

PROBLEMÁTICA GENERAL DE LA PRÁCTICA DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL EN LATINOAMERICANA (*)

Fernando Cantuarias S. (**)

Desde la década pasada, el mundo es testigo de como el arbitraje¹ ha dejado de ser un tema privativo de algunos pocos estados, gracias a que muchos países, incluidos aquellos tradicionalmente considerados hostiles hacia el arbitraje, están adoptando modernas legislaciones y se adhieren a importantes tratados sobre la materia.

Carbonneau² entiende que parte del mérito por el impresionante desarrollo del arbitraje se debe a la Ley Modelo de UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional³, que ha sido adoptada, en todo o en

(*) Artículo presentado en el panel “Arbitration Developments in Latin America”, New York State Bar Association, International Law and Practice Section, Santiago, noviembre de 2004.

(**) Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC).

1 En este artículo no analizaremos el arbitraje entre Estados, como tampoco el arbitraje entre Estados e inversionistas, que, como sabemos, también viene alcanzando un desarrollo impresionante, gracias principalmente a la Convención sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (CIADI) y a los Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (BITs). Sobre este particular, leer a: Fernando Cantuarias Salaverry, “Necesidad de que el Perú suscriba la Convención de Washington (CIADI)”. En: *Uis Et Veritas, Revista de Derecho*, No. 2, Lima, 1991; Fernando Cantuarias Salaverry, “Algunos apuntes acerca del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)”. En: *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, No. 56, Año XVIII, Lima, 2003, pp. 199-226; Fernando Cantuarias Salaverry, “Condiciones para acceder al CIADI: A propósito del Caso Lucchetti”. En: *Revista de Economía y Derecho*, Vol. 1, No. 1, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), Lima, 2004; Fernando Cantuarias Salaverry, “Los Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones y el acceso al Arbitraje”. En: *Revista de Economía y Derecho*, Vol. 1, No. 2, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), Lima, 2004, pp. 29-50; y, Fernando Cantuarias Salaverry, “La utilización de la vía arbitral en la solución de conflictos entre el Estado peruano y los inversionistas”. En: *Themis, Revista de Derecho* No. 48, Lima, 2004, pp. 167-186.

2 Thomas E. Carbonneau, “*The Ballad of Transborder Arbitration*”. En: *University of Miami Law Review*, Vol. 56, 2002, p. 779. “*During the 1990s, there was an eruption of Uncitral-inspired arbitration laws throughout the globe –from Latin American countries to Germany to former Soviet bloc states and Asian jurisdictions*”.

3 La Ley Modelo de UNCITRAL no es un tratado, sino simplemente un modelo -valga la redundancia- que puede ser implementado por la legislación de cada país, con la finalidad de modernizar y uniformizar el tratamiento de los arbitrajes internacionales. Sobre el particular, leer a: Gerold Herrmann, “*UNCITRAL’s work towards a Model Law on International Commercial Arbitration*”. En: *Pace Law Review*, Vol. 4, No. 3, 1984, pp. 547 y ss.; Gerold Herrmann, “*The*

parte, por muchos países alrededor del mundo: desde varios estados latinoamericanos hasta Alemania, como por parte de Rusia y diversas jurisdicciones asiáticas.⁴

Otra parte del mérito lo tiene, qué duda cabe, el "Convenio sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (más conocido como la Convención de Nueva York de 1958)⁵, del que a julio de 2004 forman parte 134 estados.⁶

UNCITRAL Model Law -its background, salient features and purposes". En: *International Arbitration*, Vol. 1, No. 1, 1989, pp. 13 y ss.; W. Laurence Craig, "Trends and Developments in the Laws and Practice of International Commercial Arbitration". En: *Coudert Brothers Worldwide*: <http://www.coudert.com/practice/intcom.htm>; Alan Redfern & Martin Hunter, "Law and Practice of International Commercial Arbitration", *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 2da Ed., Sweet & Maxwell, London, 1991, pp. 525 y ss.; y, Kenneth Ungar, "The Enforcement of Arbitral Awards under UNCITRAL's Model Law on International Commercial Arbitration". En: *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 25, No. 3, 1987, pp. 727-741.

⁴ Se han promulgado leyes basadas en la Ley Modelo de UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional en Alemania, Australia, Azerbaiyán, Bahrein, Belarús, Bermudas, Bulgaria, Canadá, Chile, Chipre, Croacia, Egipto, dentro del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte: Escocia, España, Federación de Rusia, Grecia, Guatemala, Hong Kong (Región administrativa especial de China), Hungría, India, Irán (República Islámica del), Irlanda, Japón, Jordania, Kenya, Lituania, Macao (Región administrativa especial de China), Madagascar, Malta, México, Nigeria, Nueva Zelandia, Omán, Paraguay, Perú, República de Corea, Singapur, Sri Lanka, Túnez, Ucrania; dentro de los Estados Unidos de América: California, Connecticut, Illinois, Oregón y Texas; Zambia y Zimbabwe. Sobre el particular, leer a: Bette E. Shifman, "Developments in adoption of the 1985 UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration". En: *The American Review of International Arbitration*, Vol. 1, No. 2, 1990, pp. 281 y ss; Frank Griffith Dawson, "El rol del Poder Judicial en el proceso de arbitraje: ¿asistencia o intervención?". En: *Ius Et Veritas, Revista de Derecho*, No. 15, Lima, 1997, p. 200; Gerold Hermann, "Power of Arbitrators to Determine Procedures under the UNCITRAL Model Law". En: *ICCA XII International Arbitration Congress*, Viena, 1994, p. 21; e, ICC Commission on International Arbitration, "Final Report on Intellectual Property Disputes and Arbitration". En: *The ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 9, No. 1, 1998, p. 47.

⁵ Richard J. Graving, "How Non-Contracting States to the 'Universal' New York Arbitration Convention enjoy Third-Party Benefits but not Third-Party Rights". En: *Journal of International Arbitration*, Vol. 14, No. 3, 1997, p. 167. "The New York Arbitration Convention of 1958 is mercifully short and, for the international commercial community, successfully sweet. Without evident hyperbole Lord Mustill has called it 'perhaps the most effective instance of international legislation in the entire history of commercial law'. Or as President Stephen Schwebel of the International Court of Justice has put it with greater economy but no less accuracy, 'it works'. Yet another authority, Professor Thomas Carbonneau, has described it as the 'universal charter' of international commercial arbitration". Sobre el particular, leer a: Albert Jan van den Berg, "Non-domestic Arbitral Awards under the 1958 New York Convention". En: *Arbitration International*, Vol. 2, No. 3, 1986, pp. 198 y ss.; Albert Jan van den Berg, "New York Convention of 1958: Consolidated Commentary, Cases reported in Volumes XIII(1988)-XIV(1989)". En: *The Yearbook on Commercial Arbitration*, Vol. XIV, 1989, pp. 534-555; y, Leonard V. Quigley, "Accession by the United States to the United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards". En: *The Yale Law Journal*, Vol. 70, No. 7, 1961, pp. 1059-1060.

Pero, además, el éxito del arbitraje se debe a sí mismo, ya que viene demostrando que se trata de un instrumento de inapreciable valor en la solución de los conflictos; en especial, de los que se generan del intercambio comercial internacional.

En efecto, si bien en el ámbito de los conflictos domésticos el arbitraje viene demostrando una importancia cada vez mayor frente al poder judicial⁷, es en la solución de los conflictos comerciales internacionales donde destaca nítidamente, debido a que, además:

a) Las partes de una transacción comercial internacional suelen valorar la neutralidad, que difícilmente se obtiene teniendo que dirimir las controversias ante el poder judicial de una de las partes, ya que probablemente el proceso judicial se desarrollará en otro idioma, bajo reglas de procedimiento poco familiares, se requerirá el asesoramiento de abogados

⁶ La lista actualizada de países miembros puede ubicarse en: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUMDI), Situación de las Convenciones y Leyes Modelo, www.uncitral.org/spanish/status-s.htm. www.uncitral.org/sp-index.htm.

⁷ Frente a una cada vez mayor masificación de causas en el poder judicial, el arbitraje ofrece a las partes una vía mucho más expeditiva, menos formalista y que se adecua con mayor facilidad a las necesidades y expectativas de las partes.

Además, el arbitraje permite que actúen como árbitros expertos en la materia en discusión, a diferencia del proceso judicial en el que al juez muchas veces se le obliga a ser un "todista". De esta manera, el arbitraje ofrece la excelente oportunidad de que la controversia sea resuelta por una o más personas especializadas en la materia en conflicto. Es más, la posibilidad que brinda el arbitraje de poder escoger a las personas que van a resolver un conflicto lo hace en especial atractivo.

A estas ventajas, cabe añadir la privacidad y un ambiente de menor confrontación que el que aguarda a las partes en un proceso judicial.

Por último, el laudo arbitral es tan efectivo y ejecutable como una sentencia judicial.

Sobre el particular, leer a: Leonard L. Riskin & James E. Westbrook, *"Dispute Resolution and Lawyers"*, West Publishing Co., Minnesota, 1987, pp. 3 y ss.; Gilberto Peña Castrillón y Néstor Martínez Neira, "Pacto Arbitral y Arbitramento en Conciencia", Editorial Themis S.A., Bogotá, 1986, pp. 6 y ss.; César Guzman-Barrón Sobrevilla, "El Arbitraje Comercial Internacional". En: Revista del Foro, Colegio de Abogados de Lima, Lima, 1997, No. 1, pp. 163 y ss.; Nils Mangard, "El Arbitraje y el Sistema Judicial". En: *Estudios sobre Arbitraje Comercial Internacional*, Centro de Estudios Comerciales (CECO), Madrid, 1983, pp. 95 y ss.; Hans Smit, *"The Future of International Commercial Arbitration: A single Transnational Institution?"* En: *Columbia Journal of Transnational Law*, 1986, Vol. 25, No. 1, pp. 15 y ss.; y, Warren E. Burger, "Isn't There a Better Way?". En: ABA Law Journal, American Bar Association, Vol. 68, 1982, pp. 277 y ss.

locales y, además, siempre existirá el riesgo de que los jueces discriminen en favor de su nacional.⁸

En cambio, el arbitraje sí ofrece una instancia neutral para la solución de los conflictos que se generan de la contratación comercial internacional.⁹

b) Aun cuando se pacte la sumisión de una controversia ante un determinado poder judicial, siempre existe el riesgo que otras jurisdicciones no reconozcan ese acuerdo y pretendan que sean ellas las llamadas a solucionar el conflicto.¹⁰

⁸ Roque J. Caivano, "El Arbitraje y los Procesos de Integración (Su futuro en el Mercosur)". En: Revista Jurisprudencia Argentina, T. 1996-II, Buenos Aires, 1996, p. 791. "Si en cuestiones exclusivamente domésticas el arbitraje se ha revelado como una de las fórmulas más satisfactorias, sus ventajas se potencian cuando el conflicto involucra a partes radicadas en diferentes latitudes. La disyuntiva de acudir a una o otra jurisdicción judicial -recíprocamente teñidas de sospecha y parcialidad por la otra parte- es sólo subsanable mediante el recurso a un arbitraje neutral y especializado, en el que las partes pueden acordar no sólo la elección de la persona más idónea para el caso, sino también el lugar donde habrá de realizarse, el idioma, el procedimiento que los árbitros deberán seguir y aún el derecho de fondo aplicable". Gary B. Born, "*Forum selection versus Arbitration*". En: *International Commercial Litigation*, Vol. 39, 1999, p. 30, "*national courts inevitably apply local procedural rules to international disputes, which may be ill-suited for parties from different legal traditions and regions of the globe*". Juan A. Cremades Sanz-Pastor, "La neutralidad en el Arbitraje: La lengua, el lugar y la ley aplicable al Arbitraje". En: *Estudios sobre Arbitraje Comercial Internacional*, Centro de Estudios Comerciales (CECO), 2da Ed., 1983, p. 46, "en la mayor generalidad de los casos, las partes... van a un arbitraje comercial internacional... para obtener la neutralidad.

Neutralidad, no en el sentido de que el juzgador sea imparcial: esta imparcialidad también la encuentran ante la jurisdicción nacional. Neutralidad, en el sentido de igualdad de las partes ante el juzgador.

Efectivamente, una parte está siempre favorecida ante su juez nacional, por muy imparcial que sea éste. En efecto, para ganar un procedimiento se requiere demostrar que se tiene razón, y en esta demostración, la comunicación juega un papel importante.

Una parte puede comunicar mucho mejor ante un juez nacional que ante un juez extranjero: existen una serie de razonamientos, una identidad de puntos de vista, una similitud de raciocinio jurídico que hacen que una parte sintonice mucho más fácilmente con su juez nacional que con un juez extranjero".

⁹ William W. Park, "*Finality and Fairness in Tax Arbitration*". En: *Journal of International Arbitration*, Vol. 11, No. 2, 1994, p. 20. "[T]he principal *raison d'être* of international commercial arbitration has long been the enhancement of political and procedural neutrality... When a company in Boston concludes a joint venture with an Algerian State agency, neither party wants to end up litigating in the other side's home court".

¹⁰ Garrigues & Andersen, Abogados y Asesores Tributarios, "El Arbitraje como fórmula alternativa de solución de conflictos. ¿Cuándo y cómo acudir al Arbitraje?" En: Boletín de Información Procesal y de Arbitraje, Madrid, 1999, p. 5. "[C]uando a la relación comercial se le añade un componente internacional, ya sea por la presencia de un socio extranjero o de negocios de 'export-import' de bienes y servicios, los escenarios de un posible litigio se multiplican en proporción directa al número de jurisdicciones estatales involucradas en la relación contractual".

En otras palabras, existe el riesgo permanente de múltiples litigios judiciales, con los costos e incertidumbre que ello implica.¹¹

También puede suceder, como explica Caivano¹², que "aun cuando [las partes] pudieran ponerse de acuerdo... y convenir someter sus asuntos a una determinada jurisdicción estatal... [p]odría darse el supuesto de que la legislación del Estado elegido rechace el caso por considerarlo ajeno a su jurisdicción".¹³

A todo esto hay que agregar, que hasta la fecha no existe una solución aceptable en el ámbito del Derecho Internacional, que reduzca la incertidumbre generada de la posibilidad de que los poderes judiciales se nieguen a respetar el pacto de sumisión acordado por las partes.¹⁴

Éstos y muchos otros problemas¹⁵ se reducen dramáticamente cuando se pacta la sumisión de las

¹¹ Roque J. Caivano, "Arbitraje: Su eficacia como sistema alternativo de resolución de conflictos", Ad-Hoc SRL., Buenos Aires, 1993, p. 86. "Podría darse el supuesto de que... las normas del país de quien ha sometido sus asuntos a la jurisdicción de otro no permitan esta prórroga de jurisdicción y la reclamen para sí".

¹² *Ibidem*, p. 86.

¹³ Peter D. Ehrenhaft, "Effective International Commercial Arbitration". En: *Law and Policy in International Business, The International Journal of Georgetown University Law Center*, Vol. 9, No. 4, 1977, p. 1192. "Even if the contract contains both choice of law and choice of forum clauses, the judicial road to resolution of disputes remains full of obstacles. The selected forum may decline jurisdiction over the dispute if adjudication at that location would cause undue hardship to one of the parties, or if there is an insufficient relationship between the forum nation's law and the transaction out of which the dispute arose. Even if the selected court were willing to decide the dispute, that nation's law on conflict of laws might direct the parties to another body of law and forum altogether. Also, where the forum selected by or for the parties is foreign to one or both, the procedures and substantive law may be unfamiliar".

¹⁴ Gary B. Born, "International Arbitration and Forum Selection Agreements: Planning, Drafting and Enforcing", Kluwer Law International, The Hague, 1999, pp. 89-90. "Many developed countries, including the United States, are not party to any international treaty or other agreement relating to the enforcement of forum selection clauses. There are some bilateral or regional treaties governing international forum agreements, such as the Brussels and Lugano Conventions, but most international forum selection clauses are governed in most national courts by domestic law".

¹⁵ Como es el caso de la "jurisdicción exorbitante" o "brazo largo de la jurisdicción", mediante la cual algunos estados amplían de manera intolerable la jurisdicción de sus cortes nacionales para conocer determinadas controversias. Sobre este tema, leer a: Joseph Halpern, "Exorbitant Jurisdiction and the Brussels Convention: Toward a Theory of Restraint". En: *The Yale Journal of World Public Order*, Vol. 9, No. 1, 1982, pp. 369 y ss.; Beverly M. Carl, "La competencia en el

controversias a arbitraje,¹⁶ ya que la mayoría de las veces es posible aplicar la Convención de Nueva York de 1958.¹⁷

c) Por último, conviene recordar que todavía no existe a nivel mundial tratado alguno que permita el reconocimiento y la ejecución rápida, segura y poco costosa de las sentencias judiciales. Ante esta situación, muchas veces habrá que estar a lo que determine la legislación de cada uno de los estados en los que se pretenda ejecutar un fallo judicial, con los riesgos que ello implica.¹⁸

Derecho Internacional Privado de los Estados Unidos”. En: *Derecho*, No. 40, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1986, pp. 75 y ss.; y, Alan C. Swan & John F. Murphy, “*Cases and Materials on the Regulation of International Business and Economic Relations*”, Matthew Bender, 1991, p. 866.

¹⁶ Gary B. Born, “*International Arbitration and Forum Selection Agreements: Planning, Drafting and Enforcing*”, ob. cit., p. 13. “Similarly, ‘public policy’ or ‘mandatory law’ limitations are usually less significant in arbitral than in judicial proceedings. For these reasons, it is often easier to obtain effective enforcement of an international arbitration agreement than of a forum selection clause”.

¹⁷ Artículo II(3) de la Convención de Nueva York: “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”. Sobre este particular, leer a: Albert Jan van den Berg, “*The New York Convention 1958: Consolidated Commentary, Cases reported in Volumes XIII(1988)-XIV(1989)*”. En: *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. XIV, 1989, pp. 557-565; Tom Carbonneau, “*Cases and Materials on Commercial Arbitration*”, Vol. I, Juris Publishing, New York, 1997, p. 423; Gary B. Born, “*International Commercial Arbitration in the United States*”, *Kluwer Law and Taxation Publishers*, Deventon & Boston, 1994, p. 285-359; Alejandro M. Garro, “*Enforcement of Arbitration Agreements and Jurisdiction of Arbitral Tribunals in Latin America*”. En: *Journal of International Arbitration*, Vol. 1, No. 4, 1989, p. 319; y, Albert Jan van den Berg, “*Non-domestic Arbitral Awards under the 1958 New York Convention*”. En: *Arbitration International*, Vol. 2, No. 3, 1986, pp. 51-52.

¹⁸ Gary B. Born, “*International Arbitration and Forum Selection Agreements: Planning, Drafting and Enforcing*”, ob. cit., pp. 106-107. “[A] substantial number of countries will generally not enforce foreign court judgments. Many states apply rules which deny recognition to any foreign judgment absent a treaty relationship with the rendering state (or ‘state of origin’) providing for mutual recognition and enforcement of judgments... Other countries simply refuse to recognize any foreign judgments, or admit foreign judgments solely as evidence in support of a party’s substantive claims, which must be relitigated. Even in countries where it is theoretically possible, the recognition and enforcement of foreign judgments is infrequently sought and even more rarely obtained. This is particularly true with respect to judgments against local nationals—against whom enforcement is typically most important. The enforcement of foreign judgments can be subject to procedural delays and other shortcomings, especially in states where courts lack experience with such efforts. The absence of treaty commitments means that there are few external checks on parochial obstacles to enforcement against local nationals”. Sobre el particular, leer a: José Daniel Amado, “*Recognition and*

En cambio, como hemos indicado, en el ámbito del arbitraje existe la Convención de Nueva York de 1958¹⁹, que permite el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales en prácticamente todo el mundo.²⁰

En consecuencia, la manera de reducir dramáticamente la incertidumbre de que las controversias generadas de la contratación internacional sufran conflictos de competencia, terminen en manos de las cortes de brazo largo o que, finalmente se presenten problemas de ejecución, es pactando la sumisión al arbitraje de los futuros o actuales conflictos.

Por tanto, si en Latinoamérica realmente queremos fomentar el desarrollo masivo del comercio entre nuestras fronteras, necesariamente tenemos que garantizar que los comerciantes y empresarios puedan someter sus conflictos al arbitraje en cualquiera de nuestros países. ¿Es eso actualmente posible?

I. El Arbitraje en América Latina

Tradicionalmente Latinoamérica ha sido considerada como un sub-continente hostil hacia el arbitraje.²¹

Enforcement of Foreign Judgments in Latin American Countries: An overview and update". En: *Virginia Journal of International Law*, Vol. 31, No. 1, 1990.

¹⁹ El Artículo 1(1) de este Tratado, dispone lo siguiente: "La presente Convención se aplicará al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquél en que se pide el reconocimiento y ejecución de dichas sentencias, y que tengan su origen en diferencias entre personas naturales o jurídicas".

²⁰ William Laurence Craig, "*Uses and Abuses of Appeal from Awards*". En: *Arbitration International*, Vol. 4, No. 3, 1988, p. 174. "*International Arbitration has become the ordinary way of resolving international commercial disputes. One of the reasons for this success has been the relative ease with which awards rendered in a foreign jurisdiction can be enforced at the debtor's domicile or in any jurisdiction where the debtor has assets. That ease has been due, in large part, to the New York Convention of 1958*".

²¹ Ana I. Piaggi, "Evoluciones recientes del arbitraje comercial internacional en Latinoamérica". En: *Revista de Derecho del Mercosur*, No. 6, Diciembre de 2000, p. 148. "Nuestros países son conocidos como un área tradicionalmente difícil para el arbitraje, incluso hostil, y somos probablemente la región del mundo que más lentamente aceptó esta técnica como método de resolución de disputas". Sobre el particular, leer a: Frank E. Nattier, "*International Commercial Arbitration in Latin America: Enforcement of Arbitral Agreements and Awards*". En: *Texas International Law Journal*, Vol. 21, 1986, pp. 399 y ss.

Esta afirmación es fácil de comprobar, simplemente analizando las pobrísimas legislaciones arbitrales que nos han regido hasta hace muy pocos años²² y la casi nula aceptación de tratados arbitrales universales, como son la Convención de Nueva York y la Convención sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (CIADI).²³

Sin embargo, a partir de la década pasada, las cosas han comenzado a cambiar para bien.²⁴

En efecto, a la fecha Antigua y Barbuda, Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, Chile, Dominica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela, son parte de la Convención de Nueva York.²⁵

²² Alejandro M. Garro, "El Arbitraje en la Ley Modelo propuesta por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional y en la Nueva Legislación Española de Arbitraje Privado: Un Modelo para la Reforma del Arbitraje Comercial en América Central". En: *Arbitraje Comercial y Laboral en América Central*, Alejandro M. Garro (Ed.), Transnational Juris Publications Inc., Nueva York, 1990; Alejandro M. Garro, "*The UNCITRAL Model Law and the 1988 Spanish Arbitration Act: Models for reform in Central America*". En: *The American Review of International Arbitration*, Vol. 1, No. 2, 1990; Alejandro M. Garro, "*Enforcement of Arbitration Agreements and Jurisdiction of Arbitral Tribunals in Latin America*", ob. cit.; y, Horacio Griguera Naón, "*Arbitration in Latin America: Overcoming traditional hostility*". En: *Arbitration International*, Vol. 5, No. 2, 1989.

²³ Recordemos la posición que asumieron los países Latinoamericanos en 1965, en contra de la suscripción de la Convención del CIADI, cuyo pronunciamiento conjunto es conocido como el "No de Tokio". Sobre el particular, leer a: Michael M. Moore, "*International Arbitration between States and Foreign Investors -The World Bank Convention*". En: *Stanford Law Review*, Vol. 18, No. 6, 1966, p. 1376; Paul C. Szasz, "*The Investment Disputes Convention and Latin America*". En: *Virginia Journal of International Law*, Vol. 11, No. 2, 1971, pp. 256-265; y, Alden F. Abbott, "*Latin American and International Arbitration Conventions: The Quandary of Non-Ratification*". En: *Harvard International Law Journal*, Vol. 17, 1976.

²⁴ Fernando Mantilla Serrano, "*Major Trends in International Commercial Arbitration in Latin America*". En: *Journal of International Arbitration*, Vol. 17, No. 1, 2000, p. 139. "*Latin America can no longer be said to suffer from hostility towards international arbitration*".

²⁵ Por su parte, Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela, han ratificado el Convenio Interamericano sobre Arbitraje Comercial Internacional (más conocido como la Convención de Panamá de 1975). Este, sin embargo, es un Tratado de menor importancia y jerarquía frente al Convenio de Nueva York. Sobre el particular, leer a: Albert Jan Van Den Berg, "*The New York Convention 1958 and Panama Convention 1975: Redundancy or Compatibility?*". En: *Arbitration International*, Vol. 5, No. 3, 1989; Robert B. von Mehren, "*The Enforcement of Arbitral Awards under Conventions and United States Law*". En: *The Yale Journal of World Public Order*, Vol. 9, No. 1, 1982, p. 346; Gary B. Born, "*International Arbitration and Forum Selection Agreements: Planning, Drafting and Enforcing*", ob. cit., p. 99; y, Horacio Griguera Naón, "Países de América Latina como Sede de Arbitrajes Comerciales Internacionales". En: *Boletín de la Corte*

También la Convención del CIADI, aplicable en la solución de conflictos entre inversionistas y estados receptores de inversión, cuenta hoy entre sus miembros con un número importante de estados latinoamericanos.²⁶

Además, como indican Craig, Park & Paulsson²⁷, cada vez son más las partes que provienen de Latinoamérica que intervienen en arbitrajes ante la Cámara de Comercio Internacional (CCI), principal centro de arbitraje comercial del mundo.

Pero, donde más se aprecia el cambio, es en el número importante de recientes legislaciones arbitrales²⁸, a

Internacional de Arbitraje de la CCI -El Arbitraje Comercial Internacional, Suplemento Especial, 1995, p. 49.

²⁶ Al 3 de noviembre de 2003, 140 Estados forman parte del Tratado, entre los que figuran un gran número de países latinoamericanos: Argentina (1994), Bahamas (1995), Barbados (1983), Bolivia (1995), Colombia (1997), Costa Rica (1993), Chile (1991), Ecuador (1986), El Salvador (1984), Granada (1991), Guatemala (2003), Guyana (1969), Honduras (1989), Jamaica (1966), Nicaragua (1995), Panamá (1996), Paraguay (1983), Perú (1993), San Vicente y las Granadinas (2003), Trinidad y Tobago (1967), Uruguay (2000) y Venezuela (1995). Ibrahim F.I. Shihata & Antonio R. Parra, *"The Experience of the International Centre for Settlement of Investment Disputes"*. En: *ICSID Review -Foreign Investment Law Journal*, Vol. 14, No. 2, 1999, p. 316. *"Particularly impressive has been the increase in the number of ICSID members in Latin America, from two at the beginning of the period to thirteen today"*. Fernando Mantilla Serrano, *"Major Trends in International Commercial Arbitration in Latin America"*, ob. cit., p. 139. *"Concerning political risks and protection of foreign investment, the ratification of the 1965 World Bank Convention on the Settlement of Investment Disputes has contributed to reassure potential investors in the region"*.

²⁷ W. Laurence Craig, William W. Park & Jan Paulsson, *"International Chamber of Commerce Arbitration"*, 3era. Ed., Oceana Publications, Inc./ICC Publishing SA, 2000, p. 5. *"Latin American countries seem to be overcoming much of their traditional resistance to international arbitration. Parties from Latin America, who constituted only 3.8% of the ICC users in 1987, represented 9.8% in 1999. Latin America is now the fourth most frequently represented region in ICC arbitration after Western Europe, North America and the Far East. This included twelve countries with more than five nationals represented in ICC arbitral proceedings"*.

Los autores en la Tabla No. 5 (pp. 732-733) de su colosal obra, identifican que entre 1989-1999, 241 empresas o personas latinoamericanas participaron como demandantes y 306 como demandados en arbitrajes ante la CCI, destacando por su número, partes de México, Panamá, Argentina, Brasil y Venezuela, en ese orden.

²⁸ Horacio A. Griguera Naón, *"Recent Trends Regarding Commercial Arbitration in Latin America"*, documento presentado en el First Annual Miami International Arbitration Conference, ICDR International Centre for Dispute Resolution y Stell Hector Davis International, Miami, 2003, pp. 95-96. *"There is no doubt –it has by now become almost truism- that Latin America has become a more fertile ground than before for the development of commercial arbitration (...) one of the dominant characteristics of the evolution of commercial arbitration in Latin America during the last ten years has been the proliferation of new legislation regarding commercial arbitration in this"*

saber: Bolivia (1997), Brasil (1996), Colombia (1998), Costa Rica (1997), Chile (2004), Ecuador (1997), El Salvador (2002), Guatemala (1995), Honduras (2000), México (1993), Panamá (2002), Paraguay (2000), Perú (1996) y Venezuela (1998).²⁹

Sin embargo, más allá del número y de lo reciente de muchas de estas legislaciones arbitrales, creemos que estas disposiciones pueden agruparse de la siguiente manera:

part of the world". Sobre el particular, leer a: Thomas E. Carbonneau, "*The Ballad of Transborder Arbitration*", ob. cit., pp. 783-785.

²⁹ Hasta el momento en que se escriben estas líneas, las legislaciones arbitrales de Antigua y Barbuda, Argentina, Barbados, Belice, Dominica, Grenada, Guyana, Haití, Nicaragua, República Dominicana, Trinidad y Tobago y Uruguay, mantienen disposiciones arbitrales anticuadas y poco amigables al arbitraje.

El caso de Chile es digno de destacar, porque acaba de promulgar una Ley de Arbitraje Comercial Internacional –Ley No. 19971, publicada el 30 de setiembre de 2004, que es prácticamente en un 100% UNCITRAL. Sin embargo, la legislación pre-existente se mantiene vigente para el arbitraje local, estableciéndose así un régimen dual: Un Arbitraje Internacional moderno, frente a un Arbitraje Doméstico o Nacional ineficiente y anticuado. Sobre la legislación arbitral chilena previa a la reforma, Carlos Urenda Z., "*Recent Developments in National and International Arbitration in Chile*", documento presentado en el *First Annual Miami International Arbitration Conference, ICDR International Centre for Dispute Resolution y Stell Hector Davis International*, Miami, 2003, p. 3, afirma que "[l]a aplicación del derecho interno es manifiestamente insuficiente para hacer atractivo someter a árbitros chilenos o a procedimientos locales inapropiados los arbitrajes internacionales y atraer la confianza de las grandes empresas de todos los países del mundo que celebran toda clase de contratos cuando deciden hacer negocios en Chile". Sobre el tema, leer a: Hernán G. Somerville, "*Arbitration in Chile*". En: *The ICC International Court of Arbitration Bulletin -International Commercial Arbitration in Latin America, Special Supplement*, 1997, pp. 15-20.

Respecto a la legislación arbitral argentina, Horacio A. Griguera Naón, "*Recent Trends Regarding Commercial Arbitration in Latin America*", ob. cit., pp. 100-101, la critica abiertamente, al afirmar que: "[L]egal reform has not reached out yet to all Latin American national jurisdictions. Argentina is an example in spite of several past or presently ongoing attempts to introduce or pass legislation to overcome the present unsatisfactory situation". En el año 2001, el Ministerio de Justicia presentó ante el Congreso Federal un proyecto de Ley Federal de Arbitraje desarrollado a partir de la Ley Modelo de UNCITRAL. Sin embargo, hasta el momento en que se escriben estas líneas, el proyecto sigue encapetado en el Congreso.

En lo que se refiere a las legislaciones arbitrales de Trinidad y Tobago (1939) y de República Dominicana, leer, respectivamente: ALCA- Grupo de Negociación sobre Solución de Controversias –Cuestionario, www.ftaa.alca.org/busfac/comarb/trinidad/questris.asp, pp. 1-5; y, Rafael E. Cáceres R., "Experiencia Dominicana en Arbitraje". En: Revista Iberoamericana de Arbitraje, www.servilex.com.pe/arbitraje/repdominicana/artcrd.html.

a) Legislaciones que no distinguen entre arbitrajes nacionales e internacionales, y que, además, sus disposiciones son tan localistas y alejadas de los estándares internacionales, que resultan muy poco amigables para la práctica del arbitraje comercial internacional dentro de sus fronteras.

En este grupo ubicamos a Brasil, ya que si bien cuenta con una legislación arbitral reciente, aun mantiene disposiciones poco modernas.³⁰

También es el caso de Costa Rica³¹ y Venezuela³², cuyas leyes arbitrales no tienen como vocación atraer conflictos internacionales, al estar plagadas de disposiciones localistas, muy alejadas de los estándares internacionales.

³⁰ La Ley de Arbitraje No. 9307 no distingue entre arbitrajes nacionales e internacionales, lo que en nuestra opinión convierte al Brasil en un foro arbitral internacional muy poco atractivo. Además, aun cuando la ley ha sido dictada hace muy pocos años, tiene serios errores, como el de mantener, al menos en parte, la clásica distinción entre cláusula compromisoria y compromiso arbitral. Horacio A. Griguera Naón, *Recent Trends Regarding Commercial Arbitration in Latin America*, ob. cit., p. 101. “[T]he new Brazilian Act maintains the ‘compromiso’ (apparently...on the basis of an interpretation of Article 5 of this statute a ‘compromiso’ is not required when the parties have agreed on institutional arbitration or on the application of an ad-hoc arbitration rules excluding the ‘compromiso’).” Sobre el tema, leer a: Carlos Nehring Netto, *The New Brazilian Arbitration Law*. En: *The ICC International Court of Arbitration Bulletin -International Commercial Arbitration in Latin America, Special Supplement*, 1997, pp. 11-14.

³¹ Costa Rica aprobó su Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social No. 7727 en 1997. La norma si bien implica una mejora sustancial en las reglas de juego sobre arbitraje en comparación con el anterior marco legal, no cuenta con reglas especiales en materia de arbitraje internacional, obligando por tanto a arbitrar bajo disposiciones domésticas muy poco amigables.

³² Venezuela cuenta con una nueva Ley de Arbitraje Comercial No. 36.430. La ley como indican Ninfa Urdaneta & John H. Rooney, Jr., *The Law and Practice of International Commercial Arbitration in Venezuela*. En: *World Arbitration & Mediation Report*, Vol. 11, N° 1, 2000, p. 20, “does not distinguish between international and domestic arbitration”, lo que, en nuestra opinión, por sí solo la hace poco amigable para la práctica del arbitraje internacional. Además, como señala Bernardo Weininger, *Validity of arbitral agreement and enforcement of arbitral awards in Venezuela*, documento presentado en el *First Annual Miami International Arbitration Conference, ICDR International Centre for Dispute Resolution y Stell Hector Davis International*, Miami, 2003, p. 5, “[t]he Arbitration Law contains several loopholes that may result in the intervention of the judiciary during the course of an arbitral procedure. Hence, this shall be carefully reviewed before including any contractual provision submitting to any agreement to arbitrate under the rules of the Arbitration Law”.

b) Legislaciones que si bien distinguen entre arbitrajes nacionales e internacionales, al aplicar al arbitraje internacional un número importante de disposiciones locales, terminan por convertir a esos foros en poco amigables para la práctica de arbitrajes comerciales internacionales.

Aquí el ejemplo más claro es Colombia³³, ya que aun cuando distingue entre arbitrajes nacionales e internacionales, en nuestra opinión se trata de una plaza poco atractiva para la práctica del arbitraje internacional, debido a la falta de reglas precisas para su desarrollo y al hecho de que las normas sobre arbitraje nacional o doméstico que pueden resultar aplicables son sumamente localistas y se apartan significativamente de los estándares internacionales. En una situación similar se encuentra Ecuador.³⁴

³³ Colombia cuenta con el Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos - Decreto N° 1818. El artículo 196° dispone que: “Será internacional el arbitraje cuando las partes así lo hubieren pactado, siempre que además se cumpla con cualquiera de los siguientes eventos:

1. Que las partes, al momento de la celebración del pacto arbitral, tengan su domicilio en Estados diferentes.
2. Que el lugar de cumplimiento de aquella parte sustancial de las obligaciones directamente vinculadas con el objeto del litigio, se encuentre situada fuera del Estado en el cual las partes tienen su domicilio principal.
3. Cuando el lugar del arbitraje se encuentre fuera del Estado en que las partes tienen sus domicilios, siempre que se hubiere pactado tal eventualidad en el pacto arbitral.
4. Cuando la controversia sometida a decisión arbitral afecte directa e inequívocamente los intereses del comercio internacional...”.

El articulado en materia de arbitraje internacional se reduce a lo dispuesto en el numeral 197°: “El arbitraje internacional se regirá en todas sus partes de acuerdo con las normas de la presente ley, en particular por las disposiciones de los tratados, convenciones, protocolo y demás actos de derecho internacional suscritos y ratificados por Colombia, los cuales priman sobre las reglas que sobre el particular se establecen en el Código de Procedimiento Civil. En todo caso, las partes son libres de determinar la norma sustancial aplicable conforme a la cual los árbitros habrán de resolver el litigio. También podrán directamente o mediante referencia a un reglamento de arbitraje, determinar todo lo concerniente al procedimiento arbitral, incluyendo la convocatoria, la constitución, la tramitación, el idioma, la designación y nacionalidad de los árbitros, así como la sede del tribunal, la cual podrá estar en Colombia o en un país extranjero”. Sobre el particular, leer a: Marco Gerardo Monroy Cabra, “El arbitraje internacional en Colombia”. En: Revista Iberoamericana de Arbitraje, www.servilex.com.pe/arbitraje/congresopanama/b-07.html; y, Fernando Mantilla-Serrano, “Colombian Arbitration Legislation”. En: *The ICC International Court of Arbitration Bulletin - International Commercial Arbitration in Latin America, Special Supplement*, 1997, pp. 21-31.

³⁴ La Ley de Arbitraje y Mediación No. 145/97 del Ecuador, dispone en su artículo 41° lo siguiente: “Sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales un arbitraje podrá ser internacional cuando las partes así lo hubieren pactado, siempre y cuando se cumplan cualquiera de los siguientes requisitos: a) Que las partes al momento de la celebración del convenio arbitral, tengan sus domicilios en estados diferentes; o, b) Cuando el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de

También identificamos a las legislaciones arbitrales de Bolivia³⁵, El Salvador³⁶, Honduras³⁷ y Panamá³⁸, que

las obligaciones o el lugar en el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, está situado fuera del estado en que, por lo menos una de las partes, tiene su domicilio; o, c) Cuando el objeto del litigio se refiere a una operación de comercio internacional”. Por su parte, el artículo 42° establece que: “El arbitraje internacional quedará regulado por los tratados, convenciones, protocolos y demás actos de derecho internacional suscritos y ratificados por el Ecuador. Toda persona natural o jurídica, pública o privada, sin restricción alguna es libre de estipular directamente o mediante referencia a un reglamento de arbitraje todo lo concerniente al procedimiento arbitral, incluyendo la constitución, la tramitación, el idioma, la legislación aplicable, la jurisdicción y la sede del tribunal, la cual podrá estar en el Ecuador o en país extranjero...”. Sobre el tema, leer a: Alfredo Larrea-Falcony, “*Arbitration in Ecuador*”. En: *The ICC International Court of Arbitration Bulletin -International Commercial Arbitration in Latin America, Special Supplement*, 1997, pp. 41-48; y, Xavier Andrade Cadena, “Las ventajas del Arbitraje Internacional: Una perspectiva ecuatoriana”. En: Revista Iberoamericana de Arbitraje, www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/ventajas_internacional.html, pp. 5-14.

³⁵ La Ley de Arbitraje y Conciliación No. 1770, cuenta con un título especial en materia de Arbitraje Internacional. La Ley considera internacional a un arbitraje desarrollado en territorio boliviano, cuando: “Artículo 71°.- I. A los efectos de la presente ley, un arbitraje será de carácter internacional, en los casos siguientes:

1. Cuando al momento de celebrar el convenio arbitral, las partes tengan sus establecimientos en Estados diferentes.
2. Cuando el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones o el lugar con el cual el objeto de la controversia tenga una relación más estrecha se encuentre fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos.
3. Cuando las partes hubieren convenido expresamente que la materia arbitrable está relacionada con más de un Estado.

II. A los efectos de determinar el carácter internacional de un arbitraje, cuando una de las partes tenga más de un establecimiento para el ejercicio de sus actividades principales, se considerará aquel que guarde relación con el convenio arbitral. Cuando una parte no tenga ningún establecimiento, se tomará en cuenta su residencia habitual”.

³⁶ El artículo 3(h) de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje -Decreto No. 914-2002, dispone lo siguiente: “Arbitraje Internacional: El que se da en cualquiera de los siguientes casos:

- 1) Cuando las partes de un convenio arbitral tengan, al momento de celebración del mismo, sus domicilios en Estados diferentes.
- 2) Si uno de los lugares siguientes está situado fuera del estado en el que las partes tienen sus domicilios:
 - a) El lugar del arbitraje, si éste se ha determinado en el Convenio Arbitral, o con arreglo al mismo sea distinto.
 - b) El lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha”.

³⁷ El artículo 86° de la Ley de Conciliación y Arbitraje -Decreto No. 161-2000, dispone lo siguiente: “El arbitraje es internacional en los siguientes casos:

- 1) Cuando las partes de un convenio arbitral tengan, al momento de celebración del mismo, sus domicilios en Estados diferentes.
- 2) Si uno de los lugares siguientes está situado fuera del estado en el que las partes tienen sus domicilios:
 - a) El lugar del arbitraje, si este se ha determinado en el convenio arbitral o con arreglo al mismo sea distinto.

tienen en común el mismo problema ya detectado, aunque sus disposiciones locales se apartan en menor grado de los estándares internacionales. Sin embargo, la sola existencia de estas normas locales hace poco atractiva la práctica del arbitraje internacional dentro de sus fronteras.

c) Legislaciones que no distinguen entre arbitrajes nacionales e internacionales, pero que han establecido estándares idóneos para la práctica del arbitraje internacional dentro de sus fronteras, al haber adoptado, prácticamente en su integridad, la Ley Modelo de UNCITRAL.

Nos referimos fundamentalmente a México³⁹ y en menor medida a Guatemala.⁴⁰

b) El lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha”.

³⁸ El artículo 3(c) de la Ley de Arbitraje y Mediación –Ley 1879/02, dispone que el arbitraje es internacional, cuando: “1. las partes en un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en estados diferentes.

2. el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto de litigio tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos”.

Si bien esta ley ha recogido casi en su integridad la Ley Modelo de UNCITRAL, lo cierto es que se aplican varias disposiciones locales que limitan significativamente la práctica del arbitraje internacional. Sobre el tema, leer a: Gilberto Boutin, “La noción de arbitraje comercial internacional”. En: Revista Iberoamericana de Arbitraje, www.servilex.com.pe/arbitraje/congresopanama/a-03.html.

Además, como se indica en el informe titulado “*A Setback in Latin American Arbitration*”. En: *World Arbitration & Mediation Report*, Vol. 13, No. 6, June 2002, p. 152, “...on December 13, 2001, the Supreme Court of Panama ruled, with a single dissenting vote, that the arbitral doctrine of kompetenz-kompetenz was unconstitutional under Panamanian law. The court reasoned that arbitrators had no legal standing upon which to decide the propriety of their jurisdiction. Only courts, using their publicly-conferred authority, could rule on such questions. As the earlier European history on arbitration illustrates with unmistakable clarity, such a ruling... is highly antagonistic to the interests and practical operation of arbitration. As a result of the opinion, every arbitral proceeding held in Panama... is vulnerable to a jurisdictional challenge before a court either at the head or at the back end of the proceeding. This opportunity for dilatory obfuscation can easily result in a two-year or longer delay and in the eventual nonenforcement of the award. These circumstances will ‘chill’ considerably the attraction of the recourse to arbitration in Panama”.

³⁹ El artículo 1415° del Código de Comercio Reformado de México de 1993, dispone lo siguiente: “Las disposiciones del presente título se aplicarán al arbitraje comercial nacional, y al internacional cuando el lugar del arbitraje se encuentre en el territorio nacional...”.

Por su parte, el artículo 1416(III) indica lo siguiente: “Arbitraje internacional, aquél que:

También aquí debemos ubicar a Paraguay⁴¹, ya que cuenta con una normativa bastante interesante, basada en gran medida en la Ley Modelo de UNCITRAL. Sin embargo, llamamos la atención de que esta ley permite en muchas oportunidades la intervención judicial, por lo que habrá que verificar la reacción de los tribunales de justicia para confirmar o descartar a Paraguay como un centro potencial de arbitrajes internacionales.

-
- a) Las partes al momento de la celebración del acuerdo de arbitraje, tengan sus establecimientos en países diferentes; o
 - b) El lugar de arbitraje, determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al mismo, el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del país en el que las partes tienen su establecimiento”.

Sobre el tema, leer a: Julio C. Treviño, “*International Commercial Arbitration in Mexico*”. En: *The ICC International Court of Arbitration Bulletin -International Commercial Arbitration in Latin America, Special Supplement*, 1997, pp. 54-60.

⁴⁰ La Ley de Arbitraje No. 67-95 establece en su artículo 1° lo siguiente: “La presente ley se aplicará al arbitraje nacional y al internacional, cuando el lugar del arbitraje se encuentre en el territorio nacional...”

Artículo 2(1).- “Un arbitraje es internacional, cuando:

- a) Las partes en un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de su celebración, sus domicilios en estados diferentes, o
- b) Uno de los lugares siguientes está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus domicilios:
 - i) El lugar del arbitraje, si éste se ha determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al acuerdo de arbitraje.
 - ii) El lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto de litigio tenga una relación más estrecha; o
- c) Las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionado con más de un Estado”.

Guatemala, a diferencia de México, tiene algunas pocas disposiciones locales, que en algunos casos pueden no resultar amigables para la práctica del arbitraje internacional. Sobre el tema, leer a: Rafael Bernal Gutiérrez, “El Arbitraje en Guatemala”, Apoyo a la Justicia, Centro de Arbitraje y Conciliación (CENAC), Guatemala, 2000; y, Marcos Ibarguen S., “*Arbitration in Guatemala*”. En: *The ICC International Court of Arbitration Bulletin -International Commercial Arbitration in Latin America, Special Supplement*, 1997, pp. 45-49.

⁴¹ El artículo 3(c) de la Ley 1879/02 de Arbitraje y Mediación, considera como arbitraje internacional: “aquel en el cual:

- 1. las partes de un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en estados diferentes; o
- 2. el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto de litigio tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos”.

d) Legislaciones que distinguen entre arbitrajes nacionales e internacionales y que han establecido los estándares idóneos para la práctica del arbitraje internacional dentro de sus fronteras, al haber adoptado la Ley Modelo de UNCITRAL.

Aquí ubicamos a la Ley General de Arbitraje (LGA) peruana (Ley No. 26572)⁴², que ha incorporado prácticamente en su integridad la Ley Modelo de UNCITRAL,⁴³ posibilitando de esa manera la práctica del arbitraje internacional dentro de sus fronteras.⁴⁴

⁴² “Artículo 91°.- Ámbito de aplicación.- Un arbitraje es internacional si:

1. Las partes de un convenio arbitral tienen, al momento de la celebración del convenio, sus domicilios en Estados diferentes; o

2. Uno de los lugares siguientes está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus domicilios:

a) El lugar del arbitraje, si éste se ha determinado en el convenio arbitral o con arreglo al convenio arbitral.

b) El lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha.

A los efectos de este artículo si alguna de las partes tiene más de un domicilio, el domicilio será el que guarde una relación más estrecha con el convenio arbitral; si una parte no tiene ningún domicilio, se tomará en cuenta su residencia habitual”.

De conformidad con éste marco legal, necesariamente será internacional cualquier arbitraje que se desarrolle entre personas o empresas domiciliadas en el extranjero, o cuando al menos una de las partes no domicilie en el Perú.

⁴³ Para una descripción general de las disposiciones sobre Arbitraje Internacional contenidas en la LGA peruana, recomendamos leer a: Fernando Cantuarias Salaverry, “La Nueva Ley General de Arbitraje -Ley No. 26572”. En: Gaceta Jurídica, T. 25, Lima, 1996; Fernando Cantuarias Salaverry, “Nueva Ley General de Arbitraje Peruana –Ley No. 26.572”. En: Jurisprudencia Argentina No. 5998, Buenos Aires, 1996; Fernando Cantuarias Salaverry, “Nuevo marco normativo aplicable al Arbitraje en nuestro país. Ley General de Arbitraje -Ley No. 26572”. En: Scribas, Revista de Derecho, No. 2, Arequipa, 1996; Fernando Cantuarias Salaverry, “Arbitraje”. En: *Invirtiendo en el Perú- Guía Legal de Negocios*, Beatriz Boza (Ed.), PromPerú, Lima, 1998, pp. 783-796; Reynaldo Pastor Bebin, “*The Legislative Framework for Arbitration in Peru*”. En: *ICSID Review -Foreign Investment Law Journal*, Vol. 14, No. 2, 1999, pp. 381-389; Fernando Cantuarias Salaverry, “Ley General de Arbitraje del Perú”. En: Revista Jurídica del Perú, año LI, No. 18, Lima, 2001; Fernando Cantuarias Salaverry, “Arbitraje Nacional, Internacional y Extranjero en la Ley General de Arbitraje”. En: Gaceta Jurídica -Actualidad Jurídica, T. 117, Lima, 2003; Fernando Cantuarias Salaverry, “El Perú: lugar conveniente en Sudamérica para el desarrollo del Arbitraje Internacional”. En: Laudo, Revista del Centro de Arbitraje AMCHAM Perú, N° 1, Lima, 2003; y, Fernando Cantuarias Salaverry, “¿Es necesaria la regulación del Arbitraje Nacional e Internacional en la LGA?”. En: Revista de Economía y Derecho, Vol. 1, No. 4, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), Lima, 2004.

⁴⁴ Además de la ventaja que implicará arbitrar en el Perú con normas UNCITRAL, la LGA establece algunas disposiciones especiales que se apartan de dicha Ley Modelo, pero que la hacen aún más atractiva: a) da mayor seguridad a los convenios arbitrales, al establecer que su validez estará sujeta a la ley pactada por las partes, o en su defecto, a la ley del lugar de celebración del contrato, pero, si se cumplen las formalidades de la ley peruana, no podrá objetarse su validez (artículo 99°); b) en caso el arbitraje no sea institucional o administrado, y las partes, o en su

Lo mismo sucede con la reciente Ley de Arbitraje Comercial Internacional No. 19971 de Chile, que le permite contar con una buena legislación arbitral internacional⁴⁵, sin perjuicio de mantener una

defecto, los árbitros o la entidad nominadora de árbitros designada por las partes no logren constituir el tribunal arbitral, no será necesario acudir al poder judicial, ya que el artículo 102° establece que la entidad nominadora residual de árbitros será cualquiera de las entidades arbitrales que operan en el lugar del arbitraje o en Lima, a elección del interesado; c) Salvo pacto distinto de las partes, conocerá de la recusación de los árbitros, de manera definitiva, el Centro de Arbitraje (en caso se trate de un arbitraje institucional o administrado), o el propio tribunal arbitral (arbitraje ad-hoc), salvo cuando se trate de un arbitraje ad-hoc unipersonal, único supuesto en el que intervendrá el poder judicial (artículo 105°); d) las partes podrán ser asistidas por abogado nacional o extranjero (artículo 108°); e) a falta de acuerdo entre las partes acerca de la norma de derecho aplicable al fondo de la controversia, el artículo 117° dispone que los árbitros determinarán de manera directa la ley aplicable (la LGA ha eliminado el recurso a las normas de conflicto de leyes); f) salvo acuerdo en contrario de las partes, el presidente del tribunal arbitral tiene voto dirimente para la adopción de decisiones, incluyendo el laudo arbitral; g) salvo que alguna de las partes sea de nacionalidad peruana o tenga su domicilio o residencia habitual en el Perú, las partes podrán acordar en el convenio arbitral o en un documento escrito posterior, la renuncia a interponer ante el poder judicial peruano el recurso de anulación o a limitar dicho recurso a una o más de las causales taxativas dispuestas en la LGA (artículo 126°). Entrevista a Horacio Griguera Naón, ex.Secretario General de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI). En: Diario Expreso, Lima, 18 de noviembre de 2000, p. 8. “El Perú está muy bien posicionado desde el punto de vista de la legislación a nivel de América Latina. La ley de arbitraje peruana es muy buena y el país ha ratificado la convención de Nueva York sobre laudos arbitrales, y la convención interamericana de Panamá, lo cual facilita el reconocimiento internacional de laudos dictados en el Perú”.

⁴⁵ El artículo 1° de esta Ley publicada el 30 de setiembre de 2004, dispone lo siguiente: “Artículo 1°.- Ámbito de aplicación.

- 1) Esta ley se aplicará al arbitraje comercial internacional, sin perjuicio de cualquier tratado multilateral o bilateral vigente en Chile.
- 2) Las disposiciones de esta ley, con excepción de los artículos 8, 9, 35 y 36, se aplicarán únicamente si el lugar del arbitraje se encuentra en el territorio nacional.
- 3) Un arbitraje es internacional si:
 - a) Las partes en un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes; o
 - b) Uno de los lugares siguientes está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos:
 - i) El lugar del arbitraje, si éste se ha determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al acuerdo de arbitraje;
 - ii) El lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha; o
 - c) Las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado.
- 4) A los efectos del numeral 3) de este artículo:
 - a) Si alguna de las partes tiene más de un establecimiento, el establecimiento será el que guarde una relación más estrecha con el acuerdo de arbitraje.
 - b) Si una parte no tiene ningún establecimiento, se tomará en cuenta su residencia habitual.
- 5) Esta ley no afectará a ninguna otra ley en virtud de la cual determinadas controversias no sean susceptibles de arbitraje o se puedan someter a arbitraje únicamente de conformidad con disposiciones que no sean las de la presente ley”.

reglamentación nacional o doméstica ineficiente y anticuada.⁴⁶

II. Problemática del arbitraje privado en los procesos de integración latinoamericanos

El tema de la integración regional y extra regional forma parte esencial de la agenda latinoamericana.⁴⁷

En este apartado no pretendemos analizar estos procesos de integración⁴⁸, porque escapan al contenido limitado del trabajo que está referido exclusivamente al arbitraje.

Es más, vamos a reducir nuestro análisis acerca de la utilización del arbitraje dentro de los procesos de integración, específicamente en lo relativo a la solución de las controversias comerciales privadas, porque es allí donde creemos que existen los mayores problemas y mucho descuido.

En efecto, Germán Jaramillo⁴⁹ al momento en que analiza el arbitraje en los procesos de integración, informa que es útil como parte de los mecanismos de solución de los conflictos entre los estados que lo conforman, por lo que se trata de un tema que "es objeto de especial preocupación en todas las dimensiones del derecho internacional contemporáneo. La característica general es la creación de un sistema o foro especial que tenga competencia para conocer esos asuntos. Las decisiones proferidas por el foro deben tener carácter vinculante para los Estados que formen parte de ella. Estos

⁴⁶ Ver supra cita No. 29.

⁴⁷ Alan Fairlie Reinoso, "La Comunidad Andina y la Integración Hemisférica". En: Themis, Revista de Derecho, No. 42, Lima, 2001, pp. 67-79, describe con lujo de detalles la actual situación de las negociaciones entre los miembros de la Comunidad Andina y los del Mercosur y el avance de las discusiones para el establecimiento del Área de Libre Comercio de las Américas (Alca).

⁴⁸ Sobre este particular, recomendamos leer a: Abdías Teófilo Sotomayor Vértiz, "Normas Antidumping y Antitrust en los Procesos de Integración: Los casos de la Can, Nafta, Mercosur, G-3, Alca y otros Procesos. Análisis y Propuesta", Tesis para optar el Título de Magister en Derecho Internacional Económico, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2000.

⁴⁹ Germán Jaramillo Rojas, "El Arbitraje Internacional y los Procesos de Integración", ponencia presentada en la XXIV Conferencia Interamericana de Arbitraje Comercial, Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial –CIAC, Trujillo, mayo de 2002, p. 3.

sistemas evitan la confrontación y la toma de medidas retaliatorias entre los Estados partes.

Este nivel de conflictos es previsto por la mayoría de los Tratados de Integración. El modelo mas observado en la actualidad lo constituye el Sistema de Resolución de Disputas de la Organización Mundial del Comercio OMC".⁵⁰

Jaramillo entiende además que el arbitraje es útil en la solución de los conflictos entre los particulares y los Sistemas de Integración, constituidos por el "conjunto de reclamaciones de los particulares contra las decisiones adoptadas por los mecanismos de integración o contra las decisiones adoptadas por los Estados mismos... [en los que] surge la necesidad de utilizar sistemas imparciales y neutrales que resuelvan las diferencias".⁵¹

En cambio, cuando Jaramillo analiza el tema de la solución de los conflictos internacionales entre particulares, se limita a considerar que "atendiendo el principio de la autonomía de la voluntad de las partes ellas pueden pactar el sometimiento de sus diferencias a Tribunales Arbitrales Internacionales en contraste con la solución de las jurisdicciones nacionales de cualquiera de las partes".⁵²

Esta opinión, que es la que comparten muchos especialistas, asume que en un proceso de integración sólo se requiere desarrollar o promover mecanismos arbitrales en los dos primeros niveles identificados

⁵⁰ Jorge Witker V., "Mecanismos alternativos de solución de controversias comerciales en OMC, TLCAN-ALCA". En: Universidad Federal de Santa Catalina y la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, Jornadas de Derecho Internacional 2002, Washington D.C., 2003, pp. 248-252, analiza las controversias o diferencias comerciales y las diferentes formas de resolverlas hacia el interior de la Organización Mundial del Comercio (OMC).

⁵¹ Germán Jaramillo Rojas, "El Arbitraje Internacional y los Procesos de Integración", ob. cit., p. 4. Aquí también ubicamos a los mecanismos arbitrales utilizados en la solución de los conflictos entre inversionistas y estados receptores de la inversión. Sobre este particular y en relación al Mercosur, leer a: Horacio A. Griguera Naón, "*Recent Trends Regarding Commercial Arbitration in Latin America*", ob. cit., pp. 99 y ss. En relación al NAFTA, leer a: Lisa C. Thompson, "*International Dispute Resolution in the United States and Mexico: A practical guide to terms, arbitration clauses, and the enforcement of judgments and arbitral awards*". En: *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, Vol. 24, 1997, p. 12 y ss.; y, a Daniel Q. Posin, "*Cases brought under the NAFTA Investment Arbitration Rules*". En: *World Arbitration & Mediation Report*, Vol. 13, N° 2, 2002, p. 67.

⁵² Germán Jaramillo Rojas, "El Arbitraje Internacional y los Procesos de Integración", ob. cit., p. 5.

por el mencionado autor, ya que el último (el estrictamente privado), se rige en exclusiva por la "autonomía de la voluntad".⁵³

Por ello es que si analizamos el tema de la solución de controversias, por ejemplo dentro del esquema inicial de integración del Mercosur, comprobaremos que la preocupación fundamental estuvo centrada en la solución de los conflictos entre Estados⁵⁴ y entre éstos y los particulares⁵⁵, mientras que en lo referente a la solución de las controversias entre particulares se guardó silencio absoluto.⁵⁶ La misma respuesta la encontramos en el esquema normativo original del Acuerdo de Integración Subregional Andino (hoy Comunidad Andina de Naciones o Can).⁵⁷

⁵³ Así también, Jorge Witker V., "Mecanismos alternativos de solución de controversias comerciales en OMC, TLCAN-ALCA", ob cit., p. 247, al momento de analizar los mecanismos alternativos de solución de controversias, entiende que las "[c]ontroversias entre agentes privados, [son] materia propia del arbitraje comercial internacional".

⁵⁴ El Tratado de Asunción (1991) que dio origen al Mercosur, estableció un sistema de solución de controversias temporario que luego fue sustituido por el Protocolo de Brasilia (1991), el que a su vez fue complementado por el Protocolo de Ouro Preto (1994). Sobre el particular, leer a: Jorge Hernán Gil Echeverry, "El arbitraje en las relaciones del Estado". En: Revista Iberoamericana de Arbitraje, www.servilex.com.pe/arbitraje/congresopanama/b-01.html, pp. 8 y ss.; y, Didier Operti Badán, "Sistema de Solución de Controversias en el MERCOSUR". En: Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina, Liber Amicorum Jurgen Samtleben, Jan Kleinheisterkamp y Gonzalo A. Lorenzo Idiarte (Coord.), Fundación de Cultura Universitaria, 2002, pp. 457-468.

Este marco inicial ha sido modificado por el Protocolo de Olivos. Sobre el particular, leer a: Adriana Breyzin de Klor, "Los laudos arbitrales del Mercosur: una visión prospectiva". En: Universidade Federal de Santa Catalina y la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, Jornadas de Derecho Internacional 2002, Washington D.C., 2003, pp. 19-39; y, Roberto Puceiro Ripoll, "Nuevos avances en el régimen de solución de controversias del MERCOSUR: El 'Protocolo de Olivos para la solución de controversias'". En: Universidade Federal de Santa Catalina y la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, Jornadas de Derecho Internacional 2002, Washington D.C., 2003, pp. 121-131.

⁵⁵ Los Protocolos de Colonia y de Buenos Aires sobre Promoción y Protección de Inversiones en el Mercosur, y entre éste y sus socios (Chile y Bolivia), respectivamente, establecen la posibilidad de recurrir a la vía arbitral. Sobre el particular, leer a: Horacio A. Guiguera Naón, "*Recent Trends Regarding Commercial Arbitration in Latin America*", ob. cit., p. 99 y ss.

⁵⁶ Roque J. Caivano, "El arbitraje y los procesos de integración (Su futuro en el Mercosur)", ob. cit., p. 787. "[E]n el sistema orgánico del Mercosur... [no] existe previsión alguna respecto de las controversias entre particulares".

⁵⁷ Mónica Rosell, "Arbitraje y la solución de controversias en la comunidad andina". En: Revista Iberoamericana de Arbitraje, www.servilex.com.pe/arbitraje/bolivia/artmrbo.html, p. 3. "El artículo 40 del Acuerdo de Cartagena dispone que es el Tribunal de Justicia el órgano jurisdiccional de la Comunidad Andina. Por su parte, el artículo 47 del mismo Acuerdo señala que la solución de controversias que surjan con motivo de la aplicación del ordenamiento jurídico andino se sujetarán a

¿Era acaso razonable al momento en que se implementaron estos esquemas de integración económica el dejar el tema del arbitraje entre privados exclusivamente dentro del campo de la "autonomía de la voluntad"?

Cuando se crea la hoy denominada Comunidad Andina de Naciones hacia finales de la década de los 60s, las legislaciones arbitrales de Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador, Perú y Venezuela eran obsoletas. Lo mismo podemos decir de las leyes de arbitraje de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, cuando se adopta el Mercosur.

Entonces, ¿de qué autonomía de la voluntad podemos hablar, si el arbitraje era, en términos de regulación y reconocimiento legal, una institución inútil?

Pero, además, ¿acaso la situación ha cambiado en los últimos años?

Se supone que sí, ya que, como hemos visto, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, Paraguay, Perú y Venezuela han modernizado sus legislaciones arbitrales, junto con Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y México; aunque Antigua y Barbuda, Argentina, Barbados, Belice, Dominica, Grenada, Guyana, Haití, Nicaragua, República Dominicana, Trinidad y Tobago y Uruguay, siguen manteniendo disposiciones arbitrales anticuadas.

Sin embargo, como también hemos puntualizado, en la realidad son pocas las legislaciones arbitrales que pueden ser consideradas como modernas y amigables para la práctica del arbitraje internacional.⁵⁸

las normas del Tratado que crea el Tribunal de Justicia. Del mismo modo, el artículo 33 del Tratado del Tribunal de Justicia señala que los Países Miembros no someterán ninguna controversia a ningún sistema de arbitraje o procedimiento alguno distinto de los contemplados en el propio Tratado".

⁵⁸ Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago, "Ley de Arbitraje Comercial Internacional para Chile". En: www.camsantiago.com/actividades/noticias/ley_arb_com_internac.html, p. 3. "El último libro sobre arbitraje internacional en Latinoamérica de los autores Nigel Blackaby y otros, editado el año 2002 por *Kluwer Law International (International Arbitration in Latin America)*... [identifica] que en los arbitrajes comerciales internacionales que tienen contrapartes latinoamericanas, se escogen hoy como sedes en forma habitual Nueva York, París y Miami. Madrid no es escogido como sede, aunque debiera serlo por razones de idioma, por la falta de una legislación adecuada [sin embargo, España acaba de aprobar una excelente Ley de

Con éste estado de cosas, resulta muy difícil fomentar el intercambio comercial privado entre nuestras fronteras, ya que las partes se ven imposibilitadas, o al menos seriamente limitadas para poder pactar el arbitraje, simplemente porque la mayoría de nuestros países no están preparados para recepcionar arbitrajes comerciales internacionales.

En efecto, hoy por ejemplo es muy difícil que una empresa peruana y otra colombiana pacten el arbitraje (salvo que quieran y puedan hacerlo en México, Estados Unidos o Europa) en alguno de los estados que conforman la Comunidad Andina de Naciones, simplemente porque Bolivia, Colombia, Ecuador y Venezuela cuentan, para estos efectos, con legislaciones arbitrales poco amigables. Además, en este escenario, el Perú no siempre es una alternativa, debido al tema de la neutralidad.

Pero, además, aun cuando se pudiera afirmar que la gran mayoría de los estados latinoamericanos cuentan con legislaciones aptas para la práctica del arbitraje comercial internacional (que como hemos identificado no es el caso), igual tendríamos que enfrentar un significativo problema adicional: "La existencia de distintos ordenamientos jurídicos internos, con variados requisitos para la validez y eficacia del arbitraje, genera inconvenientes de tal magnitud que pueden derivar en la inoperatividad del arbitraje internacional, pues constituye un hecho innegable que las naciones legislan con el objeto de regular su realidad interna, y el arbitraje internacional excede largamente ese ámbito".⁵⁹

Arbitraje]. En el caso de partes de habla portuguesa, como ocurre con Brasil, lo normal sería que se escoja a Lisboa como sede, cuestión que tampoco ocurre por las mismas razones de Madrid y por haber suscrito además sólo en forma muy reciente la Convención de Nueva York. Si alguna de las partes insiste en designar como sede a un país de la Región, el escogido por excelencia resulta ser México. Otros posibles elegidos, aunque con dificultades por razones de estabilidad política y económica, son Perú y Colombia. Chile y Argentina no son escogidos bajo ningún respecto, por no contar con una ley de arbitraje internacional".

⁵⁹ Felipe Osterling Parodi, "La necesidad de unificar las normas sobre Arbitraje en América Latina como consecuencia de la globalización". En: Revista Iberoamericana de Arbitraje, www.servilex.com.pe/arbitraje/peru/artfope.html, p. 2.

En otras palabras, aun cuando la gran mayoría de los países latinoamericanos estuvieran preparados para recibir arbitrajes comerciales internacionales dentro de sus fronteras, lo cierto es que muchos de ellos cuentan con tantas disposiciones locales o particulares, que resulta una tarea casi titánica el poder preverlas al momento de pactar el arbitraje.

Por eso no nos deben de extrañar las observaciones que hizo Zapiola⁶⁰ hace algunos años: "Actualmente el MERCOSUR enfrenta una crisis estructural, que desnuda algunas de las falencias constitutivas del sistema, que puede servirnos de verdadera alerta, por lo que debemos observarla con mucho detenimiento.

Quienes intentan explicar los motivos de la crisis, coinciden en un aspecto que nos interesa remarcar en este momento, que es la poca o escasa consideración que se otorga a los derechos de los particulares, en la estructura institucional del MERCOSUR.

La demostración más clara de esta falta de preocupación por los derechos individuales es la inexistencia de un sistema de solución de controversias rápido y confiable para dirimir conflictos entre particulares". Como veremos seguidamente, estas observaciones son hasta la fecha plenamente aplicables a la Comunidad Andina de Naciones.

¿Cómo atacamos este grave problema?

III. Alternativas de solución y respuestas existentes

La primera alternativa sería intentar que todos los países de la región unificaran sus legislaciones arbitrales.

Si bien expertos de la talla de Caivano consideran viable esta posibilidad⁶¹, nosotros no creemos que nos llevará a buen puerto.

⁶⁰ Horacio Zapiola, "Arbitraje en el Mercosur". En: Revista Iberoamericana de Arbitraje, www.servilex.com.pe/arbitraje/congresopanama/b-08.html, p. 2.

⁶¹ Roque J. Caivano, "El arbitraje y los procesos de integración (Su futuro en el Mercosur)", ob. cit., p. 783. "La generalizada ratificación de las convenciones sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros (Nueva York 1958 y Panamá 1975) y los procesos de unificación de las legislaciones internas sobre arbitraje va logrando superar los escollos que antiguamente hacían de los laudos arbitrales internacionales una herramienta poco eficaz frente a la resistencia de los

La razón es muy simple: Nadie niega que en poco más de diez años, Latinoamérica ha dado señales claras en favor del arbitraje⁶² y que, como explica Griguera⁶³, las nuevas legislaciones arbitrales están orientadas a la adopción de principios y reglas sobre arbitraje comercial que prevalecen en el mundo y que cuentan con un amplio consenso.

Sin embargo, aquí el problema se presenta con las pequeñas ("grandes") diferencias, con las "excepciones" localistas que impiden una clara armonización, y, en muchos casos, con la existencia de importantes vacíos.

Creemos, por tanto, que lo que se requiere es la adopción de convenios internacionales que permitan corregir el actual estado de cosas.

Ese es el camino que recientemente han seguido la Comunidad Andina de Naciones y el Mercosur, aunque, como veremos enseguida, el primero proponiendo una solución absurda e inaceptable y, el segundo, estableciendo un marco interesante pero que requiere de urgentes correcciones.

En el caso de la Comunidad Andina de Naciones, Rosell explica que "el arbitraje ha resultado ser absolutamente necesario en el tráfico internacional, ya

jueces nacionales a darles cumplimiento forzado". Ulises Pitti G., "La regulación del arbitraje, la conciliación y la mediación en la legislación panameña". En: Revista Iberoamericana de Arbitraje, www.servilex.com.pe/arbitraje/congresopanama/a-04.html, p. 2. "[L]os países deben realizar reformas tendientes a la modernización económica y jurisdiccional, antes de ingresar a las zonas de integración. Ello hace imperativo crear y desarrollar nuevas leyes para la solución expedita de las controversias, y la ratificación y la ejecución de las Convenciones de Panamá de 1975 y de Nueva York de 1958, dentro del ámbito de la aplicación de los Tratados de integración".

⁶² Rubén Santos Belandro, "Una nueva actitud de los Estados latinoamericanos hacia el arbitraje". En: www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/congreso_internacional_rsb.html, p. 6. "La consecuencia de este enorme esfuerzo codificador es que al día de hoy todas las legislaciones nacionales del continente –en mayor o menor medida– apoyan y alientan al arbitraje".

⁶³ Horacio A. Griguera Naón, "*Recent Trends Regarding Commercial Arbitration in Latin America*", ob. cit., p. 96. "[T]he new texts do not denote the creation of a 'regional' arbitration culture that would differ from general trends fashioning the development of commercial arbitration in the world. On the contrary, the new legislative trends in Latin America are oriented towards the adoption of the general principles and rules concerning commercial arbitration prevalently accepted or enjoying general consensus in the milieu of arbitral experts and practitioners, primarily as enshrined in the Model Law".

que resultaría difícil concebir un comercio dinámico sin esta fórmula alternativa para la solución de las disputas... Su importancia aumenta cuando se deben resolver conflictos entre empresarios de distintos países, regidos por leyes y sistemas jurídicos procesales diferentes, que provocan en el litigante una natural preocupación cuando debe someterse a tribunales extraños".⁶⁴

Sin embargo, la manera como la Comunidad Andina de Naciones ha "resuelto" el problema de la falta de reglas uniformes en materia de arbitraje comercial internacional dentro de los países que la conforman, ha sido emitiendo un Protocolo (de Cochabamba, de 26 de mayo de 1996), a través del cual "se faculta al Tribunal de Justicia, en algunos casos, funciones arbitrales como: (i) Las controversias que se susciten por la aplicación o interpretación de contratos, convenios o acuerdos, suscritos entre órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración o entre éstos y terceros, cuando las partes así lo acuerden, y (ii) Las controversias que se susciten por la aplicación o interpretación de aspectos contenidos en contratos de carácter privado y regidos por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

A través del mismo Protocolo, se faculta a la Secretaría General a dirimir, mediante el 'arbitraje administrado', las controversias que le sometan particulares respecto de la aplicación o interpretación de aspectos contenidos en contratos de carácter privado y regidos por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina".⁶⁵

Así, la gran "solución" dentro de la Comunidad Andina de Naciones, ha sido la de convertir a una institución

⁶⁴ Mónica Rosell, "Arbitraje y la solución de controversias en la comunidad andina", ob. cit., p. 1.

⁶⁵ Ulises Montoya Alberti, "Historia del Arbitraje". En: Revista Peruana de Derecho de la Empresa, N° 56, Lima, Año XVIII, 2003, pp. 30-31. Mónica Rosell, "Arbitraje y la solución de controversias en la comunidad andina", ob. cit., p. 4. "A elección de las partes, el Tribunal emitirá su laudo, ya sea en derecho o ya sea en equidad, y será obligatorio, inapelable y constituirá título legal y suficiente para solicitar su ejecución conforme a las disposiciones internas de cada País Miembro. Artículo 38 del Protocolo de Cochabamba.

La Secretaría General emitirá su laudo conforme a criterios de equidad y de procedencia técnica, acordes con el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. Su laudo será obligatorio e inapelable, salvo que las partes acordaran lo contrario y constituirá título legal y suficiente para solicitar su ejecución, conforme a las disposiciones internas de cada País Miembro. Artículo 39 del Protocolo de Cochabamba.

Para que el Tribunal de Justicia o la Secretaría General puedan intervenir es suficiente que los interesados, hayan acordado dirigirse a estos órganos comunitarios para resolver los conflictos que pudieran presentarse entre ellos, en sus contratos en los que resulte aplicable o sea necesario interpretar normas del ordenamiento jurídico andino".

privada por naturaleza como es el arbitraje comercial internacional en una semi-pública, ya que los árbitros dejarán de ser agentes privados, para dar paso a funcionarios internacionales designados directamente por los estados miembros de este acuerdo de integración y que conforman su Tribunal y Secretaría General.⁶⁶

Se trata pues de una decisión inaceptable, violatoria de todos los principios que inspiran el arbitraje comercial internacional, que no ataca de forma alguna el problema de la falta de uniformidad en las legislaciones arbitrales de los países que conforman esta comunidad y que, en última instancia, será desechada por los agentes económicos que, con justa razón y recelo, se negarán a someter sus conflictos ante personas que no pueden elegir y que dependen en última instancia de los estados que conforman este esquema de integración.

El Mercosur, en cambio, apuesta decididamente por el establecimiento de un marco supranacional que fomente la práctica del arbitraje comercial internacional hacia el interior de los estados que lo conforman.⁶⁷

Para estos efectos, el primer paso fue la adopción del Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en materia contractual (diciembre de 1994)⁶⁸, que, entre otros, autorizó el acceso al

⁶⁶ *Ibíd.*, p. 4. “Finalmente, podemos destacar que el establecimiento del arbitraje privado con el Protocolo de Cochabamba, buscaría servir como un medio alternativo de solución de diferencias entre los particulares, cuando en sus relaciones comerciales estén involucradas normas que conforman el ordenamiento jurídico andino. El arbitraje establecido en esta norma es una opción que tendrán los particulares, previo acuerdo entre ellos para dar una respuesta satisfactoria a sus problemas, se supone con todas las ventajas que per se implica este mecanismo”. Nosotros obviamente discrepamos de las palabras de Rosell, ya que este esquema de privado no tiene nada y menos se trata de una opción, ya que no ayudará en lo más mínimo a fomentar el arbitraje comercial internacional dentro de las fronteras de la Comunidad Andina de Naciones.

⁶⁷ Roque J. Caivano, “El Arbitraje y los Procesos de Integración (Su futuro en el Mercosur)”, *ob. cit.*, p. 792. “El Mercosur tiene la virtud de promover un nuevo espacio jurídico-económico para el comercio internacional, y toda controversia que surja entre particulares en razón del intercambio económico que estimula un Mercado Común, deberá ser resuelta en forma privada”.

⁶⁸ En realidad, antes, en junio de 1992, se celebró el Protocolo de Cooperación y Asistencia jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa (Protocolo de Las Leñas), que se refiere al arbitraje en el capítulo destinado al reconocimiento y la ejecución de las sentencias judiciales y laudos arbitrales. Sin embargo, como veremos más adelante (ver *infra* cita No. 77), lamentablemente esta regulación deja mucho que desear.

arbitraje como vía alternativa al poder judicial en la resolución de las disputas privadas.⁶⁹

Sin embargo, como explica Cattaneo⁷⁰, años más tarde y debido al "crecimiento del tráfico comercial y financiero entre los países del Mercosur y sus socios Chile y Bolivia, sin duda resultaba primordial para los países del grupo contar con una normativa específica en el ámbito del arbitraje comercial internacional privado.⁷¹ En tal sentido, se suscribieron el 23 de julio de 1998 los Protocolos Nos 3/98 y 4/98. El primero, contiene normas aplicables a los cuatro países firmantes del Tratado de Asunción: Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, en tanto el Protocolo Nro 4/98 establece también el mismo régimen para los precitados cuatro países pero haciéndolo extensible a los dos socios del Mercosur: Bolivia y Chile, que, como es sabido, no son miembros plenos del Mercosur".

⁶⁹ Horacio A. Griguera Naón, "Recent Trends Regarding Commercial Arbitration in Latin America", ob. cit., p. 99. "*Other Mercosur international legal texts concern international commercial arbitration from the perspective of this subregion. Mention should be made in such context of the 1994 Buenos Aires Protocol on international jurisdiction, authorizing to resort to arbitration as an alternative to the jurisdiction of national courts for the resolution of contractual disputes (Art. 4(2))*". Roque J. Caivano, "El Arbitraje y los Procesos de Integración (Su futuro en el Mercosur)", ob. cit., p. 790. "Específicamente con relación al arbitraje, el Protocolo de Buenos Aires establece que puede prorrogarse la jurisdicción judicial que correspondiere en favor de tribunales arbitrales, debiendo acordarse por escrito, bien sea en el momento de la celebración del contrato, durante su vigencia o una vez surgido el litigio. La validez del acuerdo de selección de foro se registrará por el derecho de los Estados parte que tendrían jurisdicción de conformidad con el mismo Protocolo, debiendo en caso de duda aplicarse el derecho más favorable a la validez del acuerdo".

⁷⁰ María Rosa Cattaneo, "El arbitraje comercial internacional en el Mercosur, Bolivia y Chile. Su desarrollo reciente y perspectivas futuras". En: Revista Iberoamericana de Arbitraje, www.servilex.com.pe/arbitraje/congresopanama/b-10.html, p. 4.

⁷¹ Alicia M. Perugini Zanetti, "Arbitraje Comercial Internacional en el MERCOSUR". En: Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina, Liber Amicorum Jurgen Samtleben, Jan Kleinheisterkamp y Gonzalo A. Lorenzo Idiarte (Coord.), Fundación de Cultura Universitaria, 2002, pp. 636-637. "Tales circunstancias normativas alentaron a la Reunión de Ministros de Justicia a instruir a la Comisión Técnica para que elabore un texto común que responda a los problemas insatisfechos y que permita un sólo lenguaje arbitral en los Estados Partes del MERCOSUR, Bolivia y Chile. Una solución unívoca tornaría previsible para los protagonistas del proceso arbitral –las partes, los árbitros y los jueces- el tratamiento que recibirá este sistema alternativo adversarial en las distintas etapas del proceso en cada uno de los Estados. Por otra parte, un texto común tendría un efecto residual: contribuiría por sí mismo a promover el arbitraje, lamentablemente, no demasiado difundido en la práctica de los diferentes países de la región".

Se trata de dos instrumentos internacionales (aunque sustancialmente similares) de la mayor importancia para la consolidación del arbitraje comercial internacional en Latinoamérica, ya que, como explica Fraser⁷², no sólo regulan el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales foráneos, sino que, además, y principalmente, establecen todo un sistema de regulación del arbitraje comercial internacional hacia el interior de los países que conforman el Mercosur y entre éstos y sus socios (Chile y Bolivia).⁷³

En efecto, y si bien no pretendemos analizar a fondo los Protocolos⁷⁴, insistimos en destacar el importante esfuerzo realizado por intentar uniformizar el tratamiento de los arbitrajes comerciales internacionales, abordando para el efecto todas las áreas del arbitraje, como son: el ámbito de aplicación, el convenio arbitral (que se le da el nombre de convención arbitral), el procedimiento arbitral, el tribunal arbitral, la competencia del tribunal arbitral, el laudo arbitral, los recursos contra los laudos arbitrales y el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales extranjeros.⁷⁵

Sin embargo, al mismo tiempo, destacamos algunos graves errores, como son: se otorga demasiada deferencia a la legislación del lugar del arbitraje para la regulación de algunos temas sensibles; se limita demasiado su

72 David Fraser, "Arbitration in Latin America: An Overview". En: *International Arbitration Law Review*, Vol. 5, No. 2, 2002, p. 65. "This is not a convention dealing only with the recognition and enforcement of arbitration awards in the Mercosur countries; it is a complete code of arbitration law, including enforcement of foreign awards, regulating arbitration of international commercial contracts. It has been described as 'a new regime'. So far has been ratified only by Argentina".

73 A la fecha, el Perú sólo ha celebrado con el Mercosur un Acuerdo de Alcance Parcial de Complementación Económica.

74 Los Protocolos se pueden ubicar en: www.sice.oas.org/trade/mrcsrs/decisions/DEC0398.asp y www.sice.oas.org/trade/mrcsrs/decisions/DEC0498.asp.

75 Luis O. Andorno, "El Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur. Su posibilidad de aplicación a las empresas actuantes en el contrato de transporte multimodal de mercaderías". En: Revista Jurídica virtual del Programa de Investigación sobre Armonización de las Legislaciones, www.salvador.edu.ar/sv91mu11-pub01-1-1-03.htm. Para un análisis exhaustivo, leer a: Alicia M. Perugini Zanetti, "Arbitraje Comercial Internacional en el MERCOSUR", ob. cit., pp. 638-666.

ámbito de aplicación⁷⁶; existe una equívoca referencia a tratados distintos a la Convención de Nueva para el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales extranjeros⁷⁷; y, se establecen ciertas condiciones y requisitos extraños a los estándares internacionales.⁷⁸

Aun así, como ya hemos expresado, ambos Protocolos son valiosos en la tarea de consolidar la práctica del arbitraje comercial internacional en Latinoamérica, por lo que deberían servir de base para una acción conjunta más allá del Mercosur.⁷⁹

IV. A modo de conclusión

76 María Rosa Cattaneo, “El arbitraje comercial internacional en el Mercosur, Bolivia y Chile. Su desarrollo reciente y perspectivas futuras”, ob. cit., p. 5. “El ámbito de aplicación material es, a mi criterio muy reducido, por cuanto se restringe a los contratos comerciales entre particulares, personas físicas o jurídicas del derecho privado... quedando excluidos otros negocios comerciales”.

⁷⁷ Este grave problema se viene arrastrando desde el Protocolo de Las Leñas. Jonathan Van Ee, “MERCOSUR Arbitration: A New Regime”. En: *International Arbitration Law Review*, Vol. 4, No. 2, 2001, p. 58. “Article 23 of the Mercosur Agreement provides that enforcement of foreign arbitral awards in Mercosur countries shall be governed by a Mercosur Protocol, the Interamerican Convention, and the Montevideo Convention. Notably absent is the New York Convention, which is significant because, as the most comprehensive arbitration regime, one could expect to find incorporated in some manner. This absence is the biggest hurdle to incorporating the New York Convention through the Mercosur Agreement”. Horacio A. Griguera Naón, “Recent Trends Regarding Commercial Arbitration in Latin America”, ob. cit., p. 105. “[O]ne wonders why Mercosur countries did not follow the easier path of just ratifying the Panama or New York Conventions instead of creating and adopting special compacts governing the recognition and enforcement of arbitral awards for the Mercosur region”.

⁷⁸ Jonathan Van Ee, “MERCOSUR Arbitration: A New Regime”, ob. cit., p. 57. “[T]he Mercosur Agreement uses distinctions the foreign lawyer may not be familiar with such as an arbitration agreement’s ‘formal validity’ and ‘intrinsic validity’, which are both different from issues regarding the merits of the dispute. Also, there is the requirement that arbitrators abide by principles of contradictory (*contradictorio*) and free persuasion (*libre convencimiento*). If these distinctions are not respected an award may be set aside”.

⁷⁹ Horacio A. Griguera Naón, “Recent Trends Regarding Commercial Arbitration in Latin America”, ob. cit., p. 99, entiende lo mismo, cuando afirma que: “These coordinated efforts, when properly undertaken from a common multinational approach, should have the beneficial effect of unifying rules and criteria for dealing with issues regarding arbitration procedures, arbitral clauses and awards in the different Latin American countries and hopefully thus enhance the predictability of the corresponding solutions irrespective of the national jurisdiction called to decide on them”.

En la actualidad se vienen negociando varios procesos de integración, destacando el que promueven el Mercosur con la Comunidad Andina de Naciones y el Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA).

Sobre este particular, si bien es cierto que el NAFTA puede ser útil como antecedente para regular los procedimientos de resolución de controversias entre los estados parte y entre éstos y los inversionistas⁸⁰, no debemos de olvidar que este Tratado no regula en forma alguna el arbitraje comercial internacional⁸¹, probablemente porque tanto los Estados Unidos de América, como Canadá y México, ya contaban en la fecha

⁸⁰ David Lopez, "Dispute Resolution Under NAFTA: Lessons from the Early Experience". En: Texas International Law Journal, Vol. 32, 1997, p. 164. "NAFTA's ability to settle disputes affectively is one aspect of the Agreement that is particularly crucial to its overall success". Lisa C. Thompson, "International Dispute Resolution in the United States and Mexico: A practical guide to terms, arbitration clauses, and the enforcement of judgments and arbitral awards", ob. cit., p. 22. "NAFTA's approach to dispute resolution is already serving as a model for other international agreements as seen in the "G-3" Agreement, between Colombia, Mexico, and Venezuela where dispute resolution provisions closely mirror those in Article 2022 of the NAFTA. Chapter 11 of the NAFTA also establishes a complex mechanism for private investment disputes between NAFTA signatories for breaches of Chapter 11 obligations which circumvent a formal NAFTA dispute panel in favor of international arbitration. In addition, Chapter 20 lays out the institutional arrangements and dispute settlement procedures for disputes arising under the NAFTA".

⁸¹ David Lopez, "Dispute Resolution Under NAFTA: Lessons from the Early Experience", ob. cit., p. 42. "Importantly, NAFTA does not provide a mechanism for the settlement of disputes exclusively between private parties. With respect to the resolution of international commercial disputes between private parties in the free trade area, NAFTA simply reflects each government's pledge to encourage the use of arbitration and other means of alternative dispute resolution and to comply with certain pre-existing international arbitration accords".

En efecto, el artículo 2022 del NAFTA reza así: "Solución Alternativa de Controversias

(1) Cada una de las partes, en el máximo alcance posible, alentará y facilitará el uso del arbitraje y otros medios alternos de solución de controversias para resolver conflictos comerciales entre particulares en el área de libre comercio.

(2) En este sentido, cada una de las partes preverá los procedimientos del caso para asegurar la observancia de pactos para arbitrar y el posterior reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales surgidos de dicho conflicto.

(3) Se considerará que una parte ha cumplido el numeral 2, si ésta es parte de y cumple con la Convención de 1958 de las Naciones Unidas sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros o la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975.

(4) La Comisión establecerá un Comité Asesor Sobre Conflictos Comerciales Privados compuesto por personas con experiencia o práctica en la solución de controversias comerciales internacionales privadas. El Comité reportará y hará recomendaciones ante la Comisión, acerca de los asuntos generales remitidos a aquel por la Comisión, respetando la disponibilidad, uso y vigencia del arbitraje y otros procedimientos para la solución de conflictos en el área de libre comercio".

de adopción de dicho acuerdo de integración con legislaciones arbitrales modernas.⁸²

Como esa no es la situación de la gran mayoría de los estados latinoamericanos, creemos indispensable que esta vez los nuevos acuerdos de integración no olviden de regular el tema del arbitraje comercial internacional, para lo cual el trabajo realizado por el Mercosur puede considerarse como un importante punto de partida.

En realidad, si logramos establecer reglas uniformes que permitan a nuestros comerciantes y empresarios pactar el arbitraje en cualquiera de nuestros países, permitiendo así que elijan el lugar del arbitraje exclusivamente en base a criterios como la neutralidad, los costos y los servicios, habremos avanzado en la dirección correcta para promover un verdadero crecimiento del comercio en nuestra región.⁸³

⁸² Por ello el principal esfuerzo se ha concentrado en el sector privado, que promueve iniciativas como el Centro de Arbitraje y Mediación Comercial para las Américas (CAMCA), que agrupa a la American Arbitration Association (AAA), al Centro de Arbitraje de la Columbia Británica, a la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México y al Centro de Arbitraje Comercial Nacional e Internacional de Quebec.

⁸³ Jan Kleinheisterkamp, *“Conflict of Treaties on International Arbitration in the Southern Cone”*. En: Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina, Liber Amicorum Jürgen Samtleben, Jan Kleinheisterkamp y Gonzalo A. Lorenzo Idiarte (Coord.), Fundación de Cultura Universitaria, 2002, p. 688. *“Only if business could prosecute its claims beyond the national borders and without the traditional obstacles to recognition and enforcement, the risks of engaging with the interweavement promoted by the politics of integration could become manageable, thus breaking the path to the promised synergetic effects”*.