

## ***Tendencias actuales del arbitraje en Latinoamérica***

Hernando DÍAZ –CANDIA \*

*Sumario:* I. Introducción. II. Naturaleza jurídica del arbitraje: de lo contractual a lo jurisdiccional y de la equidad al derecho. III. Autonomía del Derecho arbitral. IV. *Kompetenz-kompetenz* y separabilidad del acuerdo de arbitraje. V. Arbitrabilidad. VI. Medidas cautelares. VII. Flexibilidad adjetiva y sustantiva. VIII. Prevalencia del mérito sobre las formas. IX. Partes no signatarias y terceros intervinientes. X. Recursos contra el laudo; el tema del amparo constitucional. XI. Ejecución inmediata del laudo. XII. Entes estatales y formación del acuerdo de arbitraje. XIII. Responsabilidad estatal en arbitraje. XIV. Conclusiones.

*Resumen:* Tendencias actuales del arbitraje en Latinoamérica

El objeto de este trabajo es tratar de descifrar algunos principios o ideas fundamentales, que trasciendan fronteras territoriales, al regir el pensamiento o la conducta de los operadores jurídicos en materia de arbitraje en Latinoamérica. En Latinoamérica el arbitraje no es un mero mecanismo contractual de resolución de disputas, pues se le reconocen importantes efectos jurisdiccionales. Varias Constituciones incluyen al arbitraje como parte de los mecanismos alternativos reconocidos para la administración de justicia. Poco a poco, el arbitraje comienza a concurrir y cooperar con la jurisdicción judicial, aunque guarde diferencias fundamentales de carácter estructural.

Palabras clave: ARBITRAJE – NATURALEZA – AMÉRICA LATINA – ARBITRABILIDAD – RELACIONES JUECES-ÁRBITROS.

*Abstract: Emerging Trends of Arbitration in Latin America*

*The object of this work is to try to decipher some principles or fundamental ideas that transcend territorial boundaries, to govern the conduct of legal practitioners in arbitration in Latin America. Arbitration in Latin America is not merely a contractual dispute settlement mechanism, as you will recognize important jurisdictional purposes. Several Constitutions include arbitration as part of alternative mechanisms recognized for the*

---

\* Árbitro nacional e internacional. Doctor en Ciencias mención Derecho por la Universidad Central de Venezuela; *Magistri in Legibus* por Harvard Law School (Fulbright Scholar); abogado *Cum Laude* por la Universidad Católica Andrés Bello; autorizado para ejercer la abogacía en Venezuela y en el Estado de Nueva York. Profesor en el Doctorado en Ciencias mención Derecho de la Universidad Central de Venezuela. Socio del escritorio WDA legal, S.C. ([www.WDAlegal.com](http://www.WDAlegal.com)).

*administration of justice. Gradually, arbitration begins to compete and cooperate with the judicial jurisdiction, but keep essential structural differences. These developments have expanded the subjects or themes of arbitrable character and it has reduced the use of arbitration in equity and relevance of public order as exclusionary element of arbitrability.*

*Keywords:* ARBITRATION – NATURE – LATIN AMERICA – ARBITRABILITY – JUDGES ARBITRATORS RELATIONS.

## I. Introducción

El objeto de este trabajo es tratar de descifrar algunos principios o ideas fundamentales, que trasciendan fronteras territoriales, al regir el pensamiento o la conducta de los operadores jurídicos en materia de arbitraje en Latinoamérica. No intentaremos hacer una segmentación o comparación por países o jurisdicciones, sino que busquemos puntos de coincidencia en varios temas de interés para el arbitraje, para tratar de alcanzar definiciones que no sean extremas ni excesivas, es decir, que sean conocidas por la mayoría de la comunidad jurídica dedicada al arbitraje. A tal efecto, tratamos de hallar el mínimo grado de variación para identificar el denominador común compartido por los fundamentos y orígenes legales<sup>1</sup>. Mencionaremos, más que todo, normas de Derecho positivo, pero nuestro enfoque, sin embargo, está influenciado por un ius–naturalismo moderado combinado con historicismo<sup>2</sup>, que no solo atiende a las fuentes formales del Derecho para definir las reglas relevantes en la materia, sino también a su mérito, es decir, a lo que hace que dichas reglas tengan un verdadero valor práctico.

No hemos realizado una investigación exhaustiva a nivel regional, sino que escogimos varias fuentes por su relevancia cualitativa. Por lo tanto, este trabajo no pretende tener proyección estadística; no hemos analizado grandes conjuntos de datos cuantitativos para obtener inferencias basadas en el cálculo de probabilidades.

Desde el punto de vista normativo –en sentido amplio–, es bien conocido que los instrumentos que más han influenciado las tendencias del arbitraje en Latinoamérica son, por su orden cronológico: la Con-

<sup>1</sup> Es posible que este trabajo nuestra visión inflencie la percepción o prejuicio sobre las tendencias reales y que en ocasiones nuestro deseo en cuanto a lo que debería ser se imponga sin querer sobre lo que es. Por eso, pedimos disculpas.

<sup>2</sup> Para contextualizar las definiciones de ius–naturalismo, positivismo y formalismo, cf. M.L. Tosta, “La Filosofía del Derecho y la doctrina venezolana”, *Ensayos de Filosofía del Derecho*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2005, pp. 6–22.

ención de las Naciones Unidas sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 (Convención de Nueva York)<sup>3</sup>; la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975 (Convención de Panamá)<sup>4</sup>; y la Ley Modelo (modelo de ley) sobre Arbitraje Comercial Internacional aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI –o UNCITRAL, por sus siglas en inglés–) en 1985 y modificada en 2006<sup>5</sup>. Numerosos países de la región han reformado su normativa sobre arbitraje para reflejar o acoger los principios que inspiran los instrumentos mencionados. La mayoría de esos países ha concentrado su normativa sobre la materia en una ley de arbitraje<sup>6</sup>, con la excepción notable de Argentina, donde las fuentes positivas principales sobre arbitraje son códigos procesales de las provincias<sup>7</sup>.

Varios países de la región establecen diferencias basadas en el carácter internacional o doméstico del arbitraje, como es el caso de Bolivia<sup>8</sup>, Chile<sup>9</sup>, Colombia<sup>10</sup>, Costa Rica<sup>11</sup>, Nicaragua<sup>12</sup>, y Panamá<sup>13</sup>. Ha de notarse, sin embargo, que la Convención de Nueva York de 1958 no presupone para su aplicación en cuanto al reconocimiento y ejecución

---

<sup>3</sup> <http://www.newyorkconvention.org>, consultada en junio de 2015.

<sup>4</sup> <http://www.oas.org/juridico/english/treaties/b-35.html>, consultada en junio de 2015. La Convención de Panamá tiene algunos solapamientos o aspectos comunes con la Convención de Nueva York, y ha servido como gran impulso para que países Latinoamericanos acojan la Convención de Nueva York. La Convención de Panamá va más allá que la Convención de Nueva York al, por ejemplo, crear una Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial, bajo el auspicio de la Organización de Estados Americanos, cuyo reglamento y procedimiento de arbitraje puede encontrar base en la Convención de Panamá.

<sup>5</sup> <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitraltexts/arbitration/1985Modelarbitration.html>, consultada en junio de 2015. La Ley 8937 sobre Arbitraje Comercial Internacional de Costa Rica de 2011 menciona en su texto de forma expresa el modelo de ley de arbitraje de la UNCITRAL.

<sup>6</sup> En México, la normativa primaria está contenida en el Código de Comercio (título cuarto, arts. 1415 ss) desde 1993, pero sigue los parámetros de la ley modelo (modelo de ley) de arbitraje de la CNUMDI.

<sup>7</sup> En algunos países la normativa especial sobre arbitraje está contenida en un código más amplio, pero sin embargo concentrada y bien sistematizada. Es el caso de Uruguay y su Ley 15982 del Código General del Proceso de 1988 (puntualmente reformada por la Ley 16053 de 1989).

<sup>8</sup> Ley 708 de Conciliación y Arbitraje Internacional de 2015.

<sup>9</sup> Ley 19971 sobre Arbitraje Comercial Internacional de 2004.

<sup>10</sup> Ley 1563 por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional de 2012.

<sup>11</sup> Ley 8937 sobre Arbitraje Comercial Internacional de 2011; y Ley 7727 sobre Resolución Alterna de Conflictos y Promoción de la Paz Social de 1997.

<sup>12</sup> Ley 540 de Mediación y Arbitraje de 2005.

<sup>13</sup> La Ley 131 que regula el Arbitraje Comercial Nacional e Internacional en Panamá de 2013 (publicada en 2014).

de laudos que el arbitraje se califique como internacional: basta que se persiga o busque la ejecución del laudo en un país distinto al de su emisión para que el mismo quede protegido o cubierto por esa Convención. Para nosotros, en Latinoamérica la ley que mejor refleja el correcto funcionamiento expansivo del arbitraje, es la del Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje (Decreto 1071 del año 2008) en Perú.

## II. Naturaleza jurídica del arbitraje: de lo contractual a lo jurisdiccional y de la equidad al derecho

La principal disyuntiva que ha enfrentado el arbitraje como institución en Latinoamérica es la de su propia naturaleza jurídica. El debate parece centrarse entre dos extremos: uno contractualista y otro jurisdiccionalista.

Para el extremo contractualista, el arbitraje es un mecanismo en el cual las partes de un contrato de alguna forma insertan a terceros (los árbitros y, en ocasiones, un centro de arbitraje) en dicho contrato, delegando su voluntad o consentimiento para que esos terceros puedan injerir en la ejecución o terminación del contrato. Para el caso de disputas por pura responsabilidad extracontractual, los terceros se insertan en un contrato que se celebra después de surgida la disputa para delegar en ese momento la voluntad requerida para resolver la disputa. Consistente con esa visión, los árbitros no pueden incidir sobre lo que las mismas partes no puedan disponer: se requiere que la disputa involucre derechos disponibles, en materias susceptibles de transacción, excluyéndose temas que involucren o interesen al orden público y no existiendo la posibilidad de modificar soluciones acuñadas en normas imperativas o de aplicación necesaria<sup>14</sup>. Las partes, además, siempre permanecen como dueñas del procedimiento, pudiendo –si media su acuerdo– quitarle a los árbitros las facultades que antes les dieron.

De alguna forma, la visión contractualista es consistente con la que considera al arbitraje como un servicio privado, es decir, una presta-

---

<sup>14</sup> Es posible que en Brasil se plantee una interesante diatriba jurídica. En 2014 (con entrada en vigencia en 2015) se reformó la Ley 9307 de Arbitraje de Brasil de 1996. Se derogó, así, el art. 25 que disponía que “Si durante el curso de las actuaciones arbitrales, surge una controversia en materia de derechos sobre la cual una parte no puede disponer, de la cual la decisión final puede depender, el árbitro o el tribunal arbitral puede referir a las partes a la Corte del Estado que tenga jurisdicción, ordenando la suspensión de las actuaciones arbitrales” (traducción libre del portugués). Sin embargo, la ley sigue mencionado “*direitos indisponíveis*” para definir –y excluir– la arbitrabilidad.

ción humana que satisface una necesidad social, fuera del imperio del Estado. En la medida en que las partes alcancen un sosiego o tranquilidad jurídica entre ellas, el servicio habrá cumplido su objetivo. La intervención de los entes estatales, incluyendo los tribunales judiciales, debe ser muy limitada, privando la autonomía de la voluntad de las partes.

El extremo jurisdiccionalista, por su parte, concibe al arbitraje como un medio de administración de justicia. No está limitado de manera estricta por la voluntad de las partes, sino que deriva su validez y eficacia práctica de normas jurídicas, en algunos casos inclusive de rango constitucional<sup>15</sup>. En este escenario, el arbitraje no se limita al ámbito de derechos disponibles y la capacidad para transigir, ni es incompatible con el orden público. Los árbitros, una vez designados, tienen una posición de poder y superioridad sobre las partes y el conflicto; y deben aplicar con rigor (lo cual no significa rigidez) normas imperativas o de aplicación necesaria.

La tendencia actual en Latinoamérica es dejar atrás la visión mero contractualista del arbitraje, acogiendo algunos rasgos del extremo jurisdiccionalista. No pensamos que se trate de llegar a un híbrido, en el sentido de ser el producto de elementos de distinta naturaleza, ni de un eclecticismo que persigue lo intermedio. Se trata, más bien, de que el arbitraje tiene características propias y peculiares, que lo definen sin partir de un punto contractualista o jurisdiccionalista. Una vez que esas características se juntan, producen, como efecto –no como causa ni premisa–, algunas consecuencias que asimilan al arbitraje con un mecanismo contractual y otras que lo acercan mucho a una jurisdicción. No es esencial para definir al arbitraje tomar una posición sobre una concepción contractualista u otra jurisdiccionalista.

El arbitraje debe basarse en un consentimiento de las partes, plasmado en un acuerdo de arbitraje. En eso se asemeja a una institución contractual. Por otra parte, no es incompatible con temas de orden público y produce o puede producir actos jurídicos equivalentes, o hasta superiores, a sentencias judiciales<sup>16</sup>. En eso se parece a un me-

---

<sup>15</sup> *Vid.*, *v.gr.*, arts. 17 de la Constitución Política de los Estados Mexicanos de 1917, reformada en 2008; y art. 253 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, que mencionan a los mecanismos alternativos de justicia.

<sup>16</sup> El crecimiento del arbitraje de inversión, fundamentado en tratados internacionales, ha ayudado y de alguna forma permeado al campo contractual o comercial para superar el prejuicio de que el arbitraje no puede operar en sectores que interesen al orden público. Ese prejuicio no ha sido totalmente eliminado, sin embargo. El art. 737 del Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Nación Argentina, por ejemplo, dispone que “no

canismo jurisdiccional<sup>17</sup>. Además, debe gozar de flexibilidad sustantiva y procedimental y ser, por esencia, externo al aparato estatal y gozar de autonomía operativa. En eso se diferencia de los tribunales y procedimientos judiciales.

El arbitraje ordinario es, así, una institución jurídica con antecedentes en métodos políticos de resolución de conflictos entre comerciantes, mediante la cual un tercero ajeno a la estructura del Estado se constituye excepcionalmente en autoridad, por el consentimiento de las partes y en concurrencia con la jurisdicción estatal, para resolver de manera jurídicamente vinculante un conflicto con la aplicación de normas o principios preexistentes. El arbitraje no es excepcional ni está supeditado jerárquicamente al Poder Judicial. Debe conservar ciertas propiedades que lo caracterizaron en su origen y que lo deben diferenciar del funcionamiento de procesos judiciales; en particular, la flexibilidad en la interpretación y extensión, subjetiva y material, de los acuerdos de arbitraje, en la valoración de las pruebas, y –en general– en el método de razonamiento jurídico.

El arbitraje contribuye a acrecentar la separación de Poderes Públicos, a disminuir la incidencia de éstos sobre partes privadas, y a la reducción de casos judiciales. Tales circunstancias constituyen justificación filosófica suficiente para considerársele no excepcional y limitado, sino expansivo en su contenido y aplicación. Por ello, al designarse el arbitraje como un mecanismo alternativo, el vocablo “alternativo” no debe transmitir una contraposición a modelos oficiales comúnmente aceptados, y pasar a comunicar una capacidad de alternar con función y extensión igual o al menos semejante a dichos modelos oficiales.

La definición del arbitraje que hemos postulado, y el entendimiento de que éste no se limita a consecuencias contractuales ni se fundamenta solo en nociones de esa naturaleza, ha producido la tendencia de acrecentar su uso en derecho y a que el arbitraje de equidad haya pasado a un segundo plano práctico<sup>18</sup>. El arbitraje de alguna forma

---

podrán comprometerse en árbitros, bajo pena de nulidad, las cuestiones que no puedan ser objeto de transacción”.

<sup>17</sup> Aquí merece especial mención el art. 202 de la Constitución Política de la República de Panamá (con reformas de 2004): “El Órgano Judicial está constituido por la Corte Suprema de Justicia, los tribunales y los juzgados que la Ley establezca. La administración de justicia también podrá ser ejercida por la jurisdicción arbitral conforme lo determine la Ley. Los tribunales arbitrales podrán conocer y decidir por sí mismos acerca de su propia competencia”.

<sup>18</sup> En Perú, *v.gr.*, hasta 2008 la ley daba prioridad al arbitraje de conciencia, por cuanto se contemplaba que en caso de no haber pactado que el arbitraje fuese de derecho, se

nació en el campo de la equidad, pero hoy en día el arbitraje de equidad ha dejado de ser la regla y pasado a ser la excepción. Eso ha llevado a que algunas jurisdicciones requieran la representación por abogados autorizados o licenciados en arbitrajes domésticos o que los árbitros estén autorizados para ejercer el Derecho aplicable al fondo del conflicto<sup>19</sup>.

Bolivia merece especial mención en su concepción normativa sobre la naturaleza del arbitraje. Luego de contar por más de 17 años con una moderna ley de arbitraje (Ley 1770 de 1997 sobre arbitraje y conciliación, basada en gran parte en el modelo de ley de la CNUDMI), ésta fue sustituida en 2015 por la Ley 708 de Conciliación y Arbitraje Internacional, destinada a regular particularidades y visiones gubernamentales del arbitraje con entes estatales<sup>20</sup>.

### III. Autonomía del Derecho arbitral

Las características o rasgos que definen al arbitraje, requieren o al menos implican que éste sea estudiado o aproximado bajo principios

---

tenía por entendido que era de conciencia (art. 3, Ley 26572). Ese principio fue cambiado o invertido por el Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje (Decreto 1071 del año 2008), que sustituyó a la Ley General de Arbitraje (Ley 26572). En Argentina, el art. 766 del Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Nación establece que en el denominado “juicio de amigables compondores” si nada se hubiese estipulado en el compromiso acerca de si el arbitraje ha de ser de derecho o de amigables compondores, o si se hubiese autorizado a los árbitros a decidir la controversia según equidad, se entenderá que es de amigables compondores.

<sup>19</sup> Ejemplo lo constituye Colombia en el art. 7 de la Ley 1563 por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional de 2012, que contiene requisitos de profesión y nacionalidad de los árbitros en el arbitraje nacional. En Ecuador, el art. 3 de la Ley de Arbitraje y Mediación de 1997 (codificada en 2006) requiere que en el arbitraje de derecho los árbitros sean abogados, no distinguiéndose en la ley el supuesto de arbitraje bajo Derecho sustantivo no ecuatoriano. Para nosotros ese requerimiento es entendible, pero –en general– conceptualmente incorrecto, aun para el arbitraje doméstico. En todo caso, esa limitación o requisito debe ser expreso y preciso por ley para el arbitraje; no debe integrarse por analogía o importarse desde procedimientos judiciales. Para nosotros, en silencio de la ley, no debe requerirse la asistencia de abogados, ni siquiera en el arbitraje doméstico de derecho.

<sup>20</sup> El honorable Procurador General del Estado Plurinacional de Bolivia, doctor Héctor Arce, declaró recientemente: “La anterior ley 1770 no preveía regulación sobre controversias en las que interviene el Estado, era una ley marcada por la ideología liberal, en el contexto internacional el Estado tenía las de perder, porque estaba sometido a los famosos tratados bilaterales de inversión, todos denunciados por el Estado Plurinacional de Bolivia de conformidad al mandato de la disposición Transitoria Novena de la Constitución Política del Estado”. Consultado en <http://www.correodelsur.com/20150522/politica/aprueban-la-ley-de-conciliacion-y-arbitraje> en junio de 2015.

rectores que tienden a darle autonomía científica. El arbitraje solía estudiarse como parte o bajo la disciplina del Derecho procesal o la del mercantil. En algunas universidades se impartía, a lo sumo, como seminario o materia optativa, con frecuencia unido a la negociación, mediación y conciliación. Hoy en día, en cambio, se acerca a no depender de otras materias o ramas del Derecho<sup>21</sup>.

Una manifestación de esa autonomía es que el acuerdo de arbitraje, aun considerándose un contrato, es calificado, interpretado e integrado bajo un conjunto de criterios distintos de los relevantes para contratos de estricto Derecho civil. La formación del acuerdo de arbitraje, su transmisión y extensión, y los temas relativos a su eficacia (capacidad de las partes y ausencia de vicios del consentimiento) son muy particulares<sup>22</sup>. De alguna manera, las normas para reconocer validez y eficacia a un acuerdo de arbitraje, y considerar a una persona vinculada o cubierta por aquél, son más amplias, expansivas y menos exigentes o rígidas que las que usualmente se aplican a los contratos ordinarios. Eso, inclusive con respecto a personas estatales o de Derecho público, sin perjuicio de las autorizaciones burocráticas especiales que puedan requerirse.

Una persona puede considerarse no vinculada bajo un contrato, pero sin embargo, obligada a efectos del acuerdo de arbitraje contenido o incluido en aquél. Además, el Derecho sustantivo aplicable al fondo o sustancia de un contrato principal puede ser distinto del relevante para el acuerdo de arbitraje. El contrato principal puede estar regido por un Derecho seleccionado por el consenso de las partes, o el que resulte de aplicar las normas de Derecho internacional privado o conflicto de leyes; en cambio, el acuerdo de arbitraje tenderá a regirse por la *lex arbitri* (normas sobre arbitraje, sin importar que estén contenidas en la Constitución, leyes, reglamentos o jurisprudencia) del lugar de arbitraje<sup>23</sup>. Siendo que los recursos o impugnaciones contra los actos del tribunal arbitral tendrían que interponerse ante un tribunal judicial con jurisdicción territorial sobre aquél, ese tribunal judicial

---

<sup>21</sup> Para la Universidad Central de Venezuela, por ejemplo, *vid.* <http://www.postgradofcjp.net.ve/docs/programas/2012-2/0404014/arbitraje.pdf> (consultado en junio de 2015). En España: <http://www.catedralegalitas.es/curso-superior-universitario-en-arbitraje-formacion-inicial/> (consultado en junio de 2015).

<sup>22</sup> *Vid.* A. Follonier, “La formación del convenio arbitral internacional en América Latina y en Suiza”, consultado en <http://www.limaarbitration.net/LAR5/Alejandro-Follonier-Ayala.pdf> en junio de 2015.

<sup>23</sup> Las partes pueden seleccionar de forma expresa el derecho que rige el acuerdo de arbitraje en sí; pero esa posibilidad se ejerce muy poco en la práctica.



mirará hacia, y se considerará vinculado naturalmente, por las leyes de su propio lugar o sede.

Esas separaciones o posibles desdoblamientos entre el Derecho del contrato principal (*lex contractus*) y la *lex arbitri* han llevado a que ésta se estudie bajo principios que han buscado o apuntado hacia cierta uniformidad en Latinoamérica, atenuando las diferencias territoriales más propias del Derecho civil<sup>24</sup>. Pensamos que puede comenzar a hablarse de una *lex mercatoria* arbitral transnacional o al menos regional, inclusive para posiciones que abogan por la importancia del Derecho sustantivo que pueda aplicarse a las partes (en cuanto a su consentimiento como requisito de existencia del acuerdo de arbitraje visto como un contrato) y de una validez intrínseca del acuerdo de arbitraje que se distingue de la validez formal (regida por el Derecho del país de celebración de dicho acuerdo).

Han incluso surgido, así, teorías que postulan que los laudos arbitrales son en sí mismos transnacionales o anacionales, en el sentido de que no se encuentran insertos en un ordenamiento jurídico estatal particular, sino que tienen su base jurídica fundamental en la *lex mercatoria* transnacional, que facilita la uniformidad del Derecho sustantivo<sup>25</sup>. Los ordenamientos estatales “internos” son relevantes – bajo esa perspectiva– solo cuando una parte interesada lleva el laudo a un tribunal judicial para su ejecución forzosa. Pero mientras esa posición sobre el carácter anacional de los laudos no pase a ser de aceptación general, la realidad es que el Derecho sustantivo aplicable al fondo de un arbitraje o laudo arbitral puede representar un reto para la ejecución del laudo cuando se presenten algunos elementos de diversidad o extranjería. Así podrá ser cuando un tribunal judicial sea llamado a ejecutar un laudo basado en un Derecho de nacionalidad distinta a la del tribunal, con principios o fundamentos extraños o no habituales para ese tribunal judicial.

La autonomía del Derecho arbitral parece producir un consenso de que el arbitraje no debe ser judicializado, es decir, no debe ser asimi-

---

<sup>24</sup> Aquí merecen muy especial mención: el art. 6 de la Ley 131 que regula el Arbitraje Comercial Nacional e Internacional en Panamá de 2013; el art. 64 de la Ley 1563 por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional de Colombia de 2012; y el art. 2A(I) de la Ley 8937 sobre Arbitraje Comercial Internacional de Costa Rica de 2011. Esos artículos disponen que en la interpretación de la ley de arbitraje “habrá de tenerse en cuenta su [origen][carácter] internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe”.

<sup>25</sup> J.C. Fernández Rozas, “El arbitraje comercial internacional entre la autonomía, la anacionalidad y la deslocalización”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LVII, 2005, pp. 605–637.

lado en su funcionamiento operativo, sustantivo y adjetivo, a procedimientos judiciales<sup>26</sup>. Adicionalmente, las diferencias del arbitraje con los procedimientos judiciales deben ser respetadas, aceptadas y miradas con atención por el Poder Judicial cuando los laudos sean llevados a éste, bien sea para su ejecución o para su potencial anulación.

#### **IV. *Kompetenz –kompetenz* y separabilidad del acuerdo de arbitraje**

El principio *kompetenz –kompetenz* implica la competencia del tribunal arbitral para decidir sobre su propia competencia<sup>27</sup>. Requiere que ante un acuerdo de arbitraje *prima facie*, es decir, uno que pase un escrutinio de apariencia mínima de validez y eficacia (no un pronunciamiento final y vinculante), se someta a la decisión de un tribunal arbitral para que sea éste el primero que emita un pronunciamiento vinculante sobre dichas validez y eficacia. El tribunal arbitral está así facultado para analizar su propia jurisdicción y, en caso de afirmar la misma, puede excluir parcialmente a los tribunales judiciales del conocimiento del asunto. No quiere ello decir que el tribunal arbitral sea el único autorizado para analizar la validez y eficacia del acuerdo de arbitraje, visto que los tribunales judiciales pueden visitar el asunto al momento de recibir un eventual laudo arbitral para su ejecución o en solicitudes de anulación.

Puede darse el caso, además, de que un tema o conflicto en el que medie o exista un acuerdo de arbitraje sea llevado al inicio a un tribu-

---

<sup>26</sup> Consideramos, salvo mejor criterio, que Ley 1563 por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional de 2012 de Colombia, en sus arts. 1 al 58. hace al arbitraje nacional o doméstico demasiado parecido a procedimientos judiciales. Esos artículos requieren la asistencia de abogados, norman las sanciones disciplinarias a los árbitros, establecen la figura reglada del secretario del tribunal arbitral, y disponen otros temas adjetivos con indeseada precisión. Los artículos de la misma ley sobre el arbitraje internacional son, en cambio, muy positivos y siguen en buena medida los lineamientos del modelo de ley de arbitraje de la UNCITRAL. Pareciera que en Colombia se llegó a una solución legislativa de compromiso en cuanto a la flexibilidad del arbitraje.

<sup>27</sup> Debe tenerse presente que en la práctica o sistema arbitral, ciertos conceptos tradicionales de derecho procesal, como jurisdicción y competencia, no tienen la misma acepción o contenido práctico. Para el arbitraje, la diferencia entre jurisdicción y competencia, aun de existir, no es trascendente en la mayoría de los casos. Asimismo, la separación entre jurisdicción, acción y proceso, y el análisis aislado de asuntos como la cualidad o legitimación de las partes, puede ser de poca importancia en el arbitraje, pues todo en fin de cuentas se resume o concentra en la validez y extensión –material y subjetiva– del acuerdo de arbitraje. El arbitraje implica un procedimiento, pero no necesariamente un proceso (en sentido procesal estricto).

nal judicial por actuación de una parte interesada. En ese caso, el tribunal judicial deberá apreciar, si es opuesta como defensa, la excepción de arbitraje. En ciertas circunstancias también podrá el tribunal judicial remitir de oficio el asunto a arbitraje, bien sea al declarar su propia falta de jurisdicción o bajo otra figura o causal procesal. En esas circunstancias, el tribunal judicial no debe ser intrusivo ni disruptivo del principio *kompetenz-kompetenz*, sino limitarse a apreciar si existe o no un acuerdo de arbitraje *prima facie*. Es este un aspecto en el que los tribunales judiciales no han sido lo suficientemente deferentes o respetuosos del *kompetenz-kompetenz*, ya que muchos todavía tienden en la práctica a imponer o aplicar sus propios criterios sobre la validez del acuerdo de arbitraje<sup>28</sup>.

El reconocimiento de la separabilidad o autonomía del acuerdo de arbitraje, que es un principio que va de la mano y el indispensable para la correcta operatividad del *kompetenz-kompetenz*, sí parece ser aceptado de manera inveterada. La separabilidad o autonomía implica que la invalidez, o alegato de invalidez, del contrato principal no acarrea o arrastra —entre otras causas, quizá, por la autonomía del Derecho arbitral— la invalidez del acuerdo de arbitraje. Lo contrario haría muy fácil sabotear o torpedear los procedimientos arbitrales con el simple argumento de invalidez del contrato principal. No hemos encontrado fuentes de Derecho en Latinoamérica que desconozcan la separabilidad y autonomía del acuerdo de arbitraje.

## V. Arbitrabilidad

La arbitrabilidad, al menos en su aceptación material, es decir, sobre las materias o temas que pueden ser juzgadas o adjudicadas en arbitraje, ha ido en paulatino pero constante crecimiento en Latinoa-

---

<sup>28</sup> En Venezuela, constituyen ejemplos de indebida intrusión del Poder Judicial en el *kompetenz-kompetenz* las siguientes decisiones judiciales: Sentencia de la Sala Político-Administrativa número 0259 de fecha 13 de febrero de 2007, publicada el 14 de febrero de 2007 (expediente 2006-0574) caso: *Urbanizadora Sebuacán, C.A. vs. Junta de Administración del Centro Comercial Los Chaguaramos*. Sentencia de la Sala Político-Administrativa número 5249 de fecha 02 de agosto de 2005, publicada el 03 de agosto de 2005 (expediente 2005-3674), caso: *Seforex vs. Fibranova, C.A.* Sentencia de la Sala Político-Administrativa número 0188 de fecha 01 de febrero de 2006 (expediente 2006-0002), caso: *Hesperia Enterprise Sucursal Venezuela, C.A. vs. Corporación Hotelera Hemesa, S.A.* Sentencia de la Sala Político-Administrativa número 0585 de fecha 07 de marzo de 2006 (expediente 2006-0219), caso: *Angelita Jardim Figueria vs. BX2 Franquicias C.A.*

mérica<sup>29</sup>. Desde la concepción, inicial reflejada en muchas leyes, aún vigentes, de la segunda mitad del siglo XX, que limitaba la arbitrabilidad a derechos disponibles y temas comerciales transigibles que no interesaren al orden público<sup>30</sup>, ésta ha pasado a incluir –en el arbitraje de Derecho– asuntos que no son meramente comerciales ni transables<sup>31</sup>. Esa ampliación se ha desarrollado más por vía jurisprudencial que legislativa<sup>32</sup>. Un dilema en algunos países de la región es compaginar la visión más inclusiva del arbitraje reflejada en sus constituciones con las de leyes sobre arbitraje que en su texto parecen más limitativas de la arbitrabilidad<sup>33</sup>.

---

<sup>29</sup> *Vid.* en Perú, por ejemplo, el art. 40º del Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, publicado en el *Diario Oficial El Peruano*, con fecha 4 de junio de 2008: “Art. 40.– *Cláusulas obligatorias en los contratos.* Los contratos regulados por la presente norma incluirán necesariamente y bajo responsabilidad cláusulas referidas a: [...] c) Solución de Controversias: toda controversia surgida durante la etapa de ejecución del contrato deberá resolverse mediante conciliación o arbitraje. En caso que en las bases o el contrato no se incluya la cláusula correspondiente, se entenderá incorporada de pleno derecho la cláusula modelo que establezca el Reglamento”.

<sup>30</sup> El art. 3 de la Ley 489–08 sobre Arbitraje Comercial de República Dominicana de 2008 excluye del arbitraje las “causas que conciernen al orden público”. Pensamos que las referencias a la disponibilidad de derechos y el orden público son vestigios ahora aplicables sólo al arbitraje de equidad.

<sup>31</sup> En Uruguay, al art. 472 de la Ley 15982 del Código General del Proceso de 1988 (reformada en 1989 por la Ley 16053) contempla una disposición loable y amplia, que no refiere al orden público y a la transabilidad como limitantes de la arbitrabilidad: “toda contienda individual o colectiva, podrá ser sometida por las partes a resolución de un tribunal arbitral, salvo expresa disposición legal en contrario”.

<sup>32</sup> La sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela número 1541 de fecha 17 de octubre de 2008, referida a la interpretación del art. 258 de la Constitución de 1999, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* número 39.055 del lunes 10 de noviembre de 2008, dispuso que si “una materia debe estar regida por el orden público, no deben excluirse *per se* a los medios alternativos para la resolución de conflictos y, entre ellos, al arbitraje, ya que la declaratoria de orden público por parte del legislador de una determinada materia lo que comporta es la imposibilidad de que las partes puedan relajar o mitigar las debidas cautelas o protecciones en cabeza del débil jurídico, las cuales son de naturaleza sustantiva; siendo, por el contrario que la libre y consensuada estipulación de optar por un medio alternativo —*v. gr.*, arbitraje, mediación, conciliación, entre otras—, en directa e inmediata ejecución de la autonomía de la voluntad de las partes es de exclusiva naturaleza adjetiva. Para conocer si algún tópico de cierta relación jurídica es susceptible de arbitraje o no, bastará con discernir si allí puede llegar también el conocimiento de un juez, pues si es así, no habrá duda de que también es arbitrable por mandato de la voluntad de las partes. Esto, en contraposición al ámbito exclusivamente reservado al conocimiento de una autoridad administrativa (Poder Ejecutivo), en donde no pueden llegar los árbitros, como tampoco el juez”.

<sup>33</sup> En algunos países esta disyuntiva es interna a la propia Constitución. Es el caso de Ecuador, cuya Constitución de 2008, en su art. 190, reconoce el arbitraje, estipulando en su aparte que procede en temas de contratación pública (donde la posibilidad de transigir

Ese crecimiento puede acreditarse, en parte, al aumento en el uso del arbitraje de inversiones, apalancado en tratados internacionales, que implica la participación de entes estatales de Derecho público y temas que interesan al orden y políticas públicas<sup>34</sup>. También, en otra medida, a la subida en la confianza social e institucional en el arbitraje como institución jurídica. De esa forma, para nosotros, y aunque siga arrastrándose por razones de origen histórico, el calificativo de comercial no es ya apropiado para el arbitraje basado en contratos o en acuerdos de arbitraje privados. Pensamos que el calificativo de arbitraje “ordinario”, contrapuesto al arbitraje de inversiones y el arbitraje entre Estados, es más acertado. Es una realidad que el arbitraje ha empezado a usarse para, por ejemplo, temas de Derecho administrativo y servicios públicos, que no son en su esencia comerciales<sup>35</sup>.

Con esa realidad, el test o análisis para determinar la arbitrabilidad material ha empezado a dejar de ser revisar si el conflicto involucra o interesa al orden público y si va más allá de derechos disponibles. Cuando en el arbitraje son relevantes el orden público y normas imperativas o de aplicación necesaria, los árbitros deben, simplemente, seguirlas y respetarlas. En caso de apartarse de ellas, el Poder Judicial podrá –en nuestro criterio– anular el laudo por error inexcusable si hay una inobservancia grave y palmaria del derecho sustantivo aplicable. De esa forma, la tendencia –aunque incipiente– es a favorecer el principio tuitivo, que, con algún dinamismo y sujeto a evolución, revisa si con respecto a la materia o tema en litigio, existe suficiente confianza social e institucional en el arbitraje, y si en éste se involucran, aunque sea de manera indirecta, intereses de débiles jurídicos, intereses de terceros o intereses colectivos, para cuya tutela deben participar en fase cognitiva jueces permanentes del aparato estatal<sup>36</sup>.

---

es inexistente o al menos muy limitada), pero disponiendo en su encabezamiento que se circunscribe a materias en las que por su naturaleza se pueda transigir.

<sup>34</sup> Muchas leyes sobre arbitraje al definir las materias o temas arbitrables dicen hacerlo sin perjuicio de lo establecido en tratados internacionales vigentes o aplicables en el país relevante. El arbitraje de inversión tiene claras diferencias con el arbitraje ordinario (mayoritariamente denominado comercial) pero ambos se influyen de manera recíproca; además comparten elementos comunes.

<sup>35</sup> La reforma de 2014 de la Ley 9307 de Arbitraje de Brasil de 1996 contempla el arbitraje por entes del Estado.

<sup>36</sup> El proceso legislativo ocurrido en Brasil en 2014 para la enmienda de la Ley 9307 de Arbitraje de 1996, concluido con entrada en vigencia en 2015, constituyó un ejemplo del principio tuitivo. Ese proceso de reforma pasó a permitir de manera expresa el arbitraje societario. Sin embargo, el arbitraje de consumo o en materias de protección al consumi-

## VI. Medidas cautelares

En el arbitraje siempre estuvo de alguna manera implícito, aunque tal vez no bien articulado, que los árbitros podían adoptar medidas cautelares o preventivas, en ciertos casos denominadas interinas. En cierto sentido se ha reconocido que quien puede lo más (decidir el fondo o mérito), puede lo menos (tratar de asegurarse de que la decisión de fondo sea efectiva en la práctica para favorecer a quien tiene la razón)<sup>37</sup>. Costa Rica y Panamá parecen ser las jurisdicciones con la regulación más detallada sobre medidas cautelares y órdenes preliminares en arbitraje<sup>38</sup>. El reto se presentó, sin embargo, con el tiempo y trámites necesarios para constituir tribunales arbitrales, y la realidad de que, para que sean efectivas, algunas medidas cautelares o preventivas necesitan ser dictadas sin demora y sin audiencia o notificación previa de la parte contraria (*inaudita alteram partem*). Para ello, comenzaron a atisbarse dos alternativas. La primera, permitir que tribunales judiciales dictasen medidas previas, en cierta forma anticipadas al arbitraje o prearbitrales, sin que el uso del Poder Judicial implique una renuncia al arbitraje<sup>39</sup>. La segunda, la constitución de tribunales o árbitros denominados “de emergencia”<sup>40</sup>.

La figura del árbitro de emergencia ha sido acogida, así, en muchos reglamentos de arbitraje<sup>41</sup>. Bajo la misma, el centro de arbitraje, de

---

dor fue aprobado por el cuerpo legislativo pero luego vetado por el Vice-Presidente de la República Federativa de Brasil.

<sup>37</sup> Para jurisdicciones como Argentina en la que el 753 del Código de Procedimiento Civil y Comercial establece que “Los árbitros no podrán decretar medidas compulsorias, ni de ejecución, deberán requerirlas al juez y éste deberá prestar el auxilio de su jurisdicción para la más rápida y eficaz sustanciación del proceso arbitral”, se ha interpretado que la limitación se circunscribe al uso de la fuerza pública.

<sup>38</sup> Arts. 33 al 44 de la Ley 131 que regula el Arbitraje Comercial Nacional e Internacional en Panamá de 2013. Arts. 17 al 17G de la Ley 8937 sobre Arbitraje Comercial Internacional de Costa Rica de 2011.

<sup>39</sup> *Vid.*, como ejemplos, art. 29 de la Ley 540 de Mediación y Arbitraje de 2005, para Nicaragua; y el art. 18 de la Ley 131 que regula el Arbitraje Comercial Nacional e Internacional en Panamá de 2013.

<sup>40</sup> Pensamos que la denominación de emergencia no es la más ideal, ya que todas las medidas cautelares o preventivas deben ser o implicar, por esencia, una emergencia, independientemente de que las dicte el mismo tribunal constituido para conocer del fondo o mérito u otro previo a su constitución. La denominación de árbitros cautelares o tribunales preparatorios podría ser acertada, pero no ha sido la acogida.

<sup>41</sup> A nivel internacional merece especial mención el art. 29 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de 2012. Consultado en [www.iccwbo.org](http://www.iccwbo.org) en junio de 2015.

manera expedita y en muchos casos con la posibilidad de actuar sin notificación previa a la parte contraria<sup>42</sup>, designa un árbitro *ad hoc* con el sólo propósito de decidir sobre la solicitud cautelar o preventiva. La decisión sobre la medida tiende a no denominarse laudo (a pesar de serlo en sustancia), posiblemente para tratar de limitar, por forma, recursos judiciales en su contra, o evitar escrutinios que consumen tiempo adicional. Esa decisión puede ser revisada (ratificada, modificada o revocada) *ex post* por el tribunal arbitral que se constituya luego para conocer del fondo o mérito del conflicto.

## VII. Flexibilidad adjetiva y sustantiva

Una característica básica del arbitraje, fundamentada en su ubicación fuera del aparato estatal y en su cualidad de alterno a éste, es su flexibilidad adjetiva y sustantiva<sup>43</sup>. Un procedimiento que sea rígido en sus lapsos o en sus requisitos formales o de expresión externa, no es propio del arbitraje, aunque nominalmente se le llame tal. El arbitraje debe guardar diferencias constructivas con los procedimientos judiciales, que no lo hacen mejor ni peor que éstos, pero sí –por esencia– distinto. La flexibilidad no puede, claro, conducir a un desorden ni a consecuencias que no sean comprensibles por el discurrir del entendimiento. Todo arbitraje debe guardar un balance y equilibrio entre las partes, de manera que alguien que analice una decisión arbitral, si es una persona con apreciación razonable, pueda entender su contenido u objeto, su causa, y su fin. En el arbitraje, las formas no deben considerarse fines en sí mismas.

Esa misma flexibilidad tiene consecuencias en lo sustantivo. Los árbitros deben prestar atención y analizar las fuentes sustantivas del derecho, incluyendo las decisiones o precedentes judiciales relevantes y persuasivos. No deben ignorarlas so pretexto de autonomía. No obstante, los árbitros deben tener un margen de actuación o discreción sustantiva para realizar interpretaciones y aplicaciones del derecho. Deben ser rigurosos y profundos en sus métodos y técnicas de análisis, pero no rígidos ni exégetas estrictos.

Esa flexibilidad en lo sustantivo puede conllevar a preocupaciones o resistencias cuando los asuntos juzgados en arbitraje interesen al or-

---

<sup>42</sup> No es esta en principio la práctica de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.

<sup>43</sup> Para Nicaragua, la Ley 540 de Mediación y Arbitraje de 2005 refiere expresamente en su art. 3 al principio de informalidad y flexibilidad del procedimiento, así como al principio pro arbitraje.

den público o involucren normas de aplicación necesaria. No postulamos que los árbitros puedan apartarse de ellas. Pero debe reconocerse que no todos los casos son fáciles. Para los que lo sean, en el sentido de que puedan resolverse sobre la base de racionalidad formal, los árbitros deben ceñirse a esta. Los casos difíciles, en cambio, inclusive en el escenario de normas de aplicación necesaria, pueden tener más de una respuesta correcta. Este tipo de “casos plantea la necesidad de armonizar entre sí, valores o principios que están en conflicto”<sup>44</sup> y, por lo tanto, pueden tener distintas soluciones aceptables en lo jurídico. En los casos difíciles no debe asumirse que las posiciones o decisiones de los jueces judiciales son mejores o deben imponerse sobre los criterios reflejados en laudos arbitrales.

Para los tribunales judiciales, la diferencia de criterio de juzgados distintos suele atenuarse con tribunales superiores o supremos que tienen jurisdicción sobre varios inferiores. En el arbitraje, por lo general no hay ni debe haber apelaciones<sup>45</sup> ni tribunales superiores unificadores, lo cual, de manera natural, conduce a la supervivencia de diversidad de criterios que propicia flexibilidad en lo sustantivo. Eso se compensa con la posibilidad de que tribunales judiciales anulen laudos arbitrales cuando éstos reflejen verdaderos errores inexcusables.

Un área de particular importancia para la flexibilidad arbitral, que involucra tanto derecho sustantivo como adjetivo, es la relacionada con pruebas. El repertorio o número de pruebas disponibles, su práctica y valoración, la carga de la prueba, y, en general, el traslado de hechos del mundo material al laudo arbitral, no son ni deben ser estrictos, estáticos, rígidos ni predeterminados en arbitraje<sup>46</sup>. Siempre que los árbitros respeten el derecho a la defensa y del debido proceso sustantivo, no deben estar atados por limitaciones o prescripciones propias de, por ejemplo, códigos de procedimiento civil. No deben permitirse divorcios entre la verdad material y la que refleja el laudo. En eso el arbitraje tiende a asimilarse a procedimientos administrativos, con dinamismo inclusive en la carga de la prueba.

---

<sup>44</sup> M. Atienza, *Tras la Justicia*, 5ª reimpr., Barcelona, Ariel, 1993, p. 177.

<sup>45</sup> Una excepción relativa, bastante sugerente, se refleja en las *Optional Appellate Arbitration Rules* de la *American Arbitration Association* (Estados Unidos de América). Esas reglas no se aplican de manera general ni por defecto, sino cuando las partes las adopten de forma expresa. *Vid.* <http://go.adr.org/AppellateRules> consultado en junio de 2015.

<sup>46</sup> En general, L.A. Petit Guerra: “El sistema de pruebas en el arbitraje desde la asunción el debido proceso como derecho fundamental” en [www.cedca.org.ve](http://www.cedca.org.ve) consultado en junio de 2015.



### VIII. Prevalencia del mérito sobre las formas

El arbitraje no es ni implica un proceso como conjunto de fases sucesivas y necesarias, relacionado con actuaciones del Estado (al cual el proceso impone directrices y límites), sino un procedimiento como método o actuaciones, no rigurosas, que no constituyen fines en sí mismas, destinadas a resolver un conflicto<sup>47</sup>. Las formas de procedimiento no son vitales ni indispensables en el arbitraje. En éste, lo importante es que se respete el derecho a la defensa, la igualdad y equilibrio adjetivo entre las partes, y que los acontecimientos o pasos sucedan en un orden comprensible, justificados por sus antecedentes. Más allá de ello, en el arbitraje deben prevalecer los méritos sobre las formas, y los conflictos deben tratar de ser resueltos en su fondo, permitiéndose un acceso a la justicia sustantiva y evitándose separaciones de verdades materiales con verdades procedimentales. Un buen árbitro de Derecho es, en nuestro criterio, alguien bien formado con conocimientos de Derecho sustantivo, que intente llegar en el conflicto de manera eficiente a lo que hace que tengan valor las cosas. Los abogados de parte en el arbitraje deben estar, en consecuencia, orientados en el mismo sentido.

Sin embargo, la práctica del foro regional, y probablemente mundial, quizá por el carácter confidencial de muchos laudos arbitrales en materia comercial (que dificulta su estudio), tiende a que los especialistas en arbitraje en ocasiones se limiten a temas adjetivos y de procedimiento. En los foros, congresos, jornadas y afines los programas y temas tienden a enfocarse a asuntos sobre ejecución y nulidad de laudos, comparación de reglamentos de centros de arbitraje, causales para recusaciones de árbitros y mecanismos para su designación, y cuestiones afines. Nos convertimos, a veces sin quererlo, en procesalistas del arbitraje<sup>48</sup>. Esperamos y deseamos que el estudio del arbitraje se dirija a conocimientos sustantivos, de Derecho privado o público, e incluso en lo que al Derecho arbitral o *lex arbitri* se refiera, a temas de sustancia, como el requisito del consentimiento de las partes y la extensión material de los acuerdos de arbitraje<sup>49</sup>.

---

<sup>47</sup> Los procesos incluyen o contienen procedimientos, pero no todo procedimiento tiene rango de proceso.

<sup>48</sup> No se pretende transmitir desprecio por los procesalistas ni por el derecho procesal, sino recordar que en arbitraje las formas y procedimientos no son partes constitutivas ni esenciales de la institución jurídica arbitral. En arbitraje las formas no son fines en sí mismas, y deben ser secundarias al acceso al mérito o fondo de los conflictos.

<sup>49</sup> Separar o diferenciar el Derecho sustantivo del adjetivo no es tan fácil como a primera vista puede pensarse. El Derecho arbitral concierne y contiene algunos aspectos sustantivos, no solo adjetivos.

## IX. Partes no signatarias y terceros intervinientes

El desarrollo de teorías, aproximaciones o vertientes que separan la formación, extensión y contenido de los acuerdos de arbitraje de los contratos de otra naturaleza ha sido paulatino pero certero. Se nota un avance importante a nivel de doctrina, pero quizá menor a nivel de decisiones judiciales y de legislación. La tendencia apunta a que, para el acuerdo de arbitraje, las normas y principios son más amplios, laxos, extensivos y dinámicos que en el Derecho civil, dirigiéndose a plantear un fuero atrayente y expansivo hacia el acuerdo de arbitraje.

Partes o personas que no se considerarían vinculadas por un contrato típico de Derecho mercantil en determinadas circunstancias, pueden apreciarse como obligadas o cubiertas por un acuerdo de arbitraje en las mismas o similares circunstancias. Esto puede deberse, en parte, al reconocimiento de los efectos jurisdiccionales del arbitraje y la necesidad de que el mismo sea efectivo y eficaz en la administración de justicia integral, de manera de no permitirse que partes se escurran del mismo por tangentes formalistas. El análisis de quiénes se consideran cubiertos u obligados por un acuerdo de arbitraje, sin duda, ya no se limita a revisar quién firmó con suficiente capacidad, o quién apareció mencionado expresa o nominalmente en dicho acuerdo, sino, más bien partiendo de un negativo, a quién no debe permitírsele salirse o evadir el mismo bajo principios de buena fe, justicia sustantiva y correcta correspondencia entre las personas<sup>50</sup>.

De esa forma, el acuerdo de arbitraje debe extenderse a

“... aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos”<sup>51</sup>.

Las teorías o posturas son diversas y proyectan los antecedentes jurídicos de cada jurisdicción. Pasan por el levantamiento del velo corporativo en el caso de abusos de formas o personalidades jurídicas, por el grupo de empresas o unidades económicas, por el acercamiento

---

<sup>50</sup> Consúltese en general: J. Santistevan de Noriega, “Extensión del convenio arbitral a partes no signatarias: expresión de la inevitabilidad del arbitraje”, *Revista peruana de arbitraje*, vol. 8, 2009, pp. 44 ss.

<sup>51</sup> Texto del art. 14 del Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje (Decreto 1071 del año 2008) en Perú.

y conocimiento fáctico y beneficios obtenidos del contrato o relación subyacente, por temas de agenciamiento o representación, así como por consentimientos implícitos o tácitos, y el relajamiento de requisitos internos o de formación de la autoridad corporativa. Situaciones o fuentes de obligaciones de derecho civil que algunos doctrinarios denominan cuasi-contratos (como la gestión de negocio y el enriquecimiento sin causa) producen o guardan algunas similitudes –aunque no total exactitud– con la extensión y alcance de los acuerdos de arbitraje. En los cuasi-contratos se genera responsabilidad sin que haya dos consentimientos que se entrelacen o manifiesten de manera perfecta. Para los acuerdos de arbitraje personas que no hayan manifestado un consentimiento por vías contractuales tradicionales pueden quedar atraídas y vinculadas por aquellos.

## **X. Recursos contra el laudo; el tema del amparo constitucional**

Es predominante en Latinoamérica la concepción de que el recurso de nulidad es el único recurso ordinario que procede contra los laudos arbitrales y que el mismo no constituye una apelación para revisar asuntos de mérito o fondo. El recurso de nulidad debe ser conocido por un tribunal judicial del lugar o sede del arbitraje, aunque en algunas jurisdicciones, como Argentina<sup>52</sup> y Bolivia<sup>53</sup>, se dispone que el recurso se presente ante los árbitros, para ante el tribunal judicial, de manera que aquéllos realicen una revisión formal sobre la admisibilidad *in limine* del recurso. En Argentina se diferencia además entre un recurso de apelación y otro de nulidad<sup>54</sup>, abriéndose una ventana –en nuestro concepto indebida por su amplitud– para que los jueces revisen el fondo de los laudos.

Las causales de nulidad del laudo son de Derecho arbitral y tienden a considerarse taxativas y excepcionales. El procedimiento judicial

---

<sup>52</sup> Artículos 758 y 759 del Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Nación. La legislación Argentina incluye una “apelación”.

<sup>53</sup> El art. 64 de la Ley 1770 de Arbitraje y Conciliación de Bolivia de 1997 disponía: “El recurso de anulación se interpondrá ante el Tribunal Arbitral que pronunció el laudo fundamentando el agravio sufrido, en el plazo de diez (10) días computables a partir de la fecha de notificación con el laudo o, en su caso, de la fecha de notificación con la enmienda, complementación o aclaración”. La Ley 1770 fue sustituida en 2015 por la Ley 708 de Conciliación y Arbitraje Internacional.

<sup>54</sup> Art. 758 del Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Nación Argentina “contra la sentencia arbitral podrán interponerse los recursos admisibles respecto de las sentencias de los jueces, si no hubiesen sido renunciados en el compromiso”.

para la anulación de laudos no es en la práctica una apelación o segunda instancia para revisar de modo abreviado los mismos asuntos que el laudo consideró. El laudo debe ser tratado de manera objetiva y el juez debe ser desinteresado y desapasionado, tal como si el laudo existiese realmente, fuera de las partes y del juez judicial. No podrá anularse un laudo sólo porque los árbitros razonaron en Derecho o fijaron los hechos probados con métodos o estándares distintos a los que hubiese tenido que usar un juez judicial, salvo cuando el laudo viole el orden público.

Los motivos de nulidad del laudo en general no incluyen aspectos de mera forma<sup>55</sup>. Tampoco temas de mérito o fondo. Así, no está en principio dado a un tribunal judicial analizar temas de sustancia del laudo arbitral, sino, únicamente, revisar si el laudo está o no incurso en las causales de nulidad previstas en el derecho arbitral relevante. Existe, entonces, una aparente disyuntiva o posible insuficiencia con respecto a las causales de nulidad del laudo arbitral, que no he recibido un tratamiento uniforme ni, en nuestro criterio, aceptable *vis-à-vis* la evolución del arbitraje hacia lo jurisdiccional. ¿Qué puede ocurrir si un laudo arbitral viola en su fondo el orden público o una norma de aplicación necesaria, si en principio no se permite anular el laudo por ese motivo? Más allá de que el laudo podría no ser ejecutable y que un tribunal podría en consecuencia denegar su ejecución, no es cónsono con la concepción que reconoce efectos de jurisdicción al arbitraje, que el tribunal que conoce del recurso de nulidad deba tolerar tal antijuridicidad del laudo. Por otra parte, no es cónsono con la promoción del arbitraje abrir una válvula para que se revisen en el recurso de nulidad, de forma amplia, temas de mérito o fondo de los laudos.

Así, al integrarse la concepción que ha comenzado a permitir que sean juzgados en arbitraje, con facultades jurisdiccionales, asuntos que involucren o interesen al orden público, debería concluirse que se permite al tribunal judicial relevante anular el laudo (y no solo dejar de ejecutarlo) cuando éste ha incurrido en un error inexcusable<sup>56</sup>.

---

<sup>55</sup> Llama la atención el art. 32(VII) de la Ley 9307 de Arbitraje de Brasil de 1996 (reformada en 2014) que dispone que es nulo el laudo dictado fuera de lapso o término, lo cual es –en nuestro criterio– una disposición rara e inconveniente. Muchas veces sería mejor esperar un laudo tardío en vez del inicio de otro procedimiento, arbitral o judicial.

<sup>56</sup> El error inexcusable se entiende como el que no puede justificarse por criterios razonables, que lesiona gravemente la conciencia jurídica porque constituye una crasa ignorancia o una suprema negligencia. Un error inexcusable es un error manifiesto. Se ha dicho que aquél se trata de “un concepto jurídico indeterminado o indefinido, por lo cual se requiere en cada asunto particular ponderar la actitud de un juez normal y de acuerdo a

Sería contrario al orden público no anular un laudo que ha incurrido en un error inexcusable<sup>57</sup>.

El laudo puede considerarse concebido en términos no ejecutables si incurre en un error inexcusable al, por ejemplo, aplicar incorrectamente una norma imperativa o de aplicación necesaria, de manera flagrante. En ese supuesto el laudo sería o reflejaría una materia (en el sentido de contenido u objeto) contrario al orden público. Un laudo viciado por un error inexcusable es, en sí, inejecutable. Ello, recordando que los tribunales judiciales no deben imponer sus interpretaciones por sobre la de los laudos arbitrales, ni efectuar revisiones *prístinas* o *de novo* sobre los asuntos adjudicados o resueltos en laudos. Aquéllos deben ser deferentes para con éstos, salvo muy limitadas excepciones. El tribunal judicial que conoce del recurso de nulidad no necesitará estar de acuerdo con lo decidido en el laudo; ni el tribunal arbitral debe adoptar toda la jurisprudencia sustantiva para que el laudo pueda considerarse válido.

Un punto destacable es que la declaratoria de nulidad del laudo se consideraba, en principio, *erga omnes*, universal o absoluta, si era declarada por un tribunal judicial competente del lugar del arbitraje. Eso se contraponía a las declaraciones de no reconocimiento o denegación de ejecución, que siempre tienen carácter relativo o circunscrito al territorio del tribunal que las emite. Recientemente han surgido casos y doctrinas que, en ciertos supuestos, restan importancia a la anulación del laudo y permiten su ejecución en países distintos al de la anulación<sup>58</sup>.

---

ello y a las características propias de la cultura jurídica del país, establecer el carácter inexcusable de la actuación del funcionario judicial. Es inexcusable el error grave, con el cual se pone de manifiesto, sin mayor dificultad, que se carece de la formación jurídica imprescindible para desempeñar con idoneidad la elevada función de juzgar” (*vid.*, resumen del tratamiento jurisprudencial sobre el concepto de error inexcusable, en: sentencia de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia número 203 de fecha 22 de mayo de 2006, caso: *Juan Bautista Fernández y otros*, expediente A06-0157).

<sup>57</sup> Entre otros, el art. 66 de la Ley 131 que regula el Arbitraje Comercial Nacional e Internacional en Panamá de 2013, el art. 1457.2º del Código de Comercio mexicano, y el art. 44.f) de la Ley de Arbitraje Comercial de Venezuela de 1998 (este último con una redacción algo infeliz) refieren a la violación del orden público como causal de anulación del laudo.

<sup>58</sup> *Vid.* sentencia estadounidense de 27 de agosto de 2013 en el caso: *Corporación Mexicana de Mantenimiento Integral, S. de R.L. de C.V. (Commisa) vs Pemex Exploración y Producción* (citada como USDCSDNY, 10 Civ. 206 (AKH)). En ese caso se reconoció carácter ejecutivo y ejecutorio en Estados Unidos a un laudo arbitral previamente anulado en México, dictado bajo el derecho sustantivo mexicano en un arbitraje que tuvo lugar en Ciudad de México.

El amparo constitucional y otros recursos extraordinarios que de cierta forma conviven con el recurso de nulidad han sido controversiales en arbitraje. El amparo constitucional fue concebido en sus orígenes para enfrentar abusos de autoridades estatales. Aun si se piensa que la relación de los árbitros con las partes es en esencia contractual (particularmente en el arbitraje ordinario comercial), no puede cuestionarse que una vez constituido un tribunal arbitral los árbitros se colocan en una posición de autoridad –con jurisdicción– sobre las partes. Además de ello, la jurisprudencia ha regularizado bastante el amparo para aplicarlo a relaciones entre particulares sin *ius imperium*, inclusive a relaciones contractuales que por definición son consensuales. Eso nos lleva a entender la posición de quienes postulan que los laudos arbitrales pueden, en ciertos casos, ser objeto de amparos constitucionales<sup>59</sup>.

La jurisprudencia tiende a señalar que las cláusulas arbitrales o acuerdos de arbitraje no necesariamente excluyen al amparo constitucional de manera absoluta cuando en el contexto de la relación de las partes pertinentes surjan violaciones de derechos o garantías constitucionales o cuando un tribunal arbitral infrinja derechos o garantías constitucionales<sup>60</sup>. No obstante, también es cierto que esa premisa no puede ser abusada ni tergiversada para, en el fondo, obtener la modificación, la prolongación o el mantenimiento de relaciones contractuales, pues ese tipo de pretensiones corresponden a acciones de cumplimiento –o resolución– de contratos. Mucho menos debe servir el amparo para sustituir el recurso ordinario contra el laudo arbitral. La admisibilidad del amparo contra laudos arbitrales u otras actuaciones u omisiones de un tribunal arbitral no debe convertirse en regla, ni mucho menos ser abusada. El amparo ha sido y debe continuar siendo excepcional en arbitraje.

Otro punto relacionado con los recursos contra el laudo es el de la impugnación de la sentencia judicial que decide el recurso de nulidad contra el laudo. En ese supuesto, el objeto formal del recurso o im-

---

<sup>59</sup> Sobre el tema en general, *vid.* E. Londoño y Gustavo Ortiz: Los laudos arbitrales como sentencias judiciales frente a la acción de tutela en Colombia. Cali, Colombia. Universidad Icesi, 2011. Consultado en junio de 2015 en: [https:// bibliotecadigital.icesi.edu.co/biblioteca\\_digital/bitstream/10906/72764/1/laudos\\_arbitrales\\_sentencias.pdf](https://bibliotecadigital.icesi.edu.co/biblioteca_digital/bitstream/10906/72764/1/laudos_arbitrales_sentencias.pdf). *Vid.*, también: J. Abanto, “El arbitraje en las sentencias del tribunal constitucional y la procedencia del recurso de amparo contra laudos arbitrales”, *Revista Peruana de Arbitraje*, n° 3, 2006, pp 147 ss.

<sup>60</sup> Para Argentina, *vid.* J.C. Rivera: Recursos contra laudos arbitrales, consultado en: [http://www.rivera.com.ar/sites/default/files/rivera\\_recursos\\_contra\\_el\\_laudo\\_arbitral\\_2.pdf](http://www.rivera.com.ar/sites/default/files/rivera_recursos_contra_el_laudo_arbitral_2.pdf) en junio de 2015.

pugnación no es el laudo, sino una sentencia judicial. Esa diferenciación ha permitido que en algunos países se alargue el trámite del litigio hasta, por ejemplo, la casación. Sin embargo la tendencia es a limitar los recursos judiciales que tengan relación con un arbitraje, aun cuando su objeto formal directo no sea un laudo arbitral. Perú constituye un ejemplo positivo: la casación se permite cuando el laudo es anulado, pero no cuando el recurso de nulidad contra éste es declarado sin lugar o desechado<sup>61</sup>. En Venezuela se planteó una disyuntiva entre la Sala de Casación Civil y la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, que se decantó por la no admisibilidad del recurso de casación<sup>62</sup>.

### XI. Ejecución inmediata del laudo

En general, el recurso de nulidad contra el laudo no suspende su ejecución ni efectos, salvo un pronunciamiento expreso del juez. Los laudos pueden en principio ser ejecutados aun si se interpone un recurso de nulidad y éste se encuentra pendiente de decisión<sup>63</sup>.

Cuando una autoridad gubernamental (en sentido amplio) es llamada a ejecutar o reconocer en su territorio un laudo dictado bajo un Derecho sustantivo de otra nacionalidad, los efectos del laudo que se limiten a relaciones inter-partes en el arbitraje, deberán ser analizados solo considerando si violan o no el orden público del lugar de ejecución del laudo. Lo que implique que terceras partes, incluyendo entidades gubernamentales, reconozcan efectos del laudo, podría ser más dificultoso. Para esa autoridad sería extraño reconocer y dar prevalencia en su territorio a efectos que se basen en leyes o tratados que

---

<sup>61</sup> Art. 64.5° del Decreto legislativo 1071 de 2008 que norma el arbitraje: “contra lo resuelto por la Corte Superior [sobre el recurso de anulación] sólo procede recurso de casación ante la Sala Civil de la Corte Suprema, cuando el laudo hubiera sido anulado en forma total o parcial.”

<sup>62</sup> La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela estableció el criterio, autoproclamado como vinculante con amplios efectos, de que las sentencias de tribunales judiciales superiores que decidan sobre recursos de nulidad contra laudos arbitrales no están sujetas al recurso de casación (véanse: sentencias número 1773 del 30 de noviembre de 2011, caso: *Van Raalte de Venezuela C.A.*, expediente 11-0381; y n° 95 del 17 de febrero de 2012, caso: *Hernando Díaz Candía y Bernardo Weininger*, expediente 11-1336).

<sup>63</sup> En Venezuela, el aparte del art. 43 de la Ley de Arbitraje Comercial de 1998 establece: “la interposición del recurso de nulidad no suspende la ejecución de lo dispuesto en el laudo arbitral a menos que, a solicitud del recurrente, el Tribunal Superior así lo ordene previa constitución por el recurrente de una caución que garantice la ejecución del laudo y los perjuicios eventuales en el caso que el recurso fuere rechazado.”

no constituyan, desde un punto de vista formal, Derecho positivo en ese lugar. Este reto o circunstancia podrá ser superado si se acepta que la celebración de tratados sobre el reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros implica acoger el derecho sustantivo que fundamenta el laudo, en todo lo que no colida con el orden público del lugar de reconocimiento o ejecución, inclusive en lo que el laudo deba, por la naturaleza del tema o asunto, surtir efectos sobre quienes no fueron parte en el arbitraje. Ello equivaldría a igualar, en cierta medida, los efectos inter-partes del laudo con sus demás consecuencias. Esa, para nosotros, es la solución correcta.

No debe desecharse o dejar de reconocerse un laudo arbitral en un territorio simplemente porque se fundamente en un Derecho extranjero. Si ese Derecho extranjero es compatible, en cuanto a lo que orden público relevante concierna, con el Derecho nacional relevante, no debe desconocerse aquél. La globalización y uniformidad del Derecho arbitral así lo requieren. Las leyes latinoamericanas sobre arbitraje, en general, así lo acogen.

La Convención de Nueva York de 1958 permite ejecutar los laudos dictados en otro país sin un procedimiento de exequátur u homologación ante un tribunal de última instancia del lugar de ejecución. Agregamos, además, que cuando los tribunales judiciales reciban para su reconocimiento y ejecución laudos arbitrales deben ser muy deferentes con los mismos. Deben proceder como si el laudo estuviese revestido de una presunción de validez y eficacia, sin imponer trabas ni preconcepciones o estándares propios de procedimientos judiciales. De nada sirve reconocer constitucionalmente la facultad de las partes de sustraerse de la jurisdicción judicial, si luego para la ejecución del laudo deben empezar a lidiar con formalismos característicos de procedimientos judiciales. No postulamos que los tribunales judiciales actúen igual que como tribunales arbitrales a la hora de ejecutar laudos, sino que deben conducirse de manera racional asumiendo, entre otras cosas, que el laudo es ejecutivo y que en el procedimiento arbitral se respetó el derecho a la defensa de la parte perdedora.

## **XII. Entes estatales y formación del acuerdo de arbitraje**

El requerimiento de autorizaciones o aprobaciones especiales para el perfeccionamiento de acuerdos de arbitraje por entes estatales ha sido un estado constante, más que una tendencia, a nivel latinoameri-



cano<sup>64</sup>. Es general para entes de Derecho público, como institutos o ministerios, y en muchos casos se extiende a entes de Derecho privado, tales como compañías o empresas del Estado<sup>65</sup>. En el caso de entes de Derecho público, se entiende con base en el requisito de competencia de actuación y el principio de la legalidad administrativa, que implica que los funcionarios públicos solo pueden hacer cuanto les esté expresamente permitido. Para los entes de Derecho privado, parece basarse en la necesidad de proteger el patrimonio y el interés públicos, de manera que la actuación incorrecta de un individuo aislado –representante de una compañía estatal– no perjudique de forma indirecta a la colectividad.

Para el arbitraje internacional, sin embargo, el principio pro arbitraje y la superioridad del Derecho internacional sobre el doméstico relajan esos requisitos. Un Estado o un ente estatal no pueden alegar a su favor privilegios o requisitos de su derecho interno para evadir un acuerdo de arbitraje<sup>66</sup>.

### XIII. Responsabilidad estatal en arbitraje

El uso de la fuerza pública es, por ahora y de manera uniforme, monopolio del Estado y en este aspecto de ejecución, del Poder Judicial en concreto. En Latinoamérica, a quien corresponde ejecutar forzosamente, o al menos dirigir y comandar la ejecución forzosa, de las sentencias judiciales y los laudos arbitrales, nacionales o extranjeros, es al Poder Judicial, no al Ejecutivo ni al Legislativo, ni a entes o per-

---

<sup>64</sup> El art. 42 de la Ley de Arbitraje y Mediación de Ecuador dispone que “[...] para que las diferentes entidades que conforman el sector público puedan someterse al arbitraje internacional se requerirá la autorización expresa de la máxima autoridad de la institución respectiva, previo el informe favorable del Procurador General del Estado, salvo que el arbitraje estuviere previsto en instrumentos internacionales vigentes”. Esa norma se sujeta a una relajación parcial según el art. 11 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado de Ecuador.

<sup>65</sup> *Vid.* art. 200(4) de la Constitución de Panamá. Por su parte, el art. 4 de la Ley de Arbitraje Comercial de Venezuela de 1998 establece que “Cuando en un acuerdo de arbitraje al menos una de las partes sea una sociedad en la cual la República, los Estados, los Municipios y los Institutos Autónomos tengan participación igual o superior al cincuenta por ciento (50%) del capital social, o una sociedad en la cual las personas anteriormente citadas tengan participación igual o superior al cincuenta por ciento (50%) del capital social, se requerirá para su validez de la aprobación de todos los miembros de la Junta Directiva de dicha empresa y la autorización por escrito del ministro de tutela. El acuerdo de arbitraje especificará el tipo de arbitraje y el número de árbitros, el cual en ningún caso será menor de tres (3)”.

<sup>66</sup> Así lo dispone de manera expresa, por ejemplo, el art. 4 de la Ley 131 que regula el Arbitraje Comercial Nacional e Internacional en Panamá de 2013.

sonas privadas. Es el Poder Judicial el que tiene a su cargo dar eficacia a la responsabilidad patrimonial de los entes estatales. El Poder Ejecutivo y el Legislativo pueden tener roles importantes en la fase de ejecución, cuando es un ente de derecho público contra quien se pretende la ejecución, pero la dirección suprema de la ejecución corresponde al Poder Judicial. Ese es un principio universal.

Con lo anterior presente, debe reconocerse que para cualquier sujeto de derecho, acceder a la justicia debe comprender la posibilidad de obtener el reparo y solución efectiva (real y material) de las situaciones perjudiciales que puedan crear terceras personas (sean particulares o estatales), ya sea a través de sus actuaciones materiales o de sus actos formales, mediante la intervención de los órganos competentes (tribunales judiciales o tribunales arbitrales). Dicho reparo o solución no debe limitarse al ámbito ideal, o mero declarativo, nominal o ilusorio. La responsabilidad del Estado bajo laudos arbitrales no solo debe existir y ser válida en teoría jurídica, sino que debe ser eficaz.

Acceder a la justicia implica, en primer lugar, que el particular sea titular de un derecho a incitar a tribunales arbitrales para que actúen, pero implica además, ineludiblemente, que si su pretensión se ajusta al derecho, obtenga un balance a su favor, inclusive en términos patrimoniales, después de haber sido parte en el procedimiento. Así pues, no sería acceder a la justicia que, si un tribunal arbitral dictase un laudo a favor de un particular y en contra de un ente de Derecho público, pero que lo declarado y ordenado en el laudo no pudiera materializarse dadas las prerrogativas exorbitantes que asisten a la mayoría de las personas de carácter estatal, de modo que la justicia obtenida quede sólo en el papel y en un conjunto de frases. Tampoco es acceder a la justicia que una sentencia o un laudo anule un acto administrativo de efectos particulares por ser ilegal o inconstitucional, o que ordene el pago de cierta indemnización, pero que el patrimonio de la parte victoriosa quede sustancialmente reducido en virtud de los costos del procedimiento judicial o arbitral, inclusive más disminuido o perjudicado que si se hubiese cumplido o hubiese continuado en vigencia el acto declarado ilegal o inconstitucional. Para que la responsabilidad estatal no solo exista en teoría sino que además sea eficaz en la práctica debe permitirse la ejecución forzosa, dentro de ciertos límites y parámetros, de condenas arbitrales contra el Estado.

En Latinoamérica, no obstante, el principio de inmunidad soberana de ejecución, aunque no es absoluto, es bastante amplio y de aceptación

general, bien sea por vía de leyes o de jurisprudencia<sup>67</sup>. Eso en fin de cuentas limita la responsabilidad Estatal en el arbitraje, al menos en cuanto a su eficacia práctica.

En arbitraje la inmunidad de jurisdicción (contrapuesta a la inmunidad de ejecución) es mucho menos relevante que en procedimientos judiciales, pues el consentimiento del ente gubernamental al acuerdo de arbitraje implica o conlleva la aceptación de la jurisdicción – competencia del tribunal arbitral. Por otra parte, en el ámbito transnacional los laudos arbitrales se encuentran en una situación como mínimo equiparable o semejante –y, en algunos casos, posiblemente superior (por cuanto varios textos normativos excusan la necesidad de exequátur u homologación)–, a sentencias judiciales con respecto a la inmunidad de ejecución de entes gubernamentales.

#### XIV. Conclusiones

En Latinoamérica el arbitraje ha dejado de considerarse un mecanismo mero contractual de resolución de disputas, reconociéndose a éste componentes y efectos jurisdiccionales. Varias Constituciones incluyen al arbitraje como parte de los mecanismos alternativos reconocidos para la administración de justicia. Poco a poco, el arbitraje comienza a concurrir y cooperar con, y no simplemente a excluir a, la jurisdicción judicial, con la cual –sin embargo– debe guardar diferencias constructivas fundamentales. Esa evolución ha ampliado las materias o temas que se consideran arbitrables; ha reducido el uso del arbitraje de equidad y la relevancia del orden público como elemento excluyente de la arbitrabilidad, a pesar de que las leyes aun mencionan como vestigio la transabilidad y los derechos disponibles como componentes de la misma incluso para el arbitraje de Derecho. Una de las más importantes diferencias del arbitraje con el Poder Judicial, que consideramos constitutiva de aquél, es la flexibilidad adjetiva y sustantiva en campos como el razonamiento jurídico, y la dinamicidad en aspectos probatorios.

El Derecho arbitral ha comenzado a dar señales de su autonomía científica. La influencia del modelo de Ley de arbitraje de la UNCTRAL es marcada e incuestionable en Latinoamérica. La práctica, e inclusive algunas leyes de manera expresa, apuntan hacia una *lex*

---

<sup>67</sup> Vid. H. Díaz-Candia, “Eficacia de la responsabilidad del Estado: inmunidad doméstica y extranjera en la ejecución de sentencias y laudos contra entes estatales”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n° 17 (enero–junio 2012).

*mercatoria* arbitral que trasciende barreras geográficas y el Derecho positivo formal. Para los países que preservan diferencias normativas transcendentales entre el arbitraje nacional y el internacional, la flexibilidad que facilita el funcionamiento expansivo del arbitraje es más profunda o clara en el arbitraje internacional. El *kompetenz-kompetenz* y la separabilidad y autonomía del acuerdo de arbitraje son constantes en su consagración normativa, aunque decisiones judiciales han incurrido en intrusiones, que han ido superándose.

El uso de árbitros denominados de emergencia y la posibilidad de acudir al Poder Judicial para obtener y ejecutar medidas cautelares sin renunciar al acuerdo de arbitraje son claras tendencias en Latinoamérica. La posibilidad de que los árbitros dicten medidas cautelares, preventivas o preliminares no se cuestiona.

La flexibilidad del arbitraje ha conllevado la aceptación de partes no signatarias del acuerdo de arbitraje, bajo distintas teorías, bases o perspectivas, a pesar de que sigue imponiéndose el requerimiento de que dicho acuerdo debe ser escrito. El Derecho arbitral parece más laxo y menos rígido que el Derecho civil de contratos en cuanto a la vinculación, extensión y formación del consentimiento. Esa circunstancia se apalanca sobre la separabilidad y autonomía del acuerdo de arbitraje.

El recurso de nulidad es concebido de manera general como el único precedente contra el laudo arbitral y no es concebido como una apelación propia ni una segunda instancia. El trámite de impugnaciones tiende a limitar inclusive los recursos contra las sentencias judiciales que deciden el recurso de nulidad. Estamos, por ahora, en minoría, pero pensamos que es necesario y positivo que los laudos arbitrales puedan anularse, excepcionalmente, por razones de mérito o fondo cuando incurran en errores inexcusables (como inobservancia grave, manifiesta y palmaria del Derecho sustantivo aplicable). Esa posibilidad puede basarse en la causal que hace nulos los laudos contrarios al orden público.

Existe una clara tendencia a aceptar la participación de entes estatales en arbitraje, sometiendo la formación del acuerdo de arbitraje a autorizaciones especiales. Sin embargo, esa participación se ve afectada, al igual que la eficacia práctica de la responsabilidad del Estado, por su inmunidad relativa de ejecución.

Miami, Florida, junio de 2015.

## Bibliografía

- ABANTO, J.: “El arbitraje en las sentencias del tribunal constitucional y la procedencia del recurso de amparo contra laudos arbitrales”, *Revista Peruana de Arbitraje*, n° 3, 2006, pp. 147 ss.
- AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION: *Handbook on International Arbitration Practice*. Nueva York. JurisNet, 2010.
- ATIENZA, M.: *Tras la Justicia*, 5ª reimpr., Barcelona, Ariel, 1993.
- CAIVANO, R.: *Arbitraje*, 2ª ed., Buenos Aires, Ed. Ad Hoc., 2000.
- BRICEÑO BERRÚ, J.E.: “Teoría y praxis del arbitraje comercial internacional en América Latina”, *Agenda Internacional*, año XVIII, N° 29, 2011, pp. 299–346.
- CASTILLO FREYRE (Estudio): *El Arbitraje comercial internacional en Latinoamérica* (obra colectiva). Lima, Perú, Editorial Palestra, 2010.
- CONEJERO ROOS, C.: “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*, 2004, Madrid, pp. 255–289.
- CONEJERO ROOS, C. y HIERRO, A.: *El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica*, 2.ª ed., Madrid. Editorial La Ley Grupo Wolster Kluwer, 2012.
- DIAZ–CANDIA, H.: *El correcto funcionamiento expansivo del arbitraje*, 2ª ed., Caracas. Editorial Legis, 2013.
- DIAZ CANDIA, H.: “Eficacia de la responsabilidad del Estado: inmunidad doméstica y extranjera en la ejecución de sentencias y laudos contra entes estatales”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n° 17, 2012.
- DUPUY, P.–M.: *Les émanations engageant –elles la responsabilité des Etats? Etude de droit international des investissements*. Citado como: EUI Working Paper LAW n.º 2006/7.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: *Tratado de arbitraje comercial en América latina*, Madrid, Iustel, 2008.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: “El arbitraje comercial internacional entre la autonomía, la anacionalidad y la deslocalización”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LVII, 2005, pp. 605–637.
- FOLLONIER AYALA, A.: La formación del convenio arbitral internacional en América Latina y en Suiza, consultado en: <http://www.limaarbitration.net/LAR5/Alejandro-Follonier-Ayala.pdf> en junio de 2015.
- FOUCHARD, Ph., GAILLARD, E., GOLDMAN, B. y SAVAGE, J.: *On International Arbitration*. La Haya. Kluwer Law Internacional, s/f.
- GAILLARD, E.: *Teoría jurídica del arbitraje internacional*, Asunción, Paraguay, CEDEP – Thomson Reuters, 2010.
- GRIGERA NAÓN, H. y MASON, P.: “Institutional and Ad –Hoc Arbitrations: The Role of the Applicable Rules”, *International Commercial Arbitration Practice: 21st Century Perspectives* (looseleaf), Nueva York. LexisNexis, 2010, pp. 1.1–1.11.
- LONDOÑO, E. y ORTIZ, G.: *Los laudos arbitrales como sentencias judiciales frente a la acción de tutela en Colombia*. Cali, Colombia. Universidad Icesi, 2011.

- MARTÍNEZ-FRAGA, P.J.: *The American Influences on International Commercial Arbitration: Doctrinal Developments and Discovery Methods*. Nueva York. Cambridge University Press, 2009.
- MONTOYA ALBERTI, U.: “Historia del arbitraje”, *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, n° 56, año XVIII, Lima, Perú, 2003.
- PETIT, L.A.: El sistema de pruebas en el arbitraje desde la asunción del debido proceso como derecho fundamental, consultado en <http://www.cedca.org.ve/documentos/Luis-Petit.pdf> en julio de 2015.
- RIVERA, J.C.: Recursos contra laudos arbitrales, consultado en: [http://www.rivera.com.ar/sites/default/files/rivera\\_recursos\\_contra\\_el\\_laudo\\_arbitral2.pdf](http://www.rivera.com.ar/sites/default/files/rivera_recursos_contra_el_laudo_arbitral2.pdf) en junio de 2015.
- RODNER, J.O.: *Introducción al arbitraje institucional*. Caracas. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales: Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial, Serie Eventos, 1999.
- SANTISTEVAN DE NORIEGA, J.: “Extensión del convenio arbitral a partes no signatarias: expresión de la inevitabilidad del arbitraje”, *Revista peruana de arbitraje*, vol. 8, Lima, 2009, pp. 44 ss.
- SIQUEIROS PRIETO, J.L.: “El arbitraje y los órganos judiciales”, *Arbitraje comercial internacional*, México. Editorial Fontamara, 2000.
- TOSTA, M.L.: “La Filosofía del Derecho y la doctrina venezolana”, *Ensayos de Filosofía del Derecho*. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2005.