

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

Rubén Santos Belandro



Panorama del arbitraje en América

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

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

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

Rubén Santos Belandro

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

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

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

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

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

La pluralidad de tratados y de legislaciones en relación con el arbitraje comercial internacional

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

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

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

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

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

Rubén Santos Belandro

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

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

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

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

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

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

La superposición normativa

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

La pluralidad de tratados y de legislaciones en relación con el arbitraje comercial internacional

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

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

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

Las cláusulas de compatibilidad

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

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

Rubén Santos Belandro

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

La cláusula de compatibilidad de la Convención de Nueva York

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

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

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

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

La pluralidad de tratados y de legislaciones en relación con el arbitraje comercial internacional

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

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

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

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

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

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

Rubén Santos Belandro

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

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

La cuestión fue zanjada de la siguiente manera:

- 1) *prima la voluntad de los particulares*: o sea que se les deja a ellos la libertad de solucionar el problema de los conflictos de convenciones, eligiendo la que les parezca más conveniente en relación con el negocio y el litigio planteados;
- 2) *en defecto de acuerdo expreso de las partes, prevalecerá la aplicación de la Convención Interamericana si la mayoría de los litigantes son ciudadanos de Estados que han ratificado o adherido a la misma, Estados, que además deben ser miembros de la OEA*; y
- 3) *si la mayoría de los litigantes no son ciudadanos de Estados ratificantes de la Convención Interamericana y no son miembros de la OEA, en todos los demás casos regirá la Convención de Nueva York*. La reserva hace mención a “todos los demás casos”, por lo cual se le ha dado a la Convención de Nueva York, un mayor radio de acción. No tenemos conocimiento de que otro Estado Parte haya estipulado una declaración semejante. Ante la carencia de una solución respecto de a qué texto convencional tomar en cuenta, los países latinoamericanos deberían acudir a la *Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados*.

La pluralidad de tratados y de legislaciones en relación con el arbitraje comercial internacional

La Convención de Montevideo y su cláusula de compatibilidad

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

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

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

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

Rubén Santos Belandro

El contenido de la Ley Modelo o Modelo de Ley

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

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

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

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

El Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR

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

*La pluralidad de tratados y de legislaciones en
relación con el arbitraje comercial internacional*

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

Rubén Santos Belandro

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

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

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