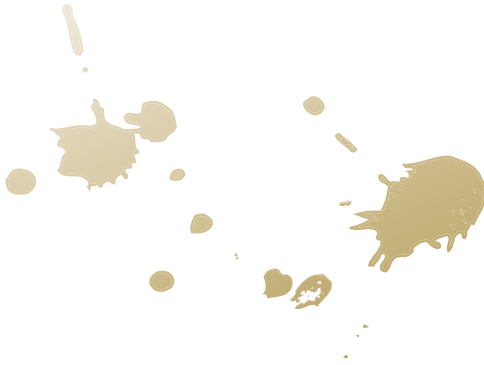


Una década de consolidación comercial del arbitraje en América Latina

José Carlos Fernández Rozas

Universidad Complutense de Madrid *

España



I. Superación de reticencias históricas



1. En la última década se observa en todos los Estados de América Latina un considerable avance del arbitraje incluso en aquéllos donde ha habido una hostilidad a la institución que no sólo es fruto de un periodo periclitado, sino que ha conservado una cierta continuidad¹. Han tenido, en efecto, que superarse una serie de reticencias de origen histórico y que apuntan a otro tipo de arbitrajes distintos de los comerciales, pero que han sido asociados a éstos; son reproches que se remontan a la época del colonialismo europeo en los complejos albores de la independencia. Indudablemente se trata de un trauma histórico vinculado con la difusión de la “cláusula Calvo”² que, sobre la base del principio de igualdad de los Estados, negaba que los extranjeros tuvieran derechos o privilegios especiales, determinando que las controversias en las que participaran debían ser sometidas a los tribunales estatales y resueltas conforme a las leyes nacionales, sin que los Estados de su nacionalidad pudieran intervenir en las mismas. Debe tenerse en cuenta sin embargo que, pese a esta acepción general, Calvo no adoptó una posición adversa a la sujeción al arbitraje internacional de las controversias originadas en reclamaciones por parte de extranjeros, concentrándose su doctrina en el rechazo de la fuerza armada como mecanismo de atender reclamaciones privadas, lo que no excluía la posibilidad de resolverlos mediante el arbitrajes³. Una huella de este pensamiento se registró en el

* Texto de la intervención pronunciada el 8 de julio 2010 en la Real Academia española de Jurisprudencia y Legislación, III Conferencia Anual Hugo Grocio de Arbitraje Internacional.

1 J.C. Fernández Rozas, *Tratado de arbitraje comercial internacional en América Latina*, Madrid, Iustel, 2008; A.M. Garro, “Enforcement of Arbitration Agreements and Jurisdiction of Arbitral Tribunals in Latin America”, *J. Int’l Arb.*, vol. 1, n° 4, 1984, p. 293-321; H.A. Grigera Naón, “Arbitration in Latin America: Overcoming Traditional Hostility”, *Arb. Int’l*, vol. 5, n° 2, 1989, pp. 146-148; R. Layton, “Changing Attitudes Toward Dispute Resolution in Latin America”, *J. Int’l Arb.*, vol. 10, 1993, pp. 123 ss; D.E. González, G.F. Hritz, M. Ríos y R. C. Lorenzo, “International Arbitration: Practical Considerations with a Latin American Focus”, *The Journal of Structured and Project Finance*, Spring, 2003, pp. 33-43; R. Santos Belandro, “Brisas favorables de orientación estatal impulsan, a vela desplegada, el arbitraje comercial internacional en la región”, *Estudios de arbitraje. Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar*, Santiago, 2006, pp. 553-565.

2 F. Tamburini, “Historia y destino de la ‘doctrina Calvo’: ¿actualidad u obsolescencia del pensamiento de Carlos Calvo?”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* (Escuela de Derecho, Universidad Católica de Valparaíso), vol. 24, 2002, pp. 81-101.

3 Cf. H. Grigera Naón, “Arbitration and Latin America: Progress and Setbacks”, *Arb. Int’l*, vol. 21, n° 2, 2005, pp. 134-135. *Vid.* en la práctica de los EE UU el asunto *North Am. Dredging Co. of Texas / United Mexican States, United States-Mexican*, Claims Commission, 1926, 4 UNRIAA, 26 (1926) en H.J. Steiner y D.F. Vagts, *Transnational Legal Problems: Material and Texts*, 3ª ed., Mineola, N.Y., 1986, pp. 553 y 557-561.

primitivo rechazo de los Estados de América Latina hacia la Convención de Washington de 1965⁴ que fue ampliamente superado en la década de los noventa⁵, pero que hoy reaparece como bandera de muchos movimientos anti-globalización. Hasta principios de los años noventa del pasado siglo, los Estados de América Latina habían sido reticentes a adoptar los diferentes mecanismos alternativos de solución de conflictos, y principalmente al arbitraje debido a la percepción de que estos eran utilizados como mecanismos de dominación por parte de los intereses foráneos; y a ello deben añadirse las malas experiencias en los arbitrajes de Derecho internacional público y la omnipresencia del Estado. La consecuencia fue un fuerte proteccionismo comercial que hasta bien entrada la década de los ochenta imperó en la región. Por eso, aunque el uso del arbitraje internacional en el hemisferio se ha incrementado decisivamente, todavía no puede hablarse de una completa familiaridad y adecuado conocimiento de este mecanismo de solución de conflictos a partir de una visión regional. Es cierto que existen países donde ha habido un notable avance pero la regla para la región es que hay aún mucho camino por recorrer⁶. No en vano los Estados se negaban a aceptar en el ámbito internacional una justicia diferente de la de sus propios jueces y por su fuerza era capaz de imponerla en la mayoría de los casos.

2. Frente a este enfoque, fiel reflejo de una época periclitada, ya en los años conclusivos del siglo la institución arbitral era conocida, reglamentada en la totalidad de los países latinoamericanos aunque a partir de reglamentaciones anticuadas, que descansaban, principalmente, en los Códigos civiles, de comercio y de procedimiento civil⁷. Andando el tiempo, al lado de importantes reformas legislativas que han conseguido un significativo florecimiento de unificación en el subcontinente⁸ y de correctos desarrollos jurisprudenciales⁹, se registró también una mayor especialización de los árbitros inscrita dentro de una cultura arbitral que se extiende a los abogados¹⁰ y a los jueces¹¹. Uno de los Estados donde ha evolucionado en mayor medida el arbitraje en su dimensión internacional ha sido México sin duda por el influjo poderoso de los EE UU y, en su dimensión interna, el caso de Chile también es significativo a partir de la labor efectuada por la Cámara de Comercio de Santiago, que es una de las más activas del Continente en el ámbito del arbitraje. Por su parte, Argentina, Colombia, Perú y Venezuela también han registrado un sustancial impulso. Y otra institución de arbitraje relevante es el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. En efecto, siguiendo el ejemplo de esta última institución junto con las de México y Lima, dichas entidades tuvieron el mérito de ser las primeras que modernizaron sus servicios de solución de controversias. Iniciativas como las descritas fueron acogidas por la Asociación Iberoamericana de Cámaras de Comercio (AICO)¹², que además de servir de plataforma de información acerca de las cuestiones relacionadas con la reactivación de los Centros de Arbitraje y Conciliación, comprometió a los directivos de las Cámaras de Comercio del área a la eficiente prestación de estos servicios como aportación esencial

4 Los Estados de América Latina rechazaron en un primer momento suscribir la Convención del CIADI por medio de una posición común conocida como el “no de Tokio”. Vid. M.M. Moore, “International Arbitration between States and Foreign Investors: The World Bank Convention”, *Stanford Law Review*, vol. 18, 1965-1966, p. 1376, pp. 1359-1380; P.C. Szasz, “The Investment Disputes Convention and Latin America”, *Va. J. Int'l L.*, vol. 11, 1971, pp. 256-265; A.F. Abbott, “Latin American and International Arbitration Conventions: The Quandary of Non-Ratification”, *Harv. Int'l L.J.*, vol. 17, 1976, p. 131.

5 D. Manning Cabrol, “The Imminent Death of the Calvo Clause and Rebirth of the Calvo Principle: Equality of Foreign and National Investors”, *Law and Policy in International Business*, vol. 26, 1995, pp. 1169-1200.

6 B.M. Cremades y W.L. Cairns, “El arbitraje en la encrucijada entre la globalización y sus detractores”, *RCEA*, vol. XVI, 2002, pp. 15-61; *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, n° 11, 2002, pp. 47-95.

7 Vid. el libro editado por la Cámara de Comercio de Bogotá, *Panorama y perspectivas de la legislación iberoamericana sobre arbitraje comercial*, Bogotá, 1993, que incluye las legislaciones vigentes hasta ese momento.

8 F. Cantuarias Salaverry, “Breve descripción de la situación del arbitraje internacional en América Latina”, *Laudo* (Perú), n° 3, mayo 2004.

9 J.B. Lee, *Arbitragem comercial internacional nos países do Mercosul*, Curitiba, 2002.

10 J.A. Cremades Sanz-Pastor, “La perception de l'arbitrage international par les avocats”, *Bull. CI Arb. CCI*, vol. 2, n° 2, 1991.

11 En torno al contenido de esta expresión, Vid. Th. E. Carbonneau, “Arbitral Law-Making”, *Mich. J. Int'l L.*, vol. 25, 2003-2004, pp. 1183-1208.

12 La Asociación Iberoamericana de Cámaras de Comercio (AICO) es un organismo internacional privado no gubernamental, colectivo y voluntario sin ánimo de lucro, que asocia, reúne y representa a más de 400 Cámaras de Comercio, Asociaciones, Corporaciones y Entidades afines, de habla hispana y portuguesa, de 22 Estados de América Latina, el Caribe, España, Portugal y Comunidades Hispánicas de los EE UU.

del sector privado al desarrollo económico y la inserción de la economía de sus respectivos países en la globalización¹³.

II. Evaluación de los tópicos tradicionales anti-arbitraje

1. Arquetipos contrarios al juicio de árbitros

3. Desde la terminación de la primera guerra mundial, y en mayor medida después de la segunda, el arbitraje se ha convertido en un instrumento esencial del tráfico mercantil y en un destacado instrumento de creación y renovación del Derecho de los negocios. Su empleo en los diversos Estados para la resolución de conflictos, a partir de los de mayor significación hasta los de menor cuantía, es cada vez más apreciable. Esta institución, tanto en su dimensión interna como internacional, no ha sido ajena a la vida jurídica en América Latina evidenciándose su tratamiento particularizado por parte de la generalidad de los legisladores internos, su regulación en numerosos textos internacionales del sub-continente y la actividad creciente de las instituciones dedicadas a la administración de esta peculiar modalidad de arreglo de controversias¹⁴. Los factores que en su día contribuyeron a una apreciación negativa del arbitraje, tales como la insuficiencia de las reglamentaciones internas, la evasión del Derecho en favor de las empresas multinacionales en perjuicio de la parte débil en los contratos¹⁵, el carácter reciente de la práctica del arbitraje concretada en la falta de conocimiento de sus bondades y, en particular, del alcance real de la cláusula compromisoria y de la misión del árbitro¹⁶, han ido atenuándose de manera progresiva dentro de un proceso que no tiene retorno; así se percibe desde otros círculos jurídicos por estrechas relaciones con el sub-continente como los EE UU¹⁷. La inexistencia de una cultura arbitral consolidada está en trance de superación, produciéndose una construcción teórica a partir del comportamiento de los operadores jurídicos en el Derecho de los negocios internacionales que ofrece patrones específicos de comportamiento y una valiosa convergencia de prácticas¹⁸. Puede hablarse así de la existencia de un auténtico paradigma, en el sentido expresado por T.S. Kuhn, con sus clásicas connotaciones: lenguaje científico común y utilización común de conceptos dentro de una cosmovisión generalmente aceptada¹⁹. Y, al tiempo, se aprecia una notable mejora de las condiciones objetivas y subjetivas para el desarrollo de un sistema arbitral sólido, permanente y confiable, capaz de responder a las demandas de “justicia alternativa” reclamadas por los operadores económicos nacionales e internacionales para facilitar el intercambio económico y las inversiones. A medida que las economías de la región se diversifican y las empresas se vuelven más dependientes de una variedad de proveedores e inversores, aumenta inexorablemente el incentivo para recurrir al arbitraje o a la conciliación. Siguen presentes, no obstante, ciertas reticencias que dificultan la expansión del arbitraje, fundamentalmente entre operadores económicos de pequeña o mediana entidad, ya que las grandes empresas son más proclives a este medio de resolución de conflictos. Los especialistas jurídicos más sensibilizados apuntan a razones tales como el coste del arbitraje, aparentemente superior al del proceso judicial aunque, a la larga, la mayor duración del proceso compensaría el inicial coste superior del arbitraje, o a la desconfianza en cuanto a su eficacia, por cuanto la falta de *imperium*

13 C. Frutos-Peterson, *L'émergence de l'arbitrage commercial international en Amérique Latine. L'efficacité de son droit*, París, 2003.

14 H. Grigera Naón, “ICC Arbitration and Courts of Law: Practical Experiences in Latin America”, *Liber Amicorum Karl-Heinz Böckstiegel*, Colonia, 2001, pp. 231-251.

15 Recuérdese que a esta conclusión había llegado el jurista español F. de Castro y Bravo tras su presencia en la Uncitral, donde tuvo un contacto permanente con los representantes de los países latinoamericanos (Vid. “El arbitraje y la nueva *lex mercatoria*”, *ADC*, t. XXXII, 1979, pp. 698-726).

16 G. Lucas Sosa, “Nuevas perspectivas del arbitraje. Un enfoque procesal desde Argentina”, *El arbitraje en el Derecho latinoamericano y español. Liber Amicorum en homenaje a Ludwick Kos Rabcewicz Zubkowski*, Lima, 1989, pp. 129 y 132.

17 D. Bishop, “The United States’ Perspective Toward International Arbitration with Latin American Parties”, *International Law Practicum*, vol. 8, 1995, pp. 63 ss.

18 T. Ginsburg, “The Culture of Arbitration”, *Vand. J. Transnat'l L.*, vol. 36, 2003, pp. 1335-1346.

19 Cf. T.S. Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions*, 2ª ed., Chicago, 1970, pp. 11 ss.

JOSÉ CARLOS FERNANDEZ / UNA DÉCADA DE CONSOLIDACIÓN DEL ARBITRAJE EN AMÉRICA LATINA

de los árbitros obliga a recurrir a la intervención jurisdiccional²⁰. Son, sin embargo, planteamientos que cada vez contienen una menor entidad ante el avance incontestable de las transacciones transfronterizas de cualidad mercantil.

4. Contrastado con a la jurisdicción ordinaria el arbitraje manifiesta mayores posibilidades para conseguir una justicia más rápida y eficaz por el refuerzo, de un lado, de los principios de oralidad, inmediación y concentración y la consiguiente mitigación, de otro lado, de innecesarios formalismos. La oralidad, que deriva directamente del derecho fundamental de todo justiciable a ser oído, goza de un tratamiento preferente como principio inspirador de todos los procedimientos por ser el más apto para obtener la tutela efectiva; bien entendido que no todo arbitraje debe responder a este criterio pues dentro de sus facultades el tribunal arbitral puede decidir, sin perjuicio del acuerdo en contra de las partes, la procedencia de la celebración de una vista oral o si el procedimiento arbitral se decide únicamente sobre la base de escritos y otros documentos; de esta suerte, si las partes no hubieran excluido la posibilidad de celebrar una vista oral, esta deberá llevarse a cabo por dicho tribunal en el momento procesal oportuno, si alguna de las partes lo solicitase. La inmediación permite una mayor facilidad en la evacuación de pruebas asegura la presencia del juzgador en cada una de las fases del y proceso, especialmente en la de la prueba. Por último, la concentración tiene el mérito de agrupar todas las cuestiones debatidas o el mayor número de ellas para ventilarlas y decidir las en el mínimo de actuaciones y providencias, con lo que se evita que el proceso se distraiga en cuestiones accesorias que impliquen suspensión de la actuación principal.

La resultante de conjugar estos principios es una eficaz interlocución entre las partes, sus asesores, y eventualmente, en los arbitrajes administrados, la institución arbitral y, a la vez, la reducción de los plazos pertinente para la resolución de la controversia, que la práctica arbitral patentiza con reiteración²¹. Contra una imagen deliberadamente renuente, el laudo arbitral es tan efectivo y ejecutable como una sentencia judicial²². Resulta sumamente elocuente resaltar que en el arbitraje internacional los laudos se cumplen en un porcentaje muy elevado de los casos; según parece, los laudos emanados de Corte Internacional de Arbitraje de la CCI se acatan voluntariamente por la parte condenada en más de las tres cuartas partes de los asuntos concluidos en laudo y lo propio ocurre, por sólo poner otro ejemplo, con los administrados por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas que registró entre los años 1998 a 2006 un 87% de cumplimiento voluntario de los laudos²³. Y a esta circunstancia coadyuva no solamente la general calidad y fundamentación de los laudos emanados de estas instituciones, sino a un hecho de carácter psicológico en el sentido de que la parte incumplidora se expone a que este incumplimiento alcance cierta notoriedad y dé origen a desconfianza cuando intente insertar un compromiso arbitral en nuevos contratos con partes distintas a las del litigio.

2. Arbitraje versus jurisdicción

5. Dentro de los tópicos tradicionales en la defensa del arbitraje se hace hincapié en los “inconvenientes” o “males” de la Administración de Justicia del Estado con el resultado de que el arbitraje sería tanto más imprescindible cuanto más empeorado esté el sistema preconizado por dicha Administración; en este discurso el arbitraje se suele presentar como la panacea que resuelve todos los males de la Justicia estatal, ofreciendo una imagen idílica del primero como antesala a una auténtica rivalidad entre ambos²⁴. Existen, al efecto, dos niveles de análisis en el problema de la ineficiencia de la justicia. Un nivel está conformado por los elementos formales de capacidad institucional del Poder Judicial y el otro nivel es el resultado de dichas deficiencias en la sociedad en general.

i) En cuanto al primero, un catálogo de deficiencias que, por descontado, no es un problema exclusivo de América Latina pero que acostumbra a encontrarse en el sub-hemisferio, suele apuntar a una supuesta ausencia de independencia del

20 F.E. Nattier, “International Commercial Arbitration in Latin America: Enforcement of Arbitral Agreements and Awards”, *Tex. Int'l L.J.*, vol. 21, 1986, pp. 397-424.

21 E. Verdura y Tuells, “Algunas consideraciones en torno al arbitraje comercial”, *RCEA*, vol. X, 1994, p. 148.

22 H. Smit, “The Future of International Commercial Arbitration: A single Transnational Institution?”, *Columbia J. Trans'n'l L.*, 1986, vol. 25, pp. 15 ss.

23 http://www.arbitrajeccc.org/index.asp?spg_id=17.

24 F. Flores-García, “Una fórmula heterocompositiva recomendable: El arbitraje”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* (Chile), vol. 17, 1996, pp. 143-185.

poder judicial y a todos los aspectos relacionados con ella, tales como la designación de magistrados, su evaluación y los sistemas de disciplina aplicables; también apunta a la deficiente asignación de recursos económicos al Poder Judicial para el mantenimiento de sus obligaciones, a la demora en la resolución de los casos²⁵ y a la falta de preparación y de actualización de los jueces. Por fortuna esta situación comienza a mejorar sensiblemente por medio de profundos procesos de reforma, orientados a superar el sometimiento de hecho de la justicia al Poder Ejecutivo que posee, en la mayoría de los casos, la responsabilidad sobre el nombramiento, permanencia en el cargo y presupuestos²⁶. Concretamente, el método de fijación del presupuesto del Poder Judicial puede ser utilizado como mecanismo de presión y subordinación, ejercido por el Poder Político, pues la medida generalmente promovida como solución a este problema es la fijación de un porcentaje, constitucional de asignación presupuestaria para la rama judicial, como un mecanismo para dotar a este órgano de mayor independencia; sin embargo, la no participación del Poder Judicial en el proceso de fijación del presupuesto, como el resto de las áreas del Estado, puede conducir a un aislamiento y falta de control, que resultan nocivos y contraproducentes, y que pueden terminar, paradójicamente, debilitando al Poder Judicial.

Casi todos los Estados de América Latina han intentado o están en trámite de cambiar el modo de gobierno de sus Poderes Judiciales, en muchos casos como un elemento esencial de sus transiciones a la democracia²⁷. Así, Argentina, El Salvador, Panamá, Perú, Costa Rica, Colombia, Paraguay y Ecuador han modificado sus Constituciones para crear Consejos de la Magistratura destinados a gobernar sus ramas judiciales, siguiendo el modelo Europeo de la posguerra, y Guatemala, Honduras, Chile y Nicaragua han discutido proyectos similares de Reforma Constitucional; también han alterado sus Constituciones para garantizar que un porcentaje de su presupuesto público vaya al Poder Judicial, estableciendo, a un mismo tiempo, la capacidad de los Consejos de la Magistratura de administrar dichos fondos. En este contexto puede observarse como los Estados latinoamericanos han implementado en los últimos años procesos de reforma judicial incrementando progresivamente los presupuestos destinados al poder judicial y, esencialmente, con la ayuda inestimable de subvenciones externas²⁸, orientados, básicamente, a mejorar la eficiencia del sistema de justicia, a paliar las barreras de acceso a los tribunales y a fortalecer la independencia de la judicatura.

ii) En cuanto al segundo, se acostumbra a escuchar en América Latina voces que apuntan, en primer lugar, a la pérdida de credibilidad, desconfianza, corrupción, conducta antifuncional; en segundo lugar, a la falta de recursos humanos, financieros, logísticos, infraestructura; en tercer lugar a la abrumadora carga procesal, retraso y falta de celeridad judicial²⁹; en cuarto lugar a la baja productividad, negligencia reiterada e inexcusable parcialidad y lenidad en las decisiones³⁰; en quinto lugar a

25 A.M. Garro ha denunciado esta situación a través de un expresivo juicio: “*Most countries are confronted with rising caseloads resulting from growing populations and scarce financial resources. Courts in El Salvador, Costa Rica, Guatemala, and Honduras operate under serious physical, financial, and personnel constraints. Consequently, a considerable backlog of cases and an intolerable delay in litigation contribute to a decrease in public confidence in the administration of justice*” (Cf. “The Uncitral Model Law and the 1988 Spanish Arbitration Act: Models for reform in Central America”, *Am. Rev. Int’l Arb.*, vol. 1, n° 2, 1990, p. 205).

26 M. Popkin, “Favorecer el Poder Judicial”, *En busca de una justicia distinta. Experiencias de reforma en América Latina* (L. Pásara, comp.), México, 2004, pp. 409-448

27 Vid. M. Dakolias, “A Strategy for Judicial Reform: The Experience in Latin America”, *Va. J. Int’l L.*, vol. 36, 1995, pp. 167-231; F. Carrillo Flores, “Los retos de la reforma de justicia en América Latina”, *Reforma Judicial en América Latina: una tarea inconclusa*, Santa Fe de Bogotá, abril de 1999, p. 39 ss.

28 No puede desconocerse que determinadas agencias internacionales han sido actores importantes de este proceso. En primer lugar, la Agencia de los EE UU para el Desarrollo Internacional (USAID) aportó más de doscientos millones de dólares entre 1985 y 1995 para la Reforma judicial, especialmente en Centro América; el Banco Mundial destinó en 1998, 90 millones de dólares para reformas judiciales en diversos países Latinoamericanos, particularmente en Venezuela y Bolivia; por último el Banco Interamericano de Desarrollo ha llegado a aprobar en la región proyectos por valor de 130 millones de dólares a 1998 para la reforma de la justicia. Vid. “The World Bank’s Role in Legal and Judicial Reform”, *Judicial Reform in Latin America and the Carabean: Proceedings of a World Bank Conference* (M. Rowat, W.H. Malik y M. Dokalias, eds.), Washington, World Bank, 1995 (Technical Paper 280); E. Iglesias, “Derecho, justicia y desarrollo en América Latina en la década de los noventa”, *Justicia y desarrollo en América Latina y Caribe*, Washington, 1993, pp. 3-11.

29 F. Cantuarias Salaverry, *Arbitraje comercial y de las inversiones*, Lima, 2007, pp. 3-7.

30 J. Witker, “El Derecho económico internacional y el arbitraje comercial”, *Panorama del arbitraje comercial (selección de lecturas)*, México, 1983, pp. 25-26.

JOSÉ CARLOS FERNANDEZ / UNA DÉCADA DE CONSOLIDACIÓN DEL ARBITRAJE EN AMÉRICA LATINA

la provisionalidad de los magistrados y a la no idoneidad de algunos operadores del sistema en el ejercicio de sus funciones y competencias; y a ello se une, en última instancia, la generalizada percepción de una justicia en crisis debido a la corrupción y abuso de poder³¹, los servicios lentos y no adecuados, costo elevado e insuficiente cobertura hacia la población.

Sumamente expresiva de este clima fue la Declaración de Caracas de 1998 de las Cortes y Tribunales Supremos de Iberoamérica presentes en la Cumbre Iberoamericana en la que fueron conscientes que la corrupción en sus distintas formas y modalidades era un fenómeno que debilitaba la legitimidad del sistema democrático y la estabilidad de las instituciones insistiendo en la necesidad de combatirla de forma activa fortaleciendo el proceso de selección de los funcionarios judiciales como medida preventiva en la lucha contra la corrupción a partir de los postulados de la Convención interamericana contra la corrupción, suscrita en Caracas, Venezuela el 29 de marzo 1996³². De ahí las preocupaciones de la propia Cumbre por señalar las ventajas correctoras de los métodos alternativos de solución de controversias y, dentro de éstos, las bondades del arbitraje.

6. El entorno donde se desenvuelven los sistemas judiciales no responde, por lo general, a las confianzas concebidas por los principios formales que rigen el ordenamiento jurídico para lo cual fue creado, esto es, hacer justicia. Con ello se evidencia la crisis y el vetusto entramado del aparato judicial estatal³³. Abundan muchas concepciones políticas que colocan la incógnita del funcionamiento eficaz del sistema judicial como un elemento determinante para que un Estado resuelva sus problemas esenciales y que consideran que un sistema judicial eficaz y confiable es sinónimo de seguridad jurídica, principio que, a su vez, incentiva la inversión extranjera, lo que equivale a progreso. La seguridad jurídica y la presencia de mecanismos eficaces y confiables para la resolución de controversias son elementos claves para mejorar la competitividad de las economías que es uno de los principales desafíos del sector empresarial en América Latina. Prescindiendo de la mayor o menor bondad de estas afirmaciones, lo cierto es que, incluso los que consideran que una estructura judicial solvente asegura la vigencia plena de un Estado de Derecho, no desconocen la trascendente importancia de una organización judicial compatible con la demanda social de justicia.

En muchos Estados de América Latina la estructura de la Administración de la Justicia está sumida, como hemos apuntado, en una profunda crisis en la que sus manifestaciones más significativas apuntan, debe abundarse en ello, a la morosidad de los procesos civiles y comerciales³⁴, lo que produce un impacto negativo en el desarrollo productivo y en la inversión de capitales, por la posibilidad de paralizar actividades, generar gastos improductivos cuando no quebrantos económicos de considerable importancia. La morosidad y la prolongada duración de los procedimientos judiciales pueden afectar seriamente a los legítimos intereses de las clases más modestas, hasta el punto puede convertirse en un auténtico medio de presión de los más fuertes en contra de los más débiles, cuya situación de inferioridad no siempre les permite proseguir dichos litigios. Las formalidades procesales, que han de entenderse siempre para servir a la justicia, garantizando el acierto de la decisión jurisdiccional se utilizan con frecuencia como entorpecimientos encaminados a dificultar el pronunciamiento de sentencia acerca de la cuestión de fondo obstaculizando, de este modo, el proceder de lo que constituye la razón misma de ser de la Jurisdicción. Sin la Jurisdicción el Estado no se concibe como tal, pues privados los individuos de la facultad de hacer la justicia por su mano, el orden jurídico los ha investido del derecho a la tutela jurisdiccional y al Estado del deber

31 E. Buscaglia, "Corruption and Judicial Reform in Latin America", *Policy Studies Journal*, vol. 17, n° 4, 1997, pp. 273-295.

32 Los participantes insistieron en la necesidad de velar por la independencia y autonomía de los Poderes Judiciales, con el propósito de garantizar la protección y respeto de los derechos humanos; apuntalar el desarrollo sostenible de sus países y proteger el legado ambiental de futuras generaciones. También acordaron darle especial importancia a la aplicación y revisión del régimen de sanciones de los delitos contra la corrupción y el narcotráfico, cuya solución debe atenderse desde una perspectiva interjurisdiccional. Afirmaron, que para garantizar la independencia judicial era menester la aplicación de normas que asegurasen el autogobierno y que regulasen el acceso a la administración de justicia, el respeto a la estabilidad del juez y a la carrera judicial. *Vid.* A. Sayed, "Sur la règle odieuse dans le commerce international: le cas de la corruption", *Rev. belge dr. int.*, vol. 36, 2003, pp. 92-110.

33 H. Devis Echandía, "Progreso y deficiencias de la Justicia civil en Colombia", *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1976, pp 7-54; R.J. Caivano, "El arbitraje y la crisis de la justicia: causas y efectos de un fenómeno actual", *La Ley* (Buenos Aires), año LVIII, n° 40, 25 de febrero de 1994, pp. 1 ss.

34 Como reconoció el propio ex Presidente del Superior Tribunal de Justicia de Brasil: "bajo las reglas vigentes una sola acción puede generar más de 50 recursos; 16 de ellos solamente ante el STJ o el STF", *cit.* por M^aT. Sadek, "El Poder Judicial Brasileño: una institución refractaria al cambio", *En busca de una justicia distinta. Experiencias de reforma en América Latina* (L. Pásara, comp.), México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2004, pp. 89-139, esp. p. 132.

de la jurisdicción.

7. En la vida diaria el mantenimiento de la paz social se agrava porque el avance tecnológico y el aumento del tráfico de servicios y negocios ha producido un aumento en la conflictividad, que a su vez ha desbordado las estructuras que el Estado establece para solventarla mediante el Poder Judicial; no es extraña la referencia a la imposibilidad del Estado para resolver específicos litigios³⁵, y a la defensa del arbitraje por su virtualidad de ofrecer respuestas ágiles frente a la dilación del órgano jurisdiccional³⁶.

No puede extrañar que las críticas de los medios arbitrales hacia la justicia haya producido un explicable movimiento de defensa por parte de los jueces y en este clima de confrontación, es explicable que durante mucho tiempo los sectores más conservadores de la Judicatura mostraran, a partir de posiciones aparentemente profesionales, su animadversión y preocupación ante los indiscutibles avances del arbitraje en el ámbito de las transacciones mercantiles³⁷. Permanece un elemento de valoración subconsciente e imprevisible en el que influyen los propios criterios que tenga el juez sobre cuáles son los principios fundamentales del ordenamiento jurídico del que él es guardián y el respeto que se le debe dar a la propia institución arbitral³⁸. Más preocupante es, sin embargo, que una discusión de pura técnica jurídica derive en resultados judiciales desfavorables para la institución arbitral, precisamente en materia de ejecución o en las, siempre controvertidas, anulaciones de laudos, pues árbitros no tienen potestad de ejecución forzosa, y los jueces sí y si entre el mundo del arbitraje y el poder judicial no existen las relaciones que serían deseables y se carece de una coordinación adecuada podríamos estar ante una auténtica “ruleta” que puede determinar las ejecuciones o anulaciones de laudos que se judicializan.

8. Ha pasado ya tiempo del empleo de esta postura, por más que ciertas decisiones en América Latina sigan manteniendo esta huella de defensa de la labor del Poder Judicial y ello acaso explique por qué aún domina en muchos países la llamada concepción jurisdiccional del arbitraje. Más bien cada vez tienen mayor predicamento las tesis que insisten en que éxito del arbitraje depende del buen funcionamiento de la justicia pues los árbitros carecen de *ius imperii*, propio de la soberanía del Estado, y por ello, ningún sistema arbitral, que pretenda ser realmente eficaz, puede operar totalmente al margen de la intervención judicial, que debe extenderse tanto al auxilio del árbitro como al control de las garantías del procedimiento arbitral³⁹. Por así decirlo, el arbitraje se verá tanto más favorecido en el cumplimiento de sus objetivos institucionales cuanto mejor sea el funcionamiento de la administración de justicia ordinaria; dicho en otros términos: el peor enemigo del procedimiento arbitral es la ineficacia de la jurisdicción ordinaria⁴⁰.

Las posiciones que abogan por la relación de complementariedad entre jurisdicción y arbitraje cada vez poseen mayor aceptación, superándose los viejos modelos basados en la contradicción y la competencia entre las tareas judiciales y arbitrales⁴¹. Este es el tenor, en Perú, de la Sentencia del Tribunal Constitucional, de 28 de febrero de 2006 (*Fernando Cantuarias Salaverry*),

35 J.A. Silva Silva, *Arbitraje comercial internacional en México*, 2ª ed., México, 2001, p. 5.

36 F. Ramos Méndez, “Medidas alternativas a la resolución de conflictos en el ámbito patrimonial”, *Justicia*, 1994-IV, p. 812.

37 La situación del Perú es sumamente expresiva: “Mientras la tendencia mundial, en el plano legislativo, jurisprudencial y doctrinal, se orienta a la consolidación del carácter autónomo del arbitraje respecto de la justicia estatal, en el Perú existen jueces que, abusando de su poder, acostumbran trabar medidas cautelares para suspender su tramitación; inclusive, por estos días los medios de comunicación comentan los atropellos contra un tribunal arbitral cuyos miembros han sido objeto de embargos sobre sus bienes y hasta de un proceso penal” (Cf. J. Monroy Palacios, “Arbitraje, jurisdicción y proceso”, *Arbitration on Line, Boletín Jurídico*, año IV, n° 7, julio de 2006).

38 S. Jarvin, “La contestation judiciaire du rôle des arbitres”, *Les arbitres internationaux: Colloque du 4 février 2005*, París, 2005, pp. 163-178.

39 “El arbitraje y el Poder Judicial deben aprender a convivir”. Esta fue la conclusión alcanzada en el Primer Seminario organizado por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (23 de agosto de 2005), <http://www.camaralima.org.pe/infocamara/descargas/notasdeprensa/125.doc>.

40 Cf. E. Verdera y Tuells, “Algunas consideraciones...”, *loc. cit.*, p.146.

41 G. Giusti, “O árbitro e o Juiz; Da função jurisdiccional do árbitro e do juiz”, *Revista Brasileira de Arbitragem*, n° 5, 2005, pp. 7-13.

“... el arbitraje no puede entenderse como un mecanismo que desplaza al Poder Judicial, ni tampoco como su sustitutorio, sino como una alternativa que complementa el sistema judicial puesta a disposición de la sociedad para la solución pacífica de las controversias. Y que constituye una necesidad, básicamente para la solución de conflictos patrimoniales de libre disposición y, sobre todo para la resolución para las controversias que se generen en la contratación internacional”.

La institución que estudiamos, así concebida ni pretende reemplazar a los jueces ni mermar su labor⁴²; por esta razón en los últimos tiempos la confrontación da paso a una suerte de competencia legal entre el procedimiento judicial y el arbitral en virtud de la presencia (Venezuela)⁴³ o de la puesta en marcha reciente en algunos Estados de un orden jurisdiccional especializado en materia comercial (*v.gr.*, Argentina⁴⁴ y Perú⁴⁵). Es una nueva versión de los antiguos tribunales de comercio que aparecieron con los albores de la codificación mercantil y que constituyen un importante desafío para los Estados que los incorporan pues se trata de una cuestión poco pacífica desde la óptica doctrinal y profesional⁴⁶. Para frenar la competencia del arbitraje en función de su mayor especialización en cuestiones mercantiles el Estado reacciona estableciendo las condiciones adecuadas mediante la selección y formación especializada de jueces mercantilistas de quienes se espera un conocimiento específico y profundo de la materia, mayor agilidad en el estudio y resolución de los litigios y, por último, mayor coherencia en la labor interpretativa de las normas. Ello requiera la necesaria asignación de recursos plantea la necesidad que el Estado invierta en modernos sistemas de servicios judiciales, tanto en su parte organizativa, como en la calidad jurídica de sus componentes. Con sistemas judiciales que atiendan en plazos razonables las demandas de solución de conflictos y den respuestas jurídicas no solo de calidad sino que sean fácilmente ejecutables, se provoca un clima evidente de seguridad jurídica, y ello, como parece evidente, fomentará la generación de inversiones mediante la suscripción de numerosos contratos mercantiles de gran envergadura.

9. Vivimos ante una situación propicia a elevar la imagen del Poder Judicial y a generar una mayor aceptación, atracción y credibilidad para el empresariado en general que cuenta con una posibilidad complementaria a los métodos alternativos de carácter privado de solución de controversias. Al crearse una jurisdicción especializada, esa diferenciación tenderá a disminuir en la medida en que los juzgados especializados en lo mercantil generen transparencia, celeridad y justicia, y de esta forma, mejoran la calificación riesgo-país. Sin cuestionar las virtudes y ventajas de un procedimiento arbitral y su destacada presencia y futuro, hay que rescatar las virtudes y ventajas del procedimiento judicial señaladamente en la etapa de la actuación de los medios probatorios por los mecanismos, apremios y requerimientos que le son propios y en la etapa de la ejecución de la sentencia. La creación en ciertos países como Perú de una especialización mercantil en el Poder Judicial⁴⁷,

42 Como pusiera de relieve J.R. Caivano, “El arbitraje nunca podrá restar protagonismo al Poder Judicial. 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; y tienen, asimismo, las atribuciones de controlar que el arbitraje respete los principios de legalidad y se desarrolle bajo las garantías constitucionales” (*Cf. Negociación, conciliación y arbitraje*, Lima, 1988, p. 220).

43 Arts. 1090 ss Ccom Venezuela de 26 de julio de 1955, que reformó parcialmente el Ccom de 1919. Acerca de los conflictos de competencias entre la jurisdicción comercial y la LA Ve *Vid.* A. Baumeister Toledo, “Algunas consideraciones sobre el arbitraje comercial a la luz del Derecho positivo boliviano y el venezolano”, *Libro homenaje a Gonzalo Parra-Aranguren*, vol. III, Caracas, 2001, pp. 190-193.

44 Existen en Argentina 26 Juzgados Comerciales y una Cámara nacional en lo Comercial dividida en 5 salas.

45 O. Hundskopf Exebio, “La creación de la jurisdicción comercial dentro del sistema judicial peruano”, *Orbe et Ius, Revista de Opinión Jurídica*, IV, 2005, http://www.urbeetius.org/upload/sanacritica_hundshopf.pdf.

46 *Vid. v.gr.* en la doctrina española, por todos, J. Banacloche Palao, *Los Juzgados de lo Mercantil: Régimen jurídico y problemas procesales que plantea su actual regulación*, Madrid, 2005.

47 La Corte Suprema de la República creó juzgados y salas comerciales especializadas, mediante Resolución Administrativa n° 006-2004-SP-CS. Esta decisión del máximo tribunal constituye un importante avance en la reestructuración y modernización del Poder Judicial. Los jueces comerciales entre otros temas conocerán: Las pretensiones referidas a la Ley de Títulos Valores; las referidas a la Ley General de Sociedades; las relativas a materia financiera y de seguros derivadas de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la SBS; las derivadas de la contratación mercantil (comisión, prenda, *leasing*, *factoring*, contratos

ha reducido sensiblemente las diferencias que existían entre el arbitraje y el proceso común vislumbrándose que para procesos contenciosos de corta duración, especialmente sumarísimos, recurrir al arbitraje puede no ser rentable y resultar más aconsejable acudir a la justicia ordinaria.

Acudiendo al concurso de estas nuevas posibilidades que ofrece la justicia ordinaria el operador jurídico tiene la posibilidad de optar, sopesando las ventajas e inconvenientes y las circunstancias específicas de la vía más adecuada a seguir. Con ello no desaparecen las virtudes inherentes al arbitraje, pues sus cualidades de flexibilidad, especialización de los árbitros en temas altamente técnicos, confidencialidad, celeridad, participación de las partes en la elección del Tribunal, sometimiento al ordenamiento legal o arbitraje de conciencia, resolución específica del conflicto suscitado sin entrar a mayor deterioro de la relación comercial y finalmente economía en el tiempo, siguen estando presentes frente a la jurisdicción ordinaria. Y a ello hay que añadir que estas jurisdicciones especializadas en lo mercantil son las que adecuadas para ejercer las funciones de apoyo y de control judicial dentro del procedimiento arbitral.

A medida que se han ido incrementando las relaciones comerciales e inversoras entre los operadores económicos de América Latina y de los países desarrollados se puede apreciar a un reconocimiento gradual del importante papel del arbitraje internacional en cuanto mecanismo flexible, rápido y confiable para la resolución de controversias comerciales superándose no sólo la pugnacidad característica de épocas pasadas⁴⁸, con una favorable y, en muchas ocasiones eufórica, acogida de la institución que no registra la misma valoración mediante una dimensión “eurocentrista”. Esta última es portadora de un panorama muy negativo y parcial y, se quiera o no, desalentador para el desarrollo de la institución arbitral en el continente que se ha extendido a dignos próceres latinoamericanos que realizan, encaramados en la atalaya de instituciones arbitrales con evidente arraigo, críticas dignas de un buen neófito convertido a la cultura arbitral⁴⁹: No en vano, el arbitraje constituye un instrumento coadyuvante en la consolidación del desarrollo económico y político observándose su *aggionamento* a las nuevas circunstancias y el tránsito de una técnica artesanal y elitista a la creación de una verdadera industria arbitral⁵⁰. Por eso el arbitraje comercial internacional se va extendiendo como una mancha de aceite en América Latina frente a la tradicional reticencia a su utilización por los empresarios y sus asesores jurídicos, hoy son frecuentes sus participaciones en procedimientos arbitrales. Muchas veces estos operadores aparecen no sólo como demandados sino que toman la iniciativa y juegan un papel substancial en su condición de demandantes.

III. Hacia la consolidación de una jurisprudencia local

10. Uno de los índices más expresivos para comprobar el verdadero desarrollo del arbitraje comercial internacional en América Latina es la reacción de los tribunales estatales respecto a la institución, cuestión ésta que paradójicamente no suele ser abordada en toda su intensidad. Con ello se confirma la máxima avanzada años atrás de que la coherencia es aún más sorprendente que la contradicción⁵¹. Efectivamente, la jurisprudencia en este sector ha estado con mucha frecuencia alejada de los principios imperantes en otros círculos jurídicos cuando no ha mostrado una inclinación contraria a tales principios, pero hoy acontece una cosa muy diferente. No puede emitirse una afirmación con tan alto grado de generalización, por más que existan ciertos precedentes aislados que puedan deparar una imagen contraria al arbitraje: la declaración de inconstitucionalidad de principios claves del arbitraje como el principio del *kompetenz-kompetenz*; la admisibilidad de vías oblicuas o indirectas para atacar un laudo arbitral distintas del recurso de nulidad, como ocurre con el recurso de amparo

empresariales) y las referidas al transporte de bienes.

48 A.I. Piaggi, “Evoluciones recientes del arbitraje comercial internacional en Latinoamérica”, *Revista de Derecho del Mercosur*, n° 6, diciembre de 2000, p. 148.

49 *Vid.* la intervención de F. Mantilla en el coloquio sobre el arbitraje en América Latina que tuvo lugar en París en 2003 donde, refiriéndose a las innovaciones habla de una “furia legislativa y convencional” deficientemente coordinada cuyos resultados se aplican de forma poco clara, *Rev. arb.*, 2003, p. 1406.

50 B.M^a Cremades, “Ventajas del arbitraje en el comercio internacional”, *Panorama del arbitraje comercial (selección de lecturas)*, México, 1983, pp. 81-89.

51 *Cf.* Y. Derains, “Les tendances de la jurisprudence arbitrale internationale”, *Journ. dr. int.*, 1993, p. 831.

JOSÉ CARLOS FERNANDEZ / UNA DÉCADA DE CONSOLIDACIÓN DEL ARBITRAJE EN AMÉRICA LATINA

(señaladamente en México) o el recurso de queja (consustancial del sistema chileno), o bien la ampliación excesiva de los motivos del mismo recurso de nulidad por parte de los tribunales para revisar el fondo del laudo arbitral; la ambigüedad en el tratamiento de la noción de orden público cuando debe resolverse acerca de la arbitrabilidad de un convenio arbitral o del reconocimiento o ejecución de un laudo arbitral o, por sólo citar un elemento más, la inconsistencia entre el concepto de orden público internacional y la de orden público nacional que los tribunales locales aplican⁵².

Frente a estas tendencias preocupantes es razonable suponer que incluso con anterioridad a la irrupción de las nuevas reglamentaciones sobre arbitraje ya existía cierto ambiente favorable a la aceptación por parte de los Tribunales de justicia latinoamericanos a las instituciones de base del Derecho de los negocios transnacionales desarrollando el arbitraje a partir de los tradicionales códigos procesales. Tal fue el caso de Argentina respecto de la institución arbitral en su conjunto⁵³ y de México respecto de la ejecución de los laudos arbitrales extranjeros⁵⁴. En todos los países suele existir un hito destacado en la jurisprudencia que determina un punto de inflexión en el desarrollo del arbitraje en un concreto sistema jurídico⁵⁵.

11. Destacan como precedentes sumamente significados, y lo cierto es que de mayor repercusión internacional, una serie de decisiones de referencia obligada en la práctica de América Latina.

i) En Venezuela la sentencia dictada el 9 de octubre de 1997 por la extinta Corte Suprema de Justicia en el caso *Embotelladora Caracas C.A. y Otras / Pepsi-Cola Americana, S.A.*; en ella, la Sala Político-Administrativa de entonces invocó los compromisos convencionales suscritos por Venezuela para validar acuerdos de arbitraje suscritos en contratos contenidos en documentos privados y declarar que los tribunales venezolanos no tenían jurisdicción para conocer de las controversias planteadas porque las partes habían escogido resolverlas mediante arbitraje, en la ciudad de Nueva York, bajo las reglas de la Cámara de Comercio Internacional. La sentencia afirmó que

“... la República de Venezuela se ha obligado a reconocer el acuerdo por el cual las partes deciden someter a arbitraje todas o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de un negocio de carácter mercantil internacional, contractual o no, concerniente a un asunto que puede ser resuelto por arbitraje. No hay duda que el acuerdo arbitral en cuestión está documentado, en sendos escritos suscritos por las partes, y que la materia es arbitrable según el Derecho venezolano”:

ii). En Uruguay resalta la Sentencia n° 161/03 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil del Segundo Turno, de 18 de junio de 2003 (*Enersis, S.A. y otros / Pecom Energía, S.A. y otra*), que rechazó un recurso de anulación interpuesto contra un laudo en un arbitraje internacional que había establecido su sede en Montevideo, en función de los compromisos internacionales

52 J.W. Stempel, “Pitfalls of Public Policy: The Case of Arbitration Agreements”, *St. Mary L.J.*, vol. 22, 1990, pp. 259 ss; J. García de Enterría, J. García de Enterría, “The Role of Public Policy in International Commercial Arbitration”, *Law & Policy Int’l Buss.*, vol. 21, 1989-1990, p. 431.

53 Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 29 de abril de 1997 (*Blanco, G. y otro / Petroquímica Bahía Blanca y otro*). *Vid. El Derecho*, 29 de septiembre de 1997, pp. 174-286 y nota de J.L. Anaya y L.E. Palacio. Y ello aun cuando uno de los miembros de la Corte no tuvo ningún reparo en manifestar que las publicitadas virtudes que se le atribuyen a los procedimientos arbitrales, no permiten concluir que el proceso arbitral proporcione a los particulares un medio rápido y sencillo de terminar sus contiendas insistiendo en el tópico de que “la jurisdicción es función monopólica del Estado”.

54 En México con anterioridad a 1989 existen una serie de precedentes favorables a la ejecución de los laudos arbitrales extranjeras. Baste retener los asuntos *Press Office, S.A. / Centro Editorial Hoy, S.A.*, *Malden Mills Inc. / Hilaturas Lourdes, S.A.* o *Mitsui de México y Mitsui and Co. / Alkon Textil, S.A.*

55 En España, por ejemplo, tuvo una enorme repercusión y generó una impresionante literatura jurídica el Auto del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 1981 (*Rederiaktiebilaget Gustaf Erikson / Eurofrío Alimentos Congelados, S.A.*), *RCEA*, vol. I, 1984, pp. 152-154.

asumidos por ese Estado que obligaban a aplicar un régimen distinto del previsto para el arbitraje interno; en esta decisión se percibe un empeño de convertir a Montevideo como una plaza neutral y segura para los arbitrajes internacionales mediante la conformación de la imagen de un país respetuoso y amante del Estado de Derecho⁵⁶.

iii) Por citar otro precedente ilustrativo, resulta de referencia obligada la Sentencia del Tribunal Constitucional peruano, de 28 de febrero de 2006 (*Fernando Cantuaruas Salverry*) donde, dentro de la interpretación constitucional, se instituyó un régimen de inmunidad del arbitraje frente a la acción del Poder Judicial, del Ministerio Público y de cualquier otra autoridad respecto a causas pendientes en sede arbitral impidiendo la interferencia en el ejercicio de las funciones de los árbitros, posibilitando que éstos puedan ejercer su función sin intromisiones externas; al hilo de esto el Tribunal afirmó que el arbitraje goza de protección constitucional y que constituye una excepción a la jurisdicción ordinaria por obra de las partes al suscribir un convenio arbitral. Y esta corriente de opinión ha sido confirmada por el mismo órgano jurisdiccional en Sentencia de 30 de abril de 2006 (*Compañía de Exploraciones Algamarca*):

“El arbitraje constituye (...) una alternativa al Poder Judicial para la solución de conflictos que versen sobre materia de carácter disponible por las partes. No es, pues, anómalo, que los justiciables opten por recurrir a esta vía cuando, por ejemplo, se discutan materias de considerable cuantía económica. Se trata, presumiblemente, de controversias que oponen en mayor medida a empresas, bajo la consideración de que el importante interés económico en discusión y las dilaciones en las que puede incurrir la jurisdicción ordinaria, franquean oportunamente el proceso arbitral”.

IV. Apertura de los sistemas nacionales hacia la institución arbitral

1. Posiciones superadas

12. En términos generales en América Latina existía un gran obstáculo para consolidar el uso y práctica de la institución que estamos estudiando. Ese obstáculo derivaba de la falta de normas locales adecuadas y adaptadas a los principios universales y tendencias actuales del arbitraje⁵⁷; no en vano, en la mayoría de los países latinoamericanos el marco regulador del arbitraje podía encontrarse en los códigos orgánicos y de procedimiento civil o comercial que no eran sino parte del legado jurídico dejado por los países europeos y que se basaban en principios decimonónicos, ocupando, dentro de estos textos un lugar relevante la regulación arbitral de la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1851, que contemplaba el arbitraje desde una óptica claramente judicializada y que pasó a integrar el Título V del Libro II de la posterior Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. En esta última disposición se hacía referencia tanto al juicio de árbitros como al de amigables compondores de suerte que el primero constituía una especie de procedimiento tipo y el segundo una variante del mismo⁵⁸.

Semejante construcción ofrece un condicionamiento histórico destacado sobre el que debe realizarse una somera consideración. La etapa de la codificación del Derecho mercantil no es otra cosa que un reflejo de la estatalización de este

56 Se supera así una cierta incertidumbre que existía en Uruguay “teniendo en cuenta la larga tradición territorialista de dicho país; la concepción de un Derecho internacional privado resolviendo un conflicto de soberanías, lo cual conducía a la proscripción casi total de la autonomía de la voluntad en dicho ámbito; un sistema de conflicto muy clásico; y otros aspectos que iban en el mismo sentido” (Cf. R. Santos Belandro, “Nueva postura de Uruguay favorable al arbitraje comercial internacional”, *RCEA*, vol. XXII, 2007, pp. 85-91).

57 L.M. Summers, “Arbitration and Latin America”, *California Western Int'l L.J.*, vol. 3, 1972-73, pp. 1-20.

58 J. Guasp, *El arbitraje en el Derecho español: su nueva regulación conforme a la Ley de 22 de diciembre de 1953*, Barcelona, 1956, pp. 35 ss.

ordenamiento que había discurrido con anterioridad por derroteros desvinculados absolutamente del Estado, tanto en lo que concierne a la producción de normas como al arreglo de controversias, desarrollada por los denominados “tribunales consulares”⁵⁹. Esta “estalización” implicó una “judicialización” en este sector con la creación en muchos Estados de los Tribunales de comercio. El claro intento de favorecer la competencia de estos últimos justifica la tibia regulación del arbitraje en los Códigos y en las leyes procesales y la desconfianza que late en ellos hacia un procedimiento de arreglo de controversias con pretensiones de sustraerse a la autoridad del Estado. Ello explica las características de la regulación del arbitraje dentro del cauce legal que estamos examinando⁶⁰ y su inadecuación a las necesidades que el desarrollo del comercio iba exigiendo paulatinamente: se tomaba en consideración el arbitraje nacional y no el internacional, con fuerte insistencia en los aspectos formales de procedimiento y relevante intervención de la justicia estatal en todas las instancias del proceso arbitral en el momento reconocer el laudo; una limitada autonomía de la voluntad de las partes para someter cuestiones a arbitraje y para convenir el procedimiento arbitral; y, por último, un diverso número de recursos para impugnar el laudo.

Salvo el caso de Ecuador, que fue pionero en contar con una Ley especial de arbitraje, en la mayoría de los países latinoamericanos el marco regulador de la institución que estamos estudiando descasaba por lo general en los códigos orgánicos y de procedimiento civil o comercial que no eran otra cosa, como hemos indicado, que parte de la herencia legal dejada por los países europeos y que se basaban en principios decimonónicos. Más exactamente, las normas sobre arbitraje se hallaban circunscritas a los respectivos Códigos de Procedimientos Civiles u homólogos (Chile) completándose en ciertos casos con disposiciones de Códigos de Comercio (Colombia y Bolivia) o del Código civil (Brasil, Perú, Puerto Rico). Desde una perspectiva comparatista existían, en efecto, notables discrepancias en cuanto a las disposiciones y soluciones concretas; y, se quiera o no, se registraba una perceptible tendencia a equiparar el proceso arbitral a los litigios ante los tribunales judiciales lo que equivalía a una inadecuada judicialización del arbitraje, que aún perdura en muchos sistemas y que no deja ser fuente de numerosos problemas por más que las normas adoptadas se hayan modernizado considerablemente. Nos hallábamos, además, ante unas legislaciones fragmentarias, en el sentido de que no incluían una regulación completa de todas las cuestiones pertinentes a la institución arbitral dejando sin cubrir importantes lagunas legales. Y aún resta destacar otro aspecto destacado de las regulaciones contenidas en los códigos e, incluso, de algunas de las primeras leyes especiales: su vocación en la dimensión interna del arbitraje guardando silencio o regulando insatisfactoriamente las cuestiones relacionadas con las relaciones transfronterizas. Con todo, la incorporación más o menos efectiva por los Estados de la Ley Modelo Uncitral de 1985 (LMU) no ha sido ajena en modo alguno a las necesidades específicas del arbitraje comercial internacional aumentando, al menos teóricamente, las posibilidades de multiplicar las sedes donde sustanciar futuras actuaciones arbitrales.

13. Un examen comparativo de la situación existente en América Latina con anterioridad a la última década del pasado siglo consignaba una serie de elementos que, aunque algunos fuesen privativos de un ordenamiento concreto, sí estaban presente en la generalidad de los sistemas del área considerada, configurando un marco muy tradicional de la institución arbitral evidenciado en la distinción entre cláusula compromisoria y compromiso arbitral o en la existencia de variados recursos ante la jurisdicción estatal contra el laudo, tanto de carácter ordinario como extraordinario. Sin embargo, ya se iban incorporando instituciones que más tarde se generalizarían como la arbitrabilidad del litigio, equiparada al poder de disposición de las partes, la distinción entre el arbitraje de Derecho y de equidad o la necesidad de motivación de los laudos arbitrales. No obstante, la internacionalización del arbitraje por vía interna o mediante la incorporación de tratados internacionales era aún muy limitada⁶¹.

A partir de estos datos puede aceptarse que el arbitraje se concebía básicamente como un método para resolver controversias internas caracterizado por la dispersión normativa, cuyo tratamiento y sistematización estaban establecidos en varios códigos y leyes especiales y no en un instrumento único y comprensivo; y, en la materia que nos ocupa, se establecía un

59 Acerca de este proceso histórico Vid. J.C. Fernández Rozas, *Ius mercatorum. Autorregulación y unificación del Derecho de los negocios transnacionales*, Madrid, Consejo General del Notariado, 2003, pp. 37 ss.

60 P. Bernardini, “Justice arbitrale, tribunaux étatiques et législation”, *Arbitrage sur le prochaine décennie*, Suplemento especial del Bull. CI Arb. CCI, 1999, pp. 13 ss.

61 A. Van den Berg, “L’arbitrage commercial en Amérique Latine”, *Rev. arb.*, 1979, pp. 123 ss.

sistema dualista que imponía una clara línea de diferenciación entre la solución normativa del arbitraje interno y la solución normativa del arbitraje internacional que quedaba perjudicada por la ausencia de incorporación a los tratados internacionales por los Estados del área. Dicha regulación dejaba en el aire, además, una serie de dudas y de lagunas en materias substanciales atinentes a la institución arbitral; es cierto que el arbitraje comercial dejaba progresivamente de ser un simple procedimiento especial más, o un medio sustitutivo convencional del jurisdiccional ordinario, pero seguía pesando una concepción basada en la función jurisdiccional que, en esencia, implicaba que el órgano judicial quedaba sustituido por personas ajenas al poder judicial, elegidas por las partes, por los centros institucionales, o inclusive por el propio órgano de justicia ordinario, pero sin constituir un marco completamente autónoma para la solución de las controversias. No se lograba alejar la institución de la esfera judicial que en vez de limitarse a de cumplir las tareas de apoyo y control, se involucraba decididamente en el procedimiento arbitral introduciendo significativos elementos de inseguridad y desconfianza. El alcance y contenido insuficiente de los instrumentos legales en materia de arbitraje y la manifiesta limitación de su tratamiento y sistematización normativa eran paralelos a un esquema conceptual, que involucraba al “arbitraje” como parte de la ley civil adjetiva y sentaba las bases de una contaminación “congénita” con la esfera judicial. La prevalencia del texto regulador fundamental, el Código Procesal Civil, seguía siendo la pieza maestra del sistema con una incidencia esencial en la interpretación e integración de las normas que no hubiesen sido expresamente previstas por las partes. El Código, a su vez, era la fuente supletoria para la interpretación e integración de la reglamentación arbitral. Finalmente, el marco normativo y jurisdiccional descrito estaba muy en la línea de la práctica arbitral, cuya base material e institucional se alejaba de la seguida en las instituciones arbitrajes consolidadas en otras áreas geográficas.

14. Dado que el arbitraje se recogía en códigos de procedimiento, la regulación se enfocaba prioritariamente a cuestiones exclusivamente procesales, dejando de lado una serie de principios de contenido sustantivo que también lo informan. Además las normas se caracterizaban por la presencia de un fuerte principio de tutela por parte del Estado, lo cual se traducía en la práctica en una amplia intervención judicial en el proceso arbitral, en una limitada autonomía de las partes para referir cuestiones a arbitraje y acordar el proceso bajo el cual éste se desenvolvería, y en un escaso poder del órgano arbitral en la conducción de él. Párrafo aparte debe hacerse del caso chileno que involucra la figura del árbitro con la del juez en la dimensión interna del arbitraje⁶².

En lo que concierne a la validez de los compromisos arbitrales, el caso venezolano resulta paradigmático: en el antiguo Código de Procedimiento Civil, la parte interesada en hacer valer el compromiso arbitral debía acudir ante los órganos judiciales competentes para solicitar la formalización del acuerdo y si la parte requerida no acudía o se negaba a constituir el tribunal arbitral, dicho acuerdo carecía de efectividad y los derechos subjetivos debían ventilarse por jueces y mediante el procedimiento pautado en la ley (arts. 503 y 504); este estado de cosas impedía la consolidación de una verdadera cultura arbitral pues era frecuente sustraerse del compromiso arbitral, sin que hubiese posibilidad legal de constreñir el cumplimiento de la cláusula de compromiso arbitral.

Como resultado de este insuficiente marco normativo desde el punto de vista local se crearon obstáculos legales que desalentaban fuertemente el uso del arbitraje internacional⁶³. Todas estas deficiencias podrían resumirse en el empleo de una variedad de recursos para impugnar la validez de un laudo arbitral; la intervención, muchas veces determinante, de los tribunales locales en el proceso arbitral, antes, durante y después de que hubiese sido dictado un laudo; la falta de aceptación de la idea que los árbitros son competentes para determinar el ámbito de aplicación de su competencia; y la imposición de formalidades rígidas en el proceso arbitral como los requisitos formales que debían cumplirse en cuanto a la firma de acu-

62 Así el COT en el art. 222, define a los árbitros como jueces, siendo tratados como tales. Por su parte el CPC se refiere al juicio arbitral, extendiéndole muchas de las reglas aplicables a los jueces ordinarios. Un tratamiento distinto se encuentra en los requisitos para ser árbitro (arts. 225, 226 y 317). Esto se debe a que los árbitros conforman tribunales transitorios y por el grado de confianza que los actores del litigio depositan en ellos.

63 F. Mantilla Serrano, “Major Trends in International Commercial Arbitration in Latin America”, *J. Int'l Arb.*, vol. 17, n° 1, 2000, 139-142. R. Santos Belandro, “Una nueva actitud de los Estados Latinoamericanos hacia el arbitraje”, *Revista Iberoamericana de Arbitraje*, 4 de noviembre de 2003.

JOSÉ CARLOS FERNANDEZ / UNA DÉCADA DE CONSOLIDACIÓN DEL ARBITRAJE EN AMÉRICA LATINA

erdos arbitrales bajo formas y exigencias específicas, o la prohibición de extranjeros para servir como árbitros en procesos arbitrales⁶⁴. La existencia de convenciones internacionales sobre la materia no resultaba suficiente para evitar la amplia gama de problemas que un marco legal interno de esta naturaleza generaba.

No puede sorprender que con estos condicionantes el juicio de árbitros no contara con una importante difusión como auténtica alternativa a la jurisdicción ordinaria; y esto era aún más elocuente cuando el litigio poseía un carácter transfronterizo. En este caso la tendencia no era otra que la aplicación mimética de las normas arbitraje nacional lo que conducía las más de las veces a soluciones inapropiadas: el arbitraje se consideraba básicamente como un método para resolver controversias internas, sin que existieran normas expresas relativas al arbitraje internacional. Adicionalmente, y habida cuenta que el arbitraje se recogía en códigos de procedimiento, la regulación se enfocaba sobre todo en cuestiones procesales relativas a éste, dejando de lado una serie de principios de contenido sustantivo que también lo informan.

2. Adaptación gradual de las normativas internas

15. La presencia de ciertos elementos divergentes en los distintos sistemas puede explicar el por qué de que la LMU no encontrase la proyección que de ella se esperaba y que América Latina registre una tendencia similar a la observada en la inmensa mayoría del casi centenar de leyes de arbitraje que se han sucedido en el mundo a partir del año 1985: la oposición a incorporarla en bloque, limitándose a insertar aspectos concretos de la misma. Ello no empece que en el proceso de reforma de las leyes locales sobre arbitraje internacional, la influencia y guía de la LMU haya resultado decisiva hasta el punto que de prácticamente todas las leyes de los países latinoamericanos han tomado como referente principal o incluso, como en el caso de México, Guatemala, Nicaragua, Paraguay, Perú, República Dominicana o Chile (para el arbitraje internacional), único de dicha ley. Como resultado de ello, los obstáculos legales más importantes, que tradicionalmente impedían que el arbitraje se transformara en el método más efectivo y utilizado para resolver controversias comerciales internacionales en América Latina, han sido por fin suprimidos y han encontrado una solución acorde con aquella prevista en cuerpos legales de países del resto del mundo, especialmente de aquellos más familiarizados con la práctica del arbitraje internacional. Al haberse seguido los principios recogidos en la LMU, el proceso de reforma legal ha permitido, asimismo dotar, a la mayoría de los países latinoamericanos sino de una armonización generalizada al menos de un cierto grado de uniformidad en cuanto al reconocimiento de los principios básicos y universales del arbitraje. Y con ello se ha creado un marco legal adecuado para la promoción de un mayor desarrollo del arbitraje internacional y de su mejor comprensión por parte de los tribunales y abogados locales, lo cual debería conducir en el futuro a una gradual consolidación de la práctica del arbitraje internacional dentro del contexto latinoamericano⁶⁵.

16 Mas en los últimos años el panorama ha cambiado por completo. A lo largo del subcontinente es patente la acogida favorable al arbitraje comercial orientándose las modernas legislaciones a la adopción de los principios y reglas consolidadas en otros círculos jurídicos; una adopción que, pese a ser inequívoca, no deja de esconder ciertas prácticas particularistas que impiden una decidida armonización y obligan a un estudio más pormenorizado de cada sistema particular. Una vez que en América latina se estableció la estructura necesaria para el desarrollo del arbitraje comercial los Estados del área comenzaron a incorporarse a tratados internacionales y redactar una legislación interna adecuada. Y a ello contribuyó un interés empresarial basado en que ambas acciones tendrían como virtud proponer en sus acuerdos arbitrales a su propio país como sede de futuros arbitrajes⁶⁶. La adopción de leyes modernas de arbitraje era sin duda un paso necesario para revertir dicho

64 N. Blackaby, D.M. Lindsey y A. Spinillo, *International Arbitration in Latin America*, La Haya, 2002, pp. 126 ss.

65 J.M. Cook, "International Arbitration in American Context: A Comparative Look at Arbitration in Mexico and the United States", *Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration*, vol. 3, 1999, pp. 41-60.

66 J.C. Treviño, "El arbitraje comercial internacional: un recurso para América Latina", *Revista de investigaciones jurídicas. Escuela Libre de Derecho*, n° 12, 1988, p. 323.

fenómeno todavía existente en las normas locales sobre arbitraje, y para promover una cultura favorable al uso del arbitraje como medio de resolución de diferencias internacionales.

En el orden estrictamente legal el cambio se expresa con claridad en distintos planos. En primer término, incluyendo la figura del arbitraje dentro de las Constituciones; en segundo lugar, a través la ratificación de tratados universales y regionales con relación al arbitraje internacional; finalmente, mediante la adopción de nuevas leyes o la modificación de las leyes existentes que lo gobiernan.

Siendo estos datos muy ciertos, es razonable suponer que la tendencia a la uniformidad se ha desarrollado mucho más en la planta del edificio arbitral donde actúan libremente los árbitros que en la planta del mismo edificio reservada a los jueces. Mientras que en el procedimiento arbitral las soluciones suelen aproximarse cuando se desciende a la intervención del juez, tanto en el plano del auxilio como en el del control, los modelos en presencia tienden a particularizarse. Las disposiciones internas siguen siendo relativamente divergentes en dos aspectos relevantes. De un lado, en lo que concierne al procedimiento arbitral y, de otro lado, en el tratamiento del arbitraje internacional. Por eso no es extraña la existencia de un rechazo por parte de los litigantes extranjeros que han de enfrentarse a disposiciones y procedimientos con los que no están familiarizadas.

V. Hacia el establecimiento de sedes de arbitraje en América Latina

17. No pocos Estados del área han emprendido la reforma de sus normas sobre arbitraje comercial internacional, con el propósito de convertir sus territorios en sedes seguras para la institución dentro del fenómeno altamente competitivo¹. Uno de los factores que cercenaban el desarrollo del arbitraje comercial en el área era la falta de promoción de un número considerable de procesos arbitrales en sedes arbitrales latinoamericana pues las leyes de arbitrajes no ofrecían garantías suficientes de rapidez, flexibilidad y certeza para las partes. Desde la concreta perspectiva del control judicial del laudo la mayor libertad se reconduce a una limitación en cuanto a los medios de impugnación contra el laudo; late en esta tendencia el objetivo jurídico del mínimo control. De hecho parece existir una relación inevitable entre el desarrollo del arbitraje internacional en un Estado y la flexibilización de lo que se entiende por mínimo tolerable a efectos de control y sumar su legislación arbitral al movimiento contemporáneo favorable al arbitraje comercial.

El hecho de que este proceso de implementación de leyes especiales relativas al arbitraje comercial, y en muchos casos de descodificación de la regulación que antes existía sobre el arbitraje en los códigos procesales nacionales, se haya comenzado a gestar hacia principios de la década de los noventa no ha sido casualidad. Evidentemente una serie de factores económicos y políticos tuvieron una influencia crucial en el cambio de actitud de los gobiernos locales de dicho período que, convencidos de las ventajas del arbitraje internacional, vieron como un paso necesario la adopción de leyes locales modernas sobre la materia. Pero, desde un punto de vista puramente legal, se produjo a mediados de los ochenta un hito único en el campo del arbitraje comercial internacional que, sin duda, fue determinante para que los gobiernos pudieran responder con éxito a tal desafío: la adopción de la LMU.

18. Se quiera o no no puede dejarse de lado una nota de competitividad en el área con una clara predisposición hacia la constitución de sedes arbitrales que protagonicen los litigios mercantiles que afectan al hemisferio pues, no en vano, los principales arbitrajes comerciales internacionales se han realizado y se realizan en Nueva York, Londres y París a partir del protagonismo de instituciones consolidadas en el panorama internacional como la Asociación Americana de Arbitraje; la

1 K.P. Berger, *International Economic Arbitration*, Deventer, 1993, pp.1-6.

JOSÉ CARLOS FERNANDEZ / UNA DÉCADA DE CONSOLIDACIÓN DEL ARBITRAJE EN AMÉRICA LATINA

Corte Londinense de Arbitraje Internacional y la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París, respectivamente. Pero últimamente, Miami ha desarrollado una fuerte promoción para que empresas de América Latina realicen sus arbitrajes en esa ciudad, con el estímulo de que éstos podrán efectuarse en castellano y algo similar está aconteciendo en otras plazas en el subcontinente y en Madrid. Si alguna de las partes insiste en designar como sede a un país de la Región, el escogido por excelencia resulta ser México y otros posibles elegidos, aunque con dificultades por razones de estabilidad política y económica, son Perú y Colombia. Chile y Argentina no eran escogidos bajo ningún respecto, por no contar con una ley de arbitraje internacional², aunque la situación chilena ha cambiado sensiblemente con la entrada en vigor de la Ley n° 19.971, de 29 de septiembre de 2004, sobre Arbitraje Comercial Internacional, lo que evidencia que los Estados varían su legislación interna para atraer arbitrajes³.

La competencia, en efecto, no es ajena a los desarrollos recientes del arbitraje comercial internacional. Por razones económicas y de prestigio, los Estados pugnan por transformarse en centros arbitrales internacionales y si en los últimos años, Francia, España, Suiza, Inglaterra y Gales han modificado sus legislaciones con este objetivo, lo mismo puede decirse de México, Chile o de Perú. Ahora bien, no se trata simplemente de contar con un conjunto de normas o principios jurisprudenciales adaptados a las necesidades del arbitraje comercial internacional, sino también de resumirlos y expresarlos mediante formas que ya son conocidas y reconocidas a escala internacional por haber pasado el tamiz de los operadores comerciales internacionales. La LMU claramente satisface esos requisitos, y por ese motivo ejerce tanta influencia en la confección de los nuevos textos⁴.

Vinculado a lo anterior es obligado yuxtaponer un elemento complementario de sumo interés en el sentido de que arbitraje internacional constituye un instrumento esencial de “negocio-país”. Las facilidades que un Estado confiera al arbitraje no sólo fomenta la creación de cortes de arbitraje internacionales, sino que conlleva un considerable impulso a sectores destacados del área de los servicios (abogados, traductores, consultores, peritos, agencias de viaje y hoteles). Países como Francia o Suiza, o ciudades como Londres y más recientemente Miami, sedes tradicionalmente preferidas del arbitraje internacional, así lo evidencian en los últimos años.

2 N. Blackaby, D. M. Lindsey y A. Spinillo, *International Arbitration in Latin America*, La Haya, 2002; H. Grigera Naón, “Países de América Latina como sedes de arbitrajes internacionales”, *ICC ICArb. Bull.*, suplemento especial, 1995, pp. 47-57.

3 Vid. C.R. Drahozal, “Regulatory Competition and the Location of International Arbitration Proceedings”, *International Review of Law and Economics*, vol. 24, 2004, pp. 371-384; *id.*, “Arbitrator Selection and Regulatory Competition in International Arbitration Law”, *Towards a Science of International Arbitration: Collected Empirical Research* (C.R. Drahozal y R.W. Naimark, eds.), La Haya, 2005, pp. 167-186.

4 H.A. Griguera Naón, “Arbitraje comercial internacional en el mundo actual”, *Jurisprudencia Argentina*, n° 5998, Buenos Aires, 14 de agosto de 1996, pp. 34-35.