

SELECCIÓN DE ARTÍCULOS DE LOS EXPERTOS PARTICIPANTES EN LA REUNIÓN

EL PAPEL DEL JUEZ EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

ROMÁN SOLÍS ZELAYA*

Marco legal del arbitraje comercial internacional en Costa Rica

- 1- Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras;
- 2- Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Convención de Panamá);
- 3- Ley 8937, sobre Arbitraje Comercial Internacional basada en la Ley Modelo de La Comisión de Las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, (en adelante CNUDMI por sus siglas en inglés)

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

Hasta antes de la entrada en vigencia de la Ley Modelo, nuestros servidores judiciales tenían poco roce con el instituto del arbitraje, y el poco roce que tenían, se enmarcaba dentro del arbitraje doméstico. La novedosa legislación contempla, en el artículo 6 y mediante la remisión a otras normas, la participación de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia en el arbitraje comercial internacional y le asigna el trámite de una serie de asuntos, dándole la posibilidad de designar, para esos fines, a la autoridad judicial que corresponda, según las normas internas de competencia (medidas cautelares, práctica de pruebas, etc.).

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

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

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

Pero aun existiendo varias semejanzas entre los jueces y los árbitros, se pueden notar claramente las diferencias existentes. Los jueces son funcionarios estatales, funcionarios públicos que van a estar en su cargo de una manera, se podría decir, permanente. Se dice así, en el sentido en que los jueces no solamente van a resolver

* Magistrado de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

un caso, sino que su función les permitirá resolver cuanto caso llegue a su conocimiento, mientras se mantengan en su puesto. En cambio, los árbitros son sujetos privados, seleccionados para un caso concreto, que ejercerán una función pública, ya que su labor de impartir justicia y de dictar una sentencia arbitral vinculará a las partes cuando se tramite su ejecución en las instancias judiciales competentes.

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

Supuestos en los cuales se presenta la intervención

1. Conocimiento del pacto arbitral

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

Es importante, para comprender este aspecto, tener en mente el artículo II inciso 3) de la Convención de Nueva York, el cual clara y expresamente menciona el respeto que se le debe que tener al acuerdo arbitral y la remisión de las partes al procedimiento arbitral por parte de las cortes judiciales. Ahora bien, este mismo artículo termina diciendo que dicha remisión se realizará a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable. En cuanto a este examen o análisis de las cortes acerca del acuerdo arbitral, hay distintas posiciones en la doctrina y en las diversas legislaciones nacionales. Algunas se inclinan hacia la idea de que ese primer análisis de las cortes acerca del pacto arbitral debe ser uno completo y relativamente profundo, para de esta manera declararlo ya sea nulo, ineficaz o inaplicable. Por el otro lado, la otra posición consiste o prefiere la realización de un análisis no tan profundo o detallado acerca del acuerdo arbitral, sino que se prefiere un análisis breve de dicho pacto y de esta manera, remitir a las partes al proceso arbitral, permitiendo que sean los árbitros quienes decidan sobre su propia competencia, en aplicación del principio Kompetenz-Kompetenz.

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

2. Medidas Cautelares

Otro de los aspectos más característicos de la intervención judicial lo constituye el tema de las medidas cautelares. Al hablar de estas se hace mención a la posibilidad de una de las partes de solicitar acciones que per-

mitan el correcto desenvolvimiento del arbitraje y que la eficacia de lo dispuesto en el laudo sea asegurada. Una acertada definición de lo que se entiende por medidas cautelares, la encontramos en nuestra nueva ley al emular la Ley Modelo, al mencionar que por medida cautelar se entenderá toda medida temporal, por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo por el que se dirima definitivamente la controversia, el tribunal arbitral ordene a una de las partes que realice algún tipo de acción de las que ahí menciona (art. 17.2):

- a) mantenga o restablezca el statu quo en espera de que se dirima la controversia;
- b) adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente, o el menoscabo del procedimiento arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo al procedimiento arbitral;
- c) proporcione algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar todo subsiguiente; o
- d) preserve elementos de prueba que puedan ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia.

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

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

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

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

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

3. Práctica de Pruebas

Otro tema de la intervención judicial en procedimientos arbitrales lo constituye la asistencia judicial para la práctica de pruebas. Los tribunales arbitrales están facultados para decidir sobre este aspecto, cuáles acepta y cuáles no, así como el lugar donde se practicarán. La intervención de los jueces ordinarios se activa cuando se presenta la necesidad de practicar una prueba que afecte los derechos de terceros o que requieran una autorización judicial. Hay que recordar que es en la restricción del poder de actuación de los árbitros en donde radica el verdadero fundamento de la asistencia judicial, ya que los árbitros carecen de la potestad de coerción para realizar ciertas actuaciones.

Un ejemplo se observa cuando una parte solicite como prueba una exhibición de libros de contabilidad de un tercero, así como también podría ser el caso cuando se necesite cierta información de alguna empresa o alguna

entidad o institución. Es decir, se hace necesaria la asistencia de los tribunales estatales en cierto tipo de solicitud de pruebas, debido a la falta de poder de imperio de los árbitros sobre terceras personas.

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

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

4. Recusación de árbitros

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

“Artículo 13. Procedimiento de recusación

1- ...

2- ...

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

5. Anulación de los laudos

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

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

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

6. Reconocimiento y ejecución de laudos

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

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

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

A manera de conclusión, quiero expresar los siguientes puntos:

- En primer lugar, hay que observar a la intervención judicial en el arbitraje como una labor de asistencia y de cooperación, como una labor de ayuda, y jamás de intromisión o entrabamiento por parte de la jurisdicción ordinaria. El arbitraje comercial internacional requiere muchas veces una adecuada asistencia por parte de las cortes nacionales para poder llevar a buen puerto el proceso, de ahí la necesidad de esta intervención;
- En segundo y último lugar, esta intervención no atenta contra la naturaleza privada y contractual inserta en el arbitraje, por el contrario, lo estimula y lo impulsa. Esto es así, ya que si se intenta buscar el verdadero objetivo del procedimiento arbitral comercial internacional no se encontrará otra respuesta que no sea la efectividad del proceso y el posterior cumplimiento del laudo. La asistencia judicial existe en estos casos para dotar de mayor efectividad al arbitraje, así de sencillo. En otras palabras, la cooperación judicial lo único que hace es facilitar la realización de una adecuada puesta en práctica del procedimiento de arbitraje.

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

Ejecución del laudo internacional en Costa Rica

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

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

En los artículos 35 y 36 de la nueva ley se establecen las reglas generales para el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales internacionales. El principal requisito formal es la presentación en forma escrita de la peti-

ción de reconocimiento y ejecución, en el idioma del tribunal donde se solicite. El laudo, de ser el caso, deberá ser traducido al idioma de la jurisdicción donde se pide su reconocimiento.

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

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

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

- a) A instancia de la parte contra la cual se invoca, cuando esta parte pruebe ante el tribunal competente del país en que se pide el reconocimiento o la ejecución:*
- i) que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7 estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado el laudo; o*
 - ii) que la parte contra la cual se invoca el laudo no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos; o*
 - iii) que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje; no obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras; o*
 - iv) que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que no se han ajustado a la ley del país donde se efectuó el arbitraje; o*
 - v) que el laudo no es aún obligatorio para las partes o ha sido anulado o suspendido por un tribunal del país en que, o conforme a cuyo derecho, ha sido dictado ese laudo; o*
- b) cuando el tribunal compruebe:*
- i) que, según la ley de Costa Rica, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o*
 - ii) que el reconocimiento o la ejecución del laudo serían contrarios al orden público de Costa Rica.*

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

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

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

“Artículo 705.- Requisitos

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

1- Que estén debidamente autenticados.

- 2- Que el demandado hubiere sido emplazado, representado o declarado rebelde, con arreglo a la ley del país de origen, y que hubiere sido notificado legalmente de la sentencia, auto con carácter de sentencia o laudo.
- 3- Que la pretensión invocada no sea de competencia exclusiva de los tribunales costarricenses.
- 4- Que no exista en Costa Rica un proceso en trámite, ni una sentencia ejecutoriada, por un tribunal costarricense, que produzca cosa juzgada.
- 5- Que sean ejecutorios en el país de su origen.
- 6- Que no sean contrarios al orden público.”

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

ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL EN CHILE

MILTON JUICA ARANCIBIA*

I. - El tribunal arbitral y el procedimiento arbitral en el derecho chileno

Introducción:

Por regla general en Chile la jurisdicción, es decir, la facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, le corresponde exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley (Art.76 Constitución Política). Se agrega además, que ninguna otra autoridad puede ejercer funciones judiciales. El artículo 82 de la misma Carta establece que a la Corte Suprema se le asigna la superintendencia directiva, correccional y económica de todos los tribunales de la nación, incluyendo por supuesto a los arbitrales. En todo caso, la jurisdicción observa los principios de independencia, imparcialidad y se constituye sobre la base de tribunales preferentemente profesionales, responsables, letrados y permanentes.

Quien define y crea los tribunales es el poder legislativo lo que se plasma principalmente en el Código Orgánico de Tribunales, el que para los efectos de su jerarquía es una ley orgánica constitucional, que para su modificación requiere de quórum especial, informe de la Corte Suprema y control del Tribunal Constitucional.

Clasificación de los tribunales

El artículo 5 del Código Orgánico de Tribunales (en adelante COT) clasifica los tribunales, para el conocimiento de todos los asuntos judiciales que se promuevan dentro del territorio de la República, en ordinarios, especiales y arbitrales. Los primeros integran el Poder Judicial y son la Corte Suprema, las Cortes de Apelaciones, los presidentes y ministros de Corte, los tribunales de juicio oral en lo penal, los juzgados de letras y los juzgados de garantía. En cambio los tribunales especiales, se sub clasifican a su vez en aquellos que forman parte del Poder Judicial, como los Juzgados de Familia, los Juzgados de letras del Trabajo, los Juzgados de Cobranza laboral y los tribunales militares en tiempo de paz, que se rigen por disposiciones orgánicas constitucionales propias, contenidas en leyes especiales, rigiendo supletoriamente en su organización y atribuciones el COT y los tribunales especiales, que no forman parte del poder judicial, que se rigen también por disposiciones propias, como el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, el Tribunal de la Propiedad Industrial, el Tribunal de Contratación Pública, los Tribunales Tributarios y Aduaneros y los Tribunales Ambientales. En todo caso, estos últimos igualmente dependen desde el punto de vista jurisdiccional de la Corte Suprema.

Finalmente los tribunales arbitrales, se regulan en el Título IX del COT y se definen, según el artículo 222 de dicho cuerpo de leyes, como los jueces nombrados por las partes, o por la autoridad judicial en subsidio, para la resolución de un asunto litigioso. Se clasifican, según dicha ley, en árbitros de derecho, arbitradores o amigables componedores y mixtos. Por supuesto, los primeros, deberán fallar conforme a la ley vigente y se someten, tanto en la tramitación como en el pronunciamiento de la sentencia definitiva, a las reglas establecidas para los jueces ordinarios, según la naturaleza de la acción deducida. Los arbitradores, en cambio resuelven obedeciendo a lo que su prudencia y la equidad le dictaren y no están obligados a guardar en sus procedimientos y en su fallo otras reglas que las que las partes hayan expresado en el acto constitutivo del compromiso, y si éstas nada hubieren expresado a las que se establecen en este caso en el Código de Procedimiento Civil (en adelante CPC). Los mixtos, por último, se les conceden a los árbitros de derecho las facultades de los arbitradores en cuanto al procedimiento, y deben por tanto limitarse al pronunciamiento de la sentencia definitiva a la aplicación estricta de la ley. Esta distinción, es relevante para los fines de los

* Ministro de la Corte Suprema de Chile.

recursos procesales, ya que por regla general se limitan ostensiblemente en cuanto se refiere a los arbitradores, que generalmente son de única instancia y solo hace procedente a su respecto, un recurso extraordinario disciplinario, que es el de queja y también el recurso de casación en la forma siendo en todo caso, permitido a las partes renunciar anticipadamente a todos los recursos procesales, lo que la doctrina y la jurisprudencia no acepta, respecto de los anteriores señalados, pero en la casación de forma solo cuando se trata de las causales de ultra petita y de incompetencia.

Objeto del arbitraje

En cuanto al objeto del arbitraje, la regla es que nadie puede ser obligado en el derecho interno, a someter al juicio de árbitros una contienda judicial, por lo tanto dicha sumisión debe hacerse de común acuerdo. Sin perjuicio de lo anterior la ley chilena establece ciertos conflictos como de arbitraje forzoso, conforme a los casos señalados en el artículo 227 del COT o en otros cuerpos legales, asuntos que son sustraídos de la jurisdicción ordinaria. Pero además, hay asuntos de arbitraje prohibido, en los casos considerados en los artículos 229 y 230 del COT que prohíbe el arbitraje en las cuestiones que versen sobre alimentos o sobre derecho de pedir separación de bienes entre marido y mujer, las causas criminales, las de policía local, las que se susciten entre un representante legal y su representado y en aquellas en que debe ser oído el fiscal judicial, y estos últimos casos se indican en el artículo 357 del mismo código, señalando: las contiendas de competencia por razón de la materia de la cosa litigiosa o entre tribunales que ejerzan jurisdicción de diferente clase; en los juicios sobre responsabilidad civil de los jueces o de cualesquiera empleados públicos, por sus actos ministeriales; en los juicios sobre estado civil de alguna persona; en los negocios que afecten los bienes de las corporaciones o fundaciones de derecho público, siempre que el interés de las mismas conste del proceso o resulte de la naturaleza del negocio y cuyo conocimiento corresponda al tribunal indicado en el artículo 50, o sea, un ministro de corte de apelaciones respectiva, y en general, en todo negocio respecto del cual las leyes prescriban expresamente la audiencia o intervención del ministerio público. Como se puede observar el COT no utiliza el concepto de orden público, pero es evidente que se trata de las situaciones que se conocen tradicionalmente con dicha expresión.

Fuente del arbitraje

En cuanto a la fuente del arbitraje, se puede establecer, en el testamento, para el caso de la partición de bienes; por la ley, cuando ordene expresamente la facultad de resolver un asunto por un árbitro y finalmente, lo más corriente, la voluntad de las partes que lo pueden hacer a través de dos instrumento: el compromiso que se constituye como una convención por el que las partes, luego de decidir que un asunto debe ser sometido a arbitraje, designan anticipadamente al árbitro y la otra variante, es la cláusula compromisoria en la que se conviene por las partes el arbitraje pero deciden el nombre del árbitro al momento de producirse el conflicto.

Impugnaciones

Como se señaló anteriormente, en materia de impugnaciones el artículo 239 del COT establece que en contra de una sentencia arbitral se pueden interponer los recursos de apelación y casación para ante el tribunal que habría conocido de ellos si se hubieren interpuesto en juicio ordinario; a menos que las partes, siendo mayores de edad y libres administradoras de sus bienes, hayan renunciado dichos recursos, o sometídos también a arbitraje en el instrumento del compromiso o en un acto posterior. Sin embargo, el recurso de casación en el fondo no procederá en caso alguno contra las sentencias de los arbitradores; y el de apelación sólo procederá contra dichas sentencias cuando las partes, en el instrumento en que constituyen el compromiso, expresaren que se reservan dicho recurso para ante otros árbitros del mismo carácter y designaren las personas que han de desempeñar.

Procedimiento:

En cuanto al procedimiento, ya hemos señalado que tratándose de los árbitros de derecho, éstos deberán ajustarse al establecido por la ley, de manera que opera el principio del orden consecutivo legal y por lo mismo se trata de normas de orden público que no admiten renuncia y su regulación se halla contemplada en el CPC, Título VIII del Libro III, artículos 628 al 644, aparte del procedimiento contenido en el título IX, para el caso de la partición de bienes que es de conocimiento necesariamente de un árbitro, cuyo resultado es la distribución de los bienes comunes de una sucesión hereditaria, u otra comunidad de bienes. Para los arbitradores, las reglas del procedimiento la establecen libremente las partes y si éstas nada dicen, se dan aquellas que se consideran mínimas para asegurar el principio del debido proceso de ley.

Ejecución de las sentencias

En lo que se refiere a la ejecución de las sentencias arbitrales, el artículo 635 del CPC dispone que se podrá ocurrir al árbitro que la dictó, si no está vencido el plazo por el que fue nombrado, o al tribunal correspondiente, a elección del que pida su cumplimiento. Sin embargo, los árbitros en Chile carecen de la facultad de imperio y en este caso, la ley dispone que cuando el cumplimiento de la resolución arbitral exija procedimientos de apremio o en empleo de otras medidas compulsivas, o cuando haya de afectar a terceros que no sean parte en el compromiso, deberá ocurrir a la justicia ordinaria para la ejecución de lo resuelto (artículo 635 del CPC).

II.- El Arbitraje Internacional

El arbitraje internacional, entendiéndolo como todo litigio que compromete las jurisdicciones de dos o más países, se encuentra regulado en Chile por los siguientes textos, tanto del derecho internacional como del mismo estatuto interno. En general, para Chile rige en primer lugar la Convención de Derecho Internacional Privado, suscrita el 20 de Febrero de 1928, aprobada por el Congreso Nacional el 10 de mayo de 1932 y ratificada el 14 de junio de 1933 que dio lugar al Código de Derecho Internacional Privado y que se le otorgó el título de Código de Bustamante y que, en lo que interesa, describe los casos que deben entenderse como normas de orden público internacional, como lo son los preceptos constitucionales, como asimismo, las reglas de protección individual y colectiva, establecidas en el derecho político y el administrativo, artículos 4 y 5. En lo que se refiere al derecho procesal internacional, el código asegura que la ley de cada estado contratante, determina la competencia de los tribunales, así como su organización, las formas de enjuiciamiento y de ejecución de las sentencias y los recursos contra sus decisiones, de modo que también habrá que considerar su estatuto como de orden público.

Es importante señalar que el código, en materia de competencia, tratándose de las acciones civiles y mercantiles, permite la sumisión por acuerdo de las partes a un determinado tribunal y lo concretó, según el artículo 319, al juez que ejerza jurisdicción ordinaria y que la tenga para conocer de igual clase de negocios y en el mismo grado. Esta regla de limitación de jurisdicción no es aplicable, sin embargo, a la ejecución de sentencias, puesto que el artículo 432 dispone que el procedimiento de cumplimiento se aplicará en los Estados contratantes a las sentencias dictadas en cualquiera de ellos por árbitros o amigables componedores, siempre que el asunto que las motiva pueda ser objeto de compromiso conforme a la legislación del país en que la ejecución se solicite. Con lo cual ese laudo es ejecutable conforme a las leyes nacionales y respetando sus estatutos. Esta disposición se encuentra en armonía con lo previsto en el artículo 423 del Código de Bustamante, cuando dispone que toda sentencia civil o contencioso- administrativa dictada en uno de los Estados contratantes, incluida las arbitrales, tendrá fuerza y podrá ejecutarse en los demás, si reúne las siguientes condiciones:

- 1- Que tenga competencia para conocer del asunto y juzgarlo, de acuerdo con las reglas de este código, el juez o tribunal que las haya dictado;
- 2- Que las partes hayan sido citadas personalmente o por su representante legal, para el juicio;

- 3- Que el fallo no contravenga el orden público o el derecho público del país en que quiere ejecutarse;
- 4- Que sea ejecutorio en el Estado en que se dicte;
- 5- Que se traduzca autorizadamente por un funcionario o intérprete oficial del Estado en que ha de ejecutarse, si allí fuere distinto el idioma empleado;
- 6- Que el documento en que conste reúna los requisitos necesarios para ser considerado como auténtico en el Estado de que proceda, y los que requiera para que haga fe la legislación del estado en que se aspira a cumplir la sentencia.

Aparte del Código de Bustamante, en Chile rigen otros instrumentos internacionales en materia de arbitraje internacional y que se encuentran vigentes. Ellos son la Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras suscrita en Nueva York en 1958 y que rige en nuestro país a partir de octubre de 1975. También la Convención Interamericana sobre arbitraje comercial internacional, de la OEA y que rige en nuestro país a partir del 12 de julio de 1976. Es también necesario considerar al efecto la Convención Interamericana sobre eficacia extraterritorial de sentencias y laudos arbitrales extranjeros, suscrita en Montevideo el 8 de mayo de 1979, en la II Conferencia especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado.

Normas Internas sobre el arbitraje internacional

No obstante lo dicho, en cuanto a la aplicabilidad de la materia de arbitraje comercial internacional, conforme a normas internacionales que Chile ha suscrito, es lo cierto que sobre los principios que se sustenta tal jurisdicción Chile dictó una ley que servirá de complemento a lo previsto en dichos tratados, que trata precisamente sobre Arbitraje Comercial Internacional, es la ley N ° 19.971 que fue publicada en el Diario Oficial el 29 de Septiembre de 2004. Esta ley incorporó a Chile como uno de los países que adecuó a su ordenamiento interno la Ley Modelo de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (en adelante referida por sus siglas CNUDMI o UNCITRAL, en inglés) y se explicó su creación por la insuficiencia del sistema nacional procesal de conocer adecuadamente y juzgar los conflictos de comercio internacional, con lo cual le otorgó al país un sello de seriedad y permite con ello a los inversionistas contar con un grado de seguridad jurídica para enfrentar los conflictos propios de esa actividad. En resumen su estructura y articulado es casi idéntico a la ley modelo internacional. Lo relevante es que siendo de carácter territorial para los juicios que se tramiten en Chile, delimita considerablemente la jurisdicción ordinaria, especialmente de los tribunales superiores, eliminando la subsistencia de los recursos ordinarios y extraordinarios que son de uso corriente en materia de juicios en Chile, lo cual es justificable en la medida que se observen en la jurisdicción arbitral los principios que la informan, dentro de su autonomía, esto es, que se cumpla el principio de igualdad, de la idoneidad profesional de los árbitros y de su independencia e imparcialidad para juzgar tales importantes materias, que se entienden básicas para la seriedad del comercio internacional. Sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal Constitucional de Chile al analizar la ley aludida declaró que la norma del artículo 5° de la ley era constitucional, en el entendido que dejaba a salvo las atribuciones que la Constitución Política le entrega a la Corte Suprema en el ejercicio de la superintendencia directiva, correccional y económica sobre todos los Tribunales de la República, del mismo modo, de las atribuciones del Tribunal Constitucional en el ejercicio de su potestad de declarar la inaplicabilidad de preceptos legales.

Las normas de dicho cuerpo legal se pueden explicar de la siguiente manera:

Ámbito de aplicación: Art. 1°:

Regla General: para entender que un conflicto da lugar a un arbitraje comercial internacional requiere de dos condiciones:

- a) que el asunto sea de carácter comercial, comprendiéndose al efecto, lo que para Chile se entiende como tal por el Código de Comercio. Sin perjuicio de lo anterior, la letra g) del art. 2° lo aclara mejor:

dicha expresión debe interpretarse en un sentido amplio para que abarque todas las cuestiones que se plantean en las relaciones de esta índole, contractuales o no, dando una gran variedad de ejemplos.

- b) El segundo elemento es que el conflicto comercial revista el carácter de internacional. Lo será en las situaciones del N ° 3 del artículo 1°: "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 este se ha determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al acuerdo del 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.

Excepciones:

- a) La existencia de cualquier tratado multilateral o bilateral vigente en Chile, que tendrá aplicación preferente;
- b) las disposiciones de esta ley se aplicarán únicamente si el lugar del arbitraje se encuentra en territorio nacional, o sea, en Chile.

Contra excepción, en las situaciones de arbitrajes extranjeros:

Art. 8: Cuando se ha demandado en cuanto al fondo en un tribunal ordinario, éste a solicitud de parte remitirá a las partes al arbitraje a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible y se podrá activar el arbitraje aun existiendo cuestión pendiente ante el tribunal (órgano del sistema judicial del país)

Art. 9: No será incompatible con un acuerdo de arbitraje que una parte, ya sea con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su transcurso, solicite de un tribunal la adopción de medidas cautelares provisionales ni que el tribunal conceda esas medidas;

Art. 35 y 36: Reglas de reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral cualquiera sea el país en que se ha dictado se deberá cumplir y solo será desconocido en los casos expresamente señalados por la ley.

- c) No se afectará a ninguna otra ley en virtud de la cual determinadas controversias no sea susceptibles de arbitraje o se puedan someter a arbitraje únicamente de conformidad con disposiciones que no sean de la presente ley. (Artículo 1° N °5).

Prescindencia de la intervención de un tribunal del sistema judicial de un país

El artículo 5 limita, a favor del tribunal arbitral, la actividad de otro órgano de jurisdicción normal. La ley señala que en los asuntos que se ríjan por la ley, no intervendrá ningún tribunal salvo en los casos en que esta misma ley así lo disponga. Esta situación lo comprende el artículo 6: Las funciones a que se refieren los artículos 11, numerales 3) y 4); 13 numeral 3); 14 y 16 numeral 3) serán ejercidas por el Presidente de la Corte de Apelaciones del lugar donde debe seguirse o se sigue el arbitraje y la del artículo 34, numeral 2), será desempeñado por la respectiva Corte de Apelaciones.

Fuente del arbitraje internacional

La Fuente del arbitraje comercial internacional lo será el acuerdo de arbitraje que se regla en el artículo 7 que define y entrega la forma de dicho acuerdo. Por lo tanto, requiere de un acuerdo de voluntades como lo es toda sumisión a un tribunal que no es naturalmente competente, como lo es el arbitraje.

Concepto: El acuerdo de arbitraje es una convención por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual.

Requisitos:

- a) Acuerdo de voluntades. Es decir todos los involucrados en la relación jurídica deben consentir en resolver las divergencias a través de un arbitraje,
- b) Dicho consentimiento puede estar referido a todas las controversias o partes de ellas;
- c) Que las controversias hayan surgido de una relación jurídica contractual o no contractual.

Formalidades:

El acuerdo de voluntades debe constar por escrito. Esta escrituración no es tan solemne, porque bastará que el acuerdo esté consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, télex, telegramas u otros medios de telecomunicaciones que dejen constancia del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda o contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra.

Presunción de acuerdo: La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye acuerdo de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

Manifestación del acuerdo:

El acuerdo de arbitraje puede adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la de un acuerdo independiente. Recordemos que en el derecho chileno, la cláusula compromisoria es el acuerdo de las partes de someter las discrepancias a un tribunal arbitral sin designar el nombre de los árbitros. En cambio la designación del árbitro en el contrato mismo se llama compromiso, convención que debe reunir los requisitos establecidos en el artículo 234 del COT. Lo que alguna manera se deja traslucir de la manera que se señala en la parte final del N ° 1 del artículo 7 de la ley.

Prevalencia del arbitraje en relación a la demanda interpuesta ante un tribunal ordinario.

Esta situación de pugna entre un tribunal ordinario y el acuerdo de arbitraje lo zanja el artículo 8 privilegiando al tribunal arbitral y lo presenta de dos maneras:

- a) Si la demanda sobre el fondo de la cuestión se deduce ante un tribunal ordinario, éste tiene el deber, si existe acuerdo de arbitraje, de remitir a las partes al arbitraje si lo solicita cualquiera de ellas, a más tardar, en el momento de presentar el primer escrito sobre el litigio.

Excepción: Será competente el tribunal ordinario si se determina que dicho acuerdo de arbitraje es nulo, ineficaz o de ejecución imposible.

- b) Si se ha entablado la acción a que se refiere la letra anterior, se podrá no obstante, iniciar o proseguir las actuaciones arbitrales y dictar un laudo mientras la cuestión esté pendiente ante el tribunal. Con lo cual la existencia de un juicio vigente ante un tribunal de una cuestión que estaba sometida a un acuerdo de arbitraje no inhibe ni produce litis pendencia si se decide iniciar el procedimiento arbitral, siempre que en el asunto conocido por el tribunal ordinario no haya terminado por sentencia ejecutoriada.

Procedencia de medidas cautelares dispuestas por un tribunal ordinario

El artículo 8 de la ley dispone que no será incompatible con un acuerdo de arbitraje que una parte, ya sea con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su transcurso, solicite de un tribunal la adopción de medidas cautelares provisionales ni que el tribunal conceda esas medidas.

Esta medida es compatible con el procedimiento arbitral nacional, ya que el sistema nuestro no entrega a los árbitros mayores facultades de imperio. El artículo 635 inciso tercero dispone que cuando el cumplimiento de la resolución arbitral exija procedimientos de apremio o el empleo de otras medidas compulsivas, o cuando haya de afectar a terceros que no sean parte en el compromiso, el interesado deberá ocurrir a la justicia ordinaria para la ejecución de lo resuelto.

En todo caso, la ley autoriza y hace compatible para la adopción de estas medidas cautelares, tanto al tribunal ordinario o el arbitral, cuidando que su ejecución se disponga siempre por el primero si se disponen medidas de apremio o el empleo de otras resoluciones compulsivas. No obstante lo anterior, el artículo 17 de la ley faculta al tribunal arbitral para ordenar medidas provisionales cautelares (en verdad dicho término no es correcto, puesto que por definición el procedimiento cautelar siempre es provisorio ya que su fin es asegurar el resultado de la pretensión). Se dispone por la norma aludida que salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a petición de una de ellas, ordenar a cualquiera de las partes que adopte las medidas provisionales cautelares que el tribunal arbitral estime necesarias respecto del objeto del litigio. El Tribunal arbitral podrá exigir de cualquiera de las partes una garantía apropiada en conexión con esas medidas.

El Tribunal Arbitral

En el capítulo III de la ley se regula la composición del tribunal

Si bien en el capítulo referido no se indica las calidades que deben tener los árbitros, es evidente que solo pueden ser de derecho o de equidad, o árbitros o amigables componedores, si se atiende a lo que se señala el artículo 28 que ordena como regla general que el tribunal arbitral decidirá el litigio en conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio, pero si sólo las partes le han autorizado podrá decidir ex aequo et bono o como amigable componedor.

En cuanto al número de árbitros. La regla es que su número lo deciden las partes y en subsidio, a falta de tal acuerdo, los árbitros deberán ser tres, con lo cual será un tribunal colegiado, lo que es importante para adoptar el acuerdo del laudo o sentencia definitiva. (Art. 10).

Nombramiento:

Las reglas se dan en el artículo 11 y son las siguientes:

1- Las partes podrán acordar libremente el procedimiento para el nombramiento del árbitro o de los árbitros.

En Chile el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago (CAM) mantiene una lista de árbitros que serán nombrados, si las partes utilizan el Reglamento que esa misma institución estableció, en concordancia con la ley de Arbitraje Internacional.

2- La nacionalidad de una persona no será obstáculo para que ésta actúe como árbitro, salvo acuerdo de las partes.

3- A falta de acuerdo, hay que distinguir:

- a) si se trata de tres árbitros, las partes nombran uno cada uno de ellas y estos dos árbitros nombran al tercero. Si no hay acuerdo, la designación será hecha por el Presidente de la Corte de Apelaciones respectiva.
 - b) Si se trata de un árbitro único, a falta de acuerdo lo nombra el Presidente de la Corte de Apelaciones respectiva.
- 4- Si hay divergencias en estas materias de nombramiento en cuando al procedimiento de nombramiento convenido, lo que ocurrirá: a) si una parte no actúe conforme a lo estipulado en dicho procedimiento, o b) las partes, o dos árbitros no puedan llegar a acuerdo conforme al mencionado procedimiento, o c) un tercero, incluida una institución, no cumpla una función que se le confiera en dicho procedimiento, adoptará las medidas que correspondan el Presidente de la Corte de Apelaciones, a menos que el procedimiento de nombramiento se prevean otros medios de conseguirlo.

Normas que debe seguir dicho magistrado

- 1- En primer lugar, la decisión que se dicte en estas divergencias de nombramiento son inapelables;
- 2- Al nombrar el árbitro, el tribunal tendrá debidamente en cuenta las condiciones requeridas para un árbitro por el acuerdo de las partes;
- 3- Tomará las medidas necesarias para garantizar el nombramiento de un árbitro independiente e imparcial;
- 4- En el caso de árbitro único o del tercer árbitro, tendrá en cuenta asimismo la conveniencia de nombrar un árbitro de nacionalidad distinta a la de las partes.

Inhabilidades de los árbitros o falta o imposibilidad de ejercicio de las funciones

El artículo 12 de la ley establece los motivos de recusación de árbitro. La primera regla es que sea el propio árbitro que ponga en conocimiento de las partes de las dudas acerca de su imparcialidad o independencia. La segunda regla es que la recusación debe basarse en circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de la imparcialidad o independencia o si no posee las cualificaciones convenidas por las partes.

Procedimiento de recusación

El procedimiento lo regula el artículo 13 y son tres los caminos:

- 1- el procedimiento lo establecen las propias partes,
- 2- A falta de acuerdo la parte a quien afecte la inhabilidad se lo plantea directamente al árbitro para que éste lo decida;
- 3- Si el árbitro lo rechaza, se podrá pedir dentro de treinta días que decida la procedencia de la recusación al Presidente de la Corte de Apelaciones respectiva y cuya resolución será inapelable. Todo este procedimiento no suspende la tramitación del juicio arbitral pudiendo incluso el árbitro dictar el laudo mientras tanto.

Falta de imposibilidad de ejercicio de las funciones

El artículo 14 dispone que si el árbitro se vea impedido de jure o de facto en el ejercicio de sus funciones o por otros motivos no las ejerza dentro de un plazo razonable, cesará en su cargo si renuncia o si las partes acuerdan su remoción. Si subsiste el desacuerdo, cualquiera de las partes podrá solicitar al Presidente de la Corte de Apelaciones una decisión que declare la cesación del mandato, decisión que será inapelable.

Arbitro sustituto

En los casos de cesación en el cargo de un árbitro en las situaciones anteriores, o por renuncia o de remoción por acuerdo de las partes o de cesación de su mandato por cualquier motivo, se procederá al nombramiento de un sustituto conforme al mismo procedimiento por el que se designó al árbitro que se ha de sustituir. (Art. 15).

Competencia

El tribunal arbitral aparte de sus facultades propias para conocer y juzgar la cuestión de fondo controvertida, tiene además atribuciones:

- 1- Para decidir su propia competencia.

Lo que incluye decidir acerca de las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje.

Plazo: la excepción de incompetencia deberá oponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación de la demanda.

Resolución. El tribunal arbitral decidirá la excepción como cuestión previa o en el laudo sobre el fondo. En contra de la resolución que se declara competente cualquiera de las partes dentro de los treinta días siguientes al recibo de la notificación de esa decisión podrá solicitar del Presidente de la respectiva Corte de Apelaciones que resuelva la cuestión, y la resolución de este tribunal será inapelable. Mientras esté pendiente dicha solicitud, el tribunal arbitral podrá proseguir sus actuaciones y dictar el laudo sobre la cuestión. Art. 16.

- 2.- Para ordenar medidas provisionales cautelares. Art. 17.

El procedimiento arbitral

Reglas generales

- 1- Principio de igualdad: Art. 18 en la que se asegura un trato equitativo entre las partes. Esta norma permite el cumplimiento del deber de igualdad y de la plena oportunidad de hacer valer los derechos justiciables.

- 2- Libertad de decidir el procedimiento: Art. 19, lo que permite:

- a) otorgarles a las partes plena libertad para convenir el procedimiento al que se debe ajustar el tribunal arbitral (principio del orden consecutivo convencional).
- b) a falta de acuerdo el T.A. podrá dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado. Para tal efecto se le faculta especialmente, para determinar la admisibilidad, la pertinencia y el valor de las pruebas (orden consecutivo discrecional).

Limitación: En ambos casos estas facultades de acción se ejercerán con sujeción a las disposiciones de la ley pertinente.

- 3- Lugar del arbitraje:

- a) Lo determinan libremente las partes (art. 20). En subsidio, lo decide el T. A. Tendrá presente las circunstancias del caso y las conveniencias de las partes.
- b) en todo caso, se podrá, salvo acuerdo contrario de las partes, reunirse en cualquier lugar que estime apropiado para:

- 1- celebrar deliberaciones entre sus miembros;

- 2- oír a los testigos, a los peritos o a las partes;
- 3- examinar las mercancías u otros bienes o documentos.

Iniciación de las actuaciones arbitrales

El artículo 21 dispone:

- a) Se iniciarán las actuaciones según lo haya convenido las partes;
- b) En caso contrario, se iniciarán en la fecha en la que el demandado haya recibido el requerimiento de someter esa controversia a arbitraje.

Idioma

En esta parte el artículo dispone que el idioma:

- 1- Lo determinan primeramente las partes;
- 2- A falta de acuerdo, el tribunal arbitral lo determinará y se aplicará a toda actuación arbitral;
- 3- Para estos efectos el T.A. podrá ordenar que cualquier prueba documental vaya acompañada de una traducción al idioma convenido.

El Juicio Arbitral

El procedimiento, desde el punto de la discusión contempla en el artículo 23 los trámites de la demanda y de la contestación. Se deberá establecer un plazo, conforme con las partes o determinado por el T.A. La demanda, deberá contener: a) los hechos en que se funda; b) los puntos controvertidos y c) el objeto de la demanda. Con relación a la contestación, ésta debe contener la respuesta a los planteamientos alegados en la demanda. No obstante lo anterior, las partes pueden acordar otra cosa con respecto de los elementos que la demanda y la contestación deban necesariamente contener.

En materia de prueba, las partes podrán aportar en dichos actos procesales, todos los documentos que consideren pertinentes o hacer referencia a los documentos u otras pruebas que vayan a presentar.

Modificación o ampliación de la demanda o su contestación

El artículo 23 N ° 2) permite modificar o ampliar sus pretensiones, para ello se requiere:

- 1- Que las partes hayan no acordado lo contrario;
- 2- Que se haga en el curso de las actuaciones arbitrales;
- 3- Que el T.A. no considere improcedente esa alteración en razón de la demora con que se ha hecho.

Reglas de actuación en cuanto a las audiencias y trámites escritos.

En primer lugar, según el artículo 25 las partes deciden la forma de actuación del juicio y si no hay acuerdo, lo resuelve el T.A. decretando si han de celebrarse audiencias para la presentación de las pruebas o para alegatos orales. No obstante, a menos que las partes hubiesen convenido que no se celebrarían audiencias, el T. A. celebrará dichas audiencias en la fase apropiada de las actuaciones, si una de las partes lo solicita.

Bilateralidad de la audiencia

La misma norma en los números 2 y 3, dispone que deberá notificarse a las partes con suficiente antelación la

celebración de las audiencias y las reuniones del T.A. para examinar mercancías u otros bienes o documentos (En Chile se denomina en el CPC inspección personal del tribunal y exhibición de documentos).

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

La rebeldía y sus efectos

Se trata en el artículo 25 cuya regulación queda entregada al acuerdo de las partes y si este no existe, la rebeldía produce los siguientes efectos:

- a) Si el demandante no presenta su demanda en el plazo previsto por las partes o el T.A., éste dará por terminadas las actuaciones;
- b) Si el demandado no contesta en el plazo establecido, el T.A. continuará las actuaciones, sin que esa omisión se considere por sí misma como una aceptación de las alegaciones del demandante.
- c) Si una de las partes no comparece a una audiencia o no presenta pruebas documentales, el T. A. podrá continuar las actuaciones y dictar el laudo basándose en las pruebas de que disponga.

La prueba pericial

Dicha prueba se permite, según el artículo 26, salvo acuerdo contrario de las partes y podrá:

- a) nombrar uno o más peritos para que le informen sobre materias concretas que determinará el tribunal arbitral;
- b) solicitar a cualquiera de las partes que suministre al perito toda la información pertinente o que le presente para su inspección todos los documentos, mercancías u otros bienes pertinentes, o le proporcione acceso a ellos;
- c) se permite finalmente que luego de la presentación del peritaje, el perito participe en una audiencia en las que las partes tendrán oportunidad de hacerle preguntas y de presentar peritos para que informen sobre los puntos controvertidos.

Actuación de otros tribunales

El artículo 27, por resolución del T.A., permite que éste pida asistencia de un tribunal competente de Chile para la práctica de pruebas y éste podrá atender dicha solicitud dentro del ámbito de su competencia y de conformidad con las normas que le sean aplicables sobre medios de prueba.

El Laudo

El laudo es la sentencia definitiva que resuelve el conflicto arbitral y el capítulo VI de la Ley entrega las normas básicas para legitimar esta fundamental decisión.

Normas aplicable al fondo del litigio:

En esta parte se dan las siguientes reglas generales, según el artículo 28:

- a) Ley aplicable. El T. A. decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo de la cuestión debatida. Entendiendo que se trata del derecho

- sustantivo del Estado determinado y no a las normas de conflictos de leyes.
- b) Si las partes no indican la ley aplicable, el T.A. aplicará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables.
 - c) Excepcionalmente se decidirá ex aequo et bono o como amigable componedor sólo si las partes le han autorizado expresamente a hacerlo así. Esta fórmula significa “según aquello que es equitativo y bueno”. Consiste en resolver equitativamente el litigio, ya sea por ausencia de una norma de derecho que sea aplicable al caso; ya por prescindir de la norma de derecho que se aplica normalmente, por las consecuencias inicuas a las que conduciría su aplicación al caso; ya por atenuación de la norma aplicada, basándose en el mismo sentido. (Vocabulario Jurídico-Asociación Henri Capitant-Temis).
 - d) Regla básica: el T.A. decidirá siempre con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso.

Reglas de los acuerdos en la decisión de un tribunal colegiado

El artículo 29 dispone en este caso la decisión se adoptará por mayoría de votos y el juez presidente está facultado para decidir las cuestiones de procedimientos. En ambas situaciones si así lo deciden las partes o todos los miembros del tribunal.

La Transacción:

Es una manera de poner término al litigio por haber llegado a un acuerdo las partes. Si se produce durante la tramitación se dará por terminada el procedimiento.

Puede haber acuerdo que esa transacción se adapte a la forma de un laudo, conforme a los requisitos formales de éste y tendrá la misma naturaleza y efecto que cualquier otro laudo dictado sobre el fondo del litigio. (Art. 30).

Formalidades y contenido del laudo

Los requisitos se expresan en el artículo 31.

- 1- Se dictará por escrito y firmado por el o los árbitros;
- 2- Será motivado, a menos que las partes hayan convenido en otra cosa o que se trate de un laudo que contenga una transacción en los términos del artículo 30;
- 3- Lugar y fecha de su dictación
- 4- Notificación a cada una de las partes mediante la entrega de una copia firmada por los árbitros.

Término del procedimiento:

- a) Con el laudo definitivo;
- b) O cuando se produzcan las siguientes situaciones:
 - 1- si el demandante retira la demanda y no se oponga el demandado;
 - 2- las partes acuerden dar por terminado el arbitraje;
 - 3- cuando el T. A. compruebe que la prosecución de las actuaciones resultaría innecesario o imposible. (Artículo 32)

Cese de las funciones del árbitro

El tribunal arbitral cesará en sus funciones al terminar las actuaciones arbitrales.

Excepción: casos del artículo 33 y N° 4 del artículo 34. O sea, cuando sea necesario hacer correcciones o interpretaciones al laudo o se requiere de un laudo adicional, lo que se podrá solicitar dentro del plazo de treinta días. Los casos se explican en el artículo 33. También se puede actuar si el tribunal superior, suspendiendo el curso del recurso de nulidad, podrá dar la oportunidad al T. A. de reanudar las actuaciones arbitrales o de adoptar cualquier otra medida que a juicio del tribunal arbitral elimine los motivos para la petición de la nulidad.

Impugnación del Laudo

Esta materia se trata en el artículo 34 que dispone la procedencia del recurso de nulidad que la ley nombra como petición de nulidad, considerándolo como único recurso contra el laudo arbitral.

Causales de Nulidad

a) Que la parte que interpone la petición pruebe:

- 1- Que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7 estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiere indicado a este respecto, en virtud de la ley de este estado, o
- 2- Que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no han podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos, o
- 3- Que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje; no obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, sólo se podrán anular estas últimas, o
- 4- Que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicha acuerdo estuviera en conflicto con una disposición de esta ley de las que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se ha ajustado a la ley, o

b) Que el tribunal compruebe:

- 1- Que según la ley chilena, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje, o
- 2- Que el laudo es contrario al orden público chileno.

Tribunal competente

La Corte de Apelaciones respectiva, que será de acuerdo al territorio jurisdiccional asignado al tribunal arbitral.

Plazo:

Regla general: se deberá deducir dentro del plazo de tres meses contado desde la fecha de la recepción del laudo (notificación art. 31 N° 4). En el caso de las situaciones de aclaración, interpretación o laudo adicional conforme al artículo 33, el plazo correrá desde la fecha en que esa petición haya sido resuelta por el T. A.

Suspensión de las actuaciones de la nulidad

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

La Vista del Recurso:

Se hará de acuerdo al procedimiento de la vista de los recursos de apelación reglado en el CPC, con la salvedad de que las peticiones de nulidad se incluirán de inmediato a la tabla y gozarán de preferencia para su vista y fallo.

Contra la sentencia de la Corte de Apelaciones, aun cuando la ley nada señala, tendría el carácter de definitiva inapelable o al menos de una interlocutoria que pone término al juicio, lo cual hipotéticamente según el sistema procesal chileno, haría procedente el recurso de casación, si se analizan las normas de admisibilidad de los artículos 766 y 767 del CPC, pero en verdad es bien discutible su procedencia. En todo caso no sería procedente el de fondo si el árbitro es amigable componedor y deba fallar ex aequo et bono. En todo caso, si no procede casación podría dar lugar al recurso disciplinario de queja según el artículo 545 del COT, que lo permite si se resuelve el asunto con falta o abuso grave. Sin embargo toda esta posibilidad de impugnación normal se estrella jurídicamente frente a lo establecido en el artículo 5 de la ley de arbitraje comercial internacional, en cuanto dispone que en los asuntos que se rijan por dicha ley, no intervendrá ningún tribunal salvo en los casos en que así lo disponga la ley, con lo cual deja al margen de la contienda a la Corte Suprema, sin perjuicio de que ésta constitucionalmente tiene la superintendencia directiva, correccional y económica de todos los tribunales de la república, incluyendo a los árbitros. El ejercicio disciplinario es irrenunciable para las partes y los tribunales chilenos.

No obstante lo anterior hasta la fecha y con cerca de diez de aplicación de la ley, la Corte Suprema no ha aceptado impugnación distinta a la de la ley

Reconocimiento y ejecución de los laudos

Regla general de validez. Según el artículo 35 N ° 1.- Su plena vinculación al país en que se va a ejecutar. Dice la norma que un laudo arbitral cualquiera que sea el país en que haya dictado, será reconocido como vinculante y, tras la presentación de una petición por escrito al tribunal competente, será ejecutado en conformidad con las normas de la misma ley.

Formalidades de ejecución:

- 1- Petición por escrito al tribunal competente;
- 2- la parte que invoque un laudo o pida su ejecución deberá presentar el original debidamente autenticado del laudo o copia debidamente certificada del mismo;
- 3- el original del acuerdo de arbitraje o copia debidamente certificada del mismo;
- 4- Traducción. Si está redactado en otra lengua a la nacional, la parte deberá presentar una traducción debidamente certificada a ese idioma de los documentos antes referidos.

Motivos para rechazar el reconocimiento o la ejecución del laudo.

El artículo 36 de la ley establece los casos en que se puede rechazar el laudo:

a) A instancia de parte:

- i) incapacidad de una de las partes en el acuerdo de arbitraje. O que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado el laudo;
- ii) Que la parte contra la cual se invoca el laudo no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos, o

- iii) Que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje; no obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras, o
 - iv) Que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ha ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que no se han ajustado a la ley del país donde se efectuó el arbitraje, o
 - v) Que el laudo no es aún obligatorio para las partes o ha sido anulado o suspendido por un tribunal del país en que, o conforme a cuyo derecho, ha sido dictado ese laudo, o
- b) cuando el tribunal compruebe:
- i) Que según la ley chilena, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje, o
 - ii) Que el reconocimiento o la ejecución del laudo serían contrarios al ORDEN PÚBLICO de Chile.

En todo caso, si se ha pedido a un tribunal de los previstos en el literal v) de la letra a) del numeral 1º de este artículo la nulidad o la suspensión del laudo, el tribunal al que se pide el reconocimiento o la ejecución podrá, si lo considera procedente, aplazar su decisión y, a instancia de la parte que pida el reconocimiento o la ejecución del laudo, podrá también ordenar a la otra parte que dé garantías apropiadas.

Reglas de ejecución de las sentencias extranjeras en Chile

Conforme a lo previsto en el artículo 35 antes citado de la ley 19.971, la ejecución de las sentencias arbitrales se presentaran ante el tribunal competente, lo que en concepto de la ley no puede ser un tribunal arbitral, luego deberá aplicarse el estatuto interno nacional que regula dicha ejecución y que se encuentra tratada en el CPC, en los artículos 242 a 251. Para determinar la manera de su ejecución, la primera norma que se señala es que dichas resoluciones pronunciadas en país extranjero tendrán en Chile la fuerza que les concedan los tratados internacionales. Cuestión que según lo hemos señalado incluye los laudos arbitrales. Para su ejecución dice la norma se seguirán los procedimientos que establezca la ley chilena, en cuanto no aparezcan modificados por dichos tratados. Por lo tanto, la primera norma de aplicación es la del cumplimiento de los tratados internacionales.

La segunda regla de nuestro estatuto es la de la reciprocidad, el artículo 243 dispone que si no existen tratados relativos a la ejecución con la nación de que procedan las resoluciones, se les dará la misma fuerza que en ella se dé a los fallos pronunciados en Chile. De modo que si ese Estado no da cumplimiento a los fallos de los tribunales chilenos, no tendrá fuerza en Chile.

En tercer término a falta de las reglas anteriores, se dispone por el artículo 245 del CPC de Chile, que las resoluciones de tribunales extranjeros tendrán en Chile la misma fuerza que si se hubieren dictado por tribunales chilenos, con tal que reúnan las circunstancias siguientes:

- 1- Que no contengan nada contrario a las leyes de la República. Pero no se tomarán en consideración las leyes de procedimiento a que haya debido sujetarse en Chile la substanciación del juicio;
- 2- Que tampoco se opongan a la jurisdicción nacional;
- 3- Que la parte en contra de la cual se invoca la sentencia haya sido debidamente notificada de la acción. Con todo, podrá ella probar que, por otros motivos, estuvo impedida de hacer valer sus medios de defensa;
- 4- Que estén ejecutoriadas en conformidad a las leyes del país en que hayan sido pronunciadas.

Finalmente, y es lo importante para el tema, el artículo 246 del código citado, dispone que estas reglas son aplicables a las resoluciones expedidas por jueces árbitros. Para estos efectos, se requiere como condición

de formalidad el que se haga constar su autenticidad y eficacia por el visto bueno u otro signo de aprobación emanado de un tribunal superior ordinario del país donde se haya dictado el fallo.

El procedimiento de exequáтур

Se regla en los artículos 247 a 251 del CPC y se tramita ante la Corte Suprema que es la única que conoce de este trámite, y para ello se deberá presentar la sentencia ante dicho tribunal en copia legalizada, cuyo procedimiento de legalización se regla en el artículo 345.

En cuanto al procedimiento mismo, se distingue entre el contencioso y el no contencioso. Para el caso interesa sólo el primero.

De este modo la solicitud de ejecución se dará conocimiento a la parte contra quien se pide, la cual tendrá para exponer lo que estime conveniente un término igual al de emplazamiento para contestar demandas.

Con la contestación de la parte o en su rebeldía, y con previa audiencia del fiscal judicial, el tribunal supremo, una sala del mismo, dependiendo de la especialidad en la materia, declarará si debe o no darse cumplimiento a la resolución. Lo que se hará en una audiencia pública, con relación y alegatos públicos, trámite que se denomina vista de la causa.

Sin perjuicio de lo anterior, si es procedente y el tribunal lo estima necesario se podrá abrir un término de prueba antes de resolver.

Según la ley el cumplimiento de la sentencia que concede el exequáтур y manda cumplirla, se pedirá al tribunal a quien habría correspondido conocer del negocio en primero o única instancia, si el juicio se hubiere promovido en Chile.

Organismo que participa y coopera en los arbitrajes comerciales en Chile

En nuestro país se constituyó el centro de Arbitraje y Mediación de Santiago (CAM Santiago) que es un organismo creado por la Cámara de Comercio de Santiago A.G, dentro de su organización, que tiene por finalidad prestar el servicio consistente en administrar los arbitrajes nacionales e internacionales que se le sometan y la designación de Árbitros y Mediadores cuando las partes así lo hayan pedido.

Para dicho fin se dictaron sus estatutos que tiene vigencia a partir del 1 de diciembre de 2012, en la que se establece la administración de los arbitrajes que se sometan al Centro, la elaboración y mantención de nóminas de árbitros nacionales o internacionales; la designación del o de los árbitros pertenecientes al cuerpo arbitral, etc. Tratándose del arbitraje comercial internacional se dispone que se aplicará el reglamento de Arbitraje Comercial Internacional del CAM Santiago.

Para los fines de sus funciones se señalan los siguientes órganos: El Consejo, el Cuerpo de Árbitros, la nómina de mediadores y la Secretaría General. En el Consejo se integran dos consejeros designados por el Consejo del Colegio de Abogados de Chile A.G., de entre sus miembros. En dicho estatuto se regula el cuerpo arbitral designado por el consejo, conforme a determinados requisitos, siendo una nómina abierta de árbitros. Requiere como requisitos: experiencia profesional no inferior a diez años, o bien detentar una trayectoria empresarial de reconocida competencia y probidad; no encontrarse afecto a alguna circunstancia o causal que los inhabilite para ejercer sus derechos civiles o políticos; no haber sido objeto de sanciones por faltas a la ética profesional.

En cuanto al reglamento de Arbitraje Comercial Internacional, éste cuerpo normativo del CAM se encuentre vigente a partir del 1 de junio de 2006, y se ajusta en términos generales a los principios de la ley 19.971, con

la salvedad de no considerar impugnación alguna contra los laudos y que éstos son reservados, cuestiones que no contiene la ley. Art. 33 N° 2 y 8.

Jurisprudencia en materia de exequátur en Chile

En materia de arbitraje comercial internacional, no existe mucha jurisprudencia sobre su ejecución en el país, solo se han podido verificar las siguientes:

1) Ingreso 6600 de la Corte Suprema de 1995

El asunto decía relación con el cumplimiento de una sentencia dictada por un tribunal arbitral perteneciente a la Comisión Interamericana de Arbitraje Internacional, que condenó a una sociedad a pagar los demandantes la suma de US \$ 579.399,75 por concepto de cuotas vencidas correspondiente a un contrato de compraventa, más costas e intereses. Se basó en los Tratados Internacionales de la Convención de Nueva York y de la Convención de Panamá y se fundó además, en lo dispuesto en el artículo 242 del CPC chileno. Se opuso la demandada a dicha ejecución, porque afectaba el orden público interno, puesto que la sentencia arbitral no había cumplido con el rito de la convalidación del fallo por un tribunal ordinario de Argentina, conforme lo ordena el artículo 246 del código chileno citado. El tribunal aplicó la aludida norma dando la prevalencia a los tratados y para ello estimó bastante la sentencia arbitral con los requisitos previstos en los tratados y no la norma chilena que exige, para sentencias arbitrales extranjeras, el visto bueno de autorización de la justicia ordinaria argentina y como los mismos tribunales habían desestimados los recursos procesales dicho atestado era suficiente para otorgarle la autenticidad al laudo que se demanda, acogiéndose la petición de autorización para cumplirse en Chile. Un Ministro estuvo además, por considerar lo prescrito en el artículo 35 de la Ley 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional, aun cuando el asunto era de fecha anterior a su vigencia.

2) Rol 5228 de 2008

Se trata de hacer cumplir una sentencia del tribunal arbitral de la Corte Internacional de la Cámara de Comercio Internacional y que condenó a una empresa chilena una suma aproximada a los cincuenta millones de dólares más los respectivos intereses y costas. Se tuvo en consideración la Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, conocida como la Convención de Nueva York. La demandada se opuso porque al respecto existía un contrato de transacción por lo que el crédito se encontraba pagado y además de otras cuestiones formales relativas al emplazamiento; que se excedió el objeto del arbitraje; que la sentencia se encontraba suspendida y no era obligatoria para las partes y que se apartaba, por último del orden público. El fallo que dio el exequátur hace una larga relación histórica con respecto a dicha institución y la preferencia que otorga el artículo 242 del CPC a los tratados internacionales, como también lo señala la ley 19.971 haciendo vinculante la sentencia arbitral extranjera en nuestro país y concluye que en el presente caso se dan todos los supuestos para cumplir en el país la sentencia y que no se configuraron los defectos formales que hacían ineficaz el fallo que se trataba de cumplir y dio lugar al pase solicitado para su ejecución por los tribunales chilenos.

3) Ingreso 4.390 de 2010

Se solicitó a la Corte Suprema en representación de una sociedad comercial francesa se ordene la ejecución en Chile del laudo dictado el 22 de octubre de 2007 en Buenos Aires, por el tribunal arbitral constituido conforme al reglamento de Arbitraje de la Cámara Internacional el cual condenó a Endesa Internacional y a YPF S.A. al pago de ciertas sumas de dinero en dólares. La sentencia de esta Corte Suprema reconoció la eficacia de todo fallo extranjero de acuerdo con las normas del CPC nacional, que privilegia en estas materia los tratados internacionales y luego el principio de la reciprocidad. Pero hace ver que la legislación chilena es restrictiva

en el cumplimiento de sentencias arbitrales de no existir un visto bueno de la justicia ordinaria se conviene que en los aspectos concernientes a su ejecución la ley 19.971 innovó con respecto de este requisito. En el presente caso se reclamó de la falta de esa visación, sin embargo, la Corte Suprema le reconoció la validez suficiente la copia certificada y legalidad del Secretario de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, reconociéndole la calidad de ministro de fe idóneo. Sin embargo, no se otorgó el exequátor, porque el laudo que se pide cumplir fue materia de un recurso de nulidad que fue acogido por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de Buenos Aires y lo declaró nulo y luego se desestimó el recurso extraordinario con contra de esta decisión, siendo rechazado finalmente por la Corte Suprema de la Nación el recurso de queja, constituyéndose en un impedimento para dar lugar al exequátor de acuerdo con la Convención de Nueva York y a lo previsto en el artículo 36 de la ley 19.971. Es de notar que el mismo laudo se trató de ejecutar en Francia y el tribunal pertinente concedió el exequátor, pero lo hizo antes que el fallo de nulidad se encontrara firme y lo hace presente esta situación la sentencia de la Corte Suprema chilena.

PROBLEMAS RELACIONADOS CON EL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE UN LAUDO ARBITRAL COMERCIAL INTERNACIONAL EN PANAMÁ

DR. HERNÁN A. DE LEÓN BATISTA*

Para iniciar este breve análisis de los problemas que se suscitan respecto al reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral comercial internacional en Panamá, debemos señalar primeramente que dicho reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales se sustancia a través de los mecanismos convencionales, ya que Panamá es parte de la Convención de Nueva York de 10 de junio de 1958, sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, complementado por la Convención de Panamá de 1975 y reforzada actualmente por el Decreto Ley 5 del 8 de julio de 1999, que regula el arbitraje en Panamá.

En lo relativo a este último instrumento jurídico, es importante manifestar que el procedimiento establecido en el Decreto Ley 5 de 1999, es un procedimiento supletorio que debe de ceder ante la existencia de convenios internacionales.

Así, el artículo 39 del Decreto Ley 5 del 8 de julio de 1999, que regula el Arbitraje, establece taxativamente que los laudos extranjeros se reconocerán y ejecutarán en Panamá de conformidad con los tratados y convenios que la República de Panamá sea parte y, en su defecto, por lo previsto en el Capítulo VI del Decreto Ley mencionado.

En Panamá, existen dos (2) tipos de laudos arbitrales que deben sujetarse al trámite de Reconocimiento y Ejecución a través de la Sala Cuarta de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, a saber:

- 1- Los Laudos Arbitrales Extranjeros dictados fuera del territorio de la República de Panamá; y
- 2- Los Laudos Arbitrales dictados en el territorio panameño en el curso de un Arbitraje Comercial Internacional. (artículo 40 del Decreto Ley 5 de 8 de julio de 1999).

En relación a los Laudos Arbitrales Extranjeros dictados fuera del territorio de la República de Panamá, no hay mayores problemas, puesto que sólo debe cumplir para su presentación ante la Sala Cuarta de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, junto al escrito de solicitud:

- 1- Original autenticado en debida forma o copia certificada del Laudo Arbitral.
- 2- Original autenticado en debida forma o copia certificada del Convenio Arbitral.
- 3- Traducción oficial, si el idioma del arbitraje ha sido un idioma distinto del español.

• De procedimiento:

El Decreto Ley 5 de 1999 no establece el procedimiento a seguir una vez se presente la solicitud de reconocimiento y ejecución de laudo arbitral extranjero.

Antes de la entrada en vigencia del Decreto Ley 5 de 1999, la materia de arbitraje estaba regulada en el Código Judicial, específicamente en los artículos 1.419 al 1.421, los cuales quedaron insubsistentes por haberse creado una ley posterior.

La nueva legislación de arbitraje no establece expresamente que se deba dar traslado al Procurador General de la Nación ni a la parte que deba cumplir, ni establece tampoco los términos de traslado, tal como lo establecía

* Magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Panamá.

el artículo 1420 del Código Judicial (derogado sólo en lo concernientes al arbitraje), constituyéndose este punto en un vacío que debe ser subsanado y que nos ha causado muchos inconvenientes en el trámite.

Sí se desprende del artículo 41 del Decreto Ley 5 de 1999, que la parte contra la cual se invoca puede alegar ciertas causales para lograr que se deniegue el reconocimiento o ejecución del laudo, lo cual nos demuestra que hay que darle traslado a la parte que deba cumplir el *exequátor*; pero no establece el término que hay que darle a la parte para que exponga sus objeciones.

• **Los Laudos Arbitrales dictados en el territorio panameño en el curso de un Arbitraje Comercial Internacional:**

Estos tipos de Laudos Arbitrales son mucho más complejos, toda vez que hay que determinar si estamos en presencia de un arbitraje comercial internacional dictado en el territorio panameño o por el contrario, se trata de un arbitraje doméstico, de conformidad con lo establecido en el artículo 5 del Decreto Ley 5 de 8 de julio de 1999.

Existe una laguna jurídica en estos tipos de arbitrajes, ya que el artículo 36 del Decreto Ley 5 de 1999, establecía (antes de ser declarado inconstitucional) que las partes podrían pactar o el reglamento de arbitraje establecer, la renuncia del recurso de anulación.

Esta renuncia al recurso de anulación, era de fundamental importancia, sobre todo porque la mayoría de las legislaciones de arbitraje del mundo la contemplan, sobre todo, porque era la máxima expresión de la autonomía de la voluntad de las partes, que es actualmente la piedra angular de la materia arbitral.

Ahora bien, el problema surge en virtud de la interpretación del último párrafo del artículo 38 del Decreto Ley 5 de 1999, que establece:

*“Si el laudo dictado en territorio panameño tuviese la consideración de internacional, de conformidad con el presente Decreto Ley, y las partes hubieren renunciado, por si o a través del Reglamento aplicable, a la interposición del recurso de anulación, será trámite necesario para su ejecución la obtención de *exequátor* por la Sala Cuarta de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, en la forma prevista para los laudos extranjeros.”*

Al analizar este párrafo, queda la incertidumbre de si en realidad un Laudo dictado en territorio panameño, que tuviese la consideración de internacional debía pasar por el trámite de *exequátor* ante la Sala Cuarta, o era un requisito indispensable que las partes hubieran renunciado al recurso de anulación; esta última situación que no se puede dar debido a la inconstitucionalidad del artículo 36 mencionado. (Ver jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia: Curaçao Eximport Enterprises, CO vs Banco Disa, S.A. del año 2003).

Otro problema que surge dentro el trámite del recurso de anulación de un Laudo Arbitral es el relacionado a si están obligadas las partes a presentar Poder tanto para interponer un recurso de anulación de Laudo Arbitral, así como para oponerse a dicha anulación, tal como sucede en los casos de amparos de garantías constitucionales.

En relación a las acciones de amparo de garantías constitucionales, numerosa jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que por el carácter de autónomo de dicha acción, resulta indispensable que la parte interesada confiera el poder correspondiente.

En relación al recurso de anulación de Laudo Arbitral, es discutible, y es una situación que debe ser sometido a un debate amplio.

Si tomamos en consideración lo establecido en el artículo 626 del Código Judicial, se debe entender que un apoderado especial en un proceso lo debe ser para los recursos que surjan del proceso y procesos accesorios;

sin embargo, la Sala Cuarta de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá ha advertido, en reiterados pronunciamientos, que dicha colegiatura o tribunal no es una instancia más del proceso arbitral; y que el procedimiento arbitral concluye con la emisión del Laudo, tal como lo establece el artículo 33 del Decreto Ley 5 de 8 de julio de 1999. Se ha advertido que el arbitraje sale de la jurisdicción privada a la que es sometida por la autonomía de la voluntad de las partes y entra a la jurisdicción pública o estatal, por medio de la interposición del recurso de anulación del Laudo Arbitral, específicamente ante la Sala Cuarta de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia.

Este criterio establecido por dicha Sala, para admitir o no un recurso de anulación de Laudo Arbitral ha traído como consecuencia que hay que correrle traslado muchas veces al representante legal de una determinada empresa que sea parte del proceso y no a su abogado que tuvo durante el proceso arbitral en un determinado Centro de Arbitraje, demorando mucho más el trámite.

EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL EN LAS AMÉRICAS A TREINTA Y CINCO AÑOS DE LA CONVENCIÓN DE PANAMÁ

PAUL ARRIGHI*

Sumario: I. Introducción; II. La situación en 1975 cuando se lleva a cabo la CIDIP I y se aprueba la Convención de Panamá; III. Las normas internacionales; IV. Las legislaciones nacionales; V. La jurisprudencia; VI. La cultura arbitral; VII. Conclusiones.

I. Introducción

El arbitraje comercial internacional es una de las más dinámicas del derecho comercial internacional¹ y ha tenido en las últimas décadas un enorme desarrollo y evolución en el mundo entero, no habiendo las Américas escapado a ello.

Este exponencial progreso se ha producido en diversos planos: (i) en el de las normas de fuente internacional (convenciones y tratados), (ii) en el de las legislaciones nacionales, (iii) en el de la doctrina y en general de la cultura arbitral y (iv) en el de la práctica del arbitraje.

Vamos a esbozar en este texto de qué forma esa transformación se ha producido en la región en los ricos treinta y cinco años que han transcurrido desde CIDIP I hasta hoy.

Años ricos, no solamente por la muy intensa labor normativa y jurisprudencial (reflejada en la creación y ratificación de tratados, en la aprobación de leyes nacionales y en el aumento de los casos), sino porque ella ha ido forjando un profundo cambio en la relación misma de los Estados americanos con la institución del arbitraje.

En efecto, esa relación que en el pasado fue muchas veces calificada como de hostilidad o de distanciamiento para con el arbitraje, ha pasado a ser ahora de amplia recepción y acercamiento al mismo.

Corresponde que, en forma previa, hagamos algunas precisiones en cuanto al alcance del presente texto.

En cuanto al objeto: nos referiremos al arbitraje comercial internacional, esto es a aquel en que se ventilan litigios internacionales de carácter privado más allá que alguna de las partes pueda ser un Estado o una entidad estatal. No trataremos pues, ni el arbitraje de derecho internacional público, ni el arbitraje de inversión².

En cuanto al ámbito geográfico: nos limitaremos a aquellos países que a la fecha están vinculados por la Convención de Panamá. Esto es: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

* Miembro de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.

¹ El derecho del arbitraje comercial internacional importa en los aspectos de regulación del proceso y del procedimiento arbitral, pero también en aspectos sustantivos la labor creadora de “lex mercatoria” a través de los laudos dictados principalmente.

² La participación de la región en el arbitraje de inversión, como es notorio, es muy importante por el número de casos CIADI que involucran a Estados latinoamericanos. Asimismo, resulta innegable que la visión que los países y la opinión pública se hacen del arbitraje de inversión influye sobre la que recae sobre el arbitraje internacional en general.

En cuanto a la finalidad: no tendremos por objeto principal un análisis detallado de los derechos de los países mencionados³, a cuyo respecto existen ya excelentes trabajos, si no más bien a dar un panorama general que permita ver con mayor claridad, a través de los principales hitos, líneas y principios, la evolución o transformación del derecho del arbitraje comercial internacional en la región.

II. La situación en 1975 cuando se lleva a cabo la CIDIP I y se aprueba la Convención de Panamá

Comencemos por ver cuál era la situación del derecho del arbitraje en los mencionados países en la década de los setenta.

En primer lugar, la adhesión a las convenciones internacionales más importantes era aún muy limitada.

En 1975, a diecisiete años de la aprobación del texto internacional de mayor importancia en la materia, la “Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales”, Nueva York (1958) (en adelante “Convención de Nueva York”), solamente Ecuador (1962), Estados Unidos (1970), México (1971) y Chile (1975) habían procedido a su ratificación.

Anotemos también que solamente los Estados Unidos había, a ese momento, aprobado la “Convención sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados” (Washington 1965) (en adelante la “Convención de Washington”).

En segundo término, con relación a las legislaciones nacionales, dejando de lado Estados Unidos, los demás países americanos carecían de una legislación adecuada que regulara el arbitraje comercial internacional, manteniéndose vigentes, en general, las normas sobre arbitraje doméstico contenidas en los códigos procesales de origen hispánico, las cuales se extendían en su aplicación a los muy pocos casos internacionales que no regulaban directamente.

Habían existido esfuerzos en el sentido de crear instrumentos uniformes adecuados, tales como los realizados en las décadas de 1930 (Resolución XLI de la Conferencia de Estados Americanos de Montevideo) y de 1950 (Proyecto de ley uniforme sobre arbitraje comercial internacional del Comité Jurídico Interamericano), pero los mismos carecieron de consecuencias concretas (excepción hecha de la ley colombiana de 1938, luego derogada en 1971).

El panorama legislativo mostraba pues grandes carencias, a saber:

- inexistencia de leyes especiales en materia de arbitraje comercial internacional,
- falta de uniformidad entre las leyes existentes,
- discordancias de las mismas con aspectos esenciales de una legislación adecuada al arbitraje comercial internacional.

En lo relativo a las concepciones imperantes, permanecían en pie una concepción “judicial” del arbitraje⁴ y una cierta aversión al mismo en el campo internacional, bajo el sentimiento de que se trataba de un instituto foráneo proveniente de los países desarrollados -que podía, pues, afectar aspectos vinculados a la soberanía

³ *El arbitraje en las Américas, y más especialmente en Latinoamérica, viene dando lugar en las últimas décadas a numerosos estudios de muy destacados especialistas. Al mismo y a su evolución han sido dedicados importantes artículos y obras generales, los que -a través de diferentes ángulos de análisis y distintas visiones de sus autores- ya han abordado en profundidad el fenómeno arbitral en la región.*

⁴ *En general, el arbitraje era considerado un proceso excepcional frente al de la justicia estatal, lo que llevaba, entre otras cosas, a interpretar restrictivamente las cláusulas arbitrales.*

de los Estados-, encontrándose detrás de ello los ecos de un particular, pero generalizado entendimiento de la doctrina “Calvo”.

La *práctica del arbitraje* era, a su vez, muy escasa en el plano doméstico y aun más en el internacional, reduciéndose a ciertos casos de derecho comercial.

La *cultura arbitral*, era también muy limitada.

Prácticamente no existían cursos sobre arbitraje en general (el cual se enseñaba muy pobemente como uno de los tipos de “juicio” dentro de la materia del derecho procesal civil). Y menos aún sobre arbitraje comercial internacional (al cual, en algunos países, se dedicaba alguna breve noticia dentro de la materia derecho internacional privado).

No existían foros y conferencias regulares dedicados al arbitraje, ni tampoco producción científica a través de obras y publicaciones especializadas.

Es interesante relevar cómo se veía entonces este panorama por los cultores del arbitraje desde fuera de la región.

En 1979 la importante publicación francesa, “*Revue de l’Arbitrage*”, incluyó un profundo trabajo del especialista Dr. Albert J. Van den Berg titulado “*L’Arbitrage Commercial en Amérique Latine*”, al que importará referirse, pues en el mismo se describe con rigor la situación a ese momento y muestra además el interés que la comunidad arbitral empezaba a prestar a nuestra región⁵.

Tras relevar la escasa práctica del arbitraje y analizar en detalle las legislaciones de Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, México, Panamá, Perú y Venezuela, Van den Berg concluía:

“La comparación ha mostrado también (además de que no satisfacen las condiciones de una ley moderna de arbitraje) que las leyes sobre arbitraje de los países de América latina son raramente uniformes. Esto es especialmente así para el número de árbitros, los plazos para el pronunciamiento de la sentencia, el depósito (o la autenticación) de la sentencia y las vías recursivas”.

“La necesidad de modificar las leyes sobre arbitraje de los países de América latina se vuelve cada vez más urgente. La cuestión de saber si el arbitraje debe ser preferido como de solución de conflictos en el plano interno no exige una respuesta aquí, pero las relaciones comerciales internacionales no pueden privarse más de ello.”

“No puede olvidarse que prácticamente todo arbitraje comercial internacional está regido por la ley de arbitraje del país en el que el mismo se lleva a cabo, eventualmente modificada en cierta medida por las convenciones internacionales incorporadas en ese derecho. Es por ello que es muy importante de que al menos la legislación nacional sobre arbitraje sea adecuada. Mismo el mejor árbitro será impotente si la ley de arbitraje aplicable es insuficiente. Si los países latinoamericanos quieren atraer hacia ellos arbitrajes comerciales internacionales, legislaciones modernas sobre arbitraje deberían ser adoptadas así como las convenciones internacionales más importantes, como por ejemplo la Convención de Nueva York de 1958 y la de Washington de 1965, las cuales deberían ser ratificadas.” (op., cit., págs. 202 y 203, traducción nuestra).

⁵ Si bien el artículo de Van Den Berg es posterior a la Convención de Panamá y hace expresa referencia a la misma, las consideraciones que allí se efectúan sobre las legislaciones nacionales y la práctica del arbitraje son enteramente válidas para el año 1975.

Ese era pues, a grandes rasgos, el panorama de la región: escasa adhesión a los instrumentos internacionales; deficiencias de las legislaciones nacionales, las que eran además inadecuadas para regular arbitrajes comerciales internacionales; práctica y cultura arbitral prácticamente inexistentes.

Pero todo ello comenzará a cambiar en los lustros siguientes.

Primero, variará el trasfondo económico y político que, sin dudas, constituye la base sociológica de esa evolución: comenzará la apertura de las economías con un consiguiente crecimiento del comercio internacional y el aumento de las inversiones extranjeras que se procurará atraer.

Segundo, se producirán algunos fenómenos e hitos de carácter jurídico que influirán decisivamente en ese proceso. Los mismos claramente son: la masiva adhesión a las Convenciones internacionales (de Nueva York y de Panamá) y luego la casi generalizada adopción de leyes nacionales especiales, siguiendo un movimiento mundial fortalecido a partir de la adopción de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, adoptada en 1985 por la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional -CNUDMI- (en adelante Ley Modelo).

III. Las normas internacionales

Un primer aspecto de ese cambio será el que tiene que ver con las normas de fuente internacional. La región mostrará una labor creadora, fundamentalmente con la aprobación de la Convención de Panamá, así como una masiva adhesión a ésta y a la Convención de Nueva York.

(a) La participación en la Convención de Nueva York

Los Estados de la región fueron inicialmente renuentes a ratificar la Convención de Nueva York.

Pero, con posterioridad a 1975, ésta fue siendo ratificada por todos los Estados también hoy vinculados por la Convención de Panamá.

Como es sabido, los avances mayores de la Convención de Nueva York –asumidos como obligación por los Estados ratificantes y que fueran la base del enorme desarrollo del arbitraje en el mundo en los últimos cincuenta años– fueron básicamente los siguientes:

- el carácter obligatorio del acuerdo arbitral y la consiguiente asimilación de la cláusula compromisoria al compromiso arbitral;
- la inversión del “onus probandi” del requirente de un reconocimiento o ejecución de un laudo extranjero al requerido;
- el establecimiento de causas limitadas de oposición o denegatoria de oficio ante la solicitud de reconocimiento o ejecución de un laudo extranjero;
- la eliminación del doble reconocimiento en el país de emisión del laudo y en el de posterior ejecución.

Este texto, que ha sido fundamental en el desarrollo del arbitraje en el mundo, se encuentra a la fecha ratificado por todos los Estados parte de la Convención de Panamá.

Las ratificaciones se fueron produciendo progresivamente en las dos últimas décadas del siglo pasado y en los primeros años del presente.

La ratificación por Brasil en 2002 constituye un hecho destacable pues ese país, que anteriormente no tenía una

postura favorable al arbitraje, varió esa posición y ha pasado en los últimos años a tener un rol muy destacado en el desarrollo del mismo en la región.

La participación de los Estados americanos en la Convención de Nueva York constituye, obviamente, un nexo fundamental con todas las restantes regiones del mundo pues este tratado de vocación universal -el más exitoso de los tratados de derecho internacional- cuenta hoy con ciento cuarenta y cinco (145) Estados parte⁶.

(b) La Convención de Panamá

En 1975 se llevó a cabo en Panamá la primer Conferencia Interamericana Especializada de Derecho Internacional Privado (CIDIP I).

Su realización respondió a la decisión de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA), de abril de 1971, que siguiera la recomendación que el Comité Jurídico Interamericano hiciera al Consejo Permanente de la Organización, de realizar una conferencia especializada en la materia.

De este modo se iniciaba una nueva exitosa etapa de la codificación del derecho internacional privado en América, que contaba con los valiosos precedentes de los Congresos de Montevideo, de 1889⁷ y de 1940, así como del Código de Bustamante de 1928.

Dentro del temario de la Conferencia se introdujo el del “Arbitraje Comercial Internacional”, principalmente a solicitud de los Estados Unidos.

El 30 de enero de 1975, se suscribió en el ámbito de esa Conferencia la “Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional” (Convención de Panamá).

La Convención de Panamá tiene varios antecedentes (los tratados de Montevideo de 1889 y 1940, el Código de Bustamante, la Ley Uniforme del Comité Jurídico Interamericano de 1956, el Proyecto de Convención de 1965) pero con carácter general, y salvedad hecha de ciertas diferencias que señalaremos, recoge el sistema de la Convención de Nueva York.

Veamos algunas de esas diferencias:

1- En cuanto a su objeto, la Convención de Nueva York se refiere principalmente a la eficacia extraterritorial del laudo, aunque incluye importantes aspectos del acuerdo de arbitraje. La Convención de Panamá es más general pues contiene además normas de regulación del proceso (artículo 3) en defecto de acuerdo de las partes, remitiéndose al Reglamento de Arbitraje de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial.

2- La Convención de Panamá no indica su campo de aplicación, mientras que la Convención de Nueva York refiere las sentencias arbitrales dictadas en un Estado diferente a aquel en que se pide su ejecución.

3- La Convención de Panamá no contiene disposición alguna de reciprocidad.

⁶ Para un análisis de la aplicación práctica de la Convención de Nueva York resulta de gran interés la consulta al importante trabajo realizado por la Comisión de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional: “Guide des règles nationales de procédure pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales conformément à la Convention de New York”, publicado en francés o inglés como Suplemento Especial del Bulletin de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI en 2008 (al presente en actualización a 2010). De los países que nos ocupan allí se analizan los requerimientos de aplicación de la Convención de Nueva York en Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Estados Unidos, Guatemala, México, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

⁷ Como bien señala Gary Born en su gran obra “International Commercial Arbitration” el Tratado de Montevideo de Derecho Procesal Civil de 1889 constituye uno de los primeros textos internacionales generales que refieren al arbitraje.

4- La Convención de Nueva York permite incluir dentro de su ámbito cualquier diferencia de carácter privado (incluso participando Estados), en tanto la Convención de Panamá se limita a las relaciones comerciales.

5- La Convención de Nueva York refiere expresamente al compromiso arbitral y a la cláusula compromisoria, mientras que la Convención de Panamá utiliza el término acuerdo.

6- La Convención de Nueva York indica cuáles son las formalidades que debe cumplir la parte que solicita la ejecución de una sentencia arbitral, mientras que la Convención de Panamá no lo hace.

7- La Convención de Nueva York permite dos clases de reservas (reciprocidad y comercialidad), la Convención de Panamá no.

8- La Convención de Nueva York contiene una cláusula de compatibilidad, la Convención de Panamá no.

La Convención de Panamá ha sido objeto de críticas tanto desde el punto de vista técnico (fundamentalmente por sus apartamientos a la de Nueva York), como por su falta de originalidad.

No corresponde aquí, dado el objeto de este curso, hacer un análisis de las mismas.

Pero sí, en cambio, corresponde destacar que la Convención de Panamá constituyó un hito trascendente para el acercamiento de la región al arbitraje, rompiendo con ese distanciamiento al que nos refiriéramos anteriormente a través de la creación de un instrumento considerado como propio de la misma.

(c) Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros (CIDIP II, Montevideo 1979)

El importante nuevo proceso interamericano de creación de normas internacionales de derecho internacional privado (incluido el derecho procesal internacional) continuó después de Panamá con la CIDIP II llevada a cabo en 1979 en Montevideo.

Allí fue aprobada la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales.

La misma regula el reconocimiento y la ejecución de las sentencias judiciales extranjeras siguiendo los lineamientos tradicionales en la materia.

Pero, lamentablemente y pese a que ya se había aprobado previamente la Convención de Panamá, la misma incluyó junto a las sentencias los laudos arbitrales, asimilándolos totalmente, cuando la Convención de Nueva York y la de Panamá ya habían establecido los criterios que viéramos anteriormente (como por ejemplo la inversión del onus probandi) que son propios de la ejecución de laudos arbitrales y que difieren de los establecidos para las sentencias judiciales extranjeras.

Si bien esto puede entenderse salvado con la cláusula de compatibilidad que contiene la Convención de Montevideo, y que veremos más adelante, igualmente puede dar lugar a confusiones y problemas.

(d) Los acuerdos del MERCOSUR

En el marco del MERCOSUR se aprobaron tres convenciones con incidencia en la materia arbitral.

El Protocolo de las Leñas, de 1992, que somete al laudo arbitral a los mismos requerimientos que la sentencia extranjera para su reconocimiento y ejecución y, además, establece que la solicitud de ejecución debe hacerse por la vía de las autoridades centrales.

El Protocolo de Buenos Aires, de 1994, sobre jurisdicción internacional en materia contractual que reconoce como válida la elección del arbitraje en un contrato internacional.

Y, finalmente, los Acuerdos sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR y del MERCOSUR con Chile y Bolivia, de 1998, que contienen una regulación integral del arbitraje, pero que en cuanto al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales remiten a la Convención de Panamá, a la de Montevideo y al Protocolo de Las Leñas.

Esos Acuerdos sobre Arbitraje han sido objeto de fuertes críticas por algunos distinguidos especialistas, tanto sobre algunas de las regulaciones que contienen como sobre la falta de necesidad de los mismos, teniendo en cuenta que los mismos Estados son parte de las Convenciones de Nueva York y Panamá.

Una visión diferente ha sido expuesta recientemente por el experto peruano Fernando Cantuarias, que ve en esos acuerdos una experiencia que podría servir de modelo para la uniformización del derecho del arbitraje en las Américas. (“¿Qué tanto ha avanzado Latinoamérica en el establecimiento de una normativa amigable a la práctica del arbitraje internacional?”, en Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje, Volumen X, número 1, pág. LXXIII)⁸.

Los Acuerdos del MERCOSUR han tenido escasa aplicación en la práctica. Su mayor relevancia, desde nuestro punto de vista, se encuentra en el hecho de que al recoger algunos principios fundamentales del derecho del arbitraje internacional (como por ejemplo el de autonomía de la cláusula arbitral y el de “competencia – competencia”) son una fuente supletoria muy importante para aquellos países (Argentina y Uruguay) que no poseen aun una legislación interna en la materia que expresamente los recoja.

(e) Problemas planteados por la pluralidad de tratados

Esta pluralidad de tratados aprobados por los Estados y que refieren, en parte, a los mismos objetos, en algunos casos con concepciones diferentes (tal como sucede entre las convenciones especiales sobre arbitraje: Panamá-Nueva York-MERCOSUR con las de derecho procesal internacional: Montevideo-Las Leñas), determina una superposición normativa cuyas soluciones es necesario buscar⁹.

Esa superposición se plantea principalmente cuando en el caso del reconocimiento o ejecución de un laudo extranjero más de uno de esos tratados tiene vocación a regularlo dado su ámbito material y espacial de aplicación.

En verdad, esta problemática que es real y ha ocupado a la doctrina y a los legisladores internacionales y nacionales, no se ha reflejado en la práctica.

⁸ *Ese número que festeja el décimo aniversario de la Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje está dedicado al arbitraje en las Américas y contiene muy valiosos artículos.*

⁹ *El relacionamiento entre estos tratados y las leyes internas no presenta mayores problemas pues el “monismo internacional” es ampliamente aceptado en la región (ver por ejemplo, “Convención Interamericana sobre normas generales de derecho internacional privado” y legislaciones nacionales). “Ciertos principios procesales se encuentran ya arraigados como naturales al arbitraje. Ellos son en primer lugar: la aceptación del monismo internacional, lo cual significa el predominio de las Convenciones y Tratados internacionales por sobre las normas nacionales de la materia, lo cual asegura un actitud homogénea a la hora de tratar los diferentes aspectos del instituto.” (Ruben Santos Belandro, “Del Arbitraje en América Latina: Un estudio comparativo”, en Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje, Vol. X, número I, págs. XCIX y C).*

Su resolución puede derivar ya de la aplicación de principios generales ya de expresas cláusula de compatibilidad. Puede darse que se superpongan la Convención de Panamá con la de Nueva York.

Ante ello diversas soluciones podrían proponerse.

La primera, basada en la autonomía de la voluntad (raramente ejercida en este campo) haría aplicable la convención elegida por las partes.

La segunda, fundada en el principio de la aplicación de la *lex specialis* llevaría a que cuando el arbitraje es genuinamente interamericano prevalezca la Convención de Panamá.

La tercera, aplicando el principio de complementariedad, determinaría la aplicación de ambas integrando la Convención de Nueva York con la de Panamá.

La cuarta, basada en el principio de máxima eficacia, buscaría aquella solución más favorable.

La legislación de los Estados Unidos da la siguiente solución específica:

Federal Arbitration Act: Section 305. “When the requirements for application of both the Inter-American Convention and the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of June 10, 1958, are met, determination as to which Convention applies shall, unless otherwise expressly agreed, be made as follows:

(1) If a majority of the parties to the arbitration agreement are citizens of a State or States that have ratified or acceded to the Inter-American Convention and are members of the Organization of American States, the Inter-American Convention shall apply.

(2) In all other cases the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of June 10, 1958, shall apply.”

Puede darse que se superpongan a las Convenciones de Nueva York, de Panamá y Acuerdos del MERCOSUR las restantes convenciones mencionadas (Montevideo, Las Leñas).

En ese caso la solución puede ser más ardua, pues las concepciones que encierran se presentan como incompatibles entre las primeras, que han recogido el específico sistema de reconocimiento, y ejecución de los laudos arbitrales de las segundas, que los asimilan al sistema aplicable a las sentencias judiciales extranjeras.

No existe, para resolver este conflicto, una solución a priori satisfactoria por aplicación de los criterios de la *lex specialis* o de la *lex posteriori*.

La solución parece poder encontrarse en el principio de máxima eficacia o de la norma más favorable que han recogido algunas legislaciones americanas, pues a través del mismo se haría efectivo y se respetaría lo que constituye un entendimiento de la comunidad internacional en la materia (la especialidad del reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales), expresado en la multitudinaria ratificación de la Convención de Nueva York por ciento cuarenta y cinco Estados de todas las regiones del mundo (entre los cuales todos los del sistema regional que nos ocupa), como en la Ley Modelo de la CNUDMI seguida por también un importante número de Estados de todo el planeta. Este entendimiento de mayor posibilidad para la circulación internacional de los laudos ha constituido y constituye uno de los pilares del desarrollo del arbitraje como medio natural de resolución de los diferendos del comercio internacional.

Por otra parte, entendemos que esa solución es respetuosa del principio de la coherencia dentro de un Orden Jurídico, pues no sería acorde al mismo aprobar mediante ciertas normas un sistema específico para luego echarlo por tierra a través de otras de carácter general.

En este sentido, mencionamos a título de ejemplo la solución dada en las siguientes leyes americanas a través de cláusulas de compatibilidad:

Ley Bolivia 1770, de 1997, art. 80 ap. II.: Salvo acuerdo en contrario y para el caso de existir más de un instrumento internacional aplicable, se optará por el tratado o convención más favorable a la parte que solicite el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral.

Ley Perú 1071 de 2008 art. 74 num. 2: Salvo que las partes hayan acordado algo distinto, el tratado aplicable será el más favorable a la parte que solicite el reconocimiento y ejecución de un laudo extranjero.

Ley Guatemala 67 de 1995 Art. 45 num 2: En el caso de que más de un tratado internacional sea aplicable, salvo acuerdo en contrario de las partes, se aplicará el más favorable a la parte que solicite el reconocimiento y ejecución de un convenio y laudo.

Ley Paraguay 1879 de 2002 Art. 44 inciso 2: En el caso de que más de un tratado sea aplicable, salvo acuerdo de las partes, se aplicará el más favorable a la parte que solicite el reconocimiento y ejecución de un convenio o laudo arbitral.

En los Acuerdos del MERCOSUR encontramos una disposición interesante. Se trata del inciso tercero del artículo 25, que expresa:

“Para las situaciones no previstas por las partes, por el presente Acuerdo, por las reglas de procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional, ni por las convenciones y normas a los que este Acuerdo se remite, se aplicarán los principios y reglas de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, del 21 de junio de 1985.”

En su excelente artículo “Conflict of Treaties on International Arbitration in the South Cone”, Jan Kleinheisterkamp propone la aplicación de esta disposición no solamente a los casos de vacío, sino también a los de paralización o neutralización entre disposiciones contradictorias.

Para resolver estos conflictos corresponde también considerar las reglas incluidas en el artículo 30 (Aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia) de la Convención de Viena, de 1969, sobre Derecho de los Tratados.

Asimismo, deben tenerse en cuenta las siguientes cláusulas de compatibilidad contenidas en las propias convenciones.

Convención de Nueva York, 1958 Art. VII num. I: *“Las disposiciones de la presente Convención no afectarán la validez de los acuerdos multilaterales o bilaterales relativos al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales concertados por los Estados Contratantes ni privarán a ninguna de las partes interesadas de cualquier derecho que pudiera tener a hacer valer una sentencia arbitral en la forma y medida admitidas por la legislación o los tratados del país donde esa sentencia se invoque.”*

Convención de Montevideo, 1979, Art. 1 inciso segundo: “*Las normas de la presente Convención se aplicarán en lo relativo a laudos arbitrales en todo lo no previsto en la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional suscrita en Panamá el 30 de enero de 1975.*”¹⁰

Acuerdos MERCOSUR Art. 23: “*Para la ejecución del laudo o sentencia arbitral extranjero se aplicarán en lo pertinente, las disposiciones de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de Panamá de 1975; el Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa del MERCOSUR, aprobado por Decisión del Consejo del Mercado Común núm. 5/1992 y la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros de Montevideo de 1979.*”

IV. Las legislaciones nacionales

Tras haber dado un panorama general de la evolución en lo que hace al derecho del arbitraje de fuente internacional, corresponde que veamos cuál ha sido la de las legislaciones nacionales, cuya situación a 1975 describíramos al inicio del curso.¹¹

Salvo Argentina y Uruguay, que continúan contando solamente con las regulaciones del arbitraje doméstico en sus códigos procesales¹², los restantes Estados han adoptado leyes especiales en materia de arbitraje, en su mayoría inspiradas (en diversos grados) en la Ley Modelo de la CNUDMI.

La aprobación de leyes nacionales, desde la década de los ochenta hasta ya entrado este siglo, constituye sin lugar a dudas un fenómeno de relevancia mayor en la evolución del arbitraje en la región.

Este movimiento refleja un acercamiento al arbitraje complementario de la aprobación de las convenciones que viéramos en el acápite anterior.

El mismo se inscribe dentro de un movimiento mundial de modernización de las legislaciones sobre arbitraje en el que la Ley Modelo de la CNUDMI de 1985 ha jugado un papel fundamental.

Los países americanos han optado, en su gran mayoría, por la metodología de la adopción de leyes especiales, lo cual marca la particular importancia que se busca dar al arbitraje y la especialidad del mismo frente a la justicia estatal.

¹⁰ En el artículo 1º de la Convención de Montevideo de 1979 se establece a texto expreso que sus normas, no por ser posteriores, necesariamente derogarán a las normas de la Convención de Panamá de 1975; por el contrario, su función será más bien de complementariedad, tomando como base la expresión “en todo lo no previsto”. Por tanto quedan salvaguardadas las normas más especiales de la Convención sobre Arbitraje ante las normas más generales de la Convención sobre eficacia extraterritorial de las sentencias teniendo en cuenta que esta última incluye a las sentencias arbitrales. No sería entonces de recibo la aplicación en el campo del arbitraje comercial internacional de la previsión del art. 2 g., que exige que la sentencia arbitral o judicial tenga el carácter de ejecutoriada o, en su caso, fuerza de cosa juzgada en el Estado en que fueron dictadas, porque esto llevaría inevitablemente al doble *exequatur*. Ni las disposiciones del art. 3 c., que establece la obligación del demandante de suministrar una copia auténtica del auto jurisdiccional que acredite que el laudo ha pasado en autoridad de cosa juzgada. Tampoco perjudica la reinversión de la carga de la prueba de numerosos extremos del demandado hacia el demandante; por ejemplo, la obligación de suministrar copia auténtica de las piezas necesarias que acrediten que el demandado ha sido notificado o que se ha asegurado la defensa de las partes. De forma tácita se está reconociendo el principio de la eficacia máxima de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975, al disponer que sus normas no quedarán derogadas por una Convención posterior sino que esta última cumplirá una función de complementariedad de todas aquellas lagunas no tratadas en la primera. Santos Belandero, “*Arbitraje Comercial Internacional*” Oxford, 2000, pág. 208.

¹¹ Excede del objeto de este documento un análisis comparativo detallado de las legislaciones nacionales. Existen muy valiosos libros y artículos que se han encargado de ello. A título de ejemplo: “*El Arbitraje Comercial en Iberoamérica - Marco Legal y Jurisprudencial*” coordinadores Cristian Conejero Roos, Antonio Hierro Hernández-Mora, Valeria Macchia, Carlos Soto Coaguila (La Ley, 2009); Fernando Mantilla Serrano: “*Le traitement législatif de l’arbitrage en Amérique Latine (Quelques réformes récentes)*” Revue de l’Arbitrage, 2005; Ruben Santos Belandero: “*Del arbitraje en América Latina. Un estudio comparativo.*” Revista Latinoamericana de Arbitraje, Vol. X, Núm.1).

¹² La doctrina y la jurisprudencia uruguaya entienden que las normas del Código General del Proceso son de aplicación al arbitraje doméstico y no al internacional.

En cuanto a las fuentes de inspiración de esas leyes, más allá de muchos apartamientos de mayor o menor relevancia, la más importante la constituye igualmente la Ley Modelo de la CNUDMI de 1985.

(De los países que nos ocupan la CNUDMI considera como leyes basadas en su Ley Modelo a las de: Chile, Estados Unidos -California, Connecticut, Florida, Illinois, Luisiana, Oregón y Texas-, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Paraguay, República Dominicana y Venezuela).

Las legislaciones actualmente vigentes son las que siguen:

Argentina: Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, actualizado por la Ley 17.454 de 1981.

Bolivia: Ley de Arbitraje y Conciliación 1770, de 10 de marzo de 1997.

Brasil: Ley 9307, de 23 de septiembre de 1996.

Colombia: Ley 315, de 12 de septiembre de 1996.

Costa Rica: Ley 7727, de 9 de diciembre de 1997.

Chile: Ley 19.971, de 29 de setiembre de 2004 (fecha de vigencia).

Ecuador: Ley de Arbitraje y Mediación 145, de 4 de setiembre de 1997.

El Salvador: Ley 914, de 11 de julio de 2002.

Estados Unidos: Federal Arbitration Act, reformas 1990 y leyes especiales de los diferentes Estados.

Guatemala: Ley de Arbitraje 67-95, de 6 de noviembre de 1995.

Honduras: Ley de Conciliación y Arbitraje Decreto 161-2000, de 17 de octubre de 2000.

México: Código de Comercio, modificación de 22 de julio de 1993.

Nicaragua: Ley de Mediación y Arbitraje 540, de 25 de mayo de 2005.

Panamá: Decreto Ley No 5, de 8 de julio de 1999.

Paraguay: Ley de Arbitraje y Mediación 1879, de 11 de abril de 2002.

Perú: Decreto 1071, de 1 de julio de 2008.

República Dominicana: Ley 489-08, de 19 de diciembre de 2009.

Uruguay: Código General del Proceso, Ley 15.982, de 18 de octubre de 1988.

Venezuela: Ley 36.430, de 25 de marzo de 1998.

Estas leyes comparten ciertos principios generales como los de la autonomía de la voluntad (libertad de sometimiento a arbitraje, posibilidad de elección de arbitraje ad hoc o institucional, número de árbitros,

sede, reglas de procedimiento, derecho de fondo, derecho o amigable composición) y del debido proceso (bilateralidad, igualdad, independencia de árbitros).

También comparten ciertos principios más específicos del derecho del arbitraje:

- Autonomía y separabilidad de la cláusula arbitral.
- Competencia – competencia.
- Eficacia (plazos, obligación diligencia árbitros, recursos limitados).
- Limitación de la intervención judicial.

No obstante ello, muestran diferencias y hasta ciertas curiosidades que atentan contra la debida uniformidad de los textos, la cual constituye uno de los objetivos deseables a ser alcanzado en la materia y para lo que tanto ha contribuido la CNUDMI a través de la creación tanto del Reglamento de Arbitraje como de la Ley Modelo¹³.

La doctrina ha hecho balances diferentes acerca de este movimiento legislativo.

Así, Fernando Cantuarias en su artículo ya citado de la Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje, tras destacar el progreso que estas leyes significan, hace especial hincapié en esas diferencias y particularidades. Nos dice: *“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.”* (op., cit., pág. LXXIII).

La visión de Santos Belando en su trabajo ya referido de esa misma publicación se presenta como más positiva. Afirma: *“De esta manera y de acuerdo a lo expresado, tenemos ya un perfil relativamente uniforme, moderno y adaptado a la labor arbitral del siglo XXI en los países latinoamericanos, y ello se ha logrado en el escaso lapso de 20 años.”* (op., cit., pág. C).

Y Fernando Mantilla Serrano nos decía por su parte en el año 2005:

“En efecto, en general, las leyes analizadas contienen -especialmente en materia de arbitraje internacional- los elementos de base necesarios para una legislación arbitral apropiada: un reconocimiento de la convención de arbitraje sin formalidades particulares, un lugar importante a la autonomía de las partes con muy pocas reglas imperativas, un poder acrecentado de los árbitros, una sentencia arbitral eficaz con un control limitado y una intervención del juez en tanto que ‘colaborador’ del arbitraje.”

“La mayoría de las leyes pueden así ser calificadas de muy favorables al arbitraje, no obstante ciertos defectos y carencias. En efecto, si hemos podido constatar los avances y las mejoras indiscutibles introducidos por las nuevas leyes (excepción hecha, tal vez, de las de México y Chile que han retomado la ley modelo con muy pocas modificaciones) se han permitido algunas libertades, a saber, innegablemente, excentricidades que, agregadas a una redacción no siempre muy clara, contribuyen a crear un clima de incertidumbre sobre la suerte reservada a los arbitrajes a desarrollarse bajo el imperio de esas leyes.” (« Le Traitement législatif de l’arbitrage en Amérique Latine (quelques réformes récents) », en Revue de l’Arbitrage, 2005, vol. 3, pág. 601, traducción nuestra).

Nuestro balance de este fenómeno legislativo es favorable por las siguientes razones de carácter general:

¹³ *Esas diferencias, que no trataremos en detalle, se presentan sobre varios aspectos que van desde los criterios para la determinación de la internacionalidad de un arbitraje a la diversidad de recursos contra el laudo.*

- Comprende ya a la gran mayoría de los Estados excepción hecha de Argentina y Uruguay¹⁴.
- Respalta los compromisos ya asumidos mediante la ratificación de las Convenciones de Nueva York y Panamá.
- Confirma el apartamiento de la posición de hostilidad que la región puede haber tenido con el arbitraje¹⁵.
- Materializa el abandono de las cuestiones que en el pasado se presentaban como los mayores escollos para el desarrollo del arbitraje comercial internacional en la región (compromiso arbitral obligatorio¹⁶, carácter judicial del arbitraje, limitaciones a la materia arbitrable, pluralidad de recursos contra el laudo y causales abiertas, intervención intensa de la Justicia estatal, etc.).
- Incorpora definitivamente los principales principios rectores del arbitraje comercial internacional, absolutamente necesarios para permitir su normal desarrollo y amplía adecuadamente la arbitrabilidad objetiva y subjetiva.

V. La jurisprudencia

Analizado el plano normativo (de fuente internacional y nacional), corresponde pasar a considerar otro aspecto de fundamental importancia y que es el relativo a la situación de la postura de las justicias estatales frente al arbitraje.

Sabido es que la relación justicia estatal-justicia arbitral es actualmente de colaboración y de intervención y control limitados de la primera respecto de la segunda.

Esa concepción, producto de una larga evolución, está recogida en las leyes reseñadas. Pero para obtener el cuadro completo de la situación del arbitraje en un Estado es necesario ver también cómo los jueces aplican esas leyes y en qué medida son respetuosos tanto del rol que les confieren como de los principios que las inspiran¹⁷.

Si bien queda aún muchísimo camino por recorrer, y el mismo pasa por una mejor formación de los jueces en la específica materia del derecho arbitral, no puede negarse que ha habido un gran progreso en la jurisprudencia de la región en los últimos lustros.

En todos los países bajo análisis se registran pronunciamientos “favorables” al arbitraje.

Es notorio, por ejemplo, el cambio de actitud que se ha producido en la jurisprudencia de un Estado de la importancia de Brasil, pero lo mismo podría decirse con relación a los demás¹⁸.

¹⁴ Si bien ambos países corrigen esta deficiencia a través de ciertos fallos judiciales de avanzada y mediante su doctrina, es necesario que culminen los procesos legislativos que emprendieran en aras de dotarse de una legislación moderna.

¹⁵ El Profesor Horacio Grigera Naon ya enseñaba en 1991 ante la ratificación masiva de las Convenciones de Nueva York y Panamá y el inicio de la adopción de leyes especiales: “La vieja idea que los países de Latinoamérica son hostiles al arbitraje parecería, en consecuencia, ya no ser verdad. De hecho es más preciso decir que América Latina como un todo simpatiza con el arbitraje.” (“Arbitration in Latin America: Overcoming traditional hostility (an update)” en “The University of Miami Inter-American Law Review”, Volumen 22, 1991, Números 2-3. La traducción es nuestra.)

¹⁶ Aun en los países que todavía mantienen la distinción entre la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral se entiende que la exigencia del compromiso no se aplica en el arbitraje de carácter internacional limitándose al arbitraje doméstico.

¹⁷ En la elección de la sede de un arbitraje las partes y las instituciones arbitrales prestan especial atención a tres extremos: a) la participación del Estado de la sede en las convenciones internacionales más importantes (especialmente la Convención de Nueva York), b) la legislación sobre arbitraje comercial internacional, y c) la actitud y las decisiones de su justicia relativas al arbitraje.

¹⁸ Puede verse entre otros: José Carlos Fernández Rozas: “Una década de consolidación del arbitraje en América Latina”, Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje, Vol. X, Núm. 1, págs. I y II; Eduardo Damiao Gonçalves y Fernanda de Gouvêa Leao: “Aplicação da Lei Brasileira de Arbitragem pelo Judiciário: Retrospectiva 2008”, Revista de Direito do Estado, Ano 4, N° 13; Paul Arrighi «Jurisprudencia uruguaya reciente en materia de arbitraje internacional» (a ser publicado por la «Revista Uruguaya de Derecho Internacional Privado»).

Pero también ha habido sombras en muy importantes aspectos y visiones menos optimistas¹⁹.

Algunos ejemplos:

La gruesa intromisión de la Justicia argentina en el caso “Yaciretá” interfiriendo indebidamente en el proceso arbitral CCI entre ERIDAY (Empresas Reunidas Impregilo Dumez y Asociados para Yaciretá -Unión Transitoria de Empresas-) y la ENTIDAD BINACIONAL YACIRETÁ²⁰.

Otro caso de fuerte ingerencia, éste brasileño, fue el de la “Companhia Paranaense de Energia (Copel) c/ UEG Araucaria Ltda.”.

El apartamiento de la Convención de Nueva York se ha podido apreciar en algunos fallos como los dictados en Colombia en los casos “Merck & Co c/ Tecnoquímicas S.A.” y en “Empresa Colombiana de Vías Férreas c/ Drummond Ltda.”. Y en Argentina en el litigio “Milantic c/ Ministerio de la Producción – Astillero Río Santiago y otros”.

Una sentencia atentatoria del principio “competencia-competencia” ha sido la dictada por la Suprema Corte de Justicia de la República Argentina en el caso “Nidera Argentina c/ Alvarez de Canale, Elena G.”.

Pero, tal vez, el perfil más negativo deriva del proceso de constitucionalización que ha afectado también el derecho del arbitraje, introduciendo elementos de derecho público muchas veces distorsionantes, ya sea por la vía de la revisión de fondo de laudos, como de interferencias mediante acciones de amparo.

VI. La cultura arbitral

La cultura arbitral también ha tenido un importante desarrollo en la región en las décadas que nos ocupan.

Es notorio que cada vez más las empresas y también los Estados incluyen cláusulas arbitrales en sus contratos internacionales.

Esto se ve reflejado en la mayor participación de partes de la región en arbitrajes internacionales.

Un buen indicador de ello es la evolución que muestran las estadísticas de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI)²¹ que se publican anualmente en su Boletín.

Entre los años 1990 y 2009 el porcentaje de partes latinoamericanas intervenientes en arbitrajes CCI se ha incrementado notoriamente. En 1990 era de 2.3% y en 2009 fue de 12%.²²

Tuvieron sede en países latinoamericanos y del Caribe 27 arbitrajes sobre 817 demandas ingresadas. Y en Estados Unidos de América 36.

²¹ La Corte Internacional de Arbitraje de la CCI constituye el centro institucional de arbitraje comercial internacional más importante del mundo. La misma presta especial atención a Latinoamérica y contribuye grandemente a la cultura arbitral de la región. Entre otras cosas: a) cuenta con un Grupo Latinoamericano que reúne a expertos una vez al año; b) organiza una conferencia anual sobre arbitraje en Latinoamérica; c) posee en su Secretaría General un grupo dedicado al seguimiento de arbitrajes vinculados a iberoamérica; d) administra decenas de arbitrajes con contactos americanos (partes, árbitros, sede).

²² Estados Unidos sigue siendo, en el plano mundial, la principal nación de origen de partes. El número de partes provenientes de América Latina y el Caribe ha aumentado un 30%, principalmente debido al refuerzo sin precedentes de la presencia brasileña”. Bulletin CCI, Vol.21, Nº1, 2010. (La traducción es nuestra).

Por otro lado ya son numerosos los árbitros altamente calificados a nivel mundial provenientes de la región, que actúan tanto en arbitrajes comerciales internacionales como en arbitrajes de inversión.

La producción bibliográfica ha progresado notoriamente, en cantidad y en calidad, existiendo ya una importante nómina de reconocidos autores provenientes de la región.

Los estudios del derecho arbitral comienzan a incluirse en numerosas universidades e institutos.

Los eventos sobre el arbitraje se han multiplicado notablemente en casi todos los países, participando en ellos especialistas de todo el mundo de reconocido prestigio.

Han proliferado los centros de arbitraje en todos los países, los cuales si bien están principalmente destinados a administrar arbitrajes domésticos tienen posibilidades de atender algunos de carácter internacional.

Y cada vez más, abogados y estudios jurídicos de la región participan en arbitrajes internacionales.

Si bien queda mucho camino por recorrer aún, en las últimas décadas el avance de la “cultura arbitral” ha sido muy grande²³.

VII. Conclusiones

De la aprobación de la Convención de Panamá en 1975 al día de hoy el derecho del arbitraje comercial internacional ha tenido una notable evolución en los Estados actualmente vinculados por ella.

Con luces y sombras, todos los planos en los que el fenómeno arbitral se manifiesta nos muestran un balance final positivo: de mejor conocimiento y aceptación del instituto, de mayor recepción de sus reglas y principios fundamentales y de más aplicación práctica del mismo.

La obra de Panamá no ha sido, obviamente, la causa única de ello, tampoco la principal, pero resulta indudable que fue una puerta de entrada para que muchos Estados ingresaran con un nuevo espíritu al mundo del arbitraje.

Resta continuar en esta senda ahora procurando la uniformidad y mejora de las legislaciones locales e incrementando la cultura arbitral en todas sus manifestaciones.

²³ Puede verse de José Astigarraga: “A Glimpse into the cristal ball: Latin American Arbitration Ten Years Hence” en *Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje*, Vol. X, número 1, pág. XXIII y ss.

Bibliografía

(a) Obras generales

- Gary B. Born: "International Commercial Arbitration", Volume I., Wolters Kluwer, 2009.
- Cristian Conejero Roos, Antonio Hierro Hernández Mora, Valeria Macchia, Carlos Soto Coahuila (Coordinadores): "El arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica", La Ley- Cuatrecasas, Gonçalves Pereira, 2009.
- José Carlos Fernández Rozas: "Tratado del Arbitraje Comercial en América Latina", Iustel, 2008.
- Ruben Santos Belandro: "Arbitraje Comercial Internacional", Oxford, 2000.
- María Blanca Noodt Taquela: "Arbitraje Comercial en el MERCOSUR", Ciudad Argentina, 1999.
- Bénédicte Fauvarque-Cosson y Aranaldo Wald (Directores): "L'Arbitrage en France et en Amérique Latine à l'aube du XXIe Siècle", Société de Législation Comparée, 2008.

(b) Artículos

- 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", Fundación de Cultura Universitaria, 2002.
- Horacio Grigera Naón: "Competing Orders Between Courts of Law and Arbitral Tribunals: Latin American Experiences.", en "Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution – Liber Amicorum in honour of Robert Briner", ICC Publishing, 2005.
- Horacio Grigera Naón: "Arbitration in Latin America: Overcoming Traditional Hostility (An update)", en The University of Miami Inter-American Law Review, Volume 22, 1991.
- Jonathan C. Hamilton y Michael A. Roche: "Developments in Latin American Arbitration Law 2009", en "Transnational Dispute Management", Vol. 6, Issue 4, 2009.
- Dominique Hascher: "Enforcement of Arbitral Awards – The New York, Panama and Montevideo Conventions", in "International Commercial Arbitration in Latin America" Special Supplement of International Court of Arbitration Bulletin, December 1996.
- Albert J. Van den Berg: "L'Arbitrage Commercial en Amérique Latine", en Revue de l'Arbitrage, 1979.
- Osvaldo J. Marzorati : "Ejecución de laudos extranjeros en la República Argentina. Colisión de Convenciones aplicables en el Cono Sur y la Convención de Nueva York", en "Convención de Nueva York de 1958 – Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras", Instituto Peruano de Arbitraje, 2009.
- Fernando Mantilla Serrano: "La traitement législatif de l'arbitrage en Amérique Latine (Quelques réformes récentes) en Revue de l'Arbitrage, 2005.
- José Astigarraga, "A glimpse into the crystal ball: Latin American arbitration ten years hence", en Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje, Vol. X, Número 1.
- Bernardo M. Cremades, "La participación de los Estados en el arbitraje internacional", En Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje, Vol. X, Número 1.
- José Carlos Fernández Rozas, "Una década de consolidación del arbitraje comercial en América Latina", en Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje, Vol. X, Número 1.
- Fernando Cantuarias S., "Qué tanto ha avanzado Latinoamérica en el establecimiento de una normativa amigable a la práctica del arbitraje internacional", en Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje, Vol. X, Número 1.
- Ruben Santos Belandro, "Del arbitraje en América Latina, un estudio comparativo", en Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje, Vol. X, Número 1.

RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAUDOS EXTRANJEROS. SITUACIÓN ACTUAL EN EL SALVADOR

HUMBERTO SÁENZ-MARINERO²⁴

1. Tribunal competente para otorgar el reconocimiento en El Salvador

Comenzamos por referirnos a lo más básico: la autoridad judicial competente para conocer del proceso de homologación o reconocimiento de los laudos arbitrales extranjeros. No debemos perder de vista que las convenciones internacionales no sólo son omisas al respecto, sino que tal omisión se ha hecho con toda la intención de que sean las legislaciones locales quienes se pronuncien al respecto.

En ese sentido, las soluciones que se presentan pueden diferir sustancialmente entre un país y otro. Algunos países han preferido conceder estas atribuciones a los jueces de primera instancia²⁵, otros países han optado por designar a tribunales de más alta jerarquía²⁶, y algunos otros han querido reservar esta facultad a los tribunales superiores²⁷. En algunos países incluso se ha llegado a proponer la creación de tribunales especializados en arbitraje, que entre otras cosas sean los únicos que tengan competencia para conocer de las solicitudes de reconocimiento de laudos²⁸.

Debemos hacer ver que en el caso salvadoreño, el legislador nacional aparentemente no tenía muchas opciones. Decimos esto porque la norma primaria en El Salvador, es decir la Constitución de la República, señala en el art. 182 ord. 4º. que será la Corte Suprema de Justicia²⁹, la autoridad encargada de otorgar el reconocimiento de las sentencias extranjeras, sin distinguir si se está aludiendo a sentencias judiciales o a sentencias arbitrales. Siendo así, parecía hasta cierto punto obvio que el legislador no podía sino reconocer o reiterar lo ya dispuesto por nuestra carta magna; esta obviedad desapareció con la entrada en vigencia del Código Procesal Civil y Mercantil (CPCM) según comentamos.

Previo a ello tenemos que hacer notar que el art. 51 numeral 13 de la Ley Orgánica Judicial dice que será la Corte Suprema de Justicia en pleno la única autoridad competente para otorgar el reconocimiento de sentencias extranjeras. Y lo mismo agregaba por su parte el ya derogado Código de Procedimientos Civiles en el art. 453 (CPrC), pues aun cuando éste aludía al “Supremo Tribunal de Justicia”, era plenamente comprendido que no podía ser otro sino la Corte Suprema de Justicia en pleno.

Este criterio se confirmó aún más con el surgimiento de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje de El Salvador (LMCA), que en el art. 80 reiteró que el proceso de reconocimiento se tramitaría ante la Corte Suprema de Justicia. En ese orden de ideas, fácil era concluir hasta antes de la entrada en vigencia del CPCM, que en El

²⁴ El autor es abogado salvadoreño y socio de la firma Sáenz & Asociados. Este artículo forma parte de la Tesis de Doctorado de la Universidad Autónoma de Barcelona, presentada por el autor y titulada “RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN EN EL SALVADOR, DE LAUDOS PROPUNCIADOS EN ARBITRAJES INTERNACIONALES Y EXTRANJEROS”

²⁵ Como sería el caso de Argentina y México, donde son los jueces de primera instancia los que tienen tal atribución. Lo mismo sucede en Paraguay donde no sólo el procedimiento de reconocimiento, sino también el de ejecución, se tramita ante el juez de primera instancia en lo civil y comercial.

²⁶ En Colombia se ha designado a la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia; en Panamá a la Sala Cuarta de los Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia.

²⁷ En Brasil el proceso de reconocimiento de laudos se tramita ante el Tribunal Superior de Justicia. En similar sentido, en Bolivia y Uruguay son competentes las respectivas Cortes Supremas de Justicia.

²⁸ En Brasil el proceso de reconocimiento de laudos se tramita ante el Tribunal Superior de Justicia. En similar sentido, en Bolivia y Uruguay son competentes las respectivas Cortes Supremas de Justicia.

²⁹ Los arts. 2 y 4 de la Ley Orgánica Judicial señalan que la Corte Suprema de Justicia de El Salvador estará integrada por 15 Magistrados propietarios, distribuidos en 4 Salas: de lo Constitucional, Contencioso Administrativo, Civil y Penal.

Salvador, la parte interesada en pedir el reconocimiento del laudo arbitral extranjero, tenía que presentar su solicitud de reconocimiento ante la Corte en pleno.

Pero si bien esta fue la solución que se impuso y si bien así fueron tramitados los pocos casos de homologación que a la fecha existen en El Salvador³⁰, no podemos dejar de mencionar que si bien es cierto la solución salvadoreña parecía venir impuesta por lo establecido en la constitución de la República, también es cierto que tal solución, como lo dejan entrever algunos autores, podría haber estado contraviniendo lo dispuesto por la Convención de Nueva York. Aludimos específicamente a lo dispuesto por el art. III³¹, que exige a los países signatarios, no imponer al reconocimiento de laudos extranjeros, condiciones más onerosas que las establecidas para el reconocimiento de sentencias o laudos nacionales³². Debemos admitir que el cuestionamiento es a lo menos, discutible.

Insistimos en que esta situación cambió desde la entrada en vigencia del CPCM en julio del año 2010. El nuevo código incorporó en el art. 28, titulado “Competencia de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia”, lo siguiente: “La Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia conocerá: 1º De los procesos de exequátur.” Intentaremos explicar qué sucedió a partir de entonces.

El CPCM fue publicado en el Diario Oficial en noviembre del año 2008, pero no entró en vigencia sino hasta el primero de julio del año 2010. Lo interesante es que antes de que tal cuerpo normativo entrara en vigencia, ya se habían escuchado fuertes críticas al art. 28 numeral 1º, pues se afirmaba que existía un evidente error en tal disposición, la cual se señalaba era inconstitucional al violentar lo dispuesto por el ord. 4º del art. 182 de la Constitución. La postura de quienes señalaban la existencia de un error en el art. 28 CPCM, estaba reforzada por el hecho de que tal yerro parecía estar corregido por el mismo CPCM en disposiciones posteriores.

Efectivamente, el art. 557, titulado “Competencia para el Reconocimiento”, ubicado en el Libro Quinto que se refiere a la ejecución forzosa decía: “Para el reconocimiento de las sentencias, otras resoluciones judiciales y laudos arbitrales procedentes del extranjero será competente la Corte Suprema de Justicia.” Esto significaba que a pesar de lo dispuesto por el art. 28 CPCM, en El Salvador la autoridad competente para conocer y tramitar las solicitudes de exequátur, continuaría siendo – como siempre lo había sido - la Corte en Pleno.

Luego de recibida ésta y muchas otras críticas que no viene al caso comentar, algunos de los miembros de la comisión redactora del CPCM se dieron a la tarea de intentar corregir los yerrores denunciados por la comunidad jurídica en general. Fue por eso que incluso antes de que entrara en vigencia el CPCM, en abril del año 2010 se aprobaron reformas a ese cuerpo normativo, modificándose varias de sus disposiciones³³.

Para nuestros específicos propósitos debemos señalar, que en lugar de armonizar el art. 28 CPCM, con la ya consolidada práctica y con lo establecido por el art. 557 del mismo cuerpo de leyes, así como con lo dicho por el art. 51 numeral 13 de la Ley Orgánica Judicial, al decretarse las reformas al CPCM se prefirió modificar el

³⁰ A la fecha sólo han finalizado 3 procesos de homologación de laudos en El Salvador: i) el caso *Grupo Marriott vrs. Hoteles y Desarrollos* (7-DVM-2007) en el cual se otorgó el exequátur; ii) el caso *Operadora Andersons vrs. Epicureo* (33-P-2007) en el cual se denegó el exequátur; y iii) el caso *Ricardo Humberto Artiga Posada vrs Empresa Propietaria de la Red* (8-P-2010) en el cual se otorgó el exequátur 8-P-2010. Hay otro caso que fue desistido antes de que existiera pronunciamiento y uno más que está en trámite.

³¹ En lo pertinente, el Art. III CNY dice: “Para el reconocimiento o la ejecución de las sentencias arbitrales a que se aplique la presente Convención, no se impondrán condiciones apreciablemente más rigurosas, ni honorarios o costas más elevados, que los aplicables al reconocimiento o a la ejecución de las sentencias arbitrales nacionales.”

³² Vid. sobre este particular, KLEINHEISTERKAMP, J., *International Commercial Arbitration in Latin America -Regulation and Practice in the MERCOSUR and the Associated Countries*, Oxford University Press, 2005, pp. 339 y ss., quien considera que el requisito de que en algunos países los máximos tribunales sean los competentes para conocer del reconocimiento de los laudos claramente establece una carga adicional que no se necesita para los laudos nacionales.

³³ Las reformas al CPCM se aprobaron por Decreto Legislativo No.319 de fecha 15 de abril de 2010, publicado en el Diario Oficial No. 100, Tomo 387 de fecha 31 de mayo de 2010.

art. 557, quedando redactado este de la siguiente manera: “Para el reconocimiento de las sentencias, otras resoluciones judiciales y laudos arbitrales procedentes del extranjero será competente la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia.”

Es así como a partir de la entrada en vigencia del CPCM., y según el tenor literal de la norma, ya no es la Corte Suprema de Justicia en Pleno la encargada de tramitar los procesos de homologación de laudos arbitrales extranjeros, sino que es la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia. El legislador no explicó el cambio de criterio ni las ventajas que encontraba en esta nueva solución.

Sin embargo, en consultas verbales y no oficiales hechas a algunos miembros de la comisión redactora del CPCM, estos explicaban que no se contradecía lo dispuesto por la Constitución, toda vez que el art. 182 de nuestra carta magna permitía que el legislador secundario atribuyera a cualquiera de las Salas de la Corte Suprema de Justicia, las facultades que ahí se indicaban. Como ejemplo de esto explicaban que lo mismo acontecía con los procesos de amparo constitucional, pues si bien el art. 182 de la Constitución indica que es competencia de la Corte su tramitación, la Ley de Procedimientos Constitucionales atribuye de manera específica esa responsabilidad a la Sala de lo Constitucional.

Pero a pesar de estas explicaciones, existen quienes aún consideran que esta disposición es inconstitucional y que los procesos de homologación deberán seguir siendo conocidos por la Corte en Pleno. No existiendo ningún precedente que invocar a esta fecha, pues todos se han tramitado bajo la normativa anterior, habrá que esperar el posterior desarrollo jurisprudencial.

2. Procedimiento de homologación seguido en El Salvador

Corresponde ahora analizar cuál es el procedimiento que deberá seguirse en El Salvador para solicitar el exequáutur de los laudos extranjeros. Comenzamos por mencionar que la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje de El Salvador (LMCA) prefirió en este punto hacer una remisión expresa a los tratados internacionales, pactos y convenciones que El Salvador hubiera suscrito al respecto, olvidando que ninguno de estos instrumentos internacionales aluden al procedimiento que con detalle debe observarse, sino que como es sabido, se prefirió dejar tal detalle a las legislaciones de cada uno de los países³⁴.

Ahora bien, la misma LMCA reconoce que de no existir pactos, tratados o convenciones internacionales que regulen la materia, deberá observarse lo dispuesto por el CPCM. Así se deduce de lo dispuesto por el art. 80 LMCA, sin que por su parte añada ningún tipo de regulación al respecto, con lo cual tenemos que acudir a lo señalado por el CPCM para las sentencias judiciales extranjeras, advirtiendo que tendremos que aplicar tales disposiciones, en lo que no contradigan a la LMCA, pero principalmente en lo que no contradigan a las convenciones internacionales.

Dicho eso, debemos apuntar que el CPCM se encuentra fuertemente influenciado por la Ley de Enjuiciamiento Civil Española, el Código Tipo para Ibero América, el Código Civil Uruguayo, y el Código de Puerto Rico. Estas influencias se han trasladado también a la materia que ahora nos ocupa y es por eso que la nueva normativa incorporó modificaciones al sistema de reconocimiento de laudos, a partir de la entrada en vigencia del CPCM en El Salvador. Ya nos hemos referido a la modificación que se introduce en relación a la autoridad ante quien se tramitará el proceso de homologación, por lo cual abordaremos ahora el resto de modificaciones introducidas.

³⁴ El art. III de la Convención de Nueva York dice que cada Estado contratante “reconocerá la autoridad de la sentencia arbitral y concederá su ejecución de conformidad con las normas de procedimiento vigentes en el territorio donde la sentencia sea invocada.” En similar sentido, el art. 4 de la Convención de Panamá dice: “Las sentencias o laudos arbitrales no impugnables según la ley o reglas procesales aplicables, tendrán fuerza de sentencia judicial ejecutoriada. Su ejecución o reconocimiento podrá exigirse en la misma forma que la de las sentencias dictadas por tribunales ordinarios nacionales o extranjeros, según las leyes procesales del país donde se ejecuten, y lo que establezcan al respecto los tratados internacionales”.

En ese orden de ideas, nos parece apropiado referirnos en primer lugar a los requisitos de forma, y más concretamente a la exigencia que el convenio arbitral y el laudo arbitral, se presenten debidamente legalizados o apostillados.

Y es que en un principio, el CPCM no incorporaba absolutamente ningún procedimiento por medio del cual pudiera legalizarse un documento público o privado emanado del extranjero. Al referirse a los documentos, la prueba instrumental en particular, y los medios probatorios en general, el legislador salvadoreño no especificaba en qué casos, y bajo qué circunstancias, podría merecer fe un documento emanado del extranjero.

Intentando decirlo de manera más clara, el legislador salvadoreño guardó un absoluto e inexplicable silencio sobre la forma de legalizar este tipo de documentos, encontrándonos con el grave problema que a partir de la entrada en vigencia del CPCM, el único cuerpo normativo que podría servirnos para la legalización de los documentos sería la Convención de la Haya sobre la Eliminación del Requisito de Legalización de Documentos Públicos Extranjeros, la cual indica claramente en su art. 1, que su ámbito de aplicación es para aquellos documentos que hayan sido autorizados en el territorio de un Estado contratante. El problema era más que evidente puesto que al no poder aplicar esta convención a documentos que provienen de Estados no contratantes, se creaba un vacío legislativo de enormes repercusiones³⁵.

Desde todo punto de vista, se imponía una rápida y clara reforma al CPCM, incorporando un procedimiento de legalización que supliera a la Convención de la Haya sobre la Eliminación del Requisito de Legalización de Documentos Públicos Extranjeros, funcionando en todos aquellos casos en que los documentos provinieran de países no signatarios de la referida convención. No contar con tal reforma, hubiera implicado que en nuestro ámbito de estudio, la parte victoriosa que tuviera en su poder un laudo emitido en un país no signatario de la Convención de la Haya, no hubiera podido ni siquiera iniciar el procedimiento de homologación de un laudo, al no poder cumplir con este requisito formal de la CNY.

El yerro fue advertido por algunos de los miembros que conformaban la comisión redactora del CPCM, y fue por eso que en las reformas de abril de 2010, se incorporaron 3 incisos al art. 334 CPCM titulado “Autenticidad de los Instrumentos”, por medio de la cual se le volvió a dar vida al régimen que ya contenía el art. 261 del Código de Procedimientos Civiles (CPrC)³⁶. En ese sentido, felizmente podemos concluir que en El Salvador no debería existir mayor inconveniente para cumplir con los requisitos formales establecidos por la CNY.

Pues bien, si estos documentos se encuentran redactados en idioma extranjero, para cumplir con lo preceptuado por la Convención de Nueva York, habrá que tener en cuenta que el art. 148 CPCM reitera que todo instrumento que conste en idioma extranjero, deberá acompañarse con su correspondiente traducción, añadiendo de manera simple que esa traducción se realizará de conformidad con la ley y tratados internacionales. Dado que hasta el momento la única ley que se refiere al incidente de traducción es la Ley del Ejercicio Notarial de la Jurisdicción Voluntaria y Otras Diligencias (LJV), todo parece indicar que a partir de la entrada en vigencia del CPCM, la única alternativa para cumplir con el requisito de la traducción, será la notarial.

Por otro lado, el art. 333 del CPCM, si bien referido a procesos judiciales ajenos al proceso de reconocimiento de laudos, agrega que la traducción de un documento puede ser impugnada por una sola vez en las audiencias preparatorias o probatorias, en cuyo caso el juez que ventile la causa, podrá nombrar a un perito para que realice

³⁵ En la región centroamericana no son parte de esta Convención Guatemala ni Costa Rica. Vid. sitio web de Conferencia de la Haya, www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=41

³⁶ Decimos esto con conocimiento de pequeñas variantes introducidas en las reformas. El régimen sigue siendo el mismo toda vez que esas variantes hacen más bien alusión al nombre de los cargos de los funcionarios que en El Salvador autorizarán la legalización de los documentos, así como a la diferente clasificación de los documentos que hoy contempla el CPCM, obviándose toda referencia a los documentos antes conocidos como “auténticos”.

la traducción. Surge de inmediato la posibilidad de cuestionar si en el proceso de reconocimiento, la parte que se opone a la homologación del laudo, tendrá o no la oportunidad de impugnar la traducción que se presente, y si la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia en ese caso, tendrá que acceder a decretar la práctica de una prueba pericial³⁷.

El CPCM también reconoce la primacía de las convenciones internacionales, estableciendo ciertos requisitos que deberían cumplirse para reconocer un laudo extranjero, pero advirtiendo que tales requisitos tendrán que observarse sólo en el caso que no existieran tratados o normas internacionales que apliquen al caso. Siendo así, tenemos que advertir que a nuestro juicio, la mayoría de los requisitos establecidos por el art. 556 CPCM no pueden tener cabida en nuestra realidad actual, al entrar en franca y abierta contradicción con las disposiciones de la Convención de Nueva York y Convención de Panamá. Lastimosamente se ha perdido una buena oportunidad para poner a tono nuestra normativa procesal interna con lo dispuesto por las convenciones que hemos venido analizando.

La contradicción de la que hablamos comienza desde lo más básico y evidente. El CPCM mantiene la carga probatoria en la parte que solicita el reconocimiento del laudo, cuando como es sabido, es a partir de la CNY que la carga probatoria se invierte, correspondiendo a quien se opone al reconocimiento del laudo, alegar y probar que existe una causal que no permite que el mismo deba ser reconocido.

Lo que sí resulta aplicable, y además aplaudible, es la extensión que concede el legislador al juez, al permitirle adoptar una posición más activa en relación a la prueba del derecho extranjero, ya que los tribunales podrán valerse de cuento medio de averiguación estimen necesario, para asegurar su conocimiento³⁸.

Pero fuera de ello, el CPCM sigue haciendo alusión a requisitos que llevan ínsito el doble exequáutur del que los redactores de la CNY han querido huir. Los ordinales 1º y 3º del art. 556 CPCM exigen demostrar a la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, junto con la solicitud que se presente, que el laudo arbitral ha pasado en autoridad de cosa juzgada, y que reúne los elementos necesarios para ser considerado como laudo en el lugar donde el mismo fue dictado³⁹. Eso es completamente inaceptable al amparo de las convenciones internacionales⁴⁰.

³⁷ Debe tomarse en cuenta que en el caso *Grupo Marriott contra Hoteles y Desarrollos, S.A. de C.V.*, la Corte Suprema de Justicia en Pleno tuvo que resolver una petición presentada por la parte contra quien se pretendía reconocer el laudo, en la que requerían la práctica de prueba pericial para traducir el laudo dictado, a pesar de que junto con la solicitud de exequáutur se había presentado la traducción al idioma español, en la forma permitida por el art. 24 LJ.V. La Corte Suprema de Justicia en Pleno, si bien negó la prueba pericial requerida, utilizó como fundamento de su decisión el hecho de que la traducción presentada por la parte actora ya había sido cotejada por el perito traductor adscrito a la Corte. La resolución a nuestro juicio carece de sustento técnico-jurídico, sobre todo si toma en cuenta que nuestra normativa procesal anterior no contemplaba la figura de traductor adjunto; a nuestro juicio la Corte hubiera negado la solicitud presentada, pero porque ya se habían cumplido las formalidades previstas por la ley, y porque ningún incidente de impugnación se regulaba por el CPrC. Vid. sentencia pronunciada por la Corte Suprema de Justicia en Pleno, de fecha 14 de diciembre de 2006, en proceso referencia 12-P-2006.

³⁸ Así lo establecen los arts. 313 ord. 3º y 315 del CPrCM. Es justo decir que esta postura parece estar más en sintonía con las modernas corrientes procesales que señalan que la actividad probatoria del derecho extranjero tiene que efectuarse entre el juez y las partes, y no sólo por éstas últimas. A este respecto, vid. FERRER CORTINES, Oscar, "La Carga de la Prueba del Derecho Extranjero" en AA.VV. Objeto y Carga de la Prueba Civil, Dirección ABEL LLUNCH, Xavier y PICÓ i JUNOY, Joan, ed. Bosch, Barcelona, 2007 O., p. 268. Por otra parte, esta solución posibilita acudir a otros medios probatorios como serían certificaciones diplomáticas o consulares, opiniones de jurisconsultos, informes de corporaciones, instituciones y universidades, peritajes, etc. Vid al respecto, MOLINS GARCIA-ATANCE, Emilio, "La Aplicación de la Ley Extranjera por los Tribunales Españoles y la Posición que debe Adoptar el Juez en estos Procesos", en AA.VV. Objeto y Carga de la Prueba Civil, ABEL LLUNCH, Xavier y PICÓ i JUNOY, Joan (Dir.), ed. Bosch, Barcelona, 2007, pp. 293 y ss.

³⁹ El art. 556 CPCM dice que a falta de convenios internacionales, los laudos extranjeros pueden ser reconocidos si concurren, entre otros, los requisitos siguientes: "1º Que la sentencia, con autoridad de cosa juzgada en el Estado en que se ha pronunciado, emane del tribunal competente según las normas salvadoreñas de jurisdicción internacional." Y "3º Que la sentencia reúna los elementos necesarios para ser considerada como tal en el lugar donde se dictó, así como las condiciones de autenticidad exigidas por la ley nacional."

⁴⁰ En materia judicial en cambio, se ha entendido que a falta de convención que regule la materia, será necesario acreditar de forma debida, no sólo la existencia de la sentencia judicial, sino la firmeza de la misma. Vid. TORRES FERNÁNDEZ de SEVILLA, J. Ma. y otros, TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, J.M, y otros, Los Procesos Civiles. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil con Formularios y Jurisprudencia, GARBERÍ LLOBREGAT, J. (Dir), Tomo 4, ed. Bosch, Barcelona, 2001, p. 231.

Siguiendo con ese orden, hay que señalar que aunque el CPCM acepta que puedan reconocerse laudos extranjeros dictados en procesos que se hubieran seguido en rebeldía, marcando con ello un avance en relación al CPrC, también exige que la parte que intenta el reconocimiento u homologación del laudo, compruebe que la parte demandada fue debidamente emplazada, que tuvo verdadera oportunidad de ejercer su derecho de defensa, y que fue notificada de la resolución que le condena⁴¹.

Por supuesto que esta exigencia tampoco tiene cabida en nuestra realidad actual por el tema de la carga probatoria a que antes hemos aludido, pero no podemos desperdiciar la oportunidad para señalar que de todas maneras nos parece una exigencia extrema aún para el caso de las sentencias judiciales. Semejante exigencia no tiene parangón ni siquiera en nuestro antiguo CPrC, y no nos cabe ninguna duda que en el caso de las sentencias judiciales - donde salvo la excepción con España, no existe convención internacional suscrita por El Salvador - será inmensamente complicado comprobar esta circunstancia.

Luego el art. 556 CPrCM exige que el laudo no afecte principios constitucionales, ni el orden público, que el laudo no se refiera a objetos ilícitos, y que no existan procesos en trámite ni sentencias ejecutoriadas en El Salvador. Sin ánimo de referirnos al orden público, la arbitrabilidad de las disputas, y la cosa juzgada, nos conformamos con hacer ver que estos requisitos no están tan distanciados de lo previsto por las convenciones internacionales, sobre todo porque ahora sí estamos en presencia de causas que pueden ser conocidas oficiosamente por la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia.

El art. 556 CPCM abandona el requisito que establecía todavía el CPrC, y que se refería a que el laudo no debería haber sido pronunciado en el ejercicio de una acción de carácter real. Vale la pena destacar que ese mismo cuerpo normativo, dice en el art. 21, que los tribunales salvadoreños tienen competencia exclusiva para conocer de asuntos relacionados con derechos reales y arrendamientos de inmuebles ubicados en el territorio salvadoreño, lo cual puede dar lugar a interpretaciones encontradas en su momento⁴².

No era necesario decirlo, pero el art. 21 CPCM vuelve a reconocer la primacía de los tratados, por lo que la solución que parece imponerse, es que si al amparo de la Convención de Nueva York o Convención de Panamá no se contempla la naturaleza real de la acción, como una causal de no reconocimiento, y si no estamos en presencia de una materia indisponible, no tendría por qué negarse la homologación de un laudo que se hubiera dictado en ejercicio de una acción real, relacionada con inmuebles ubicados en El Salvador.

No hemos podido prescindir de las consideraciones anteriores, pero la verdad es que salvo lo que hemos comentado sobre la autoridad ante quien se tramita la homologación del laudo, hasta este punto podemos concluir que el CPCM no incorpora cambios sustanciales al sistema de reconocimiento u homologación de laudos. Ahora bien, y aunque tampoco se trate de cambios sustanciales, debemos llamar la atención sobre el hecho de que esta nueva normativa sí incorpora cambios en las etapas y tiempos en que debe desarrollarse el procedimiento de exequáтур.

Como pasamos a explicar, el CPCM modifica, y en alguna medida ordena, las etapas que deberán observarse ante la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia cuando se intente la homologación. Esto es así porque

⁴¹ El art. 556 CPCM agrega como requisito: "2º Que la parte demandada, contra la que se pretende realizar la ejecución, hubiese sido legalmente emplazada, aunque fuera declarada rebelde, siempre que se le hubiera garantizado la posibilidad de ejercer su defensa y que se le hubiese notificado legalmente la resolución."

⁴² Vid. art. 21 CPrCM titulado "Jurisdicción Exclusiva de los Tribunales Civiles y Mercantiles Salvadoreños", que en lo pertinente dice: "Son competentes los tribunales civiles y mercantiles salvadoreños para conocer de las distintas clases de procesos en los supuestos siguientes: 1º En materia de derechos reales y arrendamientos de inmuebles que se hallen en El Salvador." Pensamos que el título de este artículo no es suficiente para concluir que se está modificando la LMCA y que por ello se está introduciendo en el régimen salvadoreño una nueva materia inarbitrable; los derechos reales y arrendamientos inmobiliarios son materias de libre disposición y no debería existir problema alguno en arbitrarlos.

como hemos visto, ni las convenciones internacionales ni la LMCA señalan cuál es el procedimiento que debe seguirse ante la Corte, dejando al CPCM, que se ocupe de tal propósito.

En virtud del art. 558 CPCM titulado “Procedimiento de Reconocimiento de Títulos Extranjeros”, luego que se presente ante la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia una solicitud de reconocimiento de laudo extranjero, se tendrá que dar traslado a la parte contraria, para que ésta se pronuncie en un plazo de diez días hábiles⁴³. Una vez más, por el sometimiento a la primacía de los tratados, la parte contra quien se intenta el reconocimiento sólo podrá defenderse alegando cualquiera de las causales taxativamente indicadas por la Convención de Nueva York y Convención de Panamá. Si la parte contra quien se intenta el reconocimiento guarda silencio, la Corte tiene que pronunciarse sobre la homologación o no del laudo, en un plazo de diez días hábiles⁴⁴.

En el evento más probable, esto es, que la parte contra quien se intenta el reconocimiento del laudo, presente argumentos, y en el entendido que deberá probar tales argumentos por la inversión de la carga de la prueba tantas veces repetida, la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia deberá ordenar la práctica de esa prueba en audiencia especialmente convocada al efecto. El CPCM tiene entre sus principios rectores el de oralidad⁴⁵, la inmediación⁴⁶ y la publicidad⁴⁷, principios que por cierto marcan un avance significativo y por lo demás encomiable en el proceso civil salvadoreño; pero a fuerza de ser sinceros debemos reconocer que resulta difícil concebir la celebración de una audiencia probatoria que deberá llevarse ante los tres Magistrados que integran la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia en Pleno. Debemos esperar que en la práctica la celebración de esta audiencia, no se convierta en un elemento que lejos de facilitar el procedimiento de exequáutur, contribuya a su diferimiento⁴⁸.

Con todo el escepticismo que podría ser natural alrededor de esta audiencia de prueba, destaca el hecho de que el legislador salvadoreño también incorpora en el art. 558 que comentamos, un plazo para que la Sala de lo Civil celebre esta audiencia, y un plazo para que a partir de ella se pronuncie. El CPCM dice que la audiencia probatoria tiene que celebrarse en un plazo que no puede ser superior de veinte días hábiles, y transcurrido ese plazo, la Sala de lo Civil debe dictar su resolución en los diez días hábiles siguientes⁴⁹.

Por otra parte, el CPCM es muy enfático en señalar que los jueces tienen que realizar sus actuaciones dentro de los plazos previstos por la ley, al grado de que incorpora como una verdadera novedad, no sólo la imposición de sanciones a los jueces que irrespeten los plazos, sino además, un procedimiento específico para hacerlo⁵⁰.

⁴³ El art. 558 CPCM en su inciso primero dice: “El reconocimiento deberá ser pedido por la parte a la que le interese, mediante solicitud escrita presentada ante la Corte Suprema de Justicia. De esta solicitud se dará audiencia a la parte contraria, emplazándola ante la Corte, para que pueda formular alegaciones sobre los requisitos establecidos para que proceda el reconocimiento de títulos extranjeros a falta de tratados internacionales, y proponer pruebas en el plazo de diez días.” Además vid. art. 14 CPCM, que señala que en los plazos fijados en días sólo se contarán los hábiles.

⁴⁴ Así lo dice el inciso segundo del art. 558 CPCM: “Cuando no se hubieran formulado alegaciones, o no se practicara prueba, la Corte dictará sentencia haciendo reconocimiento de la resolución extranjera y otorgándole plenos efectos, o denegando dicho reconocimiento, en el plazo de diez días, con devolución de la ejecutoria a quien hubiera promovido el procedimiento.”

⁴⁵ Art. 8 CPCM: “En los procesos civiles y mercantiles las actuaciones se realizarán de forma predominantemente oral, sin perjuicio de la documentación de los actos procesales que deban hacerse constar por escrito, y de las aportaciones documentales que en este código se establecen.”

⁴⁶ Art. 10 CPCM: “El juez deberá presidir personalmente tanto la celebración de la audiencia como la práctica de los medios probatorios, quedando expresamente prohibida la delegación de dicha presencia, so pena de nulidad insubsanable...”

⁴⁷ Art. 9 CPCM: “Las audiencias de todos los procesos previstos en este Código serán públicas, salvo que el juez, de oficio, o a instancia de parte, disponga lo contrario por razones de seguridad nacional, de moral o de orden público, o de protección de la privacidad de alguna de las partes.”

⁴⁸ Nuestra crítica es sólo por el hecho de que es la Sala de lo Civil la que conoce de estos procedimientos, y no por la mera instauración de la audiencia probatoria oral. Compartimos las reflexiones que en términos generales se hacen sobre las ventajas que proporciona la oralidad en los procesos civiles, y sobre todo en la producción de las pruebas. Vid sobre este tema, PARADA GÁMEZ, G.A., *La Oralidad en el Proceso Civil*, ed. UCA, San Salvador, 2008, pp. 175 y ss.

⁴⁹ El inciso 3º del art. 558 CPCM dice: “Si se hubiera propuesto prueba útil y pertinente, se ordenará su práctica en audiencia, que deberá celebrarse en un plazo que no pase de veinte días, y concluida la cual se dictará sentencia en los términos del inciso anterior.”

⁵⁰ Vid. arts. 15, 417 y 701 CPCM. También vid el dictamen favorable de la Comisión Ad Hoc para el Estudio del Código Procesal Civil y Mercantil, de la Asamblea Legislativa de El Salvador, de fecha 29 de agosto de 2008, expediente No. 582-1-2007-1.

Veremos cuál es la aplicación que se hace de estas disposiciones en la realidad salvadoreña, pero de todas maneras, refiriéndonos al caso que atañe a esta investigación, nos atrevemos a señalar que en relación a los plazos que indica el art. 558, no prevemos que existirá un verdadero mecanismo para forzar su cumplimiento.

Finalizamos mencionando que el legislador salvadoreño, en el inciso final del mismo art. 558 CPCM, consideró apropiado aclarar que la resolución que pronuncie la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, reconociendo o no el laudo presentado, no admite recurso alguno; aclaración que en lo particular nos parece atinada y sobre todo necesaria⁵¹.

3. Proceso de ejecución seguido en El Salvador

Dicho lo anterior, pasamos a referirnos al procedimiento que en la actualidad resulta aplicable al proceso de ejecución de laudos extranjeros en El Salvador. Siempre por razones históricas, haremos un breve repaso sobre algunas de las disposiciones contenidas en el ya derogado CPrC y las compararemos con el nuevo régimen procesal contenido en el CPCM.

Así, es interesante destacar que el CPrC no aludía directamente a la ejecución de laudos extranjeros, y que la aplicación que se hacía de las normas contenidas en ese cuerpo normativo, era posible sólo a raíz de la necesaria interpretación que por analogía debía hacerse con las sentencias judiciales extranjeras. Como luego profundizamos, el CPCM sí hace una referencia expresa a la ejecución de laudos extranjeros⁵².

a) Código de Procedimientos Civiles

Nos parece atinado comenzar por cuestionarnos si en El Salvador, la normativa procesal que por analogía resultaba aplicable a la ejecución de laudos extranjeros, preveía o no, un plazo específico dentro del cual debía iniciarse la acción de cumplimiento. En algunos países pareciera existir bastante claridad al respecto⁵³, pero en El Salvador el asunto daba para interpretaciones encontradas.

La poca claridad se generaba porque no era del todo fácil distinguir la acción de cumplimiento de sentencia, con la acción en juicio ejecutivo que era promovida teniendo como instrumento base de la acción, la ejecutoria de una sentencia judicial o de un laudo arbitral. Quien poseía la ejecutoria de una sentencia dictada a su favor, podía promover la acción de cumplimiento, pero en determinadas circunstancias podía tener que promover un juicio ejecutivo con todas las implicancias que ello tenía.

Dicho eso, tenemos que considerar que las disposiciones que hacían específica alusión a la acción de cumplimiento, no establecían ningún plazo para su interposición, por lo que podía concluirse que esta acción no prescribía. Pero por otra parte, no podemos desatendernos del hecho que el CPrC, al listar los instrumentos

⁵¹ Dice el inciso 4º del art. 558 CPCM: “Contra las sentencias de la Corte no procederá recurso alguno”. Contrario a lo que sucede en Alemania, donde la resolución sobre la homologación es siempre recurrible, en otros países como Perú, solo existe recurso cuando se deniega el reconocimiento, y no cuando el mismo es concedido. En cambio en países como México, Paraguay, Brasil y Bolivia, se ha tomado idéntica solución a la adoptada en El Salvador, en el sentido de que las decisiones sobre la homologación de los laudos, en ningún caso admiten recurso. Comentario especial merece España, donde la resolución adoptada por los tribunales de primera instancia tampoco es recurrible; sin embargo, esto ha recibido algunas críticas, en el sentido de que no contar con recursos parece encontrar justificación, sólo cuando son los tribunales supremos los que dictan la resolución del exequatur, y no cuando se trata de tribunales de inferior jerarquía.

⁵² En España en cambio, desde el año 2000, año en que surgió la nueva y vigente LEC, no sólo regula con exhaustividad la ejecución de las sentencias judiciales, sino que además se ocupa de regular la ejecución de los laudos arbitrales en todos sus aspectos. Esto no significa que exista un tratamiento completamente diferente entre la ejecución de una sentencia y un laudo. Vid. al respecto FRANCO ARIAS, J., “Artículo 44 y 45: La Ejecución del Laudo y Particularmente la Ejecución Provisional según la Nueva Ley de Arbitraje de 2003”, Anuario de Justicia Alternativa, No. 5/2004, febrero 2004, pp. 2 y ss.

⁵³ En el caso de Estados Unidos, la sección 207 de la Federal Arbitration Act establece un plazo de 3 años, luego de emitido el laudo arbitral extranjero o internacional, para promover su cumplimiento; vid. sobre ese particular, SENGER WEISS, E.M., op. cit., p. 170.

que traían aparejada ejecución, decía en el art. 591 ord. 1º, que las ejecutorias de sentencias y laudos tendrían aparejada ejecución, con el condicionamiento que no estuviera prescrita la acción ejecutiva⁵⁴.

Somos de la opinión que si bien es cierto, el art. 591 CPrC estaba ubicado dentro de las disposiciones que regulaban el juicio ejecutivo, y no dentro de las que regulaban la acción de cumplimiento de sentencia, por la misma seguridad jurídica que entraña la figura de la prescripción, y por la analogía que había existido entre la acción de cumplimiento y el juicio ejecutivo, el condicionamiento del plazo aplicaba para ambas; la acción de cumplimiento sí contaba con un plazo dentro del cual debería ejercerse. Ese plazo sería el que precisamente señalaba el art. 591 en su ordinal 1º, es decir, diez años contados a partir de que la sentencia o laudo estuviera firme⁵⁵.

Teniendo por superado lo anterior, y concentrándonos en la acción de cumplimiento de sentencia – asimilable al cumplimiento de laudos – es importante mencionar que, a la luz de lo que antes disponía el art. 450 CPrC, la parte interesada en la ejecución del laudo extranjero, debía presentarse ante el tribunal competente con la certificación extendida por la Corte Suprema de Justicia, y debía pedir la inmediata ejecución del laudo dictado⁵⁶.

El juez sin más, tenía que dar trámite a la solicitud de ejecución, omitiendo citar a la otra parte, y decretando el embargo en bienes del ejecutado⁵⁷. Para decretar este embargo, el CPrC establecía que el juez ante quien se presentaba la solicitud, debía designar a su vez a un Oficial Público de Juez Ejecutor, el cual en el argot judicial ha sido siempre conocido como “ejecutor de embargos”. Este ejecutor, sin ser un funcionario judicial, desempeñaba una función judicial por delegación expresa, habiéndose resuelto que la designación podía recaer sobre cualquier persona que hubiere sido autorizada por la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, y que hubiere cumplido con los demás requisitos que señalaba el art. 106 de la Ley Orgánica Judicial (LOJS)⁵⁸.

En ese orden, el juez ante quien se presentaba la solicitud, libraba mandamiento de embargo para que el ejecutor realizará la labor material de buscar bienes susceptibles de embargar. El ejecutor debía diligenciar el encargo conferido, tomando en cuenta que para hacerlo, solamente contaba con veinticuatro horas más el término de la distancia que en El Salvador era de tres días por las primeras cuatro leguas de distancia, y un día adicional por cada seis leguas de exceso. Por otra parte, el ejecutor de embargos solo contaba con diez días, más el término de la distancia, para devolver el mandamiento de embargo al tribunal que le había delegado el encargo⁵⁹.

No cabe duda que de todo lo antes señalado, lo más importante es que el legislador salvadoreño no había considerado necesario dar ninguna otra oportunidad de ser oído al ejecutado, partiendo de la premisa que éste ya había tenido la oportunidad de defenderse y argumentar, no sólo en el procedimiento arbitral, sino después,

⁵⁴ Por su parte el art. 2254 del Código Civil dice que las acciones ejecutivas de naturaleza civil, prescriben en 10 años, y el art. 995 del Código de Comercio establece plazos más cortos para las diferentes acciones ejecutivas que puedan promoverse en el ámbito mercantil.

⁵⁵ Por supuesto que este plazo de prescripción no tenía ninguna relación con el plazo para la prescripción de la acción que pudo haber motivado el pronunciamiento del laudo o sentencia. Abona a nuestra conclusión, el hecho de que la prescripción de la ejecución – o caducidad en otras legislaciones – encuentra plena justificación en la necesidad de evitar que el deudor quede vinculado de manera indefinida con una incierta ejecución. Vid. BARONA VILAR, S. y otros, *El Proceso Civil*, Vol. VI, ESCRIBANO MORA Fernando (Coord.), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 4363 y ss. Esta posición coincidiría conceptualmente, con la sostenida por TOMASINO, H., *El Juicio Ejecutivo en La Legislación Salvadoreña*, ed. Universitaria, San Salvador, 1960, pp.74 y ss. Aunque nos atrevemos a decir que al abordar este tema, el reconocido autor llegó al punto de sugerir que se eliminara de la normativa salvadoreña entonces vigente, la acción de cumplimiento, y que todo cumplimiento de sentencia se pidiera a través de juicio ejecutivo, con lo cual el acreedor tendría que incorporar nueva demanda y tramitar una vez más un litigio con todas las oportunidades procesales que eso conllevaba a favor del ejecutado. Disentimos por completo de la sugerencia formulada.

⁵⁶ El inciso 1º del art. 450 CPrC decía: “Presentado el vencedor con la ejecutoria correspondiente, se decretará el embargo de bienes y se omitirán los trámites de citación de remate, término del encargado y la sentencia de remate, practicándose todos los demás del juicio ejecutivo.”

⁵⁷ Vid. ZETINO William, *Apuntes de Derecho Procesal Civil. Principios y Aspectos Fundamentales. Clasificación y Trámite de los Juicios en Materia Civil*, 4ª ed. San Salvador, 2007, pp. 186 y ss.

⁵⁸ El art. 106 LOJS dice que los ejecutores de embargos deben ser personas de buena conducta notoria, pública y privada, y que deben rendir fianza por el equivalente a US \$571.43 ante la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, con la cual se garantiza que cumplirán su cargo, fiel y legalmente.

⁵⁹ Todo esto se encontraba contenido en los arts. 211, 612 y 614 CPrC.

en el trámite de homologación del laudo⁶⁰. Es por eso que el juez libraba el mandamiento de embargo sin citar al ejecutado, y es por esto que se omitía no sólo la citación al mismo, sino que se omitía cualquier término de prueba, e inclusive la sentencia de remate⁶¹.

Una vez embargados los bienes, el CPrC establecía que se procedería al remate de estos, y que para tal efecto, se seguirían los trámites del juicio ejecutivo en lo que resultare pertinente. Esto significaba que a partir del embargo de los bienes, el juez ordenaba a petición de parte, la venta en pública subasta de los bienes embargados, para lo cual decretaba la fijación de carteles anunciando la subasta, tanto en el tribunal mismo, como en el lugar donde estaba situados los bienes, y determinaba que uno de esos carteles fuera publicado en el Diario Oficial por tres veces.

Paralelamente, el juez ordenaba que se practicara valúo pericial sobre los bienes embargados, valúo que serviría de base para la venta en pública subasta que luego se realizaría. Si era necesario, libraba oficios al Registro de la Propiedad para conocer la situación registral de los inmuebles embargados. En cualquier caso, transcurridos 15 días después de la última publicación del cartel en el Diario Oficial, el Juez señalaba día y hora para la venta en pública subasta, y mandaba fijar nuevos carteles en los que ya incorporaba el resultado del valúo efectuado.

Finalmente, llegado el día y hora previamente indicados por el Juez, éste procedía a vender los bienes embargados, adjudicando los mismos al mejor postor. En ausencia de postores o de ofertas equivalentes al menos a las dos terceras partes del valúo judicial, el juez podía autorizar a la parte que solicitaba la ejecución, que se pagara total o parcialmente con los bienes embargados⁶².

El CPrC preveía casos especiales, como el embargo de dinero, cuentas bancarias, el embargo del mismo objeto que se reclamaba, o casos en los que se hubieren embargado sueldos, pensiones en dinero, créditos, títulos valores de contenido crediticio etc.; casos en los que por la naturaleza de los bienes embargados, no era factible la emisión de carteles, ni la realización de avalúos, ni el libramiento de oficios a autoridades administrativas. En todos esos casos, una vez que se había realizado el embargo, el interesado estaba facultado para pedir que se le realizara directamente el pago.

b) Código Procesal Civil y Mercantil

Tenemos que hacer notar que al describir en los anteriores párrafos el procedimiento de ejecución que se debía tramitar bajo la normativa procesal anterior, nos hemos referido en puridad a una sola de las alternativas de cumplimiento forzoso que inobjetablemente ha sido la más usual; aquella que se concreta a través del embargo de bienes de quien no ha cumplido voluntariamente el laudo. Y no hay que perder de vista que referirnos al proceso de ejecución a través del embargo de bienes, supone en la mayoría de los casos estar en presencia de laudos que condenan al pago de cantidades líquidas⁶³.

⁶⁰ Debemos decir que con justificada razón, no parece ser esta la solución preferida en el derecho comparado. En países como Argentina, Paraguay y Uruguay, se concede audiencia al ejecutado y se le permite alegar excepciones taxativamente señaladas por las respectivas legislaciones. En el caso de México, el proceso de ejecución para laudos extranjeros, contempla traslado al ejecutado y la posibilidad de abrir a pruebas, concediendo incluso audiencia al Ministerio Público. Vid. al respecto CRUZ MIRAMONTES, Rodolfo, y CRUZ BARNEY Oscar, *El Arbitraje. Los Diversos Mecanismos de Solución de Controversias: Análisis y Práctica en México*, ed. Porrúa, México 2004, pp. 53 y ss.

⁶¹ El art. 450 CPrC en su inciso 1º decía: "Presentado el vencedor con la ejecutoria correspondiente, se decretará el embargo de bienes y se omitirán los trámites de citación de remate, término del encargado, y la sentencia de remate, practicándose todos los demás del juicio ejecutivo." Es menester aclarar que cuando el legislador hacía referencia al "término del encargado", estaba aludiendo al período probatorio, el cual había sido entendido así, porque era el término dentro del cual el demandado tenía el encargo procesal de desvirtuar la prueba pre-constituida, propia del juicio ejecutivo.

⁶² Una amplia explicación sobre las disposiciones y principios del juicio ejecutivo que resultaban plenamente aplicables al proceso de ejecución de sentencias en El Salvador, puede verse en TOMASINO, H., op. cit., pp. 152 y ss.; ZETINO W., op. cit., pp. 186 y ss.

⁶³ Tradicionalmente se ha reconocido que existen cantidades líquidas cuando: la sentencia o laudo condena al pago de una suma determinada; la cantidad a pagarse es susceptible de determinación mediante una simple operación aritmética aplicando los parámetros fijados en la sentencia o laudo, o; el vencedor ha presentado liquidación de capital, intereses y costas y el juez o árbitro simplemente las ha aprobado. Vid. DE SANTO, V., *Compendio de Derecho Procesal. Civil, Comercial, Penal y Laboral*, ed. Universidad, Buenos Aires, 1995, pp. 633 y ss.

Pero si lo anterior es cierto, también lo es que existen otras alternativas por las que se puede exigir judicialmente el cumplimiento de los laudos, especialmente cuando en los laudos no se ordena el pago de cantidades de dinero, sino que se impone una obligación de dar, hacer, y hasta de no hacer. Lo que pasa es que en El Salvador éste es el único procedimiento de ejecución de sentencias que estaba regulado de forma más o menos clara en el CPrC.

Ahora bien, es incuestionable que el proceso de reconocimiento y posterior ejecución de laudos, adquiere verdadera relevancia práctica frente a sentencias arbitrales que impliquen el establecimiento de una condena para cualquiera de las partes⁶⁴. Esto con independencia del hecho que la condena consista o no en una obligación dineraria, y hasta con independencia de que consista en una condena de dar, hacer o no hacer.

No desconocemos que en determinadas circunstancias pudiera ser conveniente y estratégico, solicitar la homologación de un laudo meramente declarativo o constitutivo⁶⁵, pero preferimos enfocarnos en lo que a nuestro juicio tiene mayor ocurrencia práctica, esto es, la homologación y ejecución de los laudos condenatorios. Será a partir del análisis de esta suerte de laudos, que intentaremos describir el procedimiento de ejecución contemplado en el CPCM, así como referirnos a las alternativas que la parte victoriosa tiene, frente a la renuencia a cumplir que su contraparte pueda exhibir.

Pero aun enfocándonos en los laudos condenatorios, precisa tener en consideración que si bien es cierto, la mayoría de los laudos contendrán condenas al pago de cantidades líquidas, habrá casos es que eso no es así. Un laudo puede ordenar el pago de cantidades no líquidas sino liquidables; o podrá ordenar el pago de cantidades de dinero sin liquidar dichas cantidades ni fijar parámetros para su liquidación; podrá ordenar la entrega de bienes; podrá ordenar el cumplimiento de una obligación de hacer, y hasta de una obligación de no hacer⁶⁶. Las soluciones de ejecución para todos estos casos, sin duda serán diferentes; afortunadamente y como en seguida abordaremos, el CPCM es muy claro en este aspecto.

Hechas las anteriores advertencias, pasamos a decir que con un enfoque completamente distinto al del CPrC, el CPCM dedica 148 artículos a las diligencias de ejecución forzosa de sentencias y laudos arbitrales. Es ostensible que a diferencia de su antecesor, el CPCM sí distinguió el juicio ejecutivo de la acción de cumplimiento, e hizo algunos esfuerzos por distinguir el proceso y consideraciones aplicables a las sentencias y laudos provenientes del exterior⁶⁷.

⁶⁴ Se ha llegado a señalar que las sentencias judiciales y arbitrales que son meramente declarativas, o constitutivas, no pueden constituir título de ejecución, pues no imponen ninguna obligación al demandado. Vid. a ese respecto TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, José María, y otros, *Los Procesos Civiles. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil con Formularios y Jurisprudencia*, GARBÉR LLOBREGAT, José (Dir), Tomo 4, ed. Bosch, Barcelona, 2001, pp. 211 y ss.; PARDO IRANZO, V., “Modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil”, en AAVV, *Comentarios a la Ley de Arbitraje* (Ley 60/2003, de 23 de Diciembre), BARONA VILAR, S. (Coord.), ed. Civitas, Madrid, 2004, pp. 1652 y ss. También vid. BARONA VILAR, S. y otros, *El Proceso...*, cit., p. 4313.

⁶⁵ Como cuando lo que se intenta es obtener el reconocimiento de un laudo que luego pueda ser utilizado para alegar cosa juzgada. Vid. RE-DFERN Alan y otros, *Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional*, 4^a ed., edición en español revisada y adaptada por MARIGO Noiana y OSSA Felipe, ed. Aranzandi, Navarra, 2006, pp. 597 y ss.; BARONA VILAR, S. y otros, *El Proceso...*, cit., Vol. VI, p. 4389. O como cuando lo único que se intentará hacer es la denominada “ejecución propia” de los laudos, con lo cual se ha querido significar que no se necesita de auxilio judicial para la realización de determinadas diligencias. Ejemplo de la denominada ejecución propia sería la inscripción en algún registro público de un laudo de carácter constitutivo, caso en el que no se necesita acudir al juez; vid en ese sentido PARDO IRANZA, V., op. cit., p. 1529; TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, J.M, y otros, op. cit., p. 211. En El Salvador, el art. 559 CPCM lleva a concluir que los laudos declarativos o constitutivos no pueden ser sujetos de un proceso de ejecución, lo cual no implica que no puedan inscribirse o anotarse en registros públicos cuando sea menester.

⁶⁶ Vid. PARDO IRANZA, V., op. cit., pp. 1532 y ss.; GREIF J., “Las Medidas Cautelares en América” en AA.VV. *Medidas Cautelares*, GREIF J. (coord.), ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2002, p. 76. Ese último autor aborda las diversas vías de ejecución que han sido reconocidas en los diferentes ordenamientos legales. Aunque el autor alude a sentencias judiciales, nos parece que las vías de ejecución que él reconoce, son perfectamente aplicables a nuestro estudio.

⁶⁷ Al referirse a los laudos extranjeros, el CPrCM parte de la premisa de su previo reconocimiento ante la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia; vid. art. 555.

En cuanto a los documentos a presentar, y formalidades que deben observarse, el CPCM, insiste en la presentación de la ejecutoria correspondiente, la cual en el caso de laudos extranjeros, se traduce en la certificación de la homologación extendida por la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia. Junto a eso, el solicitante de la ejecución tiene que presentar todos aquellos documentos que considere útiles al juez. Nos atrevemos a pensar – por ejemplo – en presentar nuevamente el laudo que se desea ejecutar⁶⁸.

Muy importante es el hecho de que el CPCM sí estableció de manera expresa un plazo para el inicio de la acción de ejecución. El art. 553 dice que la pretensión de ejecución prescribe en un plazo de dos años. Sin embargo, en relación a las sentencias y laudos extranjeros, el legislador no especificó a partir de qué fecha debían computarse los dos años de prescripción⁶⁹.

Es más, un análisis literal de la norma, podría llevar a la errónea conclusión de que los dos años se computarían desde la fecha de dictado el laudo extranjero. Y esto nos parece que no podría ser así, puesto que a pesar de que en el extranjero el laudo podría ya ser considerado firme, todavía tiene que pasar por un procedimiento de homologación ante la Corte Suprema de Justicia. A pesar de los plazos relativamente cortos, establecidos por el mismo CPCM. en relación al proceso de homologación, nos parece obvio que los dos años sólo podrían comenzar a contarse a partir de que la Corte Suprema de Justicia homologue el laudo⁷⁰.

Todavía más importante es el cambio radical del legislador procesal salvadoreño, pasando de un régimen en el cual se ignora por completo al ejecutado, a otro en el cual el ejecutado debe ser oído, y en el cual además se le conceden varias oportunidades para recurrir y hasta solicitar la suspensión del procedimiento. Contrario a lo que acontecía con la legislación procesal ya derogada, el art. 564 CPCM. considera al ejecutado como parte legítima en el proceso de ejecución⁷¹.

En cuanto a los trámites necesarios, el CPCM dice que el proceso sólo puede activarse a solicitud de parte. Si el solicitante conoce bienes que ejecutar, lo podrá indicar así desde el inicio del procedimiento; si no conoce la existencia de bienes, podrá requerir que el juez adopte las medidas de localización necesarias. Presentada la solicitud, y asumiendo que el solicitante cumple con los requisitos de forma antes especificados, el juez despachará la ejecución. Si existen algunos defectos en la solicitud presentada, el juez podrá requerir su subsanación en un plazo de cinco días hábiles, transcurridos los cuales se pronunciará despachando la ejecución, o negando la misma. Si la solicitud es rechazada, el solicitante podrá interponer recurso de apelación⁷².

⁶⁸ Vid. art. 572 CPCM. También podría darse el caso de que el solicitante ya haya identificado bienes a embargar, por lo que podría proveer al juez de la documentación que demuestre la titularidad de esos bienes.

⁶⁹ Art. 553 CPrCM: “La pretensión de ejecución prescribe a los dos años de haber quedado firme la sentencia o resolución, del acuerdo y transacción judicial aprobados y homologados, o del laudo arbitral cuyo cumplimiento se pretenda. También hay que hacer notar que el legislador salvadoreño se decantó por la figura de la prescripción y no por la caducidad. En España en cambio, el art. 518 de la LEC habla de caducidad, lo cual ha generado algunas críticas por los distintos efectos que genera la caducidad en comparación con la prescripción. Vid. por ejemplo FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M.A., op. cit., pp. 2489 y ss.

⁷⁰ El plazo establecido nos parece muy corto, sobre todo comparado con el resto de los plazos de prescripción que se establecen en el juicio ejecutivo. Pero más problemático que eso, es el momento a partir del cual se debe computar el plazo, pues bien podrían presentarse casos en los que el laudo condena al pago de prestaciones periódicas, que tales prestaciones comiencen a cumplirse voluntariamente, y que no sea sino hasta dos años después que el condenado al pago comience a incumplir. Si el plazo comienza desde la firmeza del laudo, o desde que ha sido homologado, una interpretación ortodoxa de la norma llevaría al absurdo de que el vencido ya no podría exigir el cumplimiento del mismo. Esta misma crítica ya ha sido formulada en la legislación española. Vid. BARONA VILAR, S. y otros, *El Proceso...*, cit., Vol. VI, pp. 4367 y ss.

⁷¹ Art. 564 CPCM: “Será parte legítima en la ejecución forzosa el que la pide y también aquél contra el que se ordena, que habrá de ser el que figure en el título como obligado al cumplimiento. “Es interesante que el legislador no habla simplemente de ejecutante y ejecutado, sino que prefiero decir que serán parte “el que pide” y “contra quien se ordena”, advirtiendo que la parte contra quien se ordena debe ser la misma que aparezca como obligado en la sentencia o laudo. Lo mismo acontece en España, donde se ha dicho que sólo pueden ser parte los que figuren en el título como acreedor y deudor. Vid sobre ese particular, TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, J.M. y otros, op. cit., pp. 361 y ss.; FERNÁNDEZ BALLESTEROS, Miguel Angel, en AAVV, *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo II, ed. Iurgium, Barcelona, 2001, pp. 2593 y ss.

⁷² Todo esto aparece consignado en los arts. 570, 571, 574 y 575 CPrCM. En cuanto a la apelación a la que se alude, hay que tomar en cuenta que el recurso sólo podrá entenderse con el acreedor, pues hasta este momento el ejecutado no ha sido escuchado. Vid. TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, J.M. y otros, op. cit., p. 460.

Asumiendo que el juez despacha la ejecución, éste continuará de manera oficiosa el procedimiento; y es entonces cuando el ejecutado deberá ser notificado de la ejecución⁷³. El legislador aclara que se trata de una mera notificación y no de una citación o emplazamiento, pero a la vez hace notar que en lo sucesivo, todas las actuaciones deberán serle notificadas.

La notificación que se le hace al deudor genera un doble efecto. Por una parte le permite apersonarse en el procedimiento de ejecución, plantear objeciones e interponer recursos; y por otra parte, significa la existencia de una orden judicial para que no pueda disponer de sus bienes, limitarlos o gravarlos sin previa autorización judicial. Sin perjuicio de la responsabilidad civil o delictual que pueda generarse desde entonces, todo acto de disposición que realice el ejecutado con sus bienes, será nulo⁷⁴.

Según los arts. 579 y siguientes del CPCM, el ejecutado puede oponerse por escrito a la ejecución. El código establece como primer requisito, que el ejecutado se apersone al procedimiento a más tardar cinco días después de haber sido notificado del mismo. Si el ejecutado cumple con este término, podrá formular oposición en los siguientes casos: falta de calidad o de representación del ejecutante⁷⁵, falta de requisitos legales en el título⁷⁶, pago de la obligación que se reclama, prescripción, existencia de transacción entre las partes, y falta de competencia⁷⁷.

El juez tiene que resolver la oposición sin suspender la ejecución de sus actuaciones, para lo cual tendrá que celebrar audiencia oral entre las partes⁷⁸. En esa audiencia el juez primero resolverá sobre las oposiciones de forma, y sólo si declara estas improcedentes, o si son subsanadas por el solicitante, pasará a analizar las oposiciones de fondo. Las partes en esa audiencia, tendrán la oportunidad de hacer valer los medios de prueba que consideren apropiados.

Si el juez estima pertinentes los motivos de oposición alegados por el ejecutado, así lo resolverá, y revocará cualesquiera medida de ejecución que se hubiere ordenado a esa fecha. El solicitante puede apelar de esta resolución y rendir garantía suficiente para que se mantengan las medidas ejecutivas. El juez analizará en cada caso si ameritan mantenerse estas medidas.

Por otra parte, desde la perspectiva del ejecutante, deberá seguir teniendo en cuenta el privilegio de inembargabilidad que la ley concede a ciertos bienes⁷⁹; y también deberá seguir teniendo en cuenta las particularidades que en el siguiente apartado apuntamos cuando la ejecución se intenta contra el Estado o sus instituciones.

⁷³ Si el ejecutado tiene domicilio conocido, esta notificación no debería representar problema alguno, sobre todo si se toma en cuenta que el CPCM, en los art. 169 a 180, establece mecanismos mucho más flexibles y expeditos de notificación. Pero si el ejecutado no tiene domicilio o residencia conocido, o en su caso debe ser notificado fuera del territorio salvadoreño, comienzan a aparecer los potenciales inconvenientes y dilaciones; habrá siempre que acudir a la figura del exhorto internacional o comisión rogatoria.

⁷⁴ Lo cual se desprende de los arts. 576, 577 y 578 CPCM.

⁷⁵ La falta de calidad ocurriría en aquellos casos en que el ejecutante no sea quien aparece como acreedor o beneficiario en el laudo. La falta de representación evidentemente alude a una situación diferente, como cuando el procurador actúa sin facultades suficientes. Vid. GONZALES SORIA Julio, "Carácter Extranjero del Laudo. Normas Aplicables", en AA.VV., Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje, 60/2003 de 23 de diciembre, GONZALEZ SORIA Julio (Coord.), Vicente, ed. Aranzadi, Navarra, 2004, pp. 545.

⁷⁶ Tratándose de un laudo extranjero que ya ha sido reconocido por la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, cuesta imaginarse cuál podría ser un caso donde falten requisitos legales al título que se ejecuta. A lo sumo podríamos pensar en algún vicio o error de forma, como la falta de una firma o sello, en la resolución de exequátur emitida por la Sala de lo Civil de la Corte.

⁷⁷ Sobre las razones por las cuales puede existir oposición a la ejecución en España, vid. FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M.A., op. cit., Tomo III, pp. 2691 y ss.

⁷⁸ Se parte de una equiparación total del laudo homologado con una sentencia judicial, por lo que la fuerza ejecutiva del laudo, impide que la mera oposición sea causa suficiente para suspender la ejecución; vid. al respecto TORIBIOS FUENTES, F., "De la Ejecución...", cit., p. 724.

⁷⁹ Los que a partir de la vigencia de la nueva normativa están comprendidos en el art. 621 CPCM. En términos generales, no existen diferencias de criterio importantes en relación a los bienes a los cuales se les concedía este privilegio durante la vigencia del CPrc; el criterio sigue siendo – como lo ha reconocido la doctrina – declarar inembargables aquellos bienes que satisfacen las necesidades más básicas del deudor, de manera tal que la ejecución no implique destruir su existencia económica. Vid. al respecto FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M.A., op. cit., Tomo III, pp., 2915 y ss.

Pero si lo que se intenta es el embargo de una empresa, el solicitante no debe perder de vista que de conformidad a nuestra legislación mercantil, no es posible el embargo aislado de los elementos de la empresa, sino que tiene que embargarse ésta en su conjunto y designar un interventor con cargo a la caja. Buena noticia es que en la actualidad, el solicitante ya no tendrá que lidiar con la indefinición que hasta hace poco existía sobre el rol de los interventores con cargo a la caja. El art. 633 CPCM se encarga de listar cuáles son las facultades que tendrá el interventor.

En donde también se muestra un avance significativo y plausible, es en las alternativas de ejecución abordadas por el legislador. Ahora sí se abordan de manera bastante detallada las alternativas que existen según se trate de ejecutar una obligación de dar cantidades líquidas, dar bienes distintos del dinero, hacer o no hacer una cosa determinada. Por la naturaleza de nuestra investigación no podemos detenernos a profundizar en estos detalles, por lo que tendremos que conformarnos con destacar las novedades más importantes

En cuanto a las obligaciones líquidas, quizá lo más relevante es que el CPCM facilita la búsqueda de bienes del ejecutado a través de las medidas de localización e investigación⁸⁰. Dentro del proceso de ejecución, el juez puede requerir al deudor que declare bajo juramento cuáles son sus bienes, previniéndole que de no hacerlo, se estará incumpliendo una orden judicial. A la vez, y por el hecho de que a partir del despacho de la ejecución el proceso se vuelve oficioso, el juez tiene facultades para investigar por su cuenta, requiriendo información del deudor a instituciones públicas o financieras, que a su vez están obligadas a colaborar⁸¹.

También es de destacar, que el remate en pública subasta de los bienes embargados, deja de ser la única opción del solicitante. El CPCM prevé la posibilidad de pactar convenios de realización de los bienes⁸², o de autorizar al mismo ejecutado para que los realice, o de hacerlo a través de terceros. Por lo demás, el CPCM regula con más detalle el proceso de subasta de los bienes, así como normas especiales en el caso de bienes inmuebles.

En relación a las obligaciones de dar, el CPCM. acude a la distinción entre cosas genéricas y cosas determinadas pero la verdad es que en el fondo la solución es la misma. El solicitante puede insistir en que se instituya a su favor la posesión de las cosas genéricas o de la cosa determinada, para lo cual se podrá emplear cualquier medio que resulte oportuno, incluyendo la transferencia a nivel de registros públicos, sin intervención del ejecutado. Sólo si esto no es posible, por imposibilidades físicas o jurídicas, el solicitante puede requerir el pago de los daños y perjuicios irrogados por el incumplimiento⁸³.

Si el laudo que se intenta ejecutar impone una obligación de hacer, habrá que considerar tres distintos supuestos; todos regulados por el nuevo código: obligaciones no personalísimas, obligaciones personalísimas y obligaciones de ejecutar un acto jurídico o declaración de voluntad. En ese último supuesto de los actos jurídicos, la solución del CPCM es fundamentalmente la misma que ya establecía el CPrC; el juez podrá llegar hasta el punto de suscribir el acto jurídico que el ejecutado se niega a realizar cuando los elementos

⁸⁰ Avance muy significativo a favor del acreedor pues es sabido que uno de los principales inconvenientes a la hora de querer embargar bienes, es que el deudor los oculta.

⁸¹ Así se establece en los arts. 611 a 613 CPCM. Sobre este punto, la Comisión Ad-Hoc para el Estudio del Código Procesal Civil y Mercantil, creada en la Asamblea Legislativa de El Salvador, enfatizó como una de las novedades de este cuerpo normativo, “el determinar el patrimonio del ejecutado recurriendo a la declaración del mismo, con la amenaza que de no colaborar, se le iniciará proceso penal.” Vid. el Dictamen No. 1, favorable, del expediente No. 582-1-2007-1 de la Comisión Ad-Hoc para el Estudio del Código Procesal Civil y Mercantil de la Asamblea Legislativa, de fecha 29 de agosto de 2008.

⁸² Vid sobre los convenios de realización de bienes en la legislación española, BARONA VILAR, S., *El Proceso...*, cit., Vol. VII, pp. 5412 y ss.; HOYA COROMINA, J., en AAVV., *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo III, ed. Iurgium, Barcelona, 2001, pp. 2995 y ss.

⁸³ Sobre la ejecución de obligaciones de dar no dinerarias, vid. Arts. 692 a 695 CPCM. Tenemos que decir que la solución prevista por el CPCM está más que justificada, puesto que el acreedor tiene todo el derecho a exigir que la sentencia o laudo se ejecute en los términos específicamente contenidos en el mismo; y sólo si eso no es posible, puede entrarse a considerar la transformación del cumplimiento de la obligación.

esenciales del acto jurídico estén bien determinados; caso contrario se ordenará la indemnización de daños y perjuicios⁸⁴.

Para las obligaciones de hacer que no sean personalísimas, el CPCM establece un procedimiento de ejecución bastante claro. Se concederá un plazo de no más de 15 días al ejecutado para que cumpla, los cuales serán fijados discrecionalmente por el juez⁸⁵. Transcurrido ese plazo, el solicitante podrá insistir en el cumplimiento de la obligación, encargándola a un tercero a costa del ejecutado, o solicitando que el costo se compute como daños y perjuicios. Si el solicitante insiste en esto, el juez tendrá que valorar el costo involucrado y podrá decretar embargo en bienes del ejecutado hasta el valor que se determine. Si el solicitante ya no quiere el cumplimiento in natura de la obligación, podrá pedir que se le resarzan los daños y perjuicios⁸⁶.

Para las obligaciones de hacer que sí sean personalísimas, el procedimiento varía en relación a lo que antes disponía el CPrC. Luego de transcurrido el plazo fijado por el juez, de no más de quince días, el solicitante podrá pedir el equivalente en dinero, incluyendo los daños y perjuicios irrogados. Si esto es así, se procederá a cuantificar el incumplimiento y luego se procederá como si se tratara de ejecución de deudas líquidas. En ese mismo caso, y de manera adicional, el juez podrá imponer al ejecutado una multa única, hasta por la mitad del valor asignado al incumplimiento⁸⁷.

Si el solicitante quiere insistir en el cumplimiento in natura el juez puede imponer al ejecutado una multa por cada mes de incumplimiento. La multa equivaldrá a un máximo de veinte por ciento del valor de la obligación incumplida y se pagará por un plazo que no exceda de doce meses. Si transcurre ese plazo sin que el deudor cumpla, el juez podrá ordenar la entrega del dinero a satisfacción del ejecutante.

Pasando a las obligaciones de no hacer, el juez puede ordenar que se deshaga lo hecho, advirtiendo que no se vuelve a realizar la actividad prohibida. Esto sin perjuicio de los daños y perjuicios que pueden ocaionarse al solicitante, los cuales puede pedir su reparación. Si el acto ejecutado no puede deshacerse, deberán indemnizarse los daños y perjuicios⁸⁸.

Muchísima importancia tiene, el hecho de que en cualquiera de las alternativas de ejecución, el legislador ha previsto que si falla el cumplimiento in natura, el solicitante siempre podrá requerir indemnización de daños y perjuicios. En la nueva normativa queda claro que la cuantificación de esos daños y perjuicios, no tendrá por qué ser objeto de un proceso distinto al de ejecución. Lo que los arts. 696 y siguientes CPCM señalan, es que será dentro de las mismas diligencias de ejecución forzosa, que se liquidarán estos daños.

Finalizamos destacando que bajo el régimen que dio inicio a partir de la vigencia del CPCM, ya no habrá discusión sobre la posibilidad que tiene el juez de ejecutar laudos extranjeros, no obstante la existencia de recursos o acciones pendientes en la sede. En el inciso 2º del art. 592 CPrCM, queda confirmada la habilitación conferida al juez de la ejecución, para ejecutar de manera provisional un laudo arbitral⁸⁹.

⁸⁴ Ver arts. 686 y 687 CPCM.

⁸⁵ Se ha señalado que la resolución por la que se despacha ejecución de una obligación de hacer debe contener una orden o requerimiento dirigida al ejecutado para que proceda a cumplir fielmente su obligación, una plazo imperativo dentro de que el ejecutado debe cumplir, y un apercibimiento donde se indique que de no cumpliré, podrán adoptarse los demás mecanismos que indica la ley. Vid. BARONA VILAR, S. y otros, *El Proceso...*cit, Vol. VII, pp. 5844 y ss.

⁸⁶ Vid. arts. 675 a 679 CPCM

⁸⁷ Vid. arts. 680 a 685 CPCM.

⁸⁸ Vid. arts. 688 a 691 CPCM. Obviamente a esto deberán añadirse las repercusiones de tipo penal que pueden existir.

⁸⁹ El inciso 2º del art. 592 CPCM dice: "Las sentencias extranjeras que no hubieren alcanzado firmeza se podrán ejecutar provisionalmente cuando así lo disponga el tratado internacional aplicable al caso." Aun tomando en cuenta las diferencias terminológicas a las que nos hemos referido al hablar de la firmeza y obligatoriedad de los laudos, nos parece evidente que esta disposición está en franca sintonía con lo dispuesto por el art. VI de la Convención de Nueva York.

Si como consecuencia de las acciones o recursos promovidos en la sede, el laudo llega a resultar anulado o revocado, el art. 602 dice que el juez de la ejecución, no sólo pondrá fin a los actos de ejecución, si no que podrá adoptar todas las medidas que sean necesarias para que vuelvan las cosas a su estado anterior⁹⁰. El avance en este punto es notable.

⁹⁰ En el entendido que la ejecución no se paralizó, el juez debe buscar todos los mecanismos necesarios para que se restituya al ejecutado lo percibido. Vid. TORIBIOS FUENTES, F., “Suspensión...” cit., pp. 736 y ss. Sobre esto mismo, vid. MONTERO AROCA, Juán y otros, *El Nuevo Proceso Civil. Ley 1/2000, Tirant lo Blanch*, 2^a ed., Valencia, 2001, pp. 710 y ss., quienes explican que en el caso de condenas dinerarias, se puede devolver el dinero, reintegrar las costas de la ejecución y resarcir los daños y perjuicios ocasionados; en el caso de condenas no dinerarias se puede restituir el bien más las rentas, frutos o productos, o en su caso, pedir la indemnización de daños y perjuicios si el bien no puede restituirse; cuando sean obligaciones de hacer se puede pedir que se deshaga lo hecho y se indemnice; y finalmente cuando sean obligaciones de no hacer, todo se limitaría a la consiguiente indemnización de daños si el condenado ha realizado la acción prohibida.

**Reunión de Alto Nivel sobre Arbitraje Comercial Internacional:
El Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros
- Miami, Florida 21 y 22 de enero de 2013-**

**EL ACUERDO ARBITRAL Y SUS EFECTOS EN EL RECONOCIMIENTO O
EJECUCIÓN DE SENTENCIAS Y LAUDOS ARBITRALES EXTRANJEROS**

Autora: Verónica Sandler Obregón (*)

(*) Profesora de Derecho de los Negocios Internacionales y Sociedades Comerciales en la Universidad Argentina de la Empresa (UADE), Entrenadora Académica designada por la Universidad de Buenos Aires y UADE en la preparación de alumnos en moot court competitions sobre arbitraje comercial y de inversión en que estos equipos fueron premiados, Directora de Bellavision Entertainment, socia fundadora del estudio Sandler & Asoc., y miembro de Arbitral Women Organization.

RESUMEN EJECUTIVO

Este trabajo explora en su primera parte los requisitos históricos y presentes del acuerdo arbitral, de su validez y nulidad, como así también el tratamiento de dicho acuerdo en los principales instrumentos internacionales al respecto. Procede a tratar los requisitos formales del acuerdo arbitral a nivel internacional de acuerdo a normas que rigen su validez en dicha esfera. La autora pasa luego a tratar la situación argentina en cuanto a las dificultades que presenta su régimen jurídico actual, prestando particular atención a los posibles progresos que podría representar en la materia el proyecto de reforma del código civil y comercial argentino, y sus efectos sobre el ordenamiento jurídico del país. En la segunda parte del trabajo, la autora trata los efectos que el acuerdo arbitral pudiera tener sobre la ejecución de sentencias o laudos arbitrales extranjeros o internacionales. En particular, habla de la relación entre el acuerdo arbitral y las causales de denegación de ejecución que pudieran esgrimirse en base a instrumentos internacionales, y en particular en base a la Convención de Nueva York. La autora concluye con algunas observaciones sobre las ventajas que un acuerdo arbitral válido y ejecutable conlleva en la ejecución de laudos y sentencias que fluyan de dicho acuerdo.

1. EL ACUERDO ARBITRAL

1.1. Noción y relevancia de la cláusula arbitral en el arbitraje comercial internacional.

El arbitraje, particularmente el arbitraje comercial internacional, a lo largo de la historia y en las distintas legislaciones ha demostrado una creciente evolución y progreso⁹¹, permitiendo que su aplicación y elección sea cada vez más segura y eficaz a nivel mundial⁹², no obstante los avatares judiciales y jurídicos a los que nos referiremos posteriormente.

⁹¹ Caivano, Roque J., *La cláusula arbitral–Evolución histórica y comparada*, Facultad de Jurisprudencia Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2008, p.20. No obstante ello, por cierto, las raíces históricas del arbitraje no demuestran un progreso lineal y constante, habiendo sufrido el arbitraje la interferencia de los tribunales “ordinarios”. Por ejemplo, los tribunales norteamericanos bajo el common law se rehusaban hasta comienzos del siglo pasado a ejecutar cláusulas de arbitraje. Home Ins. Co. Morse, 87 U.S. 445, 1874, pp.457-58; Jones, Sabra A., *Developments in Commercial Arbitration*, 21 Minn. L. Rev., 1927, 240; Wolaver, Earl S., *The Historical Background of Commercial Arbitration*, 83 U. Pa. L. Rev., 1934, 132. La misma actitud hostil era evidente en el Reino Unido y en Francia aun a fin del siglo XIX, aunque la situación en Alemania era por cierto diferente. Born, Gary B., *International Commercial Arbitration* (en adelante “Born”), Kluwer, 2009, p.49; De Boisséson, M., *Le droit français de l'arbitrage. Interne et international*, Paris, 2a ed. 1990, 998-12. El cambio de actitud judicial aun en los Estados Unidos se plasmó a raíz de los esfuerzos de comerciantes del estado de Nueva York, quienes en 1920 lograron que ese estado adoptara una ley de arbitraje que por primera vez obligaba a los tribunales a reconocer la validez de acuerdos de arbitraje: *Kulukundis Shipping Co. v. Amtorg Trading Corp.*, 2d. Cir. 1942, 126 F.2d 978 (resumiendo la actitud histórica de los tribunales norteamericanos con respecto a los acuerdos arbitrales). Eventualmente, el congreso (federal) adoptó el Federal Arbitration Act, la ley norteamericana de arbitraje, en 1925, que establece la obligatoriedad del reconocimiento de los acuerdos arbitrales, y aun así después de su adopción, los tribunales norteamericanos continuaron con una oposición cultural al arbitraje que vemos replicada hoy en muchas jurisdicciones en la América Latina y en otras latitudes también. Este proceso en los EE.UU. al comienzo del siglo XX se extiende también a similares procesos a favor del arbitraje en Europa, también motivados por motivos de necesidad comercial. En ese contexto, cabe mencionar el Tratado de Montevideo de 1889, el Protocolo de Ginebra de 1923 (que, como observamos más abajo, se reconoce como la raíz de la convención de Nueva York y la ley modelo UNICTRAL), y la Convención de Ginebra de 1927. Mezger, Ernst, *Zur Auslegung und Bewertung der Genfer Schiedsabkommen von 1923 und 1927*, Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht, 1959, p.222.⁸⁹ El inciso 2º del art. 592 CPCM dice: “Las sentencias extranjeras que no hubieren alcanzado firmeza se podrán ejecutar provisionalmente cuando así lo disponga el tratado internacional aplicable al caso.” Aun tomando en cuenta las diferencias terminológicas a las que nos hemos referido al hablar de la firmeza y obligatoriedad de los laudos, nos parece evidente que esta disposición está en franca sintonía con lo dispuesto por el art. VI de la Convención de Nueva York.

⁹² Un estudio citado por la Cámara de Comercio Internacional sostiene que: “Businesses choose arbitration over litigation because of its neutrality, finality, enforceability, procedural flexibility, and the ability to choose the arbitrators. A survey undertaken by Queen Mary University Law School in London and first published in 2006 concluded that, for the resolution of cross-border disputes, 73% of respondents prefer to use international arbitration, either alone (29%) or in combination with Alternative Dispute Resolution (ADR) mechanisms in a multi-tiered dispute resolution process (44%), and that the top reasons for choosing international arbitration are flexibility of procedure, the enforceability of awards, the privacy afforded by the process and the ability of parties to select the arbitrators.” Fuente: <http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/arbitration/>; Fecha de captura: 14 de enero de 2013. Hay, por supuesto, esferas especializadas de aplicación - por ejemplo en el arbitraje marítimo y el de ciertas industrias especializadas, como el seguro - en las que el arbitraje tiene historia milenaria y donde este constituye casi el exclusivo mecanismo habitual para la resolución de controversias: Marrella, F., *Unity and Diversity in International Arbitration: The Case of Maritime Arbitration*, American University International Law Review 20, No. 5, 2005, pp.1055-1100.

Ahora bien, esta eficacia y esta seguridad no podrían haberse logrado sino se hubiera partido de una estructura sólida, que está fundada en el acuerdo arbitral, siendo la piedra basal del arbitraje⁹³. Este acuerdo condiciona el rumbo, desarrollo y éxito del arbitraje.

Dicho de otra manera, el acuerdo arbitral es fuente fundamental de la jurisdicción arbitral,⁹⁴ ya que por medio de su implementación se brinda a las partes la posibilidad de resolver sus diferencias por un método de solución privada de controversias, basado en el consentimiento de ambas, excluyendo de ese modo la intervención de los tribunales estatales.⁹⁵ Es decir que el acuerdo arbitral es la medula de cualquier arbitraje, toda vez que sin esta convención privada no operaría la delegación de jurisdicción a favor de un adjudicador privado, y las partes se verían forzadas a acudir a los órganos judiciales competentes, si los hubiere, para resolver su controversia.

En definitiva, es el acuerdo arbitral el que abre las puertas al arbitraje,⁹⁶ permitiendo su progreso, perfeccionamiento y aplicación, motivos que lo convierten en la figura jurídica fundamental para la aplicación del arbitraje comercial internacional.⁹⁷

Es decir, el arbitraje, al ser una justicia privada, tiene como presupuesto esencial que las partes acuerden que las controversias que se susciten entre ellas o que se hayan suscitado, sean resueltas a través de arbitraje, por medio de la autonomía de la voluntad expresada en un acuerdo arbitral.⁹⁸ Tan elemental como esta expresión de voluntad plasmada en un acuerdo es, para la vida del arbitraje, la forma en que en los instrumentos legales se regula la validez formal y material de este acuerdo, ya que de ello depende la eficacia del arbitraje. El punto central de esta cuestión radica en que esas disposiciones legales permitan a las partes iniciar sin mayores trabas el arbitraje, y que contemplen la posibilidad de ejecutar la cláusula arbitral que somete un litigio futuro a arbitraje, con apoyo efectivo del tribunal con potestad de obligar a aquel partícipe que no quisiera ajustarse a las obligaciones establecidas por el acuerdo arbitral a hacerlo efectivamente.

1.2. Reseña sobre conceptos históricos análogos: la situación actual

Con relación a las modalidades de este acuerdo arbitral, las leyes e instrumentos jurídicos relevantes han utilizado los distintos conceptos de “acuerdo arbitral”, “cláusula compromisoria” y “compromiso arbitral” para hacer referencia a la forma en que debía plasmarse el consentimiento de las partes necesariamente válido para desplegar los efectos de este acuerdo y delegar la jurisdicción de los jueces naturales a árbitros privados.

⁹³ Marzorati, Osvaldo, *Los límites del acuerdo arbitral*, La Ley 2010-B-946, 17 de marzo de 2010, p.1; United States Steelworkers of America v. Warrior and Gulf Navigation Co., 363 U.S. 574, 1960, 582 (“arbitration is a matter of contract and a party cannot be required to submit to arbitration any dispute which he has not agreed to so submit”).

⁹⁴ Kleinheisterkampf, Jan, *International Commercial Arbitration in Latin America*, Oceana, 2005, pp.225-226.

⁹⁵ “The content of an arbitration agreement can have an enormous impact upon the rights of contracting parties. First, an agreement to arbitrate eliminates the parties’ right to have recourse to courts. Parties thereby forego the protection of judicial procedures” Carboneau, Thomas E., *The exercise of contract freedom in the making of arbitration agreement*, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 36, Vol. 4, 2003, p.1189 y ss.

⁹⁶ “The fact that the basis of arbitration is contractual is not disputed: an arbitrator’s power to resolve a dispute is founded upon the common intention of the parties to that dispute.” Gaillard, E. and Savage J. (eds.), Fouchard, *Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999, Part 1, Section I, #44. Queda también más allá del alcance de este trabajo un tratamiento de la llamada “doctrina de separabilidad” o de “Kompetenz-Kompetenz”, una ficción jurídica que “separa” la cláusula arbitral del contrato comercial en el que dicha cláusula queda típicamente inserta. Se dice, entonces, que la cláusula arbitral es “separable” del contrato comercial subyacente, de modo de asegurar que la determinación de su validez es independiente de las impugnaciones que pudieran llevarse contra la validez o carácter vinculatorio del contrato en su totalidad o aun sus aspectos comerciales. Petrus, Herrera, *Spanish Perspectives on the Doctrine of Kompetenz-Kompetenz and Separability: A Comparative Analysis of Spain’s 1988 Arbitration Act*, 2000, 11 Am. Rev. Int’l Arb. 397; Born, pp.852-907.

⁹⁷ “The contract between the parties is the fundamental consent of international arbitration. It is the parties’ common intention which confers powers upon the arbitrators”. Gaillard, E. and Savage J. (eds.), Fouchard, *Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999, Part 1, Section I, #46.

⁹⁸ Fernández Arroyo, Diego P. (coordinador), *Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur: Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay*, Editorial Zavalía, 2003, p.213.

Desde las sociedades primitivas⁹⁹ a la actualidad, el arbitraje ha ido evolucionando, al igual que los conceptos involucrados en la institución. Comparativamente, hasta hace no mucho tiempo y en ciertas jurisdicciones, no se reconocía eficacia al “acuerdo arbitral” si no era complementado luego por un nuevo acuerdo de voluntades *ex post facto* al surgimiento de la controversia (“compromiso arbitral”), elementos que, de mantenerse en la práctica actual, reducirían significativamente la utilidad del proceso arbitral al dejarlo entonces al arbitrio de partes que, una vez surgida la controversia, podrían tener motivaciones menos propensas a someterse al proceso, y tendientes más a dificultar la resolución de la controversia que a facilitarla.¹⁰⁰

El concepto de “cláusula compromisoria” se corresponde a acontecimientos futuros previstos desde un momento anterior a toda controversia, y es el pacto mediante el cual las partes acuerdan expresamente que los conflictos que puedan suscitarse en el futuro entre ellas van a ser resueltos mediante arbitraje. Bajo las reglas habituales hasta hace algunas décadas –vigentes todavía en algunas jurisdicciones, como Argentina¹⁰¹– luego de surgida una controversia la parte interesada deberá acudir a la vía judicial para exigir el otorgamiento del “compromiso arbitral”, o fundar en la existencia de la “cláusula” la excepción de incompetencia de jurisdicción si la otra parte acudiera directamente a la instancia judicial como mecanismo reclamatorio.¹⁰² En esta tesitura, el “compromiso arbitral” sería la confirmación y complementación de la “cláusula compromisoria”. A todas luces, un proceso de dudosa efectividad para aplicar el aparato arbitral a una controversia regida por dichas complejas normas que requieren para su (escasa) efectividad de la casi inevitable participación preliminar del aparato judicial.

Actualmente se ha logrado a través del desarrollo del arbitraje consagrar al “acuerdo arbitral” con carácter autosuficiente, no siendo necesario, conforme la redacción de la mayoría de los instrumentos actuales,¹⁰³ complementarlo con un requisito adicional (el “compromiso arbitral”), lo que le permite adquirir plena eficacia y carácter definitivo independientemente del momento en que se celebra, ya que, como observáramos, todo acuerdo arbitral que debiera perfeccionarse después de que surja la controversia carece en la mayoría de los casos de utilidad práctica.

Podemos concluir entonces, que el acuerdo arbitral es suficiente, en la normativa jurídica moderna, para poner en funcionamiento el proceso arbitral, y que en pro del desarrollo del arbitraje, el “acuerdo arbitral” debe ser considerado una denominación comprensiva de las dos modalidades a través de las cuales históricamente se pudo pactar el arbitraje (“cláusula compromisoria” y “compromiso arbitral”)¹⁰⁴ sorteando de esa manera los inconvenientes que generaban las anteriores modalidades en la práctica arbitral, y evitando recurrir habitualmente al poder judicial por medio de la excepción de incompetencia del tribunal arbitral.¹⁰⁵

⁹⁹ Rivera Neutze, A. Guillermo y Gordillo Rodríguez, R. Armando, *Curso práctico de arbitraje comercial internacional*, Editorial Edifolsa, Guatemala, 2001, p.3 y ss.

¹⁰⁰ Caivano, Roque J., *La cláusula arbitral – Evolución histórica y comparada*, Facultad de Jurisprudencia Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2008, p.23. Estas dificultades, como se observa más arriba, no se limitaban sólo a los sistemas continentales, ya que eran parte de la actitud negativa del common law hasta hace no muchas décadas. Sayre, Paul, *Development of Commercial Arbitration Law*, 37 Yale L. J., 1927, 595.

¹⁰¹ Ver §1.3.3.1 *infra* para una discusión más acabada de este requisito en la legislación argentina.

¹⁰² Zaldivar, Enrique, *Arbitraje, La Ley 1997-D*, p.1049.

¹⁰³ Por ejemplo: *Protocolo de Ginebra de 1923*, *Convenciones de Nueva York de 1958 y Panamá 1975 (CIDIP I)*, *Ley modelo de UNCITRAL*, *Ley de Arbitraje y Conciliación de Bolivia No. 1.770*, *Ley sobre Arbitraje Comercial internacional de Chile No. 19.971*, *Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje de El Salvador*, *Decreto legislativo No. 914*, *Ley de Arbitraje de Perú No. 25.935*, entre otros. La problemática histórica en ese sentido en la América Latina y otras jurisdicciones está ampliamente cubierta y queda más allá de este trabajo. Grigera Naón, H., *Arbitration in Latin America: Overcoming Traditional Hostility*, 5 Arb. Int'l 137, 1989, pp.141-143; Burghetto, María Beatriz, *Current Status of Arbitration Legislation in Argentina*, 21 J. Int'l Arb. 479, 2004.

¹⁰⁴ “These two traditional types of arbitration agreement have now been joined by a third. This is an ‘agreement to arbitrate’ which is deemed to arise under international instruments”, Blackaby, Nigel, Partasides, Constantine, Redfern, Alan and Hunter, Martin, *Redfern and Hunter on International Arbitration, Investment Claims*, 2009, IC-MN 011, DOI: 10.1093/law/iic/9780199557189.001.1, #1.40.

¹⁰⁵ Ver interpretación de la cláusula compromisoria como “ley para las partes” y su alcance en el caso *Bear Service S.A. c. Cervecería Modelo S.A. de C.V.*, Corte Suprema de la Justicia de la Nación Argentina, 5 de abril de 2005. La tendencia moderna claramente nos muestra una presunción pro-arbitraje, la que efectivamente tiende a hacer desaparecer las dificultades formales y de otra naturaleza que todavía se manifiestan en ciertas jurisdicciones en cuanto al reconocimiento y ejecución de los acuerdos arbitrales. Born, p.572 (“...the clear and decisive trend over the past several decades has been away from these sorts of [contractual and formalistic] exceptions [to the validity of arbitration clauses] and towards the effective, efficient enforcement of arbitration agreements”).

1.3. Requisitos del Acuerdo Arbitral

El acuerdo arbitral genera obligaciones y derechos a cargo de las partes, algo propio al objeto de cualquier contrato.¹⁰⁶ Esto implica que el acuerdo arbitral debe cumplir con requisitos de existencia y validez establecidos por las condiciones específicas de cada legislación a ser aplicada.

Como primer y básico requisito del acuerdo arbitral, como en todo acuerdo, encontramos el consentimiento libre de las partes. Es decir que para que un acuerdo arbitral sea válido y ejecutable, debe en primer lugar “ser el resultado de un acuerdo de voluntades común que claramente disponga el sometimiento al arbitraje”,¹⁰⁷ sin que este consentimiento esté afectado o viciado, y sujeto a que estemos en presencia de una verdadera voluntad. Adicionalmente, podemos mencionar entre otros requisitos básicos (i) la capacidad legal de las partes para otorgar el acto,¹⁰⁸ (ii) que las controversias a las que se refiere este acuerdo sean sobre materias arbitrables, es decir que el conflicto pueda ser sometido a una jurisdicción privada,¹⁰⁹ y (iii) que el acuerdo se refiera a una relación jurídica concreta, contractual o no, pero expresada en términos que no sean tan ambiguos o genéricos que no permitan delimitar el alcance del mismo.

Existen también requisitos en cuanto a la forma y la ley aplicable a este acuerdo, que serán tratados con mayor detalle infra en estas páginas.¹¹⁰

En conclusión, para que un acuerdo arbitral sea válido, pleno y ejecutable debe surgir de un acuerdo de voluntades, celebrado entre partes capaces legalmente, referido a materias arbitrables y a una relación jurídica determinada, cumpliéndose además – como veremos – los requisitos de forma exigidos en particular.

1.3.1. Validez o nulidad del Acuerdo Arbitral

Con respecto a este tema, es importante remarcar que la validez sustancial o nulidad del acuerdo deben ser juzgadas conforme el derecho que sea aplicable a aquél, es decir, sujeto a la ley elegida por las partes, y en su defecto a la ley de la sede del tribunal arbitral.¹¹¹ Todas las cuestiones referidas a la validez del acuerdo arbitral o su nulidad que no están reguladas por normas materiales de la Convención de Nueva

¹⁰⁶ Aguilar, Fernando, *Los efectos de la cláusula arbitral y su interpretación*, pp.201-208 en Soto Coaguila, Carlos, *El Arbitraje en el Perú y el Mundo*, Instituto Peruano de Arbitraje y Ediciones Magna, 2008.

¹⁰⁷ Caivano, Roque J., *La cláusula arbitral – Evolución histórica y comparada*, Facultad de Jurisprudencia Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2008, p.28. Precisamente cuáles son los requisitos probatorios de dicho consentimiento y en nivel de prueba necesaria para establecer la existencia de un acuerdo arbitral queda más allá de la esfera de este trabajo. Observemos sólo que se puede distinguir aquellos tribunales que requieren prueba clara o manifiesta de su existencia (Lepera v. ITT Corp, 1997 WL 535165, E.D.Pa. 1997, Sentencia del 6 de octubre de 1998, Delta Cereales de España SL v. Barredo Hnos. SA, XXVI Y.B. Comm. Arb. 854, 2001, (Tribunal Supremo)), aquellos que son neutrales al respecto (Bridas SAPIC v. Turkmenistan, 5th Cir. 2003; 345 F.3d 347, 354 n.4, EEOC v. Waffle House, Inc., 534 U.S. 279, 2002, pp.291-292 (Corte Suprema de los EEUU)), y aquellos para los que la carga de la prueba es mínima (o reducida) en ese sentido (Republic of Nicaragua v. Standard Fruit Co., 9th Cir. 1991; 937 F.2d 469, 478).

¹⁰⁸ Es importante señalar que en algunas legislaciones propias al arbitraje se requiere expresamente de las partes capacidad para “disponer” o “transigir”, mientras que otras más genéricas se exige simplemente la capacidad de “contratar” o “de obligarse”.

¹⁰⁹ Generalmente se hace referencia en las legislaciones a “derechos patrimoniales disponibles”, utilizando conceptos de “transigibilidad” o “disponibilidad de los derechos” para definir cuando una materia es arbitrable. El tema también se relaciona íntimamente con los límites del “orden público” en cuanto a limitar en base a este qué controversias pueden someterse al arbitraje y en ciertas jurisdicciones, como los EEUU, con la problemática de si ciertos derechos constitucionales o de naturaleza “pública” pueden someterse a la justicia “privada”. E. Gaillard and J. Savage (eds.), *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, 1999, §§ 5-59; Lew, J., Mistelis, L. & Kroll, S., *Comparative International Commercial Arbitration*, 2003, §§ 9-35, Arfazadeh, H., *Ordre public et arbitrage international à l'épreuve de la mondialisation*, 2005, pp.79-110.

¹¹⁰ Ver §1.3.1. y §1.3.2.; Born pp.535-552 (requisitos formales bajo la Convención de Nueva York).

¹¹¹ Grigera Naón, Horacio A., *Ratificación por la Argentina de la Convención de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales y extranjeros*, La Ley 1989-C, 881, p.4.

York,¹¹² a salvo los pactos en contrario que las partes hayan celebrado, quedan sometidas –conforme al Art. V.1.a de la Convención de New York– a la ley del estado donde se dictó el laudo, es decir del país sede del arbitraje.

1.3.2. Tratamiento en principales instrumentos universales

La noción de acuerdo arbitral y sus alcances son tratados e interpretados por distintos instrumentos internacionales relativos a la materia. Cabe de antemano precisar que, en general, la mayoría de los instrumentos internacionales permite interpretar que el requisito del compromiso arbitral ha sido ya eliminado del repertorio legal relevante, reconociéndose la autosuficiencia del acuerdo arbitral en arbitrajes internacionales, lo que aceleró la reforma y adecuación de las legislaciones internas de la gran mayoría de los países firmantes.

- Protocolo relativo a las cláusulas de arbitraje en material comercial, Ginebra 1923

Como se observara al pie, el Protocolo de Ginebra fue una de las principales fuentes del desarrollo del arbitraje a nivel internacional e interno.¹¹³ Se lo considera el primer tratado internacional sobre arbitraje comercial internacional y, como observáramos anteriormente, una de las fuentes de los principales tratados modernos, y como objetivo primario busca asegurar el reconocimiento y la ejecución de las cláusulas y los compromisos de arbitraje en materia comercial o en cualquier otra materia susceptible de ser solucionada por vía de arbitraje, otorgando a las partes la facultad de regular por sí mismas el procedimiento arbitral.¹¹⁴

Asimismo, los Estados contratantes se comprometen, además, a facilitar los actos procesales que se deban realizar en su territorio, y a enviar ante los árbitros a las partes que acudan ante la jurisdicción nacional luego de haber previsto en el contrato una cláusula arbitral.

En la práctica, el Protocolo es de utilidad en las relaciones entre los pocos países que no se encuentren vinculados entre sí por la Convención de New York. La misma circunstancia se plantea con relación a la Convención de Ginebra de 1927 para la Ejecución de Fallos Arbitrales Extranjeros que tampoco tuvo aceptación en la región Iberoamericana y contenía notorias insuficiencias con relación, por ejemplo, a la exigencia de doble exequatur, mayores causales de rechazo de reconocimiento y ejecución, carga de la prueba en manos de quien solicita el reconocimiento y ejecución, etc. La Convención de Nueva York dejó sin efecto en la práctica tanto la Convención como el Protocolo de Ginebra.

- Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, Nueva York 1958

Uno de los instrumentos jurídicos más importantes sobre arbitraje comercial internacional es, sin duda alguna, la Convención de New York. Es difícil encontrar un convenio internacional en el área comercial que haya suscrito

¹¹² Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, Naciones Unidas, Nueva York, 1958 (en adelante, “Convención de Nueva York”). La distinción entre la anulación del laudo y su no ejecución en una jurisdicción extranjera continúa siendo motivo de debate y confusión. Este tema está más allá de este trabajo, pero será suficiente observar que las bases de anulación de un laudo arbitral en la jurisdicción donde se lauda no es tema que la Convención de Nueva York estipule. Minmetals Germany GmbH v. Ferco Steel Ltd, 1999, 1 All E.R. (Comm.) 315, pp.330-331. Este tema queda al alcance de las normas arbitrales en dicha jurisdicción. Craig, W. Laurence, *Some Trends and Developments in the Laws and Practice of International Commercial Arbitration*, 30 Tex. Int'l L.J. 1, 1995, p.11 (“The [New York] Convention provides no restraint whatsoever on the control function of local courts at the seat of arbitration”). No obstante ello, la tendencia actual es de reconocer en la Convención de Nueva York un efecto limitante implícito al poder de anulación que pudieran ejercer los tribunales del lugar del arbitraje, ya que de otra manera el requisito esencial en el Art. II de dicha Convención – de que se reconozcan obligatoriamente aquellos acuerdos por escrito que estipulen la obligación de arbitrar – dejaría de tener efecto práctico. Born, pp.2556-2560. Observemos que, a su vez, los “excesos” que se pudieran percibir en la potestad de los tribunales locales de anular laudos por motivos no reconocidos internacionalmente, han llevado a lo que se ha dado por llamar “el problema Chromalloy”, en función de un temprano fallo norteamericano al respecto, en las que tribunales extranjeros optan por dar efecto a laudos anulados en su jurisdicción de origen. Chromalloy Aerosservices v. Arab Republic of Egypt, 939 F Supp, D.D.C., 1996, 907, 909; Drahota, R. C., *Enforcing Vacated International Arbitration Awards: An Economic Approach*, 11 Am. R. Int'l Arb. 451, 2000.

¹¹³ Toda vez que muchos países en donde los tratados tienen jerarquía superior a las leyes, se aplicó el Protocolo sobre las disposiciones internas relativas a la materia al entrar en vigencia.

¹¹⁴ Redfern, Alan y Hunter, Martin, *Law and practice of international commercial arbitration*, Sweet & Maxwell, Londres, 2004, p.157 y ss.

tado más adhesiones a nivel mundial.¹¹⁵ Tal es su riqueza, que su contenido va más allá de su objeto específico y da tratamiento a la noción de acuerdo arbitral por medio de su Art. II:

“Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.”(Art. II.1)

Dentro del mismo espíritu, se establece que la expresión “acuerdo por escrito” denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes mediante canje de cartas o telegramas (Art. II.2) y que los tribunales nacionales deberán obligatoriamente (salvo si existieran causales de no reconocimiento) remitir a arbitraje toda controversia que esté sujeta a un acuerdo arbitral, salvo que el mismo sea nulo, ineficaz o inaplicable (Art. II.3).

Se trata, verdaderamente, de un instrumento que por su precisión y por su vigencia, a pesar de los años, demuestra la importancia de su aplicación en la práctica arbitral y en el crecimiento a nivel mundial del arbitraje. La Convención estableció por primera vez un régimen internacional coordinado con respecto a los acuerdos de arbitraje, los procedimientos arbitrales, y los laudos arbitrales.¹¹⁶

- La Convención Interamericana sobre arbitraje comercial internacional, Panamá 1975

Se ha considerado que fue el primer instrumento local que permitió el encuadramiento y aplicación del arbitraje comercial internacional en la región, debido a que a la fecha eran pocos los países de América Latina que habían ratificado la Convención de New York.¹¹⁷ Su existencia significó un paso significativo en la evolución del arbitraje en Latinoamérica, y su aprobación fue un factor en las reformas legislativas internas que se han aprobado en materia de arbitraje en distintos países latinoamericanos en los últimos años,¹¹⁸ más allá de que muchas veces su aplicación en la práctica ha generado conflictos en la interpretación de sus textos y efectivo empleo.

El tratamiento dado al acuerdo arbitral es similar al dado en la Convención de New York:

“Es válido el acuerdo de las partes en virtud del cual se obligan a someter a decisión arbitral las diferencias que pudieran surgir o hayan surgido entre ellas con relación a un negocio de carácter mercantil...” (Art. 1º)

Hoy no existen dudas de que la similitud del texto general entre ambas convenciones es oportuna y no desacertada. Salvo algunos rasgos distintivos entre ambas convenciones, y algunas imprecisiones de la Convención de

¹¹⁵ Virgós Soriano, Miguel, *Arbitraje Comercial Internacional y la Convención de Nueva York de 1958*, pp.483-502 en Soto Coaguila, Carlos A. (director), *Convención de Nueva York de 1958: Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras*, Instituto Peruano de Arbitraje y Ediciones Magna, 2009; Born, p.95 ([d]espite its brevity, the [New York] Convention is now widely regarded as the ‘cornerstone of current international commercial arbitration’). La Convención de Nueva York fue más allá del régimen del Protocolo de Ginebra y de la Convención de Ginebra, ya mencionados. Particularmente importantes fueron sus requisitos de que la carga de la prueba sobre la validez (o invalidez) del laudo recayese en aquella parte que quisiera objetar al reconocimiento de este (no en el que lo propusiera), en su respeto a la autonomía de la voluntad de las partes al contrato arbitral de establecer reglas arbitrales de común acuerdo, y por sobre todo la eliminación del “doble exequáutur”, el requisito de que un laudo antes de ser reconocido en el extranjero debía ser confirmado en la jurisdicción en la que se lo emitió. *Summary, Record of the Twenty Fifth Meeting of the United Nations Conference on International Commercial Arbitration*, UN Doc. E/CONF. 26/SR. 25, 2 (1958), accessible en www.uncitral.org.

¹¹⁶ Born, p.97 (the Convention established for the first time a comprehensive international legal framework for international arbitration agreements, arbitral proceedings, and arbitral awards).

¹¹⁷ Norberg, Ch., *General Introduction to Inter-American Commercial Arbitration*, *International Handbook on Commercial Arbitration*, Suppl. 7, 1987, p.3 citado en van den Berg, A. J., *The New York Convention 1958 and Panama Convention 1975, Redundancy or Compatibility?*, *Arbitration International*, Vol. 5, No.3, 1989, p.215.

¹¹⁸ Treviño Meixueiro, Julián, *Notas sobre la coexistencia de las convenciones de Nueva York y Panamá en material de arbitraje comercial internacional*, ponencia presentada el 9 de abril de 2008 en el seminario “50 años de la aplicación de la Convención de Nueva York: Acuerdos Arbitrales y Ejecución de Laudos”, organizado por el Capítulo Mexicano de la Cámara de Comercio Internacional (ICC México).

Panamá que vemos más eficientemente trabajadas en la Convención de New York, la parte medular de ambos instrumentos es casi idéntica, toda vez que el texto de la Convención de Panamá fue diseñado cuidadosamente para que sea lo más compatible posible con el texto de la Convención de New York.¹¹⁹ Lo anterior si hizo con el propósito de lograr una interpretación y aplicación uniforme sobre los principios y aspectos más importantes de la práctica del arbitraje internacional, evitándose de esa manera los problemas derivados de leyes contradictorias o inadecuadas de arbitraje, o de la falta de legislación específica que regule el arbitraje.

En principio, mientras que la Convención de New York tiene un alcance universal, la Convención de Panamá podría decirse que goza de un alcance regional en la práctica arbitral, más allá de algunos conflictos surgidos en base a la aplicación e interpretación de su texto.¹²⁰

- Ley Modelo de UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial, 1985

La tarea general encomendada a la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo del Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI, conocida con más frecuencia en sus siglas en inglés UNCITRAL) en la creación de fórmulas modernas y equitativas con fines de homogeneizar la regulación de las operaciones comerciales,¹²¹ debe verse en este punto ampliamente satisfecha por medio de la divulgación y aplicación casi generalizada de este instrumento, logrando la adopción de sus recomendaciones en múltiples regulaciones internas de los países.

La Ley Modelo UNCITRAL se elaboró para hacer frente a las considerables disparidades entre las diversas leyes nacionales de arbitraje y ante la necesidad de perfeccionamiento y armonización de las leyes nacionales inadecuadas para regular los arbitrajes internacionales.¹²² Cuenta con una regulación de todas las etapas del proceso arbitral, desde el acuerdo de arbitraje hasta el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral, y refleja un consenso mundial sobre los principios y aspectos más importantes de la práctica del arbitraje internacional.

Desde su aprobación, su texto y mensaje han pasado a representar la pauta legislativa internacional aceptada de toda ley moderna de arbitraje, y un número significativo de países han promulgado leyes en la materia tomando como base.¹²³

¹¹⁹ Medalie, Richard J.(ed), *Commercial Arbitration for the 1990s*, American Bar Association, Chicago, 1991, p.123 y ss.; House Rep. No. 501, 101st Cong., 2d Sess. 4, 1990 (material legislativo pertinente a la adopción en los EE.UU. de la Convención de Panamá), reimprimido en 1990 U.S.C.C.A.N. 675, 678 (“The New York Convention and the Inter-American Convention are intended to achieve the same results, and their key provisions adopt the same standards...”).

¹²⁰ A pesar de que la Convención de Panamá está abierta a la ratificación de países fuera del continente Americano, ningún país fuera de la OEA la ha ratificado. (Ver Art. 9 de la Convención de Panamá). La Convención de Panamá introduce algunos conceptos ausentes de la Convención de Nueva York. Por ejemplo, si las partes de un acuerdo arbitral no hubieran acordado reglamento arbitral alguno, las reglas de la Comisión Inter-Americana de Arbitraje Comercial –moldeadas sobre las reglas de UNCITRAL– serían aplicables. También contempla la libertad contractual de designar árbitros sin distinción de nacionalidad, y la presunción de validez de los laudos, sujeta siempre a causales de impugnación similares a las de la Convención de Nueva York.

¹²¹ Ver www.uncitral.org

¹²² Notas explicativas de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, preparadas por la Secretaría de UNCITRAL de 1985, en su versión enmendada en 2006, #5. La bibliografía al respecto es amplia y una apreciación de esta va más allá del alcance de este trabajo. Alvarez, H., Kaplan, N., & Rivkin, D. W., *Model Law Decisions: Cases Applying the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, 2003; Binder, Peter, *International Commercial Arbitration and Conciliation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions*, Sweet & Maxwell, 2a ed., 2005; Broches, Aron, *Commentary on the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1990; Herman, G., *The UNCITRAL Model Law- Its Background, Salient Features, and Purposes*, 1 Arb. Int'l 6, 1985.

¹²³ Notas explicativas de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, preparadas por la Secretaría de UNCITRAL de 1985, en su versión enmendada en 2006, #2. No es nuestro propósito tratar la ley UNCITRAL en extenso, y alcanza por ello observar que consiste de 36 artículos que cubren la amplia esfera del arbitraje y su regulación. Contiene cláusulas sobre el reconocimiento de acuerdos arbitrales (Arts. 7-9), designación e impugnación de árbitros (Arts. 10-15), poderes de los árbitros (Art. 16), medidas cautelares (Art. 17), el procedimiento arbitral, su conducta y procedimientos (Arts. 18-26), evidencia (Art. 27), sobre el efecto de los laudos (Arts. 29-33), impugnación de laudos (Art. 34), y sobre el reconocimiento y efectividad de los laudos, como así también las causales de no-reconocimiento (Arts. 35-36). Es sin duda, con la Convención de Nueva York, una de las dos piedras basales del arbitraje comercial internacional moderno. Born, p.119 (“the Model Law and its revisions represent a significant further step, beyond the New York Convention, towards the development of a predictable “pro-arbitration” legal framework for commercial arbitration”). Más de 50 países han adoptado legislación arbitral interna que toma la ley UNCITRAL como su modelo, cuyo listado actual puede consultarse en www.uncitral.org

El Capítulo II de la Ley Modelo trata del acuerdo arbitral y su necesario reconocimiento por parte de los tribunales judiciales. En la sección siguiente del presente trabajo se analizará específicamente la regulación en la Ley Modelo UNCITRAL de la cuestión de la definición y forma del acuerdo arbitral, conforme la redacción actual luego de la última modificación en 2006.¹²⁴ Sin embargo, podemos adelantar que las modificaciones efectuadas en cuanto a la noción de acuerdo arbitral no afectaron su espíritu de garantizar la efectividad del acuerdo.¹²⁵ Siguiendo los lineamientos de la Convención de New York, se reconoce a este acuerdo plena eficacia, independientemente de si el mismo versa sobre conflictos futuros y eventuales, o se refiere a controversias ya existentes (Art. 7.1.).

Con respecto a la regulación del reconocimiento del acuerdo arbitral por los tribunales judiciales, se establece que, existiendo un acuerdo válido, si alguna de las partes intenta acudir a la justicia ordinaria, los tribunales estatales deberán declarar su incompetencia y remitir las actuaciones al arbitraje (Art. 8). Asimismo, se reconocen los principios de autonomía del acuerdo arbitral y el principio de separabilidad, reconociendo a los árbitros facultad para decidir sobre su propia competencia (Art. 16.1).

En suma, podemos puntualizar que el acuerdo arbitral en este instrumento es considerado con carácter y efecto pleno, eliminando el requisito del compromiso arbitral y procurando mantener intacta la jurisdicción privada elegida por voluntad de las partes.

1.3.2.1. Requisitos a nivel internacional de la forma del Acuerdo Arbitral

En la sección anterior identificamos los instrumentos internacionales más relevantes en la materia y el tratamiento por ellos dado en cuanto al concepto, alcance, requisitos y efectos del acuerdo arbitral.

A continuación analizaremos cómo interpretan estos instrumentos la forma en la que debe ser manifestado este acuerdo arbitral, y los requerimientos correspondientes en base a los cambios y avances tecnológicos en los soportes utilizados para la exteriorización de la voluntad.

El requisito de la forma del acuerdo arbitral

La forma es la manera en que la voluntad de las partes debe exteriorizarse para producir los efectos jurídicos deseados.¹²⁶ Para que la voluntad tenga efectos legales debe ser manifestada exteriormente de alguna manera.¹²⁷ El acuerdo arbitral también necesita un hecho exterior por el cual el consentimiento de las partes de delegar la jurisdicción natural de los tribunales estatales a árbitros privados se manifieste. Es decir, que esta voluntad debe ser real, en cuanto a que las partes deben ser capaces y actuar con discernimiento, intención y libertad, y requiere de una manifestación exterior a los fines de que salga del ámbito interno y privado del autor y pase a integrar el mundo exterior.

¹²⁴ Ver §1.3.2.1.

¹²⁵ Caivano, Roque J., *La cláusula arbitral – Evolución histórica y comparada*, Facultad de Jurisprudencia Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2008, p.145. Los materiales legislativos de la ley modelo demuestran claramente que su intención era de asegurar la presunta validez y efectividad de los acuerdos arbitrales internacionales, sujetos sólo a causales contractuales de nulidad o inefectividad de aplicación general (no particular a los “contratos” de arbitraje). Holtzman, H. M., and Neuhaus, J., *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Boston, 1989, pp.258-303; Nota Explicativa de la Secretaría de UNCITRAL sobre la Ley Modelo, § 21, accesible en www.uncitral.org; Binder, P., *International Commercial Arbitration and Conciliation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions*, 2^a ed. 2005, §2-079.

¹²⁶ González de Cossio, Francisco, *La nueva forma del acuerdo arbitral: otra victoria del consensualismo*, pp. 209-223 en Soto Coaguila, Carlos, *El Arbitraje en el Perú y el Mundo*, Instituto Peruano de Arbitraje y Ediciones Magna, 2008.

¹²⁷ Alterini, Atilio A., *Contratos Civiles, Comerciales, De Consumo: Teoría General*, Abeledo Perrot, 2da. Edición, 2009, p.183. Este requisito en el contexto de los acuerdos arbitrales es objeto de una vasta bibliografía: Aguilar Alvarez, Guillermo, *Report: Article II(2) of the New York Convention and the Courts*, pp.67-81 en van den Berg, A. J.(ed.), *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*, ICCA Congress Series No. 9, 1999; Habegger, Ph., *Extension of Arbitration Agreements to Non-Signatories and Requirements of Form*, ASA Bulletin 2004, p.398 y ss.; Kaplan, Neil, *Is the Need for Writing as Expressed in the New York Convention and the Model Law Out of Step with Commercial Practice?*, 12 Arb. Int'l 27, 1996; Wang, Jing, *International Judicial Practice and the Written Form Requirement for International Arbitration Agreements*, 10 Pac. Rim L & Pol'y J. 375 (2001).

Para la mayoría de los instrumentos internacionales sobre la materia, la forma del acuerdo arbitral involucra como regla general un doble requisito: **(i) que sea por escrito y (ii) firmado por las partes.**¹²⁹

El primer origen lo constituye el Art. II, parte 1 y 2 de la Convención de New York, en el cual se establece la formalidad que debe tener el acuerdo arbitral en cuanto a que debe ser por escrito y firmado por las partes, aportando a tal efecto el concepto de qué se entiende por contrato por escrito:¹³⁰

“1. Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.” (Art. II.1) [énfasis añadido]

“2. La expresión “acuerdo por escrito” denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas.” (Art. II.2) [énfasis añadido]

La natural evolución del tráfico mercantil y los grandes acontecimientos tecnológicos producidos en el campo de las comunicaciones, comenzaron a evidenciar una creciente utilización de medios no escritos (o al menos no en soporte papel) para la celebración de las transacciones negociables, lo cual implicó un replanteo en cuanto al requisito de la forma “escrita” como condición de validez del acuerdo arbitral, un proceso que, como documentamos al pie, continua en forma acelerada en función de las nuevas y cambiantes modalidades comerciales y tecnológicas.¹³¹

El primer gran paso al respecto fue dado por la versión de la Ley Modelo de UNCITRAL aprobada en 2006, que buscó ajustarse a estos cambios de paradigma.

Cabe recordar que la Ley Modelo de UNCITRAL en su versión original de 1985, establecía:

¹²⁸ Caivano, Roque J., *Forma y prueba de los contratos*, Rev. Jurisprudencia Argentina (JA) 1996-II-128.

¹²⁹ En particular ver Art. II, parte 1 y 2, de la Convención de Nueva York, y Art. 7 de la Ley Modelo UNCITRAL. El requisito de que el acuerdo arbitral fuese por escrito se remonta, en muchos casos, a un antiguo pasado. *An Act for Determining Differences by Arbitration*, William III, 1697-98, Cap. 15; *Walters v. Morgan*, 1792, 2 Cox Eq. 369; Código Procesal Francés, 1806, Art. 1005. Nótese que el Protocolo de Ginebra y la Convención de Ginebra, a las que nos referimos más arriba, no contienen este requisito. Este requisito en el contexto de los acuerdos arbitrales es objeto de una vasta bibliografía: Aguilar Alvarez, Guillermo, *Report: Article II(2) of the New York Convention and the Courts*, pp.67-81 en van den Berg, A. J.(ed.), *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*, ICCA Congress Series No. 9, 1999; Habegger, Ph., *Extension of Arbitration Agreements to Non-Signatories and Requirements of Form*, ASA Bulletin 2004, p.398 y ss.; Kaplan, Neil, *Is the Need for Writing as Expressed in the New York Convention and the Model Law Out of Step with Commercial Practice?*, 12 Arb. Int'l 27, 1996; Wang, Jing, *International Judicial Practice and the Written Form Requirement for International Arbitration Agreements*, 10 Pac. Rim L & Pol'y J. 375 (2001). No es objeto de este estudio ahondar sobre la justificación de dicho requisito. Se dice, por ejemplo, que es necesario para que las partes entiendan de la importancia de su elección y de su decisión de separarse de la esfera judicial. ILC, *Draft of an Arbitral Procedure Prepared by the International Law Commission at its Fourth Session*, 1952, UN Doc. A/CN.4/59, II YB I.L.C. 60, Art. 1, comentario 2 (“In view of the fundamental importance of the undertaking to arbitrate...the undertaking may not be based on a mere verbal agreement”); van den Berg, A. J., *The New York Arbitration Convention of 1958, 1981*, p.171 (The purpose of this [written form requirement] is to ensure that a party is aware that his is agreeing to arbitration”); Otra justificación se basa en la necesidad de asegurar evidencia idónea de dicho contrato. *Report of the Secretary-General on the Revised Draft Set of Arbitration Rules*, UNCITRAL, Ninth Session, UN Doc. A/CN.9/112/Add. A, VII UNCITRAL YB 166, 167, 1976 (“writing is required in order to avoid uncertainty as to whether the Rules have been made applicable”).

¹³⁰ González de Cossío, Francisco, *La nueva forma del acuerdo arbitral: otra victoria del consensualismo*, pp. 209-223 en Soto Coaguila, Carlos, *El Arbitraje en el Perú y el Mundo*, Instituto Peruano de Arbitraje y Ediciones Magna, 2008.

¹³¹ Caivano, Roque J., *La cláusula arbitral – Evolución histórica y comparada*, Facultad de Jurisprudencia Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2008, p.327. Estas nuevas modalidades comerciales han llevado a intensos debates en ciertas jurisdicciones sobre la necesidad de eliminar el requisito de que el acuerdo arbitral fuese por “escrito”. U.K. Departmental Advisory Committee on Arbitration Law, 1996, *Report on the Arbitration Bill (February 1996)*, disponible en 13 Arb. Int'l 275, 1997; Código Francés de Procedimiento Civil, Título V (sobre arbitrajes internacionales)(no contiene requisitos formales para los acuerdos arbitrales). Propuestas similares han sido objeto de discusión en Hong Kong, los Países Bajos, y Suecia.

“El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito. Se entenderá que el acuerdo es escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, télex, telegramas, o en otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una de las partes sin ser negada por la otra. La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye acuerdo de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.” (Art. 7.2) [énfasis añadido]

Esta disposición relativa a la definición y forma del acuerdo de arbitraje asimilaba y mantenía el criterio establecido en el enunciado del párrafo 2) del Art. II de la Convención de New York, en el que también se exige que el acuerdo sea por escrito.

La modificación de 2006 consistió en la revisión de la redacción del Art. 7 de la Ley Modelo UNCITRAL, introduciendo dos posibilidades entre las cuales los Estados interesados en seguir sus postulados pueden optar.

La Opción I del Art. 7 mantiene la necesidad de que el acuerdo arbitral sea escrito (Art. 7.2), sin embargo la sutileza y diferencia radica en la definición de “por escrito”, ya que se considerará “escrito” si su contenido está registrado en cualquier forma, sea que el propio acuerdo arbitral o el contrato que lo contiene hayan sido concluidos en forma oral, por hechos o por otros medios (Art. 7.3). Es decir que si bien se mantiene el requisito de la forma escrita, en base a la nueva redacción, el acuerdo arbitral ya no tiene que constar en un documento en forma escrita, reconociendo como equivalentes otros medios de celebrar el acuerdo arbitral (comprendido en forma oral) siempre que su contenido quede registrado, ni tampoco tiene que estar firmado por las partes.¹³²

También prevé que la exigencia de la escritura puede ser cumplida por medios electrónicos de comunicación, siempre que la información consignada en ella sea accesible para su posterior consulta, entendiéndose por “comunicación electrónica” a cualquier comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos, expresión que debe ser interpretada como comprensiva de información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros sin limitarse, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax. (Art. 7.4).

Finalmente, se mantienen las otras formas admitidas por la versión anterior: por medio de intercambio de escritos de demanda y contestación en los que exista un acuerdo, sin que éste sea negado por la otra parte. (Art. 7.5), y la referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato (Art. 7.6).¹³³

La Opción II para el mismo artículo simplemente define al “acuerdo de arbitraje” como un acuerdo entre las partes para someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no, omitiendo todo requisito de forma.

¹³² Ley Modelo UNCITRAL, Opción I, Art. 7.3: “Se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado verbalmente, mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio”. Como es obvio, la problemática en este tema escapa los alcances de este trabajo. Observemos sólo que cuestiones como la falta de firma o firmas (no de un “escrito”), los acuerdos arbitrales contenidos en intercambios de correspondencia, las aceptaciones “tácitas” a un acuerdo arbitral escrito, la problemática de las comunicaciones electrónicas, y temas de ese tipo han creado una vasta jurisprudencia que otros autores han tratado acabadamente. Born, pp.589-599 (citando jurisprudencia y fallos).

¹³³ Caivano, Roque J., *La cláusula arbitral – Evolución histórica y comparada*, Facultad de Jurisprudencia Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2008, p.345. Dixie Aluminum Prod. Co. V. Mitsubishi Int'l Corp., 785 F.Supp. 157, N.D. Ga. 1992, (falta de firma no deshabilita un acuerdo arbitral mientras que sea por escrito); Judgment of 8 June 1967, II YB Comm. Arb. 234 (Landgericht Bremen), 1977, (propuesta escrita a la que se responde por escrito es suficiente); Judgment of 5 November 1985, Tracomín SA v. Sudan Oil Seeds Co., XII Y.B. Comm. Arb. 511 (Tribunal Federal Suizo). Fallos similares existen en todas las jurisprudencias comerciales avanzadas. El proceso de desacoplar los pocos requisitos de “firmas” de su manifestación física continua indefectiblemente. Note of the Secretariat on the Possible Future Work in the Area of International Commercial Arbitration, UN Doc. A/CN.9/460, ¶ 20-31, XXX UNNICTRAL Y.B. 395, 1999, pp.398-399.

En base a estas últimas modificaciones, la Ley Modelo de UNCITRAL se aleja de los formalismos necesarios para la validez del acuerdo arbitral establecidos por la Convención de New York, lo cual podría interpretarse como un foco de conflicto para la ejecución de laudos arbitrales que no constan por escrito.

A ese respecto, UNCITRAL adoptó en el año 2006, una recomendación relativa a la interpretación del párrafo 2) del Art. II y del párrafo 1) del Art. VII de la Convención de New York. La recomendación insta a los Estados a que apliquen el párrafo 2) del Art. II de la Convención de New York “reconociendo que las circunstancias que describe no son exhaustivas” y los alienta a adoptar el Art. 7 revisado de la Ley Modelo UNCITRAL, ya que en las dos opciones de este artículo se establece un régimen para el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales más favorable que el previsto en la Convención de New York. En virtud de la “disposición relativa a la ley más favorable” enunciada en el párrafo 1) del Art. VII de dicho instrumento,¹³⁴ en la recomendación se aclara que debería permitirse “a toda parte interesada acogerse a los derechos que puedan corresponderle, en virtud de las leyes o los tratados del país en que se invoque el acuerdo de arbitraje, para obtener el reconocimiento de la validez de ese acuerdo de arbitraje”.¹³⁵

Para finalizar con el tratamiento de la forma del acuerdo arbitral en los instrumentos internacionales, es necesario señalar que en el año 2010 se modificó el texto del Reglamento de Arbitraje original de UNCITRAL adoptado en 1976, a los fines de adaptarlo a los cambios que se habían producido durante los últimos años en la práctica arbitral.

El párrafo 1º del Art. 1, en la versión 1976, estaba calificado por el requerimiento de la forma escrita para pactar el compromiso arbitral y para sus modificaciones sucesivas. Las nuevas reglas 2010 eximen al acuerdo arbitral de la formalidad escrita, manteniendo silencio sobre la forma del acuerdo arbitral.¹³⁶ La validez del acuerdo arbitral no depende del requisito de la forma escrita, sino del derecho aplicable al arbitraje, y de si éste permite la existencia del acuerdo arbitral no escrito, con lo cual la forma del acuerdo arbitral es una cuestión que no debe ser tratada en las reglas de arbitraje, porque dependen de lo que mande el derecho local aplicable a la validez del acuerdo.¹³⁷

Por último, cabe precisar que la versión de 1976 establecía que la cláusula arbitral que llevaba la aplicación del Reglamento UNCITRAL era una cláusula que debía ser parte de un contrato.¹³⁸ En la modificación de 2010 se elimina la referencia a “una relación contractual” de manera de que en el futuro la aplicación del Reglamento UNCITRAL no se limitaría a relaciones contractuales.¹³⁹

¹³⁴ Art. VII de la Convención de Nueva York: “1. Las disposiciones de la presente Convención no afectarán la validez de los acuerdos multilaterales o bilaterales relativos al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales concertados por los Estados Contratantes ni privarán a ninguna de las partes interesadas de cualquier derecho que pudiera tener a hacer valer una sentencia arbitral en la forma y medida admitidas por la legislación o los tratados del país donde dicha sentencia se invoque.”

¹³⁵ Notas explicativas de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, preparadas por la Secretaría de UNCITRAL de 1985, en su versión enmendada en 2006, #20.

¹³⁶ Perales Viscasillas, Pilar y Torterola, Ignacio (directores), Nuevo Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI 2010 anotado y comentado por materias y antecedentes legislativos. Legis Argentina, 2011, p.3 y ss.

¹³⁷ González de Cossío, Francisco, La nueva forma del acuerdo arbitral: otra victoria del consensualismo, pp. 209-223 en Soto Coaguila, Carlos, El Arbitraje en el Perú y el Mundo, Instituto Peruano de Arbitraje y Ediciones Magna, 2008.

¹³⁸ Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL (1976), Art. 1: “1. Cuando las partes en un contrato hayan acordado por escrito que los litigios relacionados con ese contrato se sometan a arbitraje de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, tales litigios se resolverán de conformidad con el presente Reglamento, con sujeción a las modificaciones que las partes pudieran acordar por escrito”.

¹³⁹ Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL (2010), Art. 1: “1. Cuando las partes hayan acordado que los litigios entre ellas que dimanen de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, se sometan a arbitraje de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, tales litigios se resolverán de conformidad con el presente Reglamento, con sujeción a las modificaciones que las partes pudieran acordar”.

1.3.3. Tratamiento en instrumentos y leyes regionales

1.3.3.1. El Caso de la República Argentina

En Argentina el arbitraje actualmente es regulado básicamente como una materia procesal¹⁴⁰ y carece de una Ley de Arbitraje interna. Cada Código Procesal provincial contiene una regulación propia de la materia, toda vez que en Argentina la legislación procesal constituye materia no delegada en el Gobierno Federal, y por ello reservada a las provincias.¹⁴¹ Es decir que al desorden lógico que esta circunstancia genera, debe añadirse que las legislaciones locales son insuficientes y a veces enemistadas al arbitraje,¹⁴² como es el caso del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (en adelante “CPCCN”), que rige sólo para procedimientos que se desarrollan en tribunales federales de todo el país –con competencia de excepción- y ante los tribunales nacionales con sede en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

El CPCCN contiene disposiciones sobre la posibilidad de someter cuestiones a arbitraje¹⁴³ y la ejecución de laudos extranjeros,¹⁴⁴ y dedica una extensa literatura normativa al tratamiento de los distintos tipos de procedimientos arbitrales.¹⁴⁵

Con respecto a la cuestión que nos convoca, el CPCCN presenta normas relativas a la cuestión del compromiso arbitral, justamente siendo éstas la base de las principales críticas a la legislación argentina. El CPCCN prevé que la cláusula compromisoria no es suficiente por sí, pues es exigencia legal que las partes suscriban el compromiso arbitral, el que debe formalizarse una vez surgido el conflicto, por escritura pública o instrumento privado, o por acta extendida ante el juez de la causa o ante aquel a quien hubiese correspondido su conocimiento (Art. 742 CPCCN). El derecho argentino, por el momento, requiere la suscripción de un documento adicional, que el código denomina “compromiso”, cada vez que se suscita una controversia específica que deba someterse a arbitraje conforme la cláusula arbitral, implicando este compromiso un documento que deben firmar las partes y aceptar los árbitros como paso preliminar a la iniciación del arbitraje ante una disputa concreta aunque ya exista una cláusula compromisoria.¹⁴⁶

¹⁴⁰ Rivera, Julio C., *El Arbitraje en Argentina*, Revista de Derecho Comparado No. 11, Rubinzel Culzoni, Santa Fe, 2005, p.1.

¹⁴¹ Constitución Nacional de la República Argentina, Art. 121. Esto no es privativo de la Argentina, sino que es habitual en todo sistema “federalista” como lo es también el de los EE.UU., donde la validez contractual (incluso la de los “contratos de arbitraje”) se determina en base a la “ley de contratos” de cada estado (provincia), y en el que la ley federal de arbitraje (Federal Arbitration Act, 9 U.S.C. §§1-16 (con respecto a arbitrajes domésticos), §§201-108 (con respecto a la Convención de Nueva York), y §§301-307 (con respecto a la Convención de Panamá)) co-existe con leyes de arbitraje doméstico establecidas por cada uno de los estados. Born, pp.140-144; 485-497. Con respecto a la problemática de derecho público (“choice of law” o “selección de derecho”) ver Blessing, Marc, *Comment: The Law Applicable to the Arbitration Clause*, en van den Berg, A. J. (ed.), *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*, p.174 ss., ICCA Congress Series No. 9 1999; y Weintraub, R., *Commentary on the Conflict of Laws*, 3^a ed. 1986, p.371.

¹⁴² Aguilar, Fernando, *Para qué sirve una ley nacional de arbitraje?*, La Ley, 19/1/05, p.2, Caivano, Roque J., *Argentina necesita mejorar su legislación sobre arbitraje*, La Ley, 1994-A-994; Morello, Augusto M., *Los abogados y el arbitraje*, Jurisprudencia Argentina (JA), 1992-IV-707; Cueto Rua, Julio C., *El arbitraje y los abogados*, Jurisprudencia Argentina (JA), 1991-I-945.

¹⁴³ El Art.1 del CPCCN establece como regla general que la competencia atribuida a los tribunales nacionales es improporcional, agregando “sin perjuicio de lo dispuesto por los tratados internacionales y por el Art. 12, inc.4 de la Ley 48 exceptuándose la competencia territorial en asuntos exclusivamente patrimoniales, que podrá ser prorrogada de conformidad de las partes. Si estos asuntos son de índole internacional, la prorroga podrá admitirse aun a favor de jueces extranjeros o de árbitros que actúen fuera de la República, salvo en los casos en que los tribunales argentinos tienen jurisdicción exclusiva o cuando la prorroga está prohibida por la ley”.

¹⁴⁴ Dentro del tratamiento de los Procesos de Ejecución, el CPCCN contempla la conversión en título ejecutivo de las sentencias extranjeras, lo que se rige en primer lugar por los tratados existentes con el país de que provenga, y en el caso de no existir compromisos internacionales, se establece un procedimiento de exequáutur para que el mismo pueda ser ejecutado en el país. Los requisitos se encuentran establecidos en el Art.517 del CPCCN: “que la sentencia tenga autoridad de cosa juzgada, que emane de tribunal competente según las normas argentinas de jurisdicción internacional, que sea consecuencia de una acción personal o de una acción real sobre un bien mueble si éste ha sido trasladado a la República, que la demandada haya sido personalmente citada y se haya garantizado su defensa, que la sentencia reúna los requisitos para ser considerada tal en el lugar que se hubiese dictado, y las condiciones de autenticidad exigidas por la ley nacional; que la sentencia no afecte el orden público del derecho argentino y que no sea incompatible con otra sentencia pronunciada con anterioridad o simultáneamente por un tribunal argentino”. A estos requisitos hay que sumarle que la prorroga de jurisdicción sea admisible conforme el Art. 1 del CPCCN, y que las cuestiones objeto del arbitraje sean pasibles de transacción.

¹⁴⁵ El CPCCN dedica el Libro VI al Proceso Arbitral y dentro del mismo incluye los títulos sobre Juicio Arbitral, Juicio de Amigables Compromisarios y el de Pericia Arbitral.

¹⁴⁶ Grigera Naón, Horacio A., *La Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional y el derecho argentino*, Revista La Ley, 1989-A-1021.

En conclusión, la cláusula compromisoria no es suficiente, necesitándose que las partes firmen el compromiso arbitral, el que debe formalizarse una vez surgido el conflicto conforme los requisitos de forma establecidos anteriormente, y conteniendo los elementos mencionados en el Art. 740 del CPCCN.¹⁴⁷

En la práctica, la falta de acuerdo para formalizar el compromiso genera la intervención de tribunales locales, atentando contra el espíritu del arbitraje. Las partes se enfrentan de esta manera a complejos trámites judiciales que atropellan la sencillez y celeridad que tuvieron en miras las partes al suscribir la cláusula arbitral. En efecto, la parte que pretenda la suscripción del compromiso arbitral deberá promover una demanda dirigida a la constitución del tribunal arbitral y –en su caso– a la determinación del compromiso arbitral (Art. 742 CPCCN).

Más allá del tratamiento dado al arbitraje en la norma interna descripta, deben tomarse en consideración los efectos que ha producido sobre el ordenamiento jurídico argentino la ratificación de tratados internacionales que prevén una solución diferente con respecto al acuerdo arbitral. Argentina ha suscripto la Convención de New York (ley 23.619), la Convención de Panamá de 1975 (ley 24.322), los Tratados de Derecho Procesal de Montevideo 1889 y 1940, la Convención de Montevideo de 1979 (ley 22.921), Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial y Administrativa en el marco del MERCOSUR (ley 24.578) y Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias - Convenio CIADI (ley 24.353) entre otros tratados internacionales relativos a la materia. En el país prevalece la supremacía de los tratados internacionales respecto de la legislación interna, ya que la propia Constitución Nacional establece que “los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes”.¹⁴⁸

Frente a esta circunstancia, los efectos más importantes que son consecuencia de haber ratificado estas convenciones son que los jueces argentinos no podrán aplicar el Art. 740 del CPCCN para denegar el reconocimiento de un laudo arbitral dictado en el extranjero sin que se haya celebrado el compromiso arbitral.¹⁴⁹ Vale decir, entonces, que la omisión de celebrar el compromiso no es causal que habilite a denegar el reconocimiento de un laudo extranjero.¹⁵⁰

Consideramos que el requisito establecido en la legislación procesal local del compromiso arbitral no tiene de ordinario que ser considerado obligatorio cuando se trata de arbitrajes internacionales, y que en caso de invocarse ante los tribunales argentinos un acuerdo arbitral que comprenda una controversia planteada ante un tribunal arbitral internacional por prórroga de jurisdicción, el tribunal argentino no exigirá el pronunciamiento de un compromiso arbitral como requisito previo para remitir la controversia a los árbitros extranjeros. La misma se sostiene cuando se sitúa en Argentina un arbitraje en base a un acuerdo arbitral en el que una de las partes participantes del acuerdo no tiene domicilio en el país, o se hace referencia a controversias emanadas de relaciones jurídicas internacionales, y las partes pautaron reglas de procedimiento que no requieren la emisión de un compromiso, sólo siendo obligatorio el requisito de compromiso previo para casos puramente locales.¹⁵¹

¹⁴⁷ *El compromiso deberá contener, bajo pena de nulidad: 1) fecha, nombre y domicilio de los otorgantes, 2) Nombre y domicilio de los árbitros, 3) Las cuestiones que se sometan al juicio arbitral con expresión de sus circunstancias, 4) La estipulación de una multa que deberá pagar, a la otra parte, la que dejara de cumplir los actos indispensables para la realización del compromiso.*

¹⁴⁸ Art. 75, inciso 22, párrafo primero de la Constitución Nacional Argentina.

¹⁴⁹ Caivano, Roque J., *La cláusula arbitral – Evolución histórica y comparada*, Facultad de Jurisprudencia Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2008, 71.

¹⁵⁰ Ver las causales establecidas por el Art. V de la Convención de Nueva York y el Art. 5 de la Convención de Panamá para denegar la ejecución del laudo extranjero, en cuanto limitan las relativas a la falta de validez del acuerdo a las que sean tales “conforme la ley aplicable al acuerdo arbitral” que será el que las partes hayan elegido, o en su defecto la del lugar de a sede del arbitraje.

¹⁵¹ Grigera Naón, Horacio A., *Ratificación por Argentina de la Convención de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros*, Revista La Ley, 1989-C-881.

1.3.3.2. Acuerdo MERCOSUR sobre Arbitraje Comercial Internacional

El Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR (en adelante el “Acuerdo MERCOSUR”) y el Acuerdo (paralelo) sobre arbitraje comercial internacional entre el MERCOSUR, la República de Bolivia y la República de Chile, fueron aprobados por Argentina por medio de la ley 25.223.

Se denomina en el Art. 2.e al acuerdo arbitral como “convención arbitral” y es considerado como el “acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas o algunas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de relaciones contractuales”. Este acuerdo debe otorgarse por escrito (Art. 6.1) y puede resultar del intercambio de cartas o de telegramas con recepción confirmada. Si las comunicaciones entre las partes se realizan por fax, medios electrónicos o equivalentes, deben ser confirmadas por un documento original, lo que limita la contratación electrónica (Art. 6.3).¹⁵² Por otro lado, se dispone que si no se hubiesen cumplido los requisitos de validez formal exigidos en el derecho del lugar de celebración, la convención arbitral se considerara válida si cumpliera con los requisitos formales del derecho de alguno de los Estados con el cual en contrato base tiene contactos objetivos jurídicos o económicos. (Art. 6.5).

En base a esta normativa, se puede sostener que para el derecho argentino es válido un acuerdo arbitral estipulado bajo la forma de una cláusula compromisoria, aun para arbitrajes con sede en Argentina, siempre que exista algún contacto objetivo –del acuerdo arbitral o del contrato base- con algún otro estado parte del MERCOSUR.¹⁵³

En suma, el ámbito en que sería exigible el compromiso arbitral ha quedado notoriamente restringido y limitado en materia de arbitraje internacional.

1.3.3.3. Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial Argentino 2012

El proyecto de unificación de la legislación civil y comercial enviado recientemente por el Poder Ejecutivo Nacional al Congreso Nacional (en adelante “el Proyecto”)¹⁵⁴ incluye la modificación o derogación de numerosas leyes del ordenamiento jurídico argentino que afectan a la materia arbitral en particular. La reforma en general busca resolver la ausencia de la tan resistida y demorada ley de arbitraje, abordando muchas de las cuestiones reclamadas y planteadas por la doctrina, presentes tanto en la Ley Modelo UNCITRAL como en las legislaciones arbitrales de los países más desarrollados.

En el marco de esta reforma se incorpora la regulación del Contrato de Arbitraje en el Capítulo 29 (Arts. 1649 a 1665) dentro de los contratos en particular.¹⁵⁵ Es decir que la novedad es la regulación del “contrato de arbitraje” (que incluye tanto el celebrado por las partes como el que resulta entre aquellas y los árbitros).¹⁵⁶ Es importante señalar que el Proyecto parece legislar al instituto del arbitraje sin distinguir su carácter nacional o internacional,¹⁵⁷ pero sí podemos precisar que la regulación abarca el arbitraje privado o comercial dentro del ámbito del derecho privado, dejando de lado los arbitrajes de inversión, toda vez que el contrato se presume

¹⁵² Fernández Arroyo, Diego P. (coordinador), *Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur: Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay*, Editorial Zavalía, 2003, p.221.

¹⁵³ Batista Martins, Pedro A., *Observaciones sobre el texto del Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur*, *Revista Foro del Derecho Mercantil*, Legis, Bogotá, No. 12, julio-septiembre 2006, p.7.

¹⁵⁴ : www.codigocivil.argentina.ar

¹⁵⁵ Título IV del Libro Tercero (De los Derechos Personales).

¹⁵⁶ Si bien en los fundamentos del anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación se reconoce como fuente del articulado al Código Civil de Quebec, la Ley Modelo UNCITRAL y la reciente regulación francesa de enero de 2011, es palpable la influencia del Proyecto de la Ley Española de Arbitraje de 2003, reformada en 2011 frente a la aproximación contractualista al acuerdo de arbitraje.

¹⁵⁷ Guaiá, Carlos I., *El arbitraje en el proyecto de unificación legislativa*, <http://www.colabogados.org.ar/larevista/pdfs/id15/el-arbitraje-en-el-proyecto-de-unificacion-legislativa.pdf>, Fecha de captura 9 de enero de 2013.

celebrado entre particulares no comprendiendo al Estado, cuya capacidad para someter una controversia a árbitros requiere de una ley que expresamente lo autorice, conforme ratificara la Corte Suprema hace ya varias décadas.¹⁵⁸

Esta concepción contractualista del instituto viene de la mano de consagrada y reconocida doctrina nacional e internacional,¹⁵⁹ y de la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación.

La Corte Suprema de Justicia ha reconocido el origen contractual del arbitraje en varias oportunidades,¹⁶⁰ contraponiéndose con una aproximación jurisdiccional. En este sentido el Proyecto considera al acuerdo arbitral como un contrato cuyo objeto es someter la controversia a arbitraje. Así el Art. 1649 del Proyecto establece:

“Hay contrato de arbitraje cuando las partes deciden someter a la decisión de uno o más árbitros todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual”.

La definición legal dada del contrato de arbitraje es consistente con la plasmada en la Ley Modelo UNCITRAL (Art. 7) y el Art. II.1 de la Convención de New York, adecuándose de esta manera la legislación interna a la práctica arbitral contemporánea.

En cuanto a la forma de este acuerdo arbitral, nuevamente el Proyecto sigue las recomendaciones de la Ley Modelo UNCITRAL, reproduciendo la llamada “Opción 1” de su Art. 7 modificado en 2006:¹⁶¹

“El acuerdo de arbitraje debe ser escrito y puede constar en una cláusula compromisoria incluida en un contrato o en un acuerdo independiente. La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye contrato de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.”

Uno de los avances más importantes sin duda tiene que ver con el tratamiento equivalente que hace el proyecto entre la cláusula arbitral (contenida en el contrato) y el compromiso arbitral (producida la controversia). El Proyecto exige que el acuerdo arbitral conste por escrito sin especificar la modalidad ni el contenido –como sí lo requiere el CPCCN actual–.¹⁶²

Por el otro lado, la amplitud de medios establecida en este artículo también es la sugerida por el Art. II.2 de la Convención de New York, y razonablemente, se podría decir, acorde con el Acuerdo MERCOSUR. Esta incorporación del acuerdo arbitral por referencia ayuda a zanjar las controversias complejas que se suscitaban en los casos en donde la cláusula arbitral se encontraba inserta en un documento por separado al contrato que daba lugar a la controversia, y a veces suscripto por partes disímiles. Hoy en día –al igual que los establece la Ley Modelo UNCITRAL en la medida de que no existan dudas acerca de la voluntad de las partes en cuanto a la sujeción al arbitraje–, ellas quedan vinculadas por este acuerdo.

¹⁵⁸ Ver, por ejemplo, las decisiones publicadas en *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina* (CSJN), Vol. 152, 347; Vol. 160, 133; Vol. 194, 105 y Vol. 235, 940, en las que se ha establecido que “según tiene dicho esta Corte, no existe obstáculo constitucional alguno para que el Estado Nacional someta a jurisdicción arbitral sus controversias con particulares, siempre que exista una ley que así lo establezca”.

¹⁵⁹ Rivera, Julio C., *Arbitraje Comercial Doméstico e Internacional*, Editorial Lexis Nexis, 2007, p.62; Caivano, Roque J., *Arbitraje*, Editorial Ad Hoc, 2002, p.91; Redfern, Alan y Hunter, Martin, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Ed. Thompson, Londres, 2004, p.13; nota 3, *supra*.

¹⁶⁰ *Yacimientos Carboníferos Fiscales s/ Tribunal Arbitral*, CSJN, 11.11.1997, *Fallos* 320:2379; *J.C. Roca c/ Consultara S.A.*, CSN, 31.05.1999, *Fallos* 322:1100.

¹⁶¹ Ver comentarios en §1.3.2.1.

¹⁶² Ver comentarios en §1.3.3.1.

Finalmente, el Proyecto por medio de los Arts. 1653 y 1654 consagra dos de los principios más significativos del arbitraje: el de autonomía (separabilidad) de la cláusula arbitral y la competencia de los árbitros para decidir disputas sobre su propia competencia (Kompetenz-Kompetenz), permitiendo por medio de estos tradicionales conceptos proteger la autonomía del proceso arbitral sin la interferencia de los tribunales locales, con lo que, en cualquier caso, la validez o invalidez de la cláusula arbitral será decidida por el tribunal arbitral, lo mismo que sus alcances y las materias arbitrales.

A modo de conclusión, si bien el Proyecto deja de lado el tratamiento de ciertas cuestiones esenciales de las consecuencias del arbitraje, como ser el proceso de ejecución de laudos arbitrales y los efectos centrales de los laudos (carácter de cosa juzgada, ejecutividad como sentencia, auxilio judicial y recursos posibles), dándoles un tratamiento parcial en la eventual reforma –proyectada de manera contemporánea con el Proyecto– de la Ley de Sociedades Comerciales,¹⁶³ no puede ser negado el avance en la decisión política legislativa favorable al arbitraje por medio de la incorporación de normas necesarias para su adecuación a la práctica arbitral. Las normas proyectadas no tienen precedente en la legislación local, salvo por las convenciones internacionales suscriptas por el país.¹⁶⁴

Creemos sería más favorable haber trabajado en una ley federal de arbitraje, que permitiera la unificación de las distintas normativas de los códigos procesales provinciales y nacional en materia de arbitraje, logrando una regulación íntegra del instituto con sustento en la Ley Modelo UNCITRAL.

2. EFECTOS DEL ACUERDO ARBITRAL Y SU RELACIÓN CON LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS Y LAUDOS ARBITRALES EXTRANJEROS

2.1. El Acuerdo Arbitral y el carácter obligatorio del laudo

Teniendo como premisa la naturaleza contractual del arbitraje, el primer e inmediato efecto del acuerdo arbitral es el nacimiento de una obligación recíproca entre las partes intervenientes en la constitución del vínculo jurídico de cumplir lo estipulado; es decir cumplir con el compromiso contraído de someter las controversias a la decisión de un tercero o terceros y acatar la misma,¹⁶⁵ lo que equivale a decir que los laudos arbitrales son obligatorios y ejecutables para las partes.¹⁶⁶

Asimismo, los instrumentos internacionales en la materia también reconocen esta relación entre el compromiso efectuado entre las partes y laudo dictado en base a la jurisdicción optada, estableciendo que los Estados deberán reconocer la autoridad de la sentencia arbitral y conceder su ejecución de conformidad con las normas de procedimiento vigentes en el territorio donde la sentencia sea invocada.¹⁶⁷

¹⁶³ La reforma del Código Civil y Comercial incluye la modificación de la Ley de Sociedades Comerciales 19.550 por medio de la incorporación de tres artículos, 15 bis, 15 ter y 15 quater que legislan sobre la cláusula compromisoria, la sede del arbitraje y los recursos que pueden interponerse contra el laudo.

¹⁶⁴ Ver comentarios en §1.3.3.1.

¹⁶⁵ Calvo Corbella, Juan Carlos, *Eficacia impeditiva de la actuación de los tribunales como consecuencia de convenio o cláusula arbitral, Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversión*, T.2, 2009, p.249 en Soto Coaguila, Carlos A., *Convención de Nueva York de 1958: Reconocimiento y Ejecución de sentencias Arbitrales Extranjeras*, Instituto Peruano de Arbitraje y Ediciones Magna, 2009. El concepto de *pacta sunt servanda* es tan aplicable a los “contratos de arbitraje” como a toda otra modalidad contractual: ILC, *Draft on Arbitral Procedure Prepared by the International Law Commission at its Fourth Session*, 1952, UN DOC. A/CN.4/59, II Y.B. I.L.C. 60 Art. 1(3), 1952 (“The undertaking [to arbitrate] constitutes a legal obligation which must be carried out in good faith...”); Berger, B. y Kellerhals, F., *Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz*, Bern, 2006, §§1044 y ss. (obligación de cumplir con el acuerdo arbitral de buena fe). Los fallos en jurisdicciones arbitrales avanzadas en su mayoría aceptan ampliamente este punto de vista. Born, pp.1010-1014.

¹⁶⁶ “An arbitral award will bind the parties to the arbitration. Arbitration can therefore be easily distinguished from other procedures where the intervention of a third party does not culminate in a binding decision”, Gaillard E. y Savage J. (eds.), *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, 1999, Kluwer law International, pp. xxxv – xxxviii.

¹⁶⁷ Art. II.1 y III de la Convención de Nueva York, Art. 4 de la Convención de Panamá.

Por supuesto, en la práctica arbitral se evidencia que no siempre las partes cumplen voluntariamente el laudo arbitral, razón por la cual existen mecanismos por medio de los cuales hacen valer su fuerza de ejecución. En caso de que el laudo se intente hacer valer en el mismo Estado donde se dictó, las leyes no suelen exigir más que su condición de estar “consentido o ejecutoriado”,¹⁶⁸ no siendo sometidos a otra revisión más que un recurso o acción de nulidad en su caso. En este panorama, el laudo adquiriendo calidad de cosa juzgada, su ejecución se torna obligatoria, siendo el mecanismo a seguir para llevarla a cabo el establecido en los procedimientos internos de cada Estado para las sentencias judiciales –a los que queda asimilado–. En este procedimiento, las defensas admisibles son generalmente muy limitadas, consecuencia de haber adquirido la decisión calidad de definitiva.¹⁶⁹

En el contexto internacional, por lo contrario, cuando se pretende hacer valer el cumplimiento extraterritorial de un laudo, se requiere una nueva revisión por vía del trámite previsto para el reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros.¹⁷⁰ Las decisiones tomadas por jueces o árbitros investidos de jurisdicción gozan de los atributos de cosa juzgada y fuerza ejecutoria. Pero a los fines de poder tenerlas por eficaces en otro Estado, se debe obtener una declaración de “conformidad” de las autoridades con facultades de ejecución en ese Estado, reconociéndole a esa sentencia extranjera los mismos efectos que se le reconocen en ese estado a las sentencias nacionales, verificando el cumplimiento de ciertos recaudos que provienen de normas internas o tratados internacionales en vigor.

Es decir que, cuando la ejecución del laudo arbitral se procura en un país distinto del que fue dictado, el trámite de *exequátur* previo al que se ve sometido, implicaría a fin de cuentas una nueva instancia de control, sin que este control implique la revisión del fondo del laudo como si fuera un tribunal de apelación o de casación.¹⁷¹

El control que autoriza la Convención de Nueva York es un control limitado que versa sobre cuatro aspectos fundamentales. La Convención de Nueva York establece que los estados contratantes reconocerán la autoridad de la sentencia arbitral y considerarán su ejecución conforme las normas de procedimiento vigentes en su propio territorio, con arreglo a esa Convención, sin que puedan imponerse condiciones o requisitos rigurosos, ni honorarios o costas más elevadas de las que se aplican al reconocimiento o ejecución de los laudos arbitrales nacionales.¹⁷²

¹⁶⁸ Ver por ejemplo Art. 499 del CPCCN Argentino.

¹⁶⁹ Ver en general, Caivano, Roque J., *La ejecución de los laudos arbitrales*, Revista Jurisprudencia Argentina, 1998-II-30.

¹⁷⁰ Fouchard, Phillippe, Gaillard, Emanuel y Goldman, Berthold, *Traité de l’arbitrage commercial international*, Litec, Paris 1996, p.899. La doctrina y jurisprudencia acuerdan que la Convención de Nueva York tiene como objetivo el facilitar la ejecución de laudos internacionales sin que medien obstáculos más allá de las causales de no-reconocimiento establecidas en la Convención u obstáculos procesales extraordinarios. Fallo del 18 de enero de 1990, XVII Y.B. Comm. Arb. 503, 1992 (Bundesgerichtshof alemán) (el reconocimiento de laudos internacionales es sujeto a los requisitos de la Convención de Nueva York, que pueden ser menores que los requisitos de reconocimiento domésticos); Int'l Standard Electric Corp. v. Bridas Sociedad Anónima Petrolera, 745 F.Supp. 172, 176 (S.D.N.Y. 1990) (“the thrust of the New York Convention was to limit broad attacks on foreign arbitral awards”); Fallo del 14 de marzo de 1984, XI Y.B. Comm. Arb. 536, 1986 (Tribunal Federal Suizo) (el objetivo de la Convención de Nueva York es de evitar el doble *exequátur* como lo era requerido bajo la Convención de Ginebra). Fallos en los EEUU, el Reino Unido, Alemania, Francia, y la gran mayoría de los centros comerciales con experiencia arbitral avanzada son generalmente similares. Born, pp.2715-2716.

¹⁷¹ Virgós Soriano, Miguel, *Arbitraje Comercial Internacional y la Convención de Nueva York de 1958*, pp.483-502 en Soto Coaguila, Carlos A. (director), *Convención de Nueva York de 1958: Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras*, Instituto Peruano de Arbitraje y Ediciones Magna, 2009. No nos referimos, por supuesto, a la anulación del laudo en su jurisdicción de origen, una temática que, como observáramos más arriba, no está comprendida en los límites de la Convención de Nueva York. Born, pp. 2553-2700 (tratando el tema de anulación de laudos en su jurisdicción de origen). Y en cuanto al reconocimiento de laudos internacionales, es claro que la Convención de Nueva York establece un régimen totalmente en favor del reconocimiento, no contrario a éste. Convención de Nueva York, Art. III; Norsk Hydro ASA v. The State Property Fund of Ukraine, 2002, All E.R. (D) 269 (Court of Appeal) (“an important policy interest ...[is to ensure] the effective and speedy enforcement of [New York Convention] international arbitration awards”); Fallo del 10 de Julio del 2002, XXVIII Y.B. Comm. Arb. 821 (Tribunal de Ejecución de Vardo), 2003 (“el laudo fue otorgado por un instituto internacionalmente reconocido y sería contrario al derecho internacional de Noruega que tal laudo fuese no ejecutado salvo circunstancias extraordinarias”).

¹⁷² Art. III de la Convención de Nueva York.

Uno de los avances y aportes más significativos de la Convención de New York consiste en invertir la carga de la prueba sobre la conformidad del laudo, abandonando la tesis de que quien solicita la ejecución debe probar que se reúnen los requisitos formales establecidos (Convención de Ginebra). La Convención de New York toma un criterio ágil, práctico y expeditivo: se presume la fuerza obligatoria del laudo, dejando la carga de probar cualquier impugnación a cargo del ejecutado. Es decir que además de limitar los motivos de denegación oponibles al laudo extranjero, la Convención de New York establece una regla de la carga de la prueba de gran trascendencia práctica ya que sólo la arbitrabilidad y el orden público pueden ser controlados de oficio por jueces nacionales; el resto de los motivos deben ser alegados y probados por la parte que los invoca.

Las causales de denegación de ejecución del laudo previstas en el Art. V de la Convención de New York son las siguientes: (a) que las partes hubiesen estado sujetas a alguna incapacidad susceptible de invalidar el acuerdo arbitral, juzgándose esta circunstancia en función de la ley aplicable al acuerdo que las partes hayan pautado o –si nada se indicó al respecto– por la ley del país donde se ha dictado el laudo; (b) que la parte contra la que se invoca el laudo no hubiese sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje, o que no haya podido por cualquier razón hacer valer sus medios de defensa; (c) que el laudo estuviere referido a una diferencia no sometida al arbitraje conforme el acuerdo arbitral entre las partes, o contuviere decisiones en exceso de los términos de este acuerdo; (d) que la constitución del tribunal o procedimiento arbitral no se hubiese ajustado al acuerdo celebrado por las partes o a la ley del país donde se llevó a cabo el arbitraje; (e) que la sentencia no fuere aún obligatoria o hubiese sido anulada o suspendida por autoridad competente del país donde se dictó el laudo.

Asimismo dentro de los requisitos que mencionamos pueden ser evaluados de oficio por los jueces nacionales, encontramos: (a) que el objeto del diferendo resuelto por árbitros no sea susceptible de ser sometido a arbitraje conforme la ley del país de ejecución y (b) que el reconocimiento o ejecución contraríen el orden público del país donde se lleva a cabo la ejecución.

Finalmente, es relevante señalar que la Convención de New York plasma el principio de la “eficacia máxima”, permitiendo y dando preferencia a la aplicación de normas (internas o convencionales) que tengan presupuestos de reconocimiento y de ejecución más favorables, liberales o procedimientos más simplificados, fijando la Convención sólo un estándar mínimo internacional al efecto,¹⁷³ con miras de obtener una mayor eficacia de los laudos extranjeros.

2.2. La causal de denegación del reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros en base a la afectación del Acuerdo Arbitral.

Se ha dicho que el acuerdo arbitral es la piedra angular del arbitraje¹⁷⁴ ya que de estar mal diseñada, o posiblemente ser “patológica”, el arbitraje se desmorona.¹⁷⁵ Así lo prevé el Art.V(1)(a) de la Convención de Nueva York

¹⁷³ Cabe recalcar que la jurisprudencia en las jurisdicciones más avanzadas en materia arbitral concluye que las causales indicadas son excluyentes; es decir, no admiten causales adicionales más allá de lo que establece el Art. V de la Convención de Nueva York. *Karah Bodas Co. V. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara*, 364 F.3d 274, 288, 5th Cir. 2004, (“while courts of a primary jurisdiction country may apply their own domestic law in evaluating a request to annul or set aside an arbitral award, courts in countries of secondary jurisdiction may refuse enforcement only on grounds specified in Article V”); *Dardana v. Yukos Oil Co.*, 2002, 1 Lloyd’s Rep. 225, ¶32 (Q.B.) (“Article V makes it clear challenges...can only be made as provided in Article V”); *Fallo del 25 de enero de 1996, Inter-Arab Inv. Guarantee Corp. v. Banque Arabe et Internationale d’Investissements*, XXII Y.B. Comm. Arb. 643, 647, 1997, (Tribunal de Primera Instancia de Bruselas) (el Art. V enumera limitativamente las bases por las que se puede rehusar el reconocimiento de un laudo arbitral internacional); *Born* 2720-2726.

¹⁷⁴ Ver §1.1.

¹⁷⁵ González de Cossío, Francisco, *Validez del Acuerdo Arbitral bajo la Convención de Nueva York: Un ejercicio conflictual*, en <http://www.imarbitraje.org.mx/estudios/Validez%20del%20Acuerdo%20Arbitral.pdf>, fecha de captura 20 de diciembre de 2012. La expresión “cláusula patológica” ha permeado la cultura arbitral para designar aquellas que no se ajustan siquiera a lo necesario para asegurar la efectividad del arbitraje que las partes suponían habían acordado. Eisemann, F, *La Clause d’arbitrage pathologique, Commercial Arbitration: Essays in Memoriam Eugenio Minoli*, 1974, p.129, 1974.

al contemplar como causal de denegación de reconocimiento y ejecución del laudo arbitral: “Que... el acuerdo [arbitral] ... no sea válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia...”.

La solución adoptada por la Convención de New York para analizar los requisitos de validez de un acuerdo arbitral tienen que ver con el derecho que le es aplicable, que en efecto es: (i) aquél que las partes hayan designado (sea en el contrato en el cual el acuerdo arbitral está contenido o en el acuerdo arbitral mismo); o (b) en ausencia de dicha designación, lo será el derecho de la sede del arbitraje. Es decir que desde el punto de vista de la regulación internacional, la Convención de New York establece la posibilidad de juzgar la validez de la cláusula arbitral, no solo por el vicio del consentimiento o falta de capacidad de las partes, sino por cualquier otra causa aplicable según la ley a la que las partes hayan sometido dicho acuerdo.

Igualmente, la invalidez del acuerdo arbitral puede tornar inejecutable el laudo arbitral por no existir una inequívoca voluntad de las partes de solucionar sus controversias a través del arbitraje, ya sea porque el convenio arbitral no cumple con las prescripciones del legislador o estemos en presencia de un convenio defectuoso, válido en lo esencial pero que presente imprecisiones provocando la ineficacia del propio acuerdo arbitral.¹⁷⁶

Paralelamente la Convención de Nueva York contiene un régimen de validez del acuerdo arbitral dentro del contexto de su ejecución¹⁷⁷, estableciendo que:

“El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable”. [énfasis añadido]

Como se puede advertir, la Convención hace referencia a los términos de “nulidad”, “ineficacia” o “inaplicabilidad” como términos similares o equivalentes, a pesar de que los mismos no necesariamente son compatibles en la legislación local de cada país. Se ha entendido que la terminología utilizada es intencionalmente amplia y obedece al deseo de lograr una aplicación homogénea de la Convención de New York en diferentes jurisdicciones abarcando las doctrinas y principios nacionales que puedan generar la “invalidez” del acuerdo arbitral.¹⁷⁸

Es importante señalar que los antecedentes de la Convención de New York no dan una explicación clara al significado de las palabras “nulo”, “ineficaz” e “inaplicable”, y es escasa la doctrina o jurisprudencia que de una opinión acerca del alcance de las mismas.¹⁷⁹

¹⁷⁶ Artuch Iribarri, E., *El convenio arbitral defectuoso*, RCEA, T.XI, 1995, pp.415-421; Born, pp.655-661 (discutiendo las modalidades de cláusula patológica, entre las cuales se incluyen aquellas que ni hablan del consentimiento, las que son inconsistentes, las que son imposibles de cumplir, las que no indican cómo elegir a los árbitros, las que están en “blanco”, y las que carecen de ámbito de aplicación).

¹⁷⁷ Art. II.3 de la Convención de Nueva York.

¹⁷⁸ Broches, Aron, *A Commentary on The UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Boston, 1990, pp.45-46.

¹⁷⁹ Lamentablemente, el texto de la Convención aclara o define que supone el artículo, que se incluyó en los últimos momentos de negociación, lo que es notable en comparación con la detallada articulación de los principios de no reconocimiento de un laudo extranjero establecidos en su Art. V. (van den Berg, A. J., *The New York Arbitration Convention of 1958*, 1954, p.154). Se supone que los estados firmantes de la Convención no debieran establecer normativas contractuales que dificultasen la efectividad contractual, y que pudieran expandir las limitaciones implícitas en los Arts. II.1 y II.3 de la Convención, como por ejemplo requisitos formales extraordinarios, cargas de pruebas inusuales, o limitaciones en los ámbitos de arbitrabilidad. Es por ello que la doctrina generalmente reconoce que el concepto de “nulidad” en el Art. II.3 se refiere a situaciones en las que el acuerdo arbitral es defectuoso ab initio, como en casos de fraude, ilegalidad, o error mutuo. En cuanto a la referencia a contratos no operativos en el Art. II de la Convención, la doctrina reconoce que esta debiera referirse a aquellos acuerdos que, habiendo sido efectivos en su momento, dejaron de serlo, como por ejemplo casos revocatoria, repudio, o prescripciones temporales. Finalmente, los acuerdos no capaces de ser cumplidos debieran limitarse a aquellos que contemplan procedimientos imposibles o indefinidos. Born, pp.709,711.

Por lo que se debe ser muy minucioso al diseñar la cláusula arbitral, máxime en cuanto a la selección de la sede del arbitraje (por ser en su caso la ley aplicable en caso de silencio de las partes), recomendándose el previo análisis de la legislación interna relacionada con el tema de manera de no soportar sorpresas al momento de requerirse, en su caso, la ejecución del acuerdo arbitral.

La invalidez del acuerdo arbitral como causal de denegación de reconocimiento y ejecución del laudo es tan interesante como compleja, ya que la concurrencia de múltiples leyes, aunada a la diversidad de soluciones que el derecho comparado arroja, multiplicado por la aproximación por la Convención de Nueva York, hace que el tema sea atractivo de explorar y considerar en su entera dimensión a los fines de contar con un acuerdo arbitral válido y ejecutable.

Finalmente, creemos que el régimen delicadamente articulado por los creadores de la Convención de Nueva York ha mostrado ser correcto desde el punto de vista técnico, ya que la partición de regímenes, por un lado el aplicable para la ejecución de acuerdos arbitrales y por el otro el de la ejecución de laudos arbitrales, aseguran que los acuerdos arbitrales reúnan ciertos requisitos de “mínimo” para poder ser ejecutados, y posibilitar un análisis exhaustivo de validez del acuerdo arbitral bajo su régimen local.¹⁸⁰

2.3. Ventajas en el reconocimiento y ejecución de laudos con Acuerdo Arbitral válido y ejecutable

Frente a lo mencionado en las secciones anteriores, podemos concluir que la ejecutabilidad de un laudo arbitral se podría encontrar íntimamente relacionada a la claridad y precisión con que se exprese la voluntad de las partes en el acuerdo arbitral, ya que cuanto más puntual y detallada pueda ser, mayor éxito obtendremos en el análisis correspondiente de su validez conforme los parámetros mencionados.¹⁸¹ Más allá de la ayuda proporcionada por las distintas instituciones arbitrales en la elaboración de “cláusulas modelos” probadas, debemos complementar las mismas con un análisis específico de la legislación aplicable en cuanto a su validez y los requisitos por esta exigidos. De esta manera podremos obtener mayor garantía de un acuerdo arbitral válido que permita su inmediata ejecución, ya que los laudos basados en un acuerdo de voluntades que permita claramente evidenciar la intención de las partes a someterse a arbitraje delegando la jurisdicción natural son generalmente mejor recibidos por los tribunales nacionales, permitiendo una tramitación más expeditiva y sin dilación en su reconocimiento y ejecución.

3. CONCLUSIONES

Es importante cerrar este tema haciendo hincapié en la forma que debe ser concebida y aplicada la causal de denegación descrita en base a la invalidez del acuerdo arbitral, y de las causales en general previstas por los ordenamientos internacionales relativos a la material.

Si bien los motivos de denegación de reconocimiento y ejecución se encuentran previstos en instrumentos internacionales, la revisión de fondo exhaustiva por parte de los tribunales nacionales del laudo no es viable, si bien puede producirse un control formal (por ejemplo de la validez del acuerdo arbitral), el control de fondo debe consistir simplemente en considerar su producción e implementación para luego dar el paso a la ejecución.

Las causales no implican que el juez local ejecute un análisis exhaustivo. El nivel de revisión al momento de ejecución del acuerdo arbitral debe ser mínimo. Con respecto al caso puntual del análisis del acuerdo arbitral, generalmente este punto es analizado minuciosamente por el tribunal arbitral, previo a declarar su competen-

¹⁸⁰ González de Cossío, Francisco, *Validez del Acuerdo Arbitral bajo la Convención de Nueva York: Un ejercicio conflictual*, en <http://www.inarbitraje.org.mx/estudios/Validez%20del%20Acuerdo%20Arbitral.pdf>, Fecha de captura 20 de diciembre de 2012.

¹⁸¹ Ver §2.2.

cia (justamente la naturaleza del principio Kompetenz-Kompetenz) con lo que será este tribunal quien lo analice con detenimiento la cuestión, y no los tribunales nacionales. En el caso de que esta causal sea considerada aplicable, la misma debe ser evidente y manifiesta. Caso contrario las partes deberán recurrir a los tribunales nacionales habiendo acordado acudir al arbitraje para dirimir sus conflictos, seria contra natura.

La efectividad del arbitraje y el reconocimiento y ejecución de sus laudos no debe estar sujeto a fronteras jurídicas, y debe contar con el apoyo de los jueces locales y participantes del mercado. De esta manera, por supuesto dentro de un marco de legalidad, los tribunales nacionales no deben ver sus poderes limitados por las fronteras nacionales y deben ajustar sus conductas a favor del acuerdo de voluntad de las partes facilitando la ejecución del resultado de su elección y obligación.