

TRATADO DEL ARBITRAJE COMERCIAL EN AMÉRICA LATINA **Fernández Rozas, José Carlos. Ed. Iustel, Madrid, 2008, 1.366 pp.**

María Fernanda Vásquez Palma*

El nombre de “Tratado” hace justicia a esta monografía, no sólo en términos formales - debido a su vastedad-, sino que principalmente, porque se trata de una obra monumental que de manera completa y detallada se ocupa de un tema de enorme relevancia como es el arbitraje comercial internacional en América Latina. Constituye el resultado de años de investigación de un autor que es reconocidamente todo un experto en la materia, por lo que indudablemente, la obra representa un innegable y valioso aporte en una temática que cada vez adquiere una mayor importancia. De la mano de lo anterior, no pretende ser sólo un estudio comparativo de legislación emanada de los países de la región, sino que consiste en un profundo análisis de la situación del arbitraje comercial internacional en América Latina, donde el profesor Fernández vierte todos los conocimientos y avances que existen sobre la moderna y paradigmática institución arbitral.

Es preciso comprender, ante todo, que el arbitraje ha sido sujeto de una verdadera globalización que se ha acentuado en estos últimos años a causa de la proliferación de su utilización, y las nuevas herramientas que se han diseñado para enfrentarlo, entre las que destacan varias Convenciones internacionales y la Ley Modelo UNCITRAL/CNUDMI (LMU). América Latina no ha sido la excepción dentro de este proceso, por el contrario, ha puesto sus energías en modernizar el arbitraje comercial en sus respectivas legislaciones donde la LMU ha ejercido una notable influencia¹, dejando con ello atrás, la hostilidad característica de épocas pasadas, con una favorable y, en muchas ocasiones exaltada, acogida de la institución.

* Profesora de Derecho Comercial de la Universidad de Talca, Master en Derecho, Doctora en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Correo electrónico: mfvasquez@utalca.cl

¹ Este proceso de reforma, bajo la influencia de la Ley Modelo de Arbitraje de la Uncitral de 1985, ha resultado decisivo hasta el punto que prácticamente todos los países latinoamericanos la han tomado como referente principal o incluso. Es el caso de Costa Rica que aprobó su Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social No. 7727 en 1997; Brasil, con la Ley de Arbitraje No. 9307, de 23 de septiembre de 1996; Venezuela cuenta con una nueva Ley de Arbitraje Comercial No. 36.430, de 1998; Paraguay, con la Ley 1879 de 2002 de Arbitraje y Mediación; Bolivia, Ley de Arbitraje y Conciliación No. 1770, de 1997; Perú, Ley General de Arbitraje (LGA) No. 26.572; Honduras, Ley de Conciliación y Arbitraje -Decreto No. 161-2000; Colombia con el Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, por medio del Decreto N° 1818, de 1998; Ecuador, Ley de Arbitraje y Mediación No. 145 de 1997; Chile, con la Ley 19.971, sobre arbitraje comercial internacional; México y Guatemala.

En el orden estrictamente legal, el cambio se expresa con claridad en distintos planos: incluyendo la figura del arbitraje dentro de las Constituciones Políticas; a través de la incorporación a tratados universales y regionales con relación al arbitraje, y mediante la adopción de nuevas leyes o la modificación de las leyes existentes que lo gobiernan. Como resultado de ello, y como bien señala el autor, los obstáculos legales más importantes, que tradicionalmente impedían que el arbitraje se transformara en el método más efectivo y utilizado para resolver controversias comerciales internacionales en América Latina, han sido por fin suprimidos y han encontrado una solución acorde con la prevista en cuerpos legales de países del resto del mundo, especialmente de aquellos más familiarizados con la práctica de este procedimiento de arreglo de controversias.

El tratado en comento está dividido en tres partes, la primera dedicada a la reglamentación del arbitraje, sus problemas institucionales y de técnica legislativa; la segunda, sobre el acceso y ejercicio de la actividad arbitral; y la tercera, sobre el auxilio y control de la jurisdicción estatal. Éstos se integran en su totalidad por trece capítulos. El primero, intitulado “El largo camino del arbitraje comercial en América Latina”, tiene la virtud de realizar una presentación preliminar de esta temática, dando cuenta del recorrido que ha debido recorrer el arbitraje comercial en la Región para consolidarse. En tal contexto, nos ilustra primeramente sobre el cambio de mentalidad sufrido en este último tiempo, así como de los avatares históricos que han permitido y contribuido a esta nueva realidad. Resalta en este apartado la presentación de varias peculiaridades de las que goza la actividad arbitral en algunos de estos países, como ocurre con el excesivo grado de jurisdiccionalización del arbitraje, lo que viene en definitiva a mermar las relaciones entre la justicia estatal y el arbitraje.

Ya dentro de la primera parte, el capítulo II se ocupa de revisar y analizar las acciones de carácter intergubernamental e institucional en el tratamiento del arbitraje. En él se examina, en primer lugar, el rol que ocupa la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional dentro de este proceso modernizador y unificador; luego se repasa la codificación internacional interamericana; el incremento de las acciones de carácter institucional y profesional; el impacto de las convenciones internacionales; la incidencia de las reglamentaciones internacionales del arbitraje en materia de inversiones y los procesos de integración económica internacional.

El capítulo tercero se dedica al estudio de la reglamentación estatal del arbitraje comercial en América Latina. Este apartado presenta como característica la revisión particular de cada uno de los modelos normativos de los países de la región. Comienza por un breve repaso del tratamiento de la institución arbitral anterior a la década de los ochenta, para continuar con la adaptación gradual de las normativas internas. El autor llama la atención sobre la existencia de reglamentaciones autóctonas de algunas de estas normativas que claramente se alejan del ejercicio modernizador que recorre el instituto arbitral hoy en día. En cuanto a la recepción de la

Ley Modelo UNCITRAL, realiza una división entre aquellos países que la acogen de una manera cierta y directa, con otros que los hacen sólo de manera indirecta.

El siguiente capítulo se aboca al estudio del arbitraje comercial en la dinámica de la Constitución estatal. En él se analiza la significación del monopolio *ad extra* del Estado, la compatibilidad de los postulados de la unidad jurisdiccional y del monopolio estatal de la jurisdicción con el arbitraje comercial y la necesaria superación de las reticencias constitucionales en el impulso al arbitraje. Asimismo, el autor revisa la acomodación constitucional de instituciones concretas concernientes al arbitraje y su alcance en cada una de las legislaciones que conforman la Región. Se destaca en este examen la inconstitucionalidad de la cláusula compromisoria en el Derecho brasileño, la compatibilidad del arbitraje privado con la Constitución Política mexicana, la contrariedad de la declaración de competencia del árbitro con el art. 32 de la Constitución panameña, y la eventual inconstitucional del arbitraje en materia de inversiones en Venezuela. Seguidamente se estudia la significación del monopolio *ad intra* del Estado, es decir, qué ocurre cuando es la actividad administrativa la que desarrolla el arbitraje donde se plantea la inexistencia de auténticos arbitrajes y la obligación de neutralidad por parte de la administración. Se finaliza con el control de constitucionalidad de los laudos arbitrales en que se pone especial atención al alcance de los recursos ante las Cortes Constitucionales dentro del procedimiento arbitral.

En la parte segunda y en el capítulo V, respectivamente, se analiza un tema de suma relevancia en la actividad arbitral de los países latinoamericanos, como es la sede del arbitraje e instituciones administradoras. Se comienza con la búsqueda de los elementos que promueven un entorno favorable para la realización del arbitraje, donde destacan la libertad de las partes para elegir el lugar del arbitraje y el marco legal de la sede arbitral. Se pone hincapié en los factores determinantes para la elección de la sede y cuáles serán las circunstancias que harán posible que los países de América Latina se conviertan en sedes atractivas de arbitraje. En cuanto a las instituciones administradoras del arbitraje, se estudia su estatuto institucional, el ámbito de libertad de creación de instituciones administradoras del arbitraje, su promoción y su revisión general, como alternativa al arbitraje *ad hoc*. Luego se continúa con la revisión del panorama de los principales centros de arbitraje, los centros internacionales con relevancia de América Latina, la institucionalización del arbitraje comercial en la Región, una somera descripción de los centros existentes en cada uno de los países Latinoamericanos y de las funciones de las instituciones administradoras.

En el Capítulo sexto la obra se detiene en los árbitros, sus estatutos y funciones. En el primer caso se analizan los elementos determinantes de este estatuto donde se separa la función jurisdiccional y la actividad arbitral, y los derechos y obligaciones de los árbitros, para luego referirse a la función arbitral y sus notas inherentes. Posteriormente se repasan los principios rectores de la ética arbitral y el perfeccionamiento normativo y reglamentario que existe al respecto, y el contenido deontológico y ético de la función arbitral, donde destaca el deber de información del propio árbitro (*disclosure*). Luego, se analizan los pasos necesarios

para que el árbitro logre constituirse como tal, hasta la finalización de su labor, donde se enmarcan el nombramiento, la recusación, la remoción y la renuncia de los árbitros, la importancia de su designación, sus modalidades. Se concluye con el ejercicio de la misión del árbitro, la diversidad de cometidos, la eventualidad del árbitro facilitador y las consecuencias de su ejercicio.

El capítulo VII se ocupa del convenio arbitral. En él se analiza la persistencia de la cláusula compromisoria y el compromiso en el contexto latinoamericano, para luego dar paso a la revisión del principio de separabilidad de la cláusula compromisoria respecto del contrato principal; el alcance de la autonomía de la voluntad y la existencia de cláusulas imprecisas; la intervención de terceros en el procedimiento arbitral; y la competencia de los árbitros sobre su propia competencia, su justificación y el momento procesal para efectuar para efectuar el pronunciamiento y su impugnación. Seguidamente, el autor se detiene en los problemas particulares de la cláusula arbitral donde destacan la estandarización de las cláusulas y las cláusulas patológicas. Se revisan igualmente, los problemas particulares del convenio arbitral, singularmente la formalización del convenio arbitral y la inclusión de un convenio arbitral en contratos de adhesión. Se finaliza este apartado con el estudio del efecto negativo del convenio arbitral, su alcance, la eficacia del convenio en relación a los tribunales estatales, la eficacia del convenio en las legislaciones de América Latina, la admisión de este efecto por las jurisdiccionales nacionales de estos países y la renuncia a la cláusula en los procedimientos cautelares.

El procedimiento arbitral es el objetivo del capítulo que sigue. Se analiza la sustanciación de las actuaciones arbitrales, el ámbito de la autonomía de la voluntad dentro de dicho contexto, las peculiaridades del arbitraje ad hoc, la determinación residual del procedimiento a cargo del tribunal arbitral, el examen de algunos supuestos de la práctica en América Latina y la tendencia hacia soluciones armonizadoras. Se continúa con los principios rectores de este procedimiento y su puesta en marcha; las cuestiones generales del procedimiento arbitral, donde se precisan cuestiones previas en torno a la función de los árbitros, las notificaciones y comunicaciones, las cuestiones incidentales, la organización de las cuestiones arbitrales y de las visitas y el ámbito de la preclusión. Seguidamente se analiza el régimen de la prueba, las facultades de los árbitros, el deber de diligencia de las partes, las pruebas documentales, la prueba documental, la testifical, la confesión provocada o declaración de parte, la prueba pericial y la solicitud de aclaraciones para mejor proveer. Luego se estudia el laudo arbitral, el plazo para dictarlo, la terminación anticipada del procedimiento arbitral, su contenido, condiciones, exigencias, dentro de los términos convenidos, los laudos parciales y adicionales y la notificación del laudo. Se concluye con el término de las actuaciones arbitrales, supuestos en presencia, la corrección y su interpretación, el fin de la misión del árbitro, y el archivo y conservación del mismo.

El capítulo noveno se destina al estudio del Derecho aplicable por los árbitros a la controversia. Se comienza por distinguir entre el arbitraje de derecho y equidad, sus elementos

diferenciadores, las consecuencias y alcances de la motivación del laudo. Luego se analiza la aplicación por el árbitro de un orden jurídico preestablecido, donde se distingue entre la remisión a una Convención Internacional o a un determinado Derecho estatal. La *lex mercatoria* en el arbitraje comercial internacional constituye un paso obligado en esta materia, donde el autor parte por distinguir su presencia en la denominada “autonomía conflictual”, su cohabitación con el orden jurídico estatal y su ámbito de aplicación. Luego se analizan las soluciones de las reglamentaciones arbitrales de carácter estatal y profesional y el estado de esta cuestión en América Latina, y la expresión de los principios UNIDROIT como expresión particularmente autorizada de la *lex mercatoria* y su práctica en América Latina.

La arbitrabilidad y el orden público constituyen el eje central del capítulo décimo. En él se estudia la arbitrabilidad de la controversia, las políticas legislativas de protección, su determinación teniendo en consideración distintos criterios, la ley aplicable a la arbitrabilidad y el alcance general de la arbitrabilidad en los distintos países de América Latina. Se prosigue con el análisis sectorial de esta materia, donde se pone hincapié en los problemas del arbitraje societario, del derecho de la competencia, de los derechos de propiedad intelectual, y de los derechos concursales y arbitraje. Como punto aparte se estudia la sumisión a un arbitraje del Estado y entidades del Estado, donde se posicionan en primer lugar, las materias propias de Derecho público, la superación de la soberanía del Estado en el sector y la participación de las administraciones públicas en los procedimientos arbitrales en los distintos países latinoamericanos. Se concluye con el estudio de la arbitrabilidad de la controversia en su relación con las normas imperativas, la incidencia de éstas últimas en el contrato arbitral, algunos supuestos de la práctica de América Latina y la arbitrabilidad de los litigios con indicios de cohecho y corrupción.

En la parte tercera, que trata el auxilio y control de la jurisdicción estatal, se examina en primer lugar (capítulo undécimo), las relaciones entre jueces y árbitros. En él se da una mirada al auxilio judicial prestado a los árbitros, el ámbito de estas relaciones que se dan entre el árbitro y el juez y las soluciones adoptadas en América Latina. Seguidamente se analiza la intervención del juez en la designación y en la recusación de los árbitros, su justificación, los problemas específicos en la designación de árbitros y la recusación de estos últimos. Asimismo se estudia el auxilio judicial en la fase probatoria, su alcance, los problemas derivados de la negativa del juez y la obtención extraterritorial de las pruebas. Mención aparte merece el tratamiento del arbitraje y la justicia cautelar, sus reticencias, la modificación de la LMU en 2006, la consolidación de los poderes concurrentes entre jueces y árbitros, las circunstancias cumulativas para la adopción de las medidas y la garantía del eficiente desarrollo del procedimiento arbitral y del cumplimiento del laudo. El alcance de la colaboración de jueces y árbitros en este sector y algunos problemas particulares que se presentan en esta materia. Luego se examinan los sistemas en presencia en América Latina sobre estas medidas cautelares y precautorias, sus tendencias y manifestaciones, los países que han adoptado la LMU y algunas situaciones legislativas particulares. Se finaliza con la revisión de la ejecución del laudo arbitral.

El capítulo decimosegundo se dedica al análisis del control jurisdiccional del arbitraje. En tal contexto se torna relevante la intervención del juez en el procedimiento arbitral, la impugnación jurisdiccional del laudo arbitral, donde se parte por enfatizar el carácter irrecurrible del laudo como regla base, la necesidad del control judicial del laudo y la imposibilidad de una revisión de fondo. Se distinguen asimismo las causales de anulación, su estudio individualizado, la formalización de la impugnación del laudo y la renuncia al derecho a objetar y a la interposición del recurso de anulación. Se prosigue con el proceso de impugnación de la validez del laudo, los problemas suscitados a raíz de este proceso, para finalizar con las soluciones que esta materia presenta en cada uno de los sistemas de los países latinoamericanos, distinguiendo entre ellos aquellos que establecen exclusivamente las acciones de anulación, los que establecen una pluralidad de recursos y algunas situaciones particulares en la que se encuentran Chile y Brasil.

El capítulo final se destina al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros. Se comienza por examinar el control de los laudos arbitrales por el juez del exequátur, distinguiendo el cumplimiento espontáneo de las decisiones, de aquellos casos en que se requiere de la intervención judicial. Luego se plantea la posibilidad de la supresión del doble control; el significado de una regulación ecuménica, donde es preciso analizar la Convención de Nueva York, sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras de 1958 y su interacción con otros Tratados internacionales y la legislación interna. Revisado lo anterior, ésta se sitúa en la práctica de los Estados de América Latina, su petición, las causales de denegación y un estudio individualizado de aquellas causales. Se concluye con el estudio del régimen del reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales extranjeros en la práctica estatal de los diversos países latinoamericanos.

La obra posee un apartado adicional de documentación, donde se distinguen repertorios, leyes de arbitraje, Reglamentos arbitrales de los centros nacionales e internacionales y el Código de ética arbitral. Igualmente destaca en esta obra la utilización de centenares de decisiones jurisprudenciales emanadas de los diversos tribunales de los países latinoamericanos y organismos arbitrales, las que son utilizadas de manera pertinente, para contextualizar y dimensionar un determinado problema jurídico. Asimismo, la bibliografía es especialmente esquemática al distinguir entre las obras de carácter general, los tratados, manuales y comentarios legislativos sobre arbitraje comercial, las obras generales y particulares y artículos sobre la materia, para luego hacer lo propio entre los estudios existentes en los distintos países latinoamericanos de otros países; arbitraje de inversiones, otros métodos alternativos de solución de controversias; la autorregulación y unificación del Derecho de los negocios internacionales y la *lex mercatoria*; y las monografías y artículos de carácter complementarios.

De manera general, cabe destacar el detallado análisis que el Dr. Fernández Rozas efectúa sobre la situación arbitral de los países latinoamericanos, donde posiciona los mayores problemas que debe enfrentar la realidad legislativa de cada uno de los países que conforman la región. En este examen se pone en evidencia los escollos que aún afectan las referidas regulaciones, así

como los grandes avances que se ha experimentado en esta materia, los que han ido de la mano del vertiginoso crecimiento de la institución arbitral especialmente en el ámbito comercial internacional. Sin duda el mundo académico y también de profesionales del derecho dedicados al estudio y práctica de esta materia, estaban carentes de una obra de esta naturaleza y dimensiones, por lo que su aporte y trascendencia son incuestionables.

