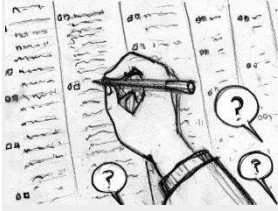


Problemática del Arbitraje Internacional en Latinoamérica

Fernando Cantuarias Salaverry **



Desde la década pasada, el mundo es testigo de como el arbitraje ha dejado de ser un tema privativo de algunos pocos estados, gracias a que muchos países, incluidos aquellos tradicionalmente considerados hostiles hacia el arbitraje, están adoptando modernas legislaciones y se adhieren a importantes tratados sobre la materia.

Carbonneau entiende que parte del mérito por el impresionante desarrollo del arbitraje se debe a la Ley Modelo de UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional , que ha sido adoptada, en todo o en parte, por muchos países alrededor del mundo: desde varios estados latinoamericanos hasta Alemania, como por parte de Rusia y diversas jurisdicciones asiáticas.

Otra parte del mérito lo tiene, qué duda cabe, el "Convenio sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (más conocido como la Convención de Nueva York de 1958) , del que a julio de 2004 forman parte 134 estados.

Pero, además, el éxito del arbitraje se debe a sí mismo, ya que viene demostrando que se trata de un instrumento de inapreciable valor en la solución de los conflictos; en especial, de los que se generan del intercambio comercial internacional.

En efecto, si bien en el ámbito de los conflictos domésticos el arbitraje viene demostrando una importancia cada vez mayor frente al poder judicial, es en la solución de los conflictos comerciales internacionales donde destaca nítidamente, debido a que, además:

a) Las partes de una transacción comercial internacional suelen valorar la neutralidad, que difícilmente se obtiene teniendo que dirimir las controversias ante el poder judicial de una de las partes, ya que probablemente el proceso judicial se desarrollará en otro idioma, bajo reglas de procedimiento poco familiares, se requerirá el asesoramiento de abogados locales y, además, siempre existirá el riesgo de que los jueces discriminen en favor de su nacional.

En cambio, el arbitraje sí ofrece una instancia neutral para la solución de los conflictos que se generan de la contratación comercial internacional.

b) Aun cuando se pacte la sumisión de una controversia ante un determinado poder judicial, siempre existe el riesgo que otras jurisdicciones no reconozcan ese acuerdo y pretendan que sean ellas las llamadas a solucionar el conflicto.

En otras palabras, existe el riesgo permanente de múltiples litigios judiciales, con los

costos e incertidumbre que ello implica.

También puede suceder, como explica Caivano, que “aun cuando [las partes] pudieran ponerse de acuerdo... y convenir someter sus asuntos a una determinada jurisdicción estatal... podría darse el supuesto de que la legislación del Estado elegido rechace el caso por considerarlo ajeno a su jurisdicción”.

A todo esto hay que agregar, que hasta la fecha no existe una solución aceptable en el ámbito del Derecho Internacional, que reduzca la incertidumbre generada de la posibilidad de que los poderes judiciales se nieguen a respetar el pacto de sumisión acordado por las partes.

Éstos y muchos otros problemas se reducen dramáticamente cuando se pacta la sumisión de las controversias a arbitraje, ya que la mayoría de las veces es posible aplicar la Convención de Nueva York de 1958.

c) Por último, conviene recordar que todavía no existe a nivel mundial tratado alguno que permita el reconocimiento y la ejecución rápida, segura y poco costosa de las sentencias judiciales. Ante esta situación, muchas veces habrá que 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.

En cambio, como hemos indicado, en el ámbito del arbitraje existe la Convención de Nueva York de 1958 , que permite el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales en prácticamente todo el mundo.

En consecuencia, la manera de reducir dramáticamente la incertidumbre de que las controversias generadas de la contratación internacional sufran conflictos de competencia, terminen en manos de las cortes de brazo largo o que, finalmente se presenten problemas de ejecución, es pactando la sumisión al arbitraje de los futuros o actuales conflictos.

Por tanto, si en Latinoamérica realmente queremos fomentar el desarrollo masivo del comercio entre nuestras fronteras, necesariamente tenemos que garantizar que los comerciantes y empresarios puedan someter sus conflictos al arbitraje en cualquiera de nuestros países. ¿Es eso actualmente posible?

I. El Arbitraje en América Latina

Tradicionalmente Latinoamérica ha sido considerada como un sub-continente hostil hacia el arbitraje.

Esta afirmación es fácil de comprobar, simplemente analizando las pobrísimas legislaciones arbitrales que nos han regido hasta hace muy pocos años y la casi nula aceptación de tratados arbitrales universales, como son la Convención de Nueva York y la Convención sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (CIADI).

Sin embargo, a partir de la década pasada, las cosas han comenzado a cambiar para bien.

En efecto, a la fecha Antigua y Barbuda, Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, Chile, Dominica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela, son parte de la Convención de Nueva York.

También la Convención del CIADI, aplicable en la solución de conflictos entre inversionistas y estados receptores de inversión, cuenta hoy entre sus miembros con un número importante de estados latinoamericanos.

Además, como indican Craig, Park & Paulsson, cada vez son más las partes que provienen de Latinoamérica que intervienen en arbitrajes ante la Cámara de Comercio Internacional (CCI), principal centro de arbitraje comercial del mundo.

Pero, donde más se aprecia el cambio, es en el número importante de recientes legislaciones arbitrales, a saber: Bolivia (1997), Brasil (1996), Colombia (1998), Costa Rica (1997), Chile (2004), Ecuador (1997), El Salvador (2002), Guatemala (1995), Honduras (2000), México (1993), Panamá (2002), Paraguay (2000), Perú (1996) y Venezuela (1998).

Sin embargo, más allá del número y de lo reciente de muchas de estas legislaciones arbitrales, creemos que estas disposiciones pueden agruparse de la siguiente manera:

a) Legislaciones que no distinguen entre arbitrajes nacionales e internacionales, y que, además, sus disposiciones son tan localistas y alejadas de los estándares internacionales, que resultan muy poco amigables para la práctica del arbitraje comercial internacional dentro de sus fronteras.

En este grupo ubicamos a Brasil, ya que si bien cuenta con una legislación arbitral reciente, aun mantiene disposiciones poco modernas.

También es el caso de Costa Rica y Venezuela, cuyas leyes arbitrales no tienen como vocación atraer conflictos internacionales, al estar plagadas de disposiciones localistas, muy alejadas de los estándares internacionales.

b) Legislaciones que si bien distinguen entre arbitrajes nacionales e internacionales, al aplicar al arbitraje internacional un número importante de disposiciones locales, terminan por convertir a esos foros en poco amigables para la práctica de arbitrajes comerciales internacionales.

Aquí el ejemplo más claro es Colombia, ya que aun cuando distingue entre arbitrajes nacionales e internacionales, en nuestra opinión se trata de una plaza poco atractiva para la práctica del arbitraje internacional, debido a la falta de reglas precisas para su desarrollo y al hecho de que las normas sobre arbitraje nacional o doméstico que pueden resultar aplicables son sumamente localistas y se apartan significativamente de los estándares internacionales. En una situación similar se encuentra Ecuador.

También identificamos a las legislaciones arbitrales de Bolivia, El Salvador, Honduras y Panamá, que tienen en común el mismo problema ya detectado, aunque sus disposiciones

locales se apartan en menor grado de los estándares internacionales. Sin embargo, la sola existencia de estas normas locales hace poco atractiva la práctica del arbitraje internacional dentro de sus fronteras.

c) Legislaciones que no distinguen entre arbitrajes nacionales e internacionales, pero que han establecido estándares idóneos para la práctica del arbitraje internacional dentro de sus fronteras, al haber adoptado, prácticamente en su integridad, la Ley Modelo de UNCITRAL.

Nos referimos fundamentalmente a México y en menor medida a Guatemala.

También aquí debemos ubicar a Paraguay , ya que cuenta con una normativa bastante interesante, basada en gran medida en la Ley Modelo de UNCITRAL. Sin embargo, llamamos la atención de que esta ley permite en muchas oportunidades la intervención judicial, por lo que habrá que verificar la reacción de los tribunales de justicia para confirmar o descartar a Paraguay como un centro potencial de arbitrajes internacionales.

d) Legislaciones que distinguen entre arbitrajes nacionales e internacionales y que han establecido los estándares idóneos para la práctica del arbitraje internacional dentro de sus fronteras, al haber adoptado la Ley Modelo de UNCITRAL.

Aquí ubicamos a la Ley General de Arbitraje (LGA) peruana (Ley No. 26572) , que ha incorporado prácticamente en su integridad la Ley Modelo de UNCITRAL, posibilitando de esa manera la práctica del arbitraje internacional dentro de sus fronteras.

Lo mismo sucede con la reciente Ley de Arbitraje Comercial Internacional No. 19971 de Chile, que le permite contar con una buena legislación arbitral internacional , sin perjuicio de mantener una reglamentación nacional o doméstica ineficiente y anticuada.

II. Problemática del arbitraje privado en los procesos de integración latinoamericanos

El tema de la integración regional y extra regional forma parte esencial de la agenda latinoamericana.

En este apartado no pretendemos analizar estos procesos de integración , porque escapan al contenido limitado del trabajo que está referido exclusivamente al arbitraje.

Es más, vamos a reducir nuestro análisis acerca de la utilización del arbitraje dentro de los procesos de integración, específicamente en lo relativo a la solución de las controversias comerciales privadas, porque es allí donde creemos que existen los mayores problemas y mucho descuido.

En efecto, Germán Jaramillo al momento en que analiza el arbitraje en los procesos de integración, informa que es útil como parte de los mecanismos de solución de los conflictos entre los estados que lo conforman, por lo que se trata de un tema que “es objeto de especial preocupación en todas las dimensiones del derecho internacional contemporáneo. La característica general es la creación de un sistema o foro especial que tenga competencia para conocer esos

asuntos. Las decisiones proferidas por el foro deben tener carácter vinculante para los Estados que formen parte de ella. Estos sistemas evitan la confrontación y la toma de medidas retaliatorias entre los Estados partes.

Este nivel de conflictos es previsto por la mayoría de los Tratados de Integración. El modelo más observado en la actualidad lo constituye el Sistema de Resolución de Disputas de la Organización Mundial del Comercio OMC”.

Jaramillo entiende además que el arbitraje es útil en la solución de los conflictos entre los particulares y los Sistemas de Integración, constituidos por el “conjunto de reclamaciones de los particulares contra las decisiones adoptadas por los mecanismos de integración o contra las decisiones adoptadas por los Estados mismos... [en los que] surge la necesidad de utilizar sistemas imparciales y neutrales que resuelvan las diferencias”.

En cambio, cuando Jaramillo analiza el tema de la solución de los conflictos internacionales entre particulares, se limita a considerar que “atendiendo el principio de la autonomía de la voluntad de las partes ellas pueden pactar el sometimiento de sus diferencias a Tribunales Arbitrales Internacionales en contraste con la solución de las jurisdicciones nacionales de cualquiera de las partes”.

Esta opinión, que es la que comparten muchos especialistas, asume que en un proceso de integración sólo se requiere desarrollar o promover mecanismos arbitrales en los dos primeros niveles identificados por el mencionado autor, ya que el último (el estrictamente privado), se rige en exclusiva por la “autonomía de la voluntad”.

Por ello es que si analizamos el tema de la solución de controversias, por ejemplo dentro del esquema inicial de integración del Mercosur, comprobaremos que la preocupación fundamental estuvo centrada en la solución de los conflictos entre Estados y entre éstos y los particulares, mientras que en lo referente a la solución de las controversias entre particulares se guardó silencio absoluto. La misma respuesta la encontramos en el esquema normativo original del Acuerdo de Integración Subregional Andino (hoy Comunidad Andina de Naciones o Can).

¿Era acaso razonable al momento en que se implementaron estos esquemas de integración económica el dejar el tema del arbitraje entre privados exclusivamente dentro del campo de la “autonomía de la voluntad”?

Cuando se crea la hoy denominada Comunidad Andina de Naciones hacia finales de la década de los 60s, las legislaciones arbitrales de Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador, Perú y Venezuela eran obsoletas. Lo mismo podemos decir de las leyes de arbitraje de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, cuando se adopta el Mercosur.

Entonces, ¿de qué autonomía de la voluntad podemos hablar, si el arbitraje era, en términos de regulación y reconocimiento legal, una institución inútil?

Pero, además, ¿acaso la situación ha cambiado en los últimos años?

Se supone que sí, ya que, como hemos visto, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, Paraguay, Perú y Venezuela han modernizado sus legislaciones arbitrales, junto con Costa

Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y México; aunque Antigua y Barbuda, Argentina, Barbados, Belice, Dominica, Grenada, Guyana, Haití, Nicaragua, República Dominicana, Trinidad y Tobago y Uruguay, siguen manteniendo disposiciones arbitrales anticuadas.

Sin embargo, como también hemos puntualizado, en la realidad son pocas las legislaciones arbitrales que pueden ser consideradas como modernas y amigables para la práctica del arbitraje internacional.

Con éste estado de cosas, resulta muy difícil fomentar el intercambio comercial privado entre nuestras fronteras, ya que las partes se ven imposibilitadas, o al menos seriamente limitadas para poder pactar el arbitraje, simplemente porque la mayoría de nuestros países no están preparados para recepcionar arbitrajes comerciales internacionales.

En efecto, hoy por ejemplo es muy difícil que una empresa peruana y otra colombiana pacten el arbitraje (salvo que quieran y puedan hacerlo en México, Estados Unidos o Europa) en alguno de los estados que conforman la Comunidad Andina de Naciones, simplemente porque Bolivia, Colombia, Ecuador y Venezuela cuentan, para estos efectos, con legislaciones arbitrales poco amigables. Además, en este escenario, el Perú no siempre es una alternativa, debido al tema de la neutralidad.

Pero, además, aun cuando se pudiera afirmar que la gran mayoría de los estados latinoamericanos cuentan con legislaciones aptas para la práctica del arbitraje comercial internacional (que como hemos identificado no es el caso), igual tendríamos que enfrentar un significativo problema adicional: “La existencia de distintos ordenamientos jurídicos internos, con variados requisitos para la validez y eficacia del arbitraje, genera inconvenientes de tal magnitud que pueden derivar en la inoperatividad del arbitraje internacional, pues constituye un hecho innegable que las naciones legislan con el objeto de regular su realidad interna, y el arbitraje internacional excede largamente ese ámbito”.

En otras palabras, aun cuando la gran mayoría de los países latinoamericanos estuvieran preparados para recibir arbitrajes comerciales internacionales dentro de sus fronteras, lo cierto es que muchos de ellos cuentan con tantas disposiciones locales o particulares, que resulta una tarea casi titánica el poder preverlas al momento de pactar el arbitraje.

Por eso no nos deben de extrañar las observaciones que hizo Zapiola hace algunos años: “Actualmente el MERCOSUR enfrenta una crisis estructural, que desnuda algunas de las falencias constitutivas del sistema, que puede servirnos de verdadera alerta, por lo que debemos observarla con mucho detenimiento.

Quienes intentan explicar los motivos de la crisis, coinciden en un aspecto que nos interesa remarcar en este momento, que es la poca o escasa consideración que se otorga a los derechos de los particulares, en la estructura institucional del MERCOSUR.

La demostración más clara de esta falta de preocupación por los derechos individuales es la inexistencia de un sistema de solución de controversias rápido y confiable para dirimir conflictos entre particulares”. Como veremos seguidamente, estas observaciones son hasta la fecha plenamente aplicables a la Comunidad Andina de Naciones.

¿Cómo atacamos este grave problema?

III. Alternativas de solución y respuestas existentes

La primera alternativa sería intentar que todos los países de la región unificaran sus legislaciones arbitrales.

Si bien expertos de la talla de Caivano consideran viable esta posibilidad, nosotros no creemos que nos llevará a buen puerto.

La razón es muy simple: Nadie niega que en poco más de diez años, Latinoamérica ha dado señales claras en favor del arbitraje y que, como explica Griguera, las nuevas legislaciones arbitrales están orientadas a la adopción de principios y reglas sobre arbitraje comercial que prevalecen en el mundo y que cuentan con un amplio consenso.

Sin embargo, aquí el problema se presenta con las pequeñas (“grandes”) diferencias, con las “excepciones” localistas que impiden una clara armonización, y, en muchos casos, con la existencia de importantes vacíos.

Creemos, por tanto, que lo que se requiere es la adopción de convenios internacionales que permitan corregir el actual estado de cosas.

Ese es el camino que recientemente han seguido la Comunidad Andina de Naciones y el Mercosur, aunque, como veremos enseguida, el primero proponiendo una solución absurda e inaceptable y, el segundo, estableciendo un marco interesante pero que requiere de urgentes correcciones.

En el caso de la Comunidad Andina de Naciones, Rosell explica que “el arbitraje ha resultado ser absolutamente necesario en el tráfico internacional, ya que resultaría difícil concebir un comercio dinámico sin esta fórmula alternativa para la solución de las disputas... Su importancia aumenta cuando se deben resolver conflictos entre empresarios de distintos países, regidos por leyes y sistemas jurídicos procesales diferentes, que provocan en el litigante una natural preocupación cuando debe someterse a tribunales extraños”.

Sin embargo, la manera como la Comunidad Andina de Naciones ha “resuelto” el problema de la falta de reglas uniformes en materia de arbitraje comercial internacional dentro de los países que la conforman, ha sido emitiendo un Protocolo (de Cochabamba, de 26 de mayo de 1996), a través del cual “se faculta al Tribunal de Justicia, en algunos casos, funciones arbitrales como: (i) Las controversias que se susciten por la aplicación o interpretación de contratos, convenios o acuerdos, suscritos entre órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración o entre éstos y terceros, cuando las partes así lo acuerden, y (ii) Las controversias que se susciten por la aplicación o interpretación de aspectos contenidos en contratos de carácter privado y regidos por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

A través del mismo Protocolo, se faculta a la Secretaría General a dirimir, mediante el ‘arbitraje administrado’, las controversias que le sometan particulares respecto de la aplicación o interpretación de aspectos contenidos en contratos de carácter privado y regidos por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina”.

Así, la gran “solución” dentro de la Comunidad Andina de Naciones, ha sido la de convertir a una institución privada por naturaleza como es el arbitraje comercial internacional en una semi-pública, ya que los árbitros dejarán de ser agentes privados, para dar paso a funcionarios internacionales designados directamente por los estados miembros de este acuerdo de integración y que conforman su Tribunal y Secretaría General.

Se trata pues de una decisión inaceptable, violatoria de todos los principios que inspiran el arbitraje comercial internacional, que no ataca de forma alguna el problema de la falta de uniformidad en las legislaciones arbitrales de los países que conforman esta comunidad y que, en última instancia, será desechada por los agentes económicos que, con justa razón y recelo, se negarán a someter sus conflictos ante personas que no pueden elegir y que dependen en última instancia de los estados que conforman este esquema de integración.

El Mercosur, en cambio, apuesta decididamente por el establecimiento de un marco supranacional que fomente la práctica del arbitraje comercial internacional hacia el interior de los estados que lo conforman.

Para estos efectos, el primer paso fue la adopción del Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en materia contractual (diciembre de 1994) , que, entre otros, autorizó el acceso al arbitraje como vía alternativa al poder judicial en la resolución de las disputas privadas.

Sin embargo, como explica Cattaneo, años más tarde y debido al “crecimiento del tráfico comercial y financiero entre los países del Mercosur y sus socios Chile y Bolivia, sin duda resultaba primordial para los países del grupo contar con una normativa específica en el ámbito del arbitraje comercial internacional privado. En tal sentido, se suscribieron el 23 de julio de 1998 los Protocolos Nos 3/98 y 4/98. El primero, contiene normas aplicables a los cuatro países firmantes del Tratado de Asunción: Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, en tanto el Protocolo Nro 4/98 establece también el mismo régimen para los precitados cuatro países pero haciéndolo extensible a los dos socios del Mercosur: Bolivia y Chile, que, como es sabido, no son miembros plenos del Mercosur”.

Se trata de dos instrumentos internacionales (aunque sustancialmente similares) de la mayor importancia para la consolidación del arbitraje comercial internacional en Latinoamérica, ya que, como explica Fraser , no sólo regulan el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales foráneos, sino que, además, y principalmente, establecen todo un sistema de regulación del arbitraje comercial internacional hacia el interior de los países que conforman el Mercosur y entre éstos y sus socios (Chile y Bolivia).

En efecto, y si bien no pretendemos analizar a fondo los Protocolos , insistimos en destacar el importante esfuerzo realizado por intentar uniformizar el tratamiento de los arbitrajes comerciales internacionales, abordando para el efecto todas las áreas del arbitraje, como son: el ámbito de aplicación, el convenio arbitral (que se le da el nombre de convención arbitral), el procedimiento arbitral, el tribunal arbitral, la competencia del tribunal arbitral, el laudo arbitral, los recursos contra los laudos arbitrales y el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales extranjeros.

Sin embargo, al mismo tiempo, destacamos algunos graves errores, como son: se otorga demasiada deferencia a la legislación del lugar del arbitraje para la regulación de algunos temas sensibles; se limita demasiado su ámbito de aplicación ; existe una equívoca referencia a tratados distintos a la Convención de Nueva para el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales extranjeros ; y, se establecen ciertas condiciones y requisitos extraños a los estándares internacionales.

Aun así, como ya hemos expresado, ambos Protocolos son valiosos en la tarea de consolidar la práctica del arbitraje comercial internacional en Latinoamérica, por lo que deberían servir de base para una acción conjunta más allá del Mercosur.

IV. A modo de conclusión

En la actualidad se vienen negociando varios procesos de integración, destacando el que promueven el Mercosur con la Comunidad Andina de Naciones y el Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA).

Sobre este particular, si bien es cierto que el NAFTA puede ser útil como antecedente para regular los procedimientos de resolución de controversias entre los estados parte y entre éstos y los inversionistas , no debemos de olvidar que este Tratado no regula en forma alguna el arbitraje comercial internacional , probablemente porque tanto los Estados Unidos de América, como Canadá y México, ya contaban en la fecha de adopción de dicho acuerdo de integración con legislaciones arbitrales modernas.

Como esa no es la situación de la gran mayoría de los estados latinoamericanos, creemos indispensable que esta vez los nuevos acuerdos de integración no olviden de regular el tema del arbitraje comercial internacional, para lo cual el trabajo realizado por el Mercosur puede considerarse como un importante punto de partida.

En realidad, si logramos establecer reglas uniformes que permitan a nuestros comerciantes y empresarios pactar el arbitraje en cualquiera de nuestros países, permitiendo así que elijan el lugar del arbitraje exclusivamente en base a criterios como la neutralidad, los costos y los servicios, habremos avanzado en la dirección correcta para promover un verdadero crecimiento del comercio en nuestra región.

* Artículo presentado en el panel "Arbitration Developments in Latin America", New York State Bar Association, International Law and Practice Section, Santiago de Chile, noviembre de 2004.

** Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas UPC, Arbitro Internacional y autor del libro "El Arbitraje Comercial y de las Inversiones