

La Evolución del Arbitraje en América Latina: De la supuesta hostilidad a la evidente aceptación

Diego P. Fernández Arroyo



Una Evaluación a Medios
de 2014

I. El mantra de la hostilidad latinoamericana hacia el arbitraje

El término hostilidad aparece casi siempre en las más variadas contribuciones sobre un ámbito tan vasto como es el arbitraje latinoamericano. En el mejor de los casos dicho término es usado para indicar que ahora dicha actitud se está volviendo menos agresiva.¹ Sin embargo, parece que el lugar común según el cual un generalizado sentimiento negativo respecto del arbitraje siempre existió o aún existe en América Latina, goza de buena salud. Es verdad que a veces el uso del vocablo se debe más bien a una repetición de clichés en la que nadie está totalmente a salvo de caer, pero incluso los más conspicuos autores, así como los trabajos más especiali-

*Árbitro y consultor
independiente, profesor del
Instituto de Estudios Políticos
de París (Sciences Po)*

Diego P. Fernández Arroyo

zados, a menudo se refieren a él.² Esto lleva a pensar que, indudablemente, hay algo que no funciona bien en nuestra región en relación con el arbitraje.

En esta sucinta contribución, que sólo busca ofrecer un panorama del arbitraje comercial internacional en América Latina, trataré de mostrar que, si no se introduce ningún matiz, el mencionado lugar común puede ser fuente de notables equívocos. En mi opinión, si alguna actitud hostil ha existido, la misma ha permanecido confinada al arbitraje con participación estatal y ha sido resultado de razones históricas relacionadas con cuestiones sensibles de soberanía e independencia. Fuera de ese ámbito específico, el arbitraje existió siempre en América Latina, incluso antes de la constitución de los Estados latinoamericanos, es decir, mucho antes de la existencia de lo que hoy se conoce como América Latina.³

Muchos de esos Estados incluyeron normas sobre arbitraje en sus constituciones y códigos del siglo XIX. Es verdad que esas reglas no eran apropiadas para desarrollar el arbitraje, sobre todo tal como él es actualmente (arbitraje “moderno”), pero su presencia indica a las claras que es totalmente inapropiado hablar sin matices de una hostilidad inicial o congénita, al menos como política oficial. El arbitraje fue aceptado siempre; sin embargo, las normas y las políticas subyacentes, ambas heredadas de viejas concepciones europeas en la materia, no permitieron un considerable desarrollo del arbitraje hasta hace relativamente poco tiempo, cuando la amplia mayoría de los Estados latinoamericanos abandonaron los viejos modelos (casi al mismo tiempo que también lo hicieron los países originarios de éstos). Y en materia de arbitraje de inversiones, si bien su aceptación fue mucho más complicada, es un dato objetivo que casi todos los Estados latinoamericanos lo utilizan actualmente para resolver sus controversias con inversores extranjeros.

Ahora bien, debe aceptarse que una cierta preocupación frente a la sumisión del Estado a jurisdicciones extranjeras (o *heterónomas*) y, en un sentido más amplio, frente a la posibilidad de que la soberanía estatal se vea condicionada por potencias o decisiones extranjeras ha existido en América Latina desde los mismos inicios de su historia y de algún modo sigue estando siempre allí. Casi no haría falta decir que tal preocupación, por un lado, nunca ha sido una peculiaridad de los países latinoamericanos⁴ y que, por otro lado, la his-

*La Evolución del Arbitraje en América Latina:
De la supuesta hostilidad a la evidente aceptación*

toria latinoamericana —en particular, pero no sólo, durante las últimas décadas del siglo XIX y las primeras del siglo XX— brinda un montón de razones para el surgimiento de sospechas acerca de la neutralidad y el sentido de justicia de esas potencias y decisiones. A fin de defenderse de las repetidas agresiones de las potencias extranjeras, los Estados de América Latina utilizaron diversos mecanismos, entre ellos, tal vez más por necesidad que por virtud, el derecho. Varias doctrinas jurídicas surgieron así como respuesta a situaciones particulares, algunas de gran gravedad institucional. La más célebre de todas es sin dudas la Doctrina Calvo.

Muchos autores repiten que la raíz de la supuesta actitud hostil de América

Latina respecto del arbitraje puede encontrarse en la fuerza de esta Doctrina,⁵ la cual fue adoptada como principio por la mayoría de los ordenamientos jurídicos de la región. Según esta difundida opinión, la Doctrina Calvo —a veces considerada conjuntamente con la Doctrina Drago y a menudo confundida con la Cláusula Calvo— habría bloqueado el desarrollo del arbitraje mediante la afirmación de que los inversores extranjeros deben someterse a los tribunales judiciales del Estado de acogida.

Sin embargo, la realidad es que la Doctrina Calvo surgió como una respuesta al abuso de la protección diplomática y la Doctrina Drago como una reacción contra el uso de la fuerza para el cobro de la deuda pública.⁶ Es decir que las materias directamente afectadas por estas doctrinas eran los contratos de Estado y los intereses públicos inherentes a los mismos. Por lo tanto, no debían ser, en principio, la causa directa de algún tipo de resistencia contra el arbitraje comercial o el arbitraje en general.

No por azar los Estados latinoamericanos han sometido siempre y sin mayores inconvenientes sus controversias incluyendo las referidas a la determinación de las fronteras, a tribunales judiciales internacionales y a árbitros extranjeros, en tanto y en cuanto les han parecido confiables y han podido elegirlos libremente.

Diego P. Fernández Arroyo

Un número considerable de datos confirma que en la medida en que la neutralidad y la justicia parecían respetarse la actitud prevaleciente no ha sido significativamente hostil al arbitraje desde una perspectiva política.⁷ Al menos, no ha sido menos favorable que la actitud general de los Estados de otras regiones del mundo. No por azar los Estados latinoamericanos han sometido siempre y sin mayores inconvenientes sus controversias (incluyendo las referidas a la determinación de las fronteras, controversias en las cuales la soberanía está profundamente enraizada) a tribunales judiciales internacionales y a árbitros extranjeros, en tanto y en cuanto esos jueces y árbitros les han parecido confiables y han podido elegirlos libremente.⁸ En general, las decisiones adoptadas en consecuencia se han cumplido sin mayores problemas.⁹

Y cuando el sistema de solución de controversias del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) empezó realmente a funcionar a toda máquina, los viejos temores se transformaron en algunas actitudes concretas de desconfianza, cuando no de rechazo. Fue en ese momento —hace unos pocos años— que cierto escepticismo en relación con el arbitraje tuvo algo más que quince minutos de fama. En otras palabras, aquellas preocupaciones más o menos difusas respecto de las actividades de los Estados y de las presiones foráneas sobre ellos, comenzaron a generar cierto malestar en relación con el arbitraje de inversiones, llegando incluso a producir, en algunos casos, una desconfianza más general hacia el arbitraje como mecanismo para la solución de disputas.¹⁰

Algo totalmente diferente es la existencia del vínculo estrecho entre el arbitraje y el derecho procesal que, heredado de Europa, aún provoca dificultades prácticas para resolver controversias jurídicas en la región (al igual que sucede en otros países del mundo).¹¹ Es, en efecto, evidente que el arbitraje moderno tiene muy poco que ver con el derecho procesal tradicional. Y esto es así incluso en los países en los cuales la reglamentación del arbitraje continúa atrapada en los códigos procesales. Mientras el procedimiento arbitral moderno es esencialmente flexible, el procedimiento judicial en muchos sistemas jurídicos tiende a ser rígido y formalista, con lo cual las coincidencias entre ambos son a menudo poco más que meras casualidades. En ese contexto, varios sistemas jurídicos han tenido problemas para encontrar la localización adecuada para el arbitraje en su propio esquema jurídico. Así, algunos de ellos siguen viendo al arbitraje como una excepción al “*juez na-*

La Evolución del Arbitraje en América Latina: De la supuesta hostilidad a la evidente aceptación

tural” (o a la “*jurisdicción ordinaria*”) y, en consecuencia, fomentan una interpretación restrictiva del alcance de los convenios arbitrales.¹² Para otros, el arbitraje queda encajado de algún modo en la jurisdicción local y, por lo tanto, las normas generales aplicables al procedimiento judicial (por ejemplo, las relativas a los recursos admisibles) se consideran en principio aplicables al procedimiento arbitral. Existieron también viejos instrumentos técnicos que impidieron un normal desarrollo del arbitraje, que aún sobreviven en algún ordenamiento totalmente desfasado. Entre ellos, pueden mencionarse la exigencia de un “*compromiso*” entre las partes para validar un convenio arbitral previo¹³ y el requisito del reconocimiento judicial del laudo en el Estado de la sede del arbitraje a fin de que el laudo pueda ser reconocido en el extranjero. Este tipo de hostilidad *conceptual* fue sin dudas mucho más difícil de superar que la pretendida hostilidad *política* referida anteriormente. Acaso la principal razón para eso fue que la (no) evolución del arbitraje estuvo tradicionalmente bajo el control de la doctrina procesalista.

No puedo terminar esta suerte de introducción sin hacer una última –y acaso demasiado obvia– consideración. Aunque el título y numerosas referencias de esta contribución se refieran en general a *América Latina* o al *arbitraje latinoamericano*,¹⁴ es evidente que, al igual que sucede en muchos otros ámbitos jurídicos y no jurídicos, la realidad a la que aluden todas esas referencias dista de ser homogénea. Incluso utilizando el concepto de América Latina en su acepción más estricta, la que se concreta en los veinte Estados independientes que fueron colonias de España, Portugal y Francia, las actitudes respecto del arbitraje difieren de país a país, del mismo modo que sucede en materias tales como la política, la economía o las relaciones internacionales, entre muchas otras. En consecuencia, cualquier generalización en materia de arbitraje lleva inevitablemente aparejado el riesgo de errores y malentendidos.

II. El marco jurídico actual

1. Instrumentos internacionales

No cabe duda que los Estados latinoamericanos en su conjunto no han querido quedarse al margen de la ola codificadora mundial en material de arbitraje comercial internacional. Todos los Estados latinoamericanos son partes de la Convención de Nueva York de 1958 sobre el reconocimiento

Diego P. Fernández Arroyo

La promoción del arbitraje como mecanismo de resolución de controversias ha sido objeto, con diferentes alcances y modalidades, de políticas específicas en el MERCOSUR, la Comunidad Andina de Naciones y el Sistema de la Integración Centroamericana.

y la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, el instrumento multilateral más influyente y significativo del derecho de comercio internacional.¹⁵ Además, sólo dos de ellos, Cuba y Haití, no se han sumado al principal instrumento regional en materia de arbitraje, la Convención interamericana de arbitraje comercial internacional hecha en Panamá en 1975 en el marco de la Organización de los Estados Americanos.¹⁶

Si actuando individualmente todos los Estados latinoamericanos han expresado su conformidad con las consideraciones generales básicas que comparte la comunidad internacional respecto del arbitraje, su actitud no ha

sido muy diferente en su actuación colectiva, como esquemas de integración económica subregional o en la conformación de zonas de libre comercio. En particular, la promoción del arbitraje como mecanismo de resolución de controversias ha sido objeto, con diferentes alcances y modalidades, de políticas específicas en el MERCOSUR,¹⁷ la Comunidad Andina de Naciones (CAN)¹⁸ y el Sistema de la Integración Centroamericana (SICA).¹⁹ También aparecen reglas específicas sobre la promoción del arbitraje en tratados de libre comercio en los que participan Estados latinoamericanos.²⁰ Sin embargo, ni el indudable interés en la promoción del arbitraje ni la adopción de algunos instrumentos regionales en la materia aseguran por sí mismos el mejoramiento de las condiciones para el desarrollo del arbitraje. Al contrario, a pesar de los esfuerzos, cada vez que las decisiones concretas y los instrumentos específicos no son apropiados los resultados se revelan inútiles cuando no directamente negativos.²¹

Además de estas realizaciones institucionales surgidas en el marco de las organizaciones subregionales de integración económica, existen otras ini-

La Evolución del Arbitraje en América Latina: De la supuesta hostilidad a la evidente aceptación

ciativas de carácter académico y/o profesional cuyo alcance o proyección abarca a toda la región. Tal vez las más significativas han sido hasta ahora las encarnadas por la Conferencia Latinoamericana de Arbitraje (CLA), que se reúne cada año a principios de junio, la Competencia Internacional de Arbitraje organizada conjuntamente por la Universidad de Buenos Aires y la Universidad del Rosario de Bogotá, y, aunque no sean “puramente” regionales, las reuniones motorizadas por la Cámara de comercio Internacional (CCI) vinculadas con la región, tanto la general que se realiza en noviembre en Miami como la específica del Grupo Latinoamericano de Arbitraje de la CCI que se reúne en septiembre alternativamente en París y en algún lugar de América Latina. También merecen ser mencionadas otras iniciativas como la Asociación Latinoamericana de Arbitraje (ALARB) y el Instituto Latinoamericano de Arbitraje.²²

2. Normas estatales

A nivel local, los Estados latinoamericanos también experimentaron un intenso impulso modernizador durante las últimas dos décadas,²³ los que van desde la reforma del derecho arbitral mexicano en 1993²⁴ a la nueva legislación colombiana en la materia.²⁵ Casi todos los países de la región adoptaron nuevas legislaciones de arbitraje y las siguen modernizando, la mayoría de ellos bajo la influencia directa o indirecta de la Ley Modelo de arbitraje comercial internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o mejor conocida como UNCITRAL por sus siglas en inglés). Oficialmente, UNCITRAL reconoce entre los Estados cuyo derecho arbitral se basa en la Ley Modelo a Costa Rica (2011), Chile (2004), Guatemala (1995), Honduras (2000), México (1993/2011), Nicaragua (2005), Paraguay (2002), Perú (1996, 2008), República Dominicana (2008) y Venezuela (1998).²⁶ Ahora bien, la mayoría de los que no “merecieron” la etiqueta UNCITRAL recibieron una potente, aunque heterogénea, influencia de las soluciones pergeñadas en la Ley Modelo. Puede decirse, por lo tanto, que, al menos desde una perspectiva formal, el derecho estatal latinoamericano en materia de arbitraje no debería ser muy diferente a los derechos de Noruega, Nueva Zelanda, California, Zambia o Azerbaiyán. En ese panorama de desarrollo virtuoso se hacen más visibles las excepciones²⁷ y los retrocesos.²⁸

Diego P. Fernández Arroyo

En ese contexto, dos particulares experiencias nacionales merecen destacarse. La primera es la de Brasil, que representa el cambio más profundo en la región. En efecto, si un país merecía los epítetos generalmente aplicados indiscriminadamente a todos los Estados latinoamericanos en materia de derecho arbitral, ese era Brasil. Precisamente, sobre la base de argumentos soberanistas, este país, y muy especialmente sus jueces y tribunales fueron tradicionalmente refractarios al desarrollo del arbitraje entendido como una opción diferente a la del aparato judicial del Estado. Eso explica el hecho de que cuando Brasil se dotó finalmente de una ley de arbitraje satisfactoria en términos generales,²⁹ la misma tuviera que verse congelada durante cinco años antes de poder ser puesta efectivamente en práctica.³⁰

Sin embargo, una vez que dicho obstáculo jurídico fue removido, el desarrollo del arbitraje en Brasil no para de sorprender tanto a los actores locales como a los observadores extranjeros. El número de instituciones, programas académicos, publicaciones y eventos internacionales relacionados con el arbitraje está en permanente crecimiento.³¹ La confianza en —y la familiaridad con— el arbitraje de los empresarios brasileños es hoy mucho más amplia que la que supo ser. Es verdad que los tribunales judiciales brasileños fueron aprendiendo a tratar los casos de arbitraje a medida que éstos se fueron presentando. Pero teniendo en cuenta que esta actividad sufrió un crecimiento impresionante, cabe afirmar que los resultados de ese aprendizaje forzado son altamente satisfactorios.

Un catalizador importante para el cambio de actitud fue la transferencia, por medio de la Enmienda constitucional 45/2005, de la competencia para el reconocimiento de decisiones judiciales y arbitrales extranjeras desde el *Supremo Tribunal Federal* (STF, el más alto tribunal brasileño, encargado del control constitucional de las leyes) al *Superior Tribunal de Justiça* (STJ). La jurisprudencia vino a confirmar la primera impresión de los especialistas, quienes en general saludaron la modificación ya que el carácter más especializado y progresista del STJ en relación con el STF debía normalmente resultar en una mejora del tratamiento de los laudos arbitrales extranjeros en Brasil.³² Hoy en día, las decisiones judiciales, tanto a nivel federal³³ como estatal³⁴ claramente muestran un fuerte apoyo al arbitraje.³⁵ Un proyecto de reforma legislativa, que busca entre otras cosas la ampliación de la arbitrabilidad y el desarrollo del régimen de la adopción de medidas cautelares por los tribunales arbitrales, está actualmente en tratamiento parlamentario.³⁶

La Evolución del Arbitraje en América Latina: De la supuesta hostilidad a la evidente aceptación

La otra experiencia nacional especialmente destacable es el surgimiento del *avantgardisme* peruano. Como es sabido, en 1996 Perú había adoptado una ley de arbitraje inspirada en la Ley Modelo de la CNUDMI y su funcionamiento había sido reconocido como ampliamente satisfactorio por los practicantes y por los académicos. Sin embargo, en 2008, Perú aprobó una nueva ley de arbitraje,³⁷ tomando en cuenta las modificaciones introducidas en la Ley Modelo en 2006. Pero la novedad del derecho arbitral peruano no se agota en la recepción de la Ley Modelo, sino que él contiene toda una serie de disposiciones no muy usuales, sobre todo en esta parte del planeta.³⁸

El tratamiento del recurso de nulidad del laudo arbitral es tal vez la que mejor refleja el espíritu de la transformación del derecho arbitral peruano operado a partir de la Ley de 1996: por un lado, el derecho a atacar el laudo arbitral por nulidad puede ser excluido por las partes, siempre que ellas no tengan ninguna relación con el Perú;³⁹ por otro lado, la presentación de un recurso de nulidad no suspende la ejecución del laudo, aunque la suspensión puede operarse a instancia de parte mediando una garantía suficiente.⁴⁰

En términos más generales, la característica principal de la Ley de arbitraje en vigor es la clara restricción de la intervención judicial en el procedimiento arbitral, excepto cuando tal intervención es expresamente establecida por la Ley⁴¹ y, en particular, cuando una de las partes presenta un recurso de nulidad del laudo (y esto con la restricción antes mencionada).⁴² Coherentemente, según la Ley, todas las referencias a los jueces en su rol de personas encargadas de resolver las controversias que se les someten se consideran también aplicables a los árbitros, en la medida en que se haya celebrado un convenio arbitral y la materia sobre la cual el mismo recae sea “*arbitrable*.”⁴³

Otra norma interesante es la que establece que el convenio arbitral debe extenderse a todos los que han manifestado su consentimiento por medio de su participación activa y decisiva en el contrato en el cual el convenio arbitral se inserta o que de otro modo se relacionan con el convenio arbitral.⁴⁴ En suma, lo que debe resaltarse respecto de la Ley peruana de arbitraje es su abierta llamada a la localización de arbitrajes internacionales en el país.

Cabe agregar un párrafo para la última propuesta de reforma del derecho arbitral argentino, actualmente en curso. Se trata de un capítulo dedicado

Diego P. Fernández Arroyo

al “contrato de arbitraje” dentro del Proyecto de Código unificado civil y comercial.⁴⁵ Con ese título aparentemente modesto, lo que se ha incorporado en el cuerpo del Proyecto es una verdadera reglamentación moderna del arbitraje privado, concebida sobre la base de principios aceptados a escala global y reflejados en la Ley Modelo de la CNUDMI. En general, la modernización del derecho del arbitraje en los países latinoamericanos ha coincidido con su liberación del yugo de los códigos procesales civiles. Con su Proyecto de 2012, Argentina vendría a sumarse a esta saludable tendencia sin ir sin embargo hasta la adopción de una ley autónoma como hubiera sido deseable.⁴⁶

Es evidente que la vía elegida no es la ideal. Se trata de una decisión pragmática, motivada por el deseo de no dejar pasar la oportunidad de cambio⁴⁷ y fundada en la máxima según la cual “lo mejor es enemigo de lo bueno.”⁴⁸ La cuestión esencial es separar al arbitraje tanto de la rigidez de las concepciones tradicionales del derecho procesal argentino, como de la estructura jurisdiccional del Estado. Lógicamente, esto no quiere decir que no haya buenas decisiones judiciales en materia de arbitraje en este país.⁴⁹ Yo iría todavía más lejos: tiene mucho más mérito dictar buenas decisiones con normas de arbitraje obsoletas⁵⁰ como hacen los tribunales argentinos (o uruguayos)⁵¹ —por no hablar de la redacción de ciertas cláusulas arbitrales con las que se suelen encontrar⁵²— que hacerlo con normas sofisticadas. Con todo, la adopción del texto propuesto —en su versión original— es más que deseable. Y esto no tanto porque se incluyan en él los criterios elementales de todo instrumento moderno de arbitraje, como la autonomía de la cláusula arbitral o la competencia-competencia, sino por la decisión de terminar con la interpretación restrictiva del convenio arbitral imponiendo la interpretación que conceda a éste mayor eficacia.⁵³

III. Las tendencias visibles en la jurisprudencia latinoamericana en materia de arbitraje

1. Los publicitados casos negativos

La aprobación de nuevas leyes de arbitraje, las cuales, con la excepción del caso mexicano, se configuran como leyes especiales, al margen de los códigos procesales (en el caso de México se trata del Código de comercio), refle-

La Evolución del Arbitraje en América Latina: De la supuesta hostilidad a la evidente aceptación

ja una actitud claramente favorable al desarrollo de este mecanismo para la resolución de disputas. A través de estos textos los Estados están enviando señales positivas para el arbitraje.

Sin embargo, la recepción de dichas señales no es homogénea y su implementación no está exenta de contradicciones. En países en los cuales impera, con más o menos matices, la separación de poderes, no es raro que los tribunales judiciales no sigan la mismas pautas que el poder ejecutivo e incluso que el poder legislativo. En algunos supuestos, los tribunales mejoran las soluciones brindadas por el legislador pero, en otros casos, demoran—cuando no bloquean— los desarrollos alcanzados o pretendidos a través de la aprobación de nuevos textos legales o la aceptación de instrumentos internacionales.

Como ejemplo paradigmático en este sentido cabe mencionar la Ley brasileña de arbitraje de 1996, la cual estuvo parada en el *Supremo Tribunal Federal* cinco largos años a raíz de una intrincada discusión acerca de su constitucionalidad.⁵⁴ Otros tipos de dicotomía entre las normas de arbitraje y la práctica judicial son denunciados en diversos Estados de la región.⁵⁵ Sin ninguna duda, una razón importante para la producción de contradicciones y de decisiones paradójicas radica en la proliferación de controversias arbitrales con participación de partes estatales, las cuales suelen atraer argumentos más políticos que jurídicos. De hecho, casi todos los casos “famosos” considerados contrarios al arbitraje (*Termorío*⁵⁶ en Colombia, *Copef*⁵⁷ en Brasil, *Cartellone*⁵⁸ y *Yacireta*⁵⁹ en Argentina) fueron casos relativos a relaciones jurídicas con parte estatal.

También existía participación estatal en un caso boliviano más reciente en el cual nada menos que el Tribunal constitucional plurinacional adoptó una decisión que considera que la nulidad de un contrato sólo puede ser pronunciada por un órgano judicial porque las nulidades son “*de orden e interés público*.”⁶⁰ Hay sin embargo también decisiones *raras* recientes que no tienen que ver con la participación de partes estatales en el arbitraje. Entre las más llamativas cabe destacar la decisión venezolana que anula un laudo arbitral dictado en los Estados Unidos bajo el fundamento de la violación del orden público venezolano, del derecho al juez natural y del derecho de acceso efectivo a la justicia.⁶¹

Diego P. Fernández Arroyo

2. Los menos conocidos (y más numerosos) casos positivos

Aun sin perder de vista los datos anteriores, una mirada a la jurisprudencia reciente de los tribunales estatales latinoamericanos permite darse cuenta, de una parte, que el arbitraje se ha convertido en una vía real –y, en muchos casos, preferida– para la resolución de controversias y, de otra parte, que los tribunales judiciales están apuntalando cada vez más decididamente este desarrollo, algunas veces yendo más allá de lo que el propio marco normativo en principio les permitiría contemplado con una actitud positivista.⁶²

Incluso sin llevar a cabo un análisis exhaustivo de las decisiones judiciales en materia de arbitraje, es muy fácil percibir una clara tendencia pro-arbitraje en la región. Por supuesto, decisiones malas, equivocadas y hasta incomprensibles también se encuentran de tanto en tanto y no sólo en casos con participación de Estados o empresas públicas. Sin embargo, ese tipo de decisiones no es una rareza exclusiva de los tribunales latinoamericanos.

Puede decirse que la jurisprudencia argentina, considerada globalmente y en la medida en que sólo partes privadas son concernidas, es hoy en día claramente favorable al arbitraje. Esta impresión no se ve afectada por el hecho de que puedan reportarse algunas decisiones judiciales en materia de arbitraje en las cuales los tribunales no aplican los instrumentos apropiados, señaladamente las Convenciones de Nueva York y Panamá. Así, en *Reef Exploration*, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sin siquiera mencionar dichos textos, admitió la ejecución de un laudo emitido en los Estados Unidos a pesar de la adopción previa de una medida anti-arbitraje por un tribunal argentino.⁶³

En varias oportunidades los tribunales argentinos han rechazado recursos de nulidad que invocaban errores en el razonamiento del laudo, afirmando que de otro modo se estaría poniendo en riesgo la misma naturaleza del arbitraje.⁶⁴ La Corte Suprema no ha sido ajena a esta tendencia generalizada, yendo bastante más lejos de lo que habitualmente se cree. Incluso en 2004, año en que se produjeron dos controvertidas decisiones en materia arbitral,⁶⁵ la Corte Suprema aceptó, en *Goijman c. Gomer*,⁶⁶ la validez de un convenio arbitral incluido en un contrato de trabajo que había sido “internacionalizado” debido a la entrada de nuevos socios en la compañía. En realidad, el res-

La Evolución del Arbitraje en América Latina: De la supuesta hostilidad a la evidente aceptación

peto a los acuerdos libremente estipulados por las partes es admitido desde hace mucho tiempo en Argentina; eso es especialmente notorio en relación con los pactos que derogan la jurisdicción argentina a favor de tribunales judiciales o arbitrales con sede fuera del país,⁶⁷ cuyas excepciones deben ser interpretadas restrictivamente. En suma, puede decirse que en general la jurisprudencia arbitral argentina, a pesar de una legislación claramente fuera de época, ha sabido estar a la altura de las exigencias actuales.

En Colombia, hay también una tendencia remarcable al respeto de las decisiones adoptadas en el extranjero. Así, la Corte Suprema de Justicia⁶⁸ ha elaborado una noción de orden público en cuanto obstáculo al despliegue de efectos de una decisión extranjera, subrayando su carácter excepcional y estableciendo, entre otras cosas, que:⁶⁹ no todas las normas imperativas colombianas deben ser aplicadas sino sólo aquellas que encarnan principios fundamentales; el reconocimiento de las decisiones extranjeras no implica la revisión del fondo de las mismas; la noción de orden público debe definirse respecto a principios internacionales, como un requerimiento del mundo globalizado.

Esta decisión de la Corte Suprema fue atacada, invocando la violación del derecho defensa, ante la Corte Constitucional, la cual, al rechazar el recurso, confirmó la noción elaborada por la Corte Suprema añadiendo que no resultaría admisible que los tribunales colombianos pretendieran extender su competencia para analizar si las normas sustantivas del derecho privado colombiano son idénticas a las del Estado de origen de la decisión.⁷⁰ Estos principios se traducen perfectamente a la materia arbitral en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, *Petrotesting Colombia*, de 27 de julio de 2011,⁷¹ en la cual además se descartan una a una todas las causales de rechazo de la ejecución de un laudo extranjero. También debe ponerse de relieve la estricta actitud de los tribunales judiciales de este país en lo relativo a los recursos de nulidad contra el laudo⁷².

Una línea de razonamiento no muy diferente puede encontrarse en una interesante sentencia chilena adoptada por la Corte de Apelaciones de Santiago⁷³. En ella la Corte rechazó el recurso que exigía la nulidad de un laudo afirmando, por un lado, que la intervención judicial cuando existe un con-

Diego P. Fernández Arroyo

venio arbitral debe ser excepcional y, por otro lado, que la noción de orden público debe ser interpretada restrictivamente. Poco tiempo después, la Corte Suprema⁷⁴ aceptó el exequátur de un laudo arbitral adoptado en Nueva York subrayando que, a pesar de la oposición del demandado, la finalidad del exequátur no consiste en la revisión de los méritos de la decisión.

Para la Corte, aunque el demandado invocara la violación de sus derechos de defensa, el objetivo real de su recurso era la revisión del fondo y de la apreciación de las pruebas, las cuales están excluidas del procedimiento de exequátur.⁷⁵ Más recientemente, la Corte Suprema ha vuelto a descartar con contundencia la utilización de artilugios para solicitar la nulidad de un laudo arbitral.⁷⁶

En México, la actitud favorable de los tribunales judiciales en relación al arbitraje, en particular en lo que se refiere al reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros, viene siendo destacada desde hace muchos años.⁷⁷ Muchas decisiones recientes confirman esta tendencia. En particular, cabe mencionar algunas decisiones de altas cortes mexicanas,⁷⁸ así como algunas *tesis* elaboradas por la Suprema Corte de Justicia,⁷⁹ que limitan el recurso de nulidad y clarifican su misma definición.

Por último, es muy importante destacar que también los tribunales venezolanos se inscriben en la misma corriente. Aún cuando dos salas del Tribunal Supremo de Justicia han mantenido durante algún tiempo diferentes puntos de vista respecto del arbitraje, el apoyo a este mecanismo para la resolución de controversias fue confirmado vehementemente por la Sala Constitucional, la cual, valga recordarlo, tiene la última palabra en la materia.⁸⁰ En efecto, mientras la Sala Político-Administrativa ha mostrado a veces cierta resistencia para validar el convenio arbitral basándose en los defectos o en la falta de precisión de su redacción,⁸¹ la Sala Constitucional ha insistido en la total legitimidad del arbitraje como mecanismo de resolución de controversias.

Así, esta sala ha recordado la existencia del derecho fundamental al arbitraje inserto en una noción eficiente del derecho de acceso a la justicia⁸² y que cualquier norma jurídica o interpretación judicial contra el mandato constitucional de promoción y desarrollo del arbitraje (y otros medios no judiciales de resolución de controversias, art. 258 de la Constitución venezolana) debe

La Evolución del Arbitraje en América Latina: De la supuesta hostilidad a la evidente aceptación

ser considerado inconstitucional.⁸³ A fines de 2010, la Sala Constitucional, en una erudita decisión, digna de elogio, reafirmó el principio de competencia-competencia rechazando en forma contundente los argumentos previamente vertidos en el mismo caso por la Sala Política-Administrativa.⁸⁴ Cabe subrayar que varias sentencias posteriores de esta sala parecen sugerir que el criterio de la Sala Constitucional ha terminado por imponerse.⁸⁵

Podrá pensarse que me he cuidado de hacer una selección de decisiones favorables, pero no es el caso. Simplemente me he limitado a subrayar unas pocas de ellas relativas a cuestiones esenciales, que sirven para confirmar que, en el contexto actual, la mayoría de los ordenamientos jurídicos latinoamericanos ofrecen un ambiente adecuado para el arbitraje y que los tribunales judiciales están mejorando sus respuestas a los problemas de aplicación causados por las normas en vigor.

IV. Algunas cuestiones particulares

Para completar este panorama sobre las tendencias actuales del arbitraje internacional en América Latina, al menos tres cuestiones deben ser puestas de relieve: la participación creciente de América Latina en el arbitraje internacional, la constitucionalización del arbitraje y el lugar atribuido al arbitraje en los ordenamientos jurídicos nacionales.

1. Incremento de la participación latinoamericana en el arbitraje comercial internacional

La adopción de –hablando en general– buenas leyes de arbitraje⁸⁶ y la ratificación de los instrumentos internacionales en la materia,⁸⁷ de un lado, y las tendencias jurisprudenciales positivas antes mencionadas,⁸⁸ de otro lado, reflejan el estado actual de la evolución del arbitraje en América Latina.

Ahora bien, no necesariamente indica la percepción real de dicho estado de parte de la comunidad de los negocios. La cuestión radica, por tanto, en ver si la profunda modificación del marco jurídico ha provocado mayor confianza en el arbitraje y, más concretamente, un incremento en el número de arbitrajes desarrollados en la región.

Diego P. Fernández Arroyo

Como se refleja en las estadísticas que maneja la Corte de arbitraje de la CCI durante la última década más de un 10% de los casos registrados en dicha institución tuvieron al menos una parte proveniente de América Latina o del Caribe.

La respuesta es un sonoro sí. En varios países latinoamericanos el número de casos sometidos a arbitraje experimentó un aumento impresionante.⁸⁹ El incremento de casos sometidos a procedimientos arbitrales es también notorio en otros países como Brasil, Chile, Panamá o México.⁹⁰ Igualmente, la multiplicación de instituciones arbitrales⁹¹ estaría indicando la existencia de un ambiente favorable en círculos profesionales y académicos. Los libros sobre “arbitraje latinoamericano”⁹² y las revistas especializadas dedicadas al arbitraje parecen multiplicarse.

De hecho, el arbitraje se ha convertido en una opción real para las partes latinoamericanas, como se refleja en las estadísticas que maneja la Corte de arbitraje de la CCI. Es interesante confirmar que durante la última década constantemente más de un 10% de los casos registrados en dicha institución tuvieron al menos una parte proveniente de América Latina o del Caribe.⁹³ Es también sorprendente que Argentina, Brasil y México están entre los doce Estados que brindan más árbitros a la CCI.⁹⁴

Es verdad que en muchos de los casos sometidos a arbitraje CCI en los cuales una parte es latinoamericana la sede del arbitraje es localizada fuera de la región. Sin embargo, la radicación de estos casos en algunos Estados latinoamericanos ya no constituye una rara excepción. Por el contrario, en la actualidad, “grandes” casos con partes latinoamericanas se someten a tribunales arbitrales cuya sede se fija en ciudades latinoamericanas, bajo los auspicios de instituciones arbitrales de renombre mundial.⁹⁵

2. Constitucionalización del arbitraje

El término “*constitucionalización*” admite, en el contexto del arbitraje latinoamericano, al menos dos perspectivas de análisis. De entrada, dado que algunas constituciones contemporáneas incluyeron expresamente una especie de derecho

La Evolución del Arbitraje en América Latina: De la supuesta hostilidad a la evidente aceptación

fundamental al arbitraje –que va de la mano con el deber de los poderes públicos de promover este mecanismo de resolución de controversias⁹⁶– uno estaría tentado de pensar que el arbitraje tiene un fortísimo apoyo institucional.⁹⁷ Pero al final, según algunos puntos de vista, dicha caracterización estaría abriendo las puertas a un particular ataque contra el arbitraje y más específicamente contra el laudo, sobre la base de supuestas violaciones de principios constitucionales.⁹⁸ En efecto, pareciera que es en esta corriente de constitucionalización que laudos adoptados por tribunales arbitrales con sede en Estados latinoamericanos son impugnados mediante diferentes tipos de recursos judiciales extraordinarios.⁹⁹

Un tema interesante, entre otros, es saber si dichos recursos pueden ser invocados directamente contra el laudo o únicamente contra la decisión judicial que resuelve un recurso de nulidad o la ejecución de un laudo. En México, por ejemplo, el singular mecanismo judicial conocido como “amparo” puede ser usado para atacar decisiones judiciales vinculadas con el laudo pero no el laudo en sí.¹⁰⁰ En Perú, aunque la Corte Constitucional autorizó el *amparo* contra el laudo arbitral, la Corte Superior de Justicia de Lima, aplicando una noción introducida en la Ley de arbitraje de 2008, afirmó que dicho recurso no puede utilizarse para revisar los mismos argumentos previamente invocados en el procedimiento de anulación del laudo.¹⁰¹ En Venezuela, el Tribunal Supremo de Justicia admite el “*amparo constitucional*” incluso contra laudos extranjeros.¹⁰² Por supuesto, uno puede reducir estas cuestiones a una discusión entre “*viejas concepciones*” sobre el orden jurídico y el “*nuevo pluralismo jurídico*” y decir que el arbitraje comercial internacional actual no puede estar sometido a ninguna constitución.¹⁰³ El problema puede consistir en convencer a algunos tribunales con esos argumentos tan sofisticados.¹⁰⁴

3. El lugar del arbitraje en el contexto jurisdiccional

El progreso legislativo y judicial en materia de arbitraje sigue chocando, en muchos casos, con los obstáculos provocados por ciertas concepciones tradicionales del derecho procesal. De hecho, tal vez el tema más importante en los sistemas jurídicos latinoamericanos es la extendida visión del árbitro como un componente de la organización jurisdiccional local. El sentido de esta concepción de base es que al elegir la sede del arbitraje las partes no sólo están eligiendo un lugar geográfico sino también el marco jurisdiccional dentro del cual se desarrollará la actividad del tribunal arbitral.

Diego P. Fernández Arroyo

Como resultado, dicha actividad será sometida al control de las altas autoridades judiciales del Estado de la sede y el tribunal arbitral estará conminado a aplicar algunas reglas procesales (e incluso sustantivas) de ese Estado.

Por cierto, tal concepción no es para nada una particularidad de ciertos Estados latinoamericanos.¹⁰⁵ Lo que interesa destacar es que ella puede configurar un obstáculo a la normal aplicación del principio de competencia-competencia. Precisamente, la consideración del tribunal arbitral como un órgano del cuerpo judicial del Estado puede provocar, por ejemplo, que cada vez que la competencia de un tribunal arbitral es cuestionada delante un tribunal judicial que es tenido como competente por el impugnante, el “conflicto” entre el tribunal judicial y el tribunal arbitral sólo pueda ser resuelto por una instancia judicial superior.¹⁰⁶ El procedimiento para decidir acerca de ese conflicto puede ser largo y tortuoso y servir de imán para estrategias procesales dirigidas a eternizar la resolución de la disputa.¹⁰⁷

La cuestión puede plantearse en términos aun peores si el arbitraje es tomado como una mera excepción de la jurisdicción judicial (la cual aparecería como la “ordinaria” o “natural”),¹⁰⁸ lo que llevaría inexorablemente a la interpretación restrictiva del convenio arbitral. El ámbito más propicio para este tipo de concepción se encuentra principalmente en países como Argentina y Uruguay que no han entrado todavía en la onda de modernización del arbitraje y continúan aplicando las viejas reglas de los códigos procesales. Incluso alguna decisión reciente lo señala expresamente.¹⁰⁹ Habría así una especie de consagración de un derecho fundamental al juez natural, identificado con la figura del juez estatal. Por más que la he buscado, yo no logro encontrar una justificación lógica a esta identificación.

A mi modo de ver¹¹⁰ el simple hecho de hablar de lo que no es más que una opción para la resolución de un litigio como de la opción *natural*, degrada la otra opción (o las otras opciones). Y no tengo ninguna duda que el derecho fundamental (salvo en los casos penales, donde la noción se refiere a la autoridad preestablecida) en cuestión no es el derecho al juez natural sino el derecho de acceso a la justicia, la cual obviamente puede ser impartida tanto por un *juez judicial* como por un *juez árbitro*, como por cierto lo reconocen varias constituciones latinoamericanas.¹¹¹ En realidad, en este caso, no estamos

La Evolución del Arbitraje en América Latina: De la supuesta hostilidad a la evidente aceptación

frente a un binomio compuesto por una regla general (o principio) y una excepción a la misma, sino frente a dos objetos ontológicamente diferentes. Para reconocer esto, ni siquiera es preciso llegar al punto de la jurisprudencia francesa, para la cual el árbitro es el juez del derecho del comercio internacional.¹¹²

Por supuesto, la consideración del arbitraje como un proceso excepcional no es posible allí donde la noción de arbitraje como un mecanismo autónomo para la resolución de controversias está profundamente enraizada y donde una regla tan simple como la contenida en el art. 16(3) de la Ley Modelo de la CNUDMI¹¹³ está en vigor, siempre que tal regla sea correctamente aplicada por los tribunales estatales.¹¹⁴ La tendencia hacia el respeto a la regla de la prioridad de los tribunales arbitrales se va imponiendo inexorablemente.¹¹⁵ En realidad, en términos estrictos, no muy diferente deberían ser las consecuencias de aplicar sensatamente el art. II.3 de la Convención de Nueva York de 1958,¹¹⁶ en vigor en todos los Estados latinoamericanos.

La contundencia del art. 3 del decreto peruano de 2008, que confirma lo que antes decíamos de la diversidad sudamericana, es digna de mención:

Artículo 3º.- Principios y derechos de la función arbitral.

- 1. En los asuntos que se rijan por este Decreto Legislativo no intervendrá la autoridad judicial, salvo en los casos en que esta norma así lo disponga.*
- 2. El tribunal arbitral tiene plena independencia y no está sometido a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones.*
- 3. El tribunal arbitral tiene plenas atribuciones para iniciar y continuar con el trámite de las actuaciones arbitrales, decidir acerca de su propia competencia y dictar el laudo.*
- 4. Ninguna actuación ni mandato fuera de las actuaciones arbitrales podrá dejar sin efecto las decisiones del tribunal arbitral, a excepción del control judicial posterior mediante el recurso de anulación del laudo contemplado en este Decreto Legislativo. Cualquier intervención judicial distinta, dirigida a ejercer un control de las funciones de los árbitros o a interferir en las actuaciones arbitrales antes del laudo, está sujeta a responsabilidad.*

Diego P. Fernández Arroyo

V. Comentarios finales

Una vez presentado un panorama general de las realizaciones y tendencias del arbitraje comercial internacional latinoamericano, y a fin de asegurar que dicho panorama es comprendido en su justa dimensión, tres precisiones específicas deberían ser especialmente tenidas en cuenta:

- Gran diversidad:

No obstante la existencia de varios elementos comunes, no es fácil encontrar una única actitud, incluso una tendencia más o menos unitaria, en América Latina. Como suele suceder con la definición de posiciones políticas y económicas a nivel nacional, el desarrollo de los ordenamientos jurídicos depende de muchos factores específicos que raramente están combinados de la misma manera en dos países diferentes. En lo que se refiere concretamente al arbitraje comercial internacional, si una tendencia puede ser identificada de la observación de la actividad legislativa de los Estados latinoamericanos, de las decisiones políticas de sus Gobiernos y de las decisiones judiciales, es que el arbitraje se ha convertido en un mecanismo generalmente aceptado para resolver controversias comerciales internacionales. Esa es tal vez la única tendencia común en el panorama actual del arbitraje comercial en América Latina. Esa aceptación general del arbitraje no excluye la existencia de excepciones y contradicciones, incluso en el ámbito de un mismo tribunal de justicia. Además, el ritmo de puesta en práctica de modernas concepciones que van siendo aceptadas generalmente, difiere según cada país y, bajo ciertas circunstancias externas, según el tiempo en que se llevan a cabo.

- Necesidad de un esfuerzo pedagógico:

La expansión del arbitraje en América Latina generó una significativa masa crítica de profesionales altamente educados y a menudo bien entrenados en la materia, así como una cierta difusión de las ventajas del arbitraje en el seno de la comunidad de los negocios. Instituciones arbitrales de buena calidad han sido creadas y están funcionando a lo largo y a lo ancho de la región; en algunos países el número de casos (más domésticos que internacionales) ha aumentado considerablemente. El gran desafío continúa siendo la educación de los jueces en

La Evolución del Arbitraje en América Latina: De la supuesta hostilidad a la evidente aceptación

la interpretación y la aplicación de los instrumentos internacionales de arbitraje y de los mecanismos adoptados a escala estatal¹¹⁷. Cada programa oficial para promover y desarrollar el arbitraje en la región debería tomar este elemento como prioridad número uno. En este sentido, el programa desarrollado por la OEA dentro del cual se inscribe esta publicación se dirige en la dirección correcta y es digno de todos los elogios.

- Aislamiento y manejo del arbitraje de inversiones:

El debate (y las fuertes reacciones) originado en el marco del arbitraje de inversiones —por ejemplo, sobre la legitimidad de los árbitros para lidiar con los intereses generales—, considerado en su conjunto, puede considerarse más bien positivo. A mi modesto entender, dicho debate sirvió para ayudar a mejorar el derecho de inversiones, el equilibrio de los derechos y obligaciones de inversores y Estados, y la profesionalización de los miembros de la abogacía del Estado. El aspecto negativo fue el impacto de la primera década de casos de arbitraje de inversiones afectando Estados latinoamericanos sobre el arbitraje comercial internacional en general. Tal vez el pecado original haya sido la generalización de la aplicación de normas y mecanismos elaborados para casos comerciales a una realidad sustancialmente diferente. Ahora, el péndulo del arbitraje de inversiones para estar más cerca del centro, en particular debido a la proliferación de estándares de transparencia. El arbitraje comercial se está diferenciando de su complicado primo. En consonancia con esto, puede decirse que las actitudes contrarias al arbitraje en general (con significativos matices en todo lo que se refiere al arbitraje de inversiones) son ahora más infrecuentes y menos influyentes que las manifestaciones legislativas, judiciales y privadas favorables al arbitraje.

Diego P. Fernández Arroyo

¹ H.A. Grigera Naón, "Arbitration in Latin America: Overcoming Traditional Hostility (An Update)", *Univ. Miami Inter-Am. L. Rev.*, vol. 22, 1991, pp. 203 ss.

² P. Lalive, "On the Reasoning of International Arbitral Awards", *Journ. of Int'l Dispute Settlement*, 2010, pp. 55 ss., 57; J. Kleinheisterkamp, *International Commercial Arbitration in Latin America. Regulation and Practice in the MERCOSUR and the Associated Countries*, Dobbs Ferry (NY), Oceana, 2005, p. 465; C. Frutos-Peterson, *L'émergence de l'arbitrage commercial international en Amérique latine: l'efficacité de son droit*, Paris, L'Harmattan, 2003.

³ Eloy Anzola recuerda que una sistematización del arbitraje existió ya en las Siete Partidas (en el capítulo referido a la Justicia), adoptadas en el siglo XIII y que en 1532 se ordenó que las normas de arbitraje de Castilla fueran aplicables en las Indias.

http://eanzola.com/images/uploads/Acta_de_Nacimiento_del_Arbitraje_en_Ame%CC%81rica.pdf.

⁴ Incluso en un país como Francia, unánimemente reconocido como favorable al arbitraje, la participación de personas públicas en el arbitraje puede generar decisiones judiciales controvertidas. Ver, por ejemplo, *Tribunal des conflits*, 17 de mayo de 2010, caso N° 3754, *Inserm v. Fondation Letten F. Saugstad*; y la crítica de T. Clay, "Les contorsions byzantines du Tribunal des conflits en matière d'arbitrage", *La Semaine Juridique*, vol. 21, 2010, pp. 1045 ss. Aún más actual, las negociaciones para establecer un tratado de libre comercio entre la Unión Europea y los Estados Unidos (la llamada Asociación transatlántica para el comercio y la inversión - http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ttip/index_es.htm -) ha provocado en Europa reacciones furibundas contra el arbitraje de inversión de parte tanto de legisladores como de académicos. El Senado alemán adoptó el 11 de julio de 2014 una resolución (en la línea de lo expresado antes por el propio Gobierno Federal) en contra de la utilización del arbitraje de inversiones en el tratado. Según dicha resolución, el foro para dirimir las controversias entre inversores y Estados son los tribunales estatales. Para constatar esta expresión genuina de *carloscavismo* (ver *infra* nota 6), puede verse el texto de la resolución, particularmente su párrafo N° 8: http://www.bundesrat.de/SharedDocs/drucksachen/2014/0201-0300/295-14%28B%29.pdf?__blob=publicationFile&v=1.

⁵ Sólo por mencionar algunos artículos relativamente recientes, ver N. Blackaby / S. Noury, "International Arbitration in Latin America", en: B. Fauvarque-Cosson / A. Wald (eds.), *L'arbitrage en France et en Amérique latine à l'aube du XXI^e siècle*, Paris, Société de législation comparée, 2008, pp. 283, 284, 295; y J. Astigarraga, "A Glimpse into the Cristal Ball. Latin American Arbitration Ten Years Hence", *RLMA*, vol. 10, 2010-2, pp. XXIII ss.

La Evolución del Arbitraje en América Latina: De la supuesta hostilidad a la evidente aceptación

⁶ Las bases de la Doctrina Calvo fueron la independencia y la igualdad de las naciones, por un lado, y la igualdad de nacionales y extranjeros, por otro lado, principios ampliamente aceptados en derecho internacional. En la visión de Carlos Calvo, un Estado debe estar libre de las interferencias de los demás basadas en los daños, supuestos o reales, sufridos por los nacionales de éste último. Coherentemente, los extranjeros no pueden reclamar más derechos que los que se reconocen a los nacionales. Ambos deben someterse a las vías de acceso a la justicia ofrecidas por la jurisdicción local. Por su parte, la Doctrina Drago, que surgió a raíz del bombardeo y bloqueo de los puertos venezolanos por varias potencias europeas, establece que un Estado no puede usar la fuerza para obtener el reembolso de las deudas de otros Estados. En este sentido, podría considerarse como un corolario o una aplicación específica de la Doctrina Calvo. No es necesario mencionar que estamos en presencia, además de una comprensión correcta del derecho internacional, de una simple expresión de sentido común. ¿Cuántas bombas tendrían que estar cayendo ahora mismo sobre algunos países europeos si esto no fuera así?

⁷ Ver H.A. Grigera Naón, “Arbitration and Latin America: Progress and Setbacks (2004 Freshfields Lecture)”, *Arb. Int.*, 2005, pp. 127 ss.

⁸ En particular para resolver complicadas controversias sobre demarcaciones de las fronteras. Ver referencias de la nota precedente. Ver la lista de casos citados en C. Frutos-Peterson (nota 2), quien menciona también los casos en los cuales el arbitraje surgió de una imposición de las potencias a los Estados latinoamericanos, resultando a veces en decisiones fuertemente perjudiciales para ellos.

⁹ En este contexto, la desafortunada reacción del Gobierno colombiano ante la sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 19 de noviembre de 2012 en el caso *Nicaragua c. Colombia* (delimitación territorial y marítima) no es más que una excepción a la regla.

¹⁰ Así y todo, es difícil hablar de hostilidad hacia el arbitraje de inversiones cuando hasta alguno de los países que han denunciado la Convención de Washington de 1965 (Convención CIADI) están ahora promoviendo la creación de un sistema latinoamericano de arbitraje de inversiones en el marco de la UNASUR. El rechazo parece ser, entonces, a cierto tipo de arbitraje (concretamente al del CIADI) y no al arbitraje en sí. Ver también F. Mantilla-Serrano, ¿Existe hostilidad hacia el arbitraje de inversión en América Latina?, en *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, Madrid, La Ley, 2010, pp. 789-806.

¹¹ Así, más que hostilidad hacia el arbitraje lo que dificulta el arbitraje en América Latina es la pesada tradición de las normas procesales locales junto a la falta de conocimiento de los legisladores en las cuestiones prácticas del arbitraje. Ver en este sentido F. Mantilla Serrano, “Le traitement législatif de l’arbitrage en Amérique

Diego P. Fernández Arroyo

Latine (quelques réformes récentes)”, *Rev. arb.*, 2005-3, pp. 600-602; y mi “Rapport de synthèse”, en B. Fauvarque-Cosson / D.P. Fernández Arroyo / J. Monéger, *Codification du droit privé et évolution du droit de l’arbitrage*, París, Société de législation comparée, 2014, p. 212.

¹² Sobre estas cuestiones, con más detalle, *infra* punto IV.3.

¹³ Ver, por ejemplo, los arts. 739 a 742 del Código procesal civil y comercial de la Nación, aún en vigor en Argentina, y los arts. 477 a 479 del Código General del Proceso uruguayo.

¹⁴ Lo que de por sí ya no encaja totalmente con el carácter “interamericano” de la OEA.

¹⁵ Honduras (2000), Brasil y República Dominicana (2002), y Nicaragua (2003) fueron los últimos en sumarse. Consultar http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html. Cabe destacar que sólo seis países latinoamericanos (Argentina, Cuba, Ecuador, Guatemala, Honduras y Venezuela) restringieron la aplicación de la Convención a los laudos provenientes de otros Estados partes, actitud que los aproxima, por cierto, a otros Estados nada sospechosos de hostilidad frente al arbitraje, como Estados Unidos, Francia, Holanda o el Reino Unido.

¹⁶ Y más precisamente de su Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado (CIDIP). Ver <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-35.html>. Esto es particularmente comprensible en el caso de Cuba, cuya membrecía fue suspendida en 1962 y no ha sido recobrada efectivamente pese al levantamiento de la sanción en 2009. Existe otro instrumento de la CIDIP aplicable al arbitraje (la Convención interamericana sobre la eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros, en vigor en diez Estados latinoamericanos <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-41.html>), aunque su aplicación en materia de arbitraje quedaría descartada en principio por su carácter de *lex generalis* con respecto a otros instrumentos (Convención de Nueva York y Panamá). De una importancia capital es el proceso que desarrolla actualmente la OEA dirigido a la discusión con altas autoridades judiciales de los Estados latinoamericanos acerca del rol de la judicatura en la ejecución de los laudos arbitrales extranjeros, dentro del cual se enmarca la presente publicación (http://www.oas.org/es/sla/ddi/arbitraje_comercial.asp).

¹⁷ A pesar de la disponibilidad de otros instrumentos internacionales —señaladamente, las Convenciones de Nueva York y de Panamá— las autoridades del MERCOSUR decidieron en 1998 elaborar un amplio instrumento sobre arbitraje comercial internacional, tarea que fue completada en un tiempo verdaderamente récord (unos pocos meses). El “Acuerdo”, que está en vigor en los 4 Estados originarios del bloque, fue adoptado junto con otro idéntico destinado a convertirse en un instrumento co-

La Evolución del Arbitraje en América Latina: De la supuesta hostilidad a la evidente aceptación

mún para los países mercosureños más Bolivia y Chile, pero este último nunca entró en vigor. Antes de eso, en 1992, el MERCOSUR había adoptado el Protocolo de Las Leñas sobre cooperación judicial en materia civil, comercial, laboral y administrativa, el cual también incluye normas sobre reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales y arbitrales extranjeras. Afortunadamente, ninguno de estos textos parece ser tenido mucho en cuenta en materia de arbitraje.

¹⁸ El Tratado del Tribunal de Justicia de la CAN contiene dos preceptos específicos (arts. 38 y 39) sobre la “función arbitral” que pueden (o podrían) desarrollar tanto el Tribunal Andino como la Secretaría General de la CAN. Tales preceptos no han sido implementados hasta ahora, si bien la CAN, con el apoyo de la Unión Europea, estuvo tratando de hacerlos funcionar (http://www.comunidadandina.org/ATRC/arbitral_1.html).

¹⁹ El SICA introdujo el arbitraje como un medio “moderno, ágil, efectivo y vinculante” para solucionar las controversias comerciales entre los Estados miembros en el marco del Protocolo de Tegucigalpa (art. 35).

²⁰ Ver por ejemplo sendos arts. 20.22 del Tratado de libre comercio de América del Norte (TLCAN) y del Tratado de libre comercio entre Estados Unidos, los países centroamericanos y la República Dominicana (CAFTA-DR).

²¹ Tal vez el ejemplo más claro de un trabajo caracterizado por la total futilidad es el que desembocó en la aprobación de los Acuerdos de arbitraje del MERCOSUR antes mencionados. Ver, en este sentido, J.R. Albornoz, “El arbitraje en el derecho internacional privado y el MERCOSUR (con especial referencia a los acuerdos de arbitraje de 23 de julio de 1998)”, *AADI*, vol. IX, 1999, pp. 51 ss.; J. Kleinheisterkamp, “Conflict of Treaties on International Arbitration in the Southern Cone”, en *Liber Amicorum Jürgen Samtleben*, Montevideo, Max-Planck-Institut / FCU 2002, pp. 695-697.

²² Aunque volcada especialmente al arbitraje de inversión, una iniciativa privada norteamericana digna de mención es la página www.latinarbitrationlaw.com.

²³ Según ciertos autores, sin embargo, esa modernización sería claramente insuficiente. Ver, por ejemplo, F. Cantuarias Salaverry, “¿Qué tanto ha avanzado Latinoamérica en el establecimiento de una normativa amigable a la práctica del arbitraje internacional?”, *RLMA*, vol. 10-2, 2010, p. 59.

²⁴ Se trata del Decreto de 22 de julio de 1993 que modifica el Código de comercio y el Código federal de procedimientos civiles, reforma que en realidad reemplazó una anterior de 1989, rápidamente abandonada. Ver J.C. Treviño, “The New Mexican Legislation on Commercial Arbitration”, *JLA*, vol. 11, N° 4, 1994, pp. 5 - 29.

²⁵ Contenida en la Ley N° 1563 de 12 de julio de 2012. Ver F. Mantilla Serrano, “Colombia Enacts a New International Arbitration Law”, *JLA*, vol. 30, N° 4, 2013, pp. 431-441.

Diego P. Fernández Arroyo

²⁶ Ver http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html.

²⁷ Las excepciones más significativas son las de Argentina y Uruguay, aunque en ambos países se han elaborado proyectos y la adopción de nuevas legislaciones sobre arbitraje son siempre esperadas. La Ley Modelo de UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional es sin embargo invocada en decisiones argentinas como la de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 5 de abril de 2005, *Bear Service SA v. Cervecería Modelo SA de CV*.

²⁸ Es el caso de El Salvador, donde el art. 66-A de la Ley de mediación, conciliación y arbitraje, introducido por el Decreto legislativo N° 141 del 1° de octubre de 2009, introduce el derecho de las partes en un arbitraje de derecho de apelar el laudo con efecto suspensivo ante una cámara de apelaciones. El artículo fue considerado inconstitucional por la Primera Cámara de apelaciones de la 1ª sección del Centro (sala civil, 20 de julio de 2010, 1-APL-2010). El fundamento de esta decisión fue el art. 23 de la Constitución de El Salvador que establece el derecho a resolver las controversias por medio de arbitraje. La misma Cámara (26 de julio de 2010, 2-APL-2010) señaló que con esa norma la Constitución reconoce el derecho a resolver las disputas sin intervención del Estado. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, denegó la inconstitucionalidad del art. 66-A en su sentencia de 30 de noviembre de 2011 (caso 11-2010).

²⁹ Ley N° 9.307, 23 de septiembre de 1996.

³⁰ El motive concreto fue la alegada contradicción entre ciertas reglas de la Ley de arbitraje y la norma constitucional que garantiza el derecho de acceso a los tribunales judiciales. Después de un largo debate, el *Supremo Tribunal Federal* afirmó por mayoría la constitucionalidad los preceptos atacados, en SEC (*Sentença Estrangeira Contestada*) N° 5.206, 12 de diciembre de 2001. Ver M.A. Muriel, “A arbitragem frente ao judiciário brasileiro”, *RBA*, 2004, pp. 27 ss.

³¹ A. Wald, “L'évolution récente de l'arbitrage en Amérique latine”, en: B. Fauvarque-Cosson / A. Wald (eds.), *L'arbitrage en France et en Amérique latine à l'aube du XXIe siècle*, París, Société de législation comparée, 2008, p. 226.

³² Ver L. Gama Jr., “La reconnaissance des sentences arbitrales étrangères au Brésil: évolutions récentes”, *Bull. CCI*, vol. 16-1, 2005, pp. 72-73. Ver también R.A. Gaspar, *Reconhecimento de Sentenças Arbitrais Estrangeiras no Brasil*, São Paulo, Atlas, 2009, pp. 59, 266-267.

³³ Ver, poco tiempo después de la asunción de la nueva competencia, las decisiones del STJ en *Bouvery International S/A v. Irmãos Pereira - Comercial e Exportadora Ltda*, caso N° SEC 887/EX, 15 de febrero de 2006; y en *Union Européenne de Gymnastique - UEG v. Multipole Distribuidora de Filmes Ltda*, caso N° SEC 874/EX, 19 de abril de 2006.

La Evolución del Arbitraje en América Latina: De la supuesta hostilidad a la evidente aceptación

³⁴ Ver, entre muchas otras, las decisiones de los *Tribunais de Justiça* (tribunales superiores de los Estados) de Bahía, 4ª sala civil, *FAT Ferroátlantica SL v. Zeus Mineração Ltda*, N° 0002546-67.2010.805.0000-0, 6 de abril de 2010; de Río de Janeiro, Apelación civil, *Durval Biancalana da Silva e outros v. DTP Participações e Investimentos S/A e outros*, N° 0063229-77.2010.8.19.0001, 12 de mayo de 2010; de San Pablo, 5ª sala de derecho público (medida anti arbitraje solicitada por la Companhia do Metropolitano de São Paulo – Metrô respecto de un tribunal arbitral CCI –N° 15.283/JRF-), N° 990.10.284191-0, 28 de julio de 2010; de Río de Janeiro, 20ª sala civil, *Litel Participações SA v. Eletron SA*, N° 0029077-06.2010.8.19.0000, 4 de agosto de 2010.

³⁵ Una impresión similar se extrae de A. Wald, “Brazil”, *The Arbitration Review of the Americas*, 2011 (<http://www.globalarbitrationreview.com/reviews/32/sections/115/chapters/1203/brazil/>).

³⁶ Proyecto de Ley del Senado N° 406 de 2013.

³⁷ Decreto legislativo N° 1071, 28 de junio de 2008.

³⁸ F. Cantuarias Salaverry / R. Caivano, “La Nueva Ley de Arbitraje Peruana: Un nuevo salto a la modernidad”, *RPA*, N° 7, 2008, pp. 3 ss.

³⁹ El art. 63(8) expresamente menciona, como posible conexión con Perú: la nacionalidad, el domicilio, la residencia habitual o la actividad principal. La nueva Ley colombiana de arbitraje adoptada en 2012, introduce también la posibilidad de renuncia al recurso de nulidad en su art. 107. La otra legislación latinoamericana que había adoptado esta solución fue la panameña de 1999 (art. 36). Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia declare la inconstitucionalidad de dicha norma por una resolución del pleno de 7 de octubre de 2005 (*Gaceta Oficial*, N° 25508, 22 de marzo de 2006, pp. 30-48).

⁴⁰ Art. 66.

⁴¹ Art. 3(1). Al mismo tiempo, cada vez que las partes no pueden ponerse de acuerdo para designar uno o más árbitros, tal designación recae sobre la Cámara de Comercio de la sede del arbitraje (la de Lima para el arbitraje internacional) y no sobre el juez (art. 23).

⁴² Art. 3(4).

⁴³ Cuarta disposición complementaria. En otros términos, puede decirse que las competencias de los árbitros son colocadas al mismo nivel que las de los jueces, incluyendo la ejecución del laudo (art. 66).

⁴⁴ Art. 14, que también prevé la extensión del convenio arbitral a quienes han obtenido un beneficio del contrato.

⁴⁵ Este proyecto, elaborado por una comisión compuesta por tres juristas eminentes (Ricardo L. Lorenzetti, Elena Highton y Aída Kemelmajer de Carlucci) con la colaboración de numerosos intervinientes, fue presentado por el Poder ejecutivo al Congreso nacional en 2012. J.C. Rivera, “Le contrat d’arbitrage dans le Projet de

Diego P. Fernández Arroyo

code civil argentin”, en B. Fauvarque-Cosson / D.P. Fernández Arroyo / J. Monéger (dirs.) (*supra* nota 11), pp. 113-121. Las expectativas de aprobación del nuevo texto fueron elevadas durante un tiempo mas las mismas se han ido debilitando con el correr del tiempo, hasta que a finales de 2013 el Senado aprobó un texto en el que gran parte de las cosas buenas introducidas en el proyecto en esta materia (y en algunas otras) han sido totalmente desvirtuadas (ver J.C. Rivera, “El arbitraje en el Proyecto de Código sancionado por el Senado. Prejuicios y errores”, *La Ley*, 2013-F, 17 de diciembre de 2013). Así las cosas, salvo que en la Cámara de Diputados se remediara el estropicio, parece mejor que el capítulo en cuestión no sea aprobado.

⁴⁶ En este sentido, C.I. Gúaia, “El arbitraje en el Proyecto de unificación legislativa”, *Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires*, t. 72-I, 2012, pp. 27-52. México, donde la reglamentación del arbitraje se encuentra en el Código de comercio (federal), es una excepción en la “especialización” de las leyes de arbitraje de Latinoamérica.

⁴⁷ J.C. Rivera, “El arbitraje en el Proyecto...”, *loc. cit.*

⁴⁸ Vale la pena recordar que en el sistema constitucional argentino las cuestiones “procesales” son de competencia provincial y que por esa razón existen en Argentina tantas reglamentaciones del arbitraje como provincias, además de la legislación federal contenida en el Código procesal civil y comercial de la Nación. Podría pensarse en la modernización de todos los Códigos existentes pero hasta ahora la única provincia que ha aprobado un sistema “homologable” es San Juan. J.C. Rivera, Alentadora reforma del Código Procesal de la Provincia de San Juan (Argentina) en materia de arbitraje », *Revista de derecho comparado*, N° 20, 2012, pp. 217-232.

⁴⁹ R.J. Caivano, “Arbitraje en Argentina: fortaleza y debilidades”, *ED*, t. 200, pp. 782-783.

⁵⁰ Se trata de la terminología utilizada por una de las voces más autorizadas del arbitraje latinoamericano. Ver R.J. Caivano, “La obsolescencia de la legislación argentina sobre arbitraje es cada vez más evidente”, *Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires*, 2010, t. 70-I, 2010, pp. 63-73.

⁵¹ Ver R. Olivera García, “El arbitraje en el derecho uruguayo”, *Revista de Derecho Comparado*, N° 20, 2012, pp. 205-225.

⁵² Ver por ejemplo, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala A, 25 de febrero de 2013, *Wallaby SA c. Despegar.com.ar SA s/ordinario*, *La Ley* AR/JUR/5845/2013.

⁵³ Art. 1656 del Proyecto. Precisamente, para que el derecho de someterse al arbitraje pueda ejercerse más ampliamente, sólo se excluyen del arbitraje el estado civil, la capacidad y los aspectos no patrimoniales de la familia, según el art. 1651 (además, las disposiciones del capítulo sobre el contrato de arbitraje no se aplican a los contratos de trabajo ni a los contratos de consumo).

La Evolución del Arbitraje en América Latina: De la supuesta hostilidad a la evidente aceptación

- ⁵⁴ Ver *supra* notas 29-30 y texto al que acompañan.
- ⁵⁵ Ver C.L. Uribe-Bernate, “La práctica del arbitraje internacional en Colombia”, en: *Liber Amicorum Jürgen Samtleben*, Montevideo, FCU / Max-Planck-Institut, 2002, p. 717.
- ⁵⁶ Consejo de Estado, Sala administrativa, 3ª sección, 1º de agosto de 2002, *Electrificadora del Atlántico SAESP v. Termorío SAESP*.
- ⁵⁷ Tribunal de Justicia de Paraná, 15 de marzo de 2004, *Compañía Paranaense de Energía (Copel) v. UEG Araucária Ltda.*
- ⁵⁸ Corte Suprema de Justicia, 1º de junio de 2004, *José Cartellone Construcciones Civiles SA v Hidronor SA* (ver D.A. Casella, “El control judicial de los laudos arbitrales en el derecho argentino”, *DeCITA*, N° 3, 2005, pp. 462 ss.). Se trató de un caso de arbitraje interno.
- ⁵⁹ Juzgado Nacional de 1ª instancia en lo contencioso administrativo federal, N° 3, 27 de septiembre de 2004, *Entidad Binacional Yaciretá (EBY) v. Eriday y otros*, *La Ley*, 2005-A, pp. 27 ss., nota A. Bianchi (aún más controvertida fue otra decisión en la misma disputa adoptada por el Juzgado N° 1 de la misma jurisdicción el 18 de abril de 2005, *La Ley*, 2005-C, pp. 651 ss., nota A.H.M. Corti).
- ⁶⁰ Tribunal constitucional plurinacional, sala plena, 22 de noviembre de 2012, N° 2471/2012, *Procurador General del Estado c. Tribunal Arbitral del CAINCO*.
- ⁶¹ Juzgado superior primero en lo civil, mercantil, del tránsito y bancario de la circunscripción judicial del área metropolitana de Caracas, 23 de abril de 2013, *Castillo Bozgo*, N° AP71-O-2012-00042. Sabiendo que no es este el lugar para desarrollar el análisis de esta interesantísima decisión, es dable al menos señalar que, a pesar de la utilización dudosa del art. V.1.e de la Convención de Nueva York para justificar la competencia de los tribunales venezolanos para anular un laudo pronunciado en el extranjero en ausencia de la aplicación del derecho procesal venezolano, la violación en la especie del orden público venezolano parece bastante evidente. De cualquier modo, cabe destacar que los tribunales norteamericanos desconocieron los efectos de esta decisión (Corte de Distrito del Distrito sur de la Florida, 23 de mayo de 2013, n°12-CV-24174-WILLIAMS) y que la misma quedó firme en Venezuela a falta de recurso contra ella. En un caso similar producido en Brasil, el Tribunal de Justiça de San Pablo dejó sin efecto la anulación de un laudo proferido en Miami ordenada por un Juez de primera instancia de San Pablo (*First Brands do Brasil Ltda and STP do Brasil Ltda. c. Petroplus Sul Comércio Exterior S.A. e outras*, 3 de abril de 2014, *Apelação Cível*, N° 0014578-23.2004.8.26.0100).
- ⁶² Entre otros ejemplos pueden citarse la decisión argentina de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala 1ª, del 1º de marzo de 2011, *Smit International Argentina SA c. Puerto Mariel SA*, (LL, 18 de agosto de 2011, nota D. Cracogna), que reconoce la autonomía de la cláusula arbitral a pesar de la ausencia de una disposición positiva al respecto, o la clara aceptación del principio

Diego P. Fernández Arroyo

competencia-competencia por la jurisprudencia uruguaya en la decisión del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Tercer Turno, *Polamar SA c. Compañía de Medios de Procesamiento SA (Visanet Uruguay)*, 11 de noviembre de 2009, N° 262/09i.

⁶³ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala D, 5 de noviembre de 2002, *Reef Exploration Inc. v. Compañía General de Combustibles, La Ley*, 2003-E, pp. 937 ss.; *Jurisprudencia Argentina*, 2003-III, pp. 90 ss., nota Caivano / Bianchi; *DeCITA*, N° 1, 2004, pp. 344 ss., nota Noodt Taquela. Ambas convenciones están en vigor tanto en Argentina como en los Estados Unidos. El Superior Tribunal de Justiça de Brasil parece seguir la misma conducta: en general reconoce los laudos extranjeros pero sin mencionar los instrumentos internacionales aplicables. Ver, por ejemplo, SEC 4.213 y SEC 5.828, las dos de 19 de junio de 2013.

⁶⁴ Ver, por ejemplo, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala E, 19 de abril de 2005, *Patrón Costas, Marcelo D. y otros v. International Outdoor Advertising Holdings Co y otro s/ queja*, *LexisNexis* 35001884. Más recientes, son muy interesantes, en el mismo sentido, las sentencias de la sala B de la misma Cámara *Publi Energy Group Inc. (Islas Vírgenes Británicas) y otro c. San Enrique Petrolera S.A. y otros s/ organismos externos*, 21 de abril de 2014 (de las muchas afirmaciones interesantes de esta sentencia, valga subrayar esta: “la elección del arbitraje como vía privada de resolución de los conflictos, evidencia que las partes -habilitadas legalmente para ello por las circunstancias del caso y por la materia involucrada-, deciden excluir o sustraer la solución de su puntual disputa de la competencia de los tribunales estatales, *elección que convierte a los árbitros en los jueces naturales de la causa sin contrariar los arts. 1 y 18 CN*” –cursivas mías-), y *NSB S.A. y otros c. A.A. S.A. y otros s/ organismos externos*, 3 de abril de 2014.

⁶⁵ Ver *supra*, notas 57 y 58 (ambos casos relativos a empresas públicas).

⁶⁶ Corte Suprema, 11 de mayo de 2004, *Gojman, Mario Daniel v. Gomer SACI*.

⁶⁷ Por ejemplo, Corte Suprema, 5 de abril de 2005, *Bear Service SA v. Cerveceria Modelo SA de CV*. Ver *DeCITA*, N° 5/6, 2006, pp. 431 ss. (nota J.C. Rivera).

⁶⁸ Corte Suprema de Justicia, sala civil, 6 de agosto de 2004, N° 77, *García Fernandes Internacional Importação e Exportação SA c. Prodeco - Productos de Colombia* (solicitud de ejecución de una sentencia portuguesa).

⁶⁹ Ver el comentario de J.A. Silva, *Rev. mex. DIPr*, 2005, pp. 81 ss.

⁷⁰ Corte constitucional de Colombia, N° T-557, 26 de mayo de 2005. La Corte señaló que la única diferencia relevante entre el derecho extranjero y el derecho nacional es la que afecta esencialmente el orden jurídico nacional.

⁷¹ *Petrotesting Colombia S.A., Southeast Investment Corporation c. Rosneft America Inc*, de 27 de julio de 2011.

⁷² Ver Corte superior de Bogotá, 10 de marzo de 2010, *Industria y Distribuidora Indistri SA v. SAP Andina y Del Caribe CA*, N° 20100015000.

La Evolución del Arbitraje en América Latina: De la supuesta hostilidad a la evidente aceptación

⁷³ Corte de Apelaciones de Santiago, 27 de diciembre de 2009, *Publicis Groupe Holdings B.V. v. Árbitro Manuel José Vial Vial*. En su decisión de 23 de Julio de 2010 (Rol 2363/2010), el mismo tribunal afirmó que un laudo sólo puede ser atacado mediante un recurso de nulidad.

⁷⁴ Corte Suprema, 8 de septiembre de 2009, *Comverse Inc. v. American Telecommunication Inc. Chile SA (ATI Chile)*.

⁷⁵ Acerca de estas decisiones, ver D. Jiménez Figueres / J. Klein Kranenberg, “Recent International Arbitration Developments in the Chilean Courts”, *Arbitration News*, 15-1, March 2010, pp. 161 ss.

⁷⁶ Corte Suprema, *Ann Arbor Foods S.A. c. miembros de la Corte de Apelaciones de Santiago*, 29 de enero de 2013.

⁷⁷ Ver J.A. Silva, “Algunas resoluciones judiciales de los tribunales mexicanos en torno al reconocimiento de un laudo arbitral”, *DeCITA*, N° 2, 2004, 375, 394 (en México “las decisiones judiciales no sólo han sido favorables al arbitraje sino que han cumplido con los compromisos internacionales”); L. Pereznieta Castro, “La ejecución de laudos arbitrales en México”, *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. 6, 2013, pp. 157 – 162.

⁷⁸ Tribunal Colegiado, 11 de junio de 2008, *Infored, SA de CV y José Elías Gutiérrez Vivó v. Grupo Radio Centro, SA*.

⁷⁹ Tesis n° CLXXIII/2009, Amparo en revisión 131/2009, 27 de mayo de 2009; n° I.7° C.126, Amparo en revisión 23/2009, 12 de marzo 2009; n° I.3° C.729, Amparo en revisión 274/2008, 4 de diciembre de 2008.

⁸⁰ La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia tiene el poder de revisión, por violación de la Constitución, no sólo de las decisiones finales de tribunales inferiores sino también de las otras salas del Tribunal Supremo (cf. art. 355 de la Constitución y art. 25 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia). Este carácter de última instancia fue expresamente recordado por la Corte Constitucional en su decisión de 17 de octubre de 2008, N° 1.541/08.

⁸¹ Ad ex., 28 de abril de 2010, *DIMAPECA v. Servicios Halliburton de Venezuela SA*, N° 331/2010.

⁸² Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, 28 de febrero de 2008, N° 192/2008.

⁸³ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, 17 de octubre de 2008, N° 1.541/08.

⁸⁴ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, 3 de noviembre de 2010, N° 1067/2010 (*Astivenca*), anulando una decisión previa de la Sala Político-Administrativa, 21 May 2009, N° 687. Es interesante mencionar que la Sala Constitucional ordenó la publicación en la *Gaceta Oficial*, indicando que esta sentencia fija la interpretación vinculante sobre el sistema arbitral y la falta de jurisdicción de los órga-

Diego P. Fernández Arroyo

nos del poder judicial. A pesar del considerable avance que significa esta decisión, es justo mencionar que se le ha criticado, entre otras cosas, que la cuestión en discusión fuera apenas tratada en la sentencia. Ver P. Saghy, “Resumen de sentencias del año 2010”, www.macleoddixon.com/documents/Revista_Judicial_de_arbitraje_interno_2010.pdf

⁸⁵ Ver, por ejemplo, la decisión de esta sala en el caso *Oderbecht*, 24 de mayo de 2011.

⁸⁶ Ver *supra*, II.2.

⁸⁷ Ver *supra*, II.1.

⁸⁸ Ver *supra*, III.2.

⁸⁹ Por ejemplo, la principal institución del Perú, publicó unas estadísticas que mostraban un salto de 2 casos en 1993 a acumular 1798 casos hasta 2010. Estos son los números de una institución, bien que la más importante; habría que agregar por tanto, los arbitrajes administrados por otras instituciones, así como los arbitrajes *ad hoc*, de notable crecimiento al decir de los colegas peruanos.

⁹⁰ La Cámara de Comercio de Santiago (CAM) tiene más de 150 nuevos casos registrados cada año y la de Panamá más de 50.

⁹¹ En parte debido al auspicio de agencias internacionales como el BID. Ver P.E. Mason / M.G.F. dos Santos, “New Keys to Arbitration in Latin-America”, *JIA*, vol. 25-1, 2008, pp. 41-42. El *Institute for Transnational Arbitration* (ITA) publicó un “*survey 2011*” sobre la actividad de las instituciones arbitrales latinoamericanas en el que se identificaban 165 instituciones activas en la región, además de 14 comités nacionales de la CCI.

⁹² El hecho de que algunas veces estos libros no sean escritos por gente versada en los sistemas jurídicos latinoamericanos no hace más que confirmar las expectativas generadas por la expansión del arbitraje en la región.

⁹³ En 2014, hasta fines del mes de julio, el equipo de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI con más casos registrados es el latinoamericano con 57.

⁹⁴ Ver los “Statistical Report” que se publican cada año en el *ICC International Court of Arbitration Bulletin*.

⁹⁵ Ver E. Silva Romero, “América Latina como sede de arbitrajes comerciales internacionales. La experiencia de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI”, *DeCITA*, N° 2, 2004, pp. 217 ss. La tendencia no ha parado de crecer desde entonces.

⁹⁶ Ver, i.e., art. 258 de la Constitución venezolana y la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, N° 1541, 17 de octubre de 2008; art. 116 Constitución colombiana; art. 23 Constitución salvadoreña; art. 110 Constitución hondureña; art. 43 Constitución costarricense; etc.

⁹⁷ Así, en El Salvador, el art. 23 de la Constitución, que establece el derecho a resolver las controversias civiles o comerciales mediante arbitraje, fue invocado

La Evolución del Arbitraje en América Latina: De la supuesta hostilidad a la evidente aceptación

por la Primera Corte de Apelaciones de la primera sección del Centro para declarar inconstitucional la norma que autoriza la apelación de los laudos arbitrales (inconstitucionalidad revocada después por la Corte Suprema, como vimos). Ver *supra*, nota 28.

⁹⁸ E. Silva Romero, “A propos de l’inexorable collision de philosophies dans la constitutionnalisation de l’arbitrage internationale en Amérique latine”, en: B. Fauvarque-Cosson / A. Wald (eds.), *L’arbitrage en France et en Amérique latine à l’aube du XXI^e siècle* (nota 5) pp. 269 ss. (haciendo hincapié en la contradicción entre la justicia distributiva de los tribunales constitucionales y la justicia correctiva de los tribunales arbitrales, así como entre el carácter “parroquial” de las constituciones y el universalismo típico del arbitraje internacional). Ver también E. Hernández-Bretón, “El arbitraje y las normas constitucionales en Venezuela: lo malo, lo feo y lo bueno”, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N° 149, 2010, pp. 391-407.

⁹⁹ Sin embargo, uno podría preguntarse con total legitimidad si no es que tales recursos están abiertos en todo caso, exista o no un rango “constitucional” del arbitraje dentro de un determinado ordenamiento jurídico.

¹⁰⁰ L. Pereznieta Castro / J.A. Graham, *Tratado de arbitraje comercial internacional mexicano*, México, Limusa, 2008, pp. 191-195, 212-215, 223-227. En *Banamex v. Corporación Transnacional de Inversiones SA de CV*, 17 de febrero de 2004, el tribunal (Décimo Tribunal Colegiado en materia civil del primer circuito) rechazó el amparo solicitado por los árbitros contra la sentencia que había anulado el laudo, debido a la falta de *locus standi* de los árbitros (la parte perdedora había demandado a los árbitros al mismo tiempo que solicitó la nulidad del laudo).

¹⁰¹ Corte Superior de Justicia de Lima, *Peru Holding de Turismo SAA*, 30 de diciembre de 2008. En este caso el amparo fue presentado contra los árbitros y contra el Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima.

¹⁰² Ver las sentencias del Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, 16 de octubre de 2001 (*VTV*) y 14 de febrero de 2007 (*Todo Sabor CA*). R. Escobar Alvarado, “Recursos contra laudos arbitrales dictados en el extranjero”, en *Derecho procesal civil internacional. In memoriam Tatiana B. de Maekelt*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2010, pp. 800-803.

¹⁰³ A. de Jesús O., “La autonomía del arbitraje comercial internacional a la hora de la constitucionalización del arbitraje en América Latina”, *Lima Arbitration*, N° 3, 2008/2009, pp. 151 ss.

¹⁰⁴ Algo totalmente diferente es la posibilidad de que un tribunal arbitral resuelva una cuestión de constitucionalidad (por supuesto, en un país que no tenga un sistema concentrado de control constitucional). En Argentina, algunos tribuna-

Diego P. Fernández Arroyo

les, –ignorando los propios precedentes de la Corte Suprema– denegaron esta posibilidad. Ver la aguda crítica de J.C. Rivera, “Cuestiones constitucionales en el arbitraje”, *DeCITA*, N° 11, 2009, pp. 296 ss.

¹⁰⁵ Ver E. Gaillard, *Teoría jurídica del arbitraje internacional*, Asunción, CEDEP / Thomson Reuters, 2010, pp. 34-46; id., “Las representaciones del arbitraje internacional”, en E. Gaillard / D.P. Fernández Arroyo (dirs.), *Cuestiones claves del arbitraje internacional*, Asunción/Bogotá, CEDEP/Universidad del Rosario, 2013, pp. 17-18.

¹⁰⁶ Así, en Argentina, Corte Suprema de Justicia, 1° de noviembre de 1988, *La Nación SA v. La Razón SA*, y 10 de noviembre de 1988, *Nidera SA v. Rodríguez Álvarez de Canale, Elena* (nota R. Caivano, *La Ley*, 1990-A, pp. 419 ss.); en Brasil, Superior Tribunal de Justiça, conflicto de competencia N° 111.230, 1° de julio de 2010.

¹⁰⁷ H.A. Grigera Naón (nota 7), pp. 155-156. Ver también, id., “Competing Orders between Courts of Law and Arbitral Tribunals: Latin American Experiences”, *Liber Amicorum in Honour of Robert Briner*, París, ICC, 2005, pp. 335-345.

¹⁰⁸ No está de más recordar que los contornos de la noción misma de “juez natural” son bastante difusos. Ver H. Gaudemet-Tallon, “L’introuvable juge naturel”, en *Mélange Jean Gaudemet*, París, PUF, 1999, p. 591; T. Clay, “Juge naturel”, en L. Cadiet (dir.), *Dictionnaire de la justice*, París, PUF, 2004.

¹⁰⁹ Es el caso de la sentencia de la Cámara de Apelaciones del Uruguay de 9 de abril de 2010, *Soba c. Medicina Personalizada*: “parce claro concluire que hay una suerte de supremacía () de la justicia oficial sobre la justicia arbitral.”

¹¹⁰ Que puede verse ya en mi informe “La perspectiva argentina y sudamericana”, en J.C. Rivera / D.P. Fernández Arroyo (dirs.), *Contratos y arbitraje en la era global*, Asunción, CEDEP, 2012, pp. 193-194.

¹¹¹ Ver, *supra* nota 95.

¹¹² Ver, por ejemplo, J.-P. Ancel, “La Cour de cassation et les principes fondateurs de l’arbitrage international”, en *Mélanges P. Drat*, París, Dalloz, 2000, p. 161; E. Gaillard, “La jurisprudence de la Cour de cassation en matière d’arbitrage international”, *Rev. arb.*, 2007, p. 700.

¹¹³ Conforme a esta regla, si el tribunal arbitral afirma su propia competencia como una cuestión preliminar, cualquiera de las partes pueden atacar esa decisión delante de un tribunal judicial, pero el tribunal arbitral puede continuar con el procedimiento arbitral y dictar un laudo.

¹¹⁴ Lo que no parecía ser siempre el caso en México, por ejemplo. Ver F. González de Cossío, “*Kompetenz-kompetenz* a la mexicana: crónica de una muerte anunciada” (<http://www.camex.com.mx/fgc.pdf>), y Corte Suprema de Justicia, sala 1ª, contradicción de la tesis 51/2005ps, 1° de septiembre de 2006. Sin embargo, la reforma del arbitraje operada en este país a principios de 2011 (*Diario Oficial de la Federación*, 27 de enero de 2011) muestra claramente que el legislador mexicano ha decidido

*La Evolución del Arbitraje en América Latina:
De la supuesta hostilidad a la evidente aceptación*

terminar con esta situación (F. González de Cossío, “La modificación del derecho arbitral mexicano. Un comentario”, *Revista de Derecho Comparado*, N° 20, 2012, pp. 127 ss.). En efecto, en el nuevo art. 1465 del Código de Comercio se lee ahora que: “Sólo se denegará la remisión al arbitraje:

- a) Si en el desahogo de la vista dada con la solicitud de remisión al arbitraje se demuestra por medio de resolución firme, sea en forma de sentencia o laudo arbitral, que se declaró la nulidad del acuerdo de arbitraje, o
- b) Si la nulidad, la ineficacia o la imposible ejecución del acuerdo de arbitraje son notorias desde el desahogo de la vista dada con la solicitud de remisión al arbitraje. Al tomar esta determinación el juez deberá observar un criterio riguroso.”

¹¹⁵ Para un buen ejemplo, ver la ya citada sentencia del Tribunal Supremo de Justicia venezolano, Sala Constitucional, de 3 de noviembre de 2010, *Astivenca*. Ver Y. Banifatemi, “La regla de prioridad: ¿una prioridad en América Latina?”, en E. Gaillard / D.P. Fernández Arroyo (dirs.) (nota 105), pp. 81-109.

¹¹⁶ El cual obliga a los tribunales estatales a remitir a las partes al arbitraje, salvo que compruebe que el convenio arbitral es “nulo, ineficaz o inaplicable.”

¹¹⁷ J.A. Moreno Rodríguez, *Contratación y arbitraje*, Asunción, CEDEP, 2010, p. 280; P. Arrighi, “La reconnaissance et l’exécution des sentences arbitrales étrangères en Amérique du Sud”, en B. Fauvarque-Cosson / D.P. Fernández Arroyo / J. Monégger (dirs.) (*supra* nota 11), pp. 153-154.

Diego P. Fernández Arroyo

Árbitro y consultor independiente. A lo largo de una destacada trayectoria académica, se ha desempeñado como profesor del Instituto de Estudios Políticos de París (Sciences Po, donde es Codirector del Programa de Gobernanza Global), la Universidad de Nueva York (NYU), la Universidad Nacional del Litoral, la Universidad de Salamanca, la Universidad Complutense de Madrid, la Universidad de Buenos Aires y la Universidad Nacional de Córdoba, entre muchas otras.

El Dr. Fernández Arroyo es miembro Honorario de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (Presidente, 2007-2010), del curatorium de la Academia de Derecho Internacional de La Haya, y de la Academia Internacional de Derecho Comparado. Ha sido también integrante de las delegaciones de la República Argentina en la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) (grupo de trabajo de arbitraje), en la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y en la CIDIP (OEA).

En el sector multilateral, ha sido consultor de la Unión Europea para la Comunidad Andina en temas de arbitraje; consultor del Banco Interamericano de Desarrollo y MERCOSUR en el tema de efectividad del derecho del MERCOSUR; consultor de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI) para la modernización de la reglamentación del comercio exterior del Paraguay.

Es Doctor en Derecho (summa cum laude) y Máster en derecho comparado por la Universidad Complutense de Madrid; notario y abogado por la Universidad Nacional del Litoral. Autor de libros y artículos publicados en más de veinte países.