdido una buena oportunidad para poner a tono nuestra normativa procesal interna con lo dispuesto por las convenciones que hemos venido analizando.

La contradicción de la que hablamos comienza desde lo más básico y evidente. El CPCM mantiene la carga probatoria en la parte que solicita el reconocimiento del laudo, cuando como es sabido, es a partir de la CNY que la carga probatoria se invierte, correspondiendo a quien se opone al reconocimiento del laudo, alegar y probar que existe una causal que no permite que el mismo deba ser reconocido.

Lo que sí resulta aplicable, y además aplaudible, es la extensión que concede el legislador al juez, al permitirle adoptar una posición más activa en relación a la prueba del derecho extranjero, ya que los tribunales podrán valerse de cuanto medio de averiguación estimen necesario, para asegurar su conocimiento.¹⁴

Pero fuera de ello, el CPCM sigue haciendo alusión a requisitos que llevan ínsito el doble *exequátur* del que los redactores de la CNY han querido huir. Los ordinales 1º y 3º del art. 556 CPCM exigen demostrar a la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, junto con la solicitud que se presente, que el laudo arbitral ha pasado en autoridad de cosa juzgada, y que reúne los elementos necesarios para ser considerado como laudo en el lugar donde el mismo fue dictado.¹⁵ Eso es completamente inaceptable al amparo de las convenciones internacionales.¹⁶

Siguiendo con ese orden, hay que señalar que aunque el CPCM acepta que puedan reconocerse laudos extranjeros dictados en procesos que se hubieran seguido en rebeldía, marcando con ello un avance en relación al CPrC, también exige que la parte que intenta el reconocimiento u homologación del laudo, compruebe que la parte demandada fue debidamente emplazada, que tuvo verdadera oportunidad de ejercer su derecho de defensa, y que fue notificada de la resolución que le condena.¹⁷

Por supuesto que esta exigencia tampoco tiene cabida en nuestra realidad actual por el tema de la carga probatoria a que antes hemos aludido, pero no podemos desperdiciar la oportunidad para señalar que de todas maneras nos parece una exigencia extrema aún para el caso de las sentencias judiciales. Semejante exigencia no tiene parangón ni siquiera en nuestro antiguo CPrC, y no nos cabe ninguna duda que en el caso de las sentencias judiciales - donde salvo la excepción con España, no existe convención internacional suscrita por El Salvador - será inmensamente complicado comprobar esta circunstancia.

Luego el art. 556 CPrCM exige que el laudo no afecte principios constitucionales, ni el orden público, que el laudo no se refiera a objetos ilícitos, y que no existan procesos en trámite ni sentencias ejecutoriadas en El Salvador. Sin ánimo de referirnos al orden público, la arbitrabilidad de las disputas, y la

cosa juzgada, nos conformamos con hacer ver que estos requisitos no están tan distanciados de lo previsto por las convenciones internacionales, sobre todo porque ahora sí estamos en presencia de causas que pueden ser conocidas oficiosamente por la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia.

El art. 556 CPCM abandona el requisito que establecía todavía el CPrC, y que se refería a que el laudo no debería haber sido pronunciado en el ejercicio de una acción de carácter real. Vale la pena destacar que ese mismo cuerpo normativo, dice en el art 21, que los tribunales salvadoreños tienen competencia exclusiva para conocer de asuntos relacionados con derechos reales y arrendamientos de inmuebles ubicados en el territorio salvadoreño, lo cual puede dar lugar a interpretaciones encontradas en su momento.¹⁸

No era necesario decirlo, pero el art. 21 CPCM vuelve a reconocer la primacía de los tratados, por lo que la solución que parece imponerse, es que si al amparo de la Convención de Nueva York o Convención de Panamá no se contempla la naturaleza real de la acción, como una causal de no reconocimiento, y si no estamos en presencia de una materia indisponible, no tendría por qué negarse la homologación de un laudo que se hubiera dictado en ejercicio de una acción real, relacionada con inmuebles ubicados en El Salvador.

No hemos podido prescindir de las consideraciones anteriores, pero la verdad es que salvo lo que hemos comentado sobre la autoridad ante quien se tramita la homologación del laudo, hasta este punto podemos concluir que el CPCM no incorpora cambios sustanciales al sistema de reconocimiento u homologación de laudos. Ahora bien, y aunque tampoco se trate de cambios sustanciales, debemos llamar la atención sobre el hecho de que esta nueva normativa sí incorpora cambios en las etapas y tiempos en que debe desarrollarse el procedimiento de *exequátur*.

Como pasamos a explicar, el CPCM modifica, y en alguna medida ordena, las etapas que deberán observarse ante la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia cuando se intente la homologación. Esto es así porque como hemos visto, ni las convenciones internacionales ni la LMCA señalan cuál es el procedimiento que debe seguirse ante la Corte, dejando al CPCM, que se ocupe de tal propósito.

Por el sometimiento a la primacía de los tratados, la parte contra quien se intenta el reconocimiento sólo podrá defenderse alegando cualquiera de las causales taxativamente indicadas por la Convención de Nueva York y Convención de Panamá.

En virtud del art. 558 CPCM titulado “Procedimiento de Reconocimiento de Títulos Extranjeros”, luego que se presente ante la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia una solicitud de reconocimiento de laudo extranjero, se tendrá que dar traslado a la parte contraria, para que ésta se pronuncie en un plazo de diez días hábiles.¹⁹ Una vez más, por el sometimiento a la primacía de los tratados, la parte contra quien se intenta el reconocimiento sólo podrá defenderse alegando cualquiera de las causales taxativamente indicadas por la Convención de Nueva York y Convención de Panamá. Si la parte contra quien se intenta el reconocimiento guarda silen-

cio, la Corte tiene que pronunciarse sobre la homologación o no del laudo, en un plazo de diez días hábiles.²⁰

En el evento más probable, esto es, que la parte contra quien se intenta el reconocimiento del laudo, presente argumentos, y en el entendido que deberá probar tales argumentos por la inversión de la carga de la prueba tantas veces repetida, la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia deberá ordenar la práctica de esa prueba en audiencia especialmente convocada al efecto. El CPCM tiene entre sus principios rectores el de oralidad,²¹ la inmediación²² y la publicidad,²³ principios que por cierto marcan un avance significativo y por lo demás encomiable en el proceso civil salvadoreño; pero a fuerza de ser sinceros debemos reconocer que resulta difícil concebir la celebración de una audiencia probatoria que deberá llevarse ante los tres Magistrados que integran la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia en Pleno. Debemos esperar que en la práctica la celebración de esta audiencia, no se convierta en un elemento que lejos de facilitar el procedimiento de *exequátur*, contribuya a su diferimiento.²⁴

Con todo el escepticismo que podría ser natural alrededor de esta audiencia de prueba, destaca el hecho de que el legislador salvadoreño también incorpora en el art. 558 que comentamos, un plazo para que la Sala de lo Civil celebre esta audiencia, y un plazo para que a partir de ella se pronuncie. El CPCM dice que la audiencia probatoria tiene que celebrarse en un plazo que no puede ser superior de veinte días hábiles, y transcurrido ese plazo, la Sala de lo Civil debe dictar su resolución en los diez días hábiles siguientes.²⁵

Por otra parte, el CPCM es muy enfático en señalar que los jueces tienen que realizar sus actuaciones dentro de los plazos previstos por la ley, al grado de que incorpora como una verdadera novedad, no sólo la imposición de sanciones a los jueces que irrespeten los plazos, sino además, un procedimiento específico para hacerlo.²⁶ Veremos cuál es la aplicación que se hace de estas disposiciones en la realidad salvadoreña, pero de todas maneras, refiriéndonos al caso que atañe a esta investigación, nos atrevemos a señalar que en relación a los plazos que indica el art. 558, no prevemos que existirá un verdadero mecanismo para forzar su cumplimiento.

Finalizamos mencionando que el legislador salvadoreño, en el inciso final del mismo art. 558 CPCM, consideró apropiado aclarar que la resolución que pronuncie la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, reconociendo o no el laudo presentado, no admite recurso alguno; aclaración que en lo particular nos parece atinada y sobre todo necesaria.²⁷

3. Proceso de ejecución seguido en El Salvador

Dicho lo anterior, pasamos a referirnos al procedimiento que en la actualidad resulta aplicable al proceso de ejecución de laudos extranjeros en El Salvador. Siempre por razones históricas, haremos un breve repaso sobre algunas de las disposiciones contenidas en el ya derogado CPrC y las compararemos con el nuevo régimen procesal contenido en el CPCM.

Así, es interesante destacar que el CPrC no aludía directamente a la ejecución de laudos extranjeros, y que la aplicación que se hacía de las normas contenidas en ese cuerpo normativo, era posible sólo a raíz de la necesaria

interpretación que por analogía debía hacerse con las sentencias judiciales extranjeras. Como luego profundizamos, el CPCM sí hace una referencia expresa a la ejecución de laudos extranjeros.²⁸

A. Código de Procedimientos Civiles

Nos parece atinado comenzar por cuestionarnos si en El Salvador, la normativa procesal que por analogía resultaba aplicable a la ejecución de laudos extranjeros, preveía o no, un plazo específico dentro del cual debía iniciarse la acción de cumplimiento. En algunos países pareciera existir bastante claridad al respecto,²⁹ pero en El Salvador el asunto daba para interpretaciones encontradas.

La poca claridad se generaba porque no era del todo fácil distinguir la acción de cumplimiento de sentencia, con la acción en juicio ejecutivo que era promovida teniendo como instrumento base de la acción, la ejecutoria de una sentencia judicial o de un laudo arbitral. Quien poseía la ejecutoria de una sentencia dictada a su favor, podía promover la acción de cumplimiento, pero en determinadas circunstancias podía tener que promover un juicio ejecutivo con todas las implicancias que ello tenía.

Dicho eso, tenemos que considerar que las disposiciones que hacían específica alusión a la acción de cumplimiento, no establecían ningún plazo para su interposición, por lo que podía concluirse que esta acción no prescribía. Pero por otra parte, no podemos desatendernos del hecho que el CPrC, al listar los instrumentos que traían aparejada ejecución, decía en el art. 591 ord. 1°, que las ejecutorias de sentencias y laudos tendrían aparejada ejecución, con el condicionamiento que no estuviera prescrita la acción ejecutiva.³⁰

Somos de la opinión que si bien es cierto, el art. 591 CPrC estaba ubicado dentro de las disposiciones que regulaban el juicio ejecutivo, y no dentro de las que regulaban la acción de cumplimiento de sentencia, por la misma seguridad jurídica que entraña la figura de la prescripción, y por la analogía que había existido entre la acción de cumplimiento y el juicio ejecutivo, el condicionamiento del plazo aplicaba para ambas; la acción de cumplimiento sí contaba con un plazo dentro del cual debería ejercerse. Ese plazo sería el que precisamente señalaba el art. 591 en su ordinal 1°, es decir, diez años contados a partir de que la sentencia o laudo estuviera firme.³¹

Teniendo por superado lo anterior, y concentrándonos en la acción de cumplimiento de sentencia – asimilable al cumplimiento de laudos - es importante mencionar que, a la luz de lo que antes disponía el art. 450 CPrC, la parte interesada en la ejecución del laudo extranjero, debía presentarse ante el tribunal competente con la certificación extendida por la Corte Suprema de Justicia, y debía pedir la inmediata ejecución del laudo dictado.³²

El juez sin más, tenía que dar trámite a la solicitud de ejecución, omitiendo citar a la otra parte, y decretando el embargo en bienes del ejecutado.³³ Para decretar este embargo, el CPrC establecía que el juez ante quien se presentaba la solicitud, debía designar a su vez a un Oficial Público de Juez Ejecutor, el cual en el argot judicial ha sido siempre conocido como “ejecutor de embargos”. Este ejecutor, sin ser un funcionario judicial, desempeñaba una función judicial por delegación expresa, habiéndose resuelto que la designación podía recaer sobre cualquier persona que hubiere sido autorizada por la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, y que hubiere cumplido con los demás requisitos que señalaba el art. 106 de la Ley Orgánica Judicial (LOJS).³⁴

En ese orden, el juez ante quien se presentaba la solicitud, libraba mandamiento de embargo para que el ejecutor realizara la labor material de buscar bienes susceptibles de embargar. El ejecutor debía diligenciar el encargo conferido, tomando en cuenta que para hacerlo, solamente contaba con veinticuatro horas más el término de la distancia que en El Salvador era de tres días por las primeras cuatro leguas de distancia, y un día adicional por cada seis leguas de exceso. Por otra parte, el ejecutor de embargos solo contaba con diez días, más el término de la distancia, para devolver el mandamiento de embargo al tribunal que le había delegado el encargo.³⁵

No cabe duda que de todo lo antes señalado, lo más importante es que el legislador salvadoreño no había considerado necesario dar ninguna otra oportunidad de ser oído al ejecutado, partiendo de la premisa que éste ya había tenido la oportunidad de defenderse y argumentar, no sólo en el procedimiento arbitral, sino después, en el trámite de homologación del laudo.³⁶ Es por eso que el juez libraba el mandamiento de embargo sin citar al ejecutado, y es por esto que se omitía no sólo la citación al mismo, sino que se omitía cualquier término de prueba, e inclusive la sentencia de remate.³⁷

Una vez embargados los bienes, el CPrC establecía que se procedería al remate de estos, y que para tal efecto, se seguirían los trámites del juicio ejecutivo en lo que resultare pertinente. Esto significaba que a partir del embargo de los bienes, el juez ordenaba a petición de parte, la venta en pública subasta de los bienes embargados, para lo cual decretaba la fijación de carteles anunciando la subasta, tanto en el tribunal mismo, como en el lugar donde estaba situados los bienes, y determinaba que uno de esos carteles fuera publicado en el Diario Oficial por tres veces.

Paralelamente, el juez ordenaba que se practicara valúo pericial sobre los bienes embargados, valúo que serviría de base para la venta en pública subasta que luego se realizaría. Si era necesario, libraba oficios al Registro de la Propiedad para conocer la situación registral de los inmuebles embargados. En cualquier caso, transcurridos 15 días después de la última publicación del cartel en el Diario Oficial, el Juez señalaba día y hora para la venta en pública subasta, y mandaba fijar nuevos carteles en los que ya incorporaba el resultado del valúo efectuado.

Finalmente, llegado el día y hora previamente indicados por el Juez, éste procedía a vender los bienes embargados, adjudicando los mismos al mejor postor. En ausencia de postores o de ofertas equivalentes al menos a las dos terceras partes del valúo judicial, el juez podía autorizar a la parte que solicitaba la ejecución, que se pagara total o parcialmente con los bienes embargados.³⁸

El CPrC preveía casos especiales, como el embargo de dinero, cuentas bancarias, el embargo del mismo objeto que se reclamaba, o casos en los que se hubieren embargado sueldos, pensiones en dinero, créditos, títulos valores de contenido crediticio etc.; casos en los que por la naturaleza de los bienes embargados, no era factible la emisión de carteles, ni la realización de avalúos, ni el libramiento de oficios a autoridades administrativas. En todos esos casos, una vez que se había realizado el embargo, el interesado estaba facultado para pedir que se le realizara directamente el pago.

B. Código Procesal Civil y Mercantil

Tenemos que hacer notar que al describir en los anteriores párrafos el procedimiento de ejecución que se debía tramitar bajo la normativa procesal anterior, nos hemos referido en puridad a una sola de las alternativas de

cumplimiento forzoso que inobjetablemente ha sido la más usual; aquella que se concreta a través del embargo de bienes de quien no ha cumplido voluntariamente el laudo. Y no hay que perder de vista que referirnos al proceso de ejecución a través del embargo de bienes, supone en la mayoría de los casos estar en presencia de laudos que condenan al pago de cantidades líquidas.³⁹

Pero si lo anterior es cierto, también lo es que existen otras alternativas por las que se puede exigir judicialmente el cumplimiento de los laudos, especialmente cuando en los laudos no se ordena el pago de cantidades de dinero, sino que se impone una obligación de dar, hacer, y hasta de no hacer. Lo que pasa es que en El Salvador éste es el único procedimiento de ejecución de sentencias que estaba regulado de forma más o menos clara en el CPRC.

Ahora bien, es incuestionable que el proceso de reconocimiento y posterior ejecución de laudos, adquiere verdadera relevancia práctica frente a sentencias arbitrales que impliquen el establecimiento de una condena para cualquiera de las partes.⁴⁰ Esto con independencia del hecho que la condena consista o no en una obligación dineraria, y hasta con independencia de que consista en una condena de dar, hacer o no hacer.

No desconocemos que en determinadas circunstancias pudiera ser conveniente y estratégico, solicitar la homologación de un laudo meramente declarativo o constitutivo,⁴¹ pero preferimos enfocarnos en lo que a nuestro juicio tiene mayor ocurrencia práctica, esto es, la homologación y ejecución de los laudos condenatorios. Será a partir del análisis de esta suerte de laudos, que intentaremos describir el procedimiento de ejecución contemplado en el CPCM, así como referirnos a las alternativas que la parte victoriosa tiene, frente a la renuencia a cumplir que su contraparte pueda exhibir.

*Es incuestionable que el
proceso de reconocimiento
y posterior ejecución
de laudos, adquiere
verdadera relevancia
práctica frente a
sentencias arbitrales
que impliquen el
establecimiento de una
condena para cualquiera
de las partes.*

Pero aun enfocándonos en los laudos condenatorios, precisa tener en consideración que si bien es cierto, la mayoría de los laudos contendrán condenas al pago de cantidades líquidas, habrá casos en que eso no es así. Un laudo puede ordenar el pago de cantidades no líquidas sino liquidables; o podrá ordenar el pago de cantidades de dinero sin liquidar dichas cantidades ni fijar parámetros para su liquidación; podrá ordenar la entrega de bienes; podrá ordenar el cumplimiento de una obligación de hacer, y hasta de una obligación de no hacer.⁴² Las soluciones de ejecución para todos estos casos, sin duda serán diferentes; afortunadamente y como en seguida abordaremos, el CPCM es muy claro en este aspecto.

Hechas las anteriores advertencias, pasamos a decir que con un enfoque completamente distinto al del CPrC, el CPCM dedica 148 artículos a las diligencias de ejecución forzosa de sentencias y laudos arbitrales. Es ostensible que a diferencia de su antecesor, el CPCM sí distinguió el juicio ejecutivo de la acción de cumplimiento, e hizo algunos esfuerzos por distinguir el proceso y consideraciones aplicables a las sentencias y laudos provenientes del exterior.⁴³

En cuanto a los documentos a presentar, y formalidades que deben observarse, el CPCM, insiste en la presentación de la ejecutoria correspondiente, la cual en el caso de laudos extranjeros, se traduce en la certificación de la homologación extendida por la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia. Junto a eso, el solicitante de la ejecución tiene que presentar todos aquellos documentos que considere útiles al juez. Nos atrevemos a pensar -por ejemplo- en presentar nuevamente el laudo que se desea ejecutar.⁴⁴

Muy importante es el hecho de que el CPCM sí estableció de manera expresa un plazo para el inicio de la acción de ejecución. El art. 553 dice que la pretensión de ejecución prescribe en un plazo de dos años. Sin embargo, en relación a las sentencias y laudos extranjeros, el legislador no especificó a partir de qué fecha debían computarse los dos años de prescripción.⁴⁵

Es más, un análisis literal de la norma, podría llevar a la errónea conclusión de que los dos años se computarían desde la fecha de dictado del laudo extranjero. Y esto nos parece que no podría ser así, puesto que a pesar de que en el extranjero el laudo podría ya ser considerado firme, todavía tiene que pasar por un procedimiento de homologación ante la Corte Suprema de Jus-

ticia. A pesar de los plazos relativamente cortos, establecidos por el mismo CPCM. En relación al proceso de homologación, nos parece obvio que los dos años sólo podrían comenzar a contarse a partir de que la Corte Suprema de Justicia homologue el laudo.⁴⁶

Todavía más importante es el cambio radical del legislador procesal salvadoreño, pasando de un régimen en el cual se ignora por completo al ejecutado, a otro en el cual el ejecutado debe ser oído, y en el cual además se le conceden varias oportunidades para recurrir y hasta solicitar la suspensión del procedimiento. Contrario a lo que acontecía con la legislación procesal ya derogada, el art. 564 CPCM. Considera al ejecutado como parte legítima en el proceso de ejecución.⁴⁷

En cuanto a los trámites necesarios, el CPCM dice que el proceso sólo puede activarse a solicitud de parte. Si el solicitante conoce bienes que ejecutar, lo podrá indicar así desde el inicio del procedimiento; si no conoce la existencia de bienes, podrá requerir que el juez adopte las medidas de localización necesarias. Presentada la solicitud, y asumiendo que el solicitante cumple con los requisitos de forma antes especificados, el juez despachará la ejecución. Si existen algunos defectos en la solicitud presentada, el juez podrá requerir su subsanación en un plazo de cinco días hábiles, transcurridos los cuales se pronunciará despachando la ejecución, o negando la misma. Si la solicitud es rechazada, el solicitante podrá interponer recurso de apelación.⁴⁸

Asumiendo que el juez despacha la ejecución, éste continuará de manera oficiosa el procedimiento; y es entonces cuando el ejecutado deberá ser notificado de la ejecución.⁴⁹ El legislador aclara que se trata de una mera notificación y no de una citación o emplazamiento, pero a la vez hace notar que en lo sucesivo, todas las actuaciones deberán serle notificadas.

La notificación que se le hace al deudor genera un doble efecto. Por una parte le permite apersonarse en el procedimiento de ejecución, plantear objeciones e interponer recursos; y por otra parte, significa la existencia de una orden judicial para que no pueda disponer de sus bienes, limitarlos o gravarlos sin previa autorización judicial. Sin perjuicio de la responsabilidad civil o delictual que pueda generarse desde entonces, todo acto de disposición que realice el ejecutado con sus bienes, será nulo.⁵⁰

Según los arts. 579 y siguientes del CPCM, el ejecutado puede oponerse por escrito a la ejecución. El código establece como primer requisito, que el ejecutado se apersona al procedimiento a más tardar cinco días después de haber sido notificado del mismo. Si el ejecutado cumple con este término, podrá formular oposición en los siguientes casos: falta de calidad o de representación del ejecutante,⁵¹ falta de requisitos legales en el título,⁵² pago de la obligación que se reclama, prescripción, existencia de transacción entre las partes, y falta de competencia.⁵³

El juez tiene que resolver la oposición sin suspender la ejecución de sus actuaciones, para lo cual tendrá que celebrar audiencia oral entre las partes.⁵⁴ En esa audiencia el juez primero resolverá sobre las oposiciones de forma, y sólo si declara estas improcedentes, o si son subsanadas por el solicitante, pasará a analizar las oposiciones de fondo. Las partes en esa audiencia, tendrán la oportunidad de hacer valer los medios de prueba que consideren apropiados.

Si el juez estima pertinentes los motivos de oposición alegados por el ejecutado, así lo resolverá, y revocará cualesquiera medida de ejecución que se hubiere ordenado a esa fecha. El solicitante puede apelar de esta resolución y rendir garantía suficiente para que se mantengan las medidas ejecutivas. El juez analizará en cada caso si ameritan mantenerse estas medidas.

Por otra parte, desde la perspectiva del ejecutante, deberá seguir teniendo en cuenta el privilegio de inembargabilidad que la ley concede a ciertos bienes;⁵⁵ y también deberá seguir teniendo en cuenta las particularidades que en el siguiente apartado apuntamos cuando la ejecución se intenta contra el Estado o sus instituciones.

Pero si lo que se intenta es el embargo de una empresa, el solicitante no debe perder de vista que de conformidad a nuestra legislación mercantil, no es posible el embargo aislado de los elementos de la empresa, sino que tiene que embargarse ésta en su conjunto y designar un interventor con cargo a la caja. Buena noticia es que en la actualidad, el solicitante ya no tendrá que lidiar con la indefinición que hasta hace poco existía sobre el rol de los interventores con cargo a la caja. El art. 633 CPCM se encarga de listar cuáles son las facultades que tendrá el interventor.

En donde también se muestra un avance significativo y plausible, es en las alternativas de ejecución abordadas por el legislador. Ahora sí se abordan de manera bastante detallada las alternativas que existen según se trate de ejecutar una obligación de dar cantidades líquidas, dar bienes distintos del dinero, hacer o no hacer una cosa determinada. Por la naturaleza de nuestra investigación no podemos detenernos a profundizar en estos detalles, por lo que tendremos que conformarnos con destacar las novedades más importantes

En cuanto a las obligaciones líquidas, quizá lo más relevante es que el CPCM facilita la búsqueda de bienes del ejecutado a través de las medidas de localización e investigación.⁵⁶ Dentro del proceso de ejecución, el juez puede requerir al deudor que declare bajo juramento cuáles son sus bienes, previéndole que de no hacerlo, se estará incumpliendo una orden judicial. A la vez, y por el hecho de que a partir del despacho de la ejecución el proceso se vuelve oficioso, el juez tiene facultades para investigar por su cuenta, requiriendo información del deudor a instituciones públicas o financieras, que a su vez están obligadas a colaborar.⁵⁷

También es de destacar, que el remate en pública subasta de los bienes embargados, deja de ser la única opción del solicitante. El CPCM prevé la posibilidad de pactar convenios de realización de los bienes,⁵⁸ o de autorizar al mismo ejecutado para que los realice, o de hacerlo a través de terceros. Por lo demás, el CPCM regula con más detalle el proceso de subasta de los bienes, así como normas especiales en el caso de bienes inmuebles.

En relación a las obligaciones de dar, el CPCM. Acude a la distinción entre cosas genéricas y cosas determinadas pero la verdad es que en el fondo la solución es la misma. El solicitante puede insistir en que se instituya a su favor la posesión de las cosas genéricas o de la cosa determinada, para lo cual se podrá emplear cualquier medio que resulte oportuno, incluyendo la transferencia a nivel de registros públicos, sin intervención del ejecutado. Sólo si esto no es posible, por imposibilidades físicas o jurídicas, el solicitante puede requerir el pago de los daños y perjuicios irrogados por el incumplimiento.⁵⁹

Si el laudo que se intenta ejecutar impone una obligación de hacer, habrá que considerar tres distintos supuestos; todos regulados por el nuevo código: obligaciones no personalísimas, obligaciones personalísimas y obligaciones

Si el laudo que se intenta ejecutar impone una obligación de hacer, habrá que considerar tres distintos supuestos; todos regulados por el nuevo código: obligaciones no personalísimas, obligaciones personalísimas y obligaciones de ejecutar un acto jurídico o declaración de voluntad.

de ejecutar un acto jurídico o declaración de voluntad. En ese último supuesto de los actos jurídicos, la solución del CPCM es fundamentalmente la misma que ya establecía el CPrC; el juez podrá llegar hasta el punto de suscribir el acto jurídico que el ejecutado se niega a realizar cuando los elementos esenciales del acto jurídico estén bien determinados; caso contrario se ordenará la indemnización de daños y perjuicios.⁶⁰

Para las obligaciones de hacer que no sean personalísimas, el CPCM establece un procedimiento de ejecución bastante claro. Se concederá un plazo de no más de 15 días al ejecutado para que cumpla, los cuales serán fijados

discrecionalmente por el juez.⁶¹ Transcurrido ese plazo, el solicitante podrá insistir en el cumplimiento de la obligación, encargándola a un tercero a costa del ejecutado, o solicitando que el costo se compute como daños y perjuicios. Si el solicitante insiste en esto, el juez tendrá que valorar el costo involucrado y podrá decretar embargo en bienes del ejecutado hasta el valor que se determine. Si el solicitante ya no quiere el cumplimiento *in natura* de la obligación, podrá pedir que se le resarzan los daños y perjuicios.⁶²

Para las obligaciones de hacer que sí sean personalísimas, el procedimiento varía en relación a lo que antes disponía el CPrC. Luego de transcurrido el plazo fijado por el juez, de no más de quince días, el solicitante podrá pedir el equivalente en dinero, incluyendo los daños y perjuicios irrogados. Si esto es así, se procederá a cuantificar el incumplimiento y luego se procederá como si se tratara de ejecución de deudas líquidas. En ese mismo caso, y de manera adicional, el juez podrá imponer al ejecutado una multa única, hasta por la mitad del valor asignado al incumplimiento.⁶³

Si el solicitante quiere insistir en el cumplimiento *in natura* el juez puede imponer al ejecutado una multa por cada mes de incumplimiento. La multa equivaldrá a un máximo de veinte por ciento del valor de la obligación incumplida y se pagará por un plazo que no exceda de doce meses. Si transcurre ese plazo sin que el deudor cumpla, el juez podrá ordenar la entrega del dinero a satisfacción del ejecutante.

Pasando a las obligaciones de no hacer, el juez puede ordenar que se deshaga lo hecho, advirtiéndole que no se vuelva a realizar la actividad prohibida. Esto sin perjuicio de los daños y perjuicios que pueden ocasionarse al solicitante, los cuales puede pedir su reparación. Si el acto ejecutado no puede deshacerse, deberán indemnizarse los daños y perjuicios.⁶⁴

Muchísima importancia tiene, el hecho de que en cualquiera de las alternativas de ejecución, el legislador ha previsto que si falla el cumplimiento *in natura*, el solicitante siempre podrá requerir indemnización de daños y perjuicios. En la nueva normativa queda claro que la cuantificación de esos daños y perjuicios, no tendrá por qué ser objeto de un proceso distinto al de ejecución. Lo que los arts. 696 y siguientes CPCM señalan, es que será dentro de las mismas diligencias de ejecución forzosa, que se liquidarán estos daños.

Finalizamos destacando que bajo el régimen que dio inicio a partir de la vigencia del CPCM, ya no habrá discusión sobre la posibilidad que tiene el juez de ejecutar laudos extranjeros, no obstante la existencia de recursos o acciones pendientes en la sede. En el inciso 2° del art. 592 CPrCM, queda confirmada la habilitación conferida al juez de la ejecución, para ejecutar de manera provisional un laudo arbitral.⁶⁵

En cualquiera de las alternativas de ejecución, el legislador ha previsto que si falla el cumplimiento in natura, el solicitante siempre podrá requerir indemnización de daños y perjuicios. En la nueva normativa queda claro que la cuantificación de esos daños y perjuicios, no tendrá por qué ser objeto de un proceso distinto al de ejecución.

Si como consecuencia de las acciones o recursos promovidos en la sede, el laudo llega a resultar anulado o revocado, el art. 602 dice que el juez de la ejecución, no sólo pondrá fin a los actos de ejecución, si no que podrá adoptar todas las medidas que sean necesarias para que vuelvan las cosas a su estado anterior.⁶⁶ El avance en este punto es notable.

¹ Como sería el caso de Argentina y México, donde son los jueces de primera instancia los que tienen tal atribución. Lo mismo sucede en Paraguay donde no sólo el procedimiento de reconocimiento, sino también el de ejecución, se tramita ante el juez de primera instancia en lo civil y comercial.

² En Colombia se ha designado a la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia; en Panamá a la Sala Cuarta de los Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia.

³ En Brasil el proceso de reconocimiento de laudos se tramita ante el Tribunal Superior de Justicia. En similar sentido, en Bolivia y Uruguay son competentes las respectivas Cortes Supremas de Justicia.

⁴ Esta propuesta fue hecha el año 2007 en Brasil, por un grupo de entidades vinculadas al arbitraje. Vid al respecto, GIUSTI, G., “El Arbitraje y el Poder Judicial. La Intervención de las Cortes Judiciales en el Arbitraje. Cortes Especializadas en Arbitraje - ¿Sí o No? “Trabajo presentado en la Conferencia IBA/CCI “El Arbitraje y el Poder Judicial”, en Caracas, abril de 2008.

⁵ Los arts. 2 y 4 de la Ley Orgánica Judicial señalan que la Corte Suprema de Justicia de El Salvador estará integrada por 15 Magistrados propietarios, distribuidos en 4 Salas: de lo Constitucional, Contencioso Administrativo, Civil y Penal.

⁶ A la fecha sólo han finalizado 3 procesos de homologación de laudos en El Salvador: i) el caso Grupo Marriot vrs. Hoteles y Desarrollos (7-DVM-2007) en el cual se otorgó el exequátur; ii) el caso Operadora Andersons vrs. Epicureo (33-P-2007) en el cual se denegó el exequátur; y iii) el caso Ricardo Humberto Artiga Posada vrs Empresa Propietaria de la Red (8-P-2010) en el cual se otorgó el *exequátur* 8-P-2010. Hay otro caso que fue desistido antes de que existiera pronunciamiento y uno más que está en trámite.

⁷ En lo pertinente, el Art. III CNY dice: “Para el reconocimiento o la ejecución de las sentencias arbitrales a que se aplique la presente Convención, no se impondrán condiciones apreciablemente más rigurosas, ni honorarios o costas más elevados, que los aplicables al reconocimiento o a la ejecución de las sentencias arbitrales nacionales.”

⁸ Vid. sobre este particular, KLEINHEISTERKAMP, J., *International Commercial Arbitration in Latin America -Regulation and Practice in the MERCOSUR and the Associated Countries*, Oxford University Press, 2005, pp. 339 y ss., quien considera que el requisito de que en algunos países los máximos tribunales sean los competentes para conocer del reconocimiento de los laudos claramente establece una carga adicional que no se necesita para los laudos nacionales.

⁹ Las reformas al CPCM se aprobaron por Decreto Legislativo No.319 de fecha 15 de abril de 2010, publicado en el Diario Oficial No. 100, Tomo 387 de fecha 31 de mayo de 2010.

¹⁰ El art. III de la Convención de Nueva York dice que cada Estado contratante “reconocerá la autoridad de la sentencia arbitral y concederá su ejecución de conformidad con las normas de procedimiento vigentes en el territorio donde la sentencia sea invocada.” En similar sentido, el art. 4 de la Convención de Panamá dice: “Las sentencias o laudos arbitrales no impugnables según la ley o reglas procesales aplicables, tendrán fuerza de sentencia judicial ejecutoriada. Su ejecución o reconocimiento podrá exigirse en la misma forma que la de las sentencias dictadas por tribunales ordinarios nacionales o extranjeros, según las leyes procesales del país donde se ejecuten, y lo que establezcan al respecto los tratados internacionales”.

¹¹ En la región centroamericana no son parte de esta Convención Guatemala ni Costa Rica. Vid. sitio web de Conferencia de la Haya, www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=41. Decimos esto con conocimiento de pequeñas variantes introducidas en las reformas. El régimen sigue siendo el mismo toda vez que esas variantes hacen más bien alusión al nombre de los cargos de los funcionarios que en El Salvador autorizarán la legalización de los documentos, así como a la diferente clasificación de los documentos que hoy contempla el CPCM, obviándose toda referencia a los documentos antes conocidos como “auténticos”.

¹² Decimos esto con conocimiento de pequeñas variantes introducidas en las reformas. El régimen sigue siendo el mismo toda vez que esas variantes hacen más bien alusión al nombre de los cargos de los funcionarios que en El Salvador autorizarán la legalización de los documentos, así como a la diferente clasificación de los documentos que hoy contempla el CPCM, obviándose toda referencia a los documentos antes conocidos como “auténticos”.

¹³ Debe tomarse en cuenta que en el caso Grupo Marriot contra Hoteles y Desarrollos, S.A. de C.V., la Corte Suprema de Justicia en Pleno tuvo que resolver una petición presentada por la parte contra quien se pretendía reconocer el laudo, en la que requerían la práctica de prueba pericial para traducir el laudo dictado, a pesar de que junto con la solicitud de exequátur se había presentado la traducción al idioma español, en la forma permitida por el art. 24 LJV. La Corte Suprema de Justicia en Pleno, si bien negó la prueba pericial requerida, utilizó como fundamento de su decisión el hecho de que la traducción presentada por la parte actora ya había sido cotejada por el perito traductor adscrito a la Corte. La resolución a nuestro juicio carece de sustento técnico-jurídico, sobre todo si toma en cuenta que nuestra normativa procesal anterior no contemplaba la figura de traductor adjunto; a nuestro juicio la Corte hubiera negado la solicitud presentada, pero porque ya se habían cumplido las formalidades previstas por la ley, y porque ningún incidente de impugnación se regulaba por el CPrC. Vid. sentencia pronunciada por la Corte Suprema de Justicia en Pleno, de fecha 14 de diciembre de 2006, en proceso referencia 12-P-2006.

¹⁴ Así lo establecen los arts. 313 ord. 3º y 315 del CPrCM. Es justo decir que esta postura parece estar más en sintonía con las modernas corrientes procesales que señalan que la actividad probatoria del derecho extranjero tiene que efectuarse entre el juez y las partes, y no sólo por éstas últimas. A este respecto, vid. FERRER CORTINES, Oscar, “La Carga de la Prueba del Derecho Extranjero” en AA.VV. *Objeto y Carga de la Prueba Civil*, Dirección ABEL LLUNCH, Xavier y PICÓ i JUNOY, Joan, ed. Bosch, Barcelona, 2007 O., p. 268. Por otra parte, esta solución posibilita acudir a otros medios probatorios como serían certificaciones diplomáticas o consulares, opiniones de juriconsultos, informes de corporaciones, instituciones y universidades, peritajes, etc. Vid al respecto, MOLINS GARCIA-ATANCE, Emilio, “La Aplicación de la Ley Extranjera por los Tribunales Españoles y la Posición que debe Adoptar el Juez en estos Procesos”, en AA.VV. *Objeto y Carga de la Prueba Civil*, ABEL LLUNCH, Xavier y PICÓ i JUNOY, Joan (Dir.), ed. Bosch, Barcelona, 2007, pp. 293 y ss.

¹⁵ El art. 556 CPCM dice que a falta de convenios internacionales, los laudos extranjeros pueden ser reconocidos si concurren, entre otros, los requisitos siguientes: “1º *Que la sentencia, con autoridad de cosa juzgada en el Estado en que se ha pronunciado, emane del tribunal competente según las normas salvadoreñas de jurisdicción internacional.*” Y “3º *Que la sentencia reúna los elementos necesarios para ser considerada como tal en el lugar donde se dictó, así como las condiciones de autenticidad exigidas por la ley nacional.*”

¹⁶ En materia judicial en cambio, se ha entendido que a falta de convención que regule la materia, será necesario acreditar de forma debida, no sólo la existencia de la sentencia judicial, sino la firmeza de la misma. Vid. TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, J. Ma. y otros, TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, J.M, y otros, *Los Procesos Civiles. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil con Formularios y Jurisprudencia*, GARBERÍ LLOBREGAT, J. (Dir), Tomo 4, ed. Bosch, Barcelona, 2001, p. 231.

¹⁷ El art. 556 CPCM agrega como requisito: “2º *Que la parte demandada, contra la que se pretende realizar la ejecución, hubiese sido legalmente emplazada, aunque fuera declarada rebelde, siempre que se le hubiera garantizado la posibilidad de ejercer su defensa y que se le hubiese notificado legalmente la resolución.*”

¹⁸ Vid. art. 21 CPrCM titulado “Jurisdicción Exclusiva de los Tribunales Civiles y Mercantiles Salvadoreños”, que en lo pertinente dice: “*Son competentes los tribunales civiles y mercantiles salvadoreños para conocer de las distintas clases de procesos en los supuestos siguientes: 1º En materia de derechos reales y arrendamientos de inmuebles que se hallen en El Salvador.*” Pensamos que el título de este artículo no es suficiente para concluir que se está modificando la LMCA y que por ello se está introduciendo en el régimen salvadoreño una nueva materia inarbitrable; los derechos reales y arrendamientos inmobiliarios son materias de libre disposición y no debería existir problema alguno en arbitrarlos.

¹⁹ El art. 558 CPCM en su inciso primero dice: “El reconocimiento deberá ser pedido por la parte a la que le interese, mediante solicitud escrita presentada ante la Corte Suprema de Justicia. De esta solicitud se dará audiencia a la parte contraria, emplazándola ante la Corte, para que pueda formular alegaciones sobre los requisitos establecidos para que proceda el reconocimiento de títulos extranjeros a falta de tratados internacionales, y proponer pruebas en el plazo de diez días.” Además vid. art. 14 CPCM, que señala que en los plazos fijados en días sólo se contarán los hábiles.

²⁰ Así lo dice el inciso segundo del art. 558 CPCM: “Cuando no se hubieran formulado alegaciones, o no se practicara prueba, la Corte dictará sentencia haciendo reconocimiento de la resolución extranjera y otorgándole plenos efectos, o denegando dicho reconocimiento, en el plazo de diez días, con devolución de la ejecutoria a quien hubiera promovido el procedimiento.”

²¹ Art. 8 CPCM: “En los procesos civiles y mercantiles las actuaciones se realizarán de forma predominantemente oral, sin perjuicio de la documentación de los actos procesales que deban hacerse constar por escrito, y de las aportaciones documentales que en este código se establecen.”

²² Art. 10 CPCM: “El juez deberá presidir personalmente tanto la celebración de la audiencia como la práctica de los medios probatorios, quedando expresamente prohibida la delegación de dicha presencia, so pena de nulidad insubsanable...”

²³ Art. 9 CPCM: “Las audiencias de todos los procesos previstos en este Código serán públicas, salvo que el juez, de oficio, o a instancia de parte, disponga lo contrario por razones de seguridad nacional, de moral o de orden público, o de protección de la privacidad de alguna de las partes.”

²⁴ Nuestra crítica es sólo por el hecho de que es la Sala de lo Civil la que conoce de estos procedimientos, y no por la mera instauración de la audiencia probatoria oral. Compartimos las reflexiones que en términos generales se hacen sobre las ventajas que proporciona la oralidad en los procesos civiles, y sobre todo en la producción de las pruebas. Vid sobre este tema, PARADA GÁMEZ, G.A., *La Oralidad en el Proceso Civil*, ed. UCA, San Salvador, 2008, pp. 175 y ss.

²⁵ El inciso 3º del art. 558 CPCM dice: “Si se hubiera propuesto prueba útil y pertinente, se ordenará su práctica en audiencia, que deberá celebrarse en un plazo que no pase de veinte días, y concluida la cual se dictará sentencia en los términos del inciso anterior.”

²⁶ Vid. arts. 15, 417 y 701 CPCM. También vid el dictamen favorable de la Comisión Ad Hoc para el Estudio del Código Procesal Civil y Mercantil, de la Asamblea Legislativa de El Salvador, de fecha 29 de agosto de 2008, expediente No. 582-1-2007-1.

²⁷ Dice el inciso 4º del art. 558 CPCM: “Contra las sentencias de la Corte no procederá recurso alguno”. Contrario a lo que sucede en Alemania, donde la resolución sobre la homologación es siempre recurrible, en otros países como Perú, solo existe recurso cuando se deniega el reconocimiento, y no cuando el mismo es concedido. En cambio en países como México, Paraguay, Brasil y Bolivia, se ha tomado idéntica solución a la adoptada en El Salvador, en el sentido de que las decisiones sobre la homologación de los laudos, en ningún caso admiten recurso. Comentario especial

merece España, adonde la resolución adoptada por los tribunales de primera instancia tampoco es recurrible; sin embargo, esto ha recibido algunas críticas, en el sentido de que no contar con recursos parece encontrar justificación, sólo cuando son los tribunales supremos los que dictan la resolución del *exequátur*, y no cuando se trata de tribunales de inferior jerarquía.

²⁸ En España en cambio, desde el año 2000, año en que surgió la nueva y vigente LEC, no sólo regula con exhaustividad la ejecución de las sentencias judiciales, sino que además se ocupa de regular la ejecución de los laudos arbitrales en todos sus aspectos. Esto no significa que exista un tratamiento completamente diferente entre la ejecución de una sentencia y un laudo. Vid. al respecto FRANCO ARIAS, J., “Artículo 44 y 45: La Ejecución del Laudo y Particularmente la Ejecución Provisional según la Nueva Ley de Arbitraje de 2003”, *Anuario de Justicia Alternativa*, No. 5/2004, febrero 2004, pp. 2 y ss.

²⁹ En el caso de Estados Unidos, la sección 207 de la Federal Arbitration Act establece un plazo de 3 años, luego de emitido el laudo arbitral extranjero o internacional, para promover su cumplimiento; vid. sobre ese particular, SENGER WEISS, E.M., *op. cit.*, p. 170.

³⁰ Por su parte el art. 2254 del Código Civil dice que las acciones ejecutivas de naturaleza civil, prescriben en 10 años, y el art. 995 del Código de Comercio establece plazos más cortos para las diferentes acciones ejecutivas que puedan promoverse en el ámbito mercantil.

³¹ Por supuesto que este plazo de prescripción no tenía ninguna relación con el plazo para la prescripción de la acción que pudo haber motivado el pronunciamiento del laudo o sentencia. Abona a nuestra conclusión, el hecho de que la prescripción de la ejecución – o caducidad en otras legislaciones – encuentra plena justificación en la necesidad de evitar que el deudor quede vinculado de manera indefinida con una incierta ejecución. Vid. BARONA VILAR, S. y otros, *El Proceso Civil*, Vol. VI, ESCRIBANO MORA Fernando (Coord.), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 4363 y ss. Esta posición coincidiría conceptualmente, con la sostenida por TOMASINO, H., *El Juicio Ejecutivo en La Legislación Salvadoreña*, ed. Universitaria, San Salvador, 1960, pp.74 y ss. Aunque nos atrevemos a decir que al abordar este tema, el reconocido autor llegó al punto de sugerir que se eliminara de la normativa salvadoreña entonces vigente, la acción de cumplimiento, y que todo cumplimiento de sentencia se pidiera a través de juicio ejecutivo, con lo cual el acreedor tendría que incorporar nueva demanda y tramitar una vez más un litigio con todas las oportunidades procesales que eso conllevaba a favor del ejecutado. Disentimos por completo de la sugerencia formulada.

³² El inciso 1º del art. 450 CPrC decía: “Presentado el victorioso con la ejecutoria correspondiente, se decretará el embargo de bienes y se omitirán los trámites de citación de remate, término del encargado y la sentencia de remate, practicándose todos los demás del juicio ejecutivo.”

³³ Vid. ZETINO William, *Apuntes de Derecho Procesal Civil. Principios y Aspectos Fundamentales. Clasificación y Trámite de los Juicios en Materia Civil*, 4ª ed. San Salvador, 2007, pp. 186 y ss.

³⁴ El art. 106 LOJS dice que los ejecutores de embargos deben ser personas de buena conducta notoria, pública y privada, y que deben rendir fianza por el equivalente a US \$571.43 ante la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, con la cual se garantiza que cumplirán su cargo, fiel y legalmente.

³⁵ Todo esto se encontraba contenido en los arts. 211, 612 y 614 CPrC.

³⁶ Debemos decir que con justificada razón, no parece ser esta la solución preferida en el derecho comparado. En países como Argentina, Paraguay y Uruguay, se concede audiencia al ejecutado y se le permite alegar excepciones taxativamente señaladas por las respectivas legislaciones. En el caso de México, el proceso de ejecución para laudos extranjeros, contempla traslado al ejecutado y la posibilidad de abrir a pruebas, concediendo incluso audiencia al Ministerio Público. Vid. al respecto CRUZ MIRAMONTES, Rodolfo, y CRUZ BARNEY Oscar, *El Arbitraje. Los Diversos Mecanismos de Solución de Controversias: Análisis y Práctica en México*, ed. Porrúa, México 2004, pp. 53 y ss.

³⁷ El art. 450 CPrC en su inciso 1º decía: “Presentado el victorioso con la ejecutoria correspondiente, se decretará el embargo de bienes y se omitirán los trámites de citación de remate, término del encargo, y la sentencia de remate, practicándose todos los demás del juicio ejecutivo.” Es menester aclarar que cuando el legislador hacía referencia al “término del encargo”, estaba aludiendo al período probatorio, el cual había sido entendido así, porque era el término dentro del cual el demandado tenía el encargo procesal de desvirtuar la prueba pre-constituida, propia del juicio ejecutivo.

³⁸ Una amplia explicación sobre las disposiciones y principios del juicio ejecutivo que resultaban plenamente aplicables al proceso de ejecución de sentencias en El Salvador, puede verse en TOMASINO, H., *op. cit.*, pp. 152 y ss.; ZETINO W., *op. cit.*, pp. 186 y ss.

³⁹ Tradicionalmente se ha reconocido que existen cantidades líquidas cuando: la sentencia o laudo condena al pago de una suma determinada; la cantidad a pagarse es susceptible de determinación mediante una simple operación aritmética aplicando los parámetros fijados en la sentencia o laudo, o; el vencedor ha presentado liquidación de capital, intereses y costas y el juez o árbitro simplemente las ha aprobado. Vid. DE SANTO, V., *Compendio de Derecho Procesal. Civil, Comercial, Penal y Laboral*, ed. Universidad, Buenos Aires, 1995, pp. 633 y ss.

⁴⁰ Se ha llegado a señalar que las sentencias judiciales y arbitrales que son meramente declarativas, o constitutivas, no pueden constituir título de ejecución, pues no imponen ninguna obligación al demandado. Vid. a ese respecto TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, José María, y otros, *Los Procesos Civiles. Comentarios a la*

Ley de Enjuiciamiento Civil con Formularios y Jurisprudencia, GARBERÍ LLOBREGAT, José (Dir), Tomo 4, ed. Bosch, Barcelona, 2001, pp. 211 y ss.; PARDO IRANZO, V., “Modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil”, en AAVV, *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de Diciembre)*, BARONA VILAR, S. (Coord.), ed. Civitas, Madrid, 2004, pp. 1652 y ss. También vid. BARONA VILAR, S. y otros, *El Proceso...*, cit., p. 4313.

⁴¹ Como cuando lo que se intenta es obtener el reconocimiento de un laudo que luego pueda ser utilizado para alegar cosa juzgada. Vid. REDFERN Alan y otros, *Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional*, 4ª ed., edición en español revisada y adaptada por MARIGO Noiana y OSSA Felipe, ed. Aranzandi, Navarra, 2006, pp. 597 y ss.; BARONA VILAR, S. y otros, *El Proceso...*, cit., Vol. VI, p. 4389. O como cuando lo único que se intentará hacer es la denominada “ejecución impropia” de los laudos, con lo cual se ha querido significar que no se necesita de auxilio judicial para la realización de determinadas diligencias. Ejemplo de la denominada ejecución impropia sería la inscripción en algún registro público de un laudo de carácter constitutivo, caso en el que no se necesita acudir al juez; vid en ese sentido PARDO IRANZA, V., *op. cit.*, p. 1529; TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, J.M, y otros, *op. cit.*, p. 211. En El Salvador, el art. 559 CPCM lleva a concluir que los laudos declarativos o constitutivos no pueden ser sujetos de un proceso de ejecución, lo cual no implica que no puedan inscribirse o anotarse en registros públicos cuando sea menester.

⁴² Vid. PARDO IRANZA, V., *op. cit.*, pp. 1532 y ss.; GREIF J., “Las Medidas Cautelares en América” en AA.VV. *Medidas Cautelares*, GREIF J. (coord.), ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2002, p. 76. Ese último autor aborda las diversas vías de ejecución que han sido reconocidas en los diferentes ordenamientos legales. Aunque el autor alude a sentencias judiciales, nos parece que las vías de ejecución que él reconoce, son perfectamente aplicables a nuestro estudio.

⁴³ Al referirse a los laudos extranjeros, el CPrCM parte de la premisa de su previo reconocimiento ante la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia; vid. art. 555.

⁴⁴ Vid. art. 572 CPCM. También podría darse el caso de que el solicitante ya haya identificado bienes a embargar, por lo que podría proveer al juez de la documentación que demuestre la titularidad de esos bienes.

⁴⁵ Art. 553 CPrCM: “*La pretensión de ejecución prescribe a los dos años de haber quedado firme la sentencia o resolución, del acuerdo y transacción judicial aprobados y homologados, o del laudo arbitral cuyo cumplimiento se pretenda.*” También hay que hacer notar que el legislador salvadoreño se decantó por la figura de la prescripción y no por la caducidad. En España en cambio, el art. 518 de la LEC habla de caducidad, lo cual ha generado algunas críticas por los distintos efectos que genera la caducidad en comparación con la prescripción. Vid. por ejemplo FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M.A., *op. cit.*, pp. 2489 y ss.

⁴⁶ El plazo establecido nos parece muy corto, sobre todo comparado con el resto de los plazos de prescripción que se establecen en el juicio ejecutivo. Pero más problemático que eso, es el momento a partir del cual se debe computar el plazo, pues bien podrían presentarse casos en los que el laudo condena al pago de prestaciones periódicas, que tales prestaciones comiencen a cumplirse voluntariamente, y que no sea sino hasta dos años después que el condenado al pago comience a incumplir. Si el plazo comienza desde la firmeza del laudo, o desde que ha sido homologado, una interpretación ortodoxa de la norma llevaría al absurdo de que el victorioso ya no podría exigir el cumplimiento del mismo. Esta misma crítica ya ha sido formulada en la legislación española. Vid. BARONA VILAR, S. y otros, *El Proceso...*, cit., Vol. VI, pp. 4367 y ss.

⁴⁷ Art. 564 CPCM: “Será parte legítima en la ejecución forzosa el que la pide y también aquél contra el que se ordena, que habrá de ser el que figure en el título como obligado al cumplimiento. “ Es interesante que el legislador no habla simplemente de ejecutante y ejecutado, sino que prefiero decir que serán parte “el que pide” y “contra quien se ordena”, advirtiendo que la parte contra quien se ordena debe ser la misma que aparezca como obligado en la sentencia o laudo. Lo mismo acontece en España, donde se ha dicho que sólo pueden ser parte los que figuren en el título como acreedor y deudor. Vid sobre ese particular, TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, J.M, y otros, op. cit., pp. 361 y ss.; FERNÁNDEZ BALLESTEROS, Miguel Angel, en AAVV., *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo II, ed. Iurgium, Barcelona, 2001, pp. 2593 y ss.

⁴⁸ Todo esto aparece consignado en los arts. 570, 571, 574 y 575 CPrCM. En cuanto a la apelación a la que se alude, hay que tomar en cuenta que el recurso sólo podrá entenderse con el acreedor, pues hasta este momento el ejecutado no ha sido escuchado. Vid. TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, J.M, y otros, *op. cit.*, p. 460.

⁴⁹ Si el ejecutado tiene domicilio conocido, esta notificación no debería representar problema alguno, sobre todo si se toma en cuenta que el CPCM, en los art. 169 a 180, establece mecanismos mucho más flexibles y expeditos de notificación. Pero si el ejecutado no tiene domicilio o residencia conocido, o en su caso debe ser notificado fuera del territorio salvadoreño, comienzan a aparecer los potenciales inconvenientes y dilaciones; habrá siempre que acudir a la figura del exhorto internacional o comisión rogatoria.

⁵⁰ Lo cual se desprende de los arts. 576, 577 y 578 CPCM.

⁵¹ La falta de calidad ocurriría en aquellos casos en que el ejecutante no sea quien aparece como acreedor o beneficiario en el laudo. La falta de representación evidentemente alude a una situación diferente, como cuando el procurador actúa sin facultades suficientes. Vid. GONZALES SORIA Julio, “Carácter Extranjero del Laudo. Normas Aplicables”, en AA.VV., *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje*,

60/2003 de 23 de diciembre, GONZALEZ SORIA Julio (Coord.), Vicente, ed. Aranzadi, Navarra, 2004, pp. 545.

⁵² Tratándose de un laudo extranjero que ya ha sido reconocido por la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, cuesta imaginarse cuál podría ser un caso donde falten requisitos legales al título que se ejecuta. A lo sumo podríamos pensar en algún vicio o error de forma, como la falta de una firma o sello, en la resolución de exequátur emitida por la Sala de lo Civil de la Corte.

⁵³ Sobre las razones por las cuales puede existir oposición a la ejecución en España, vid. FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M.A., *op. cit.*, Tomo III, pp. 2691 y ss.

⁵⁴ Se parte de una equiparación total del laudo homologado con una sentencia judicial, por lo que la fuerza ejecutiva del laudo, impide que la mera oposición sea causa suficiente para suspender la ejecución; vid. al respecto TORIBIOS FUENTES, F., “De la Ejecución...”, *cit.*, p. 724.

⁵⁵ Los que a partir de la vigencia de la nueva normativa están comprendidos en el art. 621 CPCM. En términos generales, no existen diferencias de criterio importantes en relación a los bienes a los cuales se les concedía este privilegio durante la vigencia del CPPrC; el criterio sigue siendo – como lo ha reconocido la doctrina – declarar inembargables aquellos bienes que satisfacen las necesidades más básicas del deudor, de manera tal que la ejecución no implique destruir su existencia económica. Vid. al respecto FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M.A., *op. cit.*, Tomo III, pp., 2915 y ss.

⁵⁶ Avance muy significativo a favor del acreedor pues es sabido que uno de los principales inconvenientes a la hora de querer embargar bienes, es que el deudor los oculta.

⁵⁷ Así se establece en los arts. 611 a 613 CPCM. Sobre este punto, la Comisión Ad-Hoc para el Estudio del Código Procesal Civil y Mercantil, creada en la Asamblea Legislativa de El Salvador, enfatizó como una de las novedades de este cuerpo normativo, “el determinar el patrimonio del ejecutado recurriendo a la declaración del mismo, con la amenaza que de no colaborar, se le iniciará proceso penal.” Vid. el Dictamen No. 1, favorable, del expediente No. 582-1-2007-1 de la Comisión Ad-Hoc para el Estudio del Código Procesal Civil y Mercantil de la Asamblea Legislativa, de fecha 29 de agosto de 2008.

⁵⁸ Vid sobre los convenios de realización de bienes en la legislación española, BARONA VILAR, S., *El Proceso...*, *cit.*, Vol. VII, pp. 5412 y ss.; HOYA COROMINA, J., en AAVV., *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo III, ed. Iurgium, Barcelona, 2001, pp. 2995 y ss.

⁵⁹ Sobre la ejecución de obligaciones de dar no dinerarias, vid. Arts. 692 a 695 CPCM. Tenemos que decir que la solución prevista por el CPCM está más que justificada, puesto que el acreedor tiene todo el derecho a exigir que la sentencia o

laudo se ejecute en los términos específicamente contenidos en el mismo; y sólo si eso no es posible, puede entrarse a considerar la transformación del cumplimiento de la obligación.

⁶⁰ Ver arts. 686 y 687 CPCM.

⁶¹ Se ha señalado que la resolución por la que se despacha ejecución de una obligación de hacer debe contener una orden o requerimiento dirigida al ejecutado para que proceda a cumplir fielmente su obligación, una plazo imperativo dentro de que el ejecutado debe cumplir, y un apercibimiento donde se indique que de no cumpliré, podrán adoptarse los demás mecanismos que indica la ley. Vid. BARONA VILAR, S. y otros, *El Proceso...* cit, Vol. VII, pp. 5844 y ss.

⁶² Vid. arts. 675 a 679 CPCM.

⁶³ Vid. arts. 680 a 685 CPCM.

⁶⁴ Vid. arts. 688 a 691 CPCM. Obviamente a esto deberán añadirse las repercusiones de tipo penal que pueden existir.

⁶⁵ El inciso 2º del art. 592 CPCM dice: “*Las sentencias extranjeras que no hubieren alcanzado firmeza se podrán ejecutar provisionalmente cuando así lo disponga el tratado internacional aplicable al caso.*” Aun tomando en cuenta las diferencias terminológicas a las que nos hemos referido al hablar de la firmeza y obligatoriedad de los laudos, nos parece evidente que esta disposición está en franca sintonía con lo dispuesto por el art. VI de la Convención de Nueva York.

⁶⁶ En el entendido que la ejecución no se paralizó, el juez debe buscar todos los mecanismos necesarios para que se restituya al ejecutado lo percibido. Vid. TORIBIOS FUENTES, F., “Suspensión...” cit., pp. 736 y ss. Sobre esto mismo, vid. MONTERO AROCA, Juan y otros, *El Nuevo Proceso Civil. Ley 1/2000*, Tirant lo Blanch, 2ª ed., Valencia, 2001, pp. 710 y ss., quienes explican que en el caso de condenas dinerarias, se puede devolver el dinero, reintegrar las costas de la ejecución y resarcir los daños y perjuicios ocasionados; en el caso de condenas no dinerarias se puede restituir el bien más las rentas, frutos o productos, o en su caso, pedir la indemnización de daños y perjuicios si el bien no puede restituirse; cuando sean obligaciones de hacer se puede pedir que se deshaga lo hecho y se indemnice; y finalmente cuando sean obligaciones de no hacer, todo se limitaría a la consiguiente indemnización de daños si el condenado ha realizado la acción prohibida.

Humberto Sáenz-Marinero

Socio y Vicepresidente del despacho Sáenz & Asociados. Es notario además de abogado, habiendo participado en arbitrajes nacionales, tanto institucionales como ad-hoc.

Ha colaborado con la Fiscalía General de la República de El Salvador en arbitrajes en los que ha tomado parte en la defensa del Estado salvadoreño y ha participado como Abogado de Parte en arbitrajes internacionales ante la American Arbitration Association (AAA), la Cámara de Comercio Internacional y el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guatemala (CENAC).

El Rol del Juez en el Derecho Francés de Arbitraje

Jean-Pierre Ancel

El arbitraje ideal es aquel en el que no es necesaria la participación del juez, lo cual resulta normal, si tenemos en cuenta que la institución del arbitraje tiene por objeto principal evitar al juez estatal. Sin embargo, ningún sistema de arbitraje puede prescindir del juez, y este es el caso del sistema francés.

Para hablar del sistema francés, en lo que atañe a las relaciones entre el arbitraje y el juez, hay que tener en cuenta la idea esencial según la cual el juez jamás debe remplazar al árbitro en su función jurisdiccional ni intervenir en el arbitraje salvo que sea de manera accesoria y puntual. El juez francés se muestra particularmente riguroso en la aplicación de esta regla fundamental.

En primer lugar, esto se pone de manifiesto por una aplicación muy estricta del efecto negativo del principio de la *competencia de la competencia*: ante la presencia de un acuerdo arbitral, el juez debe declararse incompetente

*Ex presidente de la 1a Cámara
Civil de la Corte de Casación
(Francia)*

El juez jamás debe reemplazar al árbitro en su función jurisdiccional ni intervenir en el arbitraje salvo que sea de manera accesoria y puntual.

y remitir a las partes al arbitraje. La regla es casi absoluta: cuando un tribunal conoce de un litigio para el cual existe un acuerdo arbitral, el juez debe declararse incompetente, salvo una excepción: en caso de que el acuerdo arbitral sea manifiestamente nulo o inaplicable.

Este caso es excepcional: el acuerdo debe de ser, evidente e indiscutiblemente nulo e inaplicable.¹

Fuera de ese caso puntual, se aplica el principio de la *competencia de la competencia*: corresponde prioritariamente al árbitro determinar su propia competencia, es decir, pronunciarse sobre la existencia y la validez del acuerdo arbitral. Se trata de una regla de gran importancia, no solamente teórica, sino también práctica, ya que está destinada a favorecer la ejecución del acuerdo arbitral.

Es preciso concluir que, en el derecho francés, no existe un recurso judicial para determinar la validez del acuerdo arbitral, por tal motivo, el juez estatal podrá ser llamado a intervenir únicamente en temas específicos en materia de arbitraje. Se prevén tres intervenciones, con tres objetivos distintos:

- Otorgar el *exequátur* al laudo arbitral.
- Asistir y cooperar con el arbitraje: el juez de apoyo.
- Controlar la regularidad del laudo: el recurso de anulación.

La primera de estos objetivos (otorgar el *exequátur* al laudo arbitral) no presenta dificultades en el derecho francés. Se trata de una formalidad, por la cual una de las partes, que busca ejecutar el laudo, pide al juez (en Francia, el Tribunal de Primera Instancia conformado por un solo juez) ordenar el *exequátur* del laudo. Esta formalidad consiste en estampar en el laudo la *fórmula ejecutoria*, que permite la *ejecución forzosa* de la decisión (por el alguacil de justicia, o en caso de necesidad, mediante el concurso de la fuerza pública). Este procedimiento no es contradictorio; el juez conoce mediante un simple *requerimiento* unilateral y la decisión de *exequátur*.

El juez solamente puede negarse a otorgar el exequátur en los casos en los que el laudo sea “manifiestamente contrario al orden público”.

La orden del juez por la que se otorga el exequátur no es susceptible de recurso. Solamente la orden que lo rechace puede ser objeto de apelación.

Las otras dos modalidades de intervención del juez en el arbitraje merecen ser analizadas en detalle. Se trata del *juez de apoyo* (cuya misión es la asistencia y cooperación en el arbitraje), y el *juez de control del laudo* (por medio del recurso de nulidad). Examinémoslas de manera sucesiva.

I. El Juez de Apoyo

Si bien el arbitraje ideal es aquel en el cual el juez no interviene nunca (un acuerdo arbitral no se da por concluido ni ejecutado sino hasta el pronunciamiento y la ejecución espontánea del laudo), ningún sistema de arbitraje –nacional o internacional– puede dejar de prever la cooperación del juez.

Esta cooperación –indispensable para dar fuerza ejecutoria al laudo y decidir sobre los recursos– es, por lo demás, facultativa, pero siempre útil ya que permite la buena ejecución del convenio arbitral; de allí que usualmente a este juez se le llame *juez de apoyo*.

El “aviso de reforma de arbitraje del 13 de enero de 2011” consagra el lugar del juez francés como el de un *juez de apoyo* (véase el “aviso” de presentación del texto en el Diario Oficial). El decreto fue integrado al Código Francés de Procedimientos Civiles (CPC).

La adopción de la terminología (inspirada en el derecho suizo) *juez de apoyo* por la práctica es de larga data. El régimen anterior (decretos de 1980 y 1981) mencionaba esta intervención del juez, que la jurisprudencia había consagrado ampliamente.

El decreto de 2011 recoge expresamente la denominación *juez de apoyo*:

- Al comienzo, casi incidentalmente, en el *artículo 1451, párrafo 3 del CPC*
- En el *artículo 1459*, que lo define.

Es preciso recordar que los poderes reconocidos al juez no pueden serle atribuidos sino a título subsidiario y supletorio ya que el árbitro debe permanecer como único juzgador del fondo del litigio.

Es preciso recordar que los poderes reconocidos al juez no pueden serle atribuidos sino a título subsidiario y supletorio ya que –insistimos– el árbitro debe permanecer como único juzgador del fondo del litigio. Es decir, la intervención del juez será en esencia puntual y tendrá por objetivo garantizar la eficacia del arbitraje.²

Examinemos sucesivamente:

- Las condiciones procedimentales de la intervención del juez de apoyo.
- El ámbito de su intervención.³

Las condiciones procedimentales de la intervención del juez de apoyo

El marco procedimental de la intervención del juez de apoyo es definido en el *artículo 1505 CPC*:

En materia de arbitraje internacional, el juez de apoyo en el procedimiento arbitral es en los siguientes casos, salvo cláusula en contrario, el presidente del Tribunal de Primera Instancia de París:

1. Cuando el arbitraje ocurre en Francia, o
2. Si las partes han acordado someter el arbitraje a la ley de procedimiento francesa, o
3. Si las partes han dado expresamente competencia a las jurisdicciones estatales francesas para conocer de los diferendos relativos al procedimiento arbitral, o
4. Cuando una de las partes está expuesta al riesgo de denegación de justicia.

Para los demás casos, el *artículo 1506* remite a las disposiciones aplicables al arbitraje interno (*artículos del 1492 al 1458, y 1460*).

Supuestos de competencia internacional del juez francés:

El juez francés no puede intervenir en todos los arbitrajes internacionales; hace falta la existencia de un vínculo con Francia:

- El arbitraje deba llevarse a cabo en Francia. Se hace referencia así a la sede del arbitraje. Por el contrario, la nacionalidad de una de las partes o la elección de la ley francesa sobre el fondo del litigio no son los criterios del *artículo 1506* sobre la competencia del juez de apoyo francés.
- Las partes deben haber optado por someter el arbitraje al procedimiento francés. En la práctica, este será el caso en que la sede del arbitraje se encuentre fijada en el extranjero, por razones puramente contingentes (por ejemplo, el lugar de la negociación del contrato), pero las partes han querido beneficiarse del derecho francés de arbitraje y, especialmente, del recurso al juez de apoyo francés. No obstante podría suscitarse que ciertas disposiciones del derecho de la sede del arbitraje entren en conflicto con las normas francesas, salvo, obviamente, si el derecho local deja, como lo hace el derecho francés, un amplio espacio a la elección de las partes.
- Cuando las partes hayan escogido dar competencia a las jurisdicciones francesas para “*conocer de los diferendos relativos al procedimiento arbitral*”. La competencia se otorga al juez francés para lo contencioso de la instancia arbitral, pero no para el control de la sentencia. Aquí, una vez más, surge un posible conflicto con el juez de la sede, si el derecho local no autoriza a las partes para renunciar a su competencia.
- Por último, la competencia del juez de apoyo francés viene reconocida en casos de riesgo de denegación de justicia. Se trata de un supuesto excepcional de competencia, justificado por el carácter excepcional de la situación. La denegación de justicia –caracterizada por la imposibilidad comprobada de encontrar un juez– legitima la intervención del juez francés, en virtud de un auténtico derecho al árbitro, así como existe un derecho al juez, de conformidad a las garantías de un proceso equitativo, fundado en la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH).

Este supuesto de competencia es retomado, por decreto, en una solución jurisprudencial particularmente audaz, que resultó del fallo de la Compañía Petrolera Nacional de Irán (NIOC por sus siglas en inglés):

Este es un caso contencioso entre los Estados de Irán e Israel (en estado de guerra), de allí la imposibilidad de Israel de encontrar un juez. La Corte de Casación confirmó que existía, en este caso concreto, un vínculo con Francia (“*debido*”, pues había una referencia en el pacto arbitral al presidente de la Corte de Arbitraje de la CCI, con sede en París).⁴

Podríamos considerar, al igual que los críticos del fallo,⁵ que esta condición es superficial en materia de denegación de justicia, siendo esta situación intolerable desde el punto de vista de la ética del juez.

Se podría pensar que el nuevo decreto, al no retomar la condición de tener un vínculo cualquiera con Francia, ha querido consagrar la solución del fallo NIOC en su dimensión más liberal.

Lo que tiene una importancia capital, es la consagración del árbitro como jurisdicción internacional. La propia institución del arbitraje ha sido objeto de esta consagración por la instauración de un estatuto jurídico específico para el laudo internacional.⁶

- La competencia del presidente del Tribunal de Primera Instancia de París es exclusiva, salvo manifestación contraria de la voluntad de las partes. Si otro juez se avoca, éste incurriría en un exceso de facultades (lo cual da cabida a una vía de apelación y al recurso en casación).
- Las modalidades de ejercicio de la jurisdicción del presidente del Tribunal de Primera Instancia de París son fijadas teniendo en cuenta los textos aplicables al arbitraje interno (*artículo 1460*): jurisdicción en materia sumaria, en la cual el juez estatuye mediante orden no susceptible de recurso, salvo una decisión de rechazo de la designación del árbitro (cláusula manifiestamente nula), o exceso de facultades, para cuyos casos está abierta la vía de apelación.

Ámbito de la intervención del juez de apoyo

Conviene aquí distinguir el ámbito de competencia del *juez de apoyo*, propiamente dicho, tal como lo define el nuevo texto, y la competencia reconocida más generalmente al juez del Tribunal de Primera Instancia en su rol de asistencia y de cooperación al arbitraje.

Competencia del juez de apoyo stricto sensu

La cooperación del *juez de apoyo* puede ser solicitada en varias ocasiones:

- Para ayudar a la constitución del Tribunal Arbitral (*artículos del 1451 al 1454*).
- Para remplazar o recusar a un árbitro, o en caso de que una parte rechace el motivo de renuncia de un árbitro, o cuando exista demanda de revocación por una de las partes (*Artículos 1456 al 1458*).
- Para proteger el plazo del arbitraje (*Artículo 1463*) o el plazo de tres meses para el pronunciamiento de la sentencia de rectificación (*Artículo 1486, párrafo 2*).

En todos estos casos, el juez va a intervenir puntualmente para garantizar la ejecución del acuerdo arbitral, siendo necesario sustituir temporalmente al árbitro, pero sin usurpar jamás la facultad de juzgar, la cual corresponde al árbitro únicamente.

Designación, recusación de árbitros, prórroga del plazo

Se trata de situaciones en las que se obstruye el arbitraje; una parte se rehúsa a designar un árbitro o demanda una recusación, o bien las partes rehúsan prorrogar el plazo del arbitraje. El recurso ante el juez de apoyo desentraña esta situación.

Para la designación del árbitro, la práctica del *juez de apoyo* parisino es la de conminar a la parte que se abstiene de designar un árbitro, dentro de un breve plazo, so pena de que sea el juez quien lo designe. Así, se preserva un derecho fundamental de toda parte en un arbitraje: el derecho a designar un árbitro.⁷

Para la designación del árbitro, la práctica del juez de apoyo parisino es la de conminar a la parte que se abstiene de designar un árbitro, dentro de un breve plazo, so pena de que sea el juez quien lo designe.

Para la prórroga de un plazo de arbitraje, ésta opera prácticamente de pleno derecho, pero tiene que ser ordenada por un juez, ya que los árbitros no tienen el poder de un plazo, ya que su autoridad para juzgar, por definición, es de tiempo limitado.

En casos de recusación, las facultades del juez encuentran su fuente en la ética de la independencia e imparcialidad del árbitro. De acuerdo con la concepción del derecho francés, el árbitro, en su función de juzgar, es un juez y debe ceñirse a la deontología del juez estatal.

La intervención del juez de apoyo es, en todo caso, excluyente de toda intromisión en el arbitraje. El juez no tiene el poder de interferir en el procedimiento arbitral. No tiene, por ejemplo, el poder para ordenar la suspensión de las operaciones de arbitraje.

Un ejemplo es el de un litigio contra el Estado ante un organismo de arbitraje con sede en París:

*“En este momento (habiéndose constituido el tribunal arbitral), los árbitros escogidos por las partes (...) y no recusados, se encontraban, desde la aceptación de su misión, plenamente investidos del poder de juzgar; (...) el ejercicio de las prerrogativas correspondientes, que otorgan una legitimidad propia y autónoma, debe poder garantizarse de forma completamente independiente, como corresponde a toda persona que ejerce una función jurisdiccional, (...) sin la intervención de ningún juez; (...) especialmente aquel que, habiendo cumplido su misión de asistencia y de cooperación técnica, debe permitir a los árbitros agotar su propio y exclusivo poder de juzgar y velar en conciencia y bajo su propia responsabilidad por las condiciones de un juicio justo de conformidad con los principios generales y fundamentales del derecho”.*⁸

Esta decisión expresa perfectamente la filosofía del derecho francés de arbitraje en su relación con la judicatura.

Autoridad de la decisión del juez de apoyo:

Artículo 1460, párrafo 2: “la demanda habrá de formarse, instruirse y resolverse por la vía sumaria.”

Ello significa que la instancia no es sumaria, sino de fondo, y la decisión del *juez de apoyo* tendrá así autoridad de cosa juzgada de fondo.

Hay que resaltar aquí una diferencia esencial entre la decisión del *juez de apoyo* y aquella que podría tomar una institución de arbitraje al aplicar un reglamento de arbitraje. En este último caso, la decisión de la institución no tendrá sino una autoridad “*interna*” y podrá en cualquier momento ser cuestionada, especialmente mediante recurso de anulación contra el laudo, por ejemplo, por la composición irregular del tribunal arbitral, si la independencia o imparcialidad de un árbitro es puesta en tela de juicio.

Competencia subsidiaria y accesoria del juez estatal (el juez suplementario)

Además del *juez de apoyo* (*stricto sensu*), el decreto prevé un número determinado de supuestos en los que un juez tiene la posibilidad de intervenir durante el arbitraje. A este lo llamaremos aquí juez suplementario, distinto del juez de apoyo que acabamos de describir.

Dejemos de lado al *juez del exequátur* del laudo y al *juez del recurso contra el laudo* que serán considerados más adelante.

Quedan entonces:

- El juez al que se refiere el *artículo 1469*, competente para estatuir sobre las dificultades en la producción de las actas o de pruebas en poder de terceros.
- El juez de casos sumarios.

En caso de que surja una dificultad que requiera una solución urgente, es factible que el arbitraje no sea apto para dar la respuesta adecuada, el juez es un recurso natural pero de manera puramente complementaria y accesoria, dejando intacta la facultad juzgadora del árbitro.

El juez de casos sumarios y el arbitraje

Incluso antes de la reforma de 2011, la competencia le estaba reconocida al juez de procesos sumarios por la jurisprudencia, basándose en las siguientes consideraciones:

El árbitro tiene el poder de adoptar medidas provisionales o cautelares durante el curso de la instancia arbitral (la designación de un experto, por ejemplo).

Pero en caso de que surja una dificultad que requiera una solución urgente, es factible que el arbitraje no sea apto para dar la respuesta adecuada; sea porque el árbitro no ha sido aún investido, sea porque no dispone del poder para tomar la medida deseada, cuando esta supone una coacción.

Entonces, el juez es un recurso natural pero de manera puramente complementaria y accesoria, dejando intacta la facultad juzgadora del árbitro.

En el derecho francés de arbitraje, la regla ha sido claramente fijada y es de simple enunciación y aplicación:

La existencia de un acuerdo arbitral no impedirá que el juez pueda conocer y adoptar medidas provisionales y cautelares. La competencia del juez es limitada (incluso se le califica de “*exceptional*”).⁹

El juez competente es el juez de procesos sumarios, que ya hemos visto. Como tal, no puede usurpar el poder del árbitro:

Si bien las partes en un arbitraje pueden dirigirse a un juez para pedir medidas cautelares destinadas a garantizar la ejecución de la sentencia posterior, no le está permitido a este juez, antes de dictado el laudo, autorizar a las partes a proceder con medidas de ejecución.

Excedería así sus facultades el juez que no se limite a ordenar la consignación de mercancías, sino que además autorice su venta, cuando un arbitraje está en curso sobre la pertinencia un crédito de flete. (Cassation au visa de 1458 CPC).¹⁰

La competencia del juez está siempre sometida a la condición de urgencia.¹¹

Así se evidencia que según esta jurisprudencia, el recurso ante el juez de procesos sumarios es admitido durante un arbitraje estando constituido el tribunal arbitral. El problema ya fue debatido y podría volver a serlo.

También es menester notar que el poder del juez puede ser excluido por la voluntad de las partes en el acuerdo arbitral.

Por el contrario, pudiésemos concebir que un acuerdo arbitral atribuye al árbitro la autoridad para tomar medidas provisionales o cautelares, bajo una doble reserva para los poderes del árbitro:

- Por una parte, el árbitro no está facultado para tomar medidas a instancia (de una sola de las partes) ya que no puede deslastrarse del principio de contradicción.
- Por otra parte, el árbitro no tiene la facultad para ejecutar sus decisiones, no tiene el *imperium* reservado al juez, depositario de la soberanía nacional. El laudo arbitral tendrá que recibir el *exequátur* por parte de un juez, ya que este supone una coacción.

El juez de procesos sumarios interviene en el marco del artículo 808 CPC: “*el juez puede ordenar, en caso de urgencia, cualquier medida siempre que esta no colide con alguna impugnación formal o que suponga la existencia de un diferendo*”; y del artículo 809: “*el juez siempre puede, incluso ante una impugnación formal, prescribir de manera sumaria las medidas cautelares o de reposición que sean obligatorias, ya sea para prevenir un daño inminente, o para poner coto a una situación manifiestamente ilegal*”.

¿De qué medidas se trata en general?

Se trata de medidas destinadas a asegurar “*la seguridad de las personas o la conservación de sus bienes*” en casos de peligro.¹² Podrá tratarse, por ejemplo, de poner fin a una actividad de falsificación flagrante, de proceder a la venta

de productos percederos, de suspender la ejecución de trabajos, de ordenar embargos cautelares o, más comúnmente, de la toma de medidas de salvaguarda de pruebas (periciales, especialmente).

No obstante, a propósito de peritos, el juez deberá ser especialmente prudente, de manera que la misión de los peritos no medre el poder de apreciación del árbitro. La corte de apelación modificó las condiciones del peritaje en un arbitraje internacional (Eurodisney) con el fin de asegurar el carácter estrictamente neutral de esta medida en lo que se refiere al fondo del litigio.¹³

Es menester –una vez más– citar a la Corte de Casación: “...en general, la existencia de un acuerdo compromisorio no excluye la competencia del juez de procesos sumarios en cuanto ello deja intacto el poder que tienen los árbitros para resolver sobre el fondo del litigio”.

Por último, es preciso mencionar la provisión sumaria.

Se trata de un procedimiento rápido que permite al juez ordenar al acreedor titular de un crédito, el pago de una provisión a cuenta de un crédito “no susceptible de impugnación”. (Nos encontramos aquí con la idea central de la competencia del juez de procesos sumarios, juez de la prueba, de lo inimpugnable y de lo provisorio).

Dos observaciones:

1. El tribunal arbitral podrá otorgar una provisión por medio de una sentencia preliminar. Este es un poder que se le reconoce al árbitro (salvo en casos en que se deba procurar el exequátur para la ejecución forzosa.)
2. El acuerdo arbitral podría excluir esta facultad del árbitro.

La condición de *urgencia* queda confirmada (a pesar de que no se exija en un juicio sumario conforme al derecho común): *La competencia excepcional reconocida al juez de procesos sumarios en el marco de una convención de arbitraje para otorgar una provisión, está sometida a la constatación de la urgencia.*¹⁴

Estas precauciones se explican por el peligro que constituiría el juicio sumario para el arbitraje, en razón de la distinción incierta entre lo provisorio y el

fondo de la materia, teniendo el juez la posibilidad de conceder a manera de anticipo... la totalidad del crédito.

¿Qué queda entonces del poder jurisdiccional del árbitro? Podría tratarse de un modo de esquivar el arbitraje, despreciando el acuerdo arbitral ¡y todo ello con la complicidad del juez estatal!

El riesgo existe, pero es preciso confiar en la prudencia de los jueces. Hay que entender también que este procedimiento puede sortear eficazmente las maniobras dilatorias de un deudor de mala fe. Además, la condición de urgencia permite reservar este procedimiento excepcional para los casos en los que los derechos del acreedor están realmente en peligro, sin que el árbitro tenga oportunidad de intervenir (quiebra inminente o un deudor que se halla preparando su insolvencia).

Finalmente, notemos el desarrollo actual de los procesos sumarios confiados a los árbitros (el proceso sumario pre arbitral del reglamento de la Cámara de Comercio Internacional –CCI-).

Las soluciones que la jurisprudencia ha admitido se encuentran consagradas en el decreto del 13 de enero de 2011.

La regla está contenida en el *artículo 1449*:

“La existencia de un acuerdo arbitral no es óbice, en la medida en que el tribunal arbitral no se haya constituido, para que una de las partes se someta a una jurisdicción del Estado con el fin de obtener una medida de instrucción o una medida provisional o cautelar.

Sin perjuicio de las disposiciones que rigen los embargos precautorios y las garantías judiciales, la demanda se ha de interponer ante el presidente del Tribunal de Primera Instancia o de Comercio, el cual resolverá las medidas de instrucción en las condiciones previstas en el artículo 145 y, en caso de urgencia, resolverá las medidas provisionales o cautelares solicitadas por las partes vinculadas por el convenio arbitral.”

De la lectura del artículo en mención se observa que la norma autoriza el recurso al juez de procesos sumarios solamente si “*el tribunal arbitral no se ha constituido*”.

Se deduce por el contrario, que no cabe este recurso una vez constituido el tribunal arbitral.

Por varias razones, tal deducción no se puede imponer:¹⁵

- Los autores del decreto han afirmado en el informe al Primer Ministro su voluntad expresa de confirmar las soluciones jurisprudenciales obtenidas; ahora bien, vimos anteriormente que la jurisprudencia admite la intervención del juez de procesos sumarios durante el arbitraje.
- El propio texto no se pronuncia sobre el caso de la intervención del juez después de la constitución del tribunal arbitral.
- Esta solución tiene un fundamento racional evidente; es preciso dejar esta posibilidad de recurso ante el juez en caso de urgencia y de particular dificultad, siendo que el tribunal arbitral no estaría en posibilidad de actuar.

En conclusión, lo que hay que tener claro sobre la intervención del juez en el arbitraje es lo siguiente: el juez jamás sustituye al árbitro en la apreciación de la disputa, sino que interviene puntualmente para ayudar a la puesta en marcha del arbitraje y para asegurar su plena eficacia, lo cual se traduce en la fórmula tradicional que define al *juez de apoyo* (término bastante significativo en sí mismo) en su misión de asistencia técnica y de cooperación con el arbitraje.

II. El Juez de Control del Laudo¹⁶

También aquí, es necesario precisar los límites del control del juez sobre el laudo, conforme a la filosofía general del derecho de arbitraje en Francia: sólo el árbitro tiene la facultad de juzgar sobre el fondo, el juez sólo ha de intervenir para controlar la regularidad del laudo en relación con las reglas fundamentales, por medio de un recurso particular, específico del arbitraje, *el recurso de nulidad* dirigido contra el laudo.¹⁷

Pero, ¿cuál es el porqué de tal recurso? Imaginemos que no tuviéramos acceso a él. En derecho comparado su exclusión sí existe: Bélgica lo excluye (ley de 1985) con la condición de que ninguna de las partes sea nacional

belga, y la ley suiza de Derecho Internacional Privado del 18 de diciembre de 1987 prevé que las partes que no tengan ningún domicilio, residencia o establecimiento en Suiza, pueden excluirlo mediante el convenio arbitral.

Inspirado en estos ejemplos, el decreto del 13 de enero de 2011 aporta una innovación muy importante, al admitir la posibilidad de renunciar al recurso de nulidad en materia internacional:

Artículo 1522: “Por acuerdo especial, las partes pueden en todo momento renunciar expresamente al recurso de nulidad”.

El recurso ante el juez para un control *a posteriori* del laudo no pertenece por lo tanto al derecho natural. Sin embargo, esto puede encontrar justificación en dos razones: primero, en el hecho de que la decisión arbitral es una decisión de justicia y que toda decisión de este tipo puede ser sometida al recurso de control de legalidad (el recurso de casación de los fallos); y segundo, porque se trata de una decisión de la justicia privada, y es del interés general que esa justicia privada pueda ser objeto de control por parte de la justicia estatal, para el mantenimiento del orden jurídico. Sería intolerable, en efecto, que un laudo que atente gravemente contra los principios generales subsistiera y fuera ejecutado por el ordenamiento jurídico francés.

En el ordenamiento interno, la sanción es la anulación del laudo, y el juez que anula puede pronunciarse sobre el fondo del litigio, dentro de los límites de la misión del árbitro (por lo tanto, eventualmente, en amigable composición) salvo pacto en contrario de todas las partes (*Art. 1493*). En materia de arbitraje comercial internacional, los laudos emitidos en Francia incurrían en anulación, mientras que para los laudos provenientes del extranjero, la forma de la sanción es el rechazo de reconocimiento y de ejecución. Así, el

El juez jamás sustituye al árbitro en la apreciación de la disputa, sino que interviene puntualmente para ayudar a la puesta en marcha del arbitraje y para asegurar su plena eficacia, lo cual se traduce en la fórmula tradicional que define al juez de apoyo.

laudo no podrá surtir efectos en Francia, independientemente del posible efecto que pueda tener en el extranjero por aplicación de la *Convención de Nueva York*.

Si bien es cierto que el recurso de nulidad del laudo existe, éste se encuentra limitado de la manera más estricta. En ningún caso podrá tratarse de cuestionar la decisión del árbitro sobre el fondo, en virtud de su facultad de revisión, ni su motivación.¹⁸

El recurso de nulidad sólo procede en un número muy limitado de supuestos (6 en derecho interno –*Art. 1492*– y 5 para el arbitraje internacional, *Art. 1520*). Estos supuestos corresponden a las exigencias mínimas de un “*buen arbitraje*”:

1. La declaración errónea de competencia o la incompetencia del tribunal arbitral;
2. la constitución irregular del tribunal arbitral;
3. cuando la decisión arbitral no coincida con la misión confiada al árbitro;
y
4. violación del principio de contradicción.
5. La nulidad formal (defecto en la fecha, en el nombre de los árbitros, firmas defectuosas o laudo dictado contra la mayoría de votos). Este supuesto es aplicable solamente al *arbitraje interno*.
6. La violación del orden público:
 - a. para el arbitraje interno: si el árbitro viola una norma de orden público;
 - b. para el arbitraje internacional: si el reconocimiento o la ejecución del laudo son contrarios al orden público internacional.

Retomemos estos diversos supuestos de anulación.

1. La declaración errónea de competencia o la incompetencia del tribunal arbitral (*antiguo texto: Ausencia, nulidad o expiración del convenio arbitral*) (Art. 1520,1°)

Este supuesto hace referencia al vicio de un laudo emitido fuera de un convenio arbitral del todo válido, lo cual –teniendo en cuenta el carácter contractual del arbitraje– tiene por efecto privar al árbitro de toda facultad de juzgamiento.

El examen de este supuesto de nulidad dirige nuestra atención inmediatamente a dos observaciones muy importantes:

- Sobre el problema de la existencia y validez del acuerdo arbitral (la competencia del árbitro) el juez intervendrá en la mayoría de los casos luego de que el árbitro se haya pronunciado. En efecto, en virtud del principio *de la competencia de la competencia*, vinculado a la autonomía de la cláusula de arbitraje, corresponde al árbitro prioritariamente pronunciarse sobre su propia competencia. El juez no tiene dicha facultad y debe declararse incompetente si la cuestión de la validez del acuerdo arbitral le es sometida.¹⁹

No existe, en derecho francés, ninguna acción ante el juez para resolver, a priori, sobre la validez del acuerdo arbitral. Corresponde al árbitro esta determinación y, una vez emitido el laudo, el juez sólo interviene por vía del recurso de nulidad.

- La apreciación del juez se hace a la luz de la voluntad común de las partes, sin referencia necesaria a la ley aplicable. Es la solución que consagra firmemente la jurisprudencia francesa en materia de arbitraje internacional, después de la célebre sentencia del 7 de mayo de 1963 (*Gosset*) B. No. 246, que planteó el principio de autonomía de la cláusula de arbitraje internacional, que tiene por efecto separar la cláusula de arbitraje del contrato que la contiene, dándole un estatus jurídico especial, fundamentado en el principio de validez de dicha cláusula. La cláusula por tanto debe ser ejecutada a priori, atribuyendo al árbitro la competencia para pronunciarse sobre su competencia (de allí la expresión “principio de la competencia de la competencia”).

Se abandona el método de conflicto de leyes en beneficio de una norma material de derecho internacional que prevé la solución: el juez debe apreciar la existencia y la validez del acuerdo arbitral respecto de la existencia de una voluntad común de las partes, suficiente para dar al árbitro el poder de juzgar.

La sentencia *Dalico* (Civ 1, 20 de diciembre de 1993, B. No. 372) precisó la naturaleza y el alcance de la norma:

“En virtud de una norma material de derecho internacional de arbitraje, la cláusula (de arbitraje) es independiente jurídicamente del contrato principal que la contiene, de manera directa o por referencia, y su existencia y eficacia han de apreciarse, salvo presencia de normas imperativas de derecho francés o de orden público internacional, según la voluntad común de las partes, sin que haya que hacerse referencia a una ley estatal.”

El método queda así trazado: se abandona el método de conflicto de leyes –por el que se busca una ley aplicable a la cláusula de arbitraje– en beneficio de una norma material de derecho

internacional que prevé la solución: el juez debe apreciar la existencia y la validez del acuerdo arbitral respecto de la existencia de una voluntad común de las partes, suficiente para dar al árbitro el poder de juzgar.

a. La existencia del acuerdo arbitral es impugnada de manera frecuente, especialmente por alguna de las partes que sostiene no haberlo firmado, y que por tanto no le es aplicable. Esta situación es frecuente, entre grupos de sociedades o grupos de contratos.

- Desde este punto de vista, la jurisprudencia francesa favorece a la aplicación del acuerdo arbitral;
- *por extensión del efecto obligatorio* de la cláusula arbitral, ésta obliga a todas las partes que “*hayan participado en la ejecución del contrato*”: “*el efecto de la cláusula de arbitraje internacional se extiende a las partes directamente implicadas en la ejecución del contrato y a los litigios que puedan derivarse*”.²⁰

- Sea por el efecto de la transmisión contractual de la cláusula: *“En materia internacional, la cláusula arbitral, jurídicamente independiente del contrato principal, se transmite con él, sea cual sea la validez de la transmisión de los derechos sustantivos.”*²¹

b. La validez del acuerdo puede impugnarse:

- ya sea por la inarbitrabilidad subjetiva: una de las partes no tenía la capacidad o la facultad para comprometerse, u objetiva: la materia litigiosa no es arbitrable. El principio de autonomía-validez de la cláusula arbitral obstaculiza con mayor frecuencia el éxito de un recurso fundamentado en la inarbitrabilidad subjetiva, ya que el acuerdo goza de validez internacional aun si, en derecho interno local, éste fuera impugnable. (Véase el ejemplo de Philippe Fouchard de la cláusula suscrita por una mujer casada en un país donde la legislación ha decretado la incapacidad de la mujer casada); o
- o por un vicio del acuerdo (por ejemplo: vicio del consentimiento).

c. La expiración del acuerdo anula el laudo ya que el árbitro habría excedido su facultad de juzgar, que por definición es temporal. Recordemos que los plazos en el arbitraje pueden ser prorrogados por las partes o, a petición del tribunal arbitral, por el juez de apoyo.²²

d. Del mismo modo, el ámbito de aplicación del convenio arbitral puede ponerse en tela de juicio: cuando la parte demandada sostiene que el acuerdo arbitral no le es aplicable. (Véase jurisprudencia sobre la aceptación tácita de la cláusula de arbitraje internacional.)

2. Constitución irregular del tribunal arbitral (*texto antiguo: Irregularidad en la composición del tribunal arbitral o de la designación del árbitro único*) (Art. 1520,2º)

La referencia a la constitución del tribunal arbitral se refiere tanto a la irregularidad en la composición de este tribunal como a la designación de los árbitros.

El respeto al acuerdo arbitral exige que el árbitro (o el tribunal arbitral) haya(n) sido designado(s) de conformidad con el mismo. Por otra parte, el

árbitro designado debe responder a las exigencias de su función. Aquí es donde podría intervenir el debate sobre la independencia o la imparcialidad del árbitro.

a. Desconocimiento del proceso de designación deseado por las partes

La nulidad del laudo confirma la falta de respeto a la voluntad de las partes. Ello puede revestir un aspecto formalista. Un ejemplo de ello es un acuerdo que prevé la designación de un árbitro por parte del presidente del Tribunal de Comercio, cuyo laudo es anulado por el propio tribunal que lo nombró.²³

El juez de control (Corte de Apelación) dispone sobre este particular de un poder de interpretación de la voluntad expresada por las partes.

El respeto por el orden público internacional se impone una vez más aquí.

De esta manera, la Corte de Casación juzgó, en materia de arbitraje con pluralidad de partes, que es obligatoria la norma de orden público de igualdad entre las partes en lo que se refiere a la designación de un árbitro.²⁴

b. Impugnación de la independencia/imparcialidad del árbitro (designación irregular de los árbitros).

i) Independencia

La jurisprudencia ha propuesto una definición: “la independencia del árbitro es la esencia de su función jurisdiccional, en el sentido de que, por una parte, desde su designación asume el estatus de juez, perdiendo así todo vínculo de dependencia de las partes y, por otra parte, los supuestos que sean invocados para poner en tela de juicio su independencia deben ser tales que, sus vínculos materiales o intelectuales, afecten el juicio del árbitro y constituyan un riesgo cierto de prejuicio contra una de las partes en el arbitraje.”

Ejemplo de falta de independencia:

- el árbitro ha sido consultor remunerado de una sociedad del grupo al que pertenece una de las partes;²⁵

- el árbitro es contratado por una de las partes al día siguiente de haber dictado el laudo.²⁶

Ejemplo de independencia admitida:

- El caso de los árbitros profesionales en una especialidad, en los que unos han llevado casos juntos o contra otros, “sin que la existencia de tales relaciones profesionales deba, en principio, poner en duda su independencia respecto de la parte que los ha designado ni la imparcialidad con la que han de juzgar.”²⁷
- Es de igual forma el caso de dos *barristers* ingleses, que pertenecen a una misma “*chamber*”, siendo uno el abogado de una parte y, el otro, el árbitro designado. La Corte de Apelaciones de París juzgó que la naturaleza de esta situación no afecta la independencia del árbitro.²⁸

ii) Imparcialidad

- Una queja frecuente tiene que ver con el hecho de que un árbitro sea frecuentemente designado por una misma parte, para el mismo tipo de casos.
- La apreciación del juez es liberal, limitándose a investigar la existencia de un verdadero prejuicio de parte del árbitro.
- A veces el cuestionamiento recae sobre la nacionalidad del árbitro como presunción de prejuicio. Por ejemplo, una parte que demandaba la recusación de un árbitro griego, ya que pertenecía a un mismo conjunto geopolítico que su adversario, la Comunidad Europea.²⁹

3. Ignorancia de su misión por parte del árbitro (*Art. 1520,3°*)

Se trata de un caso de anulación aparentemente muy general, ya que el árbitro recibe la misión de juzgar el litigio. ¡Entonces, si juzga mal, habrá desconocido su misión!

Tales veleidades han sido encausadas oportunamente por la jurisprudencia, que ha estimado que tales quejas no tienen “*por objeto la revisión de fondo del*

laudo”, sino únicamente “*verificar si los árbitros, en los puntos en que su decisión es criticada, se limitaron o no a su misión, sin tener que apreciar los méritos de la misma*”.³⁰

Debemos recordar varios casos:

- Los árbitros incurrieron en *infra* o *ultra petita*, omitiendo el pronunciamiento sobre un punto del arbitraje o yendo más allá (otorgando, por ejemplo, más de lo que se demandó).
- Los árbitros han desconocido las facultades que les otorgaba el acuerdo arbitral. De esta manera, los árbitros reciben la misión de fallar en *derecho*, o por el contrario, en *equidad*, como *amigables componedores*.
 - El árbitro encargado de fallar en derecho, no tiene el poder de fallar en equidad (es, en este respecto, comparable al juez estatal).
 - El árbitro, amigable componedor, debe fallar en equidad. Pero no le está prohibido fallar en derecho. La doctrina y la práctica coinciden para admitir que el amigable componedor primero examina la situación litigiosa según la norma de derecho aplicable, pero luego ha de *corregir la solución* en función de la equidad.
 - La jurisprudencia reciente ha suscitado un debate doctrinal. La sentencia de la 1ª sala civil, del 28 de noviembre de 2007, decidió que el árbitro que había laudado en derecho, pero sin observar la norma de derecho (aplicó un contrato a terceros), se remitió de esta manera a la equidad y se ajustó a su misión de amigable componedor, aun cuando no hizo mención a propósito.
 - La doctrina ha resaltado una divergencia con la 2ª sala civil (entonces competente para el arbitraje interno), que exige que el amigable componedor se remita expresamente a la equidad.

Dos observaciones:

- Orgánicamente, la divergencia ya no existe ya que, a partir de 2004, el arbitraje interno que estaba atribuido exclusivamente a la 2ª sala civil, teniendo en cuenta que la 1ª tenía competencia para el arbitraje internacional, se atribuyó a la 1ª sala civil que ahora conoce en materia tanto de arbitraje interno como de arbitraje internacional.

- La divergencia no es evidente si consideramos una muy reciente sentencia de la 1ª sala civil: “*La Corte de Apelaciones, juez de apelación del laudo de amigable componenda según voluntad de las partes, debe, en su decisión, remitirse a la equidad o a su misión de amigable componedor.*”³¹

Pareciera entonces que la 1ª sala civil vuelve a la concepción clásica de la amigable componenda.

Última pregunta: ¿tiene el árbitro internacional la capacidad de fallar remitiéndose a normas transnacionales, como la *Lex mercatoria*? Se había dicho que por haber laudado fundamentándose en estas normas, los árbitros habrían ignorado su obligación de laudar en *derecho*, impugnando así la juridicidad de las normas de *Lex mercatoria*.

La Corte de Casación ha rechazado el argumento:

*“remitiéndose al conjunto de normas de comercio internacional que se desprenden de la práctica y que han recibido la aprobación de las jurisprudencias nacionales (definición de la Lex mercatoria), el árbitro habrá laudado en derecho en virtud de la obligación y de conformidad con el acta de misión;... Entonces, no correspondía a la corte de apelaciones, conociendo de un recurso de anulación, controlar las condiciones de determinación y de puesta en práctica de la norma de derecho aplicada por parte del árbitro.”*³²

Nótese que se prefiere utilizar el término “*normas de derecho*” en lugar de “*ley*”, en lo que se refiere a la determinación del derecho aplicable al fondo en materia de arbitraje internacional: “*el árbitro zanja el litigio de conformidad con las normas de derecho que las partes han escogido; al no escoger así, de conformidad con aquellas que él estime apropiadas. Teniendo en cuenta en todos los casos la costumbre mercantil.*”³³

4. Violación del principio de contradicción (Art. 1520, 4º)

Es preciso entender este medio de anulación como parte integral del principio general de *respeto al derecho a la defensa* (el cual sabemos que no está enunciado en los textos de derecho francés). Estos principios son normas fundamentales de procedimiento y deben ser respetadas rigurosamente. El juez francés no puede tolerar un laudo que ignore dichos principios.

El decreto de 13 de enero de 2011 hace expresa referencia:

“*Art. 1510.* – Sea cual sea el procedimiento escogido, el tribunal arbitral garantiza la igualdad de las partes y el respeto del principio de contradicción”.

Contenido de los principios:

- a cada una de las partes debe permitírsele presentar sus argumentos y disponer de un *tiempo útil* para hacerlo (principio de contradicción).
- el árbitro debe respetar la estricta igualdad de las partes, especialmente en la evacuación de pruebas y promover un debate contradictorio sobre todos los elementos, de hecho o de derecho, que él introduzca de oficio en el debate.

Hay que hacer aquí un llamado a la norma general de procedimiento según la cual se entiende que la parte que se abstiene de invocar una irregularidad en tiempo útil habrá renunciado a hacerlo razón por la cual no podrá hacerlo tardíamente (por ejemplo, en el recurso de nulidad).

5. Reconocimiento o ejecución del laudo contrario al orden público internacional (*Art. 1520, 5°*)

El control del orden público por parte del juez en materia de arbitraje no es el mismo en derecho interno que en derecho internacional:

- En derecho interno, el laudo es anulado cuando el árbitro “*ha violado una regla de orden público*”. No obstante, el juez vela por limitar este motivo de nulidad.
- En arbitraje internacional, la remisión ya no es al “*orden público*” (interno), sino al *orden público internacional*, que es una noción mucho más restringida que podemos definir como el conjunto de principios fundamentales por los que el juez exige el respeto universal (por ejemplo, derecho de defensa, prohibición de la esclavitud o de la corrupción, igualdad entre hombre y mujer). Notemos, sin embargo, la imprecisión de los contornos de la noción.

- El control del juez no ha de ejercerse sino en los casos en los que el reconocimiento o la ejecución del laudo sean contrarios al orden público internacional. Dicho control deberá excluir cualquier revisión de fondo del laudo, por ejemplo, permitir al juez apreciar el fondo de la solución dada por el laudo con respecto al orden público internacional. Pero ya veremos que la distinción es sutil y, a decir verdad, difícil.
- En efecto, un vivo debate anima la doctrina sobre los poderes del juez en lo que respecta al control del orden público internacional en materia de arbitraje.

De hecho, el juez francés ha decidido limitar el control de un juez “*al carácter flagrante, efectivo y concreto de la violación alegada*”.³⁴ Esta jurisprudencia (también conocida como “*jurisprudence Thalès*”) recibió el aval de la Corte de Casación.³⁵

Retomando la fórmula de la sentencia Thalès, la Corte de Casación añade:

“La Corte de Apelaciones procedió—dentro de sus límites y facultades, es decir sin revisar el fondo del laudo arbitral— al control de los laudos respecto de la aplicación de las normas comunitarias de competencia, dijo exactamente que su reconocimiento y ejecución no eran contrarios al orden público internacional.”

La doctrina se alarmó al ver que el control del juez se redujo a la “*flagrancia*” de una afrenta al orden público internacional (véase *Gaillard, especialmente*), lo cual —al contrario— dejaría sin sanción la “*simple*” violación del orden público internacional, que es, no obstante una violación de dicho orden público.

La dificultad está por una parte, en hacer la distinción entre el rechazo (justificado) de toda revisión al fondo del laudo y el control del respeto al orden público internacional.

Sin lugar a dudas, habría que centrar el control en la conformidad con el orden público internacional de la solución jurídica dada en el laudo, sin controlar en profundidad la motivación de la decisión arbitral.

Un laudo internacional emitido en el extranjero y anulado en su país de origen puede ser reconocido y ejecutado en Francia, con la condición, no obstante, de que éste cumpla con las condiciones de regularidad internacional previstas por el sistema francés.

reconocido y ejecutado en Francia, con la condición, no obstante, de que este cumpla con las condiciones de regularidad internacional previstas por el sistema francés.³⁶

Se trata de los célebres casos *Hilmarton* (1994) y *Putrabali* (2007). En este último caso, la Corte de Casación se expresó así: *“El laudo arbitral (internacional), que no está sujeto a ningún ordenamiento jurídico estatal, es una decisión de justicia internacional cuya regularidad es examinada con relación a las reglas aplicables del país donde se demanda el reconocimiento y la ejecución del laudo en cuestión.”*³⁷

De esta manera, el derecho francés del arbitraje internacional se orienta hacia un sistema de control limitado, confiado únicamente al juez del país receptor del laudo internacional (sistema propuesto en su día por el profesor Philippe Fouchard).

Conclusión

De esta manera se presenta el sistema francés de control de la regularidad del laudo arbitral internacional. Este control tiene sus límites, especialmente en el caso del laudo emitido en el extranjero, y anulado en su país de origen.

Sabemos que la Convención de Nueva York sugiere un caso de no reconocimiento del laudo proveniente del extranjero. Sin embargo, el derecho francés del arbitraje internacional no prevé este caso de no reconocimiento, lo que significa que un laudo internacional emitido en el extranjero y anulado en su país de origen puede ser

¹ Ejemplos: nulidad manifiesta de una cláusula de arbitraje en materia de divorcio; inaplicabilidad manifiesta de una cláusula estipulada en un contrato para la ejecución de otro contrato entre las mismas partes, que estipule una cláusula atributiva de la competencia a un tribunal estatal.

² Véase Ph.Foucard “*La coopération du président du TGI à l’arbitrage*”, en *Rev.Arb.* 1985, 5.

³ El derecho francés de arbitraje distingue entre arbitraje interno y arbitraje internacional. Nosotros nos enfocaremos en el derecho francés aplicable al arbitraje internacional.

⁴ *Civ 1, 1 de febrero de 2005 (NIOC), Rev Crit DIP 2006, 140, nota Th.Clay.*

⁵ Véase también S.Lazareff, en *Gaz Pal*, 27 de abril de 2005.

⁶ Véase jurisprudencia *Putrabali, Civ 1, 30 de junio de 2007.*

⁷ En *Civ 1, 7 de enero de 1992 (Dutco) Bull. No. 2*, sobre un arbitraje entre varias partes.

⁸ *París, 18 de noviembre de 1987, Rev.Arb. 1988, 657, nota Ph. Foucard:*

⁹ *Civ 1, 6 de marzo de 1990, Bull.No. 64.*

¹⁰ *Com, 20 de mayo de 1997 Bull.No. 153 (3) (Camship Cameroun).*

¹¹ *Civ 2, 2 de abril de 1997 Bull. No. 108* (apelación de visado doble de 809, párrafo 2, y 1458 CPC).

¹² *Civ 1, 20 de marzo de 1989, Rev.Arb. 1989; 494, nota G.Couchez:*

¹³ *CF París, 14+B, 3 de julio de 1992.*

¹⁴ *Civ 1, 21 de octubre de 1997 Bull.No. 286 (Rantec).*

¹⁵ Véase a este respecto el comentario de MM.Jarrosson y Pellerin in *Rev Arb 2011 p.5, spéc; No.17.*

¹⁶ En esta sección igualmente, trataremos esencialmente el derecho del arbitraje internacional.

¹⁷ No discutiremos la vía del recurso de apelación, excluida por una jurisprudencia bien establecida y constante en materia de arbitraje internacional, solución consagrada por el decreto del 13 de enero de 2011 (*art. 1518: la sentencia emitida en Francia en materia de arbitraje comercial internacional sólo puede ser objeto de recurso de anulación*). En derecho interno, la apelación sólo es posible con el consentimiento de todas las partes, siendo la regla que “*la sentencia no es susceptible de apelación salvo voluntad en contrario de las partes*” (*art. 1489*). En el régimen anterior, la apelación era posible, pero las partes podían renunciar a ella, lo cual era común en la práctica. Así, es permitido entonces afirmar que el recurso normal en materia de arbitraje es el recurso de anulación. (Véase a este respecto el artículo 34 de la Ley Modelo CNUDMI del 21 de junio de 1985: “*la demanda de anulación como recurso exclusivo contra el laudo arbitral*”).

¹⁸ Recientemente la Corte de Casación decidió, con firmeza, excluir todo control, por parte del juez, sobre los vicios de motivación de la sentencia y, en particular, el de la *contradicción de motivos*, este es un motivo de queja al que se recurre con fre-

cuencia para tratar de lograr la revisión profunda de la decisión arbitral (1^o civ, 14 de junio de 2000, *Rev Arb* 2001, 729).

¹⁹ *Art 1458 CPCV* para el derecho interno, solución afirmada por la jurisprudencia en materia internacional.

²⁰ *Civ 1* 27 de marzo de 2007 (*Alcatel*)

²¹ *Civ 1*, 18 de febrero de 2000, B. No.36 (*Taurus films*)

²² *Art. 1456 CPCV*, aplicable en materia internacional.

²³ *Civ 1*, 10 de mayo de 1995, *Rev. Arb.* 95, 605, nota A.Hory.

²⁴ *Civ 1*, 7 de enero de 1992 (*Dutco*) B.No.2 *Rev .Arb.* 92, nota P.Bellet, que anula París, 5 de mayo de 1989.

²⁵ París, 9 de abril de 1992 *Rev.crit.DIP* 93, som.760.

²⁶ París, 2 de julio de 1992 *Raoul Duval*.

²⁷ La independencia de cada árbitro designado es, sin embargo, examinada caso por caso; *TGI Référés* 28 de octubre de 1988 *Rev. Arb.* 1990, 497.

²⁸ París, 28 de junio de 1991, *Rev.Arb.*1992, 568, nota P.Bellet, “donde se trataba de la contratación en común de un despacho y de su personal, sin generar relación profesional alguna que supusiese dependencia económica o intelectual”.

²⁹ París, juicios sumarios, 18 de enero de 1991, *Sté chérifienne des pétroles*, inédito.

³⁰ París, 12 de marzo de 1985, *Rev. Arb.* 1985, 299, nota E.Loquin.

³¹ *Civ 1*, 17 de diciembre de 2008 (*Mona Lisa* - No. 07-19.915).

³² *Civ 1*, 22 de octubre de 1991, (*Valenciana*) *Rev.Arb.*1992, 457 nota P.Lagarde.

³³ *Cf. Art. 1496 CPCV*.

³⁴ París, 18 de noviembre de 2004, citado en “*La jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'arbitrage international*”, de E.Gaillard, *Rev. Arb.*2007, p.715, nota 7.

³⁵ *Civ 1*, 4 de junio de 2008 (*SNF*), *Rev.Arb.*2008, 473, nota I.Fadlallah.

³⁶ *Artículo 1520 CPC*, antes examinado.

³⁷ *Corte de Casación*, 1^a sala civil, 29 de junio de 2007, *Rev Arb* 2007, 507, nota E.Gaillard.

Jean-Pierre Ancel

El Juez Ancel es Presidente honorario de la Cour de Cassation, uno de los tribunales de última instancia de Francia. Mediante el decreto presidencial del 21 de diciembre de 2001, presidió la Primera Cámara Civil de dicha corte, encargada de asuntos familiares, sucesorios, derechos individuales y responsabilidad contractual.

El Dr. Ancel pertenece a diversas organizaciones de abogados y fue Presidente del Comité Francés de Derecho Internacional Privado del 2011 al 2014. Es autor de numerosos artículos y libros de texto; ha dictado cátedra sobre temas de derecho privado en distintas universidades de Europa, entre ellas la Universidad de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines.

Derecho Aplicable a la Contratación y el Arbitraje Internacional

José Antonio Moreno Rodríguez



En general

El problema del derecho aplicable a la contratación constituye uno de los puntos más debatidos en el arbitraje comercial internacional,¹ en el que existe el mayor cuerpo de precedentes arbitrales y que ha dado lugar al mayor número de casos de arbitrajes de la Cámara de Comercio Internacional, por ejemplo, en que se citan laudos previos.²

Debe considerarse que las lagunas, ambigüedades o divergencias interpretativas sobre el derecho aplicable -como bien lo resalta Derains- no solo complican la solución de eventuales controversias, sino pueden contribuir incluso a que aparezcan. Si las partes no saben cuál regla se aplica a su relación contractual, cada una de ellas, de buena fe, estará tentada a ejecutar el convenio conforme al derecho que conoce mejor (como, por ejemplo, el de su país) sin percibir que al hacerlo, está incumpliendo con sus obligaciones,

Director de Altra Servicios Jurídicos/Legal Services, miembro de la Corte de Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio y del Consejo de Gobierno del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Internacional Privado (UNIDROIT).

dando pie, precisamente por ese hecho, al nacimiento de un conflicto. Por lo demás, una parte con mala fe puede tomar ventaja de cualquier incertidumbre relativa al derecho aplicable e intentar ceñirse al que mejor sirve sus propios intereses.³

Ya surgida la contienda, si las partes no lo hicieron, el derecho aplicable lo pueden determinar los árbitros en el laudo final, aunque -como señala Webster- uno podría generalmente esperar que el tribunal trate la cuestión del derecho aplicable desde el vamos, por vía de un laudo parcial, para permitir que los afectados encaren el proceso conociendo la posición del tribunal en este punto.⁴

Esta contribución aborda algunas cuestiones fundamentales que se presentan con respecto al derecho aplicable, a la contratación y el arbitraje internacional, como las relativas a autonomía de la voluntad, selección del derecho por el tribunal arbitral y aplicabilidad, en su caso, de la *lex mercatoria* o derecho transnacional (términos que utilizamos aquí de manera indistinta).⁵

Autonomía de la voluntad

Propagado a lo ancho del orbe,⁶ el principio de la autonomía de la voluntad -entendido en las transacciones transfronterizas como la facultad de los contratantes para elegir el derecho aplicable y el tribunal estatal o arbitral que entenderá el caso-, tiene un atractivo muy poderoso, puesto que nadie se encuentra mejor posicionado que las partes para determinar el sistema jurídico que les rige, en vez de que lo hagan en su nombre, un legislador de antemano o un juzgador con ulterioridad, en su caso.⁷

Como lo destaca Fernández Arroyo, el avance del principio de la autonomía de la voluntad, a expensas del de la soberanía otrora imperante, es característica de tendencias recientes en el Derecho internacional privado y promete una profundización en los años venideros,⁸ lo que de hecho viene ocurriendo -por ejemplo en Latinoamérica- con el dictado de numerosas leyes arbitrales, que consagran tanto la autonomía para recurrir al arbitraje internacional como para que las partes elijan el derecho aplicable a sus vinculaciones sometidas a eventual resolución por este medio.⁹

El arbitraje internacional tiene peculiaridades que lo distinguen claramente de litigios ante jueces nacionales, pues, en general, se ve reflejado allí el deseo de los afectados de evitar una solución “*legalista*” -por así decirlo- a sus conflictos mercantiles. Los comerciantes frecuentemente sienten que los tribunales ordinarios no entienden las realidades del intercambio comercial, y los árbitros, cuya misión originaria deriva del acuerdo de las partes, deberían -y generalmente lo hacen- dar prelación a las reglas que ellas mismas han establecido para sus vinculaciones, es decir, los términos del contrato y los usos, costumbres y prácticas que les sirven de marco.

No es de extrañar, pues, que la autonomía de la voluntad constituya uno de los ejes sobre los que se asienta la Convención de Nueva York de 1958 relativa a reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales, propiciada por las Naciones Unidas y hoy día ratificada por más de ciento cincuenta países, lo que le ha merecido calificativos como los de Lord Mustill de ser “la más efectiva instancia de legislación en la historia del Derecho comercial”,¹⁰ y de Goode que la califica de “*astonishingly succesful*”,¹¹ en tanto que Wetter la considera el “pilar en el cual descansa el edificio del arbitraje internacional”.¹²

El principio también se desprende de instrumentos convencionales regionales, como las Convenciones de Panamá de 1975, sobre arbitraje comercial, y de Montevideo de 1979, sobre reconocimiento y ejecución de laudos, elaboradas dentro del seno de la Organización de los Estados Americanos (OEA) y ratificadas por varios países de la región; además -también dentro de la esfera de la OEA- de la Convención de México de 1994 sobre el derecho aplicable a la contratación internacional,¹³ inspirada en el Convenio de Roma de 1980 (hoy Reglamento Comunitario 593/2008, conocido como “Roma I”) y, en el ámbito del Mercado Común del Sur (MERCOSUR), el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional (Decisión Consejo Mercado Común n° 3/98), ratificado por los cuatro miembros plenos del bloque.¹⁴

Pues bien, en consonancia con todos estos desarrollos, el artículo 28 de la Ley Modelo de la Convención de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante CNUDMI), y las numerosas leyes dictadas en consecuencia, consagran el principio de la autonomía de la voluntad para la determinación del derecho aplicable al fondo del arbitraje. Lo propio hacen el anterior reglamento arbitral de la CNUDMI,¹⁵ como así también el

artículo 35 del actual reglamento y otros reglamentos arbitrales de instituciones preponderantes en el mundo, como el artículo 17.1 de las reglas de la Cámara de Comercio Internacional, el artículo 28.1 de la *American Arbitration Association*, el artículo 22.3 de la *London Court of International Arbitration* y el artículo 22.1 de la Cámara de Comercio de Estocolmo, *inter alia*. Debe tenerse presente que las reglas de las diversas instituciones arbitrales tienden a convergir guiadas, a su vez, por las soluciones elaboradas bajo los auspicios de la CNUDMI.¹⁶

Como señala el comentario al artículo 28 de la Ley Modelo, la consagración expresa en dicha ley de la autonomía de la voluntad es importante dado que varias leyes nacionales no reconocen clara o plenamente esa facultad. Ello ha motivado, por ejemplo, esfuerzos como el de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, que se encuentra actualmente evaluando un futuro instrumento en materia de derecho aplicable a la contratación internacional, uno de cuyos objetivos sea la promoción del principio de la autonomía de la voluntad en el mundo.¹⁷

Aplicabilidad del derecho transnacional o *lex mercatoria*

Se han señalado diversos supuestos en que resulta altamente inapropiado remitirse a derechos “nacionales”, como el de una transacción tan internacional que no puede verse como influenciada exclusivamente por un sistema jurídico en particular, o cuando las partes, expresa o implícitamente, buscaron que su contrato sea gobernado por reglas jurídicas neutras, no perteneciendo a un específico derecho nacional. Además, hay casos en que se debería evitar la aplicación de un derecho estatal, como cuando una de las partes es un Estado soberano o una entidad estatal. A veces, la elección de las partes es equivalente a la ausencia de elección de un derecho nacional, como en el caso en que se designó la legislación tanto de Alemania como de Rusia. Otras veces, es imposible determinar, dentro del derecho nacional supuestamente aplicable, una solución específica al caso. También existen precedentes en los que los árbitros aplicaron el derecho transnacional o *lex mercatoria* para llenar un vacío, o para interpretar el derecho nacional, o para remplazar el derecho nacional elegido por las partes en base a la teoría del orden público internacional.¹⁸

Por lo demás, si bien es cierto que las partes pueden someter sus vinculaciones contractuales a una regulación detallada, conforme a su autonomía privada, al hacerlo se encuentran con enormes dificultades de barreras del lenguaje y de ausencia de una terminología jurídica uniforme a nivel internacional. Incluso la elección de un derecho doméstico no es solución satisfactoria. A veces, ello ocurre debido a razones de prestigio o imperativo político, en que una parte no quiere someterse a la normativa de un país extranjero aun consciente de las limitaciones de su propia legislación. El problema es mayor aun cuando no se conoce bien la legislación extranjera o no se la desea por completo.¹⁹

Varios reglamentos arbitrales dan pie a la aplicación del derecho transnacional o *lex mercatoria*,²⁰ en sintonía con trascendentes cuerpos normativos, partiendo de la propia Convención de Nueva York de 1958, que no solo facilitó la propagación -cual reguero de pólvora- del arbitraje en el mundo, sino también abrió las compuertas al derecho transnacional. Es así que, según una interpretación prevaleciente con respecto a este instrumento, “... el hecho de que un árbitro internacional haya sustentado un laudo en normas transnacionales (principios generales del derecho, principios comunes a muchos derechos, derecho internacional, usos del comercio y expresiones análogas), en vez del derecho de un Estado determinado, no debería, por sí mismo, afectar la validez o el carácter ejecutorio del laudo, cuando las partes acordaron que el árbitro aplicaría normas transnacionales, o cuando las partes guardaron silencio respecto al derecho aplicable”.²¹

Al éxito de este texto convencional debe sumarse el *aggiornamento* en los derechos internos, más aún luego de que la Ley Modelo propiciada por la CNUDMI en 1985, haya inspirado reformas normativas por doquier, para volver más propicios los sistemas nacionales a las peculiaridades del arbitraje. Esta ley no sólo tiene como uno de sus pilares el principio de la autonomía de la voluntad, sino también habilita a que las disputas sean resueltas de acuerdo a principios y criterios transnacionales, cuando las partes así lo hayan decidido. Al efecto, el artículo 28 de la Ley Modelo utiliza la expresión *normas de derecho*,²² que debe entenderse equivalente a *lex mercatoria* o derecho transnacional.²³

En la misma línea, muestran una amplia apertura hacia el derecho transnacional los reglamentos de la CNUDMI²⁴ y de las principales instituciones arbitrales del mundo.²⁵ Este constituye un dato no menor, si se considera la uniformidad existente entre estos instrumentos normativos, con el efecto homogeneizador consecuente.

Esta apertura hacia el derecho transnacional se reafirma con la adhesión masiva al Convenio Constitutivo del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI en español o ICSID en inglés), creado en Washington en 1965, de gran amplitud hacia el derecho transnacional; como así también al Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA) de Seúl, Corea, que garantiza la ejecución, en los países adherentes, del laudo arbitral en materia de inversión dictado de conformidad con sus normas;²⁶ además de otros textos convencionales como los propiciados en el ámbito de la OEA y del MERCOSUR. Todos estos instrumentos se muestran propicios a la aplicación del derecho transnacional.²⁷

A lo que debe sumarse el imponente desarrollo casuístico, sobre todo en las últimas décadas en que, además, los laudos arbitrales comenzaron a ser publicados y -por ende- difundidos internacionalmente.²⁸

La Cámara de Comercio Internacional, por ejemplo, difunde sus laudos desde 1974 en el “*Journal du droit international*”, los que, a partir de entonces, también aparecen en otras publicaciones. Estos laudos, por su parte, citan o se apoyan en muchos casos en otros anteriores.

A su vez, los laudos arbitrales han sido sistematizados por la doctrina, a cuyo respecto, claramente, los juristas franceses han estado a la vanguardia.²⁹ Esa doctrina, nuevamente, recibió espaldarazos importantes de altos tribunales de diversas jurisdicciones claves para el desarrollo del comercio internacional.³⁰

Pero la cosa no para allí. En paralelo a la resurrección, en forma moderna, de la *lex mercatoria* en el arbitraje, se propugna incluso la liberación del proceso arbitral, y de su eventual laudo, de los derechos nacionales, con lo que la contienda por esta vía debería ser capaz de *flotar* independientemente al país en que se conduce, produciéndose así lo que se llama como *deslocalización* o *desnacionalización*.

Se sostiene incluso que las leyes nacionales solo tendrían efecto, en su caso, ante un ulterior estadio de ejecución del laudo en virtud de limitadas eventuales causales de invalidación o -por supuesto-, cuando las partes específicamente designan el derecho del foro arbitral (*lex loci arbitri*) como aplicable al procedimiento arbitral. Si bien debe reconocerse que la deslocalización del arbitraje -en palabras de Fernández Arroyo- constituye una tendencia y no un hecho consumado,³¹ hasta detractores como Goode han llegado a reconocer que el debate ha ayudado a la formulación de principios internacionales.³²

De modo que, de la praxis arbitral,³³ renace -o se extiende en su consolidación- un derecho consuetudinario universal como lo fue el de los mercaderes en la Edad Media, al punto incluso de que organismos internacionales han propuesto su cristalización en cuerpos normativos como convenciones, guías legislativas, leyes modelo u otros instrumentos análogos, o bien han ensayado consolidarlo en documentos peculiares como “*Restatements*” o “Principios”.³⁴

Instrumentos de la *lex mercatoria*

Diversos textos, algunos destinados a obtener sanción estatal y otros no, han contribuido a consolidar el renacido derecho transnacional o *lex mercatoria*.

De suma trascendencia resulta la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías de 1980, elaborada por la CNUDMI, que reúne en un texto convencional de derecho uniforme principios, reglas, usos y costumbres aplicables al contrato preponderante del comercio internacional.³⁵ Si bien hoy por hoy, la Convención de Viena rige en más de setenta países, ella podría aplicarse aun sin estar ratificada, como expresión del *status* del derecho transnacional o *lex mercatoria* en la materia allí comprendida, en su caso.

Yendo más allá de la elaboración de textos destinados a tener sanción estatal, particular repercusión mundial ha tenido también la labor, en materia contractual, de UNIDROIT. Tal constituye el acrónimo francés de un instituto intergubernamental con sede en Roma, vinculado a Naciones Unidas a través de un acuerdo de cooperación, que publicó en los años 1994 y 2004 “Principios de Derecho Contractual.”³⁶ Grupos de expertos han trabajado

para detectar y reformular (*to restate*) los “*principios*” universales en la materia, y los trabajos resultantes se encuentran consignados en textos con redacción parecida a la de las normas legislativas, acompañados de comentarios y ejemplificaciones, además de un preámbulo que precede y explica el instrumento.³⁷ Entre varias aplicaciones, estos principios pueden ser adoptados por las partes como reglas en sus contratos, o servir como guías a legisladores, jueces o árbitros en lo que respecta al *status* de los usos y principios internacionales,³⁸ y así viene ocurriendo de manera reiterada en tiempos recientes.³⁹

En el seno de la Unión Europea se publicaron también “*Principios*” similares en los años 1995 (parte I), 1999 (partes I y II) y 2003 (parte III) (en adelante “PECL”),⁴⁰ elaborados por un grupo cuya cabeza visible fue el profesor escandinavo Ole Landö (Comisión Landö) y a partir del año 2003⁴¹ aparece en escena el “*enigmático*” concepto del Marco Común de Referencia (MCR).⁴²

Tanto UNIDROIT como la “Comisión Landö”, de manera imprecisa, habían denominado finalmente “principios” a su producto, cuando en realidad estamos ante un cuerpo de reglas que podrían fácilmente ser sancionados por un legislador como “*Código*”. Esto fue enmascarado ahora bajo la expresión “*Marco Común de Referencia*”, que fue elegida por la Comisión europea,⁴³ y se espera contar como resultado final con Principios Comunes del Derecho Contractual Europeo (*Common Principles of European Contract Law—CoPECL*), con definiciones de términos contractuales y con principios fundamentales y reglas coherentes en la materia.⁴⁴

En la órbita privada se registran un sinnúmero de iniciativas, entre las que se destacan, a nivel mundial, los trabajos de la Cámara de Comercio Internacional,⁴⁵ que propone numerosos instrumentos normativos para que los particulares, haciendo uso de la libertad contractual, los incorporen a sus convenios, como ocurre por ejemplo con las reglas relativas a INCOTERMS (que aluden a términos estándares de intercambio usados en el comercio internacional),⁴⁶ a cartas de crédito documentarias,⁴⁷ etcétera.⁴⁸

Existen también contratos estándares aceptados dentro de determinados círculos económicos, como las condiciones de contratos internacionales para la construcción de obras de ingeniería civil del año 1987, elaboradas bajo auspicio de la Federación Internacional de Ingenieros-Consejeros (FIDIC),

conocidas comúnmente como Contrato FIDIC;⁴⁹ o los formularios estándares internacionales de la *Grain and Feed Trade Association* con respecto a productos agrícolas, también de gran utilización en el comercio exterior.⁵⁰

Las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales también proponen contratos modelos como el de venta internacional de bienes perecederos del UNCTAD/WTO *International Trade Centre*,⁵¹ en tanto que el Banco Mundial⁵² y organismos de financiación europeos⁵³ cuentan con lineamientos (*guidelines*) a este respecto.

A ello deben sumarse los llamados “*Códigos de Conducta*”, elaborados en círculos privados -o también en organismos intergubernamentales-,⁵⁴ que reúnen de manera sistemática normas generalmente de carácter programático, y tienen como características su flexibilidad, el cumplimiento voluntario de sus postulados y la autorregulación, al margen de normativas estatales. Aquí también la Cámara de Comercio Internacional cuenta con instrumentos como el *International Code of Advertising Practice*⁵⁵ y el *International Code of Sales Promotion*;⁵⁶ en tanto que la *Factors Chain Internacional* ha elaborado el *Code of International Factoring Customs* (IFC).⁵⁷

Los gremios de abogados, como la *International Bar Association* (IBA), la *American Bar Association* (ABA)⁵⁸ y la *Union Internationale de Avocats* (UIA),⁵⁹ participan activamente, asimismo, en los diversos procesos de homogeneización, enviando sus representantes a los grupos de trabajo, además de proponer reglas privadas, como las reglas de ética, conflictos de intereses y producción de pruebas en el arbitraje de la IBA, de amplia utilización en el mundo.⁶⁰

Elección del derecho por el tribunal arbitral

Señala Blessing que la omisión de elegir expresamente el derecho aplicable puede ocurrir por varios motivos, como por ejemplo, el olvido de las partes; o porque estas no consideraron necesaria la elección; o porque los contratantes lo han discutido pero no llegaron a un acuerdo; o porque las partes han evitado intencionalmente discutir la cuestión, por ejemplo, porque sabrían que sería difícil llegar a un acuerdo o porque el miedo de discutir este tema impediría la conclusión del contrato.⁶¹

En caso de silencio de las partes, el tribunal arbitral debería determinar como derecho aplicable uno de origen estatal, y no, por ejemplo, principios como los de UNIDROIT.

Cuando las partes no han elegido el derecho de fondo, el artículo 28(2) de la Ley Modelo hace alusión a la aplicabilidad de “la ley que determinen las normas de conflicto”,⁶² expresando el comentario de la CNUDMI que aquí las atribuciones del tribunal arbitral se ajustan a pautas más tradicionales. Es decir, en caso de silencio de las partes, el tribunal arbitral debería determinar como derecho aplicable uno de origen estatal, y no, por ejemplo, principios como los de UNIDROIT.

El sistema tradicional “conflictualista” ha presentado múltiples complicaciones en materia arbitral. La tendencia original reflejada en los laudos era la de otorgar prevalencia a las reglas de conflicto del lugar del arbitraje. Actualmente no existe consenso, pero hay tres alternativas que emergieron de la praxis y de recomendaciones doctrinarias: Primero, la aplicación acumulativa de las reglas de conflicto de todos los Estados que tienen conexión con las partes en disputa. Segundo, derivar estas normas de fuentes no nacionales, como principios del derecho o reglas de conflicto establecidas en convenciones internacionales. Tercero, aplicar otras normas, como las de la nacionalidad del árbitro, o del Estado cuyos tribunales hubieran tenido jurisdicción de no haberse pactado el arbitraje, o del Estado en donde se ejecutará el acuerdo.⁶³

En lo que respecta a los casos de la Cámara de Comercio Internacional, destacan Craig, Park y Paulsson, que el sistema de la aplicación acumulativa de reglas conflictuales relacionadas con la disputa es el más frecuentemente utilizado por los árbitros, que deben realizar un proceso comparativo para determinar si hay colisión o no entre estos sistemas. Los árbitros introducen así un elemento transnacional al proceso, al asegurar a las partes que la cuestión no quedará zanjada con la aplicación miope del sistema jurídico de un Estado en particular.⁶⁴

Alternativamente, la aplicación que se haga de “*principios generales*” en materia de conflicto de leyes también envuelve un enfoque comparativo, pero -se ha

dicho- con menos atención a la conexión entre esas reglas y la relación contractual en disputa.⁶⁵ A dicho efecto, se suele recurrir a convenciones internacionales, como ocurre frecuentemente con el Convenio de Roma de 1980 sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales (hoy convertido en el Reglamento Comunitario Roma I),⁶⁶ sean o no las partes destinatarias de dicha regulación.⁶⁷

A nivel legislativo las soluciones varían. En Inglaterra, por ejemplo, antes de la Ley de Arbitraje de 1996 se requería que los árbitros aplicaran las reglas de conflicto aceptadas por los tribunales ingleses, en tanto que hoy día existe una remisión amplia a las reglas de conflicto (artículo 46(3)). Por su parte, tanto la ley de arbitraje alemana (sección 1051(2)) como la ley suiza de arbitraje (artículo 187.1.1) se valen de la regla de conflicto de la “*conexión más cercana*”.

Si bien en este tema la Ley Modelo (y los cuerpos normativos que la siguen) se atienen a criterios más tradicionales o “*conflictualistas*”, autoridades de peso del mundo arbitral entienden que debe darse una interpretación extensiva a estos instrumentos normativos,⁶⁸ que no derive en criterios localistas.

Y aunque así no fuera, la Ley Modelo contiene una importante disposición de que “*en todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso.*”⁶⁹ Como bien lo señala Dalhuisen, la aplicación de este precepto no depende de la voluntad de las partes, y tiene prelación sobre cuanto determinen las reglas de conflicto, en su caso, lo cual da pie a una eventual remisión a la *lex mercatoria* o el derecho transnacional, al menos en lo que respecta a la aplicación de los principios fundamentales al caso en particular que se presente.⁷⁰

Método directo

El método directo, incorporado ahora al artículo 35 del nuevo reglamento de la CNUDMI, es uno de los grandes avances con respecto a las anteriores reglas de 1976, y a la propia Ley Modelo que, en su artículo 28(2), se remite a normas conflictuales.

De hecho -resalta Webster- no se interpreta como imperativo este artículo de la Ley Modelo (igual comentario vale para la sección 46 del *English Arbi-*

En ausencia de un acuerdo de las partes, los árbitros pueden fijar una sede neutral, en cuyo caso la aplicación de la norma de conflicto de ese lugar puede carecer de una conexión con el caso y conducir a un resultado no deseado por los contratantes en cuanto al derecho aplicable.

tration Act de 1996 que no contempla el método directo), por lo que los árbitros pueden dejar de lado la norma y recurrir al método directo.⁷¹

Distintos reglamentos de las instituciones arbitrales más relevantes prevén que, ante el silencio de las partes, los árbitros tienen la libertad de elegir el derecho aplicable, y no valerse del mecanismo conflictual para llegar a una legislación local. Un hito a este respecto lo representa el artículo 59(a) de las reglas de arbitraje de 1994 del Organismo Mundial de la Propiedad Intelectual (WIPO).

En cuanto a la Cámara de Comercio Internacional, hasta 1975 sus reglas arbitrales no contenían una provisión específica de selección del derecho por los árbitros. La tendencia de los árbitros era aplicar el derecho del lugar del arbitraje, que se veía como análoga al foro judicial, cuyas reglas de conflicto prevalecían.⁷² Se seguía así una recomendación adoptada en 1957 por Resolución del Instituto de Derecho Internacional. Ello, sin embargo, no se justificaba. En ausencia de un acuerdo de las partes, los árbitros pueden fijar una sede neutral, en cuyo caso la aplicación de la norma de conflicto de ese lugar puede carecer de una conexión con el caso y conducir a un resultado no deseado por los contratantes en cuanto al derecho aplicable.⁷³

La situación cambió con el artículo 13(3) del reglamento de dicha cámara de 1975, y el nuevo reglamento, de 1998, adopta el método directo. Igual solución siguen el artículo 28.1 del reglamento de la *American Arbitration Association* y el artículo 22(1) de la Cámara de Estocolmo.

En aplicación de este método directo, el árbitro probablemente aplicará también nociones de Derecho Internacional Privado, al menos en su razonamiento interno, pero -resalta Blessing- sin obligación de dar una explicación

o fundamento,⁷⁴ a pesar de que sí debe proveer una explicación razonada de su decisión, de acuerdo con las legítimas expectativas de las partes.⁷⁵

La elección directa no debe, pues, ser vista como arbitraria, y al efecto pueden tomarse como referencia conceptos que forman parte del sistema conflictual, como la conexión más cercana o el lugar de cumplimiento.⁷⁶ Así ocurre por ejemplo cuando se aplica, a las reglas europeas de conflicto, en materia de contratación internacional. El reglamento comunitario conocido como Roma I, si bien no resulta aplicable a los acuerdos para arbitrar como tales, sí puede serlo con respecto a la determinación del derecho sustantivo de los contratos de los que el acuerdo arbitral es parte. De hecho, mucha jurisprudencia ha hecho aplicación del principio de la prestación característica seguido en Europa.⁷⁷ También pueden ser tenidas en cuenta las reglas de Roma II (Reg. (EC) No. 864/2007), que contienen la regulación europea de derecho aplicable a obligaciones no contractuales.⁷⁸

***Lex mercatoria* en ausencia de voluntad de las partes**

Ante su amplia aceptación, se debate si procede también que los árbitros apliquen la *lex mercatoria* en ausencia de selección del derecho por las partes.⁷⁹

Goode encuentra varios supuestos en los que un tribunal arbitral podría o debería evitar recurrir a un derecho nacional. Primero: cuando el derecho local eventualmente aplicable se encuentre tan precariamente desarrollado que resulte incapaz de dar solución al asunto. Ello ha sucedido, por ejemplo, en el caso *SPP v. Arab Republic of Egypt*, en que el tribunal encontró que el derecho islámico (egipcio) no daba respuesta a la cuestión de los intereses. Segundo: cuando los derechos de las partes tengan soluciones opuestas, y el uso de las reglas de conflicto, de por sí, determinaría el resultado de la contienda. En este caso, la *lex mercatoria* es vista como el método neutral de resolver la disputa, sin herir susceptibilidades del eventual perdedor. Tercero: el derecho de las dos partes o de los Estados con los que el contrato está conectado y la *lex mercatoria* contienen idéntica solución, con lo que sin tener que declarar un derecho “ganador”, el tribunal podría recurrir directamente a la *lex mercatoria*. Cuarto: las reglas de los sistemas jurídicos en competición son diferentes, y la elección entre un derecho nacional y otro según las reglas de conflicto está tan finamente balanceada que el tribunal encuentra difícil

preferir uno del otro, en cuyo caso la referencia a la *lex mercatoria* puede proveer una salida al problema. Quinto: la elección de un sistema jurídico nacional es vista por el tribunal arbitral como insatisfactoria, porque envuelve la aplicación a una transacción internacional de una ley nacional dirigida al comercio doméstico. Sexto: al tribunal simplemente no le gusta la ley aplicable del derecho nacional, o el resultado que produciría, y está determinado a encontrar el método de evitarlo. Siente el tribunal que está casado al concepto de la *lex mercatoria* y desea asirlo cada oportunidad que tiene para aplicarlo y expandir su influencia.⁸⁰

Está visto que, en principio, la Ley Modelo permite a los árbitros aplicar reglas no nacionales sólo cuando las partes las han elegido como aplicables a la sustancia. Expresa Mustill -en un comentario extensivo al artículo 35 del nuevo reglamento- que la decisión consciente de los que elaboraron la Ley Modelo de la CNUDMI, al emplear en el artículo 28(2) la palabra “ley” en vez de “reglas de derecho”, debe haber sido una gran desilusión para los “lex-mercatoristas” y constituirá un serio obstáculo para el crecimiento de *lex*.⁸¹

Sin embargo, la creciente casuística a partir de este comentario (emitido en 1987) indica todo lo contrario.⁸² De allí que deba darse la razón a Blessing, por ejemplo, respetada autoridad en la materia, quien aboga por una interpretación extensiva a estos cuerpos normativos. También hacen lo propio otras renombradas figuras mundiales del arbitraje de hoy, como, por ejemplo, Gaillard.⁸³

Es de lamentar que el nuevo reglamento no haya admitido abiertamente la aplicabilidad de la *lex mercatoria* en estos supuestos de ausencia de elección, en línea con principales reglamentos arbitrales y leyes de vanguardia en la materia.⁸⁴

En Francia y Holanda, por ejemplo, las leyes arbitrales permiten que los árbitros apliquen dicha *lex* aun en ausencia de elección de las partes.⁸⁵ Bajo influencia de las reformas francesas de ya hace unas décadas, e ideas de Pieter Sanders sobre la *lex mercatoria*, el artículo 1054 de la Ley de Arbitraje de Holanda está fraseado de igual manera que su precedente francés. El reporte explicativo a la ley holandesa confirmó explícitamente que los árbitros, en

casos intencionales, pueden aplicar la *lex mercatoria*, en tanto hayan sido autorizados por las partes o en ausencia de elección. Incluso, el reporte holandés sigue a Goldman en la definición de la *lex mercatoria*.⁸⁶

Por su parte, la sección 46 (1) (b) de la ley inglesa de arbitraje de 1966 dispone que si los contratantes así lo admiten, el tribunal arbitral resolverá el asunto de acuerdo a aquellas otras consideraciones (distintas a la ley) que hayan acordado las partes o que decida el tribunal. Notas explicativas al proyecto de 1985, redactadas por un comité consultivo departamental de arbitraje, decían que esa sección corresponde el Artículo 28 de la Ley Modelo.⁸⁷

A su vez, el flamantemente sancionado nuevo artículo 1511 del código procesal civil francés, dispone que el tribunal arbitral podría decidir el litigio de conformidad a las normas de derecho que las partes han elegido o, en su defecto, de acuerdo a aquellas que estime apropiadas, debiendo tener en cuenta, en todos los casos, los usos de comercio.⁸⁸ El reporte explicativo enfatiza que el artículo 1511 y otros relacionados, consagran la existencia de un orden jurídico autónomo en materia de arbitraje internacional.⁸⁹

Se ha advertido que si los árbitros tienen dudas sobre la aceptación de la *lex mercatoria* por las partes, tendrían que intentar acomodarse a su voluntad y dar debida consideración a leyes domésticas relevantes. Si es posible, el laudo debería dejar en claro que la aplicación de la *lex mercatoria* no lleva a resultados incompatibles con sistema doméstico alguno de eventual aplicación, o que el derecho nacional indicado por las reglas conflictuales no se contradice con la *lex mercatoria* referida en la cláusula arbitral.⁹⁰

Como bien lo señala Goode, los tribunales arbitrales tienen un deber moral y jurídico de actuar en una forma disciplinada y de acuerdo a principios establecidos, al menos que estén dispensados por acuerdo de partes.⁹¹

Ex aequo et bono y amiable composition

Si bien hay disparidades terminológicas en distintos sistemas,⁹² con estas expresiones se hace alusión al arbitraje de equidad, previsto en el Art. 28 de la Ley Modelo y en varios reglamentos arbitrales.⁹³

Los árbitros deben mostrarse sumamente cautos a este respecto. Los tribunales franceses, por ejemplo, han resuelto que en arbitrajes de equidad, los árbitros deben dar razones para justificar su decisión, sin que les esté permitido simplemente aplicar un derecho. Recientemente, en el caso *Fotovista*, la Corte de Apelaciones de París anuló un laudo basado en *amiable composition* porque el árbitro no explicó su decisión de aplicar el derecho francés en las catorce páginas del laudo.⁹⁴

Demás está decir que considerar los términos del contrato y los usos, debería ser parte de la evaluación acerca de qué es equitativo en arbitrajes de equidad,⁹⁵ puesto que, como lo señalan la Ley Modelo y el reglamento, aquellos deben ser tenidos en cuenta en todos los casos.⁹⁶

Decidir en equidad es una facultad pero no una obligación de los árbitros. Estos pueden tener razones para aplicar de todos modos un derecho determinado, cuando podría haber peligro de invalidación o de no reconocimiento en jurisdicciones que no admitan el arbitraje de equidad, o cuando ello contradiga términos claros del contrato.⁹⁷

Usos mercantiles aplicables al caso

El artículo 28, inciso 4) de la Ley Modelo, así como el artículo 35 del reglamento de la CNUDMI, prevén que deben atenderse, en todos los supuestos, las estipulaciones del contrato, si las hubiera, y tenerse en cuenta “los usos mercantiles aplicables al caso”.⁹⁸

Ya la Convención Europea de Arbitraje Comercial Internacional de 1961 preveía en su artículo VII que en todos los casos los árbitros deben tomar en consideración los “*términos del contrato y los usos de comercio*”. Esto fue calificado por Blessing como uno de los más significantes acontecimientos del siglo XX, al liberar el arbitraje de percepciones locales.⁹⁹

En la misma senda, el reglamento de la Cámara de Comercio Internacional dispone en su Art. 17(2) que “*en todos los casos el Tribunal Arbitral deber tener en cuenta la previsión contractual y todo uso relevante de comercio*”. Cuando esta regla fue formulada en 1975, el entonces *Vice-Chairman* de la Corte, Jean Robert,

dijo: “Es legítimo pensar aquí que esa fórmula abre camino a una forma de arbitraje más o menos libre, en el futuro, de constreñimientos legalísticos”.¹⁰⁰

Señala David que el acuerdo de las partes para arbitrar disputas que surjan de un contrato internacional implica que, además de cualquier estipulación expresada en el convenio, serán tenidas también en cuenta los usos de la comunidad de comerciantes internacionales que resulten aplicables. Esta autoridad jurisdiccional implícita no es ni *amiable composition* (*arbitraje de equidad*) ni fallo acorde con la ley en su acepción usual. En vez, demuestra que un marco de resolución de disputas, especialmente creado e innovador, se aplica en el arbitraje comercial internacional.¹⁰¹ Las reglas de buena conducta comercial, precisamente porque son amplias y adaptables, dan a los árbitros una guía mejor y más apropiada que distinciones técnicas de disposiciones legales rígidas, lo cual constituye el sello de la legislación local.¹⁰²

Conclusión

Las vinculaciones comerciales transfronterizas encuentran en el arbitraje un mecanismo normalmente más apropiado para que sean atendidos tanto las expectativas de las partes como los requerimientos de justicia que demandan este tipo de contratos, acorde con la atmósfera cosmopolita en que se desarrollan.

Al respecto, esta contribución ha abordado distintas cuestiones que son claves para un entendimiento de las concepciones actuales preponderantes, cuya conclusión no puede ser otra que la ya adelantada, es decir, que el arbitraje debería permitir liberar la contratación internacional de constreñimientos legalistas inapropiados. Estas vinculaciones requieren ser consideradas desde el prisma transfronterizo en que se llevan adelante, para así servirse apropiadamente a las partes envueltas y, en general, al comercio internacional en sí, que de esta forma se puede desarrollar de manera mucho más apta que con la aplicación de rígidas reglas domésticas, no infrecuentemente inadecuadas para tal fin.

¹ Ver comentarios y advertencias en VAGTS, Detlev F. Arbitration and the UNIDROIT Principles. Contratación Internacional, Comentarios a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del UNIDROIT. Universidad Nacional Autónoma de México, Universidad Panamericana, 1998, p. 272).

² CRAIG, Laurence/PARK, William/PAULSSON, Jan. International Chamber of Commerce Arbitration. Third Edition. Oceana Publications, 2000, p. 641.

³ DERAIS, Yves. The ICC Arbitral Process. Part. VIII. Choice of the Law Applicable to the Contract and International Arbitration, p. 10.

⁴ WEBSTER, Thomas H. Handbook of Uncitral Arbitration, Commentary, Precedents and Materials for UNCITRAL based Arbitration Rules. Sweet & Maxwell, Thomson Reuters, 2010, p. 515.

⁵ La terminología alusiva a la *lex mercatoria* es caótica. En las primeras décadas del siglo XX Lambert utilizaba la expresión “derecho corporativo internacional” (*droit corporatif international*). Jessup, en su obra *Transnational Law* de 1956, parece haber sido el primero en poner en circulación la expresión *lex mercatoria*, con la que se pretende superar la división tradicional entre el aspecto público y privado de las relaciones internacionales (ver RIGAUX, François. Derecho Internacional Privado, Parte General. Editorial Civitas S.A., 1985, p. 81). Modernamente la utilizan autores como Goode (GOODE, Roy. Usage and Its Reception in Transnational Commercial Law. 46 ICLQ 1, 1997, p. 2), Muir Watt (MUIR WATT, Horatia. New Challenges in Public and Private International Legal Theory: Can Comparative Scholarship Help? Epistemology and Methodology of Comparative Law. Van Hoecke, Mark (ed.). Hart Publishing, 2004, p. 277), Loussouarn, Boruel y Vareilles Sommières –quienes también aluden a un “orden superior” (BOUREL, Pierre/LOUSSOUARN, Yvon/VAREILLES-SOMMIÈRES, Pascal. Droit international privé. 8e Edition. Éditions Dalloz, 2004, p. 3), entre varios otros. También se habla de un “derecho a-nacional”, término atribuido a Fouchard (MUSTILL, Lord Justice. The New Lex Mercatoria: The First Twenty-Five Years. Liber Amicorum for Lord Wilberforce. Clarendon Press, 1999, p. 151, nota al pie), en tanto que los Principios de UNIDROIT de derecho contractual utilizan la palabra “supranacional”. También puede verse en Berman la utilización de la expresión “*world law*” (derecho mundial) (BERMAN, Harold. J. Is Conflict-of-Laws Becoming Passe?, An Historical Response. Emory University School of Law, Public Law & Legal Research Paper Series, Research Paper n° 05-42, <http://papers.ssrn.com/abstract=870455>) (último acceso: 31 de enero de 2011). Illescas y Perales Viscasillas, por su parte, en vez de utilizar expresiones como *lex mercatoria*, Derecho mercantil internacional, Derecho comercial internacional o Derecho del comercio internacional, se inclinan por adoptar –por considerarla más adecuada– la terminología de Derecho uniforme del comercio internacional (ILLESCAS ORTIZ, Rafael/

PERALES VISCASILLAS, Pilar. Derecho Mercantil Internacional. El Derecho Uniforme. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 2003, pp. 28 y ss.). Actualmente se encuentran muy en boga las expresiones en inglés *soft law*, o derecho de génesis no-estatal y su contrapartida *hard law*, que sí tiene dicho origen.

⁶ Ver al respecto en MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio. Los Contratos y La Haya ¿Ancla al pasado o puente al futuro? ¿Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional? Basedow, Jürgen/Fernández Arroyo, Diego P./Moreno Rodríguez, José A. (dirs.) CEDEP y La Ley Paraguaya, 2010, p. 245.

⁷ Además de fortalecerse la seguridad jurídica que debería predominar en transacciones comerciales (VISHER, Frank. General Course on Private International Law. Recueil des Cours, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, 1992, I, Tome 232 de la colección, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, p. 126; también pp. 132 y siguientes), ello tiene también un fin –resaltado por Jayme– de “desreglamentación”, al disminuirse el dirigismo estatal para darse pie a iniciativas privadas (JAYME, Erik. Identité Culturelle et Intégration: Le Droit International Privé Postmoderne. Cours général de droit international privé. Recueil des Cours, Collected Courses of the Hague Academy of International Law 1995, IV, Tome 251 de la colección, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, pp. 150-151).

⁸ FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. Derecho internacional privado (Una mirada actual sobre sus elementos esenciales). Editorial Advocatus, 1998, p. 92.

⁹ Ver MORENO RODRÍGUEZ, José A. (nota 7), p. 245.

¹⁰ Ver cita en KRÖLL, Stefan/LEW, Julian D.M./MISTELIS, Loukas. Comparative International Commercial Arbitration. 2003, p. 694.

¹¹ GOODE, Roy. The Role of the Lex Loci Arbitri in International Commercial Arbitration. Arbitration International. Vol. 17, 2001, n° 1, p. 22.

¹² KRÖLL, Stefan/LEW, Julian D.M./MISTELIS, Loukas. (nota 10), p. 694.

¹³ Ratificada en dos países del continente (México y Venezuela) y aplaudida en prestigiosos círculos académicos regionales y mundiales, la Convención de México admite de manera amplia la autonomía de la voluntad, tanto para elegir como para modificar eventualmente el derecho aplicable, además de –resalta Herbert– podría parecer una herejía en el esquema de los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940 (HERBERT, Ronald. La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales. RUDIP, Año 1-n° 1, p. 91.). Pero la apertura autonomista de la Convención de México va más allá, al punto de facultarse a que las partes elijan derechos “no nacionales”, a la vez que se habilita al juzgador a recurrir al derecho transnacional, “*soft law*” o “*lex mercatoria*” (SIQUEIROS, José Luis. Los Principios de UNIDROIT y la Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales. Contratación Internacional, Comentarios a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del UNIDROIT.

Universidad Nacional Autónoma de México, Universidad Panamericana, 1998, p. 222). El Convenio de Roma no había resuelto esta cuestión, y connotados juristas esperaban que Europa siguiera el modelo americano, al que veían con simpatía **como alternativa para modernizar el Convenio de Roma**. Sin embargo, el nuevo Reglamento Roma I tampoco avanza en el sentido de la Convención de México, por lo que solo valdrá, en su caso, la incorporación por referencia, “al menos en procesos ante tribunales estatales”, expresa HEISS, Helmut. Party Autonomy. Rome I Regulation, The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe. Ferrari, Franco/Leible, Stefan (eds.). Sellier, 2009, p. 2.

¹⁴ Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay.

¹⁵ En la práctica, la mayoría de los casos de arbitraje son decididos en base a los términos del contrato. El derecho aplicable, que solo raramente juega un rol en la interpretación de dichos términos, tiene sin embargo relevancia si el contrato calla en cuestiones como por ejemplo: tasas de interés, o si el contrato existe o no como tal. Pues bien, este artículo 35 del reglamento, consagratorio del principio de la autonomía de la voluntad, fue redactado de manera que quede bien en claro que el contrato debe tener estricta primacía (CARON, David/CAPLAN, Lee M./PELLONPÄÄ, Matti. The UNCITRAL Arbitration Rules. A Commentary. Oxford University Press, 2006, pp. 136-137, quienes emiten el comentario en referencia a la redacción en inglés “*in accordance with*” adoptada en el primer reglamento de 1976).

¹⁶ BARCELÓ III, John J./VON MEHREN, Arthur Taylor/VARADY, Tibor. International Commercial Arbitration, a Transnational Perspective. Fourth Edition. Thomson Reuters, 2009, p. 70. También Brower, *inter alia*, hace notar la uniformidad existente en gran parte entre las reglas de las distintas instituciones arbitrales preponderantes en el mundo (BROWER, Charles N. W(h)ither International Commercial Arbitration? The Goff Lecture, 2007, p. 184).

¹⁷ Puede ampliarse al respecto en el sitio web de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (<http://www.hcch.net>) o, particularmente, en el siguiente link: http://www.hcch.net/index_en.php?act=text.display&tid=49

¹⁸ RUÍZ ABOU-NIGM, Verónica. The Lex Mercatoria and Its Current Relevance in International Commercial Arbitration. Revista DeCITA, derecho del comercio internacional, temas y actualidades, Dreyzin, Adriana/Fernández Arroyo, Diego (dirs.). Arbitraje, 02.2004, pp. 109-110.

¹⁹ BONELL, Michael Joachim. The Unidroit Principles of International Commercial Contracts, Nature, Purposes and First Experiences in Practice. www.unidroit.org, p. 2. (Último acceso: 31 de enero de 2011).

²⁰ Zanjando así la controversia existente en el plano teórico, al menos en lo que respecta a la aplicabilidad de la *lex mercatoria* a los arbitrajes. Quienes se oponen al Derecho supranacional, derivado del arbitraje, sostienen que la creación del dere-

cho (*law-making*) constituye, exclusivamente, una función política del Estado, ejercida a través de instituciones legislativas y judiciales. Según esta posición, árbitros designados por particulares, carentes de mandato público alguno y contratados para un único caso, no pueden adoptar determinaciones con fuerza jurídica. Incluso cuando el Estado interviene para revisar un fallo arbitral, ello continúa siendo consecuencia de una opción contractual de particulares. Y, cuando el fallo es ejecutado coactivamente en la esfera judicial, el resultado y el razonamiento –si existe alguno– que subyace en la decisión no constituyen fuente del derecho. En estos casos, el Estado meramente ratifica las decisiones de los árbitros como reconocimiento o tolerancia al derecho contractual de las partes de comerciar y de someter su relación mercantil al arbitraje. Desde otra perspectiva, quienes defienden el derecho supranacional o transnacional configurado a través de la práctica arbitral sostienen que, a pesar de su origen privado, puede progresivamente adquirir la fuerza de norma jurídica. En la órbita del comercio internacional, los Estados implícitamente han delegado su potestad creadora de derecho (*law-making authority*) a árbitros y a un proceso de resolución de conflictos privados admitido internacionalmente. Ello ha ocurrido particularmente en los países que han adoptado la ley modelo de arbitraje de la CNUDMI o regulaciones en esa misma línea. Los Estados han puesto en vigencia leyes que promueven la desregulación del arbitraje, actúan como *venia hospitalaria* para que se lleven adelante arbitrajes y para la ejecución de fallos arbitrales, bajo un muy limitado escrutinio judicial. La conducta del Estado ha legitimado el procedimiento y la autonomía del arbitraje (ver CARBONNEAU, Thomas. *The Remaking of Arbitration: Design and Destiny. Lex Mercatoria and Arbitration, A Discussion of the New Law Merchant. Revised Edition.* Juris Publishing, Kluwer International Law, 1998, p. 12).

²¹ Declaración de la Conferencia de El Cairo del Instituto de Derecho Internacional, de 1992, alusiva a la Convención de Nueva York (citada en MORENO RODRÍGUEZ, José A.; ver nota 7).

²² Hasta su inclusión en la ley modelo, la expresión “normas de derecho”, alusiva al derecho transnacional, solo había sido utilizada en el artículo 42 del Convenio de Washington de 1965 relativo a disputas de inversiones y en las leyes de arbitraje de Francia y Djibouti (Documento UNCITRAL A/CN.9/WG.II/WP.143/Add.1).

²³ El comentario de UNCITRAL al artículo 28 de la ley modelo expresa que al hacer referencia a la elección de las “normas de derecho” y no a la “ley”, la ley modelo brinda a las partes una gama de opciones más amplia en lo tocante a la indicación de la ley aplicable al fondo del litigio, por cuanto aquellas pueden, por ejemplo, elegir de común acuerdo normas de derecho elaboradas por un organismo internacional pero no incorporadas aún a ningún ordenamiento jurídico nacional. Destaca Grigera que en Derecho internacional privado, el término “de-

recho” (o “ley”, a secas) para referirse al régimen jurídico aplicable al fondo de la controversia en materia de arbitraje internacional se entiende que excluye normas, principios o reglas de fuente nacional o internacional general, y se limita tan solo a los derechos nacionales o convenciones internacionales ratificadas por los Estados cuyas condiciones de aplicación se encuentren reunidas en el caso concreto (GRIGERA NAÓN, Horacio A. El Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR: un Análisis Crítico. Revista Brasileira de Arbitragem, Coedición de Síntese y el Comité Brasileiro de Arbitragem, 2003, n° 1, p. 24). A su vez, se expresa en los Principios Europeos de Derecho Contractual: “La expresión ‘normas de derecho’ del art. 28(1) de la ley modelo supone que las partes pueden escoger la *lex mercatoria* para regir su contrato (Notas, art. 1:101 PECL, comentario 3, a)”.

²⁴ Se lee en los documentos oficiales preparatorios de la CNUDMI (A/CN.9/WG.II/WP.151/Add.1 y A/CN.9/WG.II/WP.149), que en las discusiones en torno al borrador del actual artículo 35 (artículo 33 en el Reglamento de 1976), el Grupo de Trabajo concordó que el tribunal arbitral debería aplicar las “normas de derecho” designadas por las partes y, consecuentemente, esta expresión debería reemplazar la palabra “ley” en la primera oración del artículo 33 (A/CN.9/641, para. 107). La expresión se entiende más amplia que el término “ley”, y permite a las partes designar como aplicable a su caso las reglas de más de un sistema jurídico, incluyendo reglas que pudieron haber sido elaboradas en un plano internacional.

²⁵ Como el de la CNUDMI, la Cámara de Comercio Internacional (CCI), la *American Arbitration Association* (AAA); la *London Court of International Arbitration* (LCIA); la Cámara de Comercio de Estocolmo; el Centro de Disputas de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI); y el Centro de Resolución de Disputas en Materia de Inversiones del Banco Mundial, cuya abreviatura en español es la de CIADI.

²⁶ LEATHLEY, Christian. *International Dispute Resolution in Latin America, An Institutional Overview*, Kluwer Law International, 2007, p. xv.

²⁷ Así, el convenio constitutivo del CIADI prevé en su artículo 42, que “podrán tener virtualidad las normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables”. Ello en tanto que la Convención de Panamá de 1975 se remite, en su artículo 3°, a falta de acuerdo entre las partes, a las reglas de procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC), cuyo Art. 30 prevé, a su vez, que en todos los casos se tendrán en cuenta “los usos mercantiles aplicables”. Por su parte, los acuerdos de arbitraje del MERCOSUR aluden en su Art. 10 “al derecho internacional privado y sus principios, así como al derecho del comercio internacional”. Ello surge también del Art. 25, inciso 3°.

²⁸ Con el debido resguardo de la confidencialidad que impone la materia arbitral, lo cual implica por lo general la no mención de las partes y de ciertos hechos relativos a los casos que se publican. Ello a pesar de que muchas decisiones no contie-

nen razonamiento (solo expresan quién ganó y quién perdió) y otras tantas no son publicadas (ver KUPFER SCHNEIDER, Andrea/MENKEL-MEADOW, Carrie J./PORTER LOVE, Lela /STERNLIGHT, Jean R. *Dispute Resolution, Beyond de Adversarial Model*. Aspen Publishers, 2005, p. 453).

²⁹ Debido al influjo de la doctrina francesa, algunos críticos han llegado a afirmar que se está ante un “fantasma creado por profesores de la Sorbona” (TEUBNER, Gunther. *Breaking Frames: The Global Interplay of Legal and Social Systems*. *American Journal of Comparative Law*. 1997 (45 Am. J. Comp. L. 149), p. 151). En general, ver MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio. *Nueva Lex Mercatoria: Fantasma creado por profesores de La Sorbona?* *Foro de Derecho Mercantil, Revista Internacional, Editorial Legis*, 2003, n° 1). Ello en alusión a Goldman y otros juristas franceses que instalaron el debate contemporáneo en torno al derecho transnacional así manifestado (ver, por ejemplo, GOLDMAN, Berthold en *Lex Mercatoria and Arbitration, A Discussion of the New Law Merchant*, Carbonneau, Thomas E. (ed.), Revised Edition, Juris Publishing, Kluwer International Law, 1998).

³⁰ Ver MORENO RODRÍGUEZ, José A. (nota 7).

³¹ FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P., *Los Dilemas del Estado Frente al Arbitraje Comercial Internacional*, en *Revista Brasileira de Arbitragem*, Año II, No. 5, IOB Thomson y Comité Brasileiro de Arbitragem, 2005, p. 117.

³² GOODE, Roy. (nota 11), p. 22. Por eso, se ha expresado que los laudos franceses y americanos levantan “*policy concerns*” que han dividido a la doctrina (CRAIG, Laurence/PARK, William/PAULSSON, Jan. (nota 3), p. 685). Para los argumentos a favor y en contra de la deslocalización, puede verse un muy buen resumen en MORENO RODRÍGUEZ ALCALÁ, Roberto. *Delocalización, la *lex loci arbitri* y la nueva Ley de Arbitraje y Mediación*. *Arbitraje y Mediación*, Moreno Rodríguez, José A. (coord.). Intercontinental Editora, 2003, pp. 64-171.

³³ Hace unos años, una investigación encabezada por Berger recurrió a una encuesta entre 2.733 abogados. De quienes respondieron, aproximadamente un tercio indicó que estaban al tanto de al menos un caso ocurrido en su práctica en que las partes han referido al derecho transnacional en sus contratos, y más del 40 % estaba al tanto de al menos un procedimiento arbitral en que se utilizó el término (ver en DRAHOZAL, Christopher R. *Of Rabbits and Rhinoceri: A Survey of Empirical Research on International Commercial Arbitration*. *Journal of International Arbitration*, Vol. 20, n°. 1, p. 30). Una reciente investigación, para la que –como lo refiere Mistelis– se utilizaron 136 extensos cuestionarios y datos cualitativos basados en 67 entrevistas a profundidad, señala que el uso del derecho transnacional es razonablemente común en la praxis arbitral (aproximadamente el 50 % de los encuestados lo usaron al menos “a veces”). Otras conclusiones interesantes son que la elección del derecho aplicable está mayormente influenciada por

la percibida neutralidad e imparcialidad del sistema jurídico con respecto a las partes y su contrato, lo apropiado del derecho para el tipo de contrato y la familiaridad de las partes con el derecho. También se concluye que la decisión sobre el derecho aplicable es una cuestión compleja en que, la mayoría de los que respondieron y fueron entrevistados, parecieron tomar un considerado y bien pensado enfoque. En cuanto a los derechos nacionales, el 40 % de los respondientes utilizaron el derecho inglés más frecuentemente, seguidos del 17 % que recurrieron al derecho de Nueva York. El 53 % de quienes respondieron creen que el impacto del derecho aplicable puede ser limitado en alguna medida con un contrato meticulosamente redactado, y el 29 % cree que puede ser limitado en una gran medida de esta forma (2010 International Arbitration Survey: Choices in International Arbitration, Queen Mary, University of London, School of International Arbitration (SIA) y White & Case, pp. 11 y ss).

³⁴ Puede profundizarse al respecto en: MORENO RODRÍGUEZ, José A. *Nueva Lex Mercatoria: ¿Fantasma creado por profesores de La Sorbona?* Revista de Derecho Mercantil Internacional, Editorial Legis, 2003.

³⁵ Ver GARRO, Alejandro/ZUPPI, Alberto L. *Compraventa internacional de mercaderías*. Ediciones La Rocca, 1990, pp. 43 y ss.

³⁶ Puede profundizarse al respecto en: MORENO RODRÍGUEZ, José A. *Los Principios Contractuales de UNIDROIT: ¿Un Mero Ejercicio Académico de Juristas Notables?* Revista Foro de Derecho Mercantil. Editorial Legis, 2005; se reproduce asimismo en MORENO RODRÍGUEZ, José A. *Temas de Contratación Internacional, Inversiones y Arbitraje*, Catena Editores, CEDEP, 2006.

³⁷ Ello al igual que los llamados “*Restatements*” norteamericanos, de elaboración académica, no destinados a obtener sanción estatal -aunque sí pueden inspirar reformas normativas- que resumen así las tendencias preponderantes en diversos temas.

³⁸ Farnsworth, en su análisis de diversos precedentes arbitrales, concluye que en ellos los árbitros realmente consideran los Principios de UNIDROIT como expresión de los principios generales del derecho mercantil internacional o de la *lex mercatoria*, si así se quiere llamarlos. En el boletín de la Asociación Suiza de Arbitraje aparece un estudio en el cual se concluye que los prácticos frecuentemente tienden a evitar el término *lex mercatoria* y prefieren referirse a los Principios de UNIDROIT. En los Estados Unidos, la expresión *lex mercatoria* tiende a conjurar imágenes de extrañas concepciones del *civil law*, lo cual explica por qué en países del *common law* en general, y los Estados Unidos en particular, la gente se siente más cómoda teniendo a su disposición Principios como los de UNIDROIT. A diferencia de la *lex mercatoria*, refiere Farnsworth, uno puede asir los Principios de UNIDROIT en sus manos, por así decirlo (FARNSWORTH, E. Allan. *The Role*

of the UNIDROIT Principles in International Commercial Arbitration (2): a US Perspective on their Aims and Application. Special Supplement 2002, ICC International Court of Arbitration Bulletin, p. 22).

³⁹ En UNILEX, Base de Datos del Centro para Estudios Comparativos e Internacionales, se encuentran numerosas contiendas arbitrales –y judiciales– donde se recurre a los Principios de UNIDROIT (ver base de datos www.unilex.info).

⁴⁰ A nivel estatal, la Cámara de los Lores de Inglaterra ha sido la primera corte europea en citar los PECL, ya en el año 2001 (*Director General of Fair Trading v First National Bank*) (ver VON BAR, Christian. *Comparative Law of Obligations: Methodology and Epistemology*. Epistemology and Methodology of Comparative Law. Van Hoecke, Mark (ed.). Hart Publishing, 2004, p. 126).

⁴¹ La idea de dicho MCR fue introducida por COM (2003) 68 final, 12 de febrero de 2003, parágrafos 58-68.

⁴² VV. AA. The Common Frame of References for European Private Law - Policy Choices and Codification Problems. Oxford Journal of Legal Studies N.N., Forthcoming. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1269270>, enero 31, 2010, p. 4.

⁴³ El modelo de todos es el de los *Restatements* norteamericanos (ver VV.AA. (nota 67), p. 12.

⁴⁴ <http://www.copecl.org> (Último acceso: 31 de enero de 2011).

⁴⁵ Organización no gubernamental con sede en París, que cuenta con más de 7.000 miembros en 130 países <http://www.iccwbo.org> (Último acceso: 31 de enero de 2011)

⁴⁶ Como FOB (*Free on board*-libre a bordo), CIF (*Cost, insurance and freight*-Costo, seguro y flete), etcétera.

⁴⁷ Las reglas uniformes para el uso de cartas de créditos documentarias, publicadas en el año 2007 como UCP 600, fueron apoyadas por UNCITRAL en julio de 2007 (Informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 42º período de sesiones (A/64/17), 2009, paras. 356-357 <http://www.uncitral.org>).

⁴⁸ Otro organismo privado muy influyente en su área es el Comité Marítimo Internacional (IMC en inglés, CMI en francés y español). <http://www.comitemaritime.org/> (Último acceso: 31 de enero de 2011).

⁴⁹ Ver www.fidic.org. (Último acceso: 31 de enero de 2011).

⁵⁰ Ver www.gafta.com. (Último acceso: 31 de enero de 2011).

⁵¹ KRONKE, Herbert. The Scope of Party Autonomy in Recent UNIDROIT Instruments and the Conflict of Laws in the MERCOSUR and the European Union. *Liber Amicorum en Homenaje al Profesor Didier Opertti Badán*. Editorial Fundación de Cultura Universitaria, 2005, p. 296.

⁵² Ver www.bancomundial.org (Último acceso: 31 de enero de 2011).

⁵³ Ver www.eurd.com (Último acceso: 31 de enero de 2011).

⁵⁴ Así, la Comisión de la Unión Europea, por Recomendación 77/524/CE de 1977, ha dictado el Código de Conducta Europeo relativo a transacciones de valores mobiliarios (ver sobre todo esto en FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. *Ius mercatorum, Autorregulación y unificación del Derecho de los negocios transnacionales*. Editorial Colegios Notariales de España, 2003, pp. 91-198).

⁵⁵ Ver <http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/ICC/policy/marketing/pages/Spanish%20ICC%20Consolidated%20Code%20on%20MA%20Practice.pdf> (Último acceso: 31 de enero de 2011).

⁵⁶ Ver <http://www.iccwbo.org/id502/index.html> (Último acceso: 31 de enero de 2011).

⁵⁷ <http://www.factors-chain.com/> (Último acceso: 31 de enero de 2011).

⁵⁸ <http://www.ibanet.org/> (Último acceso: 31 de enero de 2011).

⁵⁹ <http://www.uianet.org/> (Último acceso: 31 de enero de 2011).

⁶⁰ Se accede a través del siguiente link: http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx. Así también, el Club Español de Arbitraje, por ejemplo, cuenta con **Recomendaciones Relativas a la Independencia e Imparcialidad de los Árbitros**, además de un Código para las Buenas Prácticas Arbitrales (www.clubarbitraje.com). (Último acceso: 31 de enero de 2011).

⁶¹ En algún momento el tribunal debiera preguntarse ¿si las partes tuvieran que convenir a qué derecho sujetarse, cuál elegirían? En la mayoría de los casos la conclusión debiera ser –según Blessing– que ni una de las partes querría someterse al derecho de la otra. Esto es lo que se conoce como “*implied negative choice*” (BLESSING, Marc. *Choice of Substantive Law in International Arbitration*. <http://www.kluwerarbitration.com/document>).

⁶² Prevé la disposición: “...2) Si las partes no indican la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables...”

⁶³ Ver BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration, Commentary and Materials*. Second Edition. Transnational Publishers Inc. and Kluwer Law International, 2002, p. 530.

⁶⁴ CRAIG, Laurence/PARK, William/PAULSSON, Jan. (nota 3), pp. 326-327.

⁶⁵ CRAIG, Laurence/PARK, William/PAULSSON, Jan. (nota 3), p. 327.

⁶⁶ Igual aplicación podría tener la Convención de México de 1994. Ella prevé que, en defecto de elección o en supuestos de ineficacia de esta selección, el contrato se regirá por el derecho del Estado con el cual tenga los “vínculos más estrechos” (Artículo 9), con lo que se adopta la fórmula flexible de “conexión más cercana o significativa” y se descartan otras nociones controvertidas. Se ha señalado la bon-

dad de esta solución, especialmente para situaciones en que las partes no tuvieron buen asesoramiento jurídico o estaban equivocadas con respecto al alcance del derecho elegido, con lo que queda favorecida la búsqueda del derecho que mejor se adecua a los objetivos de los contratantes. E incluso, la disposición puede funcionar en muchos casos como regla de validación para situaciones en que la elección del derecho derivaría en la ineficacia del contrato, en tanto que difícilmente las partes pudieron haber pretendido que el acuerdo no tuviera validez. La Convención de México desecha establecer pautas para determinar una “prestación característica” que lleve al derecho aplicable, conforme lo hacía entonces su fuente europea. El concepto de “prestación característica” ha sido calificado por Juenger de “Nudo Gordiano”, por volverse sumamente dudoso en permutas, contratos de distribución y en general en vinculaciones complejas, como lo son normalmente las de la contratación internacional. Peor aún, el concepto confiere un privilegio caprichoso a favor de la aplicación del derecho de quienes tienen un dominio para la provisión de bienes y servicios en transacciones internacionales (JUENGER, Friedrich K. *The UNIDROIT Principles of Commercial Contracts and Inter-American Contract Choice of Law*. Contratación Internacional, Comentarios a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del UNIDROIT, Universidad Nacional Autónoma de México, Universidad Panamericana, 1998, p. 229, pp. 206-207). Sobre las críticas a las soluciones europeas, que le han valido calificativos como “laberinto” o “jungla” y, en materia de seguros hasta “infierno” en cuanto a su regulación (GRUBER, Urs Meter. *Insurance Contracts*. Rome I Regulation, *The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*. Ferrari, Franco/Leible, Stefan (eds.). Sellier. 2009, p. 110-111), puede verse en BERMAN, Harold J. (nota 10), p. 357; MORRIS, John Humphrey C. *The Conflict of Laws*. Seventh Edition. David McClean and Kisch Beevers. Sweet & Maxwell, Thomson Reuters, 2009, p. 352.

⁶⁷ CRAIG, Laurence/PARK, William/PAULSSON, Jan. (nota 3), p. 328. La aplicación de las reglas de conflicto directamente elegidas por el árbitro (método directo, referido más abajo) es otro criterio, pero atendiendo a que éstas deberían ser las percibidas por el árbitro como normas universales o usos concernidos al caso, puede identificarse con el método anterior anterior (CRAIG, Laurence/PARK, William/PAULSSON, Jan. (nota 3), pp. 328-329).

⁶⁸ Ver en RUÍZ ABOU-NIGM, Verónica. (nota 17), p. 117. Incluso, leyes arbitrales, como las de Francia, Italia y Holanda permiten a árbitros aplicar dicha *lex* aun en ausencia de elección de las partes.

⁶⁹ Artículo 28, inciso 4).

⁷⁰ DALHUISEN, Jan. *Dalhuisen on International Commercial, Financial and Trade Law*. Hart Publishing, 2000, p. 119. Con ello, se sirve mucho mejor a los intere-

ses de las partes. Ya lo señalaba hace varias décadas Gutteridge, que el boicot a los tribunales, que se hace al recurrirse a los arbitrajes, es el resultado a una inclinación marcada de no correr el riesgo de quedar envueltos en reglas de conflicto tan complicadas que los mercaderes ni sus asesores puedan prever sus efectos. El derecho que prevalecerá ante juzgadores ordinarios puede últimamente estar determinado por un evento puramente fortuito o relativamente trivial, como ocurrió en el famoso caso *Vita Food Products Inc. v. Unus Shipping Co.* (GUTTERIDGE, Harold. *Comparative Law, An Introduction to the Comparative Method of Legal Study & Research*. Second Edition. Cambridge University Press, 1949, p. 53).

⁷¹ WEBSTER, Thomas H. (nota 5), p. 515.

⁷² CRAIG, Laurence/PARK, William/PAULSSON, Jan. (nota 3), p. 321.

⁷³ CRAIG, Laurence/PARK, William/PAULSSON, Jan. (nota 3), p. 321.

⁷⁴ BLESSING, Marc. (nota 58), p. 12.

⁷⁵ Señalan Derains y Schwartz que un tribunal arbitral tiene aún la libertad para aplicar una regla de conflicto, si lo considera apropiado, independientemente de si la regla se origina en un sistema legal nacional, en una convención internacional o en los principios generales del derecho internacional privado. Incluso, los árbitros pueden elaborar su propia regla de conflicto. Sin embargo, cualquiera sea el método que se emplee, los árbitros deben proporcionar una explicación razonada de su decisión de acuerdo con las expectativas legítimas de las partes (DERAINS, Yves/SCHWARTZ, Eric A. *El Nuevo Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional*. Oxford University Press, 2001, p. 274).

⁷⁶ WEBSTER, Thomas H. (nota 5), p. 515.

⁷⁷ WEBSTER, Thomas H. (nota 5), pp. 516-518.

⁷⁸ WEBSTER, Thomas H. (nota 5), pp. 524 y ss.

⁷⁹ Además de cuestiones relativas a las fuentes y a metodología RUÍZ ABOU-NIGM, Verónica. (nota 17), p. 105.

⁸⁰ GOODE, Roy. (nota 11), p. 31.

⁸¹ MUSTILL, Lord Justice. (nota 6), p. 181.

⁸² La aplicación de principios internacionales, como los de UNIDROIT y PECL aumenta día a día, y tiene la ventaja que, entre otras, cosas el tribunal arbitral puede evitar el específico e inicial problema de determinar el derecho aplicable conforme al Derecho internacional privado (Communication on European Contract Law: Joint Response of the Comisión on European Contract Law and the Study Group on a European Civil Code (www.sgecc.net), p. 17).

⁸³ Ver RUÍZ ABOU-NIGM, Verónica. (nota 17), p. 117.

⁸⁴ Este énfasis lo pongo luego de comentarios recibidos del ilustre colega Alfredo De Jesús O., quien resalta la clara regresión del nuevo artículo 35 en este punto. Se elimina el sistema conflictual pero, sin embargo, pareciera mantenerse la imposi-

ción de un derecho nacional. Si esto es así -observa De Jesús- el nuevo Artículo 35 refleja una lamentable regresión que para nada se compagina con las mejores prácticas (recogidas en los reglamentos de instituciones arbitrales preponderantes) que le dan la libertad al árbitro para aplicar “las normas que estime apropiadas” en caso de falta de indicación de las partes sobre el derecho aplicable al fondo. Si esto en verdad es así, podría incluso decirse que muy probablemente sea una consecuencia lamentable de la preparación de textos internacionales a través del consensos. Quizás la búsqueda de consensos impidió nuevamente, al igual de lo que ocurrió con la ley modelo, que la CNUDMI adopte en este tema una posición de vanguardia.

⁸⁵ RUÍZ ABOU-NIGM, Verónica. (nota 17), p.117. El comentario, emitido con relación a la anterior ley francesa, es válido con respecto a la actual.

⁸⁶ DE LY, Filip. (nota 95), p. 250.

⁸⁷ Department of Trade and Industry, Consultative paper, secc. 1 y 2: Draft Clauses of an Arbitration Bill, p. 38). (Notas, art. 1:101 PECL, comentario 3, a).

⁸⁸ El Artículo 1496 del Código Procesal Francés otorga la facultad de que los árbitros apliquen la *lex mercatoria*; esto se desprende también del Artículo 1700 del Código Procesal Civil Belga; del Artículo 1496 del Código Procesal Francés; del artículo 1054 del Código Procesal Holandés; y del Artículo 834 del Código Procesal Civil Italiano.

⁸⁹ Hace ya varios años Goldman había señalado, en sus clases ante la Academia de La Haya de Derecho Internacional Privado, que era necesario desarrollar reglas autónomas de conflicto para arbitrajes comerciales internacionales a fin de evitar resultados no satisfactorios emergentes de la aplicación de las reglas de conflicto del Estado sede el arbitraje y del Estado cuyas leyes resultan aplicables a los méritos de la disputa. Asimismo, reglas de conflicto autónomas serían necesarias en arbitrajes en que la *lex mercatoria* se aplicaría a la sustancia de la disputa, abogando por un sistema arbitral de conflicto autónomo (DE LY, Filip. (nota 11), pp. 212-213).

⁹⁰ CARON, David/CAPLAN, Lee M/PELLONPÄÄ, Matti. (nota 31), p. 129. En términos análogos formulan una advertencia Craig, Park y Paulsson (CRAIG, Laurence/PARK, William/PAULSSON, Jan. (nota 3), p. 337).

⁹¹ GOODE, Roy. (nota 11), p. 7.

⁹² CARON, David/CAPLAN, Lee M/PELLONPÄÄ, Matti. (nota 15), p. 134.

⁹³ Con ello se quiere significar que el tribunal puede basarse en consideraciones de equidad y justicia, aunque la palabra “*equity*” no debe entenderse en la acepción específica que tiene en las jurisdicciones del *common law*, WEBSTER, Thomas H. (nota 5), p. 528.

⁹⁴ CA Paris, Enero 15, 2004, Société Centrale Fotovista v Vanoverbeke et al. (2004), citado por WEBSTER, Thomas H. (nota 5), p. 528.

⁹⁵ WEBSTER, Thomas H. (nota 5), p. 529.

⁹⁶ La nueva *lex mercatoria* tuvo un particular desarrollo en casos en que los árbitros podían actuar *ex aequo et bono* o como *amiables compositeurs*. Los árbitros sintieron que, aunque no estuvieran atados por reglas estrictas, sus laudos debían de todos modos basarse en principios razonables, de modo que aunque son conceptos diferentes, la *lex mercatoria* emergió como consecuencia de esa facultad de laudar en equidad (RUÍZ ABOU-NIGM, Verónica. (nota 17), p. 108). David rechaza, por no corresponder a la práctica y por carecer de fundamento desde el punto de vista de los principios, la distinción entre el arbitraje de derecho y el arbitraje en equidad, en el entendimiento de que la equidad no es una alternativa sino un progreso del derecho (ver en OPPEITI, Bruno. Teoría del Arbitraje. Traducido por: Eduardo Silva Romero, Fabricio Mantilla Espinoza y José Joaquín Caicedo Demoulin. Legis Editores, 2006, pp. 278-279, nota al pie).

⁹⁷ CARON, David/CAPLAN, Lee M/PELLONPÄÄ, Matti. (nota 15), p. 136.

⁹⁸ El Artículo 1054 de la Ley Procesal Holandesa sigue la Ley Modelo de la CNUDMI sin describir claramente qué quieren decir con usos del comercio. El comentario oficial holandés refería a la *lex mercatoria* en este contexto y permitía su aplicación, sin discutir exactamente qué era (DALHUISEN, Jan. (nota 95), p. 119).

⁹⁹ BLESSING, Marc. (nota 57), p. 12. Más recientemente, la Convención de México prevé que se tomarán en cuenta “los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales” (Artículo 9º, párrafo segundo), y señala, además, que tendrán aplicación, cuando corresponda, “las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto” (Artículo 10). Sobre el alcance y las consecuencias fecundas de estos artículos, ver MORENO RODRÍGUEZ, José A. (nota 7).

¹⁰⁰ Los requerimientos del artículo 17(2) pueden ser vistos tanto como complemento a una previsión del derecho nacional sustantivo determinado a ser aplicable al contrato, como también como sustituto de la aplicación de un derecho nacional sustantivo. Aun cuando los árbitros han determinado que una sola ley nacional gobierna la interpretación y ejecución del contrato en cuestión, términos específicos del contrato tienden a adquirir prevalencia sobre principios de derecho establecidos en leyes o fallos judiciales, salvo una expresa provisión legal de efecto obligatorio, por ejemplo relativa al ejercicio del poder estatal (CRAIG, Laurence/PARK, William/PAULSSON, Jan. (nota 3), p. 331).

¹⁰¹ Ver en CARBONNEAU, Tom. A Definition and Perspective Upon the Lex Mercatoria Debate. *Lex Mercatoria and Arbitration, A Discussion of the New Law Merchant*. Revised Edition. Carbonneau, Thomas E. (ed.). Juris Publishing, Kluwer International Law, 1998, p. 21.

¹⁰² CARBONNEAU, Thomas. (nota anterior), p. 37.\

José Antonio Moreno Rodríguez

Director de Altra Servicios Jurídicos/Legal Services. Miembro de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional; del Consejo de Gobierno de para la Unificación del Derecho Internacional Privado (UNIDROIT); del grupo de trabajo sobre contratos internacionales y arbitraje de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado; y del subcomité sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros de la International Bar Association.

Participó en la 39ª Sesión de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), en la que se aprobaron modificaciones a la Ley Modelo de Arbitraje.

Ha sido Presidente de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado, así como del Instituto Paraguayo de Derecho Bancario y Societario. Se ha desempeñado como profesor de posgrado en la Universidad de Heidelberg, la Universidad Externado de Colombia y la Universidad de París/Pantheón-Assas, entre otras. Además de ser integrante de varias listas de árbitros, es autor y coautor de varias publicaciones en las Américas y en Europa, muchas de ellas relacionadas con el tema de esta contribución. Obtuvo su maestría en derecho (LL.M) en la Universidad de Harvard.

Anexos

Textos en el idioma original

515

Arbitragem Comercial Internacional
no Contexto Brasileiro

Gilson Dipp

529

Le Rôle Du Juge Dans Le Droit Français
De L'arbitrage

Jean-Pierre Ancel

Anexo

Arbitragem Comercial Internacional no Contexto Brasileiro

Gilson Dipp



Introdução

A arbitragem comercial internacional é resultado da necessidade de solução rápida e segura das controvérsias oriundas de negócios ou contratos de âmbito supra ou ultra nacional, envolvendo partes interessadas domiciliadas em estados diversos mediante a deliberação por árbitros escolhidos de cujo veredicto aceitem o compromisso de observá-lo.

Papel da arbitragem

A opção ou escolha por deliberação através de árbitros tem revelado uma prática preferencial entre as partes comerciantes ou industriais como modalidade de solução célere e efetiva, reduzindo custos e despesas com demorados processos judiciais, sobretudo quando envolvendo mais de um país ou mais de uma ordem jurídica.

*Jurista y profesor de derecho,
ex Ministro y vicepresidente
del Superior Tribunal
de Justicia de Brasil.*

Nesse sentido a arbitragem assume uma especial importância substitutiva da responsabilidade do Estado de fornecer segurança jurídica e paz social. Ou em outros termos, a solução negociada por arbitragem de “juízes de fato” com o conhecimento técnico específico propõe ocupar um espaço de atuação reservado ordinariamente pelas agências estatais de jurisdição judiciária em favor de segurança e o máximo de justiça comercial ou industrial, a dizer que a jurisdição dos Estados nessa matéria, antes do mais, precisa atender às necessidades comerciais e industriais em cujo ambiente vale mais a celeridade que a certeza no campo dos negócios, embora seja aceitável que a certeza produzida pela autoridade judiciária se revista de maior importância institucional. Aqui, na arbitragem comercial, as partes abrem mão de demorada certeza judicial em favor da certeza negocial cujos eventuais riscos compensam e, conforme o caso, quando ocorrentes, os prejuízos podem ser recuperados mais rapidamente.

Assim, o arbitramento comercial com suas regras próprias constitui alternativa *equivalente* à deliberação judicial e, como tal, uma vez editado o laudo arbitral extingue as controvérsias. Por essa razão, as ordens jurídicas nacionais, de modo geral, têm admitido, e assim também as partes interessadas, o desenvolvimento de instâncias arbitrais como modalidade de solução de controvérsias com igual poder e força normativa que as provisões dos tribunais ordinários. A alguém poderia soar como mecanismo de derrogação da força do Estado, mas, ao contrário, o Estado valoriza e protege a solução que os cidadãos ou empresas de comum acordo resolvem adotar em nome da paz e segurança jurídicas.

Essa orientação estatal, todavia, reserva alguns padrões de acerto impondo limites e condutas necessárias para a absorção do veredicto arbitral como poder de decisão do Estado em face da disputa. Afinal, a arbitragem opera com o consentimento do Estado que lhe dá por via indireta o poder de dissipar controvérsias.

É certo que a arbitragem comercial internacional, *ipso facto*, obedece também a regras internacionais consumadas, entre outras, na *Convenção de Nova Iorque* e nas *Convenções Interamericanas de Arbitragem Comercial Internacional*, havendo a Organização das Nações Unidas igualmente editado em favor da uniformização entre as nações aderentes uma *Lei Modelo da Comissão das Nações Unidas*

para o Direito Comercial Internacional (CNUDMI em inglês). Em obséquio dessas regras internacionais subscritas pelos estados-parte que as aceitaram, a arbitragem se reveste de legitimidade especial em face dos interessados, mas particularmente em face dos Estados.

Decorre desse quadro normativo que a arbitragem comercial internacional constitui mecanismo de solução de controvérsias comerciais altamente especializado e altamente acreditável a despeito de possíveis discussões do laudo ou sentença arbitral e suscetibilidade, em certas circunstâncias, de serem sujeitos à discussão pela autoridade judiciária do Estado ou país onde tenham de produzir efeitos.

Papel dos Juízes

A magistratura judicial, a quem se encarrega de produzir a jurisdição judicial em nome do Estado, em tal perspectiva, pode assumir relevante papel em face da arbitragem comercial internacional visto que, à proposição de qualquer das partes, poderá ser demandada a dizer da constitucionalidade da solução diante da lei constitucional do Estado de aplicação do laudo, ou da legalidade de seus termos diante das regras internas de absorção da deliberação arbitral.

Assim, porque a arbitragem comercial internacional não exclui o domínio da jurisdição nacional, ela própria derivação da soberania do Estado. Embora dominada pelos valores constitucionais nacionais a arbitragem tem liberdade de utilização de costumes, praxes, práticas comerciais usuais ou consuetudinárias, que, de resto, imemorialmente constituem a alma do comércio, quando não a origem do direito correspondente, e que por essa mesma razão têm sido recebidas invariavelmente pela ordem jurídica nacional.

Nada obstante, à magistratura está reservada a avaliação da correta aplicação desses padrões, seja em face da legislação nacional seja em termos, da aplicação da legislação de outro estado quando em face dela também se tenha reclamado a arbitragem. Os Juízes com jurisdição judicial, entretanto, têm estreitos limites de ponderação no que respeita à arbitragem comercial internacional e ao laudo respectivo. Por certo não lhes cabe discutir a opção, nem a oportunidade ou conveniência do arbitramento, cingidos sempre à

cláusula ou acordo que legitima essa modalidade de resolução de conflitos comerciais. Note-se que quando as partes elegem o modelo arbitral para resolverem a disputa abrem mão da discussão judicial sobre o mérito da controvérsia.

Assim, porque a regra constitucional universal de acesso à jurisdição (no Brasil, estabelecida no art. 5º, XXXV da Constituição: “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”) é limitada pela sua própria exceção lógica que tem sede na possibilidade das partes resolverem suas pendências por ato de livre e mútuo ajustamento (*Recurso de Agravo na Sentença Estrangeira No. 5.206-Espanha*, STF. Relator Ministro Pertence, Plenário, 12.12.2001). O que cabe aos juízes, de acordo com a legislação, é considerar ou avaliar eventuais desajustes formais expressamente fixados nas Convenções Internacionais, na lei ou no contrato ou cláusula de arbitragem. Dito de outro modo, os magistrados judiciais exercem a jurisdição do Estado *apenas* a pedido da parte e nos limites do *controle formal* ainda quando a afronta à forma possa determinar alteração do conteúdo do laudo.

A Constituição do Brasil (art. 105, I, ‘i’), nada obstante, prescreve que a sentença estrangeira -aqui estendida à *sentença arbitral* por aplicação do art. 35 da Lei No. 9.307, de 23 de setembro de 1996) -deve ser homologada para ter efeitos no seu território isto porque quanto a esta “... *sendo válida a equiparação legal, no plano interno, da sentença arbitral à judiciária, a fortiori, nada impede a outorga da qualificação de sentença ao laudo arbitral estrangeiro, de modo a admitir a sua homologabilidade pelo Supremo Tribunal Federal, para que, no foro, ganhe eficácia própria de decisões judiciais*” (*Recurso de Agravo em Sentença Estrangeira No. 5.206/Reino da Espanha*).

Por isso, de acordo com essa regra é necessário submeter ao Tribunal competente -hoje o Superior Tribunal de Justiça por disposição da Emenda Constitucional No. 45/2004 -o laudo arbitral para executá-lo no Brasil, de modo que é a esse Tribunal que cabe o exercício do juízo de homologação embora a aplicação dos seus termos, e eventuais limites, possam ser questionados ou demandados ao Juízo comum ordinário no âmbito de ação judicial cabível na jurisdição nacional. Ao juiz ordinário não cabe qualquer outro juízo que não o de mera execução dos termos do laudo arbitral. Assim, o papel do juiz do tribunal ou ordinário fica restrito ao controle da aplicação

e execução sem embargo de, para tanto, realizar possível interpretação de seus termos o que, é verdade, pode suscitar interminável discussão sobre os limites de ambas as atuações.

Arbitragem e jurisdição

Como de certo modo antecipado pelo exame do papel do juiz no juízo arbitral, vale ressaltar a distinção e convivência entre arbitragem e jurisdição, como modalidades de solução de controvérsias comerciais, aqui entendida esta última na acepção de jurisdição judicial.

A questão vem ao debate pela reiteração, ao menos no Brasil, de sucessivas impugnações ao laudo arbitral por uma das partes, quase sempre vencida e domiciliada no país onde se vai executá-la, buscando reabrir a controvérsia à sombra da jurisdição nacional. A própria filosofia da arbitragem, contudo, já de si excludente da jurisdição judicial para afastar os inconvenientes de demora, publicidade, custo e especialidade, desautoriza essas medidas, mas, por força da prescrição constitucional do art. 5º, XXXV, não é possível afastar *a priori* tal a pretensão contra a homologação ou, no extremo, a discussão da execução do laudo arbitral por alegada violação de alguma regra ou conduta de mérito.

Nessa linha, a arbitragem e a jurisdição judicial se completam posto que esta não poderá ir além dos limites deliberativos daquela, naquilo que tem de indiscutível, irrecorrível e inquestionável pelos limites do acordo de arbitragem ou nos limites da cláusula de arbitragem que regem o contrato que a contém.

Parece indisputável que a arbitragem comercial internacional tal como recebida pelo ordenamento jurídico nacional exerce papel relevantíssimo na preservação da segurança e legalidade das condutas comerciais e que a mitigação da jurisdição judicial não ofende nenhum padrão constitucional, seja de garantia ou de direito individual. Ao contrário, sendo produção extra estatal de direito oriunda de vertente acomodada ao sistema jurídico, a arbitragem por si só não ofende nem impede a produção de decisão judicial nem diminui o poder do Estado de produzi-la sem condições.

Instrumentos legais

O regime de solução de controvérsias por arbitramento comercial internacional não dispensa a disciplina legal apesar de originar-se de antiquíssimas práticas desde as corporações de comércio medievais que sequer escaparam da observação da literatura, como consagrado no *Mercador de Veneza* de Shakespeare.

A crescente expansão do comércio internacional, e mais recentemente da velocidade das transações planetárias mediante simples comunicações por sistema eletrônico ou informatizado, desafia igual celeridade na solução dos conflitos comerciais internacionais. Daí porque a celeridade já mencionada várias vezes como motivação essencial na condução da solução dos conflitos por certo reclamava logicamente modalidades de desembaraço de disputas sem prejuízo do regime judiciário institucional formal (que afinal é subsidiário), em favor de mecanismo ágil e que em suma responda a um elementar princípio de igualdade já que pela arbitragem o caso é julgado pelos iguais. De fato, as pendências comerciais, na modalidade do arbitramento internacional são resolvidas pelos peritos que são especialistas da área ou podem ser recrutados dentre eles privilegiando naturalmente o velho princípio do julgamento pelos iguais. Provavelmente a decisão por eles produzida será acolhida com maior credibilidade e legitimidade.

Os textos normativos de direito internacional que orientam o regime de arbitramento comercial internacional no nosso país estão contidos na *Convenção sobre Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras de Nova York*, de 10 de junho de 1958, promulgada no Brasil pelo Decreto No. 4.311, de 23 de julho de 2002; a *Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional* de 1975, Panamá (promulgada pelo Decreto No. 1.902, de 9.5.1996), e *Convenção Interamericana sobre Eficácia Extraterritorial das Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros*, de Montevideo 1979 (promulgada pelo Decreto No. 2.411, de 2.12.1997), além da *Lei Modelo da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (CNUDMI)* da ONU de caráter programático. Cabe assinalar ainda que, no âmbito do Mercosul, foi editado com regras semelhantes o *Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul* de 23.7.1998, promulgado no Brasil pelo Decreto No. 4.719, de 4.5.2003.

No âmbito nacional interno regula a arbitragem a Lei No. 9.307, de 22 de julho de 2002 (que se aplica à arbitragem comercial internacional) cujo texto sofreu seguidas discussões no Poder Judiciário nacional brasileiro, a começar pelo julgamento no já citado Agravo Regimental na Sentença Estrangeira No. 5.206-Reino da Espanha, ocasião em que, por maioria, a Corte declarou constitucional a Lei No. 9.307 de 23.9.96, vencidos alguns juízes que declaravam a inconstitucionalidade do art. 6º, § único; art. 7º, e §§; no art. 41, das redações do art. 267, VII e do art. 301, IX do CPC; e do art. 42 da lei em referência, todos relativos à possível violação de garantia constitucional de acesso à jurisdição. A discussão, como visto nas razões dos votos, envolveu boa parte do Tribunal que se dividiu acentuadamente quanto às limitações da jurisdição judicial. Com o tempo a aceitação das regras questionadas foi se consolidando e apaziguada a aplicação da lei. Recentemente, o Parlamento nacional vem discutindo um projeto de lei pelo qual se oferece nova redação a alguns dos dispositivos dessa Lei 9.307/96 em vigor (cuida-se do Projeto de Lei do Senado -PLS 406, de 2013, já aprovado na Câmara Alta e enviado à Câmara dos Deputados em fevereiro de 2014), com proposta de alteração de alguns dispositivos mas sem alterar sua estrutura e alcance. Por exemplo, uma novidade está em abrir espaço para o arbitramento comercial internacional em que sejam interessadas empresas estatais.

A lei nacional brasileira citada (Lei No. 9.307/96), é bom referir, foi editada tendo em conta as linhas gerais da Convenção de Nova York e as das Convenções Interamericanas. A propósito vale recordar o teor dos normativos principais desses atos internacionais que o Brasil veio a ratificar e depois adotar no seu ordenamento interno com força de lei.

Tanto a Convenção de Nova York como as Convenções Interamericanas estabelecem como válidas internamente as deliberações arbitrais para solução de controvérsias comerciais entre pessoas físicas ou jurídicas, as quais só poderão ser indeferidas a) se as partes forem incapazes; b) não tenham recebido a notificação ou citação regular; c) se a divergência não estiver prevista no acordo ou clausula de arbitragem; d) se a autoridade arbitral não tenha observado os termos do acordo; e) ou que a sentença ainda não se tenha tornado obrigatória ou tenha sido anulada. Também poderão ser recusados o reconhecimento e execução das sentenças arbitrais que tenham por objeto divergência que não possa ser resolvida por arbitramento, ou seja contrária à orem pública.

Esses normativos são comuns aos atos internacionais mencionados e depois de aprovados pelo Poder Legislativo, passaram a valer internamente com força de lei interna à base das quais o Parlamento nacional editou a Lei No. 9.307/96 para disciplina interna da arbitragem.

Em face desse quadro legal a jurisdição nacional brasileira tem atuado com respeito ao regime arbitral internacional e em conformidade com as regras internas de natureza constitucional e infraconstitucional produzindo um conjunto razoável de precedentes judiciais pelos quais interpreta e harmoniza os pronunciamentos com as necessidades da dinâmica comercial.

Até a mudança constitucional que passou a atribuir ao Superior Tribunal de Justiça (o Tribunal encarregado de uniformizar a interpretação da legislação infraconstitucional), cabia ao Supremo Tribunal Federal (o Tribunal encarregado de uniformizar a interpretação da Constituição federal) o exame e apreciação da homologação da sentença estrangeira à qual se equipara o laudo ou sentença arbitral.

O principal julgamento na espécie deu-se no já mencionado *Agravo Regimental em Sentença Estrangeira No. 5.206 do Reino da Espanha* em que foi posto à prova um conjunto de diversos dispositivos da Lei 9.307. Nesse julgamento ficou assentado que o laudo arbitral comporta execução específica com força de decisão judicial, pois “*a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória quando da celebração do contrato e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar compromisso, não ofendem o art. 5º, XXXV da Constituição*”.

Assim, e depois em vários outros, o precedente estabeleceu que na forma da lei arbitral o laudo tem força executiva e valor de sentença judicial. No mesmo sentido, o acórdão na *Sentença Estrangeira Contestada No. 5.847- Reino Unido* (Relator Ministro Mauricio Correa, Pleno, Diário da Justiça de 17.12.99), na *Sentença Estrangeira Contestada No. 5.828-Reino da Noruega* (Relator Ministro Ilmar Galvão, Diário da Justiça de 23.02.2001) em que se observou a aplicabilidade imediata da Lei No. 9.307/96. Na *Sentença Estrangeira Contestada No. 753 Reino Unido* (Relator Ministro Mauricio Correa, Diário da Justiça de 4.10.2002) foi negada a homologação por falta de comprovação do acordo arbitral.

Após a Emenda Constitucional, que atribuiu ao Superior Tribunal de Justiça o processo e julgamento da homologação em questão, as sentenças arbitrais passaram a ser objeto de jurisprudência dessa Corte. Na *Sentença estrangeira Contestada No. 854/EX* (Relator Ministro Benetti, Corte Especial, Diário da Justiça de 7.11.2013) estabeleceu-se que no cotejo de decisões judiciais sobre a sentença arbitral -uma sentença judicial editada no estrangeiro e outra no Brasil -prevalece a que primeiro transitar em julgado. Na *Sentença Estrangeira Contestada No. 3.891/EX* (Relator Ministro Humberto Martins, Corte Especial, Diário da Justiça de 16.10.2013) a Corte considerou que a falha ou defeito de citação alegado como em outros casos já apreciados poderia ser suprido pelo conhecimento do processo arbitral (*Sentença Estrangeira Contestada No. 6.753/EX*, Relatora Ministra Maria Thereza, Corte Especial, Diário da Justiça de 19.8.2013) ou pela admissão da existência do processo (*Sentença Estrangeira Contestada No. 4.213/EX*, Relator Ministro João Otávio Noronha, Corte Especial, Diário da Justiça de 26.6.2013). Até porque a citação, nesse caso, pode observar a lei estrangeira que nem sempre tem forma especial ou específica podendo dar-se por via simplificada ou eletrônica, telefônica, telegrama, etc. (*Sentença Estrangeira Contestada No. 4.024/EX*, Relatora Ministra Nancy, Diário da Justiça de 13.9.2013). Na *Sentença Estrangeira Contestada No. 856/EX* (Relator Ministro Direito, Corte Especial, j. 18.5.2005) a Corte admitiu a existência da cláusula compromissória apesar de não escrita no contrato por inferir dos seus termos e condutas das partes a estipulação desse fator de composição extrajudicial além de ter a parte oferecido defesa.

De outra parte, são numerosos os casos em que o tribunal decidiu ser incabível o exame do mérito da sentença arbitral sem que houvesse violação de qualquer preceito ou regra constitucional ou legal. E nem mesmo a alegação de pagamento da condenação arbitral exclui a homologação do laudo sentencial (*Sentença Estrangeira No. 4.980-GB*, decisão monocrática do Ministro Presidente, j. 1.6.2011).

Resolução No. 9 do Superior Tribunal de Justiça

Historicamente, a competência para a homologação da sentença estrangeira era, desde a época do Império, do Supremo Tribunal Federal, Corte guardiã da Constituição Federal.

A Emenda Constitucional No. 45, ao incluir a alínea “i” no inc. I do art. 105 da Constituição Federal, deslocou, para o Superior Tribunal de Justiça - Corte responsável por uniformizar a aplicação da legislação infraconstitucional-, a competência, para a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias.

Em consequência, a Presidência do Superior Tribunal de Justiça editou a resolução No. 22, de 31/12/04 a qual, além de instituir a classe processual correspondente, dispunha, “*em caráter transitório, sobre a competência acrescida ao Superior Tribunal de Justiça pela Emenda Constitucional No. 45/2004*”, norma posteriormente revogada pela Resolução No. 09, de 04/05/2005, que se encontra em vigor até o momento.

A referida resolução muito manteve das anteriores disposições do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, ao estabelecer os requisitos para a tramitação e homologação das sentenças estrangeiras no Brasil, incluindo-se, nestas, a sentença arbitral estrangeira (art. 4.º, § 1.º). Porém, inovando em relação às normas contidas no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, a Resolução No. 09/2005 introduziu a previsão da admissibilidade de tutela de urgência nos procedimentos de homologação de sentença estrangeira (art. 4.º, § 3.º).

O procedimento de homologação da sentença arbitral estrangeira deve, ainda, observar o contido nos arts. 15 da Lei de Introdução ao Código Civil (a qual traz normas gerais sobre a aplicação do direito como um todo), 12 a 17 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (diploma que disciplina a aplicação das leis em geral) e à Lei No. 9.307, de 23/09/1996, que dispõe sobre a arbitragem.

Nos termos do art. 5.º da Resolução No. 09/2005, “*constituem requisitos indispensáveis à homologação de sentença estrangeira:*

- I- haver sido proferida por autoridade competente;*
- II- terem sido as partes citadas ou haver-se legalmente verificado a revelia;*
- III- ter transitado em julgado; e*

IV- estar autenticada pelo cônsul brasileiro e acompanhada de tradução por tradutor oficial ou juramentado no Brasil”.

Obedecidas essas determinações, a sentença arbitral estrangeira será homologada pelo Presidente do Superior Tribunal de Justiça (art. 2.º). Em caso de impugnação ou contestação -a qual somente poderá “*versar sobre autenticidade dos documentos, inteligência da decisão e observância dos requisitos*” da Resolução- o processo será distribuído para julgamento pela Corte Especial.

Além dos requisitos formais elencados na Resolução, é elemento essencial à homologação da sentença estrangeira a condição de que esta não ofenda à soberania nacional ou à ordem pública.

Por outro lado, os casos específicos de negativa da homologação da sentença arbitral estrangeira vem elencados nos arts. 38 e 39 da Lei No. 9.307, de 23/09/1996, segundo os quais:

“Art. 38. Somente poderá ser negada a homologação para o reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira, quando o réu demonstrar que:

I- as partes na convenção de arbitragem eram incapazes;

II- a convenção de arbitragem não era válida segundo a lei à qual as partes a submeteram, ou, na falta de indicação, em virtude da lei do país onde a sentença arbitral foi proferida;

III- não foi notificado da designação do árbitro ou do procedimento de arbitragem, ou tenha sido violado o princípio do contraditório, impossibilitando a ampla defesa;

IV- a sentença arbitral foi proferida fora dos limites da convenção de arbitragem, e não foi possível separar a parte excedente daquela submetida à arbitragem;

V- a instituição da arbitragem não está de acordo com o compromisso arbitral ou cláusula compromissória;

VI- a sentença arbitral não se tenha, ainda, tornado obrigatória para as partes, tenha sido anulada, ou, ainda, tenha sido suspensa por órgão judicial do país onde a sentença arbitral for prolatada.

Art. 39. Também será denegada a homologação para o reconhecimento ou execução da sentença arbitral estrangeira, se o Supremo Tribunal Federal constatar que:

I- segundo a lei brasileira, o objeto do litígio não é suscetível de ser resolvido por arbitragem;

II- a decisão ofende a ordem pública nacional.

Parágrafo único. Não será considerada ofensa à ordem pública nacional a efetivação da citação da parte residente ou domiciliada no Brasil, nos moldes da convenção de arbitragem ou da lei processual do país onde se realizou a arbitragem, admitindo-se, inclusive, a citação postal com prova inequívoca de recebimento, desde que assegure à parte brasileira tempo hábil para o exercício do direito de defesa”.

Sendo estranha, ao procedimento de homologação pelo Superior Tribunal de Justiça, qualquer incursão que vise a alteração da sentença estrangeira quanto ao mérito da causa, é de máxima importância a observância dos requisitos formais para o ajuizamento do pedido de homologação da sentença estrangeira.

Análise crítica

Do quanto foi exposto parece necessário ressaltar ser a arbitragem uma modalidade de extinção de controvérsias por via extrajudicial altamente recomendável pela celeridade e pela conveniência e eficiência.

É certo que não se trata de mecanismo de solução de disputas entre partes pobres ou desamparadas de recursos financeiros e assessoramento jurídico técnico especial e até sofisticado. O custo financeiro da arbitragem é significativo, mas se compensa com a possibilidade de controle pelas partes que detêm a indicação dos peritos e acesso ao desenvolvimento dos trabalhos arbitrais.

De outro lado, o estímulo oficial pelo Estado pela proliferação de cortes arbitrais em contrapartida desafoga os tribunais judiciais tanto de encargos judiciais quanto de dificuldades técnicas muitas vezes de extraordinária complexidade para o exame de juízes que assim retardam o desate da causa.

Os possíveis questionamentos, como no início da aplicação da Lei No. 9.307/96, multiplicados pela novidade e, sobretudo, pelo conservadorismo dos processualistas e constitucionalistas mais ortodoxos deixou de ser objeto de defesa pela via da sustentação da soberania nacional ou interesse público. Tal consideração perdeu o significado ante a manifesta evidência de vantagem para a segurança jurídica como seus reflexos na economia de grandes empreendimentos com reflexo natural na economia pública de investimentos e recepção de capitais internacionais própria do modelo adotado pela administração e governo.

A participação dos juízes e magistrados nacionais nessa tarefa tal como descrita por essa razão tem se comportado dentro dos limites da finalidade da arbitragem sem desprezar a defesa da soberania e ordem pública, mas igualmente sem desprestigiar a solução negociada entre partes com o aval da ordem jurídica constitucional e legal interna, com o escrupuloso cumprimento das normas das Convenções de Nova York e Interamericanas antes indicadas.

Decorência desses postulados consolidados pela experiência, cabe registrar que se deve incentivar no exercício das atividades de arbitragem comercial internacional o uso de redação clara e objetiva nos laudos e veredictos que devem estar despidos de excessiva liturgia e solenidades de modo que sejam inteiramente inteligíveis assim pelos interessados mas igualmente por terceiros, eventualmente não especializados, que tenham ou devam ter acesso aos seus termos. Deve ser estimulada a forma compreensível e fácil na redação dos laudos, evitando reproduzir no campo da arbitragem comercial internacional os procedimentos e burocracias que tanto se condenam na área da jurisdição judiciária e que provocam demora ou lentidão. Se a arbitragem buscar acelerar a solução de desavenças convém que assim se conduzam os laudos ou sentenças arbitrais.

Cabe assinalar ainda que o uso e exercício da arbitragem, sobretudo na área comercial internacional, têm revelado, pela própria natureza das discussões e ante a incessante evolução das práticas ou costumes comerciais num mundo cada vez mais globalizado e sem fronteiras, a necessidade de modular e flexibilizar certas noções clássicas geradas em outras época. Assim, conceitos

de *ordem pública, soberania nacional, boas práticas*, etc. vêm sofrendo sucessivas modificações à medida que seus limites vêm cedendo ante o incremento de ferramentas de comunicação e operação no campo do comércio internacional, circunstância que tanto os operadores quanto os destinatários da arbitragem podem e devem ter presente cada vez mais de perto.

No caso do Brasil, além disso, vale assinalar que o controle judicial da arbitragem comercial internacional está sujeita apenas ao Superior Tribunal de Justiça, o que faz com que a jurisprudência dele emanada tenha elevado grau de padronização, harmonia e univocidade para o bem dos resultados dessa prática de pacificação nas relações entre partes. Aliás, essa é a constatação que seus juízes, dentre eles o autor, recolhem ao longo dos anos de atuação.

Anexo

Le Rôle Du Juge Dans Le Droit Français De L'arbitrage

Jean-Pierre Ancel

L'arbitrage idéal est celui qui ne rencontre jamais le juge – ce qui est normal puisque l'institution de l'arbitrage a pour objet principal d'éviter le juge étatique.

Cependant, aucun système d'arbitrage ne peut se passer du juge étatique, et c'est le cas du système français.

Pour présenter le système français, en ce qui concerne les rapports entre l'arbitrage et le juge, il faut retenir l'idée essentielle selon laquelle le juge ne doit jamais remplacer l'arbitre dans sa fonction de jugement, et qu'il ne peut intervenir dans l'arbitrage que de manière accessoire et ponctuelle.

Et le juge français se montre particulièrement rigoureux dans l'application de cette règle fondamentale.

Cela se manifeste en premier lieu par une application très stricte de l'effet négatif du principe *compétence-compétence*: en présence

*Ex presidente de la 1a Cámara
Civil de la Corte de Casación
(Francia)*

d'une convention d'arbitrage, le juge étatique doit se déclarer incompétent et renvoyer les parties à l'arbitrage.

La règle est quasi-absolue: lorsqu'un tribunal est saisi d'un litige pour lequel il existe une convention d'arbitrage, le juge étatique doit se déclarer incompétent, sous réserve d'une seule exception: le cas où la convention d'arbitrage est *manifestement nulle ou inapplicable*.

Ce cas est exceptionnel: la convention doit être, à l'évidence et sans que cela soit discutable, nulle ou inapplicable.¹

Hors ce cas précis, le principe *compétence-compétence* s'applique: c'est à l'arbitre qu'il appartient, en priorité, de statuer sur sa propre compétence, c'est à dire sur l'existence et la validité de la convention d'arbitrage.

Il s'agit là d'une règle d'une grande importance, non seulement théorique, mais surtout pratique, puisque destinée à favoriser l'exécution de la convention d'arbitrage.

Il faut en conclure qu'il n'existe pas, en droit français, d'action devant le juge étatique pour statuer sur la validité de la convention d'arbitrage.

Le juge étatique peut donc être appelé à intervenir ponctuellement dans l'arbitrage.

Trois interventions sont prévues, pour trois missions distinctes:

- mission d'octroyer l'*exequatur* à la sentence arbitrale.
- mission d'*assistance et de coopération* à l'arbitrage: c'est le *juge d'appui*.
- Mission de *contrôle de la régularité* de la sentence: c'est le *recours en annulation*.

La première de ces missions (accorder l'*exequatur* à la sentence arbitrale) ne présente pas de difficultés juridiques en droit français. Il s'agit d'une formalité, par laquelle l'une des parties, souhaitant exécuter la sentence, demande au juge (en France, le tribunal de grande instance statuant à juge unique)

d'ordonner l'*exequatur* de la sentence. Cette formalité consiste à apposer sur la sentence la *formule exécutoire* qui permet l'*exécution forcée* de la décision (par huissier de justice, au besoin avec le concours de la force publique).

Cette procédure n'est pas contradictoire – le juge est saisi par une simple *requête* unilatérale – et la décision d'*exequatur*.

Le juge ne peut refuser d'ordonner l'*exequatur* que lorsque la sentence est «manifestement contraire à l'ordre public».

L'ordonnance du juge qui accorde l'*exequatur* n'est pas susceptible de recours. Seule l'ordonnance qui refuse l'*exequatur* peut être frappée d'appel.

Les deux autres modalités d'intervention du juge étatique dans l'arbitrage donnent lieu à plus de développements.

Il s'agit du *juge d'appui* (mission d'assistance et de coopération à l'arbitrage), et du *juge du contrôle de la sentence arbitrale* (par le recours en annulation).

Examinons-les successivement.

i. Le Juge D'appui

Si l'arbitrage idéal est un arbitrage dans lequel le juge n'apparaît pas (une convention d'arbitrage est conclue et exécutée jusqu'au prononcé et à l'exécution spontanée de la sentence), aucun système d'arbitrage – interne et international – ne peut se dispenser de prévoir la **coopération du juge**.

Cette coopération du juge – indispensable pour donner force exécutoire à la sentence et statuer sur les voies de recours – est, pour le reste, facultative, mais toujours utile, car elle va permettre la bonne exécution de la convention d'arbitrage – d'où la désignation usuelle de ce juge par le vocable de juge d'appui.

Le décret du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage '*consacre la place du juge français en tant que «juge d'appui»* (cf la «notice» de présentation du texte au JO). Le décret est intégré au code français de procédure civile (CPC).

La pratique avait de longue date adopté cette terminologie (inspirée du droit suisse) de «juge d'appui». Le régime antérieur (décrets de 1980 et 1981) mentionnait cette intervention du juge, que la jurisprudence avait largement consacrée.

Le décret de 2011 reprend expressément l'appellation de *juge d'appui*:

- d'abord, presque incidemment, à l'article 1451, al 3 CPC
- puis, à l'article 1459, qui le définit.

Il faut rappeler, d'emblée, que les pouvoirs reconnus au juge étatique ne peuvent lui être attribués qu'à titre **subsidaire** et **supplétif**, car – il faut insister – l'arbitre doit demeurer seul juge du fond du litige. C'est dire que l'intervention du juge sera essentiellement ponctuelle, avec pour seul objectif d'assurer l'efficacité de l'arbitrage.²

Examinons successivement:

- les conditions procédurales de l'intervention du juge d'appui
- le domaine de son intervention.³

Conditions procédurales de l'intervention du juge d'appui

Le cadre procédural de l'intervention du juge d'appui est défini par l'article 1505 CPC:

En matière d'arbitrage international, le juge d'appui de la procédure arbitrale est, sauf clause contraire, le président du tribunal de grande instance de Paris lorsque:

1. *L'arbitrage se déroule en France ou*
2. *Les parties sont convenues de soumettre l'arbitrage à la loi de procédure française ou*
3. *Les parties ont expressément donné compétence aux juridictions étatiques françaises pour connaître des différends relatifs à la procédure arbitrale ou*
4. *L'une des parties est exposée à un risque de déni de justice.*

Pour le reste, l'article 1506 renvoie aux dispositions applicables à l'arbitrage interne (articles 1452 à 1458, et 1460).

Les chefs de compétence internationale du juge français:

Le juge français ne peut intervenir à propos de tous les arbitrages internationaux; il faut un lien avec la France:

- soit l'arbitrage se déroule en France. C'est la référence au siège de l'arbitrage. En revanche, la nationalité d'une partie ou le choix de la loi française sur le fond du litige ne sont pas des critères de l'article 1506 compétence du juge d'appui français.
- Soit les parties ont choisi de soumettre l'arbitrage à la procédure française. En pratique, ce sera le cas lorsque le siège de l'arbitrage se trouvera fixé à l'étranger, pour des raisons purement contingentes (lieu de la négociation du contrat, par exemple), alors que les parties souhaitent bénéficier du droit français de l'arbitrage – et spécialement, du recours au juge d'appui français. Mais il pourra advenir que certaines dispositions du droit du siège de l'arbitrage viennent en conflit avec les règles françaises – sauf, bien entendu, si le droit local laisse, comme le droit français, une large place au choix des parties.
- Le juge français est également compétent lorsque les parties ont choisi de donner compétence aux juridictions françaises pour «connaître des différends relatifs à la procédure arbitrale». Compétence est donnée au juge français pour le contentieux de l'instance arbitrale, mais non pour le contrôle de la sentence. Ici, encore, conflit possible avec le juge du siège, si le droit local n'autorise pas les parties à renoncer à sa compétence.
- Enfin, la compétence du juge d'appui français est reconnue en cas de risque de **déni de justice**. IL s'agit d'un chef de compétence exceptionnel, justifié par le caractère exceptionnel de la situation. Le déni de justice – caractérisé par l'impossibilité avérée de trouver un juge – légitime l'intervention du juge français, en vertu d'un véritable **droit à l'arbitre**, comme il existe un **droit au juge**, conformément aux garanties du **procès équitable**, sur le fondement de la **CEDH**.

Ce chef de compétence est repris, par le décret, d'une solution jurisprudentielle particulièrement audacieuse, résultant d'un arrêt *NIOC*:

Il s'agissait d'un contentieux entre les Etats d'Iran et d'Israël – en état de guerre, d'où l'impossibilité, pour l'Etat d'Israël, de trouver un juge. La Cour de cassation a confirmé qu'il existait, en l'espèce, un lien avec la France («tenu», puisqu'il s'agissait d'une référence faite, dans la convention d'arbitrage, au président de la cour d'arbitrage de la CCI, située à Paris).⁴

L'on peut estimer, avec les commentateurs de l'arrêt⁵ que cette condition est superflue en matière de déni de justice, une telle situation étant intolérable au regard de l'éthique du juge.

Et il est permis de penser que le nouveau décret, en ne reprenant pas cette condition d'un quelconque lien avec le système français, a entendu consacrer la solution de l'arrêt *NIOC* dans sa dimension la plus libérale.

Ce qui est capital, c'est la consécration de l'arbitre comme juridiction internationale – et nous verrons qu'au-delà de l'arbitre, l'institution de l'arbitrage elle-même, a reçu cette même consécration, par l'instauration d'un statut juridique spécifique pour la sentence internationale.⁶

- la **compétence du pt du TGI de Paris** est **exclusive** – sauf volonté contraire des parties.
- Si un autre juge se saisit, il commet un excès de pouvoir (qui autorise la voie de l'appel et du pourvoi en cassation pour faire cesser l'excès de pouvoir).
- les **modalités de saisine** du Pt du TGI de Paris sont fixées par référence aux textes applicables à l'arbitrage interne (*article 1460*): saisine comme en matière de référé, le juge statue par ordonnance **non susceptible de recours**, sauf décision de refus de désignation de l'arbitre (clause manifestement nulle), ou excès de pouvoir, auxquels cas la voie de l'appel est ouverte.

Domaine de l'intervention du juge d'appui

Il convient ici de distinguer le domaine de compétence du *juge d'appui*, proprement dit, tel que défini par le nouveau texte, et la compétence reconnue plus généralement au juge du tribunal de grande instance dans un rôle d'assistance et de coopération à l'arbitrage – qui le rapproche de celui du juge d'appui.

Compétence du juge d'appui stricto sensu

La coopération du juge d'appui peut être sollicitée en plusieurs occasions:

- a. lors de la constitution du tribunal arbitral, pour aider à cette constitution (*articles 1451 à 1454*)
- b. pour le remplacement ou la récusation d'un arbitre, ou en cas de refus par une partie du motif de renoncement d'un arbitre, ou demande de révocation par une partie (*articles 1456 à 1458*)
- c. pour proroger le délai d'arbitrage (*article 1463*) ou le délai de trois mois pour le prononcé de la sentence rectificative (*article 1486, al.2*).

Dans tous ces cas, le juge va intervenir ponctuellement, pour assurer l'exécution en nature de la convention d'arbitrage, au besoin en se substituant momentanément à l'arbitre, mais sans jamais pouvoir empiéter sur le pouvoir de juger, qui n'appartient qu'à l'arbitre.

Désignation, récusation d'arbitres, prorogation du délai

Il s'agit de situations de blocage de l'arbitrage; une partie refuse de désigner un arbitre, ou demande une récusation, ou bien les parties refusent de proroger le délai d'arbitrage. Le recours au juge d'appui va débloquer la situation.

Pour la désignation d'arbitre, la pratique du juge d'appui parisien est de donner injonction à la partie qui s'abstient de désigner un arbitre, d'avoir à le faire dans un bref délai, sous peine d'une désignation par le juge. Ainsi se trouve préservé un droit fondamental de toute partie à l'arbitrage, le **droit de désigner un arbitre**.⁷

Pour la prorogation du délai d'arbitrage, elle est, pratiquement, de droit; mais elle doit être ordonnée par le juge, car les arbitres ne disposent pas du pouvoir de prorogation, leur pouvoir de juger étant, par définition, limité dans le temps.

Pour la récusation, le pouvoir du juge trouve sa source dans l'éthique de l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre. Dans la conception du droit français, l'arbitre, dans sa fonction de juger, est *un juge*; il doit donc se conformer à la déontologie du juge étatique.

L'intervention du juge d'appui est, en toute hypothèse, exclusive de toute **immixtion** dans l'arbitrage. Le juge n'a pas le pouvoir d'interférer dans la procédure arbitrale. Il n'a pas le pouvoir, par exemple, d'ordonner la suspension des opérations d'arbitrage.

Un exemple a été donné dans un litige opposant un Etat à un organisme d'arbitrage siégeant à Paris:

«A ce moment (le tribunal arbitral étant constitué), les juges arbitraux choisis par les parties (..) et non récusés, se trouvaient, dès l'acceptation de leur mission, pleinement investis du pouvoir de juger; (..) l'exercice des prérogatives y attachées, qui relève d'une légitimité propre et autonome, doit pouvoir être assuré de façon totalement indépendante, comme il sied à tout juge, (..) sans aucune intervention du juge étatique; (..) notamment celui-ci, ayant rempli sa mission d'assistance et de coopération techniques, se doit de laisser les arbitres épuiser leur pouvoir propre et exclusif de juger et assurer eux-mêmes en conscience et sous leur responsabilité, les conditions du procès équitable, conforme aux principes généraux et fondamentaux du droit.»⁸

Cette décision exprime parfaitement la philosophie du droit français de l'arbitrage dans ses relations avec le juge étatique.

Autorité de la décision du juge d'appui

Article 1460, al 2: la demande est formée, instruite et jugée comme en matière de référé.»

Cela signifie que l'instance n'est pas une instance de référé, mais une instance au fond, et la décision du juge d'appui aura donc autorité de chose jugée au fond.

(il faut noter ici une différence essentielle entre la décision du juge d'appui et celle que pourrait prendre une institution d'arbitrage, en application d'un règlement d'arbitrage. Dans ce dernier cas, la décision de l'institution n'aura qu'une autorité « interne », et elle pourra toujours être contestée – spécialement par le recours en annulation contre la sentence, par exemple pour composition irrégulière du tribunal arbitral, si l'indépendance ou l'impartialité d'un arbitre est contestée).

Compétence subsidiaire et accessoire du juge étatique (le juge d'appoint)

A côté du juge d'appui stricto sensu, le décret prévoit un certain nombre d'hypothèses dans lesquelles un juge étatique a la possibilité d'intervenir en cours d'arbitrage. Nous l'appellerons le juge d'appoint, qu'il faut donc distinguer du juge d'appui – dont il vient d'être question.

Laissons de côté le juge de l'exequatur de la sentence, et le juge du recours contre la sentence – qui seront envisagés plus loin.

Restent:

- le juge visé à l'article 1469, compétent pour statuer sur les difficultés de production d'actes ou de pièces détenues par un tiers.
- Surtout, le *juge des référés*.

Le juge des référés et l'arbitrage

Avant même la réforme de 2011, compétence était reconnue au juge des référés par la jurisprudence, sur le fondement des considérations suivantes:

L'arbitre a le pouvoir de prendre des mesures provisoires ou conservatoires au cours de l'instance arbitrale (désignation d'expert, par exemple).

Mais en cas de survenance de difficulté appelant une solution d'urgence, il peut arriver que l'arbitrage ne soit pas apte à donner la réponse adéquate: soit l'arbitre n'est pas encore institué, soit il ne dispose pas du pouvoir de prendre la mesure souhaitée, lorsqu'elle doit entraîner une contrainte. Le

juge étatique est alors le recours naturel, mais purement complémentaire et accessoire, laissant intact le pouvoir de juger de l'arbitre.

En droit français de l'arbitrage, la règle a été posée clairement, elle est simple à énoncer et à appliquer:

L'existence d'une convention d'arbitrage ne fait pas obstacle à la saisine du juge étatique pour prendre des mesures provisoires ou conservatoires. La compétence du juge est limitée (elle est même qualifiée «d'exceptionnelle»).

Le juge compétent est le **juge des référés** – déjà rencontré. En tant que tel, il ne peut empiéter sur le pouvoir de l'arbitre:

“Si les parties à un arbitrage peuvent s'adresser au juge étatique pour demander des mesures conservatoires destinées à garantir l'exécution de la sentence à venir, il n'est pas permis à ce juge, avant la sentence, de les autoriser à procéder à des mesures d'exécution.”

*Ainsi excède ses pouvoirs le juge qui ne se borne pas à ordonner la consignation de marchandises, mais en autorise la vente, alors qu'un arbitrage est en cours sur le bien-fondé de la créance de fret. (cassation au visa de 1458 CPC).*¹⁰

Et la compétence du juge est toujours soumise à une condition: **l'urgence**.¹¹

L'on remarquera que, selon cette jurisprudence,, le recours au juge des référés est admis en cours d'arbitrage, le tribunal arbitral étant constitué . La question avait été débattue, et pourrait l'être de nouveau.

Il faut noter aussi pouvoir du juge étatique peut être exclu par la volonté des parties, dans la convention d'arbitrage.

A l'inverse, l'on pourrait concevoir qu'une convention d'arbitrage attribue à l'arbitre le pouvoir de prendre des mesures provisoires ou conservatoires – sous une double réserve, qui tient à la limitation des pouvoirs de l'arbitre:

- d'une part, l'arbitre n'a pas le pouvoir de prendre des mesures **sur requête (à la demande d'une seule partie)**, car il ne peut pas s'affranchir du principe de la contradiction.

- d'autre part, l'arbitre ne dispose pas du pouvoir de faire exécuter ses décisions – il n'a pas l'imperium, réservé au juge étatique en tant que dépositaire de la souveraineté nationale. La décision arbitrale devra donc recevoir l'**exequatur** de la part du juge, lorsqu'elle implique une contrainte.

Le juge des référés intervient dans le cadre des articles **808 CPC** (le juge peut ordonner, en cas d'urgence, toutes mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend) et **809** (le juge peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite).

De quelles mesures s'agit-il, en général?

Elles doivent être destinées à assurer «la sécurité des personnes ou la conservation de leurs biens» en cas de péril.¹²

Il pourra s'agir, par exemple, de faire cesser une action de contrefaçon flagrante, de procéder à la vente de produits périssables, de suspendre l'exécution de travaux, d'ordonner des séquestres ou saisies conservatoires, ou, plus généralement, de prendre des mesures de sauvegarde des preuves (expertise, spécialement).

Sur l'expertise, cependant, le juge devra se montrer particulièrement prudent, afin que la mission d'expertise n'empiète pas sur le pouvoir d'appréciation de l'arbitre.

La cour d'appel a modifié une mesure d'expertise dans un arbitrage internationale (Eurodisney) afin de maintenir à cette mesure un caractère strictement neutre quant au fond du litige.¹³

Il faut – ici encore – citer la Cour de cassation:

«... de manière générale, l'existence d'un accord compromissaire n'exclut pas la compétence du juge des référés dès lors que demeure intact le pouvoir des arbitres de trancher le fond du litige.»

Il faut, enfin, mentionner le **référé-provision**.

Il s'agit de la procédure rapide qui permet au juge d'ordonner le paiement d'une provision à valoir sur la créance, au créancier disposant d'une créance «non sérieusement contestable» (on retrouve ici l'idée centrale de la compétence du juge des référés, juge de l'évidence, de l'incontestable et du provisoire).

Deux observations:

1. le tribunal arbitral pourrait accorder une provision par une sentence préliminaire; ce pouvoir est reconnu à l'arbitre – sauf à devoir obtenir l'exequatur pour l'exécution forcée)
2. à l'inverse, la convention d'arbitrage pourrait exclure ce pouvoir de l'arbitre

La condition de **Purgence** est confirmée (alors qu'elle n'est pas exigée dans le référé-provision de droit commun):

La compétence exceptionnelle reconnue au juge des référés en présence d'une convention d'arbitrage, pour accorder une provision, est soumise à la condition que l'urgence soit constatée.¹⁴

Ces précautions s'expliquent par le péril que pourrait constituer le référé-provision pour l'arbitrage, en raison de la distinction incertaine entre le provisoire et le fond en la matière – le juge ayant la possibilité d'accorder à titre de provision... la totalité de la créance. .

Que resterait-il alors du pouvoir juridictionnel de l'arbitre? Ce pourrait être une manière de contourner l'arbitrage, au mépris de la convention d'arbitrage, et tout cela avec la complicité du juge étatique!

Ce risque existe, mais il faut faire confiance à la prudence des juges. Il faut voir aussi que cette procédure peut déjouer efficacement les manœuvres dilatoires d'un débiteur de mauvaise foi. De plus, la condition d'urgence permet de réserver cette procédure exceptionnelle aux cas où les droits du créancier sont réellement en péril, sans que l'arbitre puisse intervenir (immixtion d'une faillite, débiteur organisant son insolvabilité).

Notons enfin le développement actuel des procédures d'urgence confiées aux arbitres (le «référé pré-arbitral du règlement CCI).

Les solutions admises par la jurisprudence ont été consacrées par le décret du 13 janvier 2011.

La règle est posée par l'article 1449:

L'existence d'une convention d'arbitrage ne fait pas obstacle, tant que le tribunal arbitral n'est pas constitué,, à ce qu'une partie saisisse une juridiction de l'Etat aux fins d'obtenir une mesure d'instruction ou une mesure provisoire ou conservatoire.

Sous réserve des dispositions régissant les saisies conservatoires et les sûretés judiciaires, la demande est portée devant le président du tribunal de grande instance ou de commerce, qui statue sur les mesures d'instruction dans les conditions prévues à l'article 145 et, en cas d'urgence, sur les mesures provisoires ou conservatoires sollicitées par les parties à la convention d'arbitrage.

A première lecture, ce texte n'autorise le recours au juge des référés que «tant que le tribunal arbitral n'est pas constitué».

Faut-il en déduire, a contrario, que ce recours n'est plus possible lorsque le tribunal arbitral est constitué.

Une telle déduction ne s'impose pas, pour plusieurs raisons.¹⁵

- les auteurs du décret ont affirmé dans le Rapport au Premier ministre leur volonté expresse de confirmer les solutions jurisprudentielles acquises; or,, nous avons vu que la jurisprudence admettait la saisine du juge des référés en cours d'arbitrage.
- Le texte lui-même ne se prononce pas sur le cas de la saisine du juge après la constitution du tribunal arbitral.
- la solution a un fondement rationnel évident; il faut laisser cette possibilité de recours au juge en cas d'urgence et de difficulté particulière, que le tribunal arbitral ne serait pas en mesure de résoudre.

En conclusion, ce qu'il faut retenir de l'intervention du juge dans l'arbitrage est clair: le juge ne se substitue jamais à l'arbitre dans l'appréciation du litige, il intervient ponctuellement pour aider à la mise en place de l'arbitrage et assurer sa pleine efficacité – ce qui se traduit par la formule traditionnelle définissant le **juge d'appui** (terme en lui-même significatif) dans sa **mission d'assistance technique et de coopération à l'arbitrage**.

ii. Le Juge du Contrôle de la Sentence¹⁶

Ici encore, il nous faut préciser les limites du contrôle du juge sur la sentence arbitrale, dans l'esprit de la philosophie générale du droit de l'arbitrage en France: seul l'arbitre a le pouvoir de juger au fond, le juge n'intervient que pour contrôler la régularité de la sentence au regard des règles fondamentales, par le moyen d'un recours particulier, spécifique à l'arbitrage, le recours en annulation dirigé contre la sentence.¹⁷

Mais, pourquoi un tel recours? L'on pourrait concevoir qu'il n'existe pas. D'ailleurs, une telle exclusion existe en droit comparé: la Belgique l'exclue (loi de 1985), à la condition qu'aucune personne belge ne soit en cause, et la loi suisse de DIP du 18 décembre 1987 prévoit que les parties n'ayant aucun domicile, résidence ou établissement en Suisse, peuvent l'exclure dans la convention d'arbitrage.

S'inspirant de ces exemples, le décret du 13 janvier 2011 a apporté une innovation très importante, en admettant la possibilité de **renoncer au recours en annulation** en matière internationale:

Article 1522: «Par convention spéciale, les parties peuvent à tout moment renoncer expressément au recours en annulation.»

Le recours devant le juge pour un contrôle a posteriori de la sentence n'est donc pas «de droit naturel»; Il peut cependant être justifié par deux raisons: d'abord par le fait que la décision arbitrale est une décision de justice, et que toute décision de justice peut être soumise à un recours de contrôle de légalité (le recours en cassation pour les jugements); ensuite, parce qu'il s'agit d'une décision de justice privée, et qu'il est de l'intérêt général qu'une telle

justice privée puisse être l'objet d'un contrôle de la justice étatique, pour le maintien de l'ordre juridique. Il serait en effet insupportable qu'une sentence gravement attentatoire aux principes généraux subsiste et soit exécutée dans l'ordre juridique français.

Dans l'ordre interne, la sanction est l'annulation de la sentence, et le juge annulateur peut statuer sur le fond du litige – dans la limite de la mission de l'arbitre (donc, éventuellement, en amiable composition) sauf volonté contraire de toutes les parties – Art 1493. En matière d'arbitrage international, l'annulation est encourue pour les sentences rendues en France, mais pour les sentences venant de l'étranger, la sanction prend la forme d'un refus de reconnaissance et d'exécution. La sentence ne pourra donc pas avoir d'effet en France – indépendamment de son effet possible à l'étranger, par application de la Convention de New York.

Le recours en annulation de la sentence existe donc. Mais il est très strictement limité. En aucun cas, il ne peut s'agir de remettre en cause la décision de l'arbitre au fond, par un pouvoir de révision, non plus que sa motivation.¹⁸

Le recours en annulation n'est ouvert que dans un nombre de cas très limité (6 en droit interne – Art 1492 -, 5 pour l'arbitrage international – Art 1520). Ces cas d'annulation correspondent aux exigences minimum du «bon arbitrage»:

Les quatre premiers cas sont les mêmes pour l'arbitrage interne et l'arbitrage international:

1. le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent;
2. irrégularité de la constitution du tribunal arbitral;
3. absence de conformité de la décision arbitrale à la mission de l'arbitre; et
4. Violation du principe de la contradiction.
5. Nullité de forme (défaut de date, d'indication du nom des arbitres, défaut de signatures, ou sentence non rendue à la majorité des voix). Ce cas est spécifique à l'arbitrage interne.

6. Le dernier cas concerne la violation de l'ordre public:

- a. pour l'arbitrage interne: si l'arbitre a violé une règle d'ordre public
- b. pour l'arbitrage international: si la reconnaissance ou l'exécution de la sentence sont contraires à l'ordre public international.

Reprenons ces divers cas d'annulation.

1. Le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent

(Ancien texte: *Absence, nullité ou expiration de la convention d'arbitrage*)
(1520,1°).

Ce cas concerne le vice radical d'une sentence rendue hors de toute convention d'arbitrage valable, ce qui – compte tenu du caractère contractuel de l'arbitrage - a pour effet de priver l'arbitre de tout pouvoir de juger.

L'examen de ce cas d'annulation appelle immédiatement deux observations très importantes:

- sur la question de l'existence et de la validité de la convention d'arbitrage (la compétence de l'arbitre) le juge interviendra le plus souvent après que l'arbitre se soit prononcé. En effet, en vertu du **principe compétence-compétence**, lié à l'**autonomie de la clause d'arbitrage**, c'est à l'arbitre qu'il appartient de se prononcer en priorité sur sa propre compétence. Le juge étatique n'a pas ce pouvoir, et doit se déclarer incompétent si la question de la validité de la convention d'arbitrage lui est soumise.¹⁹

Il n'existe pas, en droit français, d'action devant le juge étatique pour faire juger, a priori, de l'invalidité de la convention d'arbitrage. C'est à l'arbitre d'en juger, le juge n'intervenant, la sentence rendue, que par le biais du recours en annulation.

- l'appréciation du juge se fait au regard de la commune volonté des parties, sans référence nécessaire à une loi applicable. C'est la solution fermement consacrée par la jurisprudence française en matière d'arbitrage international, depuis un célèbre arrêt du 7 mai 1963 (Gosset) B. N° 246, posant le **principe d'autonomie de la clause d'arbitrage international**, qui a pour effet de détacher la clause d'arbitrage

du contrat qui la contient, et de lui donner un statut juridique spécifique, fondé sur un **principe de validité** de cette clause. La clause doit donc être exécutée a priori, en donnant à l'arbitre compétence pour statuer sur sa compétence (d'où l'expression de «principe compétence-compétence»).

L'arrêt Dalico (Civ 1, 20 décembre 1993, B. N° 372) a précisé la nature et la portée de la règle:

«En vertu d'une règle matérielle du droit international de l'arbitrage, la clause (d'arbitrage) est indépendante juridiquement du contrat principal qui la contient, directement ou par référence, et son existence et son efficacité s'apprécient, sous réserve des règles impératives du droit français et de l'ordre public international, d'après la commune volonté des parties, sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique».

La méthode est ainsi tracée: abandon de la méthode des conflits de lois – pour rechercher la loi applicable à la clause d'arbitrage – au profit d'une règle matérielle de droit international, qui fournit la solution: le juge doit apprécier l'existence et la validité de la convention d'arbitrage au regard de l'existence d'une volonté commune des parties, qui suffit à donner à l'arbitre son pouvoir de juger.

a. **L'existence** de la convention d'arbitrage est souvent contestée, spécialement de la part de parties qui font valoir qu'elles ne l'ont pas signée, et qu'elle ne les concerne donc pas. La situation est fréquente, dans les groupes de sociétés ou les groupes de contrats.

i. la jurisprudence française apporte, de ce point de vue, des réponses favorables à l'application de la convention d'arbitrage;

ii. soit par *extension de l'effet obligatoire* de la clause d'arbitrage à toute partie «ayant participé à l'exécution du contrat»: «*l'effet de la clause d'arbitrage international s'étend aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat et les litiges qui peuvent en résulter* ;”²⁰

iii. soit par l'effet de la *transmission contractuelle de la clause*: «*En matière internationale, la clause d'arbitrage, juridiquement indépendante du contrat principal, est transmise avec lui, quelle que soit la validité de la transmission des droits substantiels.*”²¹

b. **la validité** de la convention peut être contestée

i. soit pour inarbitrabilité du litige (*subjective*: la partie n'avait pas la capacité ou le pouvoir de compromettre, ou *objective*: la matière litigieuse n'est pas arbitrable). Le principe d'autonomie-validité de la clause d'arbitrage fera le plus souvent obstacle au succès d'un recours fondé sur une inarbitrabilité subjective, la convention bénéficiant d'une validité internationale – même si, en droit interne local, elle est contestable (voir l'exemple de Ph. Fouchard, de la clause souscrite par une femme mariée dans un pays où la législation décrète l'incapacité de la femme mariée).

ii. Soit pour un vice interne à la convention (ex. Vice du consentement).

c. **l'expiration** de la convention a pour effet de rendre nulle la sentence, puisque l'arbitre a excédé son pouvoir de juger, par définition limité dans le temps. Rappelons que le délai d'arbitrage peut être prorogé par les parties, ou, à la demande du tribunal arbitral, par le **juge d'appui**.²²

d. le **champ d'application** de la convention d'arbitrage peut également être discuté: une partie mise en cause soutient que la convention d'arbitrage ne la concerne pas. (Rappel de la jurisprudence sur l'acceptation tacite de la clause d'arbitrage internationale).

2. Le tribunal arbitral a été irrégulièrement constitué (*ancien*:

Irrégularité de composition du tribunal arbitral ou de désignation de l'arbitre unique)
(Article 1520, 2°).

La référence à la **constitution** du tribunal arbitral vise à la fois l'irrégularité de la composition de ce tribunal et de la désignation des arbitres.

Le respect de la convention d'arbitrage exige que l'arbitre (le tribunal arbitral) ait été désigné conformément à cette convention. D'autre part, l'arbitre désigné doit répondre aux exigences de sa fonction; c'est ici que peut intervenir le débat sur l'indépendance &/ou l'impartialité de l'arbitre.

a. Méconnaissance du processus de désignation voulu par les parties

La nullité de la sentence sanctionne le non-respect de la volonté des parties. Cela peut revêtir un aspect formaliste. Ainsi, l'exemple d'une convention prévoyant la désignation d'un arbitre par le président du tribunal de commerce. Annulation de la sentence rendue par l'arbitre désigné par le tribunal de commerce.²³

Le juge du contrôle (cour d'appel) dispose sur ce point d'un pouvoir d'interprétation de la volonté exprimée par les parties.

Le respect de l'ordre public international s'impose ici encore.

Ainsi, la Cour de cassation a jugé, en matière d'arbitrage multipartite, que s'imposait la règle d'ordre public d'égalité des parties dans la désignation d'un arbitre.²⁴

b. contestation de l'**indépendance / impartialité** de l'arbitre (désignation irrégulière des arbitres)

i. **indépendance** -La jurisprudence a proposé une définition: «l'indépendance de l'arbitre est de l'essence de sa fonction juridictionnelle, en ce sens que, d'une part, il accède dès sa désignation au statut de juge, exclusif de tout lien de dépendance notamment avec les parties, et que, d'autre part, les circonstances invoquées pour contester cette indépendance doivent caractériser, par l'existence de liens matériels ou intellectuels, une situation de nature à affecter le jugement de l'arbitre en constituant un risque certain de prévention à l'égard de l'une des parties à l'arbitrage.»

Ex de manque d'indépendance:

- l'arbitre ayant été le consultant rémunéré d'une société du groupe auquel appartient l'une des parties,²⁵
- l'arbitre embauché par une partie dès le lendemain du prononcé de la sentence.²⁶

Ex d'indépendance admise:

- Le cas des arbitres professionnels d'une spécialité, en relation d'affaires les uns avec ou contre les autres, «sans que l'existence de telles relations d'affaires doive, par principe, mettre en doute et même en cause leur indépendance à l'égard de la partie qui les a désignés et leur impartialité pour statuer.»²⁷
- Egalement le cas de deux barristers anglais, appartenant à la même «chambers», l'un étant le conseil d'une partie et l'autre, arbitre désigné. La cour d'appel de Paris a jugé que cette situation n'était pas de nature à affecter l'indépendance de l'arbitre.²⁸

ii. impartialité

- un grief souvent avancé tient au fait qu'un arbitre a été souvent désigné par une même partie, pour des litiges du même ordre.
- L'appréciation du juge est libérale, s'attachant à rechercher l'existence d'un véritable préjugé de la part de l'arbitre.
- Parfois c'est la nationalité de l'arbitre qui est mise en cause, en tant que présomption de préjugé. Cf. le cas d'une partie demandant la récusation d'un arbitre grec, en tant qu'appartenant au même ensemble géo-politique que son adversaire, la Communauté européenne.²⁹

3. Méconnaissance de sa mission par l'arbitre (Article 1520,3°)

C'est un cas d'annulation en apparence très général, puisque l'arbitre reçoit la mission de juger le litige. Donc, s'il a mal jugé, il a méconnu sa mission!

La jurisprudence a très tôt endigué de telles velléités, en jugeant que ce grief n'avait «pas pour objet la révision au fond de la sentence», mais seulement de «vérifier si les arbitres se sont ou non, sur les points où leur décision est critiquée, conformés à leur mission, sans avoir à apprécier le bien-fondé de leur décision.»³⁰

Plusieurs cas doivent être retenus:

- Les arbitres ont statué *infra* ou *ultra petita*, en omettant de statuer sur un point du litige ou en allant au-delà (en accordant, par exemple, plus qu'il n'est demandé).
- Les arbitres ont méconnu les pouvoirs que leur donnait la convention d'arbitrage. Ainsi, les arbitres ont reçu mission de statuer en droit, ou, au contraire, en équité, en tant qu'amiables compositeurs.
 - l'arbitre, chargé de statuer en droit, n'a pas le pouvoir de statuer en équité il est, à cet égard, comparable au juge étatique).
 - l'arbitre, amiable compositeur, doit statuer en équité. Mais il ne lui est pas interdit de statuer en droit. La doctrine et la pratique s'accordent pour admettre que l'amiable compositeur examine d'abord la situation litigieuse selon la règle de droit applicable, mais, qu'ensuite, il doit corriger la solution en fonction de l'équité.
 - Une jurisprudence récente a suscité un débat en doctrine. Un arrêt de la 1^o chambre civile, du 28 novembre 2007, a décidé que l'arbitre ayant statué en droit, mais en ne respectant pas la règle de droit (il avait appliqué un contrat à des parties tiers à ce contrat), avait ainsi fait référence à l'équité, et s'était conformé à sa mission d'amiable compositeur, bien qu'il n'en ait pas fait mention.
 - La doctrine a souligné une divergence avec la 2^o chambre civile (alors compétente pour l'arbitrage interne), qui exige que l'amiable compositeur se réfère expressément à l'équité.

Deux observations:

- la divergence n'existe plus, organiquement, puisque, depuis 2004, l'arbitrage interne – qui relevait des attributions de la 2^o chambre civile, la 1^o ayant compétence pour l'arbitrage international – est attribué à la 1^o chambre civile, qui désormais statue en matière d'arbitrage interne et international.

- La divergence n'est pas évidente, si l'on en juge par un très récent arrêt de la 1^o chambre civile:

La cour d'appel, juge d'appel de la sentence en amiable composition selon la volonté des parties, doit, dans sa décision, faire référence à l'équité ou à sa mission d'amiable compositeur.³¹

Il semble donc que la 1^o civile soit revenue à la conception classique de l'amiable composition.

Dernière question: l'arbitre international a-t-il le pouvoir de statuer en se référant à des règles transnationales, telle la Lex mercatoria? Il avait été soutenu qu'en statuant selon ces règles, les arbitres auraient méconnu leur obligation de statuer en droit, la juridicité des règles de la lex mercatoria étant ainsi contestée.

La Cour de cassation a rejeté l'argument:

«en se référant à l'ensemble des règles du commerce international dégagées par la pratique et ayant reçu la sanction des jurisprudences nationales (définition de la lex mercatoria), l'arbitre a statué en droit ainsi qu'il en avait l'obligation conformément à l'acte de mission... dès lors, il n'appartenait pas à la cour d'appel, saisie du recours en annulation; de contrôler les conditions de détermination et de mise en œuvre par l'arbitre de la règle de droit retenue.»³²

Noter le terme «règles de droit», préféré à «loi», quant à la détermination du droit applicable au fond en matière d'arbitrage international: «L'arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies; à défaut d'un tel choix, conformément à celles qu'il estime appropriées. Il tient compte dans tous les cas des usages du commerce.»³³

4. Violation du principe de la contradiction (Article 1520,4^o)

Il faut entendre ce moyen d'annulation comme recouvrant le principe général de respect des droits de la défense (dont on sait qu'il n'est pas énoncé par les textes de droit français). Ces principes sont les règles fondatrices de la procédure et doivent être respectées rigoureusement. Le juge français ne peut tolérer une sentence qui méconnaîtrait ces principes.

Le décret du 13 janvier 2011 y fait expressément référence:

«Art.1510. - Quelle que soit la procédure choisie, le tribunal arbitral garantit l'égalité des parties et respecte le principe de la contradiction.»

Contenu des principes:

- chaque partie doit être mise en mesure de présenter son argumentation, en disposant du temps utile pour le faire (principe de la contradiction) ;
- l'arbitre doit respecter la stricte égalité des parties, spécialement dans la fourniture des preuves, et susciter le débat contradictoire sur tout élément, de fait ou de droit, qu'il met d'office dans le débat;
- Il faut rappeler ici la règle générale de procédure selon laquelle toute partie qui s'est abstenue d'invoquer une irrégularité en temps utile est censée y avoir renoncé, et ne sera pas recevable à l'invoquer tardivement (par exemple, dans un recours en annulation).

5. Reconnaissance ou exécution de la sentence contraire à l'ordre public international (1520, 5°)

Le contrôle de l'ordre public par le juge en matière d'arbitrage n'est pas le même en droit interne, et international:

- en droit interne, la sentence est annulée lorsque l'arbitre «a violé une règle d'ordre public». Le juge veille cependant à ne pas ouvrir trop largement ce motif d'annulation.
- En arbitrage international, la référence n'est plus «l'ordre public» (interne), mais l'ordre public international, notion beaucoup plus étroite, que l'on peut définir comme l'ensemble des principes fondamentaux dont le juge français exige le respect universel (Ex droits de la défense, prohibition de l'esclavage ou de la corruption, égalité de l'homme et de la femme). Notons cependant que les contours de la notion demeurent flous.

- Le contrôle du juge ne s'exercera que dans les cas où la reconnaissance et l'exécution de la sentence seraient contraires à l'ordre public international. Cela doit exclure toute révision au fond de la sentence, par exemple en permettant au juge d'apprécier sur le fond la solution donnée par la sentence au regard de l'ordre public international. Mais nous allons voir que la distinction est subtile, et, à dire vrai, malaisée.
- Un vif débat anime en effet la doctrine sur les pouvoirs du juge quant au contrôle de l'ordre public international en matière d'arbitrage.

Le juge français a, en effet, décidé de limiter le contrôle du juge «au caractère flagrant, effectif et concret de la violation alléguée».³⁴ Cette jurisprudence (dite «jurisprudence Thalès») a reçu l'aval de la Cour de cassation:³⁵

Reprenant la formule de l'arrêt Thalès, la Cour de cassation ajoute:

La cour d'appel, qui a procédé –dans les limites de ses pouvoirs, c'est-à-dire sans révision au fond de la sentence arbitrale- au contrôle des sentences au regard de l'application des règles communautaires de la concurrence, a exactement dit que leur reconnaissance et leur exécution n'étaient pas contraire à l'ordre public international.”

La doctrine s'est alarmée de voir le contrôle du juge réduit à la «flagrance» d'une atteinte à l'ordre public international (cf. Gaillard, spécialement), ce qui – a contrario – laisserait sans sanction la «simple» violation de l'ordre public international – qui est, cependant, une violation de cet ordre public.

La difficulté est de faire le départ entre, d'une part, le refus (justifié) de toute révision au fond de la sentence, et le contrôle du respect de l'ordre public international.

Sans doute faudrait-il axer le contrôle sur la conformité à l'ordre public international de la solution juridique donnée par la sentence - sans contrôle approfondi de la motivation de la décision arbitrale.

Conclusion

Ainsi se présente le système français de contrôle de la régularité de la sentence arbitrale internationale. Ce contrôle a ses limites, spécialement dans le cas de la sentence rendue à l'étranger, et annulée dans son pays d'origine.

L'on sait que la Convention de New York en fait un cas de non-reconnaissance de la sentence venue de l'étranger. Mais le droit français de l'arbitrage international ne prévoit pas ce cas de non-reconnaissance, ce qui signifie qu'une sentence internationale rendue à l'étranger et annulée dans son pays d'origine peut être reconnue et exécutée en France – à la condition, toutefois, qu'elle réponde aux conditions de régularité internationale prévues par le système français.³⁶

Ce sont les célèbres affaires Hilmarton (1994) et Putrabali (2007). Dans cette dernière affaire, la Cour de cassation s'exprime ainsi:

*«La sentence arbitrale (internationale), qui n'est rattachée à aucun ordre juridique étatique, est une décision de justice internationale dont la régularité est examinée au regard des règles applicables dans le pays où sa reconnaissance et son exécution sont demandées».*³⁷

Ainsi, le droit français de l'arbitrage international s'oriente vers un système de contrôle limité, confié au seul juge du pays d'accueil de la sentence internationale (système proposé en son temps par le professeur Philippe Fouchard).

¹ Exemples : nullité manifeste d'une clause d'arbitrage en matière de divorce ; inapplicabilité manifeste d'une clause stipulée dans un contrat à l'exécution d'un autre contrat entre les mêmes parties, stipulant une clause attributive de juridiction à un tribunal étatique.

² V. Ph. Fouchard «*La coopération du président du TGI à l'arbitrage*», in Rev. Arb. 1985, 5.

³ Le droit français de l'arbitrage distinguant entre arbitrage interne et arbitrage international, nous privilégierons le droit français de l'arbitrage international.

⁴ Civ 1, 1er février 2005 (NIOC), Rev Crit DIP 2006, 140, note Th.Clay.

⁵ cf. également S.Lazareff, in Gaz Pal 27 avril 2005.

⁶ V. jurisprudence Putrabali , Civ 1, 30 juin 2007.

⁷ Rappelé par Civ 1, 7 janvier 1992 (Dutco) Bull. N° 2, à propos d'un arbitrage multipartite.

⁸ Paris, 18 novembre 1987, Rev. Arb. 1988, 657, note Ph. Fouchard.

⁹ Civ 1, 6 mars 1990, Bull.N°64.

¹⁰ Com, 20 mai 1997 Bull.N°153 (3) (Camship Cameroun).

¹¹ Civ 2, 2 avril 1997 Bull. N°108 (cassation au double visa de 809,al.2, et 1458 CPC°).

¹² Civ 1, 20 mars 1989, Rev. Arb.1989 ; 494, note G. Couchez.

¹³ CF Paris, 14+B,3 juillet 1992.

¹⁴ Civ 1, 21 octobre 1997 Bull.N° 286 (Rantec).

¹⁵ Cf sur ce point, le commentaire de MM.Jarrosson et Pellerin in Rev Arb 2011 p.5, spéc ; N°17.

¹⁶ Pour ce chapitre également, nous traiterons essentiellement du droit de l'arbitrage international.

¹⁷ Nous ne traiterons pas de la voie de recours de l'appel, exclue - par une jurisprudence bien établie et constante en matière d'arbitrage international , solution consacrée par le décret du 13 janvier 2011 (art **1518**: La sentence rendue en France en matière d'arbitrage international ne peut faire l'objet que d'un recours en annulation). En droit interne, l'appel n'est possible qu'avec le consentement de toutes les parties, la règle étant que «la sentence n'est pas susceptible d'appel sauf volonté contraire des parties» (art 1489). Dans le régime antérieur, l'appel était possible, mais les parties pouvaient y renoncer – ce qui était la pratique habituelle. Il est donc permis d'affirmer que le recours normal en matière d'arbitrage est le recours en annulation (Voir sur ce point l'article 34 de la loi-type CNUDCI du 21 juin 1985: «La demande d'annulation comme recours exclusif contre la sentence arbitrale»).

¹⁸ La Cour de cassation a récemment - et fermement- décidé d'exclure tout contrôle, par le juge, des vices de motivation de la sentence, et spécialement de la

contradiction de motifs, grief très fréquemment invoqué pour tenter d'obtenir la révision au fond de la décision arbitrale. (1° civ, 14 juin 2000, Rev Arb 2001, 729).

¹⁹ Art 1458 CPCV en droit interne, solution affirmée en jurisprudence en matière internationale.

²⁰ Civ 1 27 mars 2007 (Alcatel).

²¹ Civ 1, 18 février 2000 ,B.N°36 (Taurus films).

²² Art.1456 CPCV, applicable en matière internationale.

²³ Civ 1, 10 mai 1995,Rev.Arb.95,605, note A.Hory.

²⁴ Civ 1, 7 janvier 1992 (Dutco) B.N°2 Rev .Arb. 92,note P.Bellet, cassant Paris, 5 mai 1989.

²⁵ Paris, 9 avril 1992 Rev.crit.DIP 93, som.760.

²⁶ Paris, 2 juillet 1992 Raoul Duval.

²⁷ l'indépendance de chaque arbitre désigné est cependant examinée cas par cas; TGI Référés 28 octobre 1988 Rev . Arb. 1990, 497.

²⁸ Paris, 28 juin 1991, Rev. Arb.1992, 568, note P.Bellet, «s'agissant de la mise en commun de locaux et de collaborateurs, sans création de liens professionnels impliquant une quelconque dépendance économique ou intellectuelle.»

²⁹ Paris, référés, 18 janvier 1991, Sté chérifienne des pétroles, inédit.

³⁰ Paris, 12 mars 1985, Rev. Arb. 1985, 299, note E.Loquin.

³¹ Civ 1, 17 décembre 2008 (Mona Lisa - N° 07-19.915).

³² Civ 1, 22 octobre 1991, (Valenciana) Rev.Arb.1992, 457 note P.Lagarde.

³³ Cf. Art 1496 CPCV.

³⁴ Paris, 18 novembre 2004, cité in «la jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'arbitrage international», par E.Gaillard, Rev.Arb.2007, p. 715, note 71.

³⁵ Civ 1, 4 juin 2008 (SNF), Rev. Arb.2008, 473, note I. Fadlallah.

³⁶ Article 1520 CPC, ci-dessus examiné.

³⁷ Cour de cassation, 1ère chambre civile, 29 juin 2007, Rev Arb 2007, 507, note E.Gaillard.

ISBN 978-0-8270-6235-1

**Departamento de Derecho Internacional
Secretaría de Asuntos Jurídicos
Organización de los Estados Americanos**

19th St. & Constitution Ave., N.W.
Suite ADM -233
Washington, D.C. 20006

Contacto

Dil@oas.org | (202) 370 0743
[http://www.oas.org/es/sla/ddi/
derecho_internacional.asp](http://www.oas.org/es/sla/ddi/derecho_internacional.asp)

