

PANEL II

Instrumentos Jurídicos Regionales e Internacionales en materia de Reconocimiento y Ejecución de Laudos Extranjeros

Dr. Paul Arrighi

Dr. Fernando Cantuarias

Dr. Paul Arrighi: sobre los instrumentos internacionales en la materia nos preguntamos: ¿Cuáles son hoy?: la Convención de Nueva York y en el sistema interamericano: la Convención de Panamá de 1975 y la Convención de Montevideo del 1979, el Protocolo del Mercosur y los acuerdos del Mercosur del 1998; las legislaciones nacionales de los países, en dos planos: de arbitraje nacional y de arbitraje internacional (diferentes procedimientos para el reconocimiento y ejecución).

Revisando la situación en 1975 cuando se aprobó la Convención de Panamá, la realidad es muy distinta a la de hoy. Solo Ecuador, EE.UU, México, Chile eran parte de la convención. Los demás países no tenían normativa adecuada, aplicaban la normativa nacional de los Códigos de Procedimiento Civil nacionales; había una escasa cultura arbitral; pocos casos y escasa difusión del derecho del arbitraje.

¿Qué pasaba? Habría que hacer referencia a un artículo de Albert Jan van den Berg de 1979 en el que se encuentra con un panorama que ya interesaba a la doctrina. En el 1991, sale un artículo publicado en la revista de la Universidad de Miami de Horacio Grigera Naón. En los años 80, con la apertura de las economías, el auge del arbitraje y el advenimiento de la Ley Modelo contribuye mucho en el año 1985.

¿Cuál es la situación hoy? Es bueno saber la adhesión que existe respecto a los principales instrumentos. La Convención de Nueva York cuenta con 148 partes; la OEA tiene 35 miembros, de ellos sólo 19 son parte de dicha Convención; también no lo son varios países del Caricom. Sólo 10 Estados miembros de la OEA son miembros de la Convención de Montevideo. En Mercosur sólo los Estados originarios del Mercosur, más Chile y Bolivia.

En las últimas décadas ha habido una tendencia a adoptar legislación en la materia. Uruguay y Argentina están en mora en cuanto a adoptar legislación especial. Fernando Mantilla en el 2005, en la misma revista que Albert Jan Van Den Berg en el 1979, hace notoria la evolución. José también hizo un aporte en la Revista de Mediación sobre la evolución del arbitraje en Latinoamérica. Tenemos hoy en día una pluralidad de fuentes: tratados y leyes. Parece indiscutible la supremacía de los tratados sobre las leyes internas. Así creo que es el entendimiento monista de la región. Sin embargo, también hay que tener en cuenta que la Convención de Nueva York permite la primacía de la ley más favorable sobre la Convención. A veces entonces la ley puede primar sobre el tratado.

En cuanto al tema de la relación de los tratados entre sí, puede darse la superposición de tratados exclusivamente sobre arbitraje como serían Convención de Nueva York y la Convención de Panamá, y aquellos otros donde la materia arbitral se ha aplicado por debajo de la eficacia y el reconocimiento de la sentencia extranjera. Creo que esas dos cosas que crean un marco de incompatibilidad absolutamente diferente. Todos sabemos que uno de los grandes logros de la Convención de Nueva York fue crear un régimen de reconocimiento y ejecución muy diferente del que existe, aun hoy, para las sentencias jurisdiccionales extranjeras.

Este conflicto entre tratados, esta superposición, ¿cómo se resuelve?, mediante normas de compatibilidad entre tratados. El art. VII.1 de la Convención de Nueva York establece que no afectará la validez de acuerdos bilaterales o unilaterales, y extingue el Protocolo de Ginebra del año 1923. La Convención de Montevideo de 1979 en el art. 1.3 contiene una norma de compatibilidad interesante que señala que las normas de ese tratado, en lo

relativo a laudos extranjeros se aplicarán en todo lo no previsto, en la Convención de Panamá. La Convención de Montevideo marca un criterio de compatibilidad. El art. 23 del MERCOSUR también tiene una disposición que se refiere a la Convención de Panamá, a las Leñas y a Montevideo de 1979. También hay normas de compatibilidad en las leyes que más o menos repiten que en caso de que más de un tratado internacional sea, aplicable se empleará aquél más favorable a la parte que solicite el reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral.

Venezuela ha incorporado este criterio de favorabilidad, no por una ley sino por un fallo jurisprudencial del Tribunal Supremo de Justicia en el caso Pepsi v. Coca-Cola de 9 de octubre de 1997.

Si tenemos normas de compatibilidad ya tenemos un buen bastón para caminar en este terreno tan complicado. Entre Panamá y la Convención de Nueva York habría que ver si en el ejercicio de la autonomía de la voluntad hubo una elección de las partes. Cosa que raramente ocurre. Podría recurrirse a un principio de especialidad, según el cual en el ámbito interamericano se aplica la Convención de Panamá primero que Convención de Nueva York, sin perjuicio del principio siguiente de complementariedad. Este criterio de especialidad es recibido por la legislación americana Federal Arbitration Act que favorece esto, si las partes han suscrito la Convención de Panamá y con miembros de la OEA. El principio de complementariedad no excluye ni a una ni a otra.

Otro principio es el de máxima eficacia según el cual se debe buscar la solución más favorable dentro de esas dos convenciones.

Entre Panamá y la Convención de Nueva York, en materia de normas ejecución de laudos equiparados a sentencias extranjeras, creo que por las normas de compatibilidad que ya vimos, esta posibilidad ya no se daría. Esta alternativa sólo se daría entre laudos interamericanos, civiles en el juego entre las dos convenciones interamericanas. En todo caso debieran regir los principios de especialidad y de máxima eficacia teniendo en cuenta el entendimiento de la comunidad internacional de facilitar la circulación de laudos arbitrales extranjeros con un tratamiento más favorable que el dado a las sentencias extranjeras. El artículo 30, apartados 2 y 3 de la Convención de Viena sobre los Tratados son buena guía.

No voy a ahondar en las diferencias clásicas entre la Convención de Panamá y la Convención de Nueva York, pero sí es trascendental en materia de reconocimiento y ejecución. ¿Cuál es el laudo ejecutable en una y otra?. La Convención Interamericana habla de un Laudo no impugnabile, y ese no es el concepto del laudo ejecutable bajo Convención de Nueva York. Aquí hay una diferencia trascendental en la práctica. Es importante, en la dinámica de la interpretación de la Convención de Nueva York, y la recomendación CNUDMI de 2006 sobre la interpretación del párrafo 2 del artículo II sobre el compromiso arbitral y la interpretación del párrafo 1 del art. VII incluyendo también su mandato en lo referente al acuerdo arbitral y no sólo en cuanto a reconocimiento y ejecución.

Respecto a Uruguay, tenemos escasa jurisprudencia. ¿Cómo se aplica Convención de Nueva York? ¿Cómo se aplica Panamá? Paso un pequeño aviso: la comisión de arbitraje de la CCI ha hecho un trabajo importante que es la guía sobre reglas de procedimiento para la aplicación de la Convención de Nueva York. Incorpora 14 de los Estados miembros de la OEA. Es un termómetro sobre cuáles son las problemáticas prácticas sobre reconocimiento y ejecución.

Si yo tuviera que transmitir un mensaje a los jueces sobre esto les diría: *“el derecho de arbitraje ya incorporó principios y reglas definitivos en la Convención de Nueva York”* y:

- 1- El laudo no es un tipo de sentencia estatal extranjera. Son un “animal” más común que se mueve mejor que las sentencias en el ámbito internacional.
- 2- No existe más el doble exequátur, no volvamos a eso.

- 3- Existe una voluntad de facilitar la existencia del laudo, así lo establece la Convención de Nueva York y así lo establece la jurisprudencia que en 40 o 50 años se ha edificado tratando de alivianar las formalidades para probar la existencia de aquello que se quiere reconocer y ejecutar.
- 4- También las causales para limitar la ejecución son limitadas y adquiridas. Estos derechos adquiridos del arbitraje no pueden ser dejados de lado por malas interpretaciones.

Dr. Fernando Cantuarias: Me toca ahora analizar el marco normativo. Nos parecemos, pero no somos iguales. De allí aquello de que somos la subregión más hostil del arbitraje. ¡Qué maravilla que hay tanta legislación! ¡Hay un 14% por ciento de partes latinoamericanas en arbitraje CCI! La Cámara de Comercio de Lima lleva unos 3000 casos y algo similar ocurre en otras cámaras de comercio de la región. Estamos viendo un crecimiento súper importante en nuestra región. Quizás impactado por la evolución por la Ley Modelo CNUDMI. Hay sistemas dualistas y monistas, como hay países localistas. José Carlos Fernández Rozas mirándonos desde el otro lado señala: hay uniformidad. Hablar de competence-competence ya no es una cosa extraña, pero hay grandes diferencias en materia de acuerdo arbitral. Hay más libertad para determinar el procedimiento, para designar árbitros, pero las diferencias siguen siendo significativas. Hay grandes diferencias entre la forma del acuerdo, las materias que son arbitrales en una legislación y la otra, por ejemplo, Bolivia no reconoce la competencia en una sentencia, saltándose las convenciones.

La aplicación supletoria del Código de Procedimiento Civil en los países frustra el arbitraje, seamos honestos. Sobre todo en casos internacionales.

La intervención judicial sigue siendo un tema que está presente. En mi país, los jueces hacen un trabajo magnífico, pero de vez en cuando intervienen e intervienen más de la cuenta en materia de arbitraje. Quisiera que los jueces peruanos tuvieran la visión del Magistrado Solís.

Antes solo había jurisprudencia francesa, ahora hay algo en la región, pero todavía es difícil por la visión localista que prevalece.

Hay demasiadas normas. Pediría que la OEA comience a realizar un trabajo de limpieza de la legislación sobrante. Las normas en materia de reconocimiento de sentencias extranjeras son terribles y creo que contaminan al tema del reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales y se mantienen conceptos anacrónicos porque los tratados que los contienen están vigentes.

Hay dos tratados. Todos los Estados miembros de la OEA lo son de Convención de Nueva York (son 148 a nivel mundial), pero pocos lo son de Panamá (19). ¿cuál es el uso de Panamá? Lo digo con toda honestidad. Creo que Panamá no es clara mientras que Convención de Nueva York tiene un claro ámbito de aplicación. Se debe hablar de laudo extranjero, sobra la discusión sobre si el laudo es internacional o extranjero.

Laudo extranjero. Punto. No más discusión.

No sé cuándo se aplica Panamá. La Convención de Panamá viene de una visión latinoamericana. Queríamos nuestro propio tratado, un tratado que copia la Convención de Nueva York a medias.

Aparte del caso Pepsi no se aplica Panamá. En mi opinión no se aplica porque se aplica sólo a laudos internacionales en materia comercial, y ¿qué es un laudo internacional?.. ¿Qué cosa es materia comercial? ¿Cómo se aplica un tratado que tiene 30 años y nadie utiliza? Todo esto es una locura de discusión.

Muchos países de América Latina han dado el salto cualitativo de decir que sí queremos beneficiar el arbitraje entonces se aplica el tratado que sea más eficaz, el más favorable. Panamá pasa así a segunda fila.

Pero los países que no tienen normativa al respecto ¿qué tratado aplican? Los principios tradicionales, ¿lex posterior derogat priori? En Mercosur parece que la cosa es más grave. Tienen la Convención de Nueva York, Panamá y además Mercosur hace falta limpiar la casa.

La Convención de Nueva York prevé la aplicación de normativa más eficaz. Perú lo permite, quizás sea la única jurisdicción que lo hace. Se aplica la ley si es más favorable que la Convención de Nueva York, en todo o en parte además.

Los últimos temas:

- 1- El requisito de presentar la copia de autenticidad del convenio arbitral es un problema puesto que el convenio no se conceptualiza de igual manera en todas partes.
- 2- El problema del acuerdo por escrito (art. II de la Convención de Nueva York) interpretado por los jueces a la luz de su propio derecho.
- 3- Caso de la Corte Suprema de Justicia en Colombia no reconocen laudos interlocutorios. ¿Qué pasa con los laudos parciales?

Algunos países tienen un procedimiento especial para el reconocimiento de laudos, muy distintos entre sí. Otros ni siquiera aplican directamente el procedimiento de reconocimiento de sentencias extranjeras, complicado porque excluye todo tipo de predictibilidad.

Termino con una crítica a Perú. Hay normas claras, los jueces reconocen la aplicación plena de Convención de Nueva York, pero a veces mezclan con el Código Civil y de Procedimiento. En definitiva, Perú va bien, con reservas.

Gracias.

Debate Panel II:

Ministro Milton Juica: me pregunto: ¿Cuál es la compatibilidad entre el Código de Bustamante y los instrumentos en materia de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales? ¿Qué tratamiento se da al tema de la reciprocidad en materia de Arbitraje Comercial Internacional?

Dr. José A. Moreno: muy clara la exposición del Dr. Paul Arrighi e incisivo lo dicho por el Dr. Fernando Cantuarias. Yo quisiera defender un poco a la Convención de Panamá por su rol histórico ya que promovió el arbitraje en una región hostil.

Sin duda son instrumentos quizás obsoletos. Quizás valga la pena deshacerse de ellos ¿Qué hacemos con estos instrumentos? Quizás podría pensarse en la Conferencia de la Haya, que ha propiciado instrumentos de derecho duro. Uno de los más importantes era el relativo a la contratación internacional como por ejemplo Roma I y también Convención de México que sólo está ratificada por dos países pero que ha recibido buenas críticas. Finalmente La Haya prefirió optar por unos principios en materia de contratación, conscientes de que estaban modificando la Convención de Nueva York. La OEA ya tiene experiencias como por ejemplo la Ley Modelo de Garantías. ¿Por qué no trabajar en una especie de guías para jueces sobre cómo lidiar con el conflicto de convenciones? Existen dos caminos:

- 1) Algunas tareas que puedan encomendarse a este grupo de expertos que termine en un documento a utilizar en una capacitación de jueces.
- 2) Que en una posible CIDIP VIII la OEA piense en algún tipo de derecho blando.

Dr. Horacio Grigera Naón: quiero destacar la sabiduría de lo que dice Paul y también de lo que dice el Dr. Moreno. Esto hay que solucionarlo de manera práctica ya que si miramos el texto estricto de las convenciones, yo no sé cómo vamos a solucionar esto. Quizás la OEA podrá tratar de persuadir el retiro de legislación obsoleta, pero eso tardaría muchísimo. Sólo podemos depender de los jueces para salir de este dilema. La Convención de Montevideo de 1979 sí hace una referencia a la de Panamá, pero no hace ninguna a la Convención de Nueva York y acá se habló del principio de eficacia en la Convención de Nueva York, pero para ello se tiene que aplicar la Convención de Nueva York. Se habla del Protocolo de MERCOSUR que tiene un artículo 35 que indica que se aplicarán todas las otras convenciones anteriores que no sean incompatibles con el Protocolo. Lo que pasa es que esa ratificación del protocolo es posterior a muchas ratificaciones de la Convención de Nueva York y por otra parte, es cierto que el convenio de Buenos Aires en su artículo 23, dice que “sí hay que compatibilizar para permitir la aplicación de Panamá”, pero agrega... “en lo pertinente” pero como nos arreglamos para responder a ¿qué es lo pertinente?, estamos en manos de los jueces.

Dr. Humberto Sáenz: quisiera hacer notar que el desafío es importante. A veces en los países el desafío pasa por algo más básico: la interacción entre los tratados y la ley local. Hay países donde no se ha podido aplicar las convenciones. Se desconoce lo que éstas estipulan para la homologación de laudos. No hemos llegado a discutir los conflictos entre las convenciones porque no se aplican las mismas. Sin entrar a defender la Convención de Panamá, coincido en el valor histórico de la misma. Se ratificó primero por muchos países antes que la Convención de Nueva York. No estoy seguro, con respecto a la Convención de Nueva York a cuáles sentencias le son aplicables. No se puede hablar ya del criterio de territorialidad. Queda de parte de las jurisdicciones determinar cuándo las sentencias nacionales pueden ser consideradas como internacionales por contener algunos elementos de internacionalidad.

Una pregunta a los panelistas: ¿no estaremos abriendo una puerta amplia y riesgosa al decir que vamos a elegir o que elegiremos varias normas para facilitar la homologación? ¿No podrá eso generar el efecto contrario?

Dr. Mauricio Gomm: salgo a la defensa de la Convención de Panamá. Desde un punto de vista práctico procedimental. Pongo el ejemplo de un caso con una parte americana y otra brasilera en arbitraje con cláusula compromisoria “vacía”. Las partes habían escogido Panamá. Se contrató a un abogado panameño para ejecutar el laudo en Panamá. La cláusula tenía como ley aplicable la ley brasilera, en Panamá. La ley de Brasil debe ser aplicable (la parte brasilera dijo, la ley procesal brasilera es la que se aplica). Ley brasilera: no habiendo acuerdo aplica la Convención de Panamá que resuelve que a falta de acuerdo se aplica ley de Brasil y, como Panamá es ley interna de Brasil, se aplicó con el acuerdo de parte americana para la cual Panamá también es aplicable. La presencia de Panamá es una solución muy importante en casos de cláusulas vacías.

Quiero resaltar la importancia de crear una guía para jueces, es importante, pero siempre que en su creación participen los jueces.

Dr. Paul Arrighi en respuesta al Ministro Milton Juica: yo no recuerdo las disposiciones del Código de Bustamante. Quizás son muy parecidas a las de la Convención de Panamá. En todo caso, los tratados posteriores derogan todas esas normas. Chile no hizo reserva de reciprocidad ya que firmó sin reserva la Convención de Nueva York.

Dr. Paul Arrighi en respuesta al Dr. Humberto Sáenz: los jueces a veces no tienen la técnica afinada para lograr el resultado, y a veces fallan sin resultado. Por ello es difícil pedirles a los jueces la aplicación de fuentes internacionales. Como ejemplo patente de ello, ahí está el caso venezolano en el asunto Pepsi-Coca Cola; este caso venezolano es el único precedente en materia de conflicto de tratados.

Dr. Fernando Cantuarias: no le quisiera restar el valor histórico que tiene la Convención de Panamá. Pero sí quisiera dejar en claro que si de lo que hablamos es de efectos prácticos, de estos no tiene ninguno. Yo veo a la

Convención de Panamá sólo como una declaración, ya que no incorporó nada nuevo. Latinoamérica no mejoró en arbitraje gracias a la Convención de Panamá sino gracias a la apertura de sus economías. Es de destacar que mientras en Ginebra 1961, se reforzaba Convención de Nueva York, en la OEA se aprobaba la Convención de Panamá para restar valor a la Convención de Nueva York.

Existen muchas guías y pocas son útiles. Habría que pensar en una especie de Protocolo estilo Ginebra. Sería un paso gigante para mejorar la Convención de Nueva York, que si bien se ha enmendado, aún tiene sus problemas.

El único que ha tenido este problema y que lo ha sabido resolver es Estados Unidos. Fíjense en que existe una regulación de arbitraje diferente por cada estado, sin embargo, a nivel federal se aplica Convención de Nueva York. Ello siempre dentro de Estados Unidos.

No nos resulta útil una convención que existe sólo para resolver una patología. Así, no puedo compartir la opinión de que Panamá sea útil. Parece abusivo que la CIAC se lleve casos que ya tienen pacto de partes ad hoc sobre la sede. Eso lo pudiera aceptar de no mediar acuerdo sobre la sede. Pero las preguntas de ¿por qué la CIAC? y ¿Por qué Washington? hay que hacerlas.

En el caso que plantea Mauricio Gomm, a él se le solucionó la patología que estaba sufriendo. Y eso está muy bien para su caso concreto. Sin embargo, lo normal hubiese sido que el árbitro panameño decidiera en favor del pacto. Por ejemplo, si en Perú se pacta ley brasilera, eso se considera una aplicación contractual y se aplicará en todo lo que no vaya en contra de la ley. La verdad es que la Convención de Panamá aporta muy poco hoy en día. Y por otro lado es cierto que tenemos una Convención de Nueva York que demanda que se le hagan algunos retoques. Yo soy de los que apuestan por un protocolo normativo en el que se enfrente la falta de claridad normativa y el tema de fuentes.

Dr. José Astigarraga: en ocasiones nuestras experiencias viven un mito. Hemos tenido casos con CIAC sin sede, y fuera de Estados Unidos. El convenio CIAC/ICDR se justifica por la infraestructura que tienen para facilitar el arbitraje, y que el caso sea en Nueva York o no, no cambia el cariz latinoamericano del caso. Hemos tenido casos en que la cláusula que dice “desacuerdos se resolverán por arbitraje” y nos preguntamos: ¿Será que la CIAC cubre el vacío? Yo no percibo que la CIAC o ICDR hayan favorecido a la sede americana en ningún momento.

Dr. José A. Moreno: estoy de acuerdo en lo catastrófico de algunos elementos de la Convención de Panamá. Ello evoca lo complicado de la CDIP VII. Veo muy difícil la propuesta de trabajar hacia un Protocolo del estilo de Ginebra. Una guía para jueces podría más fácilmente suplir esta carencia. Por ejemplo, la CIAC ha suscrito convenios con Paraguay y me consta que no se ha planteado este problema de sede. Reitero que, en este sentido, la Convención de Panamá no es para nada satisfactoria. Sin embargo, la reforma a la ley paraguaya se llevó a cabo según la ley modelo y ésta se propuso con el apoyo del BID. La cuestión principal que se vendía era que Paraguay formaba parte de un abanico de instrumentos que favorecían el arbitraje internacional. Y en este sentido, el valor de la Convención Panamá en Paraguay no ha sido sólo histórico, sino efectivo. Y quisiera resaltar que sí tuvo un valor práctico en el pasado.