

RAZONES POR LAS CUALES EL ARBITRAJE ES INEVITABLE (*)

A partir de la última década del siglo pasado, el mundo es testigo de cómo el arbitraje viene alcanzando un desarrollo sin precedentes a lo largo y ancho del planeta.¹

En efecto, solo a manera de ejemplo, identificamos los siguientes estados que en estos últimos años han aprobado o reformado sus legislaciones arbitrales, con la finalidad de promover la utilización del arbitraje en el ámbito doméstico como en el campo del comercio internacional: Alemania (1998), Argelia (1993), Bahrain (1994), Bangladesh (2001), Belarús (1999), Bélgica (1998), Bermuda (1993), Bolivia (1997), Brasil (1996), Bulgaria (1993), Chile (2004), China (1994), Colombia (1998), Costa Rica (1997), Croacia (2001), Ecuador (1997), Egipto (1994), Emiratos Árabes Unidos (1992), El Salvador (2002), Escocia (1997), España (2003), Federación Rusa (1993), Finlandia (1992), Grecia (1999), Guatemala (1995), Haití (2006), Honduras (2000), Hong Kong (1997), Hungría (1994), India (1996), Inglaterra (1996), Irán (1997), Irlanda (1998), Italia (2005), Japón (2003), Jordania (2001), Kenya (1995), Lituania (1996), Madagascar (1998), Malta (1996), México (1993), Nicaragua (2005), Nueva Zelanda (1997), Omán (1997), Panamá (1999), Paraguay (2000), Perú (1996), República Checa (1994), Rumania (1993), Singapur (2002), Sri Lanka (1995), Suecia (1999), Taiwán (1998), Tailandia (2002), Túnez (1993), Turquía (2001), Uganda (2000), Venezuela (1998), Yemen (1992), Zambia (2000) y Zimbabwe (1996).²

Es más, son cada vez más estados los que al momento de aprobar o modificar sus disposiciones arbitrales, apelan en todo o en parte a la Ley Modelo de UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional.³

(*) La presente sección se basa en el artículo del autor titulado "Razones por las cuales el arbitraje es inevitable". En: Arbitraje On Line, Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima, www.camaralima.org.pe/arbitraje/boletin/artCantuaras.htm.

¹ Thomas E. Carbonneau, "The Ballad of Transborder Arbitration". En: University of Miami Law Review, Vol. 56, 2002, pp. 773-829.

² Fuente: KluwerArbitration, www.kluwerarbitration.com/arbitration/arb/legislation/NationalLaws/. Respecto a la situación de las legislaciones arbitrales latinoamericanas, ver infra punto No. III.1.

³ Al momento en que se escriben estas líneas, los siguientes estados han hecho suya en todo o en parte la Ley Modelo de UNCITRAL: Alemania, Australia, Austria, Azerbaiyán, Bahrein, Bangladesh, Belarús, Bermudas, Bulgaria, Canadá, Chile, China (Regiones administrativas especiales de Hong Kong y Macao), Chipre, Corea, Croacia, Dinamarca, Egipto, Escocia, España, Federación Rusa, Filipinas, Grecia, Guatemala, Hungría, India, Irán, Irlanda, Japón, Jordania, Kenya, Lituania, Madagascar, Malta, México, Nicaragua, Nigeria, Noruega, Nueva

Este desarrollo impresionante del arbitraje también se verifica, por ejemplo, a partir de las estadísticas de los principales centros de arbitraje del mundo, los cuales han experimentado en los últimos años un crecimiento sin precedentes de los casos por ellos administrados.⁴

También identificamos que durante el periodo en cuestión, 58 estados se han adherido a la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958), representando el 42% de los 138 estados que actualmente son miembros de este vital instrumento internacional.⁵

Por su parte, el arbitraje también viene alcanzando un desarrollo impresionante en la solución de los conflictos entre inversionistas y estados, gracias principalmente al reconocimiento casi universal de la Convención sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (CIADI) y a la impresionante proliferación de Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (BITs).⁶

¿A qué se debe este éxito? ¿Por qué el arbitraje es útil o, como decimos en el título de este trabajo, "inevitable"? Veamos:

Zelandia, Omán, Paraguay, Perú, Polonia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda, Singapur, Sri Lanka, Tailandia, Túnez, Turquía, Ucrania, Zambia, Zimbabwe, y los estados de California, Connecticut, Illinois, Louisiana, Oregón y Texas en los Estados Unidos de América. Fuente: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html. Ver infra punto No. II.2.

⁴ Así, por ejemplo, W. Laurence Craig, William W. Park & Jan Paulsson, **International Chamber of Commerce Arbitration**, 3era. Ed., Oceana Publications/ICC Publishing, 2000, p. 2, identifican respecto a la Cámara de Comercio Internacional (CCI), lo siguiente: "*Founded in 1919, the ICC adopted its first rules of arbitration in 1992, with the Court of Arbitration being established in 1923. By 1976, 3000 requests for arbitration had been filed with the ICC. In 1998, the Secretariat of the International Court of Arbitration received the 10,000th case. Thus, more than two-thirds of all cases brought to ICC arbitration arose in the last 20 years of its 75-year existence*". En el caso del Perú, ver infra punto No. V.1, respecto a las estadísticas del Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima.

⁵ Ver infra punto No. II.1.2.

⁶ Sobre este tema ver infra puntos Nos. XII.2. y XII.3.1.3. Leer además a: Fernando Cantuarias Salaverry, "Los tratados bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones y el acceso al arbitraje". En: Revista de Economía y Derecho, Vol. 1, No. 2, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), Lima, 2004, pp. 29-50.

I.1. EN LA SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS DOMÉSTICOS O NACIONALES

I.1.1. La masificación de causas en el poder judicial

Tradicionalmente se considera que cuando surge una controversia, no hay otra opción que la de someter el conflicto al poder judicial. A partir de ese momento, se va a iniciar un juicio que por el lapso de tiempo que va a durar, probablemente no conceda verdadera justicia.⁷

Son muchas las razones que explican la demora en la administración de justicia en América Latina.⁸ Una de las más comunes y fácilmente comprobable, es la masificación de causas que sufren las cortes, debido a la cantidad de casos que se someten a su consideración.

En efecto, no son pocas las veces que escuchamos que los magistrados están saturados de trabajo y que por ello no cumplen con los plazos legales,⁹ perjudicando así a la parte que tiene cifrada su esperanza en la justicia estatal.¹⁰

⁷ Alberto Bustamante, "Justicia Alternativa", Instituto de Economía de Libre Mercado, Lima, 1993, p. 15. El autor informa que un procedimiento judicial sobre cumplimiento de contrato o de nulidad de acto jurídico, toma en el Perú aproximadamente entre 3 a 4 años.

⁸ *Ibidem*, pp. 17-43.

⁹ Gonzalo García Calderón Moreyra, **El Arbitraje Internacional en la Legislación Peruana**. En: Revista Peruana de Derecho Internacional, T. XLVI, No. 108, Lima, 1996, p. 171. "No sólo es privativo de nuestro país el retraso en las sentencias judiciales. Dice Mantellini-Gonzales que... [l]os países latinoamericanos tienen cantidad de disputas por lo que están atrasados en su decisión. Basta comparar el volumen de casos que se inician en un año y el resuelto en el mismo plazo para llegar a la conclusión que se arrastra soluciones de un período a otro". Alejandro M. Garro, "The UNCITRAL Model Law and the 1988 Spanish Arbitration Act: Models for reform in Central America". En: The American Review of International Arbitration, Vol. 1, No. 2, 1990, p. 205. "Most countries are confronted with rising caseloads resulting from growing populations and scarce financial resources. Courts in El Salvador, Costa Rica, Guatemala, and Honduras operate under serious physical, financial, and personnel constraints. Consequently, a considerable backlog of cases and an intolerable delay in litigation contribute to a decrease in public confidence in the administration of justice". Claudia Frutos-Peterson, "International Commercial Arbitration in Latin America: As Healthy as It Could Be?". En: State Bar of Texas Alternative Dispute Resolution Section website, www.texasadr.org/intarb.cfm, p. 249. "It is well known that Latin American judicial systems suffer from major problems. These problems include an overload of cases, an absence of adequate technological support, and corruption. In Brazil for example, in 1997, the backlog of cases was at 6 million, or approximately 700 cases per judge. Examples like this can be found throughout Latin America. This has provoked the distrust not only of Latin America citizens but also of foreign investors".

¹⁰ Esto genera, a su vez, una grave y preocupante percepción ciudadana. Por ejemplo, en el Perú, Enrique Bernalles Ballesteros, **La Constitución de 1993, Análisis Comparativo**, Constitución y Sociedad, Lima, 1996, p. 538, identificaba que "[u]na encuesta del Grupo Apoyo hecha en Lima y publicada en el mes de diciembre de 1993 refleja el ánimo de la población con respecto... [al Poder Judicial]: sólo uno de cada cinco limeños confía en alguna medida en el Poder Judicial, incluyendo a quienes lo califican como confiable (5%) y algo confiable (14%), mientras que 40% lo califica como poco confiable y un 32%

Como bien explica Caivano,¹¹ citando para el efecto parte de los fundamentos del Decreto 958 del 21/5/91, mediante el cual se creó en la Argentina una comisión encargada de redactar un proyecto de ley de arbitraje, "[t]radicionalmente para resolver la sobrecarga que pesa sobre el sistema (estatal) se ha recurrido a la creación de nuevos juzgados y secretarías, al desdoblamiento de la competencia en distintos fueros o a la modificación de los procedimientos judiciales buscando la celeridad y eficacia de los mismos. No obstante la concreción de tales iniciativas no se han podido paliar las deficiencias señaladas, sino que éstas persisten o se agudizan con el transcurso del tiempo, circunstancias que ponen de manifiesto que es necesario abordar el problema desde otros ángulos posibles y ofrecer soluciones de fondo para encarar la problemática judicial en los próximos decenios".

Por ello, creemos que debe insistirse en el desarrollo de soluciones alternativas a las tradicionales, y una de ellas consiste en la consolidación de la práctica del arbitraje como mecanismo alternativo al poder judicial en la resolución de los conflictos.

Para estos efectos, debemos partir de la premisa que en ciertas controversias, como son las patrimoniales de libre disposición, no tiene por qué existir un interés del estado de resolverlas directamente. Este interés debe concentrarse, en cambio, en velar que existan vías eficientes (como el arbitraje) que solucionen de manera definitiva los conflictos.

En ese sentido, una vez más son muy útiles las palabras de Caivano:¹² "Las dificultades con que tropieza el justiciable para acceder al sistema jurisdiccional

como nada confiable. La gestión del Poder Judicial recibió una calificación de 2.8 en una escala donde 1 equivale a muy mala y 5 a muy buena. La corrupción fue mencionada por el 51% de la población como su principal problema, seguida por la interferencia política (12%) y el bajo presupuesto (9%)". Más de una década después (setiembre de 2006), el Grupo de Opinión Pública de la Universidad de Lima, ha confirmado en una encuesta que esta grave percepción se mantiene, ya que solo el 2.1% de los peruanos confía mucho o bastante en el Poder Judicial, mientras que el 51.7% confía poco y el 45.3% nada. Claudia Frutos-Peterson, *"International Commercial Arbitration in Latin America: As Healthy as It Could Be?"*, ob. cit., p. 249. "...according to a recent survey, in Argentina, only 13% of the public trusts the administration of justice. In Brazil, 74% of the public consider the judiciary's performance very poor. In Peru, 92% of the public does not have confidence in the judges".

¹¹ Roque J. Caivano, "El arbitraje y la crisis de la justicia: causas y efectos de un fenómeno actual". En: Revista Jurídica Argentina La Ley, No. 40, año LVIII, Buenos Aires, 1994, p. 1. Nosotros obviamente compartimos este punto de vista.

¹² Roque J. Caivano, **Negociación, Conciliación y Arbitraje**, Asociación Peruana de Negociación, Arbitraje y Conciliación -APENAC, Lima, 1998, pp. 227-228.

clásico, han generado en los últimos tiempos una tendencia a la revitalización de formas arbitrales o auto-compositivas. Y ello tiene base filosófica, ya que si bien el juzgamiento de los litigios en general tiene importancia colectiva, y por consiguiente carácter público, la mayoría de las controversias sólo afectan a los individuos entre los cuales se produce. En los casos particulares en que esto así ocurre, el Estado no puede desconocer a los interesados la facultad de disponer el sometimiento de sus derechos a quienes les merezcan mayor confianza.

Si una persona -en su esfera de libertad y autonomía de voluntad- puede renunciar a un derecho propio, parece un principio natural que pueda también entregar la suerte de su derecho a la decisión de un particular que le inspire confianza. La jurisdicción, en definitiva, no importa un ejercicio monopólico a través de los órganos del Estado; al ser una función establecida en el interés y protección de los particulares, éstos podrán, en el campo de los derechos que pueden disponer libremente, escoger un sistema privado...".

Así, gracias a la consolidación de la práctica del arbitraje, lograremos, al menos, dos impactos significativos:

El primero, como bien indican Peña Castrillón y Martínez Neira,¹³ es que "[c]onstituyendo el trámite arbitral un sucedáneo de la administración de justicia ordinaria, esta se verá favorecida, dado que ayuda [rá] a descongestionarla, permitiendo así que los miembros de la rama jurisdiccional se ocupen de otros asuntos sometidos a su estudio"; en especial aquellos conflictos de interés general.¹⁴

En efecto, existe la equívoca creencia que la masificación de causas en el poder judicial es un problema privativo de los países pobres y que la única causa que explica este grave problema es la falta de recursos presupuestales para contratar a más jueces y contar con mejor infraestructura.

Sin embargo, este es un problema universal,¹⁵ cuya solución, además de la obvia y necesaria mejora

¹³ Gilberto Peña Castrillón y Néstor Martínez Neira, **Pacto Arbitral y Arbitramento en Conciencia**, Temis, Bogotá, 1986, p. 6.

¹⁴ Harry T. Edwards, "Alternative Dispute Resolution: Panacea or Anathema?". En: Harvard Law Review, Vol. 99, No. 4, 1986, p. 674. "...by diverting private disputes to arbitration, federal and state courts may be able to expend more time and energy resolving difficult public law problems".

¹⁵ Así, por ejemplo, Íñigo de Landecho y Urquijo, "Arbitraje: Única vía posible a la Desjudicialización de los Juzgados y Tribunales Vascos". En: Estudios de Derecho de Arbitraje, No. 2, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 1988, p. 33, al referirse a la situación existente en España, señala que en "...cualquier periódico, y con harta frecuencia, se publican

presupuestal,¹⁶ requiere de reformas institucionales que permitan a los justiciables contar con diferentes mecanismos de resolución de sus conflictos, entre los que destaca el arbitraje.¹⁷

El segundo impacto, como bien explica Peña¹⁸ analizando para el efecto la realidad judicial de Chile que es similar a la de cualquier país de la región, es que "...la utilización de mecanismos alternativos como el Arbitraje, permiten que los litigantes internalicen los costos de litigar: ... por ejemplo, las fuentes primarias muestran que más del 75% de los litigios en los últimos veinte años equivalen a causas vinculadas al sistema crediticio, lo cual significa, dada la gratuidad de ingreso al sistema, que los excluidos subsidian la litigación de las empresas vinculadas al crédito, o lo que es lo mismo, que el gasto público en justicia se distribuye, aunque no deliberadamente, en términos discriminatorios. Este carácter de los sistemas de administración de justicia permite que quienes acceden al sistema externalicen parte importante de sus costos de litigar en la clase de todos los potenciales litigantes. Pues bien. Frente a esta característica de los sistemas de administración de justicia se hace necesario... instituir mecanismos que permitan que cada litigante internalice buena parte de sus costos de litigar. De esa manera no sólo se introduce una

unos artículos... que refieren la caótica situación de los Juzgados (...) Todos ellos narran la sobresaturación que padecen los Tribunales, en donde los expedientes rebosan las mesas y, en muchos casos, se hallan apilados por los suelos, a espera de resolver o de tramitar". Por su parte, Lisa C. Thompson, *"International Dispute Resolution in the United States and Mexico: A practical guide to terms, arbitration clauses, and the enforcement of judgments and arbitral awards"*. En: *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, Vol. 24, 1997, p. 2, al referirse al poder judicial norteamericano, señala que: *"Even though the number of cases brought to court has grown proportionally with the population, the complexity and number of cases has tripled since 1970 and the perception is still that the courts are hopelessly overloaded"*.

¹⁶ Como bien apunta Margaret Wang, *"Are Alternative Dispute Resolution Methods Superior to Litigation in Resolving Disputes in International Commerce?"*. En: *Arbitration International*, Vol. 16, No. 2, 2000, p. 189. *"...no system can afford a sufficient number of judges or courts or enough public money to allow every citizen to litigate in its courts for every real or imagined wrong. As a result of the huge backlog of cases, trials experiencing time delays of up to six years, and appeal cases taking 12 years to reach judgment, are the norm in certain countries, such as Japan"*.

¹⁷ En efecto, en nuestra opinión la diferencia entre países como los Estados Unidos de América y los latinoamericanos, es que mientras en nuestra región pretendemos seguir buscando la solución a esta problemática en el propio poder judicial, los norteamericanos han desarrollado reformas institucionales que han permitido que, como explica Roque J. Caivano, **Negociación, Conciliación y Arbitraje**, ob. cit., p. 223, "...solamente el 5% de los reclamos derivados de relaciones comerciales son resueltos en los tribunales de justicia. El resto son solucionados mediante diferentes métodos alternativos, entre los que tiene gran arraigo el arbitraje".

¹⁸ Carlos Peña González, *"Notas sobre la justificación del uso de sistemas alternativos"*. En: *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Nos. 1-2, Año 2, Buenos Aires, 1997, p. 126.

estructura de precios en la litigación -permitiendo así que abandone la disputa el que valora menos el bien litigado y provocándose una ganancia social neta- sino que se corrigen los efectos regresivos que este fenómeno provoca sobre el gasto. Si bien como lo sugieren los estudios de Capeletti y Garth, el sistema de costas puede operar aquí como un sistema correctivo, resulta también de utilidad el arbitraje. El arbitraje, como es obvio, más que un contrato, o un equivalente funcional de la jurisdicción consiste, técnicamente hablando, en una privatización de la misma que internaliza, en los partícipes del conflicto, los costos de la litigación que, de otro modo, se difuminan, con graves efectos regresivos, sobre todos los potenciales litigantes. Así, el arbitraje es un mecanismo eficaz para internalizar los costos de la justicia".¹⁹

I.1.2. Ventajas del arbitraje frente al proceso judicial

Conjuntamente con el beneficio que significa que el arbitraje aporta en la reducción de la masificación de

¹⁹ Roberto G. Mac Lean U., "¿Es viable y práctico privatizar la justicia?". En: *Ius et Veritas*, Revista de Derecho, No. 30, Lima, 2005, p. 215. "...la verdadera ventaja económica del arbitraje para la sociedad consiste en que traslada el costo económico del litigio del contribuyente al usuario del servicio.

Lo normal es que el litigio financiero forme parte del costo del negocio financiero, a la par de la evaluación del riesgo, la evaluación del crédito y las agencias de cobranza. La ineficiencia del sistema judicial puede incrementar el costo de las transacciones y reducir las oportunidades de acceso para el público en general; pero su eficiencia no beneficia por igual al público general y al usuario, como en cambio sí pasa en el caso de la justicia penal o las causas de familia o algunos conflictos de trabajo. Por lo tanto, es razonable plantear que los usuarios del sistema absorban la mayor parte del gasto de la solución de sus controversias, y los contribuyentes la menor parte. Ya hemos visto cómo las controversias financieras constituyen, conjuntamente con las de tort, la mayor parte de las causas civiles tratadas por los tribunales. Algunos países, tales como Rusia y Egipto, cobran a los demandantes porcentajes elevados de los importes objeto de disputa por concepto de costas judiciales. Por lo menos uno de los Estados de Estados Unidos, Tennessee, recauda de los usuarios, por concepto de costos judiciales y multas, una suma superior al presupuesto de su Poder Judicial. Pero también el arbitraje, si se desarrolla en forma correcta, puede librar al contribuyente de parte de esta carga. El costo económico del arbitraje para el resto de la sociedad no es nada en comparación con el costo total del sistema judicial, que representa entre el 0.9 y el 6% del presupuesto nacional o estatal en muchos países". Xavier Andrade Cadena, "Las ventajas del Arbitraje Internacional: Una perspectiva ecuatoriana". En: *Revista Iberoamericana de Arbitraje*, www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/ventajas_internacional.html, p. 14. "El arbitraje nació como una alternativa privada a litigar en las cortes convencionales y, como tal, no utiliza los recursos humanos ni económicos del estado. Los costos del proceso arbitral son asumidos totalmente por las partes involucradas. La institución arbitral por lo tanto no solo brinda ventajas para los empresarios involucrados, sino también para el estado, pues muchos de los casos que normalmente serían remitidos a los jueces son canalizados a un medio privado de resolución de conflictos completamente financiado por las partes... Por esta razón se ha llegado a considerar al arbitraje como una institución 'socialmente beneficiosa', pues este ahorro de recursos del Estado permite que los jueces resuelvan casos más relevantes para la sociedad".

causas en el poder judicial,²⁰ existen otras razones que hacen del arbitraje una vía inevitable.

En primer lugar, debe tenerse presente que a diferencia del proceso judicial que es estrictamente formalista,²¹ en el arbitraje, como bien explica Landecho y Urquijo,²² se pierde formalidad y se gana eficacia, ya que el proceso puede adecuarse a las necesidades y expectativas de las partes.

En segundo término, la solución de los conflictos en la vía arbitral suele ser más rápida que en la judicial, no sólo porque los plazos son mas breves,²³ sino porque además, los árbitros se dedican a resolver algunos pocos

²⁰ Roberto G. Mac Lean U. "¿Es viable y práctico privatizar la justicia?", ob. cit., p. 217. "...en su versión más elemental, el arbitraje es importante como instrumento de alivio de las presiones gigantescas creadas por la acumulación de procesos atrasados en la gran mayoría de los tribunales de todo el mundo. En una reunión de la Law Asia Conference celebrada en Manila en 1997 uno de los Vice-Presidentes de la People's Supreme Court de China dijo que en dicho país hay aproximadamente 360 millones de procesos pendientes ante los tribunales. En la India se estima en aproximadamente 45 millones el número de procesos pendientes. En otros países, aun cuando los números no son tan impresionantes para el sistema en su conjunto, la concentración de casos acumulados en determinados tribunales perjudica el desempeño del sistema en su conjunto".

²¹ Íñigo de Landecho y Urquijo, "Arbitraje: Única vía posible a la Desjudicialización de los Juzgados y Tribunales Vascos", ob. cit., p. 35. "Los juzgados tienen que aplicar un procedimiento en muchos casos muy encorsetado y falta de agilidad para la dinamicidad de la vida actual. Las pruebas que tienen los contendientes para acreditar sus derechos son, en muchas ocasiones, de escaso contenido y que concede mucho valor al aspecto formal... En otros casos, los plazos son demasiado largos, transcurre demasiado tiempo muerto...".

²² *Ibidem*, p. 35. Como bien explica el autor, en el arbitraje no "...hay que someterse a ninguna regla arcaica que por ejemplo obligue para citar a un testigo o a un perito que viva en Busturia se le tenga que citar a través del juzgado de Gernika, perdiéndose un enorme tiempo entre correos, emplazamientos, certificados con acuse de recibo etc. El árbitro le cita por teléfono y para una hora que a ambos le venga bien. Y la declaración puede ser donde convenga. No en el edificio del Juzgado ni en una sala donde se apilan las personas, ni con un cuestionario determinado, fijado y sin posibilidad de variación, que imposibilita en muchos casos, llegar al fondo de lo que se discute".

²³ Alberto Bustamante, **Justicia Alternativa**, ob. cit., p. 47. El autor hace referencia a un informe de la revista Apoyo al Congreso (año II, No. 7), en la que se citan "...cifras sobre la duración promedio de los procesos que demuestran que mientras el proceso más breve en el Poder Judicial dura un promedio de 842 días (proceso de ejecución sumario), un proceso arbitral no debe durar más de 6 meses". Leonard L. Riskin & James E. Westbrook, **Dispute Resolution and Lawyers**, West Publishing, Minnesota, 1987, p. 3. "*Because the parties can customize the proceedings to suit their needs, arbitration has the potential to be less formal, faster and less expensive than the judicial process*". Frank E. Nattier, "*International Commercial Arbitration in Latin America: Enforcement of Arbitral Agreements and Awards*". En: Texas International Law Journal, Vol. 21, 1986, p. 398. El autor cita a Domke, quien afirma que: "*The international businessmen of today know, as did the traders of ancient days, that commercial disputes that go to courts of law are always costly, and usually bitter. Court calendars are crowded and cases can drag on for years, particularly if they go through different Courts of Appeal...*".

casos, a diferencia de los jueces que tienen que distraer su tiempo entre muchos procesos judiciales.²⁴

La rapidez de los fallos arbitrales tiene a su vez directa relación con los costos. De primera impresión podría afirmarse que "...el arbitraje [es] más oneroso, ya que las partes tienen que asumir los honorarios de los árbitros y de la secretaría del proceso, lo cual, en muchos casos, dada la calidad profesional y especialización de quienes son árbitros, resultan aparentemente elevados, sin embargo, si se compara esta situación con la duración del proceso judicial, la certeza y seguridad de las actuaciones de un proceso, frente a los problemas y vicisitudes del otro, podemos considerar que, al final, el arbitraje resulta en un ahorro, pues la resolución justa del litigio en corto tiempo trae consigo ventajas patrimoniales".²⁵

Además, conviene tener presente que la institución del arbitraje permite que actúen como árbitros expertos en la materia en discusión, a diferencia del proceso judicial en el que al juez muchas veces se le obliga a ser un "todista".²⁶

De esta manera, el arbitraje ofrece la excelente oportunidad de que la controversia sea resuelta por una o más personas especializadas en la materia en conflicto.²⁷

²⁴ Alan Redfern & Martin Hunter, **Law and Practice of International Commercial Arbitration**, 2da. Ed., Sweet & Maxwell, Londres, 1991, p. 23. "...there is continuity in an arbitration, since the arbitral tribunal is appointed to deal with one particular case. The arbitrators follow this case from the beginning to the end, unlike a judge who often only makes his appearance like a deus ex machine, when all the pleadings and relevant documents have been exchanged and the hearing is about to begin. The continuity of its role enables an arbitral tribunal to get to know the parties, their advisers and the case as it develops through the pleadings".

²⁵ José León Barandiarán Hart, "El Arbitraje: sus ventajas con respecto al proceso judicial". En: Legal Express, No. 5, Gaceta Jurídica, Lima, 2001, p. 4. Gilberto Peña Castrillón y Néstor Martínez Neira, **Pacto Arbitral y Arbitramento en Conciencia**, ob. cit., p. 6. "Aparentemente la justicia arbitral, por ser remunerada aparece como extremadamente onerosa. Pero la verdad es bien distinta, por cuanto que la buena justicia obtenida en corto tiempo, trae consigo ventajas patrimoniales para los litigantes".

²⁶ César Guzmán-Barrón Sobrevilla, "El Arbitraje Comercial Internacional". En: Revista del Foro, No. 1, Colegio de Abogados de Lima, Lima, 1994, p. 163. "El juez es un funcionario y, como tal, alejado del mundo de los negocios. Su decisión estará basada sobre el sentido común, pero no puede pedírsele en la mayoría de los casos una necesaria especialización, que sólo tiene quien habitualmente y por profesión participa en el mundo de los negocios dentro del cual se desenvuelve la relación contractual de los conflictos".

²⁷ Nils Mangard, "El Arbitraje y el Sistema Judicial". En: Estudios sobre Arbitraje Comercial Internacional, 2da. Ed., Centro de Estudios Comerciales (CECO), Madrid, 1983, p. 95. "En el arbitraje, las partes litigantes pueden elegir como 'jueces' a personas que poseen los conocimientos específicos y la experiencia necesaria y en quien dichas partes confían". Alan Redfern & Martin Hunter, **Law and Practice of International Commercial Arbitration**, ob. cit., 2da. Ed., p. 23. "Arbitration also offers the parties the opportunity to choose their own judge, in a way which is not usually possible in court proceedings. One or more arbitrators may be chosen for their special skill and

No debemos olvidar el papel que juega la técnica y los adelantos en las transacciones comerciales, las cuales hacen muy difícil que los jueces puedan apreciar con plenitud todos los detalles que en ciertos casos pueden resultar decisivos para una justa y equitativa solución. El arbitraje permite confiar esa decisión en quien las partes reconozcan que tiene experiencia en el negocio controvertido y que es escogido por la confianza que les inspira.²⁸ Esta posibilidad que brinda el arbitraje de poder escoger a las personas que van a resolver nuestros conflictos lo hace en especial atractivo.²⁹

Por otro lado, muchas veces pueden presentarse conflictos que no convienen que sean de dominio público. Para un comerciante o empresario guardar su prestigio y buen nombre es sumamente importante y la publicidad que se genera en los procesos judiciales puede resultarle muy costosa. Idéntico costo se puede sufrir si el público en general accede a información privilegiada. Aquí encontramos otra diferencia entre el arbitraje y el proceso judicial,³⁰ ya que la privacidad³¹ y la

expertise in commercial law, civil engineering or some other relevant discipline". Bruce L. Benson, "Arbitration". En: Encyclopedia of Law and Economics, www.encyclo.findlaw.com/7500book.pdf, p. 162. "...unlike judges and juries, arbitrators tend to specialize in particular types of disputes. A knowledgeable specialist can render a decision more quickly and with less information transfer from, and therefore less costs incurred by, the disputants, and is less likely to make an error..."

²⁸ Pedro Zamora Sánchez, "El Arbitraje Comercial Internacional en México". En: El Arbitraje en el Derecho Latinoamericano y Español, Libro homenaje a Ludwick Kos Rabcewitz, Cultural Cuzco, Lima, 1989, p. 441. "La complejidad de las relaciones económicas de hoy obliga a la intervención de los expertos (...) para dirimir determinados y específicos asuntos controvertidos (...) [el árbitro es] un tercero imparcial que las partes consideran versado con conocimiento y experiencia necesarias sobre la materia sometida a su decisión". Gonzalo García Calderón Moreyra, "El Arbitraje Internacional en la Legislación Peruana", ob. cit., pp. 171-172. "Otro punto ventajoso del arbitraje se da en la especialización de los árbitros en la materia sujeta a solución. En el común de los casos los jueces 'carecen de la mentalidad de los hombres de negocios y sólo quien conozca las costumbres e intenciones de las partes, dictará un fallo acorde con la mentalidad del Comercio Internacional'..."

²⁹ Hans Smit, "The future of International Commercial Arbitration: A single Transnational Institution?". En: Columbia Journal of Transnational Law, Vol. 25, No. 1, 1986, p. 15. "The opportunity to select adjudicators of special skill and experience in the subject matter of the dispute is no doubt one of the principal advantages of arbitration over litigation".

³⁰ César Guzmán-Barrón Sobrevilla, "El Arbitraje Comercial Internacional", ob. cit., p. 163. "La seguridad jurídica del procedimiento judicial implica necesariamente la publicidad para llamar a quienes puedan estar interesados en el procedimiento y permitirles que manifiesten sus puntos de vista. Muchas relaciones comerciales exigen una decisión sin trascendencia para terceros y amparadas por el secreto profesional de quienes intervienen en el procedimiento".

³¹ Como bien señala Enrique Miguel Chávez Bardales, "Privacidad y Confidencialidad en el Arbitraje Comercial Internacional". En: Revista Iberoamericana de Arbitraje, www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/privacidad-arbitraje.html, pp. 1-2, "[l]a privacidad concierne tanto a el lugar donde el procedimiento se lleva a cabo y el hecho de que en ese escenario personas extrañas no deben ser admitidas a las audiencias (...)

confidencialidad³² suelen ser reconocidas como características naturales de la institución arbitral.

Estrictamente hablando, la privacidad otorga a las partes una adecuada atmósfera para resolver sus disputas. A diferencia de las audiencias públicas -que pueden exacerbar la discusión- la privacidad contribuye a conducir el caso propiamente en un ambiente cerrado donde las partes están enteramente libres de factores externos que incluso las pueden conducir a cometer errores". Warren E. Burger, *"Isn't There a Better Way?"*. En: ABA Law Journal, Vol. 68, 1982, p. 277. *"There are important advantages in private arbitration of large, complex commercial dispute: (...) A privately selected arbitrator can conduct all proceedings in a setting with less stress on the parties..."*. ICC Commission on International Arbitration, *"Report on Confidentiality as a purported obligation of the parties in Arbitration"*, Document No. 420/20-009 Rev, 2002, p. 10. *"It is commonly provided in institutional arbitration rules that an arbitration conducted under those particular rules shall be held in private... Outsiders are generally not allowed to attend arbitral hearings and have no right of access to the written record of the proceedings"*.

La privacidad en principio es plenamente aceptada en el ámbito del arbitraje privado. En cambio, tratándose del arbitraje entre inversionistas y estados, son cada vez más los tratados que, en razón de la transparencia, abren las audiencias arbitrales al público. Este es el caso del NAFTA y de otros tratados de libre comercio celebrados por los Estados Unidos de América con Chile, Perú, Australia y el CAFTA, entre otros. Es más, en el campo del arbitraje del CIADI, existe el precedente Aguas Argentinas S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina (Caso ARB/03/19), en el que el tribunal arbitral a cargo de este proceso ha aceptado la presencia de terceros en calidad de amicus curiae (ver resolución de 19 de mayo de 2005, www.worldbank.org/icsid/cases/ARB0319-AC-sp-pdf). Sobre este particular, leer a: Scott R. Jablonski, *"¡Sí, Po! Foreign Investment Dispute Resolution does have a place in Trade Agreements in the Americas: A comparative look at Chapter 10 of the United States-Chile Free Trade Agreement"*. En: University of Miami Inter-American Law Review, Vol. 35, 2004, pp. 653-654; y, David A. Gantz, *"The Evolution of FTA Investment Provisions: From NAFTA to the United States-Chile Free Trade Agreement"*. En: American University International Law Review, Vol. 19, 2004, pp. 747-752.

³² Como apunta Loukas A. Mistelis, *"Confidentiality and Third Party Participation. UPS v. Canada and Methanex Corporation v. United States"*. En: Arbitration International, Vol. 21, No. 2, 2005, p. 212, *"[c]onfidentiality, in its purest form, means that the existence of the arbitration, the subject matter, the evidence, the documents that are prepared for and exchanged in the arbitration, and the arbitrators' awards and other decisions cannot be divulged to any third parties"*.

Según identifica José Rosell, *"Confidentiality and Arbitration"*. En: Croatian Arbitration Yearbook, Vol. 9, 2002, p. 19, *"[c]onfidentiality has traditionally been considered as one of the intrinsic elements of arbitration"*. Sin embargo, como correctamente apunta la ICC Commission on International Arbitration, *"Report on Confidentiality as a purported obligation of the parties in Arbitration"*, ob. cit., p. 1, a la fecha *"...there are different opinions as to the notion of confidentiality, its nature as an implicit obligation of the parties - inherent in the arbitration agreement -, its scope and its limits"*. Esto se debe principalmente a que son muy pocas las legislaciones arbitrales que regulan este tema (Bermuda, España, Hong Kong, Nigeria, Rumania, Taiwán y Zambia), lo que ha obligado a la jurisprudencia a cubrir el vacío normativo, lo que ha sido hecho de diferente manera.

En líneas generales, ya que es imposible tratar este tema a fondo en este momento, identificamos dos posturas: La primera es liderada por los tribunales de Inglaterra (ver casos C. Dolling-Baker c. Merrett, Ali Shipping c. Shipyard Trogir, Hassneh Insurance Co. of Israel c. Steuart J. Mew y City of Moscow c. Bankers Trust Company) y es reconocida en principio por la mayoría de países europeos (en Francia, ver caso Aita c. Ojjeh), que consideran que el arbitraje es confidencial, salvo excepciones puntuales. La otra posición es liderada por los tribunales de los Estados Unidos de América (ver caso United States c. Panhandle Eastern Corp.) y de Suecia (el precedente es Bulgarian Foreign Trade Bank Ltd. c. A.I. Trade Finance Inc.), que consideran que la confidencialidad

Una ventaja adicional del arbitraje frente a la vía judicial la describe González Soria:³³ "Dado que el procedimiento judicial es esencialmente contradictorio, se corre el peligro de dañar definitivamente las relaciones de las partes, cuando quizá su intención y deseo sea resolver exclusivamente los puntos concretos de fricción que pudieran haber surgido, pero intentando dejar a salvo la colaboración conjunta y ulterior. Entendemos que el arbitraje puede salvar este escollo, de una importancia práctica enorme... El arbitraje, en definitiva, permite, como decía Minolli, 'hacer justicia conservando la amistad' ".³⁴

Por último, y en cuanto a la efectividad de los laudos arbitrales, podemos afirmar que un laudo arbitral es tan efectivo y ejecutable como una sentencia judicial. De esta manera, si la parte perdedora incumple lo ordenado en el laudo, procederá exigir su ejecución forzosa, con los mismos efectos reconocidos a los fallos judiciales.³⁵

no se presume y que sólo se puede imponer en caso la ley, el reglamento arbitral aplicable o el pacto de las partes lo establezca. Sobre este particular, leer a: Édouard Bertrand, "The Confidentiality of Arbitration: evolution or mutation following *Esso/BHP vs. Plowman*". En: *La Revue de Droit International des affaires*, No. 2, 1996, pp. 172-176; Cindy G. Buys, "The Tensions between Confidentiality and Transparency in International Arbitration". En: *The American Review of International Arbitration*, Vol. 14, 2003, pp. 122-137; Alexis C. Brown, "Presumption meets reality: An exploration of the confidentiality obligation in International Commercial Arbitration". En: *American University International Law Review*, 2001, pp. 970-1023; Hans Smit, "Breach of Confidentiality as a Ground for Avoidance of the Arbitration Agreement". En: *The American Review of International Arbitration*, Vol. 11, 2000, pp. 567-582; Steven Kouris, "Confidentiality: Is International Arbitration Losing One of Its Major Benefits?". En: *Journal of International Arbitration*, Vol. 22, No. 2, 2005, pp. 127-135; y, L. Yves Fortier, "The Occasionally Unwarranted Assumption of Confidentiality". En: *Arbitration International*, Vol. 15, No. 2, 1999, pp. 131-136.

Respecto al tema de la confidencialidad en el Perú, leer a: Fernando de Trazegnies Granda, "La publicidad del arbitraje". En: *Arbitraje On Line*, Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima, www.camaralima.org.pe/arbitraje/boletin/edic-ant/5/voz_arbitro1.htm; y, Fernando Vidal Ramírez, **Manual de Derecho Arbitral**, Gaceta Jurídica, Lima, 2003, p. 84.

³³ Julio González Soria, "Ventajas del Arbitraje para resolver los litigios de carácter comercial". En: *El Arbitraje en el Derecho Latinoamericano y Español*, Libro homenaje a Ludwick Kos Rabcewitz, Cultural Cuzco, Lima, 1989, p. 321.

³⁴ Frank E. Nattier, "International Commercial Arbitration in Latin America: Enforcement of Arbitral Agreements and Awards", ob. cit., p. 399. "Animosity is frequently generated in a public court trial that results in the termination of what have previously been a profitable and a satisfactory business relationship for both parties".

³⁵ Sobre este particular, leer a: Fernando Cantuarias S., "Ejecución de Laudos Arbitrales dictados en el Perú". En: *Derecho & Sociedad*, No. 25, Lima, 2005. Ver infra punto No. IX.3.

I.2. EN LA SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS INTERNACIONALES

Independientemente de considerar aplicables las ventajas del arbitraje descritas a propósito de la resolución de las controversias domésticas,³⁶ debemos tener presente que a diferencia de los conflictos nacionales en los que el fallo será dictado de conformidad con la ley y en la jurisdicción de ambas partes, en la contratación internacional existe la posibilidad de que por lo menos se puedan aplicar a la resolución de los conflictos dos ordenamientos jurídicos y que puedan participar en su resolución dos instancias judiciales (las leyes y los poderes judiciales de cada una de las partes).

Como veremos enseguida, esta situación generará una serie de problemas de difícil solución, salvo si se pacta el arbitraje.

I.2.1. Necesidad de una instancia neutral

Necesariamente la parte de un contrato internacional que tenga que dirimir sus controversias ante el poder judicial de la otra parte sentirá válidamente que se encuentra en desventaja, no sólo porque probablemente tendrá que litigar en otro idioma, bajo reglas de procedimiento desconocidas y asesorada por abogados locales,³⁷ sino

³⁶ Y muchas veces en el ámbito internacional estas ventajas son aun mayores. Por ejemplo, en lo que se refiere a la celeridad, Gonzalo García Calderón Moreyra, "El Arbitraje Internacional en la Legislación Peruana", ob. cit., pp. 170-171, señala: "Es de notar, principalmente, la lentitud del proceso; lentitud que se agrava más aún en el campo internacional, por la morosidad que suponen las notificaciones, los exhortos, las traducciones, las certificaciones, etc. Todo esto demora largo tiempo, evitando una rápida solución del conflicto surgido entre las partes perjudicando así los negocios que requieren necesariamente de celeridad".

³⁷ Peter D. Ehrenhaft, "Effective International Commercial Arbitration". En: Law and Policy in International Business, Vol. 9, No. 4, 1977, p. 1193. "The burdens of litigation will be increased for one party when, as in most cases, the chosen forum is the place of business of the opposing party. The foreign litigant will be at a disadvantage because court proceedings are almost conducted in the forum country's language... In addition, the foreign party probably will be faced with the onerous task of seeking local counsel to conduct its litigation...". Gary B. Born, "Forum selection versus Arbitration". En: International Commercial Litigation, Vol. 39, 1999, p. 30. "...national courts inevitably apply local procedural rules to international disputes, which may be ill-suited for parties from different legal traditions and regions of the globe". William W. Park, "Text and Context in International Dispute Resolution". En: Boston University International Law Journal, Vol. 15, 1997, pp. 192-193. "If a Boston seller must sue a Georgia buyer in Atlanta (or vice versa), the dispute will take place within a relatively homogeneous linguistic and procedural context. Proceedings can usually be expected to unfold in some variant of the English language according to the Federal Rules of Civil Procedure.

If the buyer is located not in Atlanta, however, but in Athens, Algiers or Aix-en-Provence, the court action may proceed not in the language of Shakespeare, but in the tongue of Demosthenes, Mohammed or Moliere. Even if the linguistic hurdle can be overcome, local counsel must usually be engaged to advise on what to one side will be an unfamiliar code of civil procedure. In some countries the questionable integrity of the judicial system may make

porque, además, existe siempre la sospecha de que los jueces estatales discriminarán en favor de su nacional.³⁸

En otras palabras, "[m]ientras el negocio no trascienda las fronteras, el empresario local que no opte por el arbitraje sabrá que en caso de litigio lo más probable será terminar ante sus jueces locales que aplicarán su derecho local y todo de conformidad con disposiciones procesales también locales.

Sin embargo, cuando a la relación comercial se le añade un componente internacional, ya sea por la presencia de un socio extranjero o de negocios de 'export-import' de bienes y servicios, los escenarios de un posible litigio se multiplican en proporción directa al número de jurisdicciones estatales involucradas en la relación contractual.

Así, el empresario de nuestro ejemplo podrá verse involucrado en un litigio ante jueces extranjeros quienes aplicarán un procedimiento local, con el que sus asesores jurídicos habituales pueden no estar familiarizados o, tal vez, desconocer y, en algunos casos, dichos jueces podrán incluso aplicar un derecho que este empresario no consideró en el momento de hacer el negocio.

El recurso al arbitraje mediante una cláusula adecuada permite eliminar en gran medida esta incertidumbre".³⁹

judicial proceedings resemble auctions more than trials, with judgment going to the highest bidder".

³⁸ W. Laurence Craig, William W. Park & Jan Paulsson, **International Chamber of Commerce Arbitration**, ob. cit., 3era. Ed., p. 10. "Sometimes a party fears, whether justifiably or not, that the courts of the other contracting party's state will favor its own nationals or be subservient to national interests". Bernardo M. Cremades, **Estudios sobre Arbitraje**, Marcial Pons, Madrid, 1977, p. 116. "...los jueces estatales no son neutros - en el más puro sentido internacional de la palabra - para la decisión de conflictos internacionales en los que se encuentren en juego intereses de su propio país". Juan A. Cremades Sanz-Pastor, "La neutralidad en el Arbitraje: La lengua, el lugar y la ley aplicable al Arbitraje". En: **Estudios sobre Arbitraje Comercial Internacional**, 2da. Ed., Centro de Estudios Comerciales (CECO), Madrid, 1983, p. 46. "...en la mayor generalidad de los casos, las partes... van a un arbitraje comercial internacional... para obtener la neutralidad.

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

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

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

(...)

En el arbitraje comercial internacional, las partes se encuentran ante una situación de igualdad...".

³⁹ Garrigues & Andersen, Abogados y Asesores Tributarios, "El Arbitraje como fórmula alternativa de solución de conflictos. ¿Cuándo y cómo acudir al Arbitraje?". En: **Boletín de Información Procesal y de Arbitraje**, Madrid, 1999, p. 5. Xavier Andrade Cadena, "Las ventajas del Arbitraje Internacional: Una perspectiva ecuatoriana", ob. cit., p. 6. "Cuando se suscita una controversia comercial entre partes de distintos países, éstas tienen el legítimo anhelo de

Es pues la necesidad de que exista una instancia neutral para la solución de los conflictos que se generan de la contratación internacional,⁴⁰ una de las razones principales que convierten al arbitraje en una vía inevitable.⁴¹

En efecto, como explica Cremades,⁴² el "...arbitraje comercial internacional permite la solución de los conflictos en un marco y espíritu de neutralidad, bien sea político, económico, cultural, sociológico... El arbitraje permite una solución dictada, no con arreglo a los valores entendidos en una concreta determinada comunidad nacional, sino con arreglo a los diarios criterios de los hombres de negocios en cuya ambientación se celebró y debió ejecutarse un compromiso contractual".⁴³

que su caso se resuelva de forma neutral, en igualdad de condiciones y con las mismas oportunidades procesales. Empero, la justicia ordinaria rara vez satisface estas expectativas. Si una disputa internacional es sometida a la decisión de las cortes de un determinado país, difícilmente podemos hablar de igualdad entre la parte foránea y la local. Mientras la primera se ve obligada a litigar en un entorno legal desconocido, bajo un sistema judicial ajeno y, en ocasiones, en otro idioma, la segunda tiene la ventaja de poseer el conocimiento y experiencia en el sistema judicial de su propio país".

⁴⁰ W. Laurence Craig, "Trends and Developments in the Laws and Practice of International Commercial Arbitration". En: Coudert Brothers Worldwide, www.coudert.com/practice/intcom.htm, p. 1. "...while speed, informality, and economy have had some influence on the growth of international commercial arbitration, the essential driving force has been the desire of each party to avoid having its case determined in a foreign judicial forum. Parties seek to avoid these forums for fear that they will be at a disadvantage due to unfamiliarity with the jurisdiction's language and procedures, preferences of the judge, and possibly, even national bias". Christopher R. Drahozal, "Enforcing Vacated International Arbitration Awards: An Economic Approach". En: American Review of International Arbitration, Vol. 11, 2000, p. 466. "Parties to international contracts generally do not agree to arbitration because it has lower dispute resolution costs than litigation. Instead, the extensive use of arbitration clauses in international contracts largely is due to its greater deterrence benefits. Arbitration avoids 'hometown justice', replacing litigation in one or the other (or both) of the parties' home courts with a neutral decision maker in arbitration".

⁴¹ Alan Redfern & Martin Hunter, **Law and Practice of International Commercial Arbitration**, Sweet & Maxwell, Londres, 1986, p. 25. "In a domestic context, parties who are looking for a binding decision on a dispute will usually have a choice between a national court and national arbitration. In an international context there is no such choice". William W. Park, "Finality and Fairness in Tax Arbitration". En: Journal of International Arbitration, Vol. 11, No. 2, 1994, p. 20. "...the principal *raison d'être* of international commercial arbitration has long been the enhancement of political and procedural neutrality... When a company in Boston concludes a joint venture with an Algerian State agency, neither party wants to end up litigating in the other side's home court".

⁴² Bernardo M. Cremades, **Estudios sobre Arbitraje**, ob. cit., p. 116. Alfredo Calvo Caravaca y Luis Fernández de Gándara, **El Arbitraje Comercial Internacional**, Tecnos, Madrid, 1989, p. 39. "Se dice que éste (el tribunal arbitral) es perfectamente neutral, ya que no administra justicia en nombre de ningún Estado, su nombramiento y poderes proceden del acuerdo arbitral, y su imparcialidad se encuentra garantizada, si se adoptan ciertas precauciones, por ejemplo en cuanto a la nacionalidad de los árbitros, el ordenamiento que deben aplicar o la sede en que deben actuar".

⁴³ Roque J. Caivano, "El Arbitraje y los Procesos de Integración (Su futuro en el Mercosur)". En: Revista Jurisprudencia Argentina, T. 1996-II, Buenos Aires,

Esta clara ventaja del arbitraje ha quedado demostrada en un reciente estudio de Price Waterhouse y the Queen Mary College's School of International Arbitration at the University of London, denominado "*International arbitration: Corporate attitudes and practices 2006*", en el que nueve de cada diez corporaciones entrevistadas confirmaron su preferencia por el arbitraje internacional frente al litigio judicial,⁴⁴ debido especialmente a la neutralidad que ofrece el arbitraje.⁴⁵

I.2.2. Problemas de competencia entre jurisdicciones

Pero no sólo la necesidad de neutralidad convierte al arbitraje en una vía inevitable en el ámbito internacional.

En efecto, muchas veces sucede que las partes de un contrato internacional que no desean resolver sus conflictos ante el poder judicial de alguno de ellos, pactan la sumisión de la controversia a la jurisdicción de otro estado.⁴⁶

1996, p. 791. "Si en cuestiones exclusivamente domésticas el arbitraje se ha revelado como una de las fórmulas más satisfactorias, sus ventajas se potencian cuando el conflicto involucra a partes radicadas en diferentes latitudes. La disyuntiva de acudir a una o otra jurisdicción judicial -recíprocamente teñidas de sospecha y parcialidad por la otra parte- es sólo subsanable mediante el recurso a un arbitraje neutral y especializado, en el que las partes pueden acordar no sólo la elección de la persona más idónea para el caso, sino también el lugar donde habrá de realizarse, el idioma, el procedimiento que los árbitros deberán seguir y aún el derecho de fondo aplicable".

⁴⁴ Price Waterhouse Coopers and the Queen Mary College's School of International Arbitration at the University of London, "*International arbitration: Corporate attitudes and practices 2006*", p. 2. "A significant majority of corporations prefer international arbitration to resolve their cross border disputes. 73% of respondents prefer to use international arbitration...".

⁴⁵ *Ibidem*, p. 5. "So why do nine out of ten corporations seek to avoid transnational litigation? The most common explanation is anxiety about litigating under a foreign law before a court far from home, with a lack of familiarity with local court procedures and language. There are also concerns about the lack of confidentiality surrounding proceedings and the time consuming nature and associated costs of pursuing litigation overseas. In addition, some countries may lack an independent or impartial judiciary and, in the worst cases, the system may be corrupt. Finally, even if these issues are successfully navigated, the enforcement of a foreign judgment can prove very difficult".

⁴⁶ Aquí efectivamente podría afirmarse que las partes estarían sometiendo su conflicto a una jurisdicción neutral. Sin embargo, como explica Margaret Wang, "*Are Alternative Dispute Resolution Methods Superior to Litigation in Resolving Disputes in International Commerce?*", *ob. cit.*, p. 208, litigar en un tercer estado, aun cuando sea neutral, puede generar graves problemas, como barreras del idioma, la falta de familiaridad con las normas de procedimiento judicial, la imposibilidad de ser representado por un abogado del propio país, etc.

Sobre este particular, Born⁴⁷ explica que el pacto expreso de sometimiento a una jurisdicción determinada a la cual recurrir en caso se presente una controversia, puede evitar la existencia de litigios simultáneos en diversas jurisdicciones.⁴⁸

Sin embargo, como el mismo autor anota,⁴⁹ muchos estados imponen limitaciones al momento de reconocer estos pactos de sumisión a una jurisdicción determinada, aplicando para el efecto criterios o requisitos tan amplios y poco precisos como el orden público o la existencia de un vínculo razonable entre las partes y el foro acordado.⁵⁰

De esta manera, existe el riesgo de que aun cuando las partes seleccionen el foro en el cual desean resolver sus controversias, terceras jurisdicciones se nieguen a reconocer dicho pacto y asuman en consecuencia una competencia no prevista.⁵¹

⁴⁷ Gary B. Born, **International Arbitration and Forum Selection Agreements: Planning, Drafting and Enforcing**, Kluwer Law International, La Haya, 1999, p. 4. *"...an exclusive forum selection... can preclude parallel or multiplicitous litigation of the same dispute in two or more forums at the same time. Absent agreement on a contractual forum, each party pursues litigation in the forum that it perceives to be most favorable. Given the likelihood of overlapping jurisdiction in different national courts in many international disputes, this can lead to protracted jurisdictional litigation, inconsistent (and perhaps unenforceable) judgments, and multiple sets of lawyers and legal fees. An exclusive forum selection... agreement can confine litigation of the parties' dispute to a single forum, thereby reducing the expense and uncertainty resulting from parallel proceedings"*.

⁴⁸ Matthias Herdegen, **Derecho Económico Internacional**, Biblioteca Jurídica Diké, K-Adenauer Stiftung, CIEDLA, Medellín, 1994, p. 140. "El amplio espectro de los puntos de vinculación para la competencia internacional abre comúnmente la posibilidad de interponer demandas en muchos estados".

⁴⁹ Gary B. Born, **International Arbitration and Forum Selection Agreements: Planning, Drafting and Enforcing**, ob. cit., pp. 13 y 93. *"...many states impose limitations on the enforceability of forum clauses, such as requiring a 'reasonable relationship' 'between the parties' contract and the forum or considering forum non conveniens objections to the parties' contractual forum (...). Authorities in some countries have indicated that forum selection clauses will not be enforced where doing so would be 'unreasonable' or 'unjust'. This potentially broad exception has included claims that the contractual forum would be a substantially less convenient place for legal proceedings, or that the chosen courts cannot grant effective relief or are closed to one party"*.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 93. *"Some courts have also refused to enforce forum selection clauses designating a forum that lacks any 'reasonable relationship' to the parties' dispute. Other courts treat forum clauses as merely one factor in a more generalized inquiry into what forum is most convenient. Under this approach, a forum clause... is merely an indication of the parties' intentions at one time, which is to be weighed together with considerations of convenience, fairness, judicial economy, and other factors in deciding what forum is 'appropriate'"*.

⁵¹ Roque J. Caivano, **Arbitraje: Su eficacia como sistema alternativo de resolución de conflictos**, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, p. 86. "Podría darse el supuesto de que... las normas del país de quien ha sometido sus asuntos a la jurisdicción de otro no permitan esta prórroga de jurisdicción y la reclamen para sí". Alan C. Swan & John F. Murphy, **Cases and Materials on the Regulation of International Business and Economic Relations**, Matthew Bender, 1991, p. 957. *"...the judicial settlement of international business disputes is an increasingly difficult and often controversial proposition. Jurisdictional*

Todo esto se debe al hecho de que hasta la fecha no existe una solución aceptable en el ámbito del Derecho Internacional, que reduzca la incertidumbre acerca de si los poderes judiciales respetarán el pacto de sumisión acordado por las partes.⁵²

Pero, además, puede suceder, como explica Caivano,⁵³ que "...aun cuando [las partes] pudieran ponerse de acuerdo... y convenir someter sus asuntos a una determinada jurisdicción estatal... [p]odría darse el supuesto de que la legislación del Estado elegido rechace el caso por considerarlo ajeno a su jurisdicción...".⁵⁴

requirements may be difficult to meet, and the varying views of states regarding the permissible limits of personal jurisdiction may generate conflicts. Assuming that jurisdictional requirements are met, a prospective claimant has numerous opportunities for forum shopping. The problem of forum shopping, as well as the possibility that states will have concurrent jurisdiction over a dispute, is exacerbated by the absence of international rules or procedures for the resolution of disputes regarding personal jurisdiction and the avoidance of multiple litigation. If the dispute is complicated, and involves transactions in several states, a foreign court may hold it cannot enjoin an action taking place outside its territory".

⁵² Gary B. Born, **International Arbitration and Forum Selection Agreements: Planning, Drafting and Enforcing**, ob. cit., pp. 89-90. "Many developed countries, including the United States, are not party to any international treaty or other agreement relating to the enforcement of forum selection clauses. There are some bilateral or regional treaties governing international forum agreements, such as the Brussels and Lugano Conventions, but most international forum selection clauses are governed in most national courts by domestic law.

Historically, courts in many states regarded forum agreements as violative of public policy and unenforceable. That approach has been abandoned in most (but not all) developed jurisdictions, which now generally hold that forum selection clauses are presumptively enforceable. There are still important variations between the treatment of forum clauses in different nations..."

⁵³ Roque J. Caivano, **Arbitraje: Su eficacia como sistema alternativo de resolución de conflictos**, ob. cit., p. 86.

⁵⁴ Peter D. Ehrenhaft, "Effective International Commercial Arbitration", ob. cit., p. 1192. "Even if the contract contains both choice of law and choice of forum clauses, the judicial road to resolution of disputes remains full of obstacles. The selected forum may decline jurisdiction over the dispute if adjudication at that location would cause undue hardship to one of the parties, or if there is an insufficient relationship between the forum nation's law and the transaction out of which the dispute arose. Even if the selected court were willing to decide the dispute, that nation's law on conflict of laws might direct the parties to another body of law and forum altogether. Also, where the forum selected by or for the parties is foreign to one or both, the procedures and substantive law may be unfamiliar". William Park, "Private Adjudicators and the public Interest: The Expanding Scope of International Arbitration". En: Brooklyn Journal of International Law, Vol. 12, 1986, p. 670. "...the justification [for international arbitration]... is that parties to a dispute that crosses national boundaries need a non-national mechanism for resolution of the controversies. A third nation's courts are not always an option... because of uncertainty that the courts will accept jurisdiction of a dispute with no connection to the forum state...". José Carlos Fernández Rozas y Sixto Sánchez Lorenzo, **Derecho Internacional Privado**, Civitas, Madrid, 2000, p.79. "...si los Tribunales españoles conociesen de determinados litigios que no presentan una vinculación suficiente con nuestro territorio o con nuestro ordenamiento, la decisión que al efecto dictasen podría encontrar serias dificultades prácticas para su ejecución. Es posible que la misma deba efectuarse en un ámbito jurisdiccional distinto y que las normas que regulan este último dificulten tal ejecución".

Por otro lado, como explica Ehrenhaft,⁵⁵ las cosas se complican aun más cuando el contrato no contiene un pacto de sumisión a un poder judicial determinado, ya que ello incentivará a las partes a intentar acciones judiciales ante las cortes que les resulten mas convenientes a sus intereses.⁵⁶

Y estas acciones judiciales generalmente se iniciarán ante el poder judicial de estados que aplican lo que en la doctrina se conoce como "jurisdicción exorbitante" o "brazo largo de la jurisdicción", que no es otra cosa que la ampliación excesiva de la jurisdicción de las cortes nacionales para conocer determinadas controversias.⁵⁷

Tal es el caso, por ejemplo, de Francia.⁵⁸ Como bien explica Wolff,⁵⁹ "...los tribunales franceses siempre tienen jurisdicción cuando el demandante es de nacionalidad francesa, aunque el demandado pueda ser un extranjero no domiciliado ni residente ni presente en Francia, y aun cuando los hechos sobre los que la demanda está basada no tengan ninguna relación con este país... Estas 'reglas exorbitantes e intolerables'... establecen una desigualdad entre los nacionales franceses y los extranjeros que está en armonía con la actitud chauvinista de los autores del Código Civil, pero que difícilmente puede ser justificada por ninguna consideración racional, social o económica".

Francia no es el único país del mundo que tiene normas de brazo largo o exorbitantes,⁶⁰ ya que en general los países

⁵⁵ Peter D. Ehrenhaft, "Effective International Commercial Arbitration", ob. cit., p. 1192. "Litigation of disputes will be even more difficult if the parties' contract contains neither a choice of law nor choice of forum clause. Litigation commenced by one party may stimulate lengthy and expensive battles over personal and subject matter jurisdiction". Ver supra cita No. 48.

⁵⁶ Alan Redfern & Martin Hunter, **Law and Practice of International Commercial Arbitration**, ob. cit., pp. 25-26. "A claimant who decides to take court proceedings will (in the absence of any agreed submission to the jurisdiction of a particular court) usually be obliged to have recourse to the courts of the defendant's home country, place of business or residence, with which the claimant is likely to be unfamiliar". Si bien esta es la regla general, veremos enseguida que muchas veces no se respeta.

⁵⁷ Sobre el tema de la jurisdicción exorbitante, leer a: Joseph Halpern, "Exorbitant Jurisdiction and the Brussels Convention: Toward a Theory of Restraint". En: The Yale Journal of World Public Order, Vol. 9, No. 1, 1982, pp. 369 y ss.

⁵⁸ Artículos 14° y 15° del Código Civil francés: Art. 14.- "El extranjero aun cuando no resida en Francia... puede ser llevado ante los tribunales franceses". Art. 15.- "Un francés puede ser llevado ante un tribunal francés con respecto a las obligaciones contraídas por él en un país extranjero con un extranjero".

⁵⁹ Martín Wolff, **Derecho Internacional Privado**, Bosch, Barcelona, 1958, p. 56.

⁶⁰ Beverly M. Carl, "La competencia en el Derecho Internacional Privado de los Estados Unidos". En: *Derecho*, No. 40, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1986, p. 75. Explica la autora que, por ejemplo, el artículo 23 del Código de Procedimientos Civiles de Alemania

mas desarrollados asumen jurisdicción para conocer conflictos de una manera que podría calificarse de abusiva, con la finalidad de defender a sus nacionales.⁶¹

Tal es el caso de los Estados Unidos de América, país con el cual Latinoamérica mantiene un importante intercambio comercial, por lo que bien vale la pena que nos detengamos por breves momentos para comentar de manera general algunas de sus disposiciones de brazo largo.

Carl⁶² explica que en este país los tribunales de justicia pueden asumir jurisdicción considerando la persona o el bien en litigio. En el primer supuesto la competencia es "in personam" y en el otro "in rem". La jurisdicción "in personam" puede asumirse a partir de cinco supuestos: 1. Domicilio o residencia del demandado; 2. Consentimiento; 3. Comparecencia; 4. Presencia física y entrega de la notificación; y, 5. Realización de ciertos actos en el Estado.

De estos cinco supuestos, el cuarto y el quinto necesariamente deben ser considerados como exorbitantes. En efecto, mediante el primero las cortes norteamericanas pueden asumir jurisdicción simplemente entregando la notificación de la demanda a la persona que se encuentra físicamente en dicho estado, sin importar si el demandado domicilia o no en dicho lugar.⁶³

"...permite a las cortes alemanas adquirir la competencia 'en personam' sobre el demandado que tenga bienes en esa Nación". Alan C. Swan & John F. Murphy, **Cases and Materials on the Regulation of International Business and Economic Relations**, ob. cit., p. 866. "Another form of exorbitant judicial jurisdiction exercised in some European countries was first developed in Germany (see Section 23 of the German Civil Procedure Code) and is based on a defendant's ownership of property in the forum country. Under this approach a defendant who owns property in the forum thereby becomes subject to the personal jurisdiction of the courts of that country, and the effect of a judgment ultimately rendered is not limited to the value of the property. Thus, local property worth a relatively insignificant amount -say \$ 300- may be the basis for a multimillion dollar judgment against the defendant".

⁶¹ Acerca de las disposiciones peruanas que no contienen disposiciones de brazo largo, leer a: María del Carmen Tovar Gil y Javier Tovar Gil, **Derecho Internacional Privado**, Fundación M.J. Bustamante De La Fuente, Lima, 1987, pp. 163-212.

⁶² Beverly M. Carl, "La competencia en el Derecho Internacional Privado de los Estados Unidos", ob. cit., pp. 61-62.

⁶³ Ibidem, p. 66. "Asuma que un peruano va a Nueva York por un día en viaje de negocios... Mientras está en Nueva York, es notificado de una demanda en su contra en una corte de Nueva York. Técnicamente, Nueva York tiene la competencia bajo esta base de la competencia, debido a que él estaba físicamente presente en el estado y fue notificado en el Estado". La autora línea seguida hace referencia a que el peruano sólo podrá oponerse a la jurisdicción del estado de Nueva York apelando a la figura del "foro no conveniente" o "forum non conveniens", defensa que es una construcción jurisprudencial y que, por lo tanto, su utilización por las cortes norteamericanas es discrecional. Sobre el tema, leer a: Marc O. Wolinsky, "Forum Non Conveniens and American Plaintiffs in the Federal Courts". En: The University of Chicago Law Review, Vol. 47, No. 2, 1980, pp. 373 y ss.

El otro supuesto referido a la realización de ciertos actos en el estado,⁶⁴ supone la facultad que tienen las cortes norteamericanas de asumir jurisdicción si el demandado es parte de un contrato ejecutado o por ejecutarse en ese estado, si ha cometido algún ilícito civil allí, o si ha realizado negocios en los Estados Unidos de América.⁶⁵

Fijémonos que en aplicación de estos criterios exorbitantes o de brazo largo, los comerciantes latinoamericanos pueden acabar litigando sus conflictos ante la jurisdicción de las cortes de países como los Estados Unidos de América, Francia, Alemania, etc., con un agravante adicional: que normalmente una vez que se ha asumido jurisdicción, las cortes del foro podrán aplicar sus propias normas sustantivas para resolver el conflicto de fondo.⁶⁶

¿Cómo se pueden reducir dramáticamente todos estos problemas? Pues pactando la sumisión de la controversia a arbitraje.

⁶⁴ Beverly M. Carl, "La competencia en el Derecho Internacional Privado de los Estados Unidos", ob. cit., p. 67. La autora presenta un ejemplo bastante ilustrativo de la manera cómo las cortes norteamericanas asumen jurisdicción apelando a este criterio: Se trata del caso Bryant c. Finnish National Airlines (208 N.E. 2d 439 (1965)). El demandante sufrió serias lesiones cuando el avión de la Finnish National Airlines en el que viajaba sufrió un accidente en el aeropuerto de París, Francia. Bryant sin embargo demandó a la línea aérea ante una corte federal de Nueva York. La empresa demandada no realizaba vuelos hacia ni desde los Estados Unidos, ni vendía pasajes en ese país. El único contacto del demandado con los Estados Unidos era una pequeña oficina que tenía en Nueva York, en la que daba informaciones y hacía reservaciones, las que eran transmitidas a su oficina de control aéreo en Europa. No obstante, la corte de Nueva York sostuvo que el demandado estaba "realizando negocios" en Nueva York y que existían suficientes "contactos mínimos" entre la empresa y dicho estado, como para que el poder judicial norteamericano asumiera jurisdicción para resolver este caso relacionado con una demanda por responsabilidad civil extracontractual originada en Francia.

⁶⁵ Alan C. Swan & John F. Murphy, **Cases and Materials on the Regulation of International Business and Economic Relations**, ob. cit., pp. 862-863. En el caso *International Shoe Company c. State of Washington* (326 U.S. 310 (1945)), la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos reguló la aplicación de la institución de los "contactos mínimos" que se requieren para que una corte norteamericana asuma jurisdicción. Los citados autores señalan sobre este particular, lo siguiente: "*Under the International Shoe analysis, the defendant's contacts serve as a substitute for presence and permit the exercise of jurisdiction when it comports with 'fair play'. This analysis had the effect of expanding the permissible limits of State jurisdiction over non-residents, both individual and corporate and gave rise to the so-called 'long-arm' statute; a legislative enactment specifying the contacts that would allow courts of the forum State to exercise personal jurisdiction. In fact, a few States have been content, in their long-arm statutes, to provide simply that in every suit personal jurisdiction may be exercised so long as its reach does not offend constitutional standards*". En ese sentido, también resulta ilustrativo el caso *Asahi Metal Industry Co. Ltd. c. Superior Court* (734 P.2d 989 (1987)).

⁶⁶ Sobre el tema de la selección por parte de las cortes norteamericanas de la ley aplicable, recomendamos leer a: Anne E. Covey & Michael S. Morris, "*The Enforceability of Agreements Providing for Forum and Choice of Law Selection*". En: *Denver Law Journal*, Vol. 61, No. 4, 1984, pp. 837 y ss.

En efecto, como explica Born,⁶⁷ las limitaciones de orden público para aceptar los pactos de sumisión al arbitraje suelen ser menos significativas que tratándose de acuerdos de sometimiento a un poder judicial determinado.⁶⁸

Esto se debe, entre otros y principalmente, a que generalmente los pactos arbitrales están referidos a temas de libre disposición y a que, como explica Jarvin,⁶⁹ uno puede pactar libremente el lugar donde se desarrollará el arbitraje,⁷⁰ evitando así que se presenten los típicos problemas que enfrentan a las jurisdicciones estatales.

Pero, además, la mayoría de las veces será de aplicación la Convención de Nueva York de 1958,⁷¹ de la que forman parte casi 140 estados.⁷²

⁶⁷ Gary B. Born, **International Arbitration and Forum Selection Agreements: Planning, Drafting and Enforcing**, ob. cit., p. 13. "...'public policy' or 'mandatory law' limitations are usually less significant in arbitral than in judicial proceedings. For these reasons, it is often easier to obtain effective enforcement of an international arbitration agreement than of a forum selection clause".

⁶⁸ Michael Kerr, "International Arbitration v. Litigation". En: Journal of Business Law, 1980, p. 164. "...in international cases, where jurisdictional problems are bound to arise in the event of dispute, the practice of incorporating arbitration clauses into contracts is becoming almost universal".

⁶⁹ Sigvard Jarvin, "The place of Arbitration -A review of the ICC Court's guiding principles and practice when fixing the place of arbitration". En: The ICC International Court Arbitration Bulletin, Vol. 7, No. 2, 1996, p. 54. "The parties are not limited to the other party's place of residence, or the place where that party has assets, as they normally are in litigation, but are free to agree on practically any place that suits them to hold the arbitration".

⁷⁰ Sin embargo, una cosa es que las partes puedan pactar libremente el arbitraje en cualquier lugar y otra muy distinta que deban hacerlo en cualquier lugar. En otras palabras, si bien las partes tienen plena libertad para fijar la sede del arbitraje en cualquier país, lo cierto es que para garantizar la eficacia de ese arbitraje, lo conveniente será fijar como sede un país que cuente con una legislación arbitral amigable para la práctica del arbitraje ("forum shopping"). Sobre este tema, ver infra punto No. II.2.

⁷¹ Alan Redfern & Martin Hunter, **Law and Practice of International Commercial Arbitration**, ob. cit., p. 63. "The New York Convention of 1958 is the most important international treaty relating to international commercial arbitration". Richard J. Graving, "How Non-Contracting States to the 'Universal' New York Arbitration Convention enjoy Third-Party Benefits but not Third-Party Rights". En: Journal of International Arbitration, Vol. 14, No. 3, 1997, p. 167. "The New York Arbitration Convention of 1958 is mercifully short and, for the international commercial community, successfully sweet. Without evident hyperbole Lord Mustill has called it 'perhaps the most effective instance of international legislation in the entire history of commercial law'. Or as President Stephen Schwebel of the International Court of Justice has put it with greater economy but no less accuracy, 'it works'. Yet another authority, Professor Thomas Carbonneau, has described it as the 'universal charter' of international commercial arbitration".

⁷² Leonard V. Quigley, "Accession by the United States to the United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards". En: The Yale Law Journal, Vol. 70, No. 7, 1961, pp. 1059-1060.

Esta Convención dispone en el Artículo II(3), que el "...Tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable".⁷³

De esta manera, cuando se interponga ante el poder judicial de un estado miembro de la Convención de Nueva York una demanda sobre materia reservada al conocimiento de un tribunal arbitral con sede en un país distinto al del foro, será procedente deducir la excepción de convenio arbitral al amparo del artículo II(3) de dicho Tratado, resultando para el efecto mas que pertinente lo dispuesto por un tribunal norteamericano en el caso *Marchetto c. DeKalb Genetics Corporation* (711 F.Supp. 936 (N.D. Ill., 1989): "*The Convention and its enabling legislation... were designated to encourage the arbitration of international commercial disputes and to unify the standards by which agreements are enforced... By acceding to the Convention, the United States joined other signatories nations in proclaiming a willingness to enforce arbitration clauses in international commercial agreements*".⁷⁴

I.2.3. Problemas en la ejecución de las sentencias

Sobre este particular, conviene precisar que todavía no existe a nivel mundial tratado alguno que permita la ejecución rápida, segura y poco costosa de las sentencias judiciales.⁷⁵ Ante esta situación, muchas veces habrá que

⁷³ William W. Park, "Text and Context in International Dispute Resolution", ob. cit., p. 197. "...The New York Convention... binds most of the world to enforce an arbitration clause and the resulting award".

⁷⁴ Gary B. Born, **International Commercial Arbitration**, ob. cit., p. 7. "...a carefully-drafted arbitration clause generally permits the resolution of disputes between the parties in a single forum pursuant to an agreement that most national courts are bound by international treaty to enforce. This mitigates the expense and uncertainty of multiple judicial proceedings in different national courts".

⁷⁵ Alan C. Swan & John F. Murphy, **Cases and Materials on the Regulation of International Business and Economic Relations**, ob. cit., p. 957. "Assuming that a judgment is obtained, obtaining its recognition and enforcement abroad is often difficult if not impossible". Gary B. Born, **International Arbitration and Forum Selection Agreements: Planning, Drafting and Enforcing**, ob. cit., p. 13. "Many major trading states, including the United States, are party to no bilateral or multilateral agreement on the enforceability of foreign judgments. In the absence of international treaties, the recognition of foreign judgments in many nations is subject to local law, which often makes it difficult or impossible to obtain effective enforcement". John H. Jackson & William J. Davey, **Legal Problems of International Economic Relations -Cases, Materials and Text**, 2da. Ed., West Publishing, Saint Paul, 1986, p. 63. "If the party is lucky enough to be able to obtain jurisdiction and receive a court judgment in its favor in its 'home territory', then it may be faced with enforcing that judgment in a foreign country".

estar a lo que determine la legislación de cada uno de los estados en los que se pretenda ejecutar un fallo judicial, con los riesgos que ello implica.⁷⁶

En cambio, en el ámbito del arbitraje existe como hemos mencionado la Convención de Nueva York de 1958,⁷⁷ la cual

Hasta donde tenemos conocimiento, es la Comunidad Económica Europea la única que cuenta con tratados precisos sobre esta materia. Sobre este particular, leer a: Jumana Rahman, "How Exclusive is Exclusive Jurisdiction?". En: Latham & Watkins, London Litigation Briefing, No. 1, 2006, pp. 4-5; Matthias Herdegen, **Derecho Económico Internacional**, ob. cit., p. 146; y, José Carlos Fernández Rozas y Sixto Sánchez Lorenzo, **Derecho Internacional Privado**, ob. cit., pp. 255-257. Sobre el Mercosur, ver infra punto No.III.3.

⁷⁶ Gary B. Born, **International Arbitration and Forum Selection Agreements: Planning, Drafting and Enforcing**, ob. cit., pp. 106-107. "...a substantial number of countries will generally not enforce foreign court judgments. Many states apply rules which deny recognition to any foreign judgment absent a treaty relationship with the rendering state (or 'state of origin') providing for mutual recognition and enforcement of judgments... Other countries simply refuse to recognize any foreign judgments, or admit foreign judgments solely as evidence in support of a party's substantive claims, which must be relitigated.

Even in countries where it is theoretically possible, the recognition and enforcement of foreign judgments is infrequently sought and even more rarely obtained. This is particularly true with respect to judgments against local nationals—against whom enforcement is typically most important. The enforcement of foreign judgments can be subject to procedural delays and other shortcomings, especially in states where courts lack experience with such efforts. The absence of treaty commitments means that there are few external checks on parochial obstacles to enforcement against local nationals". Lisa C. Thompson, "International Dispute Resolution in the United States and Mexico: A practical guide to terms, arbitration clauses, and the enforcement of judgments and arbitral awards", ob. cit., p. 32. "When selecting an international forum in which to do business, one of the most important legal factors for parties to consider is the recognition and enforcement of judgments rendered by a foreign judiciary. Countries handle the enforcement of foreign judgments... in a wide variety of ways. Some states, like Germany, require some proof of reciprocity in the recognition from the state of the party seeking to enforce the foreign judgment, while others like France do not. Other countries, like Belgium, reserve the right to review the merits of the case, while other states, like the Netherlands, refuse to enforce judgments absent a treaty requiring them to do so. Further, countries vary in their enforcement of judgments depending on the type of case and award. For example, the U.S., which is the most receptive by far to enforcement of sister-state judgments even though it is not a party to any treaties mandating the enforcement of foreign judgments, will treat default and contested judgments the same for recognition and enforcement purposes, while Great Britain only enforces default judgments in limited circumstances. However, no state recognizes foreign judgments where the adjudicating state had no jurisdiction over the judgment-debtor".

⁷⁷ El Artículo 1.1. de este Tratado dispone lo siguiente: "La presente Convención se aplicará al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquél en que se pide el reconocimiento y ejecución de dichas sentencias, y que tengan su origen en diferencias entre personas naturales o jurídicas". Albert Jan van den Berg, "Non-domestic Arbitral Awards under the 1958 New York Convention". En: *Arbitration International*, Vol. 2, No. 3, 1986, p. 198. "...the Convention always applies to the recognition and enforcement of an arbitral award made in another State...". Sobre este particular, leer a: Albert Jan van den Berg, "New York Convention of 1958: Consolidated Commentary, Cases reported in Volumes XIII(1988)-XIV(1989)". En: *The Yearbook on Commercial Arbitration*, Vol. XIV, 1989, pp. 534-555.

permite el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales en prácticamente todo el mundo.⁷⁸

En consecuencia, la manera inevitable de asegurar que las controversias generadas del comercio internacional no sufran conflictos de competencia, terminen en manos de las cortes de brazo largo o tengan finalmente problemas de ejecución de las sentencias,⁷⁹ es pactando la sumisión de los futuros o actuales conflictos al arbitraje.⁸⁰

⁷⁸ Bernardo M. Cremades, "Managing Discovery in Transnational Arbitration", documento presentado en la Conferencia El Arbitraje Comercial Internacional en América Latina: la perspectiva de ICC, La Corte Internacional de Arbitraje de ICC, Miami, 2003, p. 1. "The international enforcement system for arbitral awards through the New York Convention of 1958 is far superior to any system for the enforcement of national judgments". Peter D. Ehrenhaft, "Effective International Commercial Arbitration", ob. cit., p. 1193. "[E]ven when all these potential obstacles of litigation are successfully overcome, the victorious litigant may find enforcement of the court's judgment troublesome. No broad international convention, comparable to the United Nations convention on arbitral awards, assures the enforcement of judgments". Frank E. Nattier, "International Commercial Arbitration in Latin America: Enforcement of Arbitral Agreements and Awards", ob. cit., p. 399. "...enforcing an arbitral award in a country other than where the arbitrators give the award is normally less difficult than executing a foreign judgment. International agreements facilitate the execution of arbitral awards, while court judgments have almost no such backing". William Laurence Craig, "Uses and Abuses of Appeal from Awards". En: Arbitration International, Vol. 4, No. 3, 1988, p. 174. "International Arbitration has become the ordinary way of resolving international commercial disputes. One of the reasons for this success has been the relative ease with which awards rendered in a foreign jurisdiction can be enforced at the debtor's domicile or in any jurisdiction where the debtor has assets. That ease has been due, in large part, to the New York Convention of 1958...". Xavier Andrade Cadena, "Las ventajas del Arbitraje Internacional: Una perspectiva ecuatoriana", ob. cit., p. 17. "Se calcula que solamente el 10% de los laudos que han sido impugnados ante la justicia ordinaria, en aplicación de la Convención de Nueva York, han sido finalmente denegados su ejecución. Nótese que la gran mayoría de laudos son implementados y ejecutados voluntariamente sin intervención judicial. Este resultado es plausible, si tomamos en cuenta la cantidad de países que han suscrito esta Convención". Sobre este particular, recomendamos leer a: Albert Jan van den Berg, "Refusal of Enforcement under the New York Convention of 1958: The Unfortunate Few". En: ICC International Court of Arbitration Bulletin -Special Supplement, 1999.

⁷⁹ Pierre-Yves Gunter, "Enforcement of arbitral awards, injunctions and orders". En: The Arbitration and Dispute Resolution Law Journal, Part 4, 1999, pp. 265-266. "According to the leading commentator of the New York Convention, Professor Albert Jan van den Berg, the enforcement of an arbitral award has been refused in less than 5 per cent of the cases". Jason Fry, "Enforcement of the Award", documento presentado en la "Conference on the Resolution of Disputes under International Construction Contracts", ICC-FIDIC, Paris, 2004, p. 3. "Sir Michael Kerr, in his oft-cited 1996 Keating Lecture... estimate[s] that approximately 98 percent of awards in international arbitration are honoured or successfully enforced. A related statistic is that in only two of 556 reported court decisions have courts set aside an award in the country of origin (...). More recently, in 1999, Albert Jan van den Berg laid claim to the following statistic: 'In approximately 10% of the reported cases involving the New York Convention, a court has refused enforcement of a foreign arbitral award'. The conclusion being that in 90% of reported cases enforcement is upheld". Leer también a: Quentin Tannock, "Judging the Effectiveness of Arbitration through the Assessment of Compliance with and Enforcement of International Arbitration Awards". En: Arbitration International, Vol. 21, No. 1, 2005, p. 75.

⁸⁰ Jan Paulsson, "Third World Participation in International Investment Arbitration". En: ICSID Review -Foreign Investment Law Journal, Vol. 2, No. 1, 1987, pp. 47-48, demuestra con un caso real las ventajas significativas del

Es pues el arbitraje la vía inevitable por la que tienen que discurrir los conflictos que se generan del intercambio comercial internacional,⁸¹ ya que garantiza neutralidad, seguridad, rapidez y eficiencia.⁸²

Por todo lo dicho, son más que pertinentes las palabras de Cremades:⁸³ "...con razón se ha dicho que todo contrato

arbitraje internacional: "Many jurists fail to appreciate that arbitral awards tend to 'travel' far better than court judgments. One may rely on the process to one's advantage. To take a concrete example, consider the case of a Latin American party having a dispute with a North American country. The local party might think that its interests are served by having the dispute heard in its national courts, but that is far from clear. Unless the foreign party has enough assets in the local jurisdiction to satisfy the judgment debt, it may be very difficult to seek to enforce the local judgment abroad. This was just the lesson learned in a recent case by a Salvadorean company. Corporacion Salvadorenna de Calzado (Corsal) of El Salvador had entered into a contract with Injection Footwear Corporation (IFC) of Florida for the supply of raw materials used in the manufacture of footwear. The contract provided for arbitration in El Salvador. Corsal made a claim in arbitration to which IFC did not respond. A Salvadorean court appointed an arbitrator in IFC's place, and the Salvadorean arbitral tribunal, faced with the U.S. defendant's continuing default, finally rendered a U.S.\$ 817,000 award in Corsal's favor. Since El Salvador has not ratified the New York Convention, the award could not be enforced in the U.S. under that treaty. Accordingly, the Salvadorean company sought and obtained a judicial confirmation of the award by a Salvadorean court, and then attempted to enforce that confirmation as a foreign judgment under the law of Florida. Its action in the U.S. was, however, unsuccessful because the federal court in Miami held, *inter alia*, that the Salvadorean procedures were not compatible with U.S. norms (the absent defendant had been 'notified' only by a sign posted on a bulletin board in El Salvador) and that at any rate the reciprocity requirement under the law of Florida was not satisfied since, as it was determined, a default judgment rendered in Florida would not have been accepted in El Salvador. In sum, the Salvadorean party ought to have accepted international arbitration in a neutral venue; if its case had merit, it would have won an award which would in all likelihood be enforceable in the U.S.. Instead, at the end... the claimant ended up with nothing except the unattractive prospect of commencing an entirely new case on the merits in Florida".

⁸¹ Bruce L. Benson, "Arbitration", *ob. cit.*, p. 159. "Lew's... detailed examination of the evidence on international commercial contracts concludes that around 80 percent of the contracts had arbitration clauses at the time of his study... More recent studies confirm this trend... and others report that about 90 percent of all international trade contracts contain arbitration clauses".

⁸² Nils Mangard, "El Arbitraje y el Sistema Judicial", *ob. cit.*, p. 97. "El arbitraje proporciona el mejor sistema para resolver los litigios comerciales de carácter internacional. De hecho, se trata del único sistema imparcial, ampliamente aceptado y ejecutorio en la mayoría de los países del mundo, de que disponemos en la actualidad". Antonio de P. Escura, "El Arbitraje Comercial Internacional y la Ley Española de 1988". En: *Work Paper Barcelona Conference on the Law of the World*, World Jurist Association, 1991, p. 1. "No hay nación que se precie de moderna y pretenda ser miembro de una comunidad de países que mantienen relaciones comerciales y son progresistas en la interdependencia de las naciones, sujetos y partícipes de una comunidad internacional, que no cubran con su legislación la realidad actual del arbitraje... ya que el comercio internacional constituye, cada vez más, un requisito fundamental para un armonioso mundo interdependiente, singularmente cuando la población humana va en aumento, se comunica más y mejor, y va generalizando sus hábitos de consumo".

⁸³ Bernardo María Cremades, **Estudios sobre Arbitraje**, *ob. cit.*, p. 33.

internacional es incompleto y defectuoso si no incluye una cláusula arbitral".⁸⁴

⁸⁴ Rachel Engle, "Party Autonomy in International Arbitration: Where uniformity gives way to predictability". En: *Transnational Lawyer*, Vol. 15, 2002. La autora cita a Andres F. Lowenfeld, quien afirma que, por ejemplo, "...one major New York law firm reported 90 percent of its international transactions contained arbitration clauses". Xavier Andrade Cadena, "Las ventajas del Arbitraje Internacional: Una perspectiva ecuatoriana", ob. cit., p. 1. "Se estima que un 90% de los contratos internacionales contienen una cláusula arbitral". Ver supra cita No. 81.