



Revista Chilena de Derecho

ISSN: 0716-0747

redaccionrhd@uc.cl

Pontificia Universidad Católica de Chile  
Chile

CONEJERO ROOS, CRISTIÁN

LA INFLUENCIA DE LA LEY MODELO DE LA CNUDMI SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL  
INTERNACIONAL EN AMÉRICA LATINA: UN ANÁLISIS COMPARATIVO

Revista Chilena de Derecho, vol. 32, núm. 1, enero-abril, 2005, pp. 89-138

Pontificia Universidad Católica de Chile

Santiago, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=177021316005>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

## LA INFLUENCIA DE LA LEY MODELO DE LA CNUDMI SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL EN AMÉRICA LATINA: UN ANÁLISIS COMPARATIVO

CRISTIÁN CONEJERO ROOS\*

**RESUMEN:** El presente artículo analiza la influencia de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre Arbitraje Comercial Internacional del 21 de junio de 1985 (en adelante la “Ley Modelo”), en las recientes leyes sobre arbitraje adoptadas por la mayoría de los países de América Latina. En dicho análisis se describe primero el marco regulatorio legal del arbitraje internacional en América Latina. Luego analiza el rol concreto y la influencia de La Ley Modelo en las leyes nacionales recientemente adoptadas por países latinoamericanos, procurando seguir en dicho análisis una aproximación comparativa de las semejanzas, diferencias e innovaciones que las diversas leyes presentan con relación a la Ley Modelo a diversas cuestiones tales como, entre otras, al acuerdo o convenio arbitral, la competencia del tribunal arbitral, la colaboración y asistencia de los tribunales en los procesos arbitrales y, en fin, la validez del laudo arbitral y los mecanismos existentes para impugnarlo, a fin de concluir si tales cuestiones han encontrado o no una solución idónea al amparo de la Ley Modelo o continúan siendo materias sometidas a obstáculos que no han sido removidos legalmente y que impiden que el arbitraje internacional tenga por fin asegurada una vida sana y próspera en América Latina.

**Palabras clave:** Derecho mercantil - Arbitraje internacional - América Latina.

**ABSTRACT:** This article examines the influence of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) Model Law on International Commercial Arbitration of June 21, 1985 (the “Model Law”) in the recent arbitration laws adopted by most Latin American countries. In so doing, this article describes firsts the general legal framework for international arbitration in Latin America. It then focuses on the concrete role and impact of the Model Law in the several domestic laws recently adopted by Latin American countries, with the aim to address, from a comparative standpoint, the similarities, differences and innovations of the various laws with respect to the Model Law on a number of issues such as, *inter alia*, the arbitral agreement, the jurisdiction of the arbitral tribunal, the assistance of State courts in arbitral proceedings and, the validity of arbitral awards as well as the mechanisms to challenge such awards, in order to conclude whether or not such questions have found a sound solution under the aegis of the Model Law or whether they continue to be subject matters confronted with obstacles not yet legally removed and that prevent international arbitration from enjoying a long and healthy life in Latin America.

**Key words:** Commercial Law - International Arbitration - Latin America.

---

\* Consejero, Corte Internacional de Arbitraje, Cámara de Comercio Internacional, París, Francia. Abogado, Pontificia Universidad Católica de Chile, Magíster en Derecho (L.L.M) y Receptor del Parker School Recognition for Achievement in Comparative and International Law, Universidad de Columbia (Nueva York). El autor agradece el apoyo de la Beca Presidente de la República de Chile y los valiosos comentarios de Eduardo Silva Romero. En todo caso, las opiniones expresadas son de exclusiva responsabilidad del autor y no reflejan necesariamente la posición de la Corte Internacional de Arbitraje.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL ARBITRAJE INTERNACIONAL EN AMÉRICA LATINA: UNA APROXIMACIÓN AL TEMA. III. LA REFORMA DE LAS LEYES NACIONALES SOBRE ARBITRAJE INTERNACIONAL: EL IMPACTO DE LA LEY MODELO. 1. Reconocimiento del acuerdo o convenio arbitral. *a. Forma y contenido del acuerdo o convenio arbitral. b. Separabilidad o Autonomía de la cláusula arbitral. c. Cláusula compromisoria y compromiso. d. Efecto excluyente del acuerdo arbitral respecto de procesos judiciales paralelos.* 2. Kompetenz-Kompetenz (Facultad del tribunal para decidir sobre su propia competencia). 3. Asistencia y cooperación judicial en los procesos arbitrales. *a. La desjudicialización de las cuestiones ventiladas en procesos arbitrales. b. La asistencia y colaboración de los tribunales en los procesos arbitrales. (i) Nombramiento de los árbitros. (ii) Recusación de los árbitros. (iii) Adopción de medidas precautorias. (iv) Producción de pruebas.* 4. Mecanismos para atacar un laudo arbitral. *a. Impugnación del laudo arbitral. b. Denegación de la ejecución y reconocimiento del laudo arbitral internacional.* IV. CONCLUSIONES<sup>1</sup>.

## I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo tiene por objeto analizar la influencia que ha tenido la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre Arbitraje Comercial Internacional del 21 de junio de 1985, en adelante la Ley Modelo, en las recientes leyes sobre arbitraje adoptadas por la mayoría de los países de América Latina.

Para tales efectos se abordará sucintamente el marco regulatorio legal del arbitraje internacional en América Latina, haciéndose una breve referencia a los diversos instrumentos legales de origen tanto internacional como nacional que han tenido repercusión en el desarrollo del arbitraje dentro del continente.

En seguida, se analizará el impacto de La Ley Modelo en las leyes nacionales recientemente adoptadas por países latinoamericanos, procurando seguir en dicho análisis una aproximación comparativa de las semejanzas, diferencias e innovaciones que las diversas leyes presentan con relación a la Ley Modelo. Se abordará en especial si han sido recogidas ciertas normas o principios que, tradicionalmente, por su falta de reconocimiento en leyes nacionales ofrecían gran dificultad para promover el desarrollo del arbitraje internacional en América Latina. Así pues, se tratarán diversos problemas relativos al acuerdo o convenio arbitral, la competencia del tribunal arbitral, la colaboración y asistencia de los tribunales en los procesos arbitrales y, en fin, la validez del laudo arbitral y los mecanismos existentes para impugnarlo, a fin de concluir si tales cuestiones han encontrado o no una solución idónea al amparo de la Ley Modelo o continúan siendo materias sometidas a obstáculos que no han sido removidos legalmente y que impiden que el arbitraje internacional tenga por fin asegurada una vida sana y próspera en América Latina.

<sup>1</sup> Este artículo es una versión actualizada del artículo “El impacto de la Ley de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional en América Latina: Un Análisis Comparativo”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje* 255 (2004).

## II. EL ARBITRAJE INTERNACIONAL EN AMÉRICA LATINA: UNA APROXIMACIÓN AL TEMA

Tradicionalmente el arbitraje internacional fue visto como una institución extraña y poco familiar en América Latina. Diversos factores contribuyeron a una percepción pesimista respecto de este método privado de solución de controversias en el ámbito de las disputas internacionales, tales como la inexistencia de un marco regulatorio legal adecuado, el escepticismo acerca de los beneficios del arbitraje como mecanismo de solución de controversias, la escasa práctica del arbitraje a nivel doméstico como internacional, y la falta de conocimiento acerca de sus principios fundantes y orientaciones más modernas<sup>2</sup>.

No obstante lo anterior, en la medida que los países latinoamericanos comenzaron una interacción creciente con países desarrollados, surgió una necesidad evidente de satisfacer las tendencias impuestas por el proceso de desarrollo económico y tráfico comercial que llevó a un reconocimiento gradual del importante rol del arbitraje internacional, en cuanto mecanismo flexible, rápido y confiable para la resolución de controversias comerciales. Como consecuencia de ello, en las últimas décadas en América Latina se produjo un evidente cambio de una región hostil a una más favorable vis-à-vis el arbitraje internacional<sup>3</sup>.

En el orden estrictamente legal, el cambio referido se experimentó con claridad a dos niveles: por una parte, mediante la ratificación de tratados universales y regionales

<sup>2</sup> Para mayor información acerca de las razones que determinaron la hostilidad de los países latinoamericanos con relación a la práctica del arbitraje internacional véase STRAUS, Why International Commercial Arbitration is Lagging in Latin America: Problems and cure, 33 *Arb. J.* 21 (1978); Nota, The Future of Arbitration in Latin America: A study of its Regional Development, 8 *Case W. Res. J. Int'l L.* 480 (1976); ABBOT, Latin America and International Arbitration Conventions: The Quandary of Non Ratification, *Harv. Int'l L. J.* (1976); VAN DEN BERG, A., L'arbitrage commercial en Amerique Latine, *REV. DE L'ARBITRAGE* 123 (1979); Summers, Arbitration and Latin America, 3 *Calif. W. Int'l L. J.* 1 (1972); NATTIER, F., International Commercial Arbitration in Latin America: Enforcement of Arbitral Agreements and Awards, 21 *Texas Int'l L. J.* 397 (1986); GARRO, A., Enforcement of Arbitration Agreements and Jurisdiction of Arbitral Tribunals in Latin America, 1 *J. Int'l Arb.* 293 (1986) [*“Enforcement of Arbitration Agreements”*].

<sup>3</sup> Con respecto a los factores que explican el cambio a una región más favorable para la práctica del arbitraje internacional, véase GRIGERA NAON, H., Arbitration in Latin America: Overcoming traditional hostility (An Update), 22 *Inter-American L. R.* 203 (1991) [*“Overcoming traditional hostility”*]; GARRO, A., The Uncitral Model Law and the 1988 Spanish Arbitration Act: Models for Reform in Central America, 2 *The American R. of Int'l Arb.* 201 (1990) [*“The Uncitral Model Law and the 1988 Spanish Arbitration Act”*]; GRIGERA NAON, H., International Commercial Arbitration in Latin America: What now?, *Comparability and Evaluation, Essays in Honour of Dimitra Kokkini-Iatridou* 325 (1994); LAYTON, R., Changing Attitudes towards Dispute Resolution in Latin America, 10 *J. Int'l Arb.* 123 (1996); MANTILLA SERRANO, F., Major trends in International Commercial Arbitration in Latin America, 17 *J. Int'l Arb.* 139 (2000) [*“Major trends”*]; FULKERSON, B., A Comparison of Commercial Arbitration: the United States & Latin America, 23 *Houston J. of Int'l L.* 537 (2001) [*“A Comparison of Commercial Arbitration”*]; GARRO, A., *Latin American Law: Arbitration Law & Practice* (2001); BLACKABY, N., LINDSEY D. y SPINILLO A. (Eds.), *International Arbitration in Latin America, Kluwer Law International*, (2002) [*“Int'l Arb. In Latin America”*]; y más recientemente, KLEINHEISTERKAMP, J., *International Commercial Arbitration in Latin America, Oceana Publications*, (2005) [*“Int'l Comm. Arb. In Latin America”*].

con relación al arbitraje internacional, y por otra, mediante la adopción de nuevas leyes o la modificación de las ya existentes que lo gobiernan<sup>4</sup>.

El impacto de las convenciones internacionales sobre la materia fue, en efecto, el primer paso crucial en el desarrollo de un marco regulatorio apropiado para la práctica del arbitraje internacional. Durante largo tiempo, existieron diversos e infructuosos intentos por dotar al continente de tratados que regularan el arbitraje internacional<sup>5</sup>, y a pesar de la novedad de las cuestiones abordadas en estas convenciones, en lo que concierne al arbitraje todas ellas tuvieron poco impacto práctico y fueron insuficientes para crear una cultura arbitral en América Latina<sup>6</sup>. Las razones de dicho fracaso ciertamente pueden encontrarse, entre otras, en los grandes obstáculos legales que aún ofrecían las legislaciones domésticas sobre arbitraje.

El cambio de este escenario comenzó a gestarse solo a partir de la gradual pero hoy casi unánime ratificación de la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros de 1958<sup>7</sup>, en adelante la Convención de Nueva York<sup>8</sup>, y de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Internacional de 1975, en adelante la Convención de Panamá<sup>9</sup>, que permitieron a la gran mayoría de los países latinoamericanos adherentes a tales

<sup>4</sup> Véase GRIGERA NAON, H., Latin American Arbitration Culture and the ICC Arbitration System, *Conflicting Legal Cultures in Commercial Arbitration: Old issues and new trends* (1999), p. 132-137.

<sup>5</sup> Entre estos tratados deben mencionarse la Convención sobre Derecho Procesal Internacional, suscrita en Montevideo en 1889 por seis países latinoamericanos, la Convención Boliviana sobre Ejecución de Laudos Extranjeros, suscrita en Caracas en 1911, y la Convención de Derecho Internacional Privado (que dio origen al Código de Derecho Internacional Privado, también conocido como el Código Bustamante), suscrito en La Habana, en 1928. Véase EYZAGUIRRE R. and SIQUEIROS, J.L., Arbitration in Latin American countries, *ICCA Series* (1989), p. 86.

<sup>6</sup> Para mayor información, véase EYZAGUIRRE R. y SIQUEIROS, J.L., *Id.*, p. 85-90; y, GARRO, A., *supra* nota 1 [“Enforcement of Arbitration Agreements”], p. 299.

<sup>7</sup> Véase BLACKBAY, N., LINDSEY D. y SPINILLO, A., *Overview of Regional Developments, [Int'l Arb. in Latin America]*, *supra* nota 2, p. 4. (Los autores hacen notar que el problema residía en que las obligaciones impuestas por esta Convención estaban en conflicto con la denominada “doctrina Calvo” –para mayor información acerca de esta doctrina, véase *infra* nota 25– y la mayoría de los países latinoamericanos prefirió mantener una distancia respecto de la misma. Además, en particular, la referida convención iba en contra del proceso arbitral que la mayoría de los países contemplaban en dicha época el cual constaba de dos etapas distintas, esto es, la del compromiso y la de la cláusula compromisoria. Ello porque el Artículo II de la Convención no hacía distinción alguna entre ambas).

<sup>8</sup> Al 1 de mayo de 2005, la Convención de Nueva York ha entrado en vigencia en los siguientes países latinoamericanos: Argentina (desde el 12 de junio de 1989); Bolivia (desde el 27 de julio de 1995); Brasil (desde el 23 de julio de 2002); Chile (desde el 3 de diciembre de 1975); Colombia (desde el 24 de diciembre de 1979); Costa Rica (desde el 24 de enero de 1988); Cuba (desde el 30 de marzo de 1975); República Dominicana (desde el 10 de julio de 2002); Ecuador (desde el 3 de abril de 1962); El Salvador (desde el 27 mayo de 1998); Guatemala (desde el 19 de junio de 1984); Honduras (desde el 1 de enero de 2001); México (desde el 13 de julio de 1971); Panamá (desde el 8 de enero de 1985); Paraguay (desde el 6 de enero de 1998); Perú (desde el 5 de octubre de 1988); Uruguay (desde el 28 de junio de 1983); Venezuela (desde el 9 de mayo de 1995). Nicaragua aún no suscribe la referida convención. Véase *información disponible en* <http://www.interarb.com/vl/>

<sup>9</sup> Al 1 de mayo de 2005, la Convención de Panamá ha sido ratificada por los siguientes países: Argentina (desde el 3 de noviembre de 1994); Bolivia (desde el 10 de agosto de 1998); Brasil (desde el 31 de agosto de 1995); Chile (desde el 8 de abril de 1976); Colombia (desde el 18 de noviembre de 1986); Costa Rica (desde el 2 de enero de 1978); Ecuador (desde el 6 de agosto de 1991); El Salvador (desde el 27 de junio de 1980); Guatemala (desde el 7 de julio de 1986); Honduras (desde el 8 de enero de 1979); México

convenciones, contar con una solución apropiada y expedita para el reconocimiento de acuerdos o convenios arbitrales y para el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales.

En síntesis, en lo que concierne al acuerdo arbitral, ambas convenciones establecen el principio de que un acuerdo de someter disputas presentes o futuras a arbitraje es válido y debe ser reconocido como tal y, a la vez, flexibilizan el concepto de acuerdo arbitral, al establecer que basta que este conste de un canje de cartas o telegramas e incluso de comunicaciones por telex en el caso de la Convención de Panamá<sup>10</sup>. Con todo, existe una importante diferencia entre ambas en cuanto al acuerdo arbitral, pues mientras la Convención de Nueva York expresamente impone el deber del tribunal al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo arbitral, de remitir a las partes al arbitraje —a instancia de una de ellas y a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable—<sup>11</sup>, la Convención de Panamá no contempla dicha obligación de remisión automática al proceso arbitral por parte de los tribunales locales<sup>12</sup>.

A su turno, tratándose de los laudos arbitrales, ambas convenciones facilitan el reconocimiento y ejecución de dichos laudos al establecer, primero, una verdadera presunción de ejecutabilidad del laudo arbitral, por la vía de imponer la carga de la prueba con relación a la falta de requisitos que impiden su reconocimiento y/o ejecución sobre la parte en contra de quien dicho reconocimiento o ejecución es solicitado<sup>13</sup>. Además de lo anterior, tales convenciones restringen los motivos de impugnación que pueden impedir a una parte el reconocimiento y/o ejecución de un laudo arbitral, estableciendo ciertas causales limitadas y taxativas al efecto que son idénticas en una y en otra<sup>14 15</sup>. Así pues, como resultado de su ratificación los países latinoamericanos mejoraron considerablemente el marco regulatorio del arbitraje internacional.

---

(desde el 15 de febrero de 1978); Nicaragua (desde el 15 de julio de 2003); Panamá (desde el 11 de noviembre de 1975); Paraguay (desde el 2 de diciembre de 1976); Perú (desde el 2 de mayo de 1989); Uruguay (desde el 29 de marzo de 1977); y Venezuela (desde el 22 de marzo 1985). República Dominicana ha suscrito la referida convención pero aún no la ratifica. Véase información disponible en <http://www.oas.org>.

<sup>10</sup> Artículo II N° 1 de la Convención de Nueva York y Artículo 1 de la Convención de Panamá.

<sup>11</sup> Artículo 2 N° 3 de la Convención de Nueva York.

<sup>12</sup> Véase GARRO, A., *supra* note 2 [“*Enforcement of Arbitration Agreements*”], p. 303.

<sup>13</sup> Artículo V de la Convención de Nueva York y Artículo 5 de la Convención de Panamá.

<sup>14</sup> *Idem*.

<sup>15</sup> Por cierto, existen otras diferencias en cuanto (1) al campo de aplicación de cada una, (2) en cuanto a si ambas prevén o no una ley procesal aplicable al arbitraje, y (3) en cuanto a si admiten o no reserva por parte de los Estados adherentes, entre otras cuestiones. El análisis de estas cuestiones así como una comparación más exhaustiva entre ambas escapa a nuestro propósito. En todo caso, para mayor información acerca de tales cuestiones, véase GRIGERA NAON, H., *supra* nota 2 [“*Overcoming traditional hostility*”], p. 231-234; FULKERSON, B., *supra* nota 3 [“*A Comparison of Commercial Arbitration*”], p. 543; KLEINHEISTERKAMP, J., *Conflicts of Treaties on International Arbitration in the Southern Cone, Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina Liber Amicorum Jurgen Samtleben* (2002) [“*Conflict of Treaties*”], p. 670-672; JAN VAN DEN BERG, A., *The New York Convention 1958 and Panamá Convention 1975: Redundancy or Compatibility?*, 5 *Arb. Int'l* 214 (1989), p. 218; SANDERS, P., *Quo Vadis Arbitration?—Sixty Years Of Arbitration Practice—* (1999), p. 45-48; y JACKSON JR., J., *The 1975 Inter-American Convention on International Commercial Arbitration: Scope, Application and Problems*, 8 *J. of Int'l Arb.* 91 (1991); BLACKABY, N., LINDSEY, D. y SPINILLO, A., *Overview of Regional Developments*, [“*Int'l Arb. In Latin America*”], *supra* nota 3, p. 3-6.

Pero además de la ratificación de tales convenciones que regulan directamente el arbitraje internacional, el creciente reconocimiento del arbitraje como el método elegido para resolver disputas internacionales en tratados económicos universales, regionales y bilaterales también ha contribuido a una práctica creciente y más generalizada del arbitraje internacional en América Latina.

En efecto, tratándose de arbitrajes que involucran a Estados latinoamericanos, la Convención de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados suscrita el 18 de marzo de 1965, y el centro internacional creado bajo su amparo (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, conocido y denominado en adelante por sus siglas CIADI) ha resultado crucial en el campo de la resolución de disputas sobre inversión extranjera, por la vía del arbitraje, que involucran a un Estado latinoamericano y a un inversionista de otro país.

La referida convención fue puesta en vigencia como un complemento necesario para fomentar la inversión extranjera en países en vías de desarrollo como es el caso de los latinoamericanos<sup>16</sup>. En particular, dicha convención dotó al inversionista extranjero de un mecanismo de resolución de disputas más flexible y rápido que el de recurrir a la justicia ordinaria del Estado soberano y a la vez parte en los contratos de inversión extranjera, y aseguró la existencia de un foro neutral y, al mismo tiempo, confiable para el propio Estado signatario. Para ello, creó un centro especializado (CIADI) en la administración de los procesos relativos a estas controversias, y estableció asimismo reglas para llevar adelante arbitrajes con relación a disputas que caen dentro del ámbito de aplicación de dicha convención<sup>17</sup>. Con posterioridad, se crearon además nuevas reglas para la administración de disputas que se encuentran fuera del ámbito de la referida convención y cuya aplicación las partes pueden voluntariamente acordar<sup>18</sup>.

La influencia de dicha convención ha sido innegable en América Latina, si se considera que la reticencia inicial a su ratificación ha quedado claramente atrás y hoy ya hay más de 15 países latinoamericanos que son adherentes a la misma<sup>19</sup>. Pero su impor-

<sup>16</sup> En efecto, se ha sostenido que el propósito de dicha Convención fue el de “complementar el trabajo del Banco Mundial en cuanto a reducir los desincentivos no comerciales para la Inversión Extranjera Directa [Foreign Direct Investment o FDI], así como de otras formas de inversión”. Véase SHIHATA, I., *The World Bank in Changing World* (1991), p. 267.

<sup>17</sup> Para mayor información acerca del CIADI y, en especial, de las reglas aplicables al proceso de arbitraje, véase REED, L., PAULSSON J. y BLACKABY, N., *Guide to Icsid Arbitration*, Kluwer Law (2004); BISHOP, D., *International Commercial Arbitration in South America*, disponible en [www.kslaw.com/library/pdf/bishop3.pdf](http://www.kslaw.com/library/pdf/bishop3.pdf), p. 37, y; en español, ALVAREZ AGUILA, G., Las características del Arbitraje del CIADI, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Volumen II, 2002, p. 205 a 229.

<sup>18</sup> Estas reglas adoptadas por el Consejo Administrativo del CIADI el 27 de septiembre de 1978 son conocidas como el “Mecanismo Complementario”, en cuya virtud el Secretariado del Centro ha sido autorizado para que administre, a solicitud de las partes interesadas, ciertos procedimientos entre Estados y nacionales de otros Estados que están fuera del alcance del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados.

<sup>19</sup> Al mes de mayo de 2005, la referida convención ha entrado en vigencia en Argentina (desde el 18 de noviembre de 1994); en Bolivia (desde el 23 de julio de 1995); en Chile (desde el 24 de octubre de 1991); en Colombia (desde el 14 de agosto de 1997); en Costa Rica (desde el 27 de mayo de 1993); en Ecuador (desde el 14 de febrero de 1986); en El Salvador (desde el 5 de abril de 1984); en Guatemala (desde el 20 de febrero de 2003); en Honduras (desde el 16 de marzo de 1989); en Nicaragua (desde el 19 de abril de 1995); en Panamá

tancia resulta todavía más evidente si se analiza el enorme crecimiento del número de casos arbitrales concluidos o actualmente promovidos ante el CIADI que involucran a lo menos una parte latinoamericana, lo cual revela la aplicación real y práctica de dicha convención a disputas que involucran a países del continente<sup>20</sup>.

Asimismo, debe destacarse también la importancia de la Agencia Multilateral de Garantías, conocida por sus siglas en inglés MIGA, establecida el 12 de abril de 1988 como una organización miembro del Grupo del Banco Mundial. Su propósito fue el de apoyar el flujo de recursos extranjeros de inversión entre sus países miembros en vía de desarrollo. Para ello estableció un sistema de garantía, similar al de un seguro, que cubre y protege al inversor extranjero de ciertos riesgos no comerciales inherentes a la inversión de que se trate, como los riesgos de fluctuación de las tasas de cambio de las monedas, las expropiaciones, las guerras y los conflictos sociales, en términos que de producirse tales riesgos MIGA paga al inversor en virtud de la cobertura dada por esta garantía y se subroga en sus derechos en contra del Estado receptor de la inversión. Lo importante, por lo que concierne al arbitraje internacional, es que en tales casos MIGA debe resolver sus disputas con el Estado a través de negociación, y si dicho mecanismo falla, por arbitraje sometido a las reglas de la Convención de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados antes referida<sup>21</sup>.

Por último, la selección del arbitraje como mecanismo de resolución de controversias de contenido económico que involucran a uno o más Estados latinoamericanos también se ha evidenciado en otros acuerdos y convenciones de ámbito regional y subregional como es el caso del NAFTA<sup>22</sup>, el Mercosur<sup>23</sup> y el

---

(desde el 8 mayo de 1986); en Paraguay (desde el 6 de febrero de 1983); en Perú (desde el 8 de septiembre de 1993); en Uruguay (desde el 8 de septiembre de 2000); y, en Venezuela (desde el 1 de junio de 1995). República Dominicana ha suscrito la referida Convención, pero todavía no la ratifica. Véase información disponible en <http://www.worldbank.org/icsid/constate/c-states-sp.htm>. Con todo, los dos países que representan las economías más grandes del continente, esto es, Brasil y México continúan sin suscribir la mencionada convención.

<sup>20</sup> El rol del CIADI en la solución de disputas mediante arbitrajes que involucran a países latinoamericanos ha sido extremadamente relevante para el crecimiento en el uso y práctica del arbitraje internacional en el continente, indudablemente por las consecuencias que pueden resultar de tales arbitrajes para los Estados latinoamericanos. De hecho, actualmente el CIADI está administrando más de treinta procesos arbitrales —la mayoría de ellos involucra a la República de Argentina— y ya ha resuelto más de quince casos que afectan a partes de América Latina. Véase información disponible en <http://www.worldbank.org/icsid/cases/cases.htm>. Véase también BISHOP, D., *supra* nota 9, p. 36. Aún más, como nota un autor respecto de México, y aun cuando este no es Estado Contratante del CIADI, “se han iniciado a la fecha seis arbitrajes en su contra bajo las reglas del Mecanismo Complementario del CIADI”, lo cual revela que la falta de ratificación de la citada convención no ha sido obstáculo para la administración de procesos en contra de dicho país bajo los auspicios del CIADI (véase, ALVAREZ AVILA, G., *supra* nota 17, p. 206).

<sup>21</sup> Véase DEBEVOISE W. and HEARNE, R., The Climate for Arbitration gets warmer: Multilateral Agreements smooth the way, 4 *World Arb. And Med. Rep.* (Jul. 1993), p. 182-184.

<sup>22</sup> El acuerdo NAFTA reconoce en su Capítulo 11 el arbitraje internacional como mecanismo para resolver las disputas de inversión extranjera que hayan sido realizadas de conformidad a él. Para mayor información y discusión acerca del ámbito de aplicación del Capítulo 11 y el sistema de arbitraje provisto en él, véase ALVAREZ, H., Arbitration under the North American Free Trade Agreement, [*Int'l Arb. In Latin America*], *supra* nota 3, p. 313-378; y TRAKMAN, L., Arbitrating Disputes under the NAFTA, 18 *J. Int'l Arb.* 385 (2001).

<sup>23</sup> El MERCOSUR, que comprende a Brasil, Argentina, Paraguay y Uruguay como miembros permanentes, dio un primer paso favorable al arbitraje internacional en el Tratado de Asunción de 1991, en el cual se

Pacto Andino<sup>24</sup>. Lo mismo ha acontecido en acuerdos bilaterales de inversión, también conocidos como los “BIT’s” (Bilateral Investment Agreements), los cuales generalmente refieren a las partes, bajo expresas cláusulas arbitrales, a arbitraje bajo los auspicios del CIADI o a arbitraje ad hoc con sujeción a las reglas de la Ley Modelo. Como consecuencia de ello, el arbitraje también ha experimentado un notable crecimiento a este nivel<sup>25</sup>.

Las convenciones relativas a comercio exterior recién referidas junto con promover favorablemente el uso del arbitraje internacional y facilitar una mayor familiaridad con su práctica, permitieron un logro adicional al extender la aplicación del arbitraje internacional a entidades que tradicionalmente no aceptaban someterse a este mecanismo de solución de controversias, como ocurría con los Estados soberanos y otra clase de agencias o reparticiones públicas<sup>26</sup>, logrando así que el arbitraje internacional alcanzara un campo de aplicación todavía más amplio dentro del continente.

---

acordó que cualquier disputa entre Estados miembros o entre un residente de un Estado miembro y otro Estado miembro debería someterse a arbitraje. Luego de dicho Tratado, diversos acuerdos relacionados con el arbitraje y con los mecanismos alternativos de solución de disputas en general han sido adoptados. Particularmente, en 1998 fue firmado un Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional que regula esta materia entre los países miembros, además de Chile y Bolivia. (Véase, una excelente descripción del arbitraje al amparo de los diversos acuerdos del Mercosur en, KLEINHEISTERKAMP, J. [*Int'l Comm. Arb. In Latin America*], *supra* nota 3, p. 33-49; BOSCO LEE, J., *Arbitragem Comercial Internacional nos países do Mercosul*, Biblioteca de Directo Internacional 4 (2002), y: BLACKABY, N., LINDSEY, D. y SPINILLO, A., Overview of Regional Developments [*Int'l Arb. In Latin America*], *supra* nota 3, p. 7). Para mayor información acerca del arbitraje al amparo del MERCOSUR, véase también: LINDSEY, D. y SPINILLO, A., International Commercial Arbitration in Mercosur [*Int'l Arb. In Latin America*], *supra* nota 3, p. 257-279; ESCOBAR, A., Investor-to-State Arbitration under Mercosur [*Int'l Arb. In Latin America*], *supra* nota 3, p. 281-293; GUIRA, J., Stater-to-State Arbitration under Mercosur [*Int'l Arb. In Latin America*], *supra* nota 3, p. 295-311; y, en general TAWIL, G., The role of arbitration and international, regional, subregional and bilateral treaties in Latin America, disponible en [http://www.ag-internet.com/bullet\\_iln\\_one\\_four/ArbitrationBilateralTreaties20021.pdf](http://www.ag-internet.com/bullet_iln_one_four/ArbitrationBilateralTreaties20021.pdf).

<sup>24</sup> En efecto, la misma tendencia general de utilizar el arbitraje internacional se reconoce en el Pacto Andino aplicable a Bolivia, Ecuador, Perú, Venezuela y Colombia. Véase GRIGERA NAON, H., *supra* nota 3 (“Overcoming traditional hostility”), p. 219; y TAWIL, G., *supra* nota 23, p. 11.

<sup>25</sup> Para mayor información acerca del rol de los BITs en América Latina vis-à-vis el arbitraje, véase: BLACKABY, N., LINDSEY, D. y SPINILLO, A., Overview of Regional Developments [*Int'l Arb. In Latin America*], *Supra* nota 3, p. 10 (Los autores llaman a los BIT’s la “reforma silenciosa” del arbitraje internacional, haciendo notar que mientras recién se adoptaban o incluso aún se discuten nuevos textos legales sobre arbitraje, ya hace un tiempo se han celebrado y han entrado en aplicación diversos BIT’s que reconocen el arbitraje como foro de solución de disputas internacionales); BLACKABY, N., Arbitration under Bilateral Investment Treaties in Latin America [*Int'l Arb. in Latin America*], *supra* nota 2, p. 379-414; CREMADES, B., *Choice of Forum in Settling Foreign Investment Disputes: Contract and Treaty Claims*, versión no publicada, p. 1-20; CREMADES B. y CAIRNS, D., La seguridad jurídica de las Inversiones Extranjeras: La protección contractual y de los Tratados, 1 *Revista Internacional de Arbitraje* 65 (2004); TAWIL, G., *Investor-State Arbitration: A Hot Issue in Latin America available at* [www.ag-internet.com/bullet\\_iln\\_two\\_one/bomchil\\_article.htm](http://www.ag-internet.com/bullet_iln_two_one/bomchil_article.htm); y, en particular acerca del CIADI y los BITs, PARRA, A., *ICSID and Bilateral Investment Treaties*, disponible en <http://www.worldbank.org/icsid/news/n-17-1-7.htm>.

<sup>26</sup> En efecto, tradicionalmente la mayoría de los Estados soberanos se negaban a participar de procesos arbitrales internacionales. Autores sostienen que en ello fue crucial la influencia de la denominada “doctrina Calvo”, que básicamente consistía en una renuncia contractual a la protección diplomática a favor de la parte extranjera, en beneficio del Estado local. Así pues, la parte extranjera –generalmente inversor– aceptaba someterse a la ley nacional y a los tribunales del país del Estado soberano en caso de intentar acciones por cualquier daño sufrido en dicho país (Véase EYZAGUIRRE R. y SIQUEIROS, J.L., *supra* nota 5, p. 83).

No obstante todos los esfuerzos anteriores –que ciertamente permitieron un creciente reconocimiento y familiaridad con el arbitraje internacional–, en general el crecimiento de esta rama seguía experimentándose solo en la esfera de los tratados y convenciones internacionales. América Latina seguía, en cambio, enfrentando un gran obstáculo para consolidar el uso y práctica del arbitraje internacional, esto es, la falta de leyes nacionales adecuadas y consistentes con los principios universales del arbitraje.

En efecto, en la mayoría de los países latinoamericanos el marco regulatorio del arbitraje podía encontrarse en los códigos orgánicos y de procedimiento civil o comercial que son parte de la herencia legal dejada por los países europeos colonizadores y que se basaban en principios decimonónicos. A luz de tales principios, el arbitraje se contemplaba básicamente como un método para resolver disputas domésticas, sin que existieran normas expresas relativas al arbitraje internacional<sup>27</sup>. Adicionalmente, y dado que el arbitraje se recogía en códigos de procedimiento, la regulación se enfocaba sobre todo en cuestiones procesales relativas a este, dejando de lado una serie de principios de contenido sustantivo que también lo informan, sin contar por último que tales normas generalmente se inspiraban en un fuerte principio de tutela por parte del Estado soberano lo cual se traducía en la práctica en una amplia intervención judicial en el proceso arbitral –desde el reconocimiento del acuerdo arbitral hasta la ejecución del laudo arbitral–, una limitada autonomía de las partes para referir cuestiones a arbitraje y acordar el proceso bajo el cual este se desenvolvería, y un escaso poder del Tribunal Arbitral en la conducción del mismo. Así pues, las normas sobre arbitraje no resultaban adecuadas para satisfacer las necesidades del arbitraje internacional<sup>28</sup>.

Como resultado de este deficiente marco regulatorio a nivel local, se crearon obstáculos legales que desincentivaban fuertemente el uso del arbitraje internacional. En efecto, como lo ha advertido un autor, todas estas falencias podrían resumirse en: “(i) la autorización de una amplia gama de recursos para atacar la validez de un laudo arbitral; (ii) la autorización de la intervención de las cortes locales en el proceso arbitral, antes,

---

La doctrina Calvo a su vez llevó a la creación de la denominada “Cláusula Calvo”, usualmente insertada en contratos que comprendían a Estados latinoamericanos o a sus agencias o reparticiones públicas, y que impedían al inversionista extranjero someter las disputas a arbitraje internacional, debiendo ser estas resueltas por los tribunales nacionales del mismo Estado. Para mayor información acerca de la Doctrina Calvo y la Cláusula Calvo, véase: *cf.* SHEA, D., *The Calvo Clause: Its current status as a Contractual Renunciation of Diplomatic Protection*, 6 *Texas Int'l L. Forum* 289 (1971). FULKERSON, B., *supra* nota 2 [*A Comparison of Commercial Arbitration*], p. 547-548; y, BISHOP, D., *International Commercial Arbitration in South America*, disponible en [www.kslaw.com/library/pdf/bishop3.pdf](http://www.kslaw.com/library/pdf/bishop3.pdf), p.1-5.

<sup>27</sup> GARRO, A., *supra* nota 2, [*Enforcement of Arbitration Agreements*], p. 296. (El autor hace notar, sin embargo, que a pesar de la falta de regulación del arbitraje internacional, las normas sobre arbitraje eran interpretadas como si fueren aplicables también al arbitraje internacional).

<sup>28</sup> GARRO, A., *Id.* p. 298. (El autor sostiene que mecanismos legales como la irrevocabilidad y ejecución de un acuerdo de someter disputas futuras a arbitraje, la facultad de los árbitros para resolver sobre su propia competencia, y el rechazo de procesos judiciales paralelos iniciados en violación de un acuerdo arbitral, no habían encontrado en dicha época una regulación expresa en las normas arbitrales. Otras deficiencias en las leyes sobre arbitraje de muchos países latinoamericanos incluían la falta de autoridad de los tribunales para nombrar árbitros y llenar las vacantes, la restricción de los tribunales para revisar las decisiones, la falta de especificación acerca de las causales por las cuales los laudos pueden ser atacados por defectos procesales, y la falta de un límite de los plazos para promover tales recursos).

durante y después de que haya sido dictado un laudo; (iii) la falta de aceptación de la idea que los árbitros son competentes para determinar el ámbito de aplicación de su competencia; y, (iv) la imposición de formalidades rígidas en el proceso arbitral como los requisitos formales que deben llenarse en cuanto a la firma de acuerdos arbitrales bajo formas y exigencias específicas, o la prohibición de extranjeros para servir como árbitros en procesos arbitrales”<sup>29</sup>. Asimismo, la existencia de convenciones internacionales sobre la materia, no obstante ser extremadamente útil, no resultaba suficiente para evitar la amplia gama de problemas que un marco legal doméstico de esta naturaleza generaba.

En este contexto, la adopción de leyes modernas de arbitraje era sin duda un paso necesario para revertir dicho fenómeno todavía existente en las leyes nacionales sobre arbitraje, y para promover una cultura favorable al uso del arbitraje como medio de resolución de disputas internacionales. Lo anterior obviamente dependía en gran medida de que en la revisión de las normas aplicables al arbitraje se siguieran principios universalmente reconocidos y se adoptaran las normas vigentes sobre la materia.

Sin duda alguna, la Ley Modelo ofrecía una excelente guía para cumplir satisfactoriamente este propósito de uniformar las legislaciones nacionales sobre arbitraje de los distintos países latinoamericanos con una práctica universalmente aceptada del arbitraje internacional.

### III. LA REFORMA DE LAS LEYES NACIONALES SOBRE ARBITRAJE INTERNACIONAL: EL IMPACTO DE LA LEY MODELO

Durante la última década se vivió un profundo proceso de reforma legal en materia de arbitraje internacional dentro de América Latina. De hecho, en más de diez países latinoamericanos se introdujeron nuevas leyes sobre la materia.

En efecto, Bolivia aprobó la Ley N° 1770 sobre Arbitraje y Conciliación el 10 de marzo de 1997 (en adelante, la Ley N° 1770); Brasil aprobó la Ley de Arbitraje N° 9307 el 23 de septiembre de 1996 (en adelante la Ley N° 9307); Chile aprobó la Ley N° 19.971 el 29 de septiembre de 2004 (en adelante, la Ley N° 19.971); Colombia aprobó el Decreto N° 1818 el 7 de septiembre de 1998, el cual compila todas las normas aplicables a la Conciliación y el Arbitraje antes contenidas en diversas legislaciones (en adelante, el Decreto N° 1818)<sup>30</sup>; Costa Rica aprobó el Decreto Ley N° 7727, que contiene la Ley para los Métodos Alternativos de Solución de Disputas y la Promoción de la Paz del 4 de diciembre de 1997 (en adelante, el el Decreto Ley N° 7727); Ecuador aprobó la Ley de Arbitraje y Mediación del 24 de agosto de 1997, bajo el Registro Oficial N° 145 del 4 de septiembre de 1997 (en adelante, la Ley bajo Registro Oficial

<sup>29</sup> LAYTON, R., *supra* nota 3, p. 126. El autor agrega que todos estos obstáculos creaban, lo que él denomina, una política antiarbitraje en América Latina.

<sup>30</sup> En Colombia, el Decreto N° 2279, firmado el 7 de octubre de 1989, y la Ley 315 del 12 de septiembre de 1996 sobre arbitraje internacional contienen la regulación del arbitraje internacional. Ambos cuerpos legales están compilados conjuntamente con las normas aplicables al arbitraje nacional, en el Decreto N° 1818 referido. Véase al respecto MANTILLA-SERRANO, F., Colombia, [*Int'l Arb. in Latin America*], *supra* nota 3, p. 113-114. En lo sucesivo, nos basaremos pues en las normas compiladas en el Decreto N° 1818.

N° 145); Guatemala aprobó el Decreto Ley N° 67-95 que contiene la Ley de Arbitraje del 17 de noviembre de 1995 (en adelante, el Decreto Ley N° 67-95); Honduras aprobó el Decreto Ley N° 161-2000 que contiene la Ley de Conciliación y Arbitraje el 17 de octubre de 2000 (en adelante, el Decreto Ley N° 161-2000); Panamá aprobó el Decreto Ley N° 5 de 1999 que contiene la Ley de Arbitraje (en adelante, la Ley N° 5); Perú aprobó la Ley N° 26572 que contiene la Ley General de Arbitraje el 6 de enero de 1996 (en adelante, la Ley N° 26572); Paraguay recientemente aprobó la ley N° 1879 para el Arbitraje y la Mediación del 24 de abril 2002 (en adelante, la ley N° 1879); y finalmente, Venezuela aprobó la Ley sobre Arbitraje Comercial el 7 de abril de 1998 (en adelante, la Ley sobre Arbitraje Comercial).

Asimismo, algunos países modificaron su propia regulación existente sobre arbitraje. Tal es el caso de México que en 1993 introdujo cambios substanciales a su regulación sobre arbitraje doméstico e internacional en el Código de Comercio, el Código Federal de Procedimiento Civil y el Código de Procedimiento Civil del Distrito Federal y de Territorios. Finalmente, incluso en países que todavía siguen regulando el arbitraje en sus códigos orgánicos y de procedimiento se han impulsado recientemente importantes iniciativas con el objeto de poner en vigencia una nueva normativa sobre arbitraje internacional y actualmente se encuentran en proceso de discusión y aprobación de una ley sobre la materia ante sus respectivos órganos legislativos. Tal es, en particular, el caso de Argentina<sup>31</sup> y de Uruguay<sup>32 33</sup>.

El hecho de que este proceso de implementación de leyes especiales relativas al arbitraje internacional, y en muchos casos de descodificación de la regulación que antes existía sobre el arbitraje en los códigos procesales nacionales, se haya comenzado a gestar hacia principios de la década de los noventa no ha sido casualidad. Evidentemente, como se indicó con anterioridad, una serie de factores económicos y políticos tuvieron una influencia crucial en el cambio de actitud de los gobiernos locales de dicho período que, convencidos de las ventajas del arbitraje internacional, vieron como un paso necesario la adopción de leyes nacionales modernas sobre la materia. Pero desde un punto de vista puramente legal, se produjo a mediados de los ochenta un hito único en el campo del arbitraje comercial internacional que, sin duda, fue determinante para que los gobiernos pudieran cumplir exitosamente con tal desafío, a saber, la adopción de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional por parte de las Naciones Unidas.

<sup>31</sup> En Argentina, ya ha sido aprobada por el Senado de la Nación Argentina y se encuentra bajo revisión en la Cámara de Diputados un proyecto de ley ingresado al Congreso el 29 de abril de 2001 que regula el arbitraje tanto doméstico como internacional. Para mayor información, véase NOODT, M.B., Avances del Proyecto de Ley Argentina de Arbitraje respecto de la Ley Modelo de UNCITRAL, *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina Liber Amicorum Jurgen Samtleben* 719 (2002), y en una versión más actualizada, *1 Revista de Arbitragem e Mediação* 114 (2004); y, BURGHEITTO, M.B. Notes on Arbitration in Argentina, *9 Law and Business Review of the Americas* 471 (2003).

<sup>32</sup> En el caso de Uruguay véase mayor información disponible en <http://www.presidencia.gub.uy/proley/2004proley.htm>

<sup>33</sup> Nótese, en todo caso, que el análisis que se hace en adelante de los Proyectos de Ley de Argentina y de Uruguay se limita al estado de dichos Proyectos al 30 de abril de 2005. En consecuencia, cualquier modificación posterior no ha sido incluida.

En efecto, en 1985 la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (en adelante la CNUDMI) adoptó y publicó la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional. La Ley Modelo nació con el propósito de dotar de un texto que pudiese reflejar los principios universalmente aceptados del arbitraje comercial internacional, a fin de evitar las evidentes y a veces profundas divergencias existentes entre tales principios y las leyes locales sobre arbitraje de los distintos países<sup>34</sup>. En particular, consagró como principios básicos el de otorgar a las partes envueltas en un proceso arbitral un alto grado de libertad y autonomía para diseñar dicho proceso, y el de confiar a los tribunales locales un limitado rol de asistencia y control en ciertas cuestiones tales como el nombramiento y recusación de árbitros, la adopción de medidas precautorias, la producción de pruebas y, en fin, la revisión de los laudos arbitrales<sup>35</sup>.

La iniciativa de aprobar un texto que, guiado por tales principios matrices, recogiera ciertas reglas uniformes del arbitraje internacional fue llevada adelante por los profesionales y practicantes líderes del arbitraje internacional y el resultado fue un modelo coherente y bien adaptado a las necesidades del comercio internacional<sup>36</sup>. Así pues, no pasó mucho tiempo antes de que países de diversos continentes comenzaran a adoptar nuevas leyes sobre arbitraje internacional que seguían muy de cerca las normas de la Ley Modelo.

Ahora bien, ¿cuál fue en particular la aproximación de los países latinoamericanos al respecto? En general, es un hecho conocido que México lideró el proceso de reforma legal en materia de arbitraje internacional, al modificar en 1993 la regulación interna sobre la materia, adoptando fielmente la Ley Modelo. Sin embargo, conviene preguntarse: ¿qué ocurrió con el resto de los diversos países latinoamericanos que también implementaron nuevas leyes sobre arbitraje internacional y, en especial, hasta qué punto tales leyes acogieron también las normas propuestas por la Ley Modelo?

Pues bien, como primera cuestión y aún bajo riesgo de generalizar, podría decirse que todas las leyes o proyectos legales de países del continente se han basado substancialmente en la Ley Modelo. Es decir, el proceso de reforma legal ha estado fundado en los principios y normas contenidas en dicha ley. Asimismo, las cuestiones en las que las leyes de los países latinoamericanos se han apartado de la Ley Modelo y han adoptado principios arraigados en tradiciones o prácticas locales son más bien excepcionales, y en

<sup>34</sup> Véase, en este sentido, la Nota de la Secretaría de la CNUDMI A/CN.9/169 del 11 de mayo de 1979, párrafo sexto, reproducido en HOLTZMAN y NEUHAUS, *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, Kluwer (1989) [en adelante, *A Guide to the UNCITRAL Model*]. (Ahí se consigna que los partícipes de la primera sesión de trabajo eran de la opinión unánime de que “[...] era de interés para el arbitraje comercial internacional que la CNUDMI iniciase los pasos que pudieran llevar al establecimiento de principios uniformes del proceso arbitral. Se consideraba que la preparación de una ley modelo sobre arbitraje sería el camino más apropiado para alcanzar esa uniformidad tan deseada”).

<sup>35</sup> HERMANN, G., The role of the courts under the UNCITRAL Model Law, en *Contemporary Problems in International Arbitration*, Martinus Nijhoff (1987), p. 166.

<sup>36</sup> BLACKABY, N., LINDSEY, D. y SPINILLO, A., Overview of Regional Developments [*Int'l Arb. In Latin America*], *supra* nota 3, p. 6.

muchos casos dichas innovaciones lamentablemente han sido el principal foco de críticas de tales leyes<sup>37</sup>.

En este sentido, se puede hablar de un alto grado de homogeneidad común a todos los países de América Latina en la reciente reforma legal sobre arbitraje internacional. En efecto, pese a haber cierta diversidad, hay un claro trazo de unidad dado por el hecho de que todas las leyes, sin excepción, han tomado la Ley Modelo como principal, sino único, referente<sup>38</sup>.

Con razón se ha señalado que, tratándose de la reforma legal sobre arbitraje internacional en América Latina, “principios básicos tales como la autonomía o independencia del acuerdo arbitral respecto del negocio que ha dado origen a la disputa y los poderes del árbitro para resolver acerca de su propia competencia son generalmente reconocidos y aceptados en los nuevos textos legales. Es también destacable que en la mayoría de los textos legales hay una tendencia favoreciendo la simplificación de los recursos en contra del laudo arbitral, al reducirlos a los mínimos requeridos para asegurar que el debido proceso y la voluntad de las partes en cuanto a la constitución del tribunal arbitral y la ley procesal aplicable sean respetados, y al proveer los mismos recursos en contra de ambos, el laudo arbitral de derecho y el proveniente de una amigable composición”<sup>39</sup>.

<sup>37</sup> BLACKABY, N., Overview of Regional Developments [*Int'l Arb. in Latin America*], *supra* nota 3, p. 7. (El autor destaca que lamentablemente varios países no optaron únicamente por la Ley Modelo sino que insistieron en desarrollar sus proyectos propios. Tales países tomaron ciertos elementos de la Ley Modelo pero introdujeron aspectos de su propia historia arbitral que consideraron apropiados o que involucraban cuestiones de orden público, sin analizar el efecto de estos elementos con relación a partes extranjeras. Los países que caen dentro de esta categoría incluyen, a juicio del autor, a Brasil, Colombia y Costa Rica).

<sup>38</sup> En efecto, muchas leyes en su nota explicativa destacan el hecho que están basadas principal o exclusivamente en la Ley Modelo. Por vía ejemplar, así ocurre en los casos de los recientes proyectos legales sobre arbitraje en actual tramitación en Argentina y en Uruguay. En el caso de Argentina, en la propia exposición de motivos se destaca el hecho que la Ley Nacional sobre Arbitraje sigue a la Ley Modelo. Así, se establece: “Tampoco la Ley Modelo tuvo comienzos fáciles, pero en abril de 2001 treinta y ocho jurisdicciones han promulgado leyes que siguen a la LM con aproximación suficiente para ser declaradas “basadas” en ella. Este número se ampliará rápidamente, porque en todas las regiones se están proyectando legislaciones sobre arbitraje y la mayor parte de los trabajos conocidos consisten en la adaptación de la LM a las circunstancias constitucionales u otras peculiaridades locales, o a algunos de los importantes desarrollos que ocurrieron desde la preparación de la LM. 17. Tal es lo que hace la LNA, cuya correlación con la LM puede verificarse fácilmente porque hasta la numeración de los artículos se ha mantenido, con pocas excepciones” (Proyecto de Ley Nacional de Arbitraje, Argentina 2001, p. 3-4). A su turno, tratándose de Uruguay, es también evidente que este proyecto se basa absolutamente en la Ley Modelo. Ello se reconoce en la nota explicativa del propio proyecto en los siguientes términos: “...nuestro país carece aún de legislación interna que regule los aspectos fundamentales del desarrollo del arbitraje comercial internacional, pues en el Código General del Proceso se limita a reglamentar el arbitraje de carácter interno y no el arbitraje internacional. La aprobación de la Ley Modelo sería, pues, acorde a esa postura tradicional de la República con relación al arbitraje, asumida reiteradamente en el seno de la comunidad internacional y vendría a completar, en línea con los compromisos antes referidos, nuestra legislación interna, dándose así un apoyo ineludible para el desarrollo del Uruguay como sede de arbitrajes internacionales” (Mensaje del Proyecto de Ley de la Republica Oriental del Uruguay, p. 3).

<sup>39</sup> GRIGERA NAÓN, H., Recent trends regarding Commercial Arbitration in Latin America, *Law of International Business and Dispute Settlement in The 21st Century* (1998), p. 95.

A lo anterior, deberían añadirse en nuestra opinión otras cuestiones que han encontrado una solución apropiada bajo las leyes latinoamericanas que han seguido la Ley Modelo, tales como: la simplificación del contenido y forma del acuerdo arbitral, la eliminación de toda distinción en cuanto a los efectos legales de la cláusula compromisoria y el compromiso, la remisión de los tribunales al proceso arbitral en caso que exista un acuerdo arbitral válido y la substanciación de dicho proceso arbitral aún en presencia de procesos judiciales paralelos, permitiendo así a las partes recurrir al arbitraje sin dilaciones producidas como resultado de la intervención judicial, y en fin, la mayor colaboración entre los tribunales ordinarios de justicia y los árbitros, al reconocerse la asistencia de los tribunales con el objeto de facilitar la tramitación expedita de los arbitrajes y de los laudos que en ellos se expidan y al reducirse al mínimo necesario la intervención judicial durante dicha tramitación y una vez que se dicta el laudo arbitral .

Todas estas innovaciones serán analizadas en seguida desde un punto de vista comparativo, con el objeto de comprobar nuestra aserción preeliminar sobre el tema<sup>40</sup>:

#### 1. RECONOCIMIENTO DEL ACUERDO O CONVENIO ARBITRAL

El acuerdo arbitral fue, por largo tiempo, la cuna de grandes problemas al momento de iniciarse el proceso arbitral. Sea porque dicho acuerdo o convenio había sido redactado defectuosamente, esto es, sin llenar todas las formalidades impuestas por la ley aplicable para su examen, o sea porque estaba contenido en un contrato o negocio que era considerado inexistente o nulo, acarreando la inexistencia o nulidad del acuerdo arbitral como consecuencia, el resultado era que las partes quedaban imposibilitadas de resolver sus disputas mediante arbitraje.

Por otra parte, en varias legislaciones latinoamericanas se reconocía la tradicional distinción entre *cláusula compromisoria* y *compromiso*. Así, en tanto la primera contenía un acuerdo de las partes de someter cualquier disputa futura a solución mediante el uso del arbitraje y requería de un acuerdo posterior de ambas partes una vez que dicha disputa se originase, con lo cual no era ejecutable automáticamente, la segunda, en cambio, se refería precisamente al acuerdo posterior de las partes de someter una o más disputas ciertas y actuales a arbitraje<sup>41</sup>. Dicha distinción también acarreaba numerosos problemas, en particular, cuando se trataba de ejecutar un acuerdo arbitral que revestía la forma de *cláusula compromisoria*, pues en caso de rebeldía de una de las partes de concurrir a la suscripción del compromiso una vez que la disputa se había originado, no existían mecanismos para suplir la falta de voluntad de dicha parte rebelde, en perjuicio de la parte interesada en promover el proceso arbitral. El resultado pues nuevamente se traducía en que esta forma de acuerdo arbitral no era efectiva en cuanto a permitir el pronto inicio del proceso arbitral.

<sup>40</sup> La influencia puede verse, por cierto, en un sinnúmero de otras cuestiones tales como la internacionalidad del arbitraje, la ley substantiva o de fondo aplicable al arbitraje, las características propias del proceso arbitral, y los deberes y derechos de los árbitros, entre otras, las que por razones de extensión no serán abordadas en el presente trabajo.

<sup>41</sup> En Chile, esta distinción existía más bien según si la cláusula en cuestión contenía la identificación del árbitro o árbitros o de una tercera persona con poder para designarlos (*compromiso*) o no (*cláusula compromisoria*). Véase, AYLWIN AZÓCAR, P., *El Juicio Arbitral, Fallos del Mes 215* (1982), p. 215 y ss.

Finalmente, incluso cuando una de las partes presentaba una solicitud de arbitraje, ello no obstaba a que la otra pudiera disputar el hecho de que el acuerdo arbitral fuera inexistente o nulo o de que los árbitros carecieran de competencia para conocer del asunto ante los tribunales, impidiendo o dilatando substancialmente por esa sola circunstancia la constitución del tribunal arbitral. Es decir, el hecho de que existiera un acuerdo arbitral válido en principio, no obligaba a los tribunales nacionales a constituir el tribunal arbitral y remitirles el proceso pudiendo denegar dicha solicitud por este hecho en la medida que se considerasen competentes para conocer de la misma cuestión, con lo cual se hacía imposible también la ejecución expedita del acuerdo arbitral.

En la actualidad, la gran mayoría de las leyes latinoamericanas, siguiendo la Ley Modelo, ha dado una acertada solución a esta amplia variedad de problemas. Así: (a) se ha simplificado la forma y contenido del acuerdo arbitral, (b) se ha reconocido expresamente el principio de separabilidad de la cláusula arbitral respecto del acuerdo o contrato del cual forma parte, (c) se ha eliminado toda distinción en cuanto a los efectos legales de la cláusula compromisoria y del compromiso y se ha reemplazado dicho sistema dual por la exigencia de un acuerdo arbitral, sea que se trate de disputas actuales o futuras y, (d) en fin, se ha establecido la obligación de los tribunales de justicia de iniciar el proceso arbitral, sin perjuicio de que alguna de las partes alegue la inexistencia o nulidad del acuerdo arbitral o la incompetencia del árbitro ante dicha sede judicial.

A continuación, se analizará el modo en que las diversas legislaciones latinoamericanas han seguido los principios propuestos por la Ley Modelo sobre estas cuestiones, sin perjuicio de abordar también algunas innovaciones o diferencias adoptadas por ciertos países en particular.

#### *a. Forma y contenido del acuerdo o convenio arbitral*

*Artículo 7 de la Ley Modelo. Definición y forma del acuerdo de arbitraje 1) El “acuerdo de arbitraje” es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente. 2) El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito. Se entenderá que el acuerdo es escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, télex, telegramas u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por otra. La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye acuerdo de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.*

La regla general en las legislaciones latinoamericanas sobre arbitraje solía consistir en que las partes debían llenar un considerable número de formalidades en el acuerdo

arbitral con el objeto de permitir su posterior reconocimiento y ejecución, lo cual significaba un importante obstáculo al acceso expedito a un tribunal arbitral<sup>42</sup>.

Hoy en día, en cambio, la gran mayoría de los países establece en sus leyes domésticas exigencias considerablemente más sencillas con relación a la forma y contenido del acuerdo arbitral. En este proceso de simplificación de los requisitos relativos al acuerdo arbitral, la influencia de la Ley Modelo ha sido decisiva. Así, en general, cualquier exigencia aparte de que conste la existencia de un acuerdo por escrito ha sido eliminada. Del mismo modo, dicha influencia se nota en el hecho de que hoy exista una definición más amplia de lo que se entiende por acuerdo arbitral y también en cuanto a qué clase de cuestiones pueden ser sometidas a arbitraje.

Como consecuencia de esta simplificación del acuerdo arbitral, evidentemente hoy existe menos poder de discreción en los tribunales para dilatar la pronta constitución del proceso arbitral por objeciones a la existencia y/o validez del referido acuerdo.

Algunas notas características de estas recientes leyes sobre arbitraje son las siguientes:

- (i) En la gran mayoría de las leyes sobre arbitraje, el acuerdo arbitral puede probarse por cualquier documento escrito, tal y como lo establece la Ley Modelo. Asimismo, la gran mayoría de las legislaciones, siguiendo la Ley Modelo, establece que basta “un intercambio de cartas, télex, telegramas u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo” para probar su existencia, como ocurre en *Bolivia*, *Chile*<sup>43</sup>, *Colombia*<sup>44</sup>, *Costa Rica*, *Guatemala*, *Honduras*, *México*,

<sup>42</sup> Véase GARRO, A., *supra* nota 3 (“*The UNCITRAL Model Law and the 1988 Spanish Arbitration Act*”), p. 213. (“La tradicional desconfianza acerca de los métodos extrajudiciales de resolución de conflictos en América Central también se refleja en una variedad de requisitos formales exigidos para el acuerdo arbitral”.)

<sup>43</sup> Hay quienes opinan que esta norma sería, de hecho, menos flexible que la ya existente en el derecho chileno, pues la regulación anterior aplicable al arbitraje en general (hoy circunscrita al arbitraje doméstico solamente) permitía la prueba del acuerdo arbitral por otros medios diferente de la prueba por escrito. (véase, KLEINHEISTERKAMP, J. [*Int'l COMM. Latin America*], *supra* nota 3, p. 126, basando su opinión en AYLWIN AZÓCAR, P., *El Juicio Arbitral*, *supra* nota 41). Aunque teóricamente podría sostenerse esta posición, desconozco la existencia de jurisprudencia que, en la práctica, acaso alguna vez haya reconocido un acuerdo arbitral que no haya conestado por escrito. Además, el compromiso tenía, por exigencia legal, que contener ciertas menciones por escrito (véase, Artículo 234 del Código Orgánico de Tribunales. En doctrina, véase, CONEJERO ROOS, C., *The New Chilean Law and the Influence of the Model Law 22(2)*, 154 (2005), *Journal of International Arbitration*, y; ALESSANDRI, A., *The Arbitration Agreement in Chile, Enforcement of Arbitration Agreements in Latin America, Iba Conference (1999)*, p. 44), lo cual hacía muy poco probable que siquiera se alegase la existencia de un acuerdo arbitral por un medio o constancia distinto del escrito. Me parece, por lo mismo, que contrario a esta interpretación la nueva regulación efectivamente dota de mayor flexibilidad al acuerdo arbitral pues (1) da certeza a las partes *ex ante* de que podrán celebrar acuerdos arbitrales sin mayores formalidades que el dejar constancia de los mismos por escrito y (2) deja en claro que, enfrentando a un acuerdo arbitral de esta naturaleza, los tribunales –por precepto legal– deberán quedar satisfechos de la existencia del referido acuerdo.

<sup>44</sup> Algunos autores destacan que la ley colombiana es todavía más innovadora que la propia Ley Modelo, al utilizar la expresión “documento”, término definido en el Código de Procedimiento Civil colombiano, el cual incluye incluso grabaciones. Así, la ley colombiana dispensa no solo del requisito de la firma, sino también de la necesidad de que el acuerdo sea por escrito. MANTILLA-SERRANO, F., *Colombia [Int'l Arb. in Latin America]*, *supra* nota 3, p. 117.

*Panamá, Paraguay y Perú* y en los proyectos de *Argentina y Uruguay*, o “un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por otra”, según puede notarse en las leyes de *Chile, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay y Perú* y también en los proyectos de *Argentina y Uruguay*<sup>45</sup>. Curiosamente, en *Brasil* aunque se reconoce que basta que el acuerdo arbitral sea por escrito, no se establece definición alguna acerca de lo que se entiende por dicho requisito como lo hace la Ley Modelo<sup>46</sup>.

(ii) Todas las nuevas leyes nacionales establecen que el acuerdo arbitral puede revestir la forma de una cláusula contenida en un contrato o de un acuerdo independiente. En este último caso, además, la mayoría de las legislaciones incorpora la Ley Modelo en cuanto acepta como acuerdo arbitral la referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria. Este es el caso de la denominada “cláusula arbitral por referencia”. Así ocurre en *Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Guatemala, México y Venezuela*. Igualmente se reconoce en los proyectos de *Argentina y Uruguay*.

Además de dicho requisito de referencia cruzada, algunas legislaciones agregan un requisito adicional también impuesto por la Ley Modelo, esto es, que el contrato principal conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato, como ocurre en *Bolivia, Chile, Guatemala, México, Paraguay, Perú y Venezuela*, así como en los proyectos de *Argentina y Uruguay*. Otras leyes, en cambio, no han seguido esta indicación y han impuesto otro requisito distinto de aquel señalado en la Ley Modelo, consistente en que la cláusula arbitral contenga una referencia a las partes del contrato principal. Tal es el caso de las leyes de *Colombia y Ecuador*<sup>47 48</sup>.

(iii) En cuanto a las materias susceptibles de someterse a arbitraje bajo el acuerdo arbitral, la gran mayoría de las leyes han definido el acuerdo arbitral de modo amplio, en iguales términos a los previstos en la Ley Modelo, permitiendo con ello que las disputas sometidas al arbitraje puedan ser de naturaleza contractual o

<sup>45</sup> Véase, en este sentido, las siguientes normas: *Bolivia*: Artículo 10 de la Ley N° 1770. *Brasil*: Artículo 4 de la Ley N° 9307. *Chile*: Artículo 7 de la Ley N° 19.971. *Colombia*: Artículos 119 y Artículo 20 del Decreto N° 1818. *Costa Rica*: Artículo 33 párrafo primero del Decreto N° 772. *Ecuador*: Artículo 5 párrafo segundo de la Ley bajo Registro Oficial N° 145. *Guatemala*: Artículo 10 del Decreto Ley N° 67-95. *Honduras*: Artículo 38 del Decreto N° 161-2000. *México*: Artículo 1423 del Código de Comercio. *Panamá*: Artículos 8 y 9 del Decreto Ley N° 5. *Paraguay*: Artículo 3 letra (a) de la Ley N° 1879. *Perú*: Artículo 10 de la Ley N° 26572. *Venezuela*: Artículos 5 y 6 de la Ley sobre Arbitraje Comercial. Asimismo, véase los proyectos legales: *Argentina*: Artículo 7 del Proyecto. *Uruguay*: Artículo 7 N° 3 del Proyecto.

<sup>46</sup> BOSCO, J., *Brasil [Int'l Arb. in Latin America]*, *supra* nota 3, p. 68.

<sup>47</sup> Como destaca un autor, en referencia a la situación legal en Colombia, la cual es enteramente aplicable también en Ecuador, esta norma es menos flexible que la contenida en la Ley Modelo y hace que, en caso de una cláusula arbitral por referencia a un documento separado, las formalidades sean tales que resulte muy improbable que tales cláusulas sean efectivas en la práctica. MANTILLA-SERRANO, F., *Colombia [Int'l Arb. in Latin America]*, *supra* nota 3, p. 117.

<sup>48</sup> Para un examen de estas cuestiones, véase las disposiciones citadas en *supra* nota 45.

no contractual, esto es, extracontractual o legal. Ello ocurre en las nuevas leyes adoptadas en *Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Honduras México, Panamá, Paraguay, Perú y Venezuela*<sup>49</sup> y en los proyectos de ley de *Argentina y Chile*<sup>50</sup>. En consecuencia, en dichos países hoy en día el arbitraje sirve como medio idóneo para resolver una variedad más diversa de disputas. Ello evidentemente debe entenderse en conjunción con los límites dados por la llamada “arbitrabilidad objetiva” –que limita las cuestiones que pueden ser válidamente sometidas a arbitraje– y “arbitrabilidad subjetiva” –que limita las personas o entidades que pueden validamente someterse a arbitraje–<sup>51</sup>.

Otros países latinoamericanos, sin embargo, han considerado como arbitrables solo aquellas disputas que se producen con relación al contrato o transacción en que las partes han incluido la cláusula arbitral, sin hacer expresa mención a disputas derivadas de relaciones no contractuales, lo cual evidentemente hace más difícil la posibilidad de someter a arbitraje otra clase de disputas distintas de aquellas de naturaleza puramente contractual. Así acontece en *Brasil y Colombia*<sup>52</sup>. No obstante lo anterior, una interpretación amplia por parte de los tribunales puede llevar a la misma conclusión de que el acuerdo arbitral comprende o puede comprender ambas, tanto disputas contractuales como no contractuales<sup>53</sup>.

(iv) Finalmente, y aunque no prevista en la Ley Modelo, es también digna de destacar la innovación de algunas legislaciones al contemplar normas expresas relativas a la inclusión de un acuerdo arbitral en contratos de adhesión. En efecto, algunos países incluyeron disposiciones al respecto con el objeto de garantizar que la parte que adhiriera a dichos contratos, generalmente la parte más débil de la relación contractual, estuviera plenamente consciente al momento de su adhesión, de la existencia de la cláusula arbitral en cuya virtud se extrae el conocimiento de

<sup>49</sup> Véase: *Bolivia*: Artículo 3 de la Ley N° 1770. *Chile*: Artículo 7 N° 1 de la Ley N° 19.971. *Costa Rica*: Artículo 18 párrafo primero del Decreto Ley N° 7727. *Ecuador*: Artículo 5 párrafo primero de la Ley bajo Registro Oficial N° 145. *Guatemala*: Artículo 4 N° 1 del Decreto Ley N° 67-95. *Honduras*: Artículo 37 del Decreto N° 161-2000. *México*: Artículo 1416 del Código de Comercio. *Panamá*: Artículo 7 del Decreto Ley N° 5. *Paraguay*: Artículo 3 letra (a) de la Ley N° 1879. *Perú*: Artículo 9 de la Ley N° 26572. *Venezuela*: Artículo 5 de la Ley sobre Arbitraje Comercial.

<sup>50</sup> Véase: *Argentina*: Artículo 7 N° 1 del Proyecto. *Uruguay*: Artículo 7 N° 1 del Proyecto.

<sup>51</sup> En este sentido, véase KLEINHEISTERKAMP, J. [Int] COMM. Latin America], supra nota 3, p. 53 a 106. (Como dice el autor, primero existe un marco regulatorio por el cual se abre una “ventana” al arbitraje, definiendo las cuestiones que pueden ser sometidas a arbitraje y, luego, filtros especiales y limitaciones específicas se establecen para excluir ciertas cuestiones del alcance que originalmente se reconoce. Las cuestiones que pasan estos dos controles son las que, en definitiva, pueden someterse a arbitraje).

<sup>52</sup> Véase: *Brasil*: Artículo 4 de la Ley N° 9307. *Colombia*: Artículo 117 del Decreto N° 1818.

<sup>53</sup> En todo caso, en ambos países, pese a no haberse establecido expresamente la posibilidad de que disputas no contractuales sean sometidas a arbitraje, se utilizan las expresiones amplias “disputas” y “diferencias” que puedan producirse “con relación” a un contrato.

las cuestiones regidas por dichos contratos de la jurisdicción de los tribunales. Tal es el caso de *Brasil, Guatemala, Honduras, Perú y Venezuela*<sup>54</sup>.

*b. Separabilidad o Autonomía de la cláusula arbitral*

Artículo 16 de la Ley Modelo. Facultad del tribunal arbitral para decidir acerca de su competencia. 1) [...], una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará *ipso jure* la nulidad de la cláusula compromisoria.

Un principio básico del arbitraje moderno es el de la separabilidad o autonomía de la cláusula arbitral, lo cual básicamente significa que la validez de dicha cláusula es independiente de la validez del contrato o negocio del cual forma parte. Dicho principio está íntimamente relacionado con otro fundamental del arbitraje internacional, conocido como el “*kompetenz-kompetenz*” de los árbitros<sup>55</sup>, esto es, la facultad que estos tienen para resolver acerca de su propia jurisdicción. De hecho, la Ley Modelo los ha reconocido conjuntamente en el citado artículo 16. Ambos principios, interpretados en conjunto, significan que los árbitros pueden retener la competencia para conocer de un asunto basados en la sola existencia de la cláusula arbitral, incluso si, en definitiva, concluyen que el contrato principal –del cual dicha cláusula forma parte– es inexistente, nulo o carece de operatividad<sup>56</sup>.

En América Latina, hasta hace muy poco el principio de la separabilidad de la cláusula arbitral no podía encontrarse en ninguna legislación. A lo sumo, algunos autores<sup>57</sup> y decisiones judiciales aisladas<sup>58</sup> lo habían reconocido, quedando así sin acogida en la gran mayoría de los casos.

No obstante lo anterior, la aproximación al tema ha cambiado substancialmente en la última década con la adopción de las nuevas leyes sobre arbitraje. En efecto, en la actualidad la mayoría de los países latinoamericanos cuentan con normas especiales que expresamente reconocen el principio de separabilidad o autonomía de la cláusula arbitral con relación al contrato en el cual dicha cláusula se halla contenida, siguiendo en esta materia a la Ley Modelo. Este es el caso de las nuevas leyes adoptadas en *Bolivia, Brasil,*

<sup>54</sup> Véase: *Brasil*: Artículo 4 de la Ley N° 9307. *Guatemala*: Artículo 10 del Decreto Ley N° 67-95. *Honduras*: Artículo 33 del Decreto N° 161-2000. *Perú*: Artículo 11 de la Ley N° 26572. *Venezuela*: Artículo 6 de la Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional.

<sup>55</sup> Para mayor información sobre este tema, véase *infra*, Sección 2. “*Kompetenz-Kompetenz (Facultad del Tribunal para decidir sobre su propia competencia)*”.

<sup>56</sup> Se ha argumentado que este principio es sumamente importante desde un punto de vista práctico, pues en todos los casos de controversias posteriores a la terminación de un contrato que contenía una cláusula arbitral, tales disputas pueden resolverse en arbitraje pese a que el contrato ha perdido operatividad o vigencia, precisamente en razón de este principio. Véase ENRICH, A., *The Evolving Nature of Arbitration in Brasil*, *Mealey's Int'l Arb. Rep.* 13 (Sept. 1998), p. 30.

<sup>57</sup> Véase GRIGERA NAON, H., *supra nota 2* [“*Overcoming Traditional Hostility*”], p. 242.

<sup>58</sup> Decisión de la Corte de Apelaciones de Argentina en el caso *Enrique C. Welbers v. Extraktionstechnik Gesellschaft für Anlagenbau M.B.M (1988)*. Para mayor información, véase *Yearbook Comm. Arb'N XIX (1994)*, p. 254-255.

Chile, Colombia, Ecuador, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú y Venezuela<sup>59</sup>, como de los proyectos legales de Argentina y Uruguay<sup>60</sup>.

### c. *Cláusula compromisoria y compromiso*

Por su parte, una distinción de larga data en América Latina ha sido aquella entre una *cláusula compromisoria* y un *compromiso*. Mientras el *compromiso* es un acuerdo arbitral relativo a disputas existentes y es automáticamente susceptible de ejecución por cualquiera de las partes, la *cláusula compromisoria*, en cambio, constituye solamente una promesa de someter controversias futuras a arbitraje, y no es susceptible de ser ejecutada en forma directa por alguna de las partes sino solo después de que un *compromiso*, en el cual se precisan las disputas sometidas a la competencia del árbitro y, en algunos casos, la persona del árbitro, es formalmente suscrito por ambas<sup>61</sup>.

En efecto, hasta hace poco bajo algunas legislaciones latinoamericanas resultaba imposible exigir el cumplimiento forzado de la *cláusula compromisoria* a aquella de las partes en rebeldía que se rehusaba a suscribir un *compromiso*, impidiendo con ello la constitución del proceso arbitral. Ante dicha negativa, la parte interesada en promover el arbitraje no tenía otra opción que, eventualmente y siempre que concudiesen los requisitos para ello, demandar a la parte rebelde por los daños derivados del incumplimiento de la promesa de arbitrar que constituía la *cláusula compromisoria*<sup>62</sup>. Indudablemente, en dicho escenario el objetivo principal de resolver la disputa por la vía del arbitraje se frustraba absolutamente.

Sin embargo, esta distinción entre la *cláusula compromisoria* y el *compromiso* no ha sido mantenida en la mayoría de las nuevas leyes sobre arbitraje. Al eliminarla, se ha seguido la tendencia moderna de utilizar la expresión amplia de “acuerdo o convenio

<sup>59</sup> Véase, *Bolivia*: Artículo 11 de la Ley N° 1770. *Brasil*: Artículo 8 de la Ley N° 9307. *Chile*: Artículo 16 1 de la Ley N° 19.971. *Colombia*: Artículo 118 párrafo final del Decreto N° 1818. Inicialmente en el Decreto Ley N° 2279 pese a que no había un reconocimiento expreso del principio, “la opinión de los académicos y una jurisprudencia consistente relacionada con contratos se reconocía a su favor. Incluso más, la nulidad del contrato principal no se consideraba uno de los fundamentos que podían ser invocados en contra del laudo arbitral”, MANTILLA-SERRANO, F., Colombian Arbitration Legislation, *International Commercial Arbitration in Latin America, ICC Special Supplement* (1996), p. 22. *Ecuador*: Artículo 5 párrafo 3 de la Ley bajo Registro Oficial N° 145. *Honduras*: Artículo 39 del Decreto N° 161-2000. *México*: Artículo 1432 párrafo primero del Código de Comercio. *Panamá*: Artículo 11 párrafo final del Decreto Ley. *Paraguay*: Artículo 19 de la Ley N° 1879. *Perú*: Artículo 106 de la Ley N° 26572. *Venezuela*: Artículo 7 párrafo final de la Ley sobre Arbitraje Comercial.

<sup>60</sup> Véase, *Argentina*: Artículo 7 N° 6 del Proyecto. *Uruguay*: Artículo 16 N° 1 del Proyecto.

<sup>61</sup> Véase, SANDERS, P., *supra* nota 15, p. 40; GRIGERA NAON, H., *supra* nota 3 (“Overcoming traditional hostility”), p. 225; GARRO, A., *supra* nota 1 (“Enforcement of Arbitration Agreements”), p. 310; GARRO, A., *supra* nota 3 (“The Uncitral Model and the Spanish Arbitration Act”), p. 209; F. Mantilla Serrano, *supra* nota 3 (“Major trends”), p. 139.

<sup>62</sup> Véase en general: GARRO, A., *supra* nota 1 (“Enforcement of Arbitration Agreements”), p. 311. Para un análisis respecto de algunos países, véase: *Brasil*: MAROTTA, V., National Report on Brasil, *Y. B. Comm. Arb.* (1978), p. 32, y WALD, A., SCHELLENBERG, P. and ROSSEN, K., Some controversial aspects of the New Brazilian Act, *The Inter-american L. R.* 31 (2000), p. 231. *Ecuador*: JIMÉNEZ SALAZAR, National Report on Ecuador, *Y. B. Comm. Arb.* (1978), p. 89; y, *Venezuela*, PARRA ARANGUREN, G., National Report on Venezuela, *Y. B. Comm. Arb.* (1978), p. 137.

arbitral”, para designar todo acuerdo de someter disputas actuales o futuras a arbitraje, y de dotar a dicho acuerdo del mismo valor y efecto legal sea que se trate de una u otra clase. Este es el caso de las nuevas leyes de *Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, México, Panamá, Paraguay, Perú y Venezuela*<sup>63</sup>, así como de los proyectos de *Argentina y Uruguay*<sup>64</sup>.

El caso de *Brasil* es, en cambio, distinto pues optó por mantener la referida distinción aunque simplificó los requisitos que debe llenar la cláusula compromisoria y, sobre todo, estableció un mecanismo para asegurar que las partes efectivamente pudieran ser remitidas al proceso arbitral, aun cuando se trate de una cláusula compromisoria que requiere de un posterior compromiso suscrito por las partes, a lo cual una de ellas se rehúsa. Se trata, por cierto, de una solución que se aparta de aquella adoptada por la Ley Modelo y que, de hecho, ha sido objeto de críticas precisamente a causa de los problemas que se derivan por no haber seguido la Ley Modelo a este respecto<sup>65</sup>.

<sup>63</sup> Véase, *Bolivia*: Artículo 10 de la Ley N° 1770. *Chile*: Artículo 7 N° 1 del Proyecto. *Colombia*: Artículo 117 del Decreto N° 1818 que comprende ambos conceptos y les atribuye el mismo efecto legal de hacer que las partes queden obligadas a someter sus disputas a arbitraje, renunciando al derecho de promover tales disputas ante los tribunales. Es importante notar que inicialmente el artículo 4 del Decreto N° 2279 impuso algunos requisitos relativos al compromiso, pero posteriormente la Ley N° 446 de 1998 derogó dicha norma, dejando a ambos en el mismo estatus legal como se reconoce actualmente. *Costa Rica*: Artículo 23 del Decreto Ley N° 7727 que utiliza la denominación genérica de acuerdo arbitral. *Ecuador*: Artículo 5 que usa el concepto genérico de convenio arbitral, el cual puede comprender las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas en el futuro. *Guatemala*: Pese a que el Artículo 10 del Decreto Ley 67-95 hace la distinción entre *cláusula compromisoria* y *compromiso*, comprende ambos conceptos bajo la noción de “acuerdo arbitral”. Aún más, para despejar cualquier duda, expresamente dispone que dicha distinción no tiene consecuencia alguna con respecto a los efectos jurídicos del acuerdo de arbitraje. *México*: Artículo 1416 (I) del Código de Comercio utiliza también la noción amplia de acuerdo arbitral. *Panamá*: Artículo 7 del Decreto Ley N° 5 también usa el concepto amplio de convenio arbitral, sea que se trate de disputas que surjan o puedan surgir entre las partes de dicho convenio. *Paraguay*: Artículo 3 a) de la Ley N° 1879 en el mismo sentido anterior. *Perú*: Artículo 9 de la Ley N° 26572 en igual sentido. *Venezuela*: Artículo 5 de la Ley sobre Arbitraje Comercial también en el mismo sentido.

<sup>64</sup> Véase, *Argentina*: Artículo 7 N° 1 del Proyecto. *Uruguay*: Artículo 7 N° 1 del Proyecto.

<sup>65</sup> Véase, *Brasil*: Artículo 3 de la Ley N° 9307 que mantiene la distinción entre *cláusula compromisoria* y *compromiso arbitral*, requiriendo que la primera sea seguida del segundo antes del inicio de todo proceso arbitral. Particularmente, en cuanto a la cláusula compromisoria, el Artículo 7 de dicha ley establece un procedimiento con el objeto de permitir que ambas partes puedan suscribir el compromiso necesario para iniciar el proceso arbitral y en caso de rebeldía de alguna de las partes en concurrir a la suscripción del referido compromiso, dispone que el juez, luego de escuchar a la parte demandante, decidirá el contenido del compromiso. Esta solución no estuvo exenta de problemas. De hecho, la constitucionalidad de la ley brasileña de arbitraje fue discutida ante el Supremo Tribunal Federal de Brasil en el caso *MBV v. Resil*, relativo a la solicitud de ejecución de un laudo arbitral extranjero dictado en España y que involucraba a una empresa suiza y a una brasileña, entre otras razones, por la supuesta inconstitucionalidad del citado artículo 7 en cuanto acepta y reconoce la ejecución específica de la cláusula compromisoria, en caso de rebeldía de una de las partes, en virtud de una decisión del juez y en ausencia de la parte rebelde, lo cual se argumentó que atentaba contra el debido proceso. En definitiva, la mayoría del tribunal se pronunció por la constitucionalidad de la referida ley. Para mayor información, véase BOSCO, J., Brazil, *Int'l Arb. in Latin America*, supra nota 2, p. 65 y; WALD, A., Developments in Brazilian Arbitration Legislation 1996-2001, ICC International Court Of Arbitration Bulletin, Vol. 12 N° 2 (2001), p. 42.

*d. Efecto excluyente del acuerdo arbitral respecto de procesos judiciales paralelos*

*Artículo 8 de la Ley Modelo. Acuerdo de arbitraje y demanda en cuanto al fondo ante un tribunal. 1) El tribunal al que se someta un litigio sobre un asunto que es objeto de un acuerdo de arbitraje remitirá a las partes al arbitraje si lo solicita cualquiera de ellas, a más tardar, en el momento de presentar el primer escrito sobre el fondo del litigio, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible. 2) Si se ha entablado la acción a que se refiere el párrafo 1) del presente artículo, se podrá, no obstante, iniciar o proseguir las actuaciones arbitrales y dictar un laudo mientras la cuestión esté pendiente ante el tribunal.*

Tradicionalmente, el poder amplio de los tribunales sobre la conducción del arbitraje podía evidenciarse con claridad al inicio mismo de todo proceso arbitral. En efecto, en general los tribunales contaban con discreción para decidir si, en presencia de un acuerdo arbitral válido, referían automáticamente a las partes al proceso arbitral o, por el contrario, retenían el caso para conocer de las cuestiones ventiladas en dicha sede judicial por alguna de las partes con relación al acuerdo arbitral sin proceder a la pronta constitución del proceso arbitral.

El problema residía en la falta de normas expresas bajo las leyes nacionales que establecieran el deber de los tribunales de referir automáticamente a las partes al proceso arbitral, en presencia de un acuerdo arbitral válido. Como consecuencia de ello, los tribunales podían dilatar el inicio del arbitraje hasta que no declarasen su incompetencia para conocer del asunto, como asimismo continuar procesos judiciales relativos a materias sometidas a arbitraje, a pesar de la existencia del acuerdo arbitral. Dicho poder discrecional evidentemente pugna en contra de un sistema arbitral eficiente y expedito<sup>66</sup>.

El primer paso para superar esta situación se dio mediante la ratificación casi unánime de la Convención de Nueva York que establece expresamente el deber de las cortes de referir automáticamente a las partes a arbitraje, a instancia de una de ellas, en presencia de un acuerdo arbitral válido<sup>67</sup>. En virtud de dicha convención, cuando existe un acuerdo arbitral, los tribunales tienen el deber de referir a las partes comprendidas en dicho acuerdo al respectivo proceso arbitral, si una de ellas así lo solicita, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable. Lamentablemente, el mismo principio no quedó plasmado en la Convención de Panamá<sup>68</sup>.

El problema pues siguió presente en todas aquellas situaciones en que la Convención de Nueva York no resultaba aplicable, y atendido que la Convención de Panamá

<sup>66</sup> Véase GARRO, A., *supra* nota 3 (“*The Uncitral Model and the Spanish Arbitration Act*”), p. 217 (“Para que los acuerdos arbitrales sean totalmente efectivos, es importante reconocer que el que una materia sea sometida a arbitraje significa que esta no será oída y decidida ante una corte, independiente de si el acuerdo arbitral establece expresamente la exclusión de la jurisdicción de dicha corte”).

<sup>67</sup> Artículo II (3) de la Convención de Nueva York.

<sup>68</sup> En efecto, esta solución prevista en la Convención de Nueva York inexplicablemente no fue recogida en la posterior Convención de Panamá. Así los países que no eran signatarios de la Convención de Nueva York muchas veces no contaban en la práctica con ningún mecanismo efectivo para solicitar la remisión automática a arbitraje en presencia de un acuerdo arbitral. Al respecto, véase GARRO, A., *supra* nota 2 (“*Enforcement of Arbitration Agreements*”), p. 303.

nada decía al respecto, la solución debía buscarse en las leyes nacionales de arbitraje<sup>69</sup>. Y lamentablemente por mucho tiempo esa solución simplemente no estuvo prevista. Así, la consolidación del referido principio llegó solo con la adopción de la Ley Modelo en la gran mayoría de las leyes nacionales latinoamericanas.

La Ley Modelo, fuertemente inspirada en la Convención de Nueva York<sup>70</sup>, establece dos principios básicos con relación a esta materia, a saber: primero, la remisión al proceso arbitral procede a petición de parte y no de oficio<sup>71</sup> y existe una oportunidad procesal precisa para solicitar a los tribunales que las partes sean remitidas a arbitraje, esto es, al momento de presentar el primer escrito sobre el fondo del litigio, bajo riesgo de entenderse renunciado el derecho de someter la disputa a arbitraje; y, segundo, el poder de los árbitros para continuar la tramitación del proceso arbitral e incluso dictar un laudo arbitral, mientras la cuestión sobre la existencia, validez y/o operatividad del acuerdo arbitral se encuentra pendiente ante un tribunal<sup>72</sup>.

Ahora bien, pese a que la mayoría de las legislaciones latinoamericanas han seguido la Ley Modelo sobre esta cuestión, la aproximación no ha sido totalmente idéntica. En efecto, algunos países han adoptado ambos principios: el de petición de parte junto con una oportunidad procesal específica para requerir la remisión al proceso arbitral, así como el de la facultad de los árbitros de continuar el arbitraje mientras el proceso judicial paralelo se encuentra pendiente. Tal es el caso de *Bolivia*, *Chile*

<sup>69</sup> En efecto, como bien lo advirtió un autor: “Esta ausencia es lamentable pues puede afectar la eficacia de la Convención de Panamá. Al inicio de un arbitraje dependerá, en principio, de la ley del país en el cual el proceso judicial es promovido para ver si dicho proceso será, a petición de parte, referido a arbitraje”, véase, JAN VAN DEN BERG, A., *supra* nota 15, p. 218.

<sup>70</sup> Véase al respecto información contenida en la página web de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional, *disponible* en <http://www.uncitral.org/spanish/texts/arbitration/ml-arb-s.htm> (“En virtud del párrafo 1) del artículo 8 de la Ley Modelo, que sigue el modelo del párrafo 3) del artículo II de la Convención de Nueva York de 1958, el tribunal judicial remitirá a las partes al arbitraje si se le presenta una reclamación sobre un asunto que sea objeto de un acuerdo de arbitraje, a menos que se compruebe que el acuerdo de arbitraje es nulo, ineficaz o de ejecución imposible. La remisión depende de una solicitud que cualquiera de las partes puede hacer a más tardar en el momento de presentar el primer escrito sobre el fondo del litigio. Aunque esta disposición, en el caso de que sea aprobada por un Estado cuando adopta la Ley Modelo, por su naturaleza solo obliga a los tribunales de ese Estado, no se limita a los acuerdos que prevén el arbitraje en ese Estado y, por lo tanto, facilita el reconocimiento y la eficacia mundiales de los acuerdos de arbitraje comercial internacional”).

<sup>71</sup> En este sentido, véase HOLTZMAN H. y NEUHAUS, J. [*A Guide to the UNCITRAL Model*], *supra* nota 34, p. 302 (Los autores destacan que la instrucción a la corte de referir a las partes a arbitraje opera solo si una de ellas así lo solicita. Así, el silencio de las partes se entenderá como una renuncia al derecho de ir a arbitraje. En el mismo sentido, un demandado extranjero no puede evitar presentarse ante el tribunal ante el que se somete la acción, confiando de que la materia será referida a arbitraje. Aunque el artículo no lo señala explícitamente, fue el entendido del Grupo de Trabajo que el tribunal no contaba con el poder para referir a las partes a arbitraje de oficio).

<sup>72</sup> HOLTZMAN, H. y NEUHAUS, J., *Idem*. (Los autores reconocen que este principio causó debate en la Comisión entre los que consideraban que debía otorgarse a los tribunales el poder de suspender la constitución del proceso arbitral mientras no se resolviera sobre el acuerdo arbitral, con el objeto de evitar arbitrajes inútiles, y entre los que consideraban que dicho poder debía ser negado a los tribunales con el objeto de evitar retardos en el proceso arbitral e intervenciones judiciales innecesarias. La opinión predominante fue que con el objeto de contribuir a una pronta resolución, ambos procesos paralelos debían ser permitidos y que, en todo caso, cualquier decisión de suspender el arbitraje correspondía al árbitro y no a los tribunales).

Guatemala, Honduras, Paraguay y Perú<sup>73</sup> y también de los proyectos de Argentina y Uruguay<sup>74</sup>.

En otras legislaciones, como la de Ecuador<sup>75</sup>, solo se siguió la Ley Modelo en cuanto al principio de una oportuna defensa del acuerdo arbitral, guardando silencio en cuanto a si el proceso arbitral puede o no continuar en presencia de un proceso judicial paralelo.

Por su parte, un tercer grupo de legislaciones latinoamericanas siguió fielmente la Ley Modelo pero solo en cuanto al reconocimiento del poder de los árbitros para continuar la tramitación del arbitraje encontrándose pendiente el proceso judicial paralelo, adoptando, en cambio, distintas soluciones en cuanto al deber de los tribunales de referir a las partes a arbitraje y a la oportunidad para solicitarlo. Así, en México<sup>76</sup> se dio mayor flexibilidad en cuanto a las oportunidades procesales que tienen las partes para requerir que los tribunales las refieran a arbitraje, sin que estas se limiten a la presentación del primer escrito sobre el fondo del litigio como lo señala la Ley Modelo. Esta última es una solución al menos cuestionable, pues parece más apropiado referir a las partes a arbitraje sobre la base del acuerdo arbitral durante las primeras etapas del proceso arbitral con el objeto de agilizar el proceso arbitral y de evitar la intervención judicial con posterioridad<sup>77</sup>. Por el contrario, otros países como

<sup>73</sup> Véase, *Bolivia*: Artículo 12 de la Ley N° 1770. *Chile*: Artículo 8 de la Ley N° 19.971. *Guatemala*: Artículo 11 del Decreto Ley N° 67-95. *Honduras*: Artículos 40 y 41 del Decreto Ley N° 161-2000. *Paraguay*: Artículo 11 de la Ley N° 1879. *Perú*: Artículos 15 y 16 de la Ley N° 26572.

<sup>74</sup> Véase, *Argentina*: Artículo 8 del Proyecto que incluso exige que el acuerdo sea “*manifiestamente*” nulo o inexistente para que los tribunales se nieguen a remitir el asunto al proceso arbitral, apártandose en este punto de la Ley Modelo que no reconoce solo un examen *prima facie* del tribunal (ver en este sentido, *infra* nota 75). *Uruguay*: Artículo 8 del Proyecto.

<sup>75</sup> Véase, *Ecuador*: Artículo 7 y 8 de la Ley N° 145. De acuerdo a tales disposiciones, cualquiera de las partes puede promover disputas ante los tribunales sobre cuestiones sometidas a arbitraje, y si la otra parte no invoca la existencia del acuerdo arbitral como una defensa (*excepción de existencia de convenio arbitral*), la Corte considerará su respuesta como una renuncia al arbitraje y retendrá la jurisdicción para resolver tales disputas. En consecuencia, los tribunales deberían referir a las partes a arbitraje siempre que haya sido oportunamente invocada la existencia de un acuerdo arbitral pero no en otros casos. Véase en este sentido, LARREA-FALCONY, A., Arbitration in Ecuador, *International Commercial Arbitration in Latin America, ICC Special Supplement* (1996), p. 42. En todo caso, no hay indicación alguna en relación a si el proceso arbitral puede seguir substanciándose mientras se encuentre pendiente el proceso judicial paralelo.

<sup>76</sup> Véase, *México*: Artículo 1424 del Código de Comercio que establece que el juez que conoce de una acción que versa sobre una materia comprendida en un acuerdo arbitral referirá a las partes a arbitraje, a petición de cualquiera de ellas, sin fijar una oportunidad procesal específica en que las partes deben presentar tal solicitud.

<sup>77</sup> Como lo sostiene un autor mexicano, este cambio no parece ser tan positivo. Al efecto, véase VON WOBESER, C., Enforcement of Arbitration Agreements in Latin America: México, *Enforcement of Arbitration Agreements in Latin America, IBA Conference*, (1999), p. 58. (“Lamentablemente, México no siguió de cerca el Artículo 8 de la Ley Modelo CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional que, en una norma similar, requiere que la corte refiera a las partes a arbitraje “si lo solicita cualquiera de ellas, a más tardar, en el momento de presentar el primer escrito sobre el fondo del litigio”. Pese a que la intención del legislador mexicano fue otorgar el mayor respeto al acuerdo arbitral, al conferir la posibilidad de requerir que la materia sea sometida a arbitraje en cualquier momento durante el proceso ante la corte, esto se ha tornado negativo en la práctica dado que una parte puede de mala fe seguir todo el proceso ante un juez y solo al final presentar la solicitud de que las partes sean referidas a arbitraje. Creo que la solución de la Ley Modelo CNUDMI es mejor”).

*Panamá*<sup>78</sup> siguieron el extremo opuesto, e impusieron expresamente sobre los tribunales el deber de declinar el ejercicio de jurisdicción *in limine* en presencia de un acuerdo arbitral, y de referir automáticamente a las partes a arbitraje. Es decir, en este caso ni siquiera es necesario que medie una presentación de alguna de las partes solicitando la remisión al proceso arbitral, alejándose así del tenor del principio consagrado en la Ley Modelo.

Finalmente, y a pesar de la tendencia anterior, existe un número de países que no adoptaron, o al menos no expresamente, los principios establecidos por la Ley Modelo con relación al efecto excluyente del acuerdo arbitral respecto de eventuales procesos judiciales. Tal es la situación en *Brasil, Colombia, Costa Rica y Venezuela*<sup>79</sup>.

En todo caso, dejando de lado las particularidades propias de cada ley, podría sostenerse que el propósito general detrás de estas reformas, de superar o reducir el

<sup>78</sup> Véase, *Panamá*: Artículo 11 del Decreto Ley N° 5.

<sup>79</sup> En dichos países, sin embargo, puede encontrarse de todos modos algún fundamento para defender la tesis de que tal efecto excluyente también está implícitamente aceptado. Véase, *Brasil*: No existe una norma expresa que establezca el deber de las cortes de referir automáticamente a las partes a arbitraje en caso que alguna de ellas promueva cuestiones arbitrables en sede judicial. Aunque, como sostiene un autor, “el artículo 41 de la ley, sin embargo, modifica los artículos 267 a 301 del Código de Procedimiento Civil y, en consecuencia, los tribunales nacionales deben rechazar una acción –sobre una materia sometida a arbitraje– cuando una de las partes invoca un acuerdo arbitral válido”. BOSCO, J., *Brasil [Int'l Arb. In Latin America]*, *supra* nota 2, p. 69. Además de lo anterior, es posible señalar que el artículo 8 párrafo segundo de la Ley N° 9307 reconoce el principio del *kompetenz-kompetenz* del árbitro para resolver acerca de su propia competencia, y el artículo 20, a su turno, establece que la parte interesada en promover cuestiones acerca de la competencia de los árbitros, o acerca de la nulidad, inexistencia o ineficacia del acuerdo arbitral, debe hacerlo ante los árbitros, en la primera oportunidad después de la constitución del arbitraje. En consecuencia, los tribunales deberían abstenerse de resolver acerca de dichas cuestiones y referir a las partes al proceso arbitral correspondiente, a fin que sean los árbitros quienes efectivamente las resuelvan. *Colombia*: Pese a que no hay una disposición expresa estableciendo el deber de las cortes de referir a las partes a arbitraje, a petición de cualquiera de ellas, se podría argumentar que de acuerdo al artículo 117 del Decreto N° 1818, al celebrar un acuerdo arbitral, las partes quedan obligadas a someter sus disputas a arbitraje y renuncian al derecho de promoverlas ante tribunales. En consecuencia, los tribunales en presencia de una acción promovida por alguna de las partes en violación del acuerdo arbitral, debería paralizar dicha acción y referir a las partes al proceso arbitral en razón de la renuncia a la jurisdicción estatal envuelta en el convenio arbitral. En este sentido también se pronuncia la doctrina colombiana (“El artículo 2 párrafo primero del Decreto [refiriéndose al anterior Decreto N° 2279 que contenía las normas aplicables al arbitraje] confirma ambos, los aspectos negativos y positivos del acuerdo arbitral en el sentido que tales acuerdos contienen una intención positiva de someter disputas a arbitraje, por una parte, y una derogación de la jurisdicción de los tribunales ordinarios (aspecto negativo), por otra. El mismo principio es confirmado en el Artículo 1 de la Ley 315 sobre arbitraje internacional”, véase, MANTILLA-SERRANO, F., *Colombian Arbitration Legislation*, *supra* nota 59, p. 22. *Venezuela*: El artículo 5 párrafo segundo de la Ley sobre Arbitraje Comercial establece igualmente ambos efectos a partir del acuerdo arbitral: el positivo de obligar a ambas partes a someter las disputas a arbitraje, y el negativo de renunciar el derecho de someter las mismas a la jurisdicción de tribunales. Además de lo anterior, la ley venezolana establece en términos amplios el principio del *kompetenz-kompetenz* en sus artículos 7 y 25. En consecuencia, hay suficientes fundamentos para sostener que los tribunales están excluidos para conocer de disputas que caen dentro del ámbito de un acuerdo arbitral, pues en su virtud se remueve de la jurisdicción ordinaria el conocimiento de las cuestiones comprendidas en la cláusula arbitral (Véase, en este mismo sentido, RODNER, J., *The New Venezuelan Arbitration Law*, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 11 N° 2 (2000), p. 8). Las dudas, en todo caso, subsisten en cuanto a la oportunidad en que este efecto excluyente debiera producirse.

intervencionismo excesivo de los tribunales en cuestiones relativas a acuerdos arbitrales válidos y de agilizar el inicio y tramitación del proceso arbitral, mediante la remisión oportuna del asunto a la sede arbitral, no obstante el examen que los tribunales puedan hacer del acuerdo arbitral, ha sido cumplido a nivel de texto legal<sup>80</sup>.

## 2. *KOMPETENZ-KOMPETENZ* (FACULTAD DEL TRIBUNAL PARA DECIDIR SOBRE SU JURISDICCIÓN)

*Artículo 16. Facultad del tribunal arbitral para decidir acerca de su competencia. 1) El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará ipso jure la nulidad de la cláusula compromisoria.*

El principio del *kompetenz-kompetenz* goza desde hace tiempo de amplio reconocimiento en el campo del arbitraje internacional. Desde un punto de vista doctrinario, dicho principio comprende un doble efecto: en primer término, el efecto positivo de conceder competencia a los árbitros para decidir sobre su competencia y, en seguida, el efecto negativo de prevenir que los tribunales de justicia decidan sobre dicha competencia antes que el tribunal arbitral, colocando así a los árbitros como los primeros llamados a pronunciarse sobre dicha cuestión, sin perjuicio del control posterior de los tribunales<sup>81</sup>.

En América Latina, a pesar de que la doctrina apoyaba desde hace tiempo la idea de que los árbitros son plenamente competentes para decidir acerca de su competencia y acerca de la validez del acuerdo arbitral en virtud del también reconocido principio de

---

<sup>80</sup> Aunque queda por definir un tema particularmente sensible, esto es, la aproximación práctica de los tribunales de países de la región cuando deban realizar el examen del acuerdo arbitral bajo el amparo del Artículo 8 de la Ley Modelo, en los términos en que este aparece reproducido en sus respectivas leyes. En efecto, conviene destacar que los redactores de la Ley Modelo excluyeron expresamente la posibilidad de que el tribunal rehusara remitir a las partes a arbitraje solo cuando “*manifiestamente*” el acuerdo arbitral fuese nulo, inválido o careciera de operatividad, con lo cual el rol de los tribunales se hubiera limitado tan solo a un examen “*prima facie*” del acuerdo arbitral, autorizando, en cambio, para que dicho examen fuese más detenido. (Véase HOLTZMAN, H. y NEUHAUS, J. [*A Guide to the UNCITRAL Model*], *supra* nota 34, p. 303). Y así fue también reproducido en la mayoría de las legislaciones latinoamericanas, salvo el Proyecto de Argentina, lo cual lleva envuelto un riesgo cierto de demora y lentitud en la resolución de estas cuestiones por los tribunales, especialmente considerando la alta carga de trabajo y la ya existente demora en la atención de los casos por la mayoría de los tribunales de países latinoamericanos. En todo caso, como ya se ha visto, tal demora no obsta a que el Tribunal Arbitral conozca del asunto y continúe con la conducción del proceso arbitral.

<sup>81</sup> En efecto, en términos prácticos, este principio supone una regla de orden cronológico en tanto permite que los árbitros no sean los únicos jueces pero sí los primeros en resolver acerca de su propia competencia. En otras palabras, permite que ellos puedan llegar a una decisión sobre su competencia antes de cualquier juez o autoridad judicial. Así, este principio puede ser definido como la regla en cuya virtud los árbitros tienen primera prioridad para decidir objeciones relativas a su competencia, sujeto a revisión posterior de los tribunales. (Véase, FOUCHARD, GAILLARD y GOLDMAN, *International Commercial Arbitration* (1999), p. 401).

separabilidad de la cláusula arbitral<sup>82</sup>, en general prácticamente ninguna legislación reconocía dicho principio, quedando así la cuestión abierta a la intervención e interpretación judicial<sup>83</sup>.

Esta situación, sin embargo, ha sido claramente superada por las leyes nacionales adoptadas en los últimos años. De hecho, hoy el principio del *kompetenz-kompetenz* tiene un reconocimiento expreso en normas que han seguido muy de cerca la Ley Modelo. Como resultado de ello, los árbitros aparecen investidos de una poderosa herramienta para controlar los procesos desde su inicio, evitando que la solución de las cuestiones recién señaladas produzca dilaciones en el proceso arbitral como consecuencia de la intervención de tribunales.

La proposición de la Ley Modelo acerca de este principio es clara. El Tribunal Arbitral está facultado para pronunciarse sobre su propia competencia, incluso de oficio y sin mediar objeciones de las partes, y también acerca de las excepciones que se promuevan con relación a la existencia o validez del acuerdo arbitral. Dicho examen, sin embargo, queda sujeto al control que pueden ejercer los tribunales en virtud del artículo 8 de la Ley Modelo –cuando se trata de examinar la nulidad e ineficacia del acuerdo arbitral<sup>84</sup>– y del artículo 16 inciso segundo de la misma ley –cuando se trata de examinar la decisión del Tribunal Arbitral en caso que este resuelva preliminarmente sobre su propia competencia<sup>85</sup>. Lo anterior además no obsta al control de los tribunales en la revisión del laudo final, si la decisión acerca de la competencia es adoptada en dicho laudo.

Pues bien, un análisis de las nuevas leyes latinoamericanas sobre arbitraje permite concluir que el principio del *kompetenz-kompetenz* ha sido claramente recogido en los términos propuestos por la Ley Modelo, al darles a los árbitros la competencia para decidir acerca de materias que tradicionalmente eran resueltas en sede judicial, tales como la competencia del tribunal arbitral y la existencia y validez del acuerdo arbitral<sup>86</sup>. Este es el caso de las leyes de *Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Guatemala,*

<sup>82</sup> Véase *supra* sección b), “Separabilidad o Autonomía de la cláusula arbitral”.

<sup>83</sup> Para una mayor explicación acerca del desarrollo del principio del *kompetenz-kompetenz* en América Latina, véase: GRIGERA NAON, H. (“Overcoming traditional hostility”) *supra* nota 3, p. 242; GARRO, A., (“The Uncitral Model and the Spanish Arbitration Act”), *supra* nota 3, p. 220; y, GONZÁLEZ ARROCHA, K., El principio “Kompetenz-Kompetenz”, en *Classeur del 56vo Seminario PIDA sobre Arbitraje Comercial Internacional* (Paris, 13-16 octubre 2003), p. 1-14.

<sup>84</sup> Véase *supra*, sección 1(d).

<sup>85</sup> Véase HOLTZMAN, H. y NEUHAUS, J. [*A Guide to the UNCITRAL Model*], *supra* nota 34, p. 486. (Los autores destacan que esta solución tiene la ventaja de ofrecer al propio Tribunal Arbitral la posibilidad de analizar, en cada caso y con respecto a cada alegación relativa a su jurisdicción, si el riesgo de tácticas dilatorias es mayor que el daño de gastar recursos y tiempo en un arbitraje inútil. El peligro de retardo en el arbitraje, mientras los tribunales revisan esta decisión preliminar, son todavía más atenuados por la disposición de un corto plazo para solicitar la revisión por tales tribunales, inapelabilidad de la decisión y discreción del Tribunal Arbitral para continuar con el arbitraje mientras la revisión por tribunales sigue su curso).

<sup>86</sup> En la mayoría de estos casos, el principio del *kompetenz-kompetenz* ha sido reconocido inmediatamente antes del principio de la separabilidad o autonomía de la cláusula arbitral, siguiendo fielmente el orden propuesto por la Ley Modelo y reconociendo la cercana relación que existe entre ambos principios. Tal es el caso de *Bolivia, Costa Rica, Guatemala, México, Paraguay y Venezuela* y de los proyectos de *Chile y Argentina*.

*Honduras, México, Paraguay, Perú y Venezuela*<sup>87</sup>. Así también ocurre en los proyectos legales de *Argentina y Uruguay*<sup>88</sup>. Consecuente con lo anterior, tales normas por lo general establecen que cualquier cuestión relativa a la competencia del Tribunal Arbitral debe ventilarse ante los árbitros<sup>89</sup>.

Mención aparte merece el caso de *Panamá* en que no obstante haberse reconocido el principio a nivel de texto legal<sup>90</sup>, este quedó sin efecto al ser declarado inconstitucional por una sentencia de la Corte Suprema de dicho país, pero luego fue reinstaurado nuevamente por el Congreso Nacional. Ello revela la confusión que, a veces, muestra la judicatura en la interpretación de principios matrices del arbitraje internacional<sup>91</sup>.

<sup>87</sup> Véase, *Bolivia*: Artículo 32 párrafo primero de la Ley N° 1770. *Brasil*: Artículo 8 párrafo segundo de la Ley N° 9307. *Chile*: Artículo 16 N° 1 de la Ley N° 19.971. *Colombia*: Artículo 207 del Decreto N° 1818. Véase también el artículo 147 que ordena al Tribunal Arbitral pronunciarse sobre su propia competencia antes de considerar el fondo de la disputa, como una cuestión preliminar del arbitraje, e independiente de si ha sido o no solicitado por las partes (F. Mantilla-Serrano, *Colombia, [Int'l Arb. in Latin America]*, *supra* nota 3, p. 121). *Costa Rica*: Artículo 37 párrafo primero del Decreto N° 7727. *Guatemala*: Artículo 21 párrafo primero del Decreto Ley N° 67-95. *Honduras*: Artículo 60 párrafo primero del Decreto Ley N° 161-95. *México*: Artículo 1432 párrafo primero del Código de Comercio. *Paraguay*: Artículo 19 párrafo primero de la Ley N° 1879. *Perú*: Artículo 39 párrafo primero de la Ley N° 26572. *Venezuela*: Artículo 7 y también Artículo 25 párrafo primero –en relación al arbitraje institucional de la Ley de Arbitraje Comercial–.

<sup>88</sup> Véase, *Argentina*: Artículo 16 N° 1 del Proyecto. *Uruguay*: Artículo 16 N° 1 del Proyecto.

<sup>89</sup> En todo caso, es útil destacar que mientras el efecto positivo del principio aparece claramente identificado en la norma del Artículo 16 de la Ley Modelo, el efecto negativo en cuya virtud los árbitros son los primeros llamados a pronunciarse sobre su propia competencia es, en cambio, mucho menos claro. Como sostiene una autora “la mayoría de las legislaciones sobre arbitraje en América Latina están inspiradas en la Ley Modelo de la CNUDMI. Dicha Ley no contiene una regla que contenga expresamente una regla de prioridad del árbitro para juzgar los aspectos relativos a su jurisdicción. En efecto, el reconocimiento del principio que hace dicha Ley es ambiguo sobre el punto. Los jueces latinoamericanos son pues en su mayoría muy reticentes a la admisión del efecto negativo del principio del competente-competence”, GONZÁLEZ ARROCHA, K., *supra* nota 83, p. 3.

<sup>90</sup> *Panamá*: Artículo 17 párrafo primero del Decreto Ley N° 5 dejado sin efecto por la declaración de inconstitucionalidad por la Corte Suprema, y luego reinstaurado nuevamente por el Congreso Nacional.

<sup>91</sup> En efecto, como lo menciona una autora: “Posteriormente a la adopción del Decreto Ley N° 5, se interpuso ante la Corte Suprema de la Nación un recurso de inconstitucionalidad en contra del mencionado artículo 17. La parte actora en este recurso consideró que este artículo infringía la Carta Magna debido a que desconocía las garantías esenciales amparadas por el artículo 32 de la Constitución, a saber, la garantía de ser juzgado por un Tribunal independiente e imparcial. La parte actora argumentó que los árbitros, por estar interesados en que el proceso arbitral se desarrolle para así cobrar remuneraciones, siempre decidirían por confirmar su competencia en la controversia, afectándose supuestamente la imparcialidad en el proceso. En base a estos antecedentes, la Corte Suprema debía resolver si árbitros particulares, al conocer de una excepción de incompetencia, pueden impedir a una persona que acuda a los tribunales de justicia a plantear una pretensión según lo garantiza el artículo 32 de la Constitución. En otras palabras, el Tribunal Supremo debía decidir acerca de la constitucionalidad en la aplicación del principio *Kompetenz-Kompetenz* en Panamá. En la motivación de su decisión, la Corte Suprema primeramente realiza una relación teórica de los derechos esenciales de las personas, en particular el acceso a la tutela jurídica; derecho que se encuentra reconocido tanto por la misma legislación panameña como por tratados internacionales. Basándose principalmente en esos antecedentes doctrinales, la Corte determinó en fecha 13 de diciembre de 2001 que el artículo 17 del Decreto Ley N° 5 es inconstitucional ya que viola el derecho al debido proceso por impedir el acceso a los tribunales de justicia a la parte que lo considere necesario para defender sus derechos”, GONZÁLEZ ARROCHA, K., *El Principio del Kompetenz-kompetenz*, disponible en <http://www.panacamara.com/index10.html>.

No obstante lo dicho, existen casos aislados de leyes nacionales como la de *Ecuador*<sup>92</sup> que, a pesar de haberse adoptado recientemente, no contiene referencia alguna a este importante principio del arbitraje internacional. Lamentablemente, una laguna legal de esta naturaleza puede producir problemas en el futuro. En tales casos, ciertamente será la jurisprudencia formada por los tribunales nacionales la que tendrá un rol preponderante en el reconocimiento o negación de este principio.

### 3. ASISTENCIA Y COOPERACIÓN JUDICIAL EN LOS PROCESOS ARBITRALES<sup>93</sup>

El marco regulatorio nacional en la mayoría de los países de América Latina ha dado un giro favorable en cuanto al rol que le corresponde a los tribunales nacionales en relación al inicio y conducción de procesos arbitrales, al minimizar la intervención judicial y establecer que los tribunales están primeramente para asistir y colaborar en la tramitación de arbitrajes<sup>94</sup>, sin perjuicio de mantener su rol de control fundamentalmente ejercido a través de la revisión del laudo arbitral cuando ha sido impugnado por alguna de las partes, o en la admisión o negación del reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral internacional<sup>95</sup>.

Este principio de asistencia tiene también una doble dimensión perfectamente reconocible en la Ley Modelo. La primera es de contenido negativo, por la vía de prohibir la intervención judicial en aquellos asuntos que conforme a la ley deban someterse a arbitraje, salvo las excepciones contempladas por la ley, y la segunda de contenido positivo, por la vía de reconocer que los tribunales tienen el deber de colaborar en los procesos arbitrales en diversas materias tales como la designación y recusación de árbitros, la ejecución de medidas precautorias y la producción de pruebas, entre otras. A continuación, se analizarán ambos aspectos:

#### *a. La limitación de la intervención judicial en las cuestiones ventiladas en procesos arbitrales*

Artículo 5. Alcance de la intervención del tribunal. En los asuntos que se rijan por la presente Ley, no intervendrá ningún tribunal salvo en los casos en que esta Ley así lo disponga.

<sup>92</sup> En efecto, la ley ecuatoriana no contiene ninguna disposición en particular que reconozca el principio del *kompetenz-kompetenz* o la facultad de los árbitros para resolver acerca de su propia competencia.

<sup>93</sup> Véase para un particular análisis de este tema con relación a América Latina: GONZALO QUIROGA, M., Hacia la consolidación de una cultura arbitral en América Latina: la colaboración entre jueces y árbitros, *Revista de la Corte Española de Arbitraje XIV* (1999), 339-352.

<sup>94</sup> La aproximación de los tribunales de países latinoamericanos con relación a procesos arbitrales internacionales ha sido tradicionalmente considerada como negativa y poco familiar. La impresión de abogados y árbitros internacionales ha sido tradicionalmente la de considerar que los tribunales en América Latina gozaban de un poder omnipotente sobre los procesos arbitrales, transformándose muchas veces en el más serio obstáculo para la eficacia del arbitraje y para el reconocimiento de los principios modernos que lo inspiran. Como advierte un autor respecto de esta situación en América Latina: “Hace pocos años los miembros más destacados de la judicatura estatal veían en diferentes países el arbitraje como una competencia desleal en su actividad jurisdiccional. Existía en la práctica, una verdadera confrontación, de la que necesariamente salía perjudicado el arbitraje”. Véase, CREMADES, B., *Momento actual del Arbitraje Comercial Internacional en América Latina*, disponible en <http://www.colegioabogados.cl/revista/14/Articulo4.htm>.

Como se ha señalado, el “Artículo 5 formula un principio simple, pero muy importante. Su propósito fue obligar a los legisladores a establecer cualquier instancia en la cual el control por parte de los tribunales ha sido previsto, con el objeto de aumentar la certeza para las partes y los árbitros y extender la causa de la uniformidad”<sup>96</sup>. Se quiso así dejar sentado claramente en la ley la extensión de la intervención por parte de los tribunales y, junto con ello, se buscó también excluir cualquier poder residual que pudiese atribuirse los tribunales de justicia en virtud de otras leyes domésticas.

Aunque, como bien advierte un autor, la exclusión del Artículo 5 de la Ley Modelo está limitada a aquellas áreas efectivamente reguladas por dicha ley, expresa o implícitamente. Luego, no obsta a que los tribunales puedan intervenir o asistir en otras áreas no gobernadas por la Ley Modelo tales como la capacidad legal para suscribir un acuerdo arbitral, la inmunidad del Estado, la competencia del tribunal arbitral para adaptar o modificar los términos de un contrato, la ejecución por los tribunales de medidas precautorias, la fijación de gastos y depósitos y los plazos para la ejecución de los laudos arbitrales<sup>97</sup>.

A pesar de la importancia del principio que inspiró esta norma, en especial para los países de América Latina cuyas leyes sobre arbitraje generalmente prevén un poder omnipresente de parte de los tribunales, solo algunas legislaciones latinoamericanas reconocieron esta norma. Tal es el caso de las leyes de *Bolivia, Chile, Guatemala, Honduras, México, Paraguay, Perú* y de los proyectos legales de *Argentina y Uruguay*<sup>98</sup>. Otros países, en cambio, optaron por no reconocer esta dimensión del rol de tribunales vis-à-vis el arbitraje. Así ocurre en *Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Panamá y Venezuela*.

En este escenario, evidentemente existe un riesgo de que en los países en que se guardó silencio acerca de este principio los tribunales se atribuyan facultades no previstas en la Ley Modelo en materias que caen bajo su ámbito de aplicación, pero que las entiendan originadas en, o emanadas de, otros cuerpos legales. Ello dependerá en gran medida, y como en muchas otras cuestiones, de la actitud práctica de los tribunales tratándose del arbitraje internacional.

#### *b. La asistencia y colaboración de los tribunales en los procesos arbitrales*

No obstante que la intervención de los tribunales en asuntos sometidos a arbitraje ha quedado en efecto limitada en la Ley Modelo, dicho objetivo no se ha extremado al punto de rechazar la intervención judicial en términos absolutos. Por el contrario, la experiencia ha permitido comprobar que la asistencia de los tribunales no solo resulta indispensable sino incluso recomendable para facilitar la tramitación del

<sup>95</sup> Véase *infra* sección 4, “Mecanismos para atacar un laudo arbitral”.

<sup>96</sup> HOLTZMAN, H. y NEUHAUS, J., [A Guide to the UNCITRAL Model], *supra* nota 34, p. 216.

<sup>97</sup> DORE, I., *The Uncitral Framework for Arbitration in Contemporary Perspective*, Martines Nijhoff, 1993, p. 104.

<sup>98</sup> Véase, *Bolivia*: Artículo 9 I. de la Ley N° 1770. *Chile*: Artículo 5 del Proyecto. *Guatemala*: Artículo 8 del Decreto Ley N° 67-95. *Honduras*: Artículo 36 N° 1 Decreto Ley N° 161-95. *México*: Artículo 1421 del Código de Comercio. *Paraguay*: Artículo 8 de la Ley N° 1879. *Perú*: Artículo 4 de la Ley N° 26572. Véase también los proyectos legales en trámite, *Argentina*: Artículo 5 N° 1 del Proyecto. *Uruguay*: Artículo 5 del Proyecto.

proceso arbitral y, por lo mismo, la Ley Modelo no ha excluido a los tribunales de toda intervención<sup>99</sup>.

Tradicionalmente se ha reconocido que mientras el árbitro está fundamentalmente investido de facultades de *jurisdictio*, esto es, de conocer y decidir acerca de la cuestión que las partes someten a su decisión, las facultades de *imperium*, o de hacer ejecutar lo resuelto o juzgado siguen radicadas en los tribunales de justicia<sup>100</sup>, a quienes por mandato legal se las ha conferido dicha potestad a título exclusivo<sup>101</sup>. De lo anterior se sigue que necesariamente cuando se trata de ejecutar medidas que requieren el auxilio de la fuerza pública deberá contarse con la colaboración de los tribunales para tales efectos, como ocurre cuando se pretende ejecutar medidas precautorias o hacer efectiva una medida de apremio sobre un testigo rebelde. Pero no solo en aquellos casos resulta necesaria la asistencia judicial, sino también cuando es indispensable con miras a agilizar el proceso arbitral y en especial para evitar llegar a una situación que paralice dicho proceso en cuestiones tales como el nombramiento y la recusación de los árbitros.

Por las razones antedichas, el principio de colaboración de los tribunales está claramente reconocido en la Ley Modelo y, siguiendo dicha Ley, en la mayoría de las nuevas leyes sobre arbitraje de los países latinoamericanos. Estas disposiciones promueven la asistencia judicial en los procesos arbitrales en materias relativas a la designación y recusación de árbitros, la adopción y especialmente ejecución de medidas precautorias, y la producción de pruebas, entre otras<sup>102</sup>, según veremos a continuación.

#### (i) Nombramiento de los árbitros

*Artículo 11. Nombramiento de los árbitros. 1) Salvo acuerdo en contrario de las partes, la nacionalidad de una persona no será obstáculo para que esa persona actúe como árbitro. 2) Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos 4) y 5) del presente artículo, las partes podrán acordar libremente el procedimiento para el nombramiento del árbitro o los árbitros. 3) A falta de tal acuerdo, a) en el arbitraje con tres árbitros, cada parte nombrará un árbitro y los dos árbitros así designados nombrarán al tercero; si una parte no nombra al árbitro dentro de los treinta días del recibo de un requerimiento de la otra parte para que lo haga, o si los dos árbitros no consiguen ponerse de acuerdo sobre el tercer árbitro dentro de los treinta días contados desde su nombramiento, la designación será hecha, a petición de una de las*

<sup>99</sup> En efecto, la intervención de los tribunales es deseable para alcanzar los objetivos del arbitraje internacional. Se ha sostenido que “las cortes pueden ser de mucha ayuda para los árbitros y para las partes sometidas a arbitraje, al “interferir” cuando dicha intervención es animada por el deseo de proveer de una base confiable para el inicio del arbitraje y del proceso arbitral [...]. Las cortes deberían ser llamadas a intervenir de una manera oportuna antes que ser culpadas de ser poco confiables para el arbitraje”. Véase, SCHLOSSER, P., *The Competence of Arbitrators and of Courts*, *Arb. Int'l* 8 N° 2 (1992), p. 191.

<sup>100</sup> Para mayor información acerca de la distinción referida y de las limitaciones del árbitro respecto de las facultades de imperio, véase DERAIS, Y., *State Courts and Arbitrators, Arbitration in the next decade, ICC Supplement* (1999), p. 27.

<sup>101</sup> Más adelante veremos que ello ha dejado de ser tan cierto en algunas leyes de arbitraje de países latinoamericanos como *Colombia* y *Ecuador*. Véase *infra* sección b, “*La asistencia y colaboración de los tribunales en los procesos arbitrales*”.

<sup>102</sup> Para el análisis particular del rol de los tribunales en el control de los laudos arbitrales, a la luz de la Ley Modelo, véase *infra* sección 4 “*Mecanismos para atacar un laudo arbitral*”.

*partes, por el tribunal u otra autoridad competente conforme al artículo 6; b) en el arbitraje con árbitro único, si las partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre la designación del árbitro, este será nombrado, a petición de cualquiera de las partes, por el tribunal u otra autoridad competente conforme al artículo 6. 4) Cuando en un procedimiento de nombramiento convenido por las partes, a) una parte no actúe conforme a lo estipulado en dicho procedimiento, o b) las partes, o dos árbitros, no puedan llegar a acuerdo conforme al mencionado procedimiento, o c) un tercero, incluida una institución, no cumpla una función que se le confiara en dicho procedimiento, cualquiera de las partes podrá solicitar al tribunal u otra autoridad competente conforme al artículo 6 que adopte la medida necesaria, a menos que en el acuerdo sobre el procedimiento de nombramiento se prevean otros medios para conseguirlo. 5) Toda decisión sobre las cuestiones encomendadas en los párrafos 3) ó 4) del presente artículo al tribunal u otra autoridad competente conforme al artículo 6 será inapelable. Al nombrar un árbitro, el tribunal u otra autoridad tendrá debidamente en cuenta las condiciones requeridas para un árbitro por el acuerdo entre las partes y tomará las medidas necesarias para garantizar el nombramiento de un árbitro independiente e imparcial. En el caso de árbitro único o del tercer árbitro, tendrá en cuenta asimismo la conveniencia de nombrar un árbitro de nacionalidad distinta a la de las partes.*

Las nuevas leyes sobre arbitraje han seguido la tendencia mundial de dejar una amplia libertad a las partes para designar a los árbitros, y de reducir en lo posible el ámbito de intervención de los tribunales en dicha designación, porque se parte del supuesto que el derecho de una parte a participar activamente en la constitución del Tribunal Arbitral reviste la mayor importancia. Con todo, la intervención judicial se reconoce en forma subsidiaria cuando no ha mediado acuerdo de las partes en cuanto al procedimiento para nombrar los árbitros, y a falta de dicho acuerdo, cuando alguna de las partes no ha nombrado a un coárbitro o no ha mediado acuerdo de las partes o de los árbitros en su caso –si se trata de un tribunal arbitral colegiado– en cuanto a la persona del tercer árbitro, de conformidad con el procedimiento establecido en la propia Ley Modelo. En tales casos, por regla general, los tribunales son llamados a intervenir en el referido nombramiento.

Sin perjuicio de ello, en algunos casos se ha confiado el rol subsidiario de asistencia en el nombramiento de los árbitros a otras autoridades distintas de los tribunales ordinarios de justicia, lo cual también ha sido previsto por la Ley Modelo. En particular, se ha dado un rol preponderante en estas cuestiones a las instituciones o centros domésticos encargados de administrar arbitrajes.

En consecuencia, los principios básicos reconocibles en las nuevas leyes son los mismos establecidos en la Ley Modelo, a saber:

- a. Las partes son libres para acordar la persona de los árbitros, el número de árbitros, como asimismo el procedimiento para su nombramiento;
- b. A falta de acuerdo de las partes en cuanto al procedimiento a seguir para el nombramiento de los árbitros, y – tratándose de un tribunal arbitral compuesto por tres árbitros– siempre que una parte no pueda nombrar a un coárbitro o bien las partes o los árbitros designados por estas, no puedan acordar el nombramiento

del tercer árbitro, se prevé la intervención de los tribunales de justicia o de otra autoridad competente –que generalmente recae en los centros encargados de administrar arbitrajes– para dicho nombramiento, con el exclusivo objeto de evitar que se produzca una situación que impida la constitución del tribunal arbitral. Así pues, en el caso de *Bolivia, Brasil, Chile, Costa Rica, Guatemala, México, Paraguay, Perú y Venezuela*<sup>103</sup> y en los proyectos legales de *Argentina y Uruguay*<sup>104</sup>, se reconoce el rol subsidiario de los tribunales ordinarios de justicia en el nombramiento de árbitros, mientras que en *Colombia, Ecuador, Honduras y Panamá*<sup>105</sup> se confía dicha función a instituciones arbitrales domésticas en lugar de los tribunales; y, c. Finalmente, no se establece exigencia alguna en cuanto a que el árbitro, para desempeñarse como tal, deba tener una determinada nacionalidad<sup>106</sup>, logrando así que en presencia de un arbitraje internacional la composición del tribunal pueda efectivamente ser de carácter internacional. Este principio se reconoce sea expresamente, al establecer que la nacionalidad de una persona no será obstáculo para que esta actúe como árbitro –siguiendo así la letra de la Ley Modelo–, o sea implícitamente, al no enunciar entre los requisitos que debe reunir el árbitro el que posea una nacionalidad precisa. Tal es el caso de las legislaciones en *Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica* –con un cierto alcance–, *Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú y Venezuela*<sup>107</sup>, y de los proyectos de *Argentina y Uruguay*<sup>108</sup>.

<sup>103</sup> Véase, *Bolivia*: Artículo 17 y artículo 22 de la Ley N° 1770 que mencionan las circunstancias particulares en cuya virtud un tribunal puede intervenir en el nombramiento de árbitros. *Brasil*: Artículo 13 de la Ley N° 9307. *Chile*: Artículo 11 N° 3 de la Ley N° 19.971. *Costa Rica*: Artículos 26 a 29 del Decreto N° 7727. *Guatemala*: Artículo 13 del Decreto Ley N° 67. *México*: Artículo 1426 y 1427 del Código de Comercio. *Paraguay*: Artículo 13 de la Ley N° 1879. *Perú*: Artículos 20 y 21 de la Ley N° 26572. *Venezuela*: Artículo 17 de la Ley de Arbitraje Comercial.

<sup>104</sup> Véase, *Argentina*: Artículo 11 N° 3 del Proyecto. *Uruguay*: Artículo 11 N° 3 del Proyecto.

<sup>105</sup> Véase, *Colombia*: Artículo 129 del Decreto N° 1818. Curiosamente, no hay referencia alguna al caso en que las partes no llegan a acuerdo en cuanto a la designación del árbitro en un arbitraje *ad hoc*, en que no existe por la naturaleza del arbitraje una institución arbitral que supervise el proceso. *Ecuador*: Artículos 16 y 17 de la Ley bajo Registro Oficial N° 145. *Honduras*: Artículo 45 del Decreto Ley N° 161-2000. *Panamá*: Artículo 14 y 15 del Decreto Ley N° 5.

<sup>106</sup> Este principio aparecía ya enunciado en el Artículo 2 de la Convención de Panamá. Sin perjuicio de ello, hasta hace poco existían varias legislaciones –y, de hecho, todavía existen algunos casos aislados– de países latinoamericanos miembros de dicha convención que establecen requisitos sobre la persona del árbitro que pugnan abiertamente contra este principio.

<sup>107</sup> Véase, *Bolivia*: Artículo 14 de la Ley N° 1770 que establece los requisitos para desempeñarse como árbitro sin establecer el que deba poseerse una determinada nacionalidad y, en especial, con relación al arbitraje internacional, el artículo 78 que establece que la nacionalidad no constituirá impedimento para la designación de árbitros. *Brasil*: Artículo 13 de la Ley N° 9307 que establece los requisitos para ser árbitro y no menciona entre ellos el de una determinada nacionalidad. En el mismo sentido, véase BOSCO, J., *Int'l Arb. in Latin America*, *supra* nota 2, p. 75. *Chile*: Artículo 11 N° 1 de la Ley N° 19.971 que, siguiendo a la Ley Modelo, eliminó el requisito relativo a la nacionalidad, lo cual constituye una innovación absoluta en Chile. En efecto, refiriéndose a la situación pasada, se había advertido que “los árbitros actuando en Chile deben ser abogados admitidos en Chile, lo cual actúa como factor de desincentivo para el desarrollo de Chile como centro de arbitraje internacional. La nacionalidad chilena es requerida para ser abogado en Chile”, JORQUIERA, C. y HELMLINGER, K., *Chile, Int'l Arb. in Latin America*, *supra* nota 3, p. 99. Véase, en el mismo sentido, CONEJERO ROOS, C., *supra* nota 43, p. 156. *Colombia*: Inicialmente el artículo 8 exigía el requisito de nacionalidad colombiana para ciertos arbitrajes. Con todo, la ley 446 de 1998 derogó

*(ii) Recusación de los árbitros*

*Artículo 12. Motivos de recusación* 1) *La persona a quien se comuniquen su posible nombramiento como árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. El árbitro, desde el momento de su nombramiento y durante todas las actuaciones arbitrales, revelará sin demora tales circunstancias a las partes, a menos que ya les haya informado de ellas.* 2) *Un árbitro solo podrá ser recusado si existen circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia, o si no posee las calificaciones convenidas por las partes. Una parte solo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido conocimiento después de efectuada la designación.*

*Artículo 13. Procedimiento de recusación* 1) *Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 3) del presente artículo, las partes podrán acordar libremente el procedimiento de recusación de los árbitros.* 2) *A falta de tal acuerdo, la parte que desee recusar a un árbitro enviará al tribunal arbitral, dentro de los quince días siguientes a aquel en que tenga conocimiento de la constitución del tribunal arbitral o de cualquiera de las circunstancias mencionadas en el párrafo 2) del artículo 12, un escrito en el que exponga los motivos para la recusación. A menos que el árbitro recusado renuncie a su cargo o que la otra parte acepte la recusación, corresponderá al tribunal arbitral decidir sobre esta.* 3) *Si no prosperase la recusación incoada con arreglo al procedimiento acordado por las partes o en los términos del párrafo 2) del presente artículo, la parte recusante podrá pedir, dentro de los*

---

dicha disposición y, en consecuencia, hoy se entiende que para cualquier arbitraje con sede en Colombia, sea nacional o internacional, los extranjeros pueden ser árbitros. *Costa Rica:* Artículo 25 que no impone requisitos de nacionalidad. Excepcionalmente, el artículo 25 inciso segundo establece que, tratándose de arbitrajes de derecho, los árbitros deberán ser siempre abogados y tener como mínimo cinco años de incorporados al Colegio de Abogados de dicho país. *Ecuador:* Artículo 19 inciso primero de la Ley bajo Registro Oficial N° 145 tampoco impone requisitos de nacionalidad. *Guatemala:* Artículo 14 N° 2 del Decreto Ley N° 67 siguiendo a la Ley Modelo, expresamente dispone que, salvo acuerdo de las partes, la nacionalidad de una persona no obstará a su designación como árbitro. *Honduras:* Artículo 43 del Decreto Ley N° 161-2000 no impone condiciones relativas a la nacionalidad. *México:* Artículo 1427 N° I del Código de Comercio también adopta la fórmula expresa de la Ley Modelo. *Panamá:* Artículo 13 del Decreto Ley N° 5 no impone requisito alguno de nacionalidad. *Paraguay:* Artículo 13 a) de la Ley N° 1879 sigue literalmente la Ley Modelo. *Perú:* Artículo 25 párrafo tercero de la Ley N° 26572 establece expresamente que el nombramiento de árbitros, sea de equidad o derecho, puede recaer en nacionales o extranjeros. *Venezuela:* No hay requisitos de nacionalidad impuestos sobre los árbitros en la Ley de Arbitraje Comercial.

<sup>108</sup> Véase, *Argentina:* Artículo 11 N° 1 del Proyecto que adopta la Ley Modelo. Cabe destacar que bajo el régimen legal aún vigente, la jurisprudencia argentina llegó a la misma conclusión de que, tratándose de arbitrajes internacionales con sede en Argentina, no se requería que el árbitro fuese de nacionalidad argentina. En efecto, como sostiene un autor “el artículo 743 del código Nacional de Procedimiento Civil y Comercial establece que los árbitros en Buenos Aires deben ser mayores de edad (21 años) y gozar del pleno ejercicio de sus derechos civiles. No hay otras calificaciones impuestas por la ley. La Corte de Apelaciones de Buenos Aires resolvió en el caso *Bridas* que los extranjeros podían ser nombrados como árbitros en procesos llevados en Argentina, incluso en el contexto de arbitrajes enteramente domésticos. Se sigue así que extranjeros también pueden ser nombrados como árbitros en procesos internacionales”, SPINILLO, A., *Argentina*, INT’L ARB. IN LATIN AMERICA], *supra* nota 3, p. 37. *Uruguay:* Artículo 11 N° 1 del Proyecto que también sigue la Ley Modelo.

*treinta días siguientes al recibo de la notificación de la decisión por la que se rechaza la recusación, al tribunal u otra autoridad competente conforme al artículo 6, que decida sobre la procedencia de la recusación, decisión que será inapelable; mientras esa petición esté pendiente, el tribunal arbitral, incluso el árbitro recusado, podrán proseguir las actuaciones arbitrales y dictar un laudo.*

Tratándose de la recusación de los árbitros, la intervención de los tribunales también se reconoce en la mayoría de los países en cuanto se les confía el rol de decidir en forma inapelable acerca de la procedencia de tales recusaciones, a petición de la parte recusante, si no prosperasen conforme al procedimiento fijado por las partes o si han sido rechazadas por el propio tribunal arbitral. Con algunas particularidades propias en ciertos casos, se podría sostener que tal es el régimen imperante en *Bolivia, Chile, Colombia, Guatemala, Honduras, México, Paraguay, Perú y Venezuela*<sup>109</sup> y en los proyectos en trámite de *Argentina y Uruguay*<sup>110</sup>.

Otros países latinoamericanos, en cambio, han otorgado competencia para resolver las cuestiones relativas a recusaciones a los propios árbitros y en subsidio a instituciones arbitrales, evitando así cualquier intervención judicial a este respecto, como ocurre en *Brasil, Costa Rica, Ecuador y Panamá*<sup>111</sup>. Esta posibilidad también está reconocida en la Ley Modelo cuando establece que las recusaciones podrán ser resueltas por un tribunal “*u otra autoridad competente*”.

En otro orden de cosas, debe también destacarse el hecho que la mayoría de las leyes nacionales han seguido a la Ley Modelo en cuanto al establecimiento de una causal genérica de recusación, a saber, que existan circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de la imparcialidad o independencia del árbitro, o que este no posea las

<sup>109</sup> Véase, *Bolivia*: Artículo 29 de la Ley N° 1770. *Chile*: Artículo 13 N° 3 del Proyecto. *Colombia*: Artículos 135 y 136 del Decreto N° 1818 que reconocen la intervención judicial solo en los siguientes casos: (i) para decidir la recusación de un árbitro único, (ii) en el caso de un tribunal arbitral colegiado, si habiendo un miembro recusado existe empate entre los miembros restantes en cuanto a acoger o desechar la recusación, o bien, si la mayoría del tribunal se encuentra recusado. Salvo dichos casos, son los propios árbitros los llamados a decidir sobre estas cuestiones conforme al artículo 134 de la referida ley. *Guatemala*: Artículo 17 del Decreto N° 67-95 que establece un sistema híbrido similar al colombiano pues sigue la Ley Modelo solamente en cuanto reconoce la intervención de los tribunales en las recusaciones de un solo árbitro. *Honduras*: Al igual que la ley guatemalteca, el Artículo 50 del Decreto Ley N° 161-2000 reconoce la intervención judicial para decidir en el caso de recusación de un árbitro único. *México*: Artículo 1429 del Código de Comercio que sigue fielmente la Ley Modelo, al establecer la competencia del tribunal arbitral para resolver las recusaciones y a la vez reconocer la intervención judicial como último remedio a petición de la parte recusante, en caso que la recusación sea desechada por el Tribunal Arbitral. *Paraguay*: Artículo 15 de la Ley N° 1879 que sigue la Ley Modelo. *Perú*: Artículo 31 de la Ley N° 26572 que reconoce la intervención judicial solo en caso de recusación en contra de un árbitro único, dejando al tribunal arbitral la competencia para resolver cualquier otra clase de recusación. *Venezuela*: Artículo 38 de la Ley de Arbitraje Comercial que reconoce la intervención judicial en caso de recusación en contra de un árbitro único, o bien en caso que tratándose de un tribunal arbitral colegiado, exista empate entre los miembros no recusados.

<sup>110</sup> Véase, *Argentina*: Artículo 13 N° 2 del Proyecto. *Uruguay*: Artículo 13 N° 3 del Proyecto.

<sup>111</sup> Véase, *Brasil*: Artículo 15 de la Ley N° 9307. *Costa Rica*: Artículo 34 del Decreto N° 7727. *Ecuador*: Artículo 21 de la Ley bajo el Registro Oficial N° 145. *Panamá*: Artículo 16 del Decreto Ley N° 5.

calificaciones convenidas por las partes<sup>112</sup>. Tal es también el caso de los proyectos de *Argentina* y *Uruguay*<sup>113</sup>.

Con todo, es importante notar que en la mayoría de las legislaciones se ha homologado la causal de falta de imparcialidad o independencia a las causales de recusación y/o inhibición que, bajo el derecho interno, son aplicables a los jueces del respectivo país<sup>114</sup>. Esta solución podría verse como un paso atrás en cuanto a la posibilidad de dotar de mayor flexibilidad y latitud al proceso de análisis acerca de la recusación promovida en contra de los árbitros, pero usualmente se justifica señalando que con ello se logra dar mayor certeza en cuanto al ámbito preciso de aplicación del motivo de recusación de que se trate, lo cual serviría también para limitar la discrecionalidad judicial en el pronunciamiento de estas cuestiones.

No obstante la tendencia anterior, otras leyes como las de *Guatemala*, *México*, *Paraguay* y *Perú* así como los proyectos de *Argentina* y *Chile* siguieron fielmente la Ley Modelo y no asimilaron la falta de imparcialidad o independencia a las causales de recusación internas aplicables a los jueces. Por lo mismo, la solución acerca de que se entenderá por falta de imparcialidad o independencia de los árbitros y su ámbito de extensión, quedará en estos países en manos de los jueces o centros arbitrales, en su caso<sup>115</sup>.

---

<sup>112</sup> Véase, *Bolivia*: Artículo 26 de la Ley N° 1770. *Brasil*: Artículo 14 de la Ley N° 9307. *Chile*: Artículo 12 N° 2 del Proyecto. *Colombia*: Artículo 130 del Decreto N° 1818, aunque no hay referencia alguna a la falta de calificaciones del árbitro como una causal de recusación. *Costa Rica*: Artículo 31 del Decreto N° 7727, aunque se aleja de la Ley Modelo en el mismo sentido que la ley colombiana. *Ecuador*: Artículos 19 y 21 de la Ley bajo Registro Oficial N° 145, aunque tampoco menciona la falta de calificaciones como causal de recusación. *Guatemala*: Artículo 16 del Decreto Ley N° 67. *Honduras*: Artículo 49 del Decreto Ley N° 161-2000. *México*: Artículo 1428 del Código de Comercio. *Panamá*: Artículo 16 del Decreto Ley N° 5, aunque tampoco hay referencia a la falta de calificaciones. *Paraguay*: Artículo 14 de la Ley N° 1879. *Perú*: Artículo 28 de la Ley N° 26572. *Venezuela*: Artículo 35 de la Ley de Arbitraje Comercial, pese a que no hay referencia a la falta de calificaciones del árbitro.

<sup>113</sup> Véase, *Argentina*: Artículo 12 N° 2 del Proyecto. *Uruguay*: Artículo 12 N° 2 del Proyecto.

<sup>114</sup> Véase, *Bolivia*: Artículo 26 N° 1 de la Ley N° 1770. *Brasil*: Artículo 14 párrafo primero de la Ley N° 9307. *Colombia*: Artículo 130 del Decreto N° 1818. *Costa Rica*: Artículo 31 del Decreto N° 7727. *Ecuador*: Artículo 21 de la Ley bajo Registro Oficial N° 145. *Honduras*: Artículo 49 del Decreto Ley N° 161-2000. *Panamá*: Artículo 16 párrafo tercero del Decreto Ley N° 5. *Venezuela*: Artículo 35 de la Ley de Arbitraje Comercial. Esta solución es lamentable, en nuestra opinión, porque las causales de recusación aplicables a los jueces y que rigen también para los árbitros muchas veces o bien reflejan situaciones que no importan necesariamente un conflicto de interés que, en materia de arbitraje internacional, sea relevante, o bien omiten posibles situaciones de conflicto de interés que sí podrían ser importantes para definir la falta de imparcialidad o independencia de un árbitro.

<sup>115</sup> Por último, también conviene destacar la influencia de la Ley Modelo en cuanto al deber del árbitro de “revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia”, contenida en la amplia mayoría de las leyes latinoamericanas, lo cual agrega un control *ex ante* de la independencia e imparcialidad del árbitro. Véase al respecto, *Bolivia*: Artículo 25 de la Ley N° 1770. *Brasil*: Artículo 14 de la Ley N° 9307. *Colombia*: Artículo 133 del Decreto N° 1818. *Costa Rica*: Artículo 31 párrafo segundo del Decreto N° 7727. *Guatemala*: Artículo 16 sección primera del Decreto Ley N° 67. *México*: Artículo 1428 párrafo primero del Código de Comercio. *Panamá*: Artículo 16 párrafo primero del Decreto Ley N° 5. *Paraguay*: Artículo 14 párrafo primero de la Ley N° 1879. *Perú*: Artículo 29 párrafo primero de la Ley N° 26572. *Venezuela*: Artículo 36 párrafo primero de la Ley sobre Arbitraje Comercial. Asimismo, tratándose de proyectos legales, véase, *Argentina*: Artículo 12 N° 1 del Proyecto. *Chile*: Artículo 12 N° 1 del Proyecto.

En síntesis, a pesar de las particularidades propias de cada ley, es indudable el impacto de la Ley Modelo desde que es posible reconocer ciertos rasgos comunes en todas las nuevas leyes latinoamericanas inspiradas en ella, a saber : una mayor libertad de las partes para regular los procedimientos de recusación; mayores facultades de los árbitros para resolver, en primer término y salvo casos especiales, acerca de las recusaciones promovidas por las partes; y el reconocimiento del rol de los tribunales o bien de las instituciones arbitrales en el control de los procesos de recusación, generalmente como último resorte para la resolución de estas cuestiones.

*(iii) Adopción de medidas precautorias*

*Artículo 17. Facultad del tribunal arbitral de ordenar medidas provisionales cautelares. Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a petición de una de ellas, ordenar a cualquiera de las partes que adopte las medidas provisionales cautelares que el tribunal arbitral estime necesarias respecto del objeto del litigio. El tribunal arbitral podrá exigir de cualquiera de las partes una garantía apropiada en conexión con esas medidas.*

El poder para decretar y ejecutar medidas precautorias o compulsivas estaba tradicionalmente restringido a los tribunales de justicia. Los árbitros, por el contrario, no estaban autorizados para disponer tales medidas ni menos aún para ordenar su ejecución, por medio del auxilio de la fuerza pública. En consecuencia, la intervención de los tribunales en el marco de un proceso arbitral era siempre necesario si se trataba de llevar adelante cualquiera de estas resoluciones<sup>116</sup>. La Ley Modelo cambió este escenario al autorizar al tribunal arbitral, salvo acuerdo en contrario de las partes, a ordenar medidas precautorias a petición de parte y a exigir, según el caso, una garantía apropiada con relación a tales medidas. En América Latina, los países que han adoptado recientemente leyes sobre arbitraje han seguido distintas posiciones al respecto aunque podría sostenerse que la amplia mayoría ha adoptado fielmente la Ley Modelo.

Así, hay países que han mantenido la aproximación tradicional de reconocer únicamente el poder de los tribunales para decretar medidas cautelares, negando cualquier autoridad de los árbitros sobre esta materia. Tal es el caso de *Brasil y Costa Rica*<sup>117</sup>. Creemos que lamentablemente esta posición aumenta el riesgo de judicialización de los procesos arbitrales, lo cual se aparta del sentido y propósito de la Ley Modelo de reducir la intervención judicial y agilizar el proceso arbitral al dotar de esta importante herramienta a los propios árbitros.

<sup>116</sup> El fundamento de la intervención de los tribunales se encontraba tradicionalmente en la ausencia de potestades del árbitro para hacer ejecutar o cumplir lo que se dispusiera en este sentido. Véase DERAÏNS, Y., *State Courts and Arbitrators*, supra nota 92, p. 27. Véase también MARZORATI, O., *Enforcement of Arbitration Agreement in Latin America: Argentina, Enforcement of Arbitration Agreements in Latin America, IBA Conference (1999)*, p. 16. (“Tradicionalmente se pensó que, dado que los árbitros no tenían imperio para hacer ejecutar sus decisiones, ellos debían estar inhabilitados para dictar medidas destinadas a ser compulsivamente impuestas sobre las partes mientras el proceso arbitral estaba en trámite. Esta línea de pensamiento representaba un paso atrás para el arbitraje, pues las partes interesadas en hacer cumplir un contrato, anticipando la necesidad de medidas precautorias, preferirían tener a un tribunal encargado de la disputa”).

<sup>117</sup> Véase, *Brasil*: Artículo 22 §4 de la Ley N° 9307. *Costa Rica*: Artículo 52 del Decreto N° 7727.

Una gran mayoría, sin embargo, ha adoptado los principios establecidos en la Ley Modelo y, en consecuencia, ha reconocido que los árbitros tienen el poder para ordenar medidas cautelares y para requerir garantías con relación a ellas como puede constatarse en las leyes de *Bolivia, Chile, Guatemala, México, Panamá, Paraguay, Perú y Venezuela*<sup>118</sup>, así como en los proyectos de ley de *Argentina y Uruguay*<sup>119</sup>. En estos casos, la colaboración de los tribunales se limita únicamente a la ejecución de tales medidas.

Con todo, algunos países se han apartado de la Ley Modelo, tomando una posición más liberal, al autorizar al tribunal arbitral no solo para que decrete tales medidas cautelares, sino para que también ordene directamente su ejecución mediante el auxilio de la fuerza pública, sin necesidad de recurrir para ello a los tribunales. Así ocurre en *Colombia y Ecuador*—en este último caso solo si las partes así lo han acordado—<sup>120</sup>.

Finalmente, debe destacarse que el principio de que el Tribunal Arbitral puede decretar medidas precautorias es plenamente consistente con el principio también recogido en la Ley Modelo y seguido en la mayoría de las leyes latinoamericanas de que la solicitud, por alguna de las partes, de una medida precautoria que se formule ante los tribunales ordinarios, especialmente antes de la constitución del Tribunal Arbitral, no puede interpretarse como una renuncia al arbitraje<sup>121</sup>. Tal es el caso de *Bolivia, Chile, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay y Perú*<sup>122</sup>, así como de los proyectos de ley de *Argentina y Uruguay*<sup>123</sup>.

#### (iv) Producción de pruebas

*Artículo 27. Asistencia de los tribunales para la práctica de pruebas. El tribunal arbitral o cualquiera de las partes con la aprobación del tribunal arbitral podrá pedir la asistencia de un tribunal competente de este Estado para la práctica de pruebas. El tribunal podrá atender dicha solicitud dentro del ámbito de su competencia y de conformidad con las normas que le sean aplicables sobre medios de prueba.*

<sup>118</sup> Véase, *Bolivia*: Artículo 13 IV. de la Ley N° 1770. *Chile*: Artículo 9 de la Ley N° 19.971. *Guatemala*: Artículo 22 del Decreto Ley N° 67-95. *México*: Artículo 1433 del Código de Comercio. *Panamá*: Artículo 24 párrafo final del Decreto Ley N° 5. *Paraguay*: Artículo 20 de la Ley N° 1879. *Perú*: Artículo 81 de la Ley N° 26572. *Venezuela*: Artículo 26 de la Ley de Arbitraje Comercial.

<sup>119</sup> Véase, *Argentina*: Artículo 17 del Proyecto, aunque varía de la Ley Modelo en el sentido de permitir a los tribunales el examen de las medidas desde un punto de vista de admisibilidad procesal, y de eventualmente negarlas si contrarían el orden público internacional. *Uruguay*: Artículo 17 del Proyecto.

<sup>120</sup> Véase, *Colombia*: Artículo 152 del Decreto N° 1818 establece una completa regulación de la materia, reconociendo la facultad de imperio del tribunal arbitral. Véase en este sentido, MANTILLA-SERRANO, F., *Colombia, [Int'l Arb. in Latin America], supra* nota 3, p. 122. (El autor sostiene que “la ley colombiana va incluso más lejos pues da a los árbitros una clase de imperio: el tribunal no necesita de asistencia del juez para ejecutar las medidas ordenadas, y puede solicitar el auxilio de la fuerza pública en la ejecución de tales medidas”). *Ecuador*: Artículo 9 párrafo final de la Ley bajo Registro Oficial N° 145. Véase también, SALAZAR CORDERO, R., *Ecuador, [Int'l Arb. in Latin America], supra* nota 3, p. 139.

<sup>121</sup> Véase, Artículo 9 de la Ley Modelo.

<sup>122</sup> Véase, *Bolivia*: Artículo 35 de la Ley N° 1770. *Chile*: Artículo 9 de la Ley N° 19.971. *Costa Rica*: Artículo 52 del Decreto N° 7727. *Ecuador*: Artículo 9 inciso final de la Ley bajo Registro Oficial N° 145. *Guatemala*: Artículo 12 del Decreto Ley N° 67-95. *México*: Artículo 1425 del Código de Comercio. *Panamá*: Artículo 11 párrafo final del Decreto Ley N° 5. *Paraguay*: Artículo 20 inciso final de la Ley N° 1879. *Perú*: Artículo 100 de la Ley N° 26572.

<sup>123</sup> Véase, *Argentina*: Artículo 17 N° 3 y 4 del Proyecto. *Uruguay*: Artículo 9 del Proyecto.

Otro de los rasgos comunes en las nuevas leyes sobre arbitraje está dado por la asistencia que los tribunales deben prestar al tribunal arbitral con relación a la producción de pruebas atinentes al proceso arbitral. En efecto, hoy los tribunales aparecen con un claro rol de cooperación al proceso arbitral y a las partes envueltas en dicho proceso e interesadas en producir prueba con relación a él<sup>124</sup>.

Algunas leyes nacionales han ido incluso más lejos, al dar a los árbitros las mismas facultades y deberes de los cuales está investido un juez con relación a la producción de pruebas durante el proceso arbitral, revelando una asimilación del árbitro al juez nacional que no parece siempre aconsejable. Así, el tribunal arbitral tiene *imperium* para ordenar la producción de pruebas en los mismos términos que un tribunal ordinario de justicia. Tal es, en particular, el caso de *Colombia*<sup>125</sup>, que contiene probablemente la legislación más liberal en lo que respecta a las facultades del tribunal arbitral<sup>126</sup>.

#### 4. MECANISMOS PARA ATACAR UN LAUDO ARBITRAL

La Ley Modelo estableció las mismas causales establecidas en el Artículo V de la Convención de Nueva York tanto para anular un laudo dictado en el país que sirve de sede arbitral como para denegar el reconocimiento y/o ejecución de un laudo arbitral internacional. Se cumplió así con el objetivo básico de uniformar los mecanismos existentes para atacar un laudo arbitral, sea que ello se pretenda en el lugar de sede del arbitraje o en otro lugar distinto en el cual se ha solicitado el reconocimiento y ejecución del laudo.

En el primer caso, cuando se busca atacar un laudo obtenido en la sede arbitral ante la autoridad judicial competente de dicha sede, e independientemente de que el arbitraje sea de carácter nacional o internacional, se habla de “anulación” o “impugnación” del laudo. En el segundo caso, en cambio, cuando se busca resistir el reconocimiento y/o ejecución de un laudo arbitral “internacional” e independientemente de que

<sup>124</sup> Véase, *Bolivia*: Artículo 36 de la Ley N° 1770. *Brasil*: Artículo 22 de la Ley N° 9307 en particular refiriéndose a la situación de testigos ausentes al proceso arbitral, respecto de los cuales el tribunal arbitral requiere su deposición, en cuyo caso puede solicitar a los tribunales que compelan al testigo rebelde. *Chile*: Artículo 27 de la Ley N° 19.971. *Guatemala*: Artículo 34 y 35 del Decreto Ley N° 67-95. *Honduras*: Artículo 64 del Decreto Ley N° 161-2000. *México*: Artículo 1444 del Código de Comercio. *Panamá*: Artículo 24 del Decreto Ley N° 5. *Paraguay*: Artículo 31 de la Ley N° 1879. *Perú*: Artículo 116 de la Ley N° 26572. *Venezuela*: Artículo 28 de la Ley sobre Arbitraje Comercial. Véase también los proyectos legales de: *Argentina*: Artículo 27 del Proyecto. *Uruguay*: Artículo 27 del Proyecto.

<sup>125</sup> Véase, *Colombia*: Artículo 151 del Decreto N° 1818 dispone expresamente que el tribunal arbitral tendrá, respecto de las pruebas, las mismas obligaciones y facultades que se señalan al juez en el Código de Procedimiento Civil.

<sup>126</sup> En todo caso, conviene destacar que esta asimilación del árbitro al juez estatal que hace la ley colombiana no ha resultado del todo afortunada. Al tener el mismo estatus que los jueces, los árbitros han quedado expuestos también a las mismas responsabilidades. Como se mencionó en una reciente conferencia sobre el tema, en la práctica, ello se ha traducido en la admisión, por parte de los tribunales colombianos, de acciones de carácter criminal en contra de los árbitros por las faltas que el Código Procesal interno hace aplicable a los jueces, creando así un ambiente hostil para el desarrollo de las funciones que competen al árbitro en el marco de un proceso arbitral. MANTILLA-SERRANO, F., *Conferencia sobre Arbitraje Comercial Internacional en América Latina, Corte de Arbitraje Internacional de La Cámara de Comercio Internacional*, Miami, octubre 26-28, 2003, sin publicar.

haya sido obtenido en el mismo país en que dicho reconocimiento y/o ejecución se pretende o en otro distinto, se habla simplemente de denegación del reconocimiento y/o ejecución del laudo<sup>127</sup>. Veremos las dos situaciones en seguida a la luz de las disposiciones de la Ley Modelo<sup>128</sup>.

*a. Impugnación del laudo arbitral obtenido dentro del país que sirve de sede arbitral*

*Artículo 34. La petición de nulidad como único recurso contra un laudo arbitral. 1) Contra un laudo arbitral solo podrá recurrirse ante un tribunal mediante una petición de nulidad conforme a los párrafos 2) y 3) del presente artículo. 2) El laudo arbitral solo podrá ser anulado por el tribunal indicado en el artículo 6 cuando: a) la parte que interpone la petición pruebe: i) que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7 estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley de este Estado; o ii) que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos; o iii) que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje; no obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, solo se podrán anular estas últimas; o iv) que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición de esta Ley de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta Ley; o b) el tribunal compruebe: i) que, según la ley de este Estado, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o ii) que el laudo es contrario al orden público de este Estado. 3) La petición de nulidad no podrá formularse después de transcurridos tres meses contados desde la fecha de la recepción del laudo o, si la petición se ha hecho con arreglo al artículo 33, desde la fecha en que esa petición haya sido resuelta por el tribunal arbitral. 4) El tribunal, cuando se le solicite la anulación de un laudo, podrá suspender las actuaciones de nulidad, cuando corresponda y cuando así lo solicite una de las partes, por un*

<sup>127</sup> En este sentido, véase la Nota Explicativa preparada por la Secretaría de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante, “la Nota Explicativa”) disponible en <http://www.uncitral.org/sp-index.htm>. (Allí se señala con relación a esta materia: Al tratar a los laudos dictados en el arbitraje comercial internacional de manera uniforme, cualquiera que sea el país en que se hayan dictado, la Ley Modelo traza una nueva línea demarcatoria entre los laudos “internacionales” y “no internacionales”, en lugar de la línea tradicional que distingue entre laudos “extranjeros” y “nacionales”. Esta nueva línea se funda en motivos de fondo, más que en las fronteras territoriales, que resultan inadecuadas habida cuenta de la limitada importancia que tiene el lugar del arbitraje en los casos internacionales. A menudo se elige el lugar del arbitraje por razones de conveniencia de las partes y es posible que la controversia tenga escasa o ninguna relación con el Estado donde se substancian las actuaciones. En consecuencia, el reconocimiento y la ejecución de los laudos “internacionales”, sean “extranjeros” o “nacionales”, se regirán por las mismas disposiciones).

<sup>128</sup> Para un excelente análisis de esta cuestión, véase KLEINHEISTERKAMP, J. [Int'l COMM. Arb. in Latin America], *supra* nota 3, pp. 367-457

*plazo que determine a fin de dar al tribunal arbitral la oportunidad de reanudar las actuaciones arbitrales o de adoptar cualquier otra medida que a juicio del tribunal arbitral elimine los motivos para la petición de nulidad.*

En América Latina resultaba común encontrarse con normas relativas al arbitraje que reconocían diversos recursos para atacar un laudo arbitral, con distintos plazos legales y con amplias causales de impugnación que diferían según uno u otro país, y en que incluso el lenguaje con que eran redactadas se encontraba fuertemente inspirado en prácticas y tradiciones procesales locales. Ello evidentemente debilitaba el valor de un laudo arbitral pues su posibilidad de ser impugnado era mayor y, como resultado, dotaba de mayor incertidumbre al proceso arbitral en general.

Ahora bien, la Ley Modelo estableció dos principios básicos en materia de control de laudos arbitrales obtenidos dentro del territorio del país que sirve de sede arbitral, a saber: (i) la petición de nulidad como único recurso para impugnar el laudo y (ii) el establecimiento de causales específicas y taxativas de nulidad, cuya enumeración coincide con aquella contenida en la Convención de Nueva York<sup>129</sup>.

Así pues, en el contexto latinoamericano, la Ley Modelo evidentemente proporcionaba una solución ideal para revertir la situación descrita y dar por fin de una completa uniformidad a las leyes nacionales, consistente además con las convenciones internacionales relativas al arbitraje internacional.

No obstante lo anterior, el análisis de las nuevas leyes sobre arbitraje de los países latinoamericanos nos permite concluir que el resultado obtenido no ha sido tan bueno como podía esperarse. En efecto, pese a que todas las nuevas leyes reconocen como una importante fuente inspiradora a la Ley Modelo, solo algunas de ellas han adherido fielmente a la norma del artículo 34 de la misma en cuanto a reconocer un solo recurso en contra del laudo y a incorporar exactamente las mismas causales establecidas en dicha ley dentro de la legislación local. Entre estas, solo puede mencionarse a *Chile, Guatemala, México, Panamá, Paraguay, Perú*<sup>130</sup> y al reciente proyecto legal de *Uruguay*<sup>131</sup>.

Hay, en cambio, países que han seguido de cerca las causales previstas en la Ley Modelo para impugnar un laudo por medio del recurso de nulidad, pero han establecido al mismo tiempo otros mecanismos de impugnación del laudo, vulnerando así el propó-

<sup>129</sup> *Idem.*

<sup>130</sup> Véase, *Chile*: Artículo 34 de la Ley N° 19.971 textualmente la Ley Modelo en este sentido. *Guatemala*: Artículo 43 del Decreto Ley N° 67-95 que establece las mismas causales de la Ley Modelo. Aunque cabe notar que, a diferencia de la Ley Modelo, la ley guatemalteca establece un plazo menor para deducir el recurso (un mes) y exige la “preparación del recurso”, esto es, que se haya protestado u objetado oportunamente respecto de las causales de nulidad durante el proceso arbitral como condición necesaria para poder luego invocar el recurso de nulidad. *México*: Artículo 1457 del Código de Comercio reproduce textualmente la Ley Modelo. *Panamá*: Artículo 34 del Decreto Ley N° 5 aunque fusiona las causales previstas en el Artículo 34 2) a) (ii) –falta de debido proceso– y (iv) –composición del tribunal o procedimiento arbitral no ajustado al acuerdo de las partes, o a la ley– en una sola causal, a saber, la del Artículo 34 1) b), y reduce asimismo el plazo para la interposición del recurso a quince días. *Paraguay*: Artículo 40 de la Ley N° 1879 incorpora las mismas causales de la Ley Modelo, aunque también reduce el plazo para deducir el recurso a quince días. *Perú*: Artículo 123 de la Ley N° 26572 que, al igual que Paraguay, se diferencia solo en la reducción del plazo para impetrar el recurso a quince días.

<sup>131</sup> Véase, *Uruguay*: Artículo 39 del Proyecto que reproduce textualmente la Ley Modelo en este sentido.

sito de establecer la nulidad como el mecanismo exclusivo de impugnación. Tal es el caso de *Bolivia*<sup>132</sup> y del proyecto legal de *Argentina*<sup>133</sup>.

Por el contrario, varios países latinoamericanos si bien han reconocido el recurso de nulidad como vía de impugnación exclusiva, se han apartado claramente de la Ley Modelo al momento de redactar los motivos de impugnación, sea omitiendo causales previstas en la Ley Modelo y/o incorporando causales no reconocidas en ella, o sea utilizando un lenguaje local distinto de aquel propuesto por la referida ley para describir los motivos de nulidad, vulnerando así el propósito de uniformidad que dicha ley se propone con relación a la referida Convención de Nueva York. Tal es el caso de *Ecuador*, *Honduras* y *Venezuela*<sup>134</sup>.

Finalmente, puede sostenerse que hay países que se han alejado abiertamente de la Ley Modelo en esta materia, lo cual se evidencia por el hecho de que reconocen más de un recurso para impugnar el laudo y, adicionalmente, establecen causales para promover

---

<sup>132</sup> Véase, *Bolivia*: Artículos 62 a 66 de la Ley N° 1770. La ley boliviana reproduce idénticamente las causales de nulidad de la Ley Modelo, con la salvedad de la causal prevista en el Artículo 63 II. 7. de la ley boliviana (emisión del laudo fuera del plazo legal), que no está contemplado en la Ley Modelo. Asimismo, en el artículo 62 de la ley se reconoce a la nulidad como recurso exclusivo, pero no obstante ello, en el artículo 65 se agrega un recurso denominado “recurso de compulsión” que procede toda vez que el recurso de nulidad sea rechazado al margen de las disposiciones del artículo 64, creando así una especie de doble instancia para la nulidad que pugnaría con el propósito de exclusividad perseguido por la Ley Modelo.

<sup>133</sup> Véase, *Argentina*: El Proyecto si bien presenta diferencias menores con la Ley Modelo en el Artículo 34, en cuanto a exigir la preparación del recurso, establecer un plazo menor para deducirlo, y cambiar ligeramente la redacción del Artículo 34 2) a) (ii) de la Ley Modelo, alterando su propósito al reconocer en el Artículo 33, además de la posibilidad de un recurso de nulidad ante los tribunales ordinarios de justicia, una especie de doble instancia ante el propio tribunal arbitral. En efecto, el Artículo 33 del citado Proyecto junto con autorizar al Tribunal Arbitral a corregir errores de cálculo, copia o tipográficos o a interpretar puntos del laudo, le permite resolver acciones ejercidas en el procedimiento arbitral pero omitidas en el laudo (letra c), y a subsanar defectos que, de ser probados, podrían causar la nulidad (letra d). Como sostiene una autora, el proyecto pareciera establecer una especie de doble instancia para los recursos. La primera sería el propio Tribunal Arbitral y luego la parte podría también recurrir ante los propios tribunales de justicia (segunda instancia) (véase, BURGHEITTO, M.B., supra nota 31, p. 487). En el resto, las causales son idénticas a las indicadas en la Ley Modelo.

<sup>134</sup> Véase, *Ecuador*: Artículo 31 de la Ley bajo Registro Oficial N° 145. Bajo esta ley, se han dejado de reconocer algunos motivos de importancia previstos en la Ley Modelo tales como la incapacidad de las partes y la nulidad del acuerdo arbitral (Artículo 34 2) a) (i)), que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ajuste el acuerdo de las partes o, en su defecto, a la ley (Artículo 34 2) a) (iv)), y que la materia no sea arbitrable y el laudo no sea contrario al orden público (Artículo 34 2) b) (i) y (ii), respectivamente). Incluso tratándose de aquellas causales que sí han sido reconocidas como la falta de un debido proceso (Artículo 34 2) a) (ii)) y que el laudo exceda los términos del acuerdo arbitral (Artículo 34 2) a) (iii)), se utilizó un lenguaje local alejado de aquel previsto en la Ley Modelo. Tampoco se distingue según si las causales pueden impetrarse de oficio o a petición de parte. *Honduras*: Artículo 74 del Decreto N° 161-2000. Este artículo reproduce literalmente la norma del Artículo 163 del Decreto 1818 de Colombia y, por ende, se extienden a esta las mismas críticas formuladas en detalle al analizar la ley colombiana (Véase *infra* nota 135). Difiere, en todo caso, de esta última en cuanto establece a la nulidad como el único recurso susceptible de deducirse en contra del laudo arbitral. *Venezuela*: Artículo 44 de la Ley de Arbitraje Comercial. Esta ley, a diferencia de las anteriores, reproduce fielmente las distintas causales de la Ley Modelo, salvo en cuanto a la nulidad del acuerdo arbitral que se ha omitido como causal, y sin distinguir en todo caso según si dichas causales proceden de oficio o a petición de parte. Además, se establece un plazo más breve para deducir el recurso de solo cinco días.

la nulidad que difieren de las indicadas en la Ley Modelo. Ello ocurre en *Brasil, Colombia y Costa Rica*<sup>135</sup>.

<sup>135</sup> Véase, *Brasil*: Artículos 32 y 33 de la Ley N° 9307. En efecto, se sigue de tales preceptos que el recurso de nulidad no es el único medio disponible para impugnar el laudo. Como sostiene un autor, “un segundo medio para atacar un laudo arbitral ocurre durante su ejecución. Si el demandado no ha promovido una acción para anular el laudo, igualmente podrá invocar la nulidad del laudo arbitral en el contexto de una acción para su ejecución (Artículo 33(3))”, J. Bosco, *Brasil, supra* nota 3, p. 82). También puede advertirse que la ley brasileña solo contiene algunas de las causales establecidas en la Ley Modelo, sin distinguir según si proceden de oficio o a petición de parte (a saber: el artículo 32 I. que se asimila al Artículo 34 2) a) (i) de la Ley Modelo solo en cuanto a la nulidad del acuerdo arbitral; y el artículo 32 párrafos IV. y V., que se asimila a la causal contenida en el Artículo 34 2) a) (iii) de la Ley Modelo, esto es, que se trate de una controversia no prevista en el acuerdo arbitral o de una decisión que excede los términos del mismo). Sin embargo, omite otras importantes causales como: la incapacidad de las partes (Artículo 34 2) a) (i)), la falta de un debido proceso (Artículo 34 2) a) (ii)), que la composición del tribunal o el procedimiento de las partes no se haya ajustado al acuerdo de las partes, o en su defecto, a la ley (Artículo 34 2) a) (iv)), que se trate de una materia no arbitrable (Artículo 34 2) b) (i)), y que sea contrario al orden público (Artículo 34 2) b) (ii)). Finalmente, agrega causales no contempladas en dicha ley, tales como: que el laudo emane de quien no podía ser árbitro (Artículo 32 II.); que no contenga los requisitos exigidos conforme al artículo 26 de la misma ley (Artículo 32 III.); que se haya comprobado que fue obtenido con prevaricación, soborno o corrupción pasiva (Artículo 32 VI.); que sea dictada fuera del plazo dispuesto por el artículo 12 inciso III de la ley (Artículo 32 VII.); y, que no respete los principios de que trata el artículo 21 §2 de la ley –principios de contradicción, de igualdad de las partes, imparcialidad del árbitro y de libre convencimiento–. Estas causales, en especial, la última mencionada conceden a las partes una mayor gama de motivos para impetrar la nulidad del laudo arbitral. Las diferencias son pues notables, a pesar de lo cual a juicio de algunos autores, la ausencia de las causales de la Ley Modelo no excluye el hecho que los tribunales brasileños puedan considerarlos como motivos para anular un laudo arbitral (J. Bosco, *Brasil, supra* nota 2, p. 82). En todo caso, si así fuere, se crearía un ámbito exorbitante de motivos para pedir la nulidad de un laudo que puede ser riesgoso. Se mantiene, con todo, el plazo de 3 meses propuesto por la Ley Modelo para deducir el recurso de nulidad (Artículo 33 §1 de la ley). *Colombia*: Artículos 163 y 166 del Decreto N° 1818. De ambas normas se concluye que la ley colombiana además de establecer el recurso de nulidad consagró también un recurso de revisión (Artículo 166), con lo cual no hay exclusividad de un solo medio para impugnar el laudo arbitral. Además, de la lectura del citado artículo 163 puede concluirse que las causales de nulidad no son las mismas que las de la Ley Modelo, y tampoco están formuladas en el mismo lenguaje. En efecto, podría sostenerse que el artículo 163 párrafo 1. se asimila al Artículo 34 2) a) (i) de la Ley Modelo y al hablar de nulidad absoluta o relativa, comprende tanto las referencias de la Ley Modelo a la incapacidad de las partes como a la nulidad del acuerdo; el artículo 163 párrafo 2. se asimila a la causal contenida en el Artículo 34 2) a) (iv) de la Ley Modelo, esto es, que la composición del tribunal o el procedimiento arbitral no se ajuste al acuerdo de las partes, o a la ley; el artículo 163 párrafos 3. y 4. se asimila a la causal contenida en el Artículo 34 2) a) (ii) de la Ley Modelo, esto es, la falta de un debido proceso; y el artículo 163 párrafos 8. y 9. se asimila a la causal contenida en el Artículo 34 2) a) (iii) de la Ley Modelo, es decir, que la controversia no esté prevista en el acuerdo arbitral o la decisión exceda los términos del mismo. No obstante lo anterior, un breve examen de tales disposiciones revela que el lenguaje difiere claramente del usado por la Ley Modelo. Más aún, se incorporaron causales propias en el Artículo 163 párrafos 5., 6. y 7., no contempladas en la Ley Modelo, y no se reconocieron otras importantes causales previstas en el Artículo 34 2) b) (i) y (ii) de dicha Ley –materia no arbitrable y violación del orden público–. Por último, no se distinguió tampoco entre causales susceptibles de promoverse de oficio y a petición de parte y se estableció un plazo más breve para la deducción del recurso (cinco días). *Costa Rica*: Artículos 64 y 67 del Decreto N° 7727. La primera norma reconoce que el laudo puede ser impugnado por el recurso de nulidad y además por el recurso de revisión. A su turno, el Artículo 67 solo reconoce algunas causales de la Ley Modelo (a saber: el artículo 67 e) que se asimila al Artículo 34 2) a) (ii) de la Ley Modelo antes referido, aunque con un lenguaje distinto y más genérico; el artículo 67 b) y c) que se asimila al Artículo 34 2) a) (iii) de la Ley también citado; el artículo 67 d) que se asimila al Artículo 34 2) b) (i) de la Ley Modelo ya mencionado; y el artículo 67 f) que se asimila al Artículo 34 2) b) (ii) de la Ley

Los problemas que pueden suscitarse en este escenario tan diverso son varios. En primer término, en países en que no se incluyeron ciertos motivos de nulidad previstos en la Ley Modelo (como por vía ejemplar que la composición del Tribunal o el procedimiento arbitral no se haya ajustado al acuerdo de las partes o a la ley, que el objeto de la controversia no sea susceptible de arbitraje, o que el laudo no sea contrario al orden público), el laudo puede validarse y eventualmente ejecutarse no obstante adolecer de vicios que, a la luz de la regulación universal del arbitraje internacional, lo harían claramente anulable.

En segundo lugar, en los casos en que se han ampliado desmedidamente los motivos de nulidad, incorporándose otras causales distintas de las indicadas por la Ley Modelo, se producirá el efecto contrario de exponer un laudo a que su validez se vea afectada (y, por ende, el proceso arbitral incoado para su dictación enteramente merma-do) por motivos que no debieran naturalmente acarrear su nulidad. El mismo riesgo se genera en los países que han creado más de un mecanismo para impugnar el laudo, además de la nulidad, lo cual además atenta contra el principio de celeridad del proceso arbitral, al exponer a las partes a que tras la denegación de un recurso sea intentado otro distinto dilatando así el proceso arbitral<sup>136</sup>.

Por último, el lenguaje localista con que algunos países han redactado las causales de nulidad, lo cual es particularmente evidente al identificar los distintos vicios de procedimiento que, bajo la Ley Modelo, estarían comprendidos en el Artículo 34 2) a) (iv), y al identificar las violaciones de los principios fundamentales de justicia procesal que en la Ley Modelo caerían dentro del ámbito del Artículo 34 2) b) (ii) –esto es, se trataría de un laudo contrario al orden público<sup>137</sup>–, dificultan que los tribunales locales

---

Modelo también referido). El resto de los motivos de nulidad no aparecen recogidos, como tampoco la distinción entre aquellas causales que pueden ser promovidos a petición de parte o de oficio por el juez. Asimismo, se agregan causales no previstas en la Ley Modelo tales como las contenidas en el Artículo 67 a) –que el laudo haya sido dictado fuera de plazo–. Finalmente, conviene destacar que el plazo para impetrar el recurso se reduce a 15 días.

<sup>136</sup> En términos generales, el problema que produce esta excesiva ampliación de las causales existentes para anular un laudo en el país de la sede arbitral, junto con traer aparejado el riesgo evidente de que no se permita su ejecución en dicha sede, puede impedir adicionalmente que dicho laudo sea reconocido y ejecutado en cualquier otro país miembro de la Convención de Nueva York, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo V(1)(e) de dicha convención. Esto es uno de los principales efectos en que el impacto de la nulidad difiere de la denegación del reconocimiento y/o ejecución y que lamentablemente puede resultar extremadamente nocivo bajo este contexto. En efecto, como bien se indica en la Nota Explicativa, los motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo solo son válidos y eficaces en el Estado (o Estados) en los que la parte vencedora pretenda su reconocimiento y ejecución, en tanto que los motivos de nulidad tienen repercusiones diferentes: la anulación de un laudo en el país en que haya sido dictado impide su ejecución en todos los demás países, conforme al inciso e) del párrafo 1) del artículo V de la Convención de Nueva York y al numeral v) del inciso a) del párrafo 1) del artículo 36 de la Ley Modelo. Debe advertirse que, en ciertos casos, algunas jurisdicciones han permitido el reconocimiento y/o ejecución de un laudo arbitral, no obstante haberse anulado en su país de origen pero este sigue siendo un tema altamente controvertido y, por ende presente en casos excepcionales (véase, para mayor información, REFERN A. y HUNTER M., con BLACKABY, N. y PARTASIDES, C., *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Cuarta Edición (2004), p. 454-455 y 469-470.

<sup>137</sup> En el mismo sentido, Nota Explicativa, *supra* nota 127.

puedan arribar a soluciones consistentes con la jurisprudencia sentada en otros países al amparo de la Ley Modelo y los exponen también al riesgo de que se atribuya a tales causales un ámbito de aplicación mayor o simplemente distinto de aquel perseguido por la Ley Modelo, creando así una especie de práctica local para el arbitraje internacional que sería tremendamente peligrosa para el fin de la uniformidad que se pretende dar a la institución.

Todo lo anterior no obsta a que el marco legal en materia de impugnación de laudos arbitrales haya mejorado ostensiblemente a raíz de las recientes reformas. En efecto, los plazos para impugnar el laudo hoy son extremadamente breves (por regla general, quince días), sujetos a recursos de derecho estricto (esto es, por causales taxativamente descritas por la ley), y que en ningún caso autorizan al juez a una revisión de los méritos o cuestiones de fondo de la controversia. Asimismo, la exclusividad de la nulidad como mecanismo de impugnación es por lejos la regla imperante en los países del continente, e incluso en aquellos en que no lo es, existe solo un recurso adicional y con un campo de aplicación generalmente muy restringido. Se puede concluir pues que, coincidentemente con el objetivo de la Ley Modelo, se ha logrado el propósito de robustecer el laudo arbitral al limitar el control o revisión judicial del mismo, y de agilizar el proceso arbitral por la vía de reducir los plazos para la impugnación del laudo.

*b. Denegación de la ejecución y reconocimiento del laudo arbitral internacional*

*Artículo 35. Reconocimiento y ejecución. 1) Un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se haya dictado, será reconocido como vinculante y, tras la presentación de una petición por escrito al tribunal competente, será ejecutado en conformidad con las disposiciones de este artículo y del artículo 36. 2) La parte que invoque un laudo o pida su ejecución deberá presentar el original debidamente autenticado del laudo o copia debidamente certificada del mismo, y el original del acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7 o copia debidamente certificada del mismo. Si el laudo o el acuerdo no estuviera redactado en un idioma oficial de este Estado, la parte deberá presentar una traducción debidamente certificada a ese idioma de dichos documentos.*

*Artículo 36. Motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución 1) Solo se podrá denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se haya dictado: a) a instancia de la parte contra la cual se invoca, cuando esta parte pruebe ante el tribunal competente del país en que se pide el reconocimiento o la ejecución: i) que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7 estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado el laudo; o ii) que la parte contra la cual se invoca el laudo no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos; o iii) que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje; no obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras; o iv) que la composición del tribunal arbitral o el*

*procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que no se han ajustado a la ley del país donde se efectuó el arbitraje; o v) que el laudo no es aún obligatorio para las partes o ha sido anulado o suspendido por un tribunal del país en que, o conforme a cuyo derecho, ha sido dictado ese laudo; o b) cuando el tribunal compruebe: i) que, según la ley de este Estado, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o ii) que el reconocimiento o la ejecución del laudo serían contrarios al orden público de este Estado. 2) Si se ha pedido a un tribunal de los previstos en el inciso v) del apartado a) del párrafo 1) del presente artículo la nulidad o la suspensión del laudo, el tribunal al que se pide el reconocimiento o la ejecución podrá, si lo considera procedente, aplazar su decisión y, a instancia de la parte que pida el reconocimiento o la ejecución del laudo, podrá también ordenar a la otra parte que dé garantías apropiadas.*

Como se ha dicho, la Ley Modelo estableció ciertos motivos limitados para denegar el reconocimiento y/o ejecución del laudo arbitral internacional, independientemente que haya sido dictado en el mismo país en que ello se pretende o en otro distinto, buscando así unificar el tratamiento de todos los laudos arbitrales internacionales, con prescindencia de su país de origen —particularmente, si se trata de laudos no gobernados por la Convención de Nueva York u otros tratados bilaterales—<sup>138</sup>. Asimismo, siguiendo la misma línea trazada por la referida convención, mantuvo la presunción de validez de que se haya revestido el laudo arbitral internacional, de modo que el peso de la prueba en cuanto a los motivos que autorizarían su denegación compete a la parte que resiste dicho reconocimiento y/o ejecución.

Con todo, la gran innovación de la Ley Modelo en esta materia fue la de establecer causales específicas para denegar el reconocimiento y/o ejecución, adoptando para ello aquellas previstas en la Convención de Nueva York a este respecto<sup>139</sup>. Se cumplió así un doble propósito de limitar las causales que autorizan a negar el reconocimiento y/o ejecución de un laudo arbitral internacional y de uniformar, al mismo tiempo, el régimen legal aplicable sobre la materia con lo dispuesto en la citada Convención de Nueva York<sup>140</sup>.

No obstante lo anterior, al igual que respecto de la impugnación interna de los laudos, la aproximación de las legislaciones latinoamericanas sobre este punto no ha sido idéntica. En efecto, aunque todas las leyes sin excepción reconocen la presunción de validez del laudo arbitral, imponiendo sobre la parte en contra de la cual el reconocimiento y/o ejecución es pretendido la carga de la prueba acerca de los motivos que harían procedente su denegación, todavía subsisten diferencias en otras materias.

<sup>138</sup> I. Dore, *supra nota* 97, p. 124.

<sup>139</sup> Además, como se indica en la Nota Explicativa, *supra nota* 107, “habida cuenta de la limitada importancia del lugar del arbitraje en los casos internacionales, como ya se ha señalado, y con el deseo de superar las restricciones territoriales, no se ha incluido a la reciprocidad como requisito para el reconocimiento y la ejecución”.

<sup>140</sup> De hecho, solo se modificó con relación a la Convención de Nueva York el primer motivo de la lista (esto es “que las partes en el acuerdo de arbitraje estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que le es aplicable”) pues se consideró que contenía una norma de conflicto de leyes incompleta y que podía dar lugar a equívocos. Pero en general, se estimó conveniente adoptar en pro de la armonía, el mismo criterio y terminología de esta importante convención. Véase Nota Explicativa, *idem*.

Así, como primera cuestión, no todos los países de la región han acogido la idea de que las normas sobre reconocimiento y ejecución del laudo arbitral internacional se aplican indistintamente a todo laudo emanado de un arbitraje internacional, cualquiera que sea su país de origen, como se reconoce en la Ley Modelo<sup>141</sup>. De hecho, todavía hay un número de países que ha limitado la aplicación de tales normas solamente al laudo arbitral extranjero, excluyendo de su aplicación a los laudos obtenidos dentro de la sede del país en el cual se pretende su reconocimiento y/o ejecución aun cuando provengan de arbitrajes de carácter internacional<sup>142</sup>. Ello revela que todavía existe una inclinación a concebir la internacionalidad del laudo como sinónimo de su origen extraterritorial, por lo menos para efectos de su reconocimiento y/o ejecución. Entre estos países se cuentan *Bolivia, Brasil y Colombia*<sup>143</sup>.

Ahora bien, tratándose de las causales o motivos previstos para denegar el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral “internacional” o “extranjero”, según el caso, la aproximación de los países latinoamericanos también difiere. Algunos países han optado por referir esta materia a la aplicación de las convenciones internacionales sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales que resulten aplicables en cada caso, y por reconocer asimismo en carácter supletorio las causales establecidas por la Ley Modelo para todos aquellos casos que caen fuera del ámbito de aplicación de tales convenciones. Así ocurre con las leyes de *Bolivia, Guatemala, Honduras, Paraguay, Perú* y el proyecto de ley de *Argentina*<sup>144</sup>.

<sup>141</sup> Véase *supra* nota 127.

<sup>142</sup> Pareciera ser que tales países han seguido solamente la definición de laudo extranjero contenida en la primera frase del Artículo I de la Convención de Nueva York, relativa a los laudos obtenidos en otro país distinto de aquel en que se pretende el reconocimiento y/o ejecución, olvidándose que ciertos laudos, no obstante abstenerse en el mismo país, pueden ser calificados como “no domésticos” al amparo de dicha Convención. En todo caso, lo que sí queda claro es que, como resultado de esta aproximación, se han apartado de la Ley Modelo que extiende estas mismas normas al laudo arbitral internacional aun cuando haya sido dictado en el propio país en cuya sede se solicita el reconocimiento y/o ejecución. En efecto, “los motivos por los que podrá denegarse el reconocimiento o la ejecución en virtud de la Ley Modelo son idénticos a los enunciados en el artículo V de la Convención de Nueva York” y “esos motivos resultan aplicables no solo a los laudos extranjeros sino a todos los laudos dictados en el arbitraje comercial internacional”, en Nota Explicativa de la CNUDMI, *supra* nota 127.

<sup>143</sup> Véase, *Bolivia*: Artículo 79 de la Ley N° 1770. *Brasil*: Artículo 35 de la Ley la Ley N° 9307. *Colombia*: Artículo 198 del Decreto N° 1818. Por el contrario, hemos excluido de esta situación a aquellos países que si bien establecen que los laudos arbitrales extranjeros se regirán por las convenciones internacionales aplicables en materia de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales, reconocen en seguida la aplicación de las normas de la Ley Modelo sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales a todo laudo, cualquiera que sea el país en que se haya dictado, incluyendo así a los laudos domésticos provenientes de un arbitraje internacional. Véase, en este sentido, *Guatemala*: Artículo 45 y 47 del Decreto Ley N° 67-95. *Panamá*: Artículo 38 inciso final y Artículo 39 del Decreto Ley N° 5. *Paraguay*: Artículos 44 y 45 de la Ley N° 1879. *Perú*: Artículos 128 y 129 de la Ley N° 26572.

<sup>144</sup> Véase, *Bolivia*: Artículo 80 de la Ley N° 1770 que hace una referencia general a la aplicación de las convenciones internacionales sobre la materia de las que Bolivia es parte y que se mencionan en el artículo 72, y establece asimismo que, en carácter supletorio, se aplicarán las disposiciones de la propia ley las que, como se ha dicho, dicen solo relación con el laudo arbitral extranjero. *Guatemala*: Artículo 45 del Decreto Ley N° 67-95 que dispone también que los laudos arbitrales extranjeros serán reconocidos y ejecutados en Guatemala de conformidad con los tratados internacionales aplicables. Y reconoce también que, en defecto de cualquier tratado sobre el particular, rige la propia ley, en particular, el artículo 47 que enuncia los

Hay, en seguida, países que han seguido uno u otro camino. Es decir, o han remitido la regulación de esta materia a las convenciones internacionales, sin reconocer las normas de la Ley Modelo ni siquiera con carácter supletorio, o por el contrario, han reconocido las normas de la Ley Modelo pero sin hacer referencia expresa a las convenciones internacionales vigentes sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales.

Dentro del primer grupo, esto es, de los países que simplemente refieren la cuestión a las convenciones y tratados internacionales vigentes sobre la materia sin reproducir las causales establecidas en la Ley Modelo, se encuentran *Colombia* y *Ecuador*<sup>145</sup>. Dentro del segundo grupo, es decir, de países que solo recogen las disposiciones de la Ley Modelo sin referencia expresa a las convenciones internacionales sobre el reconocimiento y/o ejecución de laudos arbitrales, se puede mencionar a *Chile*, *Brasil*, *México*, *Venezuela* y el proyecto de ley de *Uruguay*<sup>146</sup>.

En cualquiera de estos dos escenarios, pueden presentarse ciertos problemas. En efecto, en el primer caso, si no se reproducen los motivos de denegación de la Ley Modelo y solo se remite la regulación de esta materia a las convenciones internacionales, existirán casos que por razones de reciprocidad pueden no caer dentro del ámbito de tales convenciones y que, sin embargo, podrían haber quedado sujetas a la Ley Modelo que no exige reciprocidad alguna. Sin embargo, dado que la Ley Modelo no fue reproducida en esta materia, tales laudos no tendrán posibilidad de ser ejecutados expedita-

---

mismos motivos contemplados en la Ley Modelo para denegar el reconocimiento y/o ejecución del laudo arbitral internacional. *Honduras*: Artículo 89 del Decreto N° 161-2000 que aplica para el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral internacional los tratados, pactos y convenciones vigentes en el país. En subsidio, el artículo 92 recoge los motivos establecidos en la Ley Modelo como procedimiento supletorio para denegar el reconocimiento y/o ejecución de un laudo arbitral extranjero que conforme al artículo 89 pareciera comprender también el laudo internacional obtenido dentro del país. *Panamá*: Artículo 39 del Decreto Ley N° 5 que establece que los laudos arbitrales extranjeros (y los laudos internacionales obtenidos dentro del país en virtud del artículo 38 inciso final) se reconocerán y ejecutarán conforme a los tratados y convenios en que la República de Panamá sea parte, y en subsidio, por las disposiciones de la ley. En particular, el artículo 41 de la Ley reproduce las causales de la Ley Modelo a este respecto. *Paraguay*: Artículo 44 de la Ley N° 1879 que dispone que los laudos arbitrales extranjeros serán reconocidos y ejecutados en el país de conformidad con los tratados ratificados por la República de Paraguay sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales. También dispone en su inciso segundo el principio de aplicación del tratado más favorable al igual que en el caso de Guatemala. A falta de aplicación de un tratado, establece que regirán las disposiciones de la ley y el artículo 46 reproduce literalmente los motivos señalados por la Ley Modelo. *Perú*: Artículos 128 y 129 Aunque habla de laudos dictados en territorio extranjero; *Argentina*: Artículos 35 y 36 del Proyecto.

<sup>145</sup> Véase, *Colombia*: Artículo 197 del Decreto N° 1818. *Ecuador*: Artículo 42 Ley bajo Registro Oficial N° 145. Ambas legislaciones solo contienen una referencia general a la aplicabilidad de los tratados internacionales vigentes en materia de arbitraje internacional, de lo cual se concluye que en materia de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales se debe estar a dichas convenciones.

<sup>146</sup> Véase, *Chile*: Artículo 36 de la Ley N° 19.971 que sigue literalmente la Ley Modelo en esta materia. *Brasil*: Artículo 38 que contiene una enunciación muy similar a la de la Ley Modelo. *México*: Artículo 1461 del Código de Comercio que reproduce literalmente la Ley Modelo. *Venezuela*: Artículo 49 que reproduce las causales contempladas en la Ley Modelo. *Uruguay*: Artículo 41 del Proyecto. En todo caso, en las leyes de algunos países se hace expresa referencia a las convenciones internacionales no al tratar de este tema, sino que generalmente al definir el ámbito de aplicación de la ley. Véase, en este sentido: *Chile*: Artículo 1 N° 1 de la Ley N° 19.971. *México*: Artículo 1415 del Código de Comercio. *Venezuela*: Artículo 1. *Uruguay*: Artículo 1 N° 5 del Proyecto.

mente a falta de reciprocidad. Asimismo, hemos visto que las convenciones internacionales en general se aplican al “laudo extranjero” o “no doméstico”, de modo que puede ocurrir también que ciertos laudos emanados de arbitrajes internacionales, por el solo hecho de haber sido obtenidos dentro del país en el cual se pretende el reconocimiento y/o ejecución sean calificados como laudos domésticos, los cuales están sometidos, generalmente, a otro procedimiento y otros motivos de denegación establecidos en las leyes locales y distintos de los previstos en las referidas convenciones. Este es un problema particularmente grave para los países que han mantenido un sistema dual de arbitraje, esto es, distinto según si el arbitraje es doméstico o internacional.

A la inversa, en el caso de los países que no hacen referencia a las convenciones internacionales ni establecen el orden de jerarquía entre tales convenciones y las leyes locales, pueden presentarse problemas de interpretación acerca de cuál debiera primar, lo cual resulta especialmente relevante en caso de una falta de identidad entre las causales de denegación establecidas en dichas convenciones y aquellas establecidas en las leyes locales de arbitraje, o en caso de que una proceda bajo principios de reciprocidad y la otra, en cambio, no.

Por último, hay países que no consideraron normas relativas al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales en sus leyes sobre arbitraje, como ocurre con *Costa Rica*<sup>147</sup>. En este escenario, debe entenderse que en todo caso seguirán rigiendo las convenciones internacionales que dicho país ha ratificado sobre la materia.

#### IV. CONCLUSIONES

En el orden estrictamente legal, podría sostenerse que América Latina ha dado señales claras en favor del reconocimiento y aceptación de los beneficios del arbitraje internacional como mecanismo de resolución de disputas. Este logro ha sido obtenido mediante la ratificación de las más importantes convenciones sobre arbitraje internacional, el uso creciente del arbitraje en tratados de comercio exterior, tanto universales, regionales como bilaterales, y más recientemente, en virtud de la adopción de leyes nacionales modernas que regulan el arbitraje internacional.

En particular, en el proceso de reforma de las leyes locales sobre arbitraje internacional, la influencia y guía de la Ley Modelo ha resultado decisiva al punto que prácticamente todas las leyes de los países latinoamericanos han consultado como fuente principal, sino única, la citada ley<sup>148</sup>. Como resultado de ello, los obstáculos legales más

<sup>147</sup> Véase, *Costa Rica*: Decreto N° 7727 el cual no contiene disposiciones acerca del reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales internacionales. Dicho Decreto tampoco distingue según si el arbitraje es nacional o internacional.

<sup>148</sup> En efecto, en el caso de países como *Chile, Guatemala, México, Perú, Paraguay* y el proyecto legal de *Uruguay*, la Ley Modelo ha sido acogida prácticamente sin modificaciones, esto es, literalmente en todas sus partes. En seguida, en países como *Bolivia, Honduras, Panamá* y el proyecto de *Argentina*, aunque la Ley Modelo se ha adoptado con algunos cambios –entre otros, los ya analizados–, es evidente que constituye por lejos su principal fuente legislativa y las modificaciones no han sido tales como para alterar sus principios sustanciales y básicos. Finalmente, incluso en países que desarrollaron proyectos propios y que tomaron solo como un referente más a la Ley Modelo, se puede evidenciar también su influencia tanto en

importantes, que tradicionalmente impedían que el arbitraje se transformara en el método más efectivo y utilizado para resolver disputas comerciales internacionales en América Latina, han sido por fin removidos y han encontrado una solución acorde con aquella prevista en cuerpos legales de países del resto del mundo, especialmente de aquellos más familiarizados con la práctica del arbitraje internacional.

Al haberse seguido los principios recogidos en la Ley Modelo, el proceso de reforma legal ha permitido asimismo dotar a la mayoría de los países latinoamericanos de un cierto grado de uniformidad en cuanto al reconocimiento de los principios básicos y universales del arbitraje, con lo cual se ha creado un marco legal adecuado para la promoción de un mayor desarrollo del arbitraje internacional y de su mejor comprensión por parte de los tribunales y abogados locales, lo cual a su turno debería llevar en el futuro a una gradual consolidación de la práctica del arbitraje internacional dentro del contexto latinoamericano.

---

Fecha de recepción: 15 de septiembre de 2004  
Fecha de aceptación: 28 de abril de 2005

---

---

principios matrices como en normas procesales. Este último es el caso especialmente de *Brasil, Colombia, Costa Rica y Ecuador* que si bien se apartaron en temas sensibles relativos a la ejecución del acuerdo arbitral y/o del laudo arbitral, mantuvieron gran parte de los principios consagrados en la Ley Modelo. Así pues, la ansiada uniformidad legislativa en materia de arbitraje comercial internacional se ha cumplido en gran medida, debido a la adopción total o parcial de la Ley Modelo por parte de las diversas y recientes legislaciones latinoamericanas.