

# *El reconocimiento del arbitraje comercial internacional en América Latina: sobre la necesidad de efectuar un siguiente paso*

CLAUDIA FRUTOS-PETERSON

---

*SUMARIO: I. Introducción. II. Las nuevas tendencias económicas y sus efectos en el arbitraje latinoamericano. III. Los retos del arbitraje frente a la configuración de una zona de libre comercio para las Américas. IV Conclusión.*

## **I. INTRODUCCIÓN**

---

Durante muchos años los países desarrollados lucharon para que América Latina reconociera y desarrollara el uso del arbitraje comercial internacional en su territorio. Es bien sabido que dicha lucha se consideró por mucho tiempo como una batalla perdida. América Latina no sólo consideraba el arbitraje como un instrumento de dominio por parte de los países desarrollados, sino además como un ejemplo de los abusos de la doctrina de la protección diplomática ejercida por aquéllos.<sup>1</sup> Sin embargo, recientemente, los países latinoamericanos han mostrado un cambio de actitud que no sólo ha culminado con el reconocimiento de este método de solución de controversias, sino que además ha sorprendido a los practicantes y estudiosos del derecho, particularmente fuera de la región.

Pero, ¿hasta qué grado esta “revolución” latinoamericana permitirá crear una verdadera zona favorable a la práctica del arbitraje comercial internacional? De qué forma América Latina responderá a los cambios por ella misma emprendidos? Cuáles son los retos que enfrenta en la actualidad el arbitraje latinoamericano? Este artículo tiene por objeto presentar una visión de los últimos cambios efectuados por los países de América Latina en materia de arbitraje comercial internacional, pero además, y de manera particular, pretende cuestionar hasta

<sup>1</sup> Sobre un estudio relativo a la doctrina de la protección diplomática y sus efectos en materia de arbitraje latinoamericano, véase SHEA, D. *The Calvo Clause: A Problem of Inter-American and International Law and Diplomacy* (University of Minnesota Press Minnesota 1955) 323 y SUMMERS, L. M. “Arbitration and Latin America”, *Calif. W. Int'l J* 1 (1972) 1-15.

qué punto el reconocimiento del arbitraje por parte de los mismos permitirá la implantación verdadera de la práctica de este método de solución de controversias internacionales, y ello en una región que hasta hace apenas cinco o seis años le era completamente hostil.

## II. LAS NUEVAS TENDENCIAS ECONÓMICAS Y SUS EFECTOS EN EL ARBITRAJE LATINOAMERICANO

---

A finales de la década de los ochenta, Latinoamérica concluyó con su política proteccionista e inició un proceso de modernización de su economía basado en la apertura de sus mercados. Como es sabido, uno de los elementos esenciales para lograr la liberalización del comercio y promover la inversión entre los países es la existencia de un mecanismo eficaz para resolver las controversias presentadas, ya sea entre Estados, entre éstos y los particulares, y entre particulares entre sí.<sup>2</sup> A diferencia de los tribunales nacionales, el arbitraje ofrece una mayor flexibilidad en la elección de las reglas de procedimiento y del derecho aplicable (derecho sustantivo), brindando además a las partes no sólo confidencialidad y rapidez sino además la experiencia de los árbitros en materias específicas.<sup>3</sup>

Conscientes de lo anterior, los países latinoamericanos han tenido que implementar un marco jurídico moderno, tanto nacional como internacional, en materia de solución de controversias con el fin de atraer la inversión extranjera.

### A. El fin de la política proteccionista

---

Hasta finales de los años setenta, los países latinoamericanos siguieron una política económica basada en la sustitución de importaciones y en el proteccionismo económico.<sup>4</sup> Como consecuencia de ello, tanto la inversión extranjera como las empresas transnacionales fueron rechazadas como instrumentos de desarrollo económico. Durante la década de los ochenta, la globalización de la economía mundial y la interdependencia económica entre los países, chocaron con la política proteccionista seguida por los países latinoamericanos, provocan-

<sup>2</sup> Otros elementos indispensables son la estabilidad política del país, una reglamentación nacional suficientemente favorable para la inversión extranjera y la ratificación de convenciones internacionales en materia de inversión, tales como los acuerdos bilaterales de promoción y protección a la inversión.

<sup>3</sup> En materia de inversiones extranjeras, el arbitraje puede proporcionar a las partes (inversionistas nacionales y extranjeros), un mecanismo de solución de controversias más acorde a sus necesidades toda vez que los árbitros, a diferencia de los jueces locales, suelen ser verdaderos expertos sobre cuestiones relacionadas con la inversión.

<sup>4</sup> De conformidad con este método de producción, la industrialización de un país sólo puede lograrse protegiendo el desarrollo de la industria nacional hasta que ésta sea capaz de competir con las importaciones de los países más industrializados. ALTSHULER, I. *et al.* "The North American Free Trade Agreement: The Ongoing Liberalization of Trade with Mexico", *Make Forest L. Rev.*, 28 (1993) 7.

do una de las crisis económicas más graves que haya conocido la región. En vista de estas circunstancias, los países de América Latina se vieron obligados a modificar su política económica a fin de adaptarla a la nueva realidad mundial.

Con el fin de lograr una incorporación rápida y adecuada, los gobiernos latinoamericanos iniciaron procesos de modernización adoptando ciertas medidas de cambio, entre las cuales podemos mencionar, la privatización de compañías estatales, la modernización del sector público, la liberalización de sus mercados internos y la adopción de mecanismos para atraer la inversión extranjera directa. Chile fue el primer país latinoamericano que adoptó este tipo de medidas durante la década de los ochenta. Posteriormente, le siguieron países como Costa Rica y México, los cuales pasaron de una política de sustitución de importaciones a la apertura de sus mercados. A partir de los años noventa, Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Perú y Venezuela procedieron también a la apertura de sus mercados e iniciaron programas de liberalización de sus economías.<sup>5</sup>

Hoy en día, Latinoamérica considera la inversión extranjera como un elemento indispensable para el desarrollo de su economía. Por tal motivo, ha procedido a la modificación y a la modernización de ciertas leyes nacionales (constituciones, leyes de inversión, de transferencia de tecnología, de marcas y patentes, etcétera), que constituyen la clave para crear un marco favorable para la misma y atraer a los inversionistas extranjeros. Los casos de México, Argentina y Perú muestran cómo dichas modificaciones conllevaron al incremento de la inversión extranjera.<sup>6</sup>

A partir de los años noventa, México realizó importantes reformas legales con el fin de liberalizar su economía. Durante este periodo, numerosas legislaciones fueron modificadas, entre ellas las leyes de transferencia de tecnología, de marcas y patentes y de inversión extranjera. El Código de Comercio, y en particular los dispositivos relativos al arbitraje comercial, también fueron modificados con el fin de inspirar mayor confianza a los inversionistas extranjeros en materia de solución de controversias.

Por otra parte, cabe precisar que el gobierno del ex presidente Carlos Salinas de Gortari se caracterizó por la liberalización de casi todos los sectores de la economía y por la ratificación de acuerdos comerciales con otros países de la región con el objeto de incrementar la inversión extranjera en el país y las exportaciones de bienes, particularmente hacia los Estados Unidos. De esta forma, México se convirtió, al inicio de los años noventa, en el país latinoamericano que más inversión extranjera directa recibió. En 1991, por ejemplo, la inversión extranjera directa ascendió a 4.76 billones de dólares.<sup>7</sup>

En el caso particular de Argentina, y a pesar de que este país se caracterizó durante muchos años por ser uno de los países latinoamericanos más reticentes a

<sup>5</sup> ALMEIDA, Andre de, "Observations on the Privatization Process in Latin America", Legal Department OAS (1997 manuscrito no publicado).

<sup>6</sup> De conformidad con un estudio emprendido por la CEPAL, México, Argentina y Perú han concentrado una gran parte de la inversión extranjera directa efectuada en Latinoamérica. Véase *La Inversión Extranjera en América Latina y el Caribe. Informe 1995* (Naciones Unidas/CEPAL/CI.1890 31 1995).

<sup>7</sup> GEIST, M. A. "Toward a General Agreement on the Regulation of Foreign Direct Investment", *L. & P. Int'l Buss.* 26 3 (1995) 703.

la inversión extranjera, hoy en día ofrece uno de los marcos más favorables para la misma. Argentina ha firmado durante los últimos años más de 40 tratados bilaterales de promoción y protección a la inversión extranjera. Todos estos acuerdos adoptan el arbitraje como método de solución de controversias, ya sea entre Estados, o entre éstos y los particulares inversionistas.<sup>8</sup> Gracias a un marco favorable a la inversión, Argentina recibió en 1991 una inversión extranjera directa de 2.44 billones de dólares.<sup>9</sup>

Perú adoptó también una política de libre mercado favoreciendo la inversión privada, tanto nacional como extranjera. Para ello, más de 130 dispositivos jurídicos fueron adoptados tan sólo en 1991.<sup>10</sup> En 1994, un total de 29 empresas estatales fueron traspasadas al sector privado.<sup>11</sup> Para 1993, el total de la inversión extranjera directa en el país fue de 1.4 billones de dólares.

A guisa de conclusión podemos decir que en la actualidad América Latina se encuentra inmersa en un proceso de liberalización económica en donde la inversión extranjera directa juega un papel de gran importancia, lo que ha motivado una serie de cambios político-jurídicos de gran trascendencia que han repercutido en materia de arbitraje comercial internacional.<sup>12</sup>

## **B. La necesidad de incrementar cambios propicios para atraer la inversión extranjera: la incorporación del arbitraje**

---

Entre las condiciones principales que exige el inversionista extranjero para realizar una inversión en un país determinado, se encuentran la estabilidad política del país y la existencia de un sistema de solución de controversias eficaz, pero sobre todo imparcial, es decir, ajeno a la jurisdicción del país receptor de la inversión.

Tomando en cuenta esta consideración, tal vez una de las interrogantes principales sobre el tema que nos ocupa consista en determinar hasta qué punto el arbitraje comercial internacional ha sido reconocido por América Latina con base en sus características propias (rapidez, confidencialidad, flexibilidad, etcétera) o por el contrario, hasta qué punto dicho reconocimiento no es más que la necesidad de querer proyectar una región completamente favorable a la inver-

<sup>8</sup> La ratificación de este tipo de acuerdos marca la pauta de uno de los cambios de mayor interés en Latinoamérica: la degradación de la Doctrina Calvo, la cual tiene sus inicios precisamente en Argentina.

<sup>9</sup> GEIST, M. A. "Toward a General Agreement on the Regulation of Foreign Direct Investment", *op. cit.* 702.

<sup>10</sup> MUÑIZ, J. "Régimen de inversiones privadas" (internet: www.promperu).

<sup>11</sup> *La inversión extranjera en América Latina y el Caribe*, *op. cit.*, p. 74.

<sup>12</sup> Como veremos más adelante, América Latina se ha caracterizado en los últimos años por la multiplicación de acuerdos bilaterales de inversión en su territorio. Además no debemos olvidar que los países latinoamericanos han emprendido cambios de gran importancia con el fin de configurar una zona de libre comercio para las Américas (ALCA, véase *infra*), de tal forma, los mismos se han comprometido a reglamentar la inversión extranjera de manera global dentro de la zona de libre comercio.

sión extranjera.<sup>13</sup> El éxito de una práctica moderna de arbitraje comercial internacional en la región, dependerá en gran medida de las razones de su reconocimiento. Pero, de una forma u otra, debemos afirmar que el contexto jurídico nacional como internacional del arbitraje comercial internacional en América Latina ha sido objeto de diversos cambios.

## **1. Los cambios jurídicos a nivel internacional**

Los cambios efectuados por los países latinoamericanos a nivel internacional pueden dividirse en dos grandes grupos. En primer lugar, se trata de la ratificación sin precedente de las principales convenciones multilaterales en materia de arbitraje comercial internacional. El segundo de ellos comprende la ratificación de una serie de acuerdos o convenciones relativas a la inversión extranjera cuya principal peculiaridad es el reconocimiento del arbitraje como método de solución de controversias.

### **a. Ratificación incondicional de convenciones multilaterales de arbitraje**

Durante décadas los países latinoamericanos se opusieron a la ratificación de las principales convenciones multilaterales adoptadas en materia de arbitraje comercial internacional.<sup>14</sup> De tal forma convenciones como la Convención de Nueva York de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros, la Convención de Washington de 1965 sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados así como la Convención de Ginebra de 1965 sobre Arbitraje Comercial Internacional se vieron drásticamente rechazadas por los países de la región.<sup>15</sup> Así, por ejemplo, durante décadas sólo dos países latinoamericanos, México y Ecuador, for-

<sup>13</sup> Desde nuestro punto de vista, si el reconocimiento del arbitraje comercial internacional en América Latina tiene como origen la primera de las hipótesis aquí planteadas, entonces, tanto la reglamentación como la práctica del arbitraje serán, en un momento dado, completamente acordes a las tendencias de la práctica internacional. En otras palabras, tanto los legisladores, jueces, abogados, profesores y público en general latinoamericano se mostrarán más conformes con la idea de vencer ciertos prejuicios jurídicos nacionales (no reconocidos por la práctica internacional). Si por el contrario el reconocimiento del arbitraje tiene como simple objeto atraer la inversión extranjera, en este caso la incorporación de las tendencias adoptadas por la práctica internacional serán objeto de un proceso de aceptación que tomará sin dudas más tiempo.

<sup>14</sup> Sobre la hostilidad tradicional de los países latinoamericanos frente a la ratificación de las convenciones multilaterales de arbitraje, véase ABBOT, A. F. "Latin America and International Arbitration Convention: The Quandary of Non-Ratification", *Harv. Int'l L. J.* 17 (1976) 131-140, y SPRAGUE, M. T. "A Courageous Cours for Latin America: Urging the Ratification of the ICSID", *Houst. Int'l L.* 5 1 (1982) 157-178.

<sup>15</sup> Esta actitud desfavorable se manifestó desde las primeras convenciones ratificadas en el seno de la Sociedad de Naciones (hoy la ONU). Así, por ejemplo, el Protocolo relativo a la Cláusula de Arbitraje de 1923 fue ratificado exclusivamente por Brasil, mientras que la Convención de Ginebra de 1927 sobre Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras nunca fue ratificada por ninguno de los países de la región.

maron parte de la Convención de Nueva York de 1958.<sup>16</sup> Por su parte, la Convención de Washington de 1965 no fue ratificada por ningún país de la región durante sus primeros veinte años de existencia, mientras que la Convención de Ginebra de 1965, hasta la fecha, sólo ha sido ratificada por Cuba.

Contrariamente a lo que hubiera podido pensarse, la actitud de los países latinoamericanos tampoco fue más favorable en el marco de los acuerdos interamericanos que reglamentan, de manera directa o indirecta, el arbitraje. Así por ejemplo, la Ley Uniforme de Arbitraje Comercial Internacional elaborada en 1956 por el Comité Jurídico Interamericano de la Organización de Estados Americanos (OEA), sólo fue adoptada por el Ecuador en 1963.<sup>17</sup> Tampoco la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Convención de Panamá de 1975) tuvo gran éxito durante su primera década de existencia.<sup>18</sup>

Pero al parecer esta actitud hostil hacia la ratificación de convenciones en materia de arbitraje comercial internacional forma parte del pasado. En la actualidad, y de manera sorprendente, los países latinoamericanos han ratificado casi en su totalidad las principales convenciones en la materia.

La Convención de Nueva York de 1958 ha sido ratificada por la mayoría de los países de América Latina. Los únicos países que faltan por ratificarla son: Brasil, Honduras, Nicaragua y República Dominicana. El Salvador la suscribió pero hasta la fecha no la ha ratificado.<sup>19</sup>

La Convención de Washington de 1965 ha sido ratificada por Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú y Venezuela. A la fecha la han firmado pero no ratificado: Guatemala, Haití y Uruguay.<sup>20</sup>

<sup>16</sup> Ecuador ratificó la Convención de Nueva York el 3 de enero de 1962, mientras que México lo hizo el 14 de abril de 1971.

<sup>17</sup> Para un estudio sobre la Ley Uniforme de 1956, véase Acta Final de la III Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos (23 C.J.I.-29). Resolución VIII OEA/Ser.I.VI C.J.I.-91, pp. 54-61; y FRUTOS-PETERSON, C. *L'émergence d'un droit effectif de l'arbitrage commercial international en Amérique latine* (París 1998 tesis) 50-56.

<sup>18</sup> Los factores que provocaron dicha reticencia no serán analizados en el presente artículo, para ello nos remitimos a otros estudios y autores que han desarrollado suficientemente la materia. Al efecto véase ABBOT, A. F. "Latin America and International Arbitration Convention: The Quagmire of Non-Ratification", *Harv. Int'l L. J.* 17 (1976) 131-140. SUMMERS, L. M. "Arbitration and Latin America", *Calif. W. Int'l J.* 1 (1972) 1-15. El interés del presente artículo oscila, como ha quedado dicho, ya no en el pasado del arbitraje latinoamericano sino más bien en su futuro y en los retos que el mismo debe todavía afrontar.

<sup>19</sup> Hasta la fecha los países latinoamericanos que han ratificado la Convención de Nueva York son: Argentina (14 de marzo de 1989), Bolivia (28 de abril de 1996), Colombia (25 de septiembre de 1979), Costa Rica (26 octubre de 1987), Cuba (30 de diciembre de 1970), Chile (4 de septiembre de 1975), Ecuador (3 de enero de 1962), Guatemala (23 de enero de 1991), México (14 de abril de 1971), Panamá (10 de octubre de 1984), Paraguay (9 de septiembre de 1996), Perú (7 de julio de 1988), Uruguay (30 de marzo de 1983) y Venezuela (8 de febrero de 1995). United Nations, Treaty Series, 330, 4739 (1959 List of Contracting States as of 21-7-97) 38.

<sup>20</sup> Las fechas de ratificación son: Argentina, 19 de octubre de 1994; Bolivia, 23 de junio de 1995; Colombia, 14 de julio de 1997; Costa Rica, 27 de abril de 1993; Chile 24 de septiembre de 1991; Ecuador, 15 de enero de 1986; El Salvador, 6 de marzo de 1984; Honduras, 14 de febrero de 1987; Nicaragua, 20 de marzo de 1995; Panamá, 8 de abril de 1996; Paraguay, 7 de enero de 1983; Perú, 9 de agosto de 1993 y Venezuela, 8 de febrero de 1995. List of Contracting States and Other Signatories of the ICSID Convention (as of August 20, 1997), *News from ICSID*, 14 2 (1997) 10-11.

En el marco de las convenciones interamericanas de arbitraje, cabe mencionar la ratificación de la Convención de Panamá de 1975 y de la Convención de Montevideo de 1979 (“Convención Interamericana sobre Ejecución de Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros”). La primera de ellas ha sido ratificada por 15 países de la región: Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, El Salvador, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.<sup>21</sup> Bolivia la ratificó, sin embargo, no ha depositado todavía el instrumento de ratificación de conformidad con el artículo 8o. de la propia Convención. Mientras que la segunda ha sido firmada a la fecha por Costa Rica, Chile, El Salvador, Guatemala, Honduras, Panamá y República Dominicana, y ratificada por Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.<sup>22</sup>

### b. Ratificación de convenciones relativas a la inversión

En América Latina la inversión extranjera cuenta con un marco jurídico internacional bastante bien configurado. Por una parte existe una serie de tratados bilaterales de inversión, mejor conocidos por sus siglas en inglés “BIT” (*Bilateral Investment Treaties*). Por otra parte, han sido ratificados acuerdos bilaterales o multilaterales en materia de garantías, y por último existen una serie de acuerdos comerciales y de integración que reglamentan la materia.<sup>23</sup>

Los BIT tienen por objeto la reglamentación recíproca en materia de promoción y protección de inversiones extranjeras entre los países miembros.<sup>24</sup> Desde los años cincuenta, los países industrializados han abogado por la ratificación de este tipo de acuerdos. Sin embargo, como es sabido, los países en desarrollo y en particular los países latinoamericanos se opusieron durante largo tiempo a su aprobación.<sup>25</sup>

<sup>21</sup> Las fechas de ratificación son: Argentina, 3 de noviembre de 1994; Brasil, 5 de junio de 1996; Colombia, 29 de diciembre de 1989; Costa Rica, 20 de enero de 1978; Chile, 17 de mayo de 1976; El Salvador, 11 de agosto de 1980; Ecuador, 23 de noviembre de 1978; Guatemala, 20 de agosto de 1986; Honduras, 22 de marzo de 1979; México, 27 de marzo de 1978; Panamá, 17 de diciembre de 1975; Paraguay, 15 de diciembre de 1976; Perú, 22 de mayo de 1989; Uruguay, 25 de abril de 1977; Venezuela, 16 de mayo de 1985. Documento OEA, Serie Tratados, núm. 42.

<sup>22</sup> Las fechas de ratificación son: Argentina, 7 de noviembre de 1983; Bolivia, 15 de mayo de 1998; Brasil, 31 de agosto de 1995; Colombia, 24 de junio de 1981; Ecuador, 5 de mayo de 1982; México, 11 de febrero de 1987; Paraguay, 5 de julio de 1985; Perú, 9 de abril de 1980; Uruguay, 12 de febrero de 1980 y Venezuela 30 de enero de 1985. Documento OEA, Serie Tratados, núm. 51.

<sup>23</sup> Sobre un estudio relativo a los acuerdos de inversión en la región, véase *Acuerdos sobre Inversión en el Hemisferio Occidental: Un compendio*. Grupo de Trabajo sobre Inversión OEA/BID/CEPAL, Documento OEA, Unidad de Comercio (1997).

<sup>24</sup> Los BIT tienen su origen en los tratados denominados *Friendship, Commerce and Navigation*, concluidos a principios de siglo por los Estados Unidos con el objeto de proteger la inversión de sus nacionales en el extranjero. En la actualidad, los BIT se han convertido en instrumentos jurídicos para promover y proteger la inversión extranjera; los mismos brindan además la pauta para determinar si un país es o no favorable a la inversión extranjera. Hoy en día existen más de 1,100 BIT de los cuales 800 han sido concluidos a partir de 1987.

<sup>25</sup> Sin embargo cabe señalar que durante las décadas de los sesenta y setenta, algunos países latinoamericanos ratificaron tratados de este tipo, aunque de manera esporádica. Debido al ámbito de nuestro estudio, descartaremos el análisis de las razones que motivaron la actitud desfavorable frente a este tipo de tratados; para ello nos remitimos a otros estudios que analizan la materia. En

No obstante, es menester subrayar el cambio de actitud que impera en América Latina a partir de la década de los noventa. Se trata sin lugar a dudas de una transformación sin precedentes, no sólo debido al número de acuerdos que no cesa de incrementarse en la región, sino además por tratarse de acuerdos concluidos con países industrializados, así como con países en desarrollo fuera o dentro de la región. Hasta 1996, por ejemplo, los países latinoamericanos habían celebrado un total de 212 tratados bilaterales de inversión,<sup>26</sup> de ellos 32 fueron concluidos entre dos países latinoamericanos.

A pesar de que no podemos afirmar que exista uniformidad en el contenido de estos acuerdos, todos ellos contemplan, de una forma u otra, ciertos principios (trato nacional, cláusula de la nación más favorecida, libre convertibilidad de la moneda), definen algunos conceptos "claves" (inversión, inversionista, nacionalidad, territorio) y sientan las reglas en materia de expropiación, nacionalización, indemnización, transferencia de divisas y fondos de inversión, así como aquellas concernientes a los mecanismos de solución de controversias adoptados. En este último sentido, cabe señalar que los BIT reglamentan dos mecanismos diferentes: (1) entre Estados partes (sobre cuestiones relativas a la aplicación o interpretación del tratado) y (2) entre Estados partes e inversionistas del otro Estado parte. Para tal efecto, las partes pueden optar<sup>27</sup> entre las reglas de arbitraje del CIADI,<sup>28</sup> de su Mecanismo Complementario<sup>29</sup> o de las reglas de arbitraje de la UNCITRAL.<sup>30</sup>

En cuanto a la ratificación de acuerdos de garantías a la inversión, la mayoría de los países latinoamericanos, con excepción de México y Cuba, forman parte del programa nacional de garantías de los Estados Unidos mejor conocido como

este sentido véase SALACUSE, J. "BIT by BIT: The Growth of Bilateral Investment Treaties and their Impact on Foreign Investment in Developing Countries", *The International Lawyer* 24 3 (1990) 655-675; MCKINSTRY, R. "The Bit won't Bit: The American Bilateral Investment Program", *Am. U. L. Rev.* 33 (1984) 931.

<sup>26</sup> El número de tratados celebrados entre países de la región o con terceros países no cesa de aumentar. En 1997 por ejemplo, fueron firmados tres tratados más: Canadá-Venezuela, Costa Rica-Chile y México-Argentina. *Compendio de Acuerdos Bilaterales de Inversión en el Hemisferio Occidental*, Documento OEA, Washington, DC, 1996. Recientemente los gobiernos de Francia y México acaban de anunciar la firma de un tratado bilateral de inversión entre los dos países (13 de noviembre de 1998).

<sup>27</sup> Cabe señalar que los acuerdos bilaterales de inversión que se han concluido recientemente, otorgan dicho derecho al inversionista a falta de acuerdo entre las partes. Lo que significa que será éste quien elija, de entre las posibilidades acordadas, el reglamento de arbitraje. El Estado se encuentra obligado a respetar esta decisión (tal es el caso del tratado bilateral entre Argentina y Bolivia, art. 9 inciso 3). A este respecto véase BURDEAU, G. "Nouvelles perspective pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les États", *Revue de l'arbitrag* 1 (1995) 3-37.

<sup>28</sup> El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias sobre Inversión (CIADI) tiene su origen en la Convención de Washington de 1965; el mismo tiene su sede en Washington, D. C. y administra arbitrajes y conciliaciones de conformidad con sus reglamentos.

<sup>29</sup> El Mecanismo Complementario del CIADI tiene por objeto reglamentar las controversias que se presenten entre Estados e inversionistas de otros Estados, cuando alguno de ellos no sea parte del Convenio de Washington de 1965. El mismo fue suscrito el 27 de septiembre de 1978.

<sup>30</sup> Algunos acuerdos brindan además la posibilidad de someter este tipo de controversias al arbitraje de cualquier institución arbitral (Tratado bilateral entre Argentina y Estados Unidos), otros determinan específicamente la institución arbitral, como por ejemplo la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI (tratado bilateral entre USA y Panamá). Las reglas de arbitraje de la UNCITRAL pueden consultarse en 15 *I. L. M.* 701 (1976).

OPIC (*Overseas Private Investment Corporation*).<sup>31</sup> A nivel multilateral, una gran mayoría ha ratificado también el Convenio constitutivo del Organismo Multilateral de Garantías de Inversiones de 1985 (mejor conocido por sus siglas en inglés, MIGA).<sup>32</sup> Ambos acuerdos garantizan la inversión extranjera contra riesgos no comerciales, subrogando los derechos del inversionista una vez que le ha sido pagada a éste la garantía.<sup>33</sup> Tanto OPIC como MIGA adoptan el arbitraje internacional como método de solución de controversias.<sup>34</sup>

En materia de acuerdos comerciales y de integración, América Latina también ha emprendido cambios de gran envergadura.<sup>35</sup> A partir de la década de los noventa, los países latinoamericanos han concluido diversos acuerdos, bilaterales o multilaterales, que reglamentan, entre otras cosas, la inversión extranjera efectuada en el marco de los mismos.<sup>36</sup>

A pesar de que la reglamentación de la inversión suele variar de conformidad con los objetivos y las necesidades planteadas por los diferentes acuerdos, cabe señalar que en los últimos años los mismos presentan algunas características en común, lo que propicia cierta uniformidad en la materia.<sup>37</sup> Además, una gran mayoría reconoce la participación activa de los inversionistas nacionales de los

<sup>31</sup> Institute for Transnational Arbitration 11 (1996) 2.

<sup>32</sup> Firmado en Seúl el 11 de octubre de 1985; entró en vigor el 12 de abril de 1988. Los países de América Latina que ratificaron la Convención de Seúl son: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

<sup>33</sup> Por lo general, los riesgos no comerciales a que se refieren ambos acuerdos, son: a) riesgos en materia de convertibilidad de la moneda, b) expropiación y medidas similares, c) incumplimiento de contrato y d) guerras y disturbios civiles.

<sup>34</sup> Se trata básicamente de un arbitraje internacional público, toda vez que la agencia (OPIC o MIGA, según sea el caso) subroga los derechos del inversionista y actúa en contra del gobierno en cuyo territorio fue efectuada la inversión. Sin embargo, tanto OPIC como MIGA contemplan el arbitraje privado; es decir en caso de controversias entre éstos y el inversionista. En el caso de MIGA, el arbitraje puede además efectuarse entre los países miembros sobre cuestiones relativas a la interpretación de la Convención (art. 56) o como ya dijimos, entre la Agencia y el inversionista con respecto al contrato de garantía (art. 58). Sobre un estudio relativo al sistema de solución de controversias utilizado en el marco de MIGA, véase TOUSCOZ, J. "Le règlement des différends dans la Convention instituant l'Agence multilatérale de garantie des investissements (MIGA): un développement de l'arbitrage international et du droit des investissements internationaux", *Revue de l'arbitrage* (1988) 629-639.

<sup>35</sup> En la actualidad, los acuerdos comerciales y de integración que han surgido en el hemisferio occidental han sido objeto de una cierta evolución en el contenido de sus preceptos políticos, económicos y jurídicos. Además, todos ellos encierran dispositivos que reglamentan la solución de controversias que en el marco de los mismos pueda presentarse, no sólo en materia de interpretación y aplicación del tratado entre los Estados contratantes, sino además incluyen mecanismos para solucionar las controversias que se presenten entre Estados e inversionistas. Algunos otros (como el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) y los acuerdos por él influenciados, véase *infra*), incluyen dispositivos que incitan a favorecer el arbitraje como método de solución de controversias privadas.

<sup>36</sup> Se trata de acuerdos comerciales que instituyen zonas de libre comercio entre los países miembros (Tratado de Libre Comercio entre México, Estados Unidos y Canadá; o los Tratados de Libre Comercio celebrados por México con Colombia-Venezuela, Bolivia, Costa Rica y Nicaragua), Acuerdos de Complementación Económica (México-Chile) o Acuerdos de Integración (Mercosur, Pacto Andino).

<sup>37</sup> Se trata básicamente de los diferentes conceptos que reglamentan los tratados bilaterales de inversión. Véase *supra*.

Estados miembros con el fin de proceder, en caso de controversia, en contra de cualquiera de los Estados partes. Por último, la casi totalidad de los acuerdos reconocen el arbitraje como el mecanismo idóneo para resolver las controversias que se presenten entre Estados partes e inversionistas. Incluso en este sentido se percibe una cierta uniformidad, ya que la gran mayoría de los acuerdos brindan, al igual que los tratados bilaterales de promoción y protección a la inversión, la posibilidad de que las partes opten entre el arbitraje de conformidad con las reglas del CIADI, de su mecanismo complementario o de las reglas de la UNCTRAL.<sup>38</sup>

No cabe duda que todos estos cambios han sentado las bases de la reglamentación de la inversión extranjera, así como una cierta uniformidad conforme a las tendencias actuales del derecho internacional económico. Pero lo que es aún más importante para nuestro estudio, dichos cambios reflejan la nueva actitud de los países latinoamericanos frente a la inversión extranjera directa, frente al rol del Estado como agente económico privado, así como la aceptación del arbitraje comercial internacional como método de solución de controversias entre Estados e inversionistas extranjeros.<sup>39</sup>

## **2. Los cambios jurídicos a nivel interno**

---

Dentro del marco jurídico nacional, los cambios emprendidos por los países latinoamericanos también son considerables. Los mismos se presentan en materias estratégicas que permitan garantizar un marco favorable a la inversión extranjera. Entre las modificaciones más trascendentales podemos mencionar las siguientes:

<sup>38</sup> Este es el caso del TLCAN y de los Tratados de Libre Comercio que recibieron su influencia (México-Colombia-Venezuela; México-Bolivia; México-Costa Rica; México-Nicaragua) y del Protocolo de Buenos Aires entre Estados partes e inversionistas provenientes de Estados no partes del Mercosur.

<sup>39</sup> Algunos autores denominan este tipo de arbitraje "transnacional". El arbitraje transnacional se presenta en virtud de un acuerdo celebrado entre un Estado y un particular inversionista extranjero. Usando las palabras de G. Burdeau, se trata de una "extensión del arbitraje comercial internacional", toda vez que "la controversia oscila sobre la interpretación o la ejecución de un contrato comercial internacional concluido entre las partes. Si bien este tipo de arbitraje contribuye a la formación de una jurisprudencia en materia de derecho internacional público (ya que las partes recurren a la aplicación del derecho internacional y de los principios generales de derecho como derecho aplicable), este tipo de arbitraje se compara con el arbitraje comercial internacional por el hecho de la naturaleza misma de su objeto que es, eminentemente comercial". Sobre el arbitraje transnacional véase AUDIT, B. "L'arbitrage transnational et les contrats d'États: bilan et perspectives", *RCADI* (1987). FOUCHARD, Ph. *J. Cl. Droit international*, Fasc. 585-1, núm. 59. BURDEAU, G. "Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les États", *Revue de l'arbitrage* 1 (1995) 3-37. RIGAUX, F. "Souveraineté des États et arbitrage transnational", en *Mélanges B. Goldman*, p. 261.

## a. Reformas constitucionales

A partir de la década de los ochenta, pero particularmente durante los años noventa, varios países latinoamericanos emprendieron reformas de sus constituciones con el objeto de adaptarlas a las tendencias políticas, económicas y sociales de finales de siglo. Entre las reformas emprendidas encontramos el reconocimiento del arbitraje como un derecho inherente a los particulares para solucionar sus conflictos. Las nuevas constituciones de Colombia, Ecuador, El Salvador, Honduras, Paraguay y Perú, incorporan dicho derecho.<sup>40</sup> Por ejemplo, el artículo 110 de la nueva Constitución de Honduras estipula: "Ninguna persona natural que tenga la libre administración de sus bienes, puede ser privada del derecho de terminar sus asuntos civiles por transacción o arbitramento".<sup>41</sup>

Es de interés señalar que la Constitución de Perú vá más allá del simple reconocimiento jurídico del arbitraje.<sup>42</sup> El artículo 63 constitucional señala que el Estado, así como cualquier otra persona de derecho público, podrá recurrir al arbitraje nacional o internacional.

La importancia de este tipo de modificaciones es relevante, ya que las mismas ponen fin a la posición tradicional de los países latinoamericanos basada en la Doctrina y la Cláusula Calvo, y conforme a la cual los extranjeros inversionistas están obligados a someter sus controversias a los tribunales nacionales.<sup>43</sup> Sin embargo, como veremos más adelante, existen todavía algunas ambigüedades con respecto a la materia en varias de las constituciones latinoamericanas.

<sup>40</sup> Colombia, art. 116: "Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados para las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley" (Constitución de Colombia de 1991). Ecuador, art. 118: "Con arreglo al principio de unidad jurisdiccional [...] se reconoce el sistema arbitral, la negociación y otros procedimientos alternativos para la solución de las controversias" (Constitución del Ecuador de 1996). El Salvador, art. 23: "Ninguna persona que tenga la libre administración de sus bienes puede ser privada del derecho de terminar sus asuntos civiles o comerciales por transacción o arbitramento" (Constitución de la República de El Salvador de 1983). Paraguay, art. 248: "Queda garantizada la independencia del Poder Judicial. Sólo éste puede conocer y decidir en acto de carácter contencioso. En ningún caso los miembros de los otros Poderes, ni otros funcionarios, podrán arrogarse atribuciones judiciales que no estén expresamente establecidas en esta Constitución [...] todo ello sin perjuicio de las decisiones arbitrales en el ámbito del derecho privado, con las modalidades que la ley determine para asegurar el derecho de defensa y las soluciones equitativas" (Constitución Nacional de Paraguay de 1992). Perú, art. 62: "Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley" (Constitución Política del Perú de 1993). Otras constituciones ya incorporaban el reconocimiento del arbitraje, tal es el caso de la Constitución de Costa Rica de 1949, art. 43: "Toda persona tiene derecho a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, aún habiendo litigios pendientes".

<sup>41</sup> Constitución de Honduras, Decreto núm. 131 del 11 de enero de 1982.

<sup>42</sup> Constitución Política del Perú del 30 de diciembre de 1993.

<sup>43</sup> Sobre la obstaculización de la Doctrina y de la Cláusula Calvo frente al arbitraje, véase SHEA, D. *The Calvo Clause: A Problem of Inter-American and International Law and Diplomacy* (Minnesota University of Minnesota Press 1955) 323.

## b. Reforma de las leyes de arbitraje

Tal vez ésta sea la reforma más trascendental y la más esperada en materia de arbitraje comercial latinoamericano. A partir de los años noventa, nueve países de la región han modificado sus legislaciones de arbitraje: Bolivia (1997), Brasil (1996), Colombia (1991 y 1997), Costa Rica (1997), Ecuador (1997), Guatemala (1995), México (1993), Perú (1992 y 1996) y Venezuela (1998).

Este hecho no puede ni debe pasar inadvertido; el mismo constituye una verdadera revolución de la materia. No obstante, es menester señalar que este proceso de modificaciones a pesar de haber sido acelerado en los últimos siete años, es la continuación de un lento proceso ya iniciado por algunos países durante los años ochenta. Tal es el caso de Argentina (1981), Colombia (1989), Costa Rica (1989), México (1989), Panamá (1984), Paraguay (1988), Perú (1984) y Venezuela (1987). Esta "primera ola" de cambios fue bastante limitada, ya que con excepción de la legislación paraguaya, el resto de las legislaciones presentaban serias limitaciones o deficiencias.<sup>44</sup> Por el contrario, la "segunda ola" de modificaciones, y a la cual hacemos referencia, puede ser catalogada como más favorable para el arbitraje latinoamericano; a tal grado que algunas de las legislaciones de este grupo, pueden ser consideradas como bastante modernas. Tal es el caso de las nuevas legislaciones de Guatemala, México y Perú, las cuales se basan en la ley modelo de arbitraje de la UNCITRAL.

## c. Proyectos de reforma a las leyes de arbitraje

Diversos países latinoamericanos estudian en la actualidad proyectos de reforma en materia de arbitraje comercial. No obstante, lo anterior forma parte de un vasto programa implementado por diversos organismos internacionales (véase *infra*) con el fin de favorecer la práctica de los métodos alternativos de solución de controversias (mejor conocidos por sus siglas en inglés ADR).

Así, por ejemplo, el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) ha implementado este tipo de proyectos en Colombia, Costa Rica, El Salvador, Ecuador, Honduras, Panamá, Perú y Uruguay.<sup>45</sup> Si bien es cierto que estos proyectos no están enfocados directa y exclusivamente al arbitraje comercial internacional, los mismos repercuten de una forma u otra en la modificación de su reglamentación. Así, por ejemplo, países como Colombia, Costa Rica y Ecuador, se vieron obligados a modificar sus leyes de arbitraje con el objeto de alcanzar los objetivos planteados por dichos proyectos, es decir una mayor confianza y práctica en materia de métodos alternativos de solución de controversias.<sup>46</sup> Otros países como El Salvador y Nicaragua estudian ya la posibilidad de modificar sus

<sup>44</sup> Véase por ejemplo las críticas efectuadas en materia de arbitraje mexicano (Código de Comercio de 1989). ÁLVAREZ AGUILAR, G. "El Título Cuarto del Código de Comercio mexicano y la legislación comparada", *Revista de Derecho Mercantil* 191 (1989) 101.

<sup>45</sup> En un futuro próximo, el BID cuenta con aprobar este tipo de proyectos en Brasil, Chile, Guatemala, Nicaragua y Paraguay. *IDBAMERICA* (septiembre-octubre 1998) 3.

<sup>46</sup> Por ejemplo, Ecuador ha incluido el reconocimiento de este tipo de métodos en su Constitución (artículo 118 de la nueva Constitución del Ecuador, véase *supra*, nota 43).

legislaciones nacionales en materia de arbitraje (Códigos de Comercio y de Procedimientos Civiles).<sup>47</sup>

#### **d. Modificación de ciertas leyes estratégicas con el fin de incrementar la inversión extranjera**

Cambios mayores también se perciben en materia de inversión extranjera. En los últimos cinco años varios países latinoamericanos tales como Argentina, Bolivia, Honduras, Nicaragua, Paraguay, Perú y Venezuela adoptaron nuevas legislaciones sobre reglamentación de inversión extranjera. En la actualidad, todas ellas incorporan el arbitraje como método de solución de controversias.<sup>48</sup>

Otras legislaciones relacionadas directamente con la inversión extranjera también han sido modificadas. En este sentido caben mencionar las leyes de transferencia de tecnología así como aquellas que reglamentan la extracción de recursos naturales. Por ejemplo, la nueva legislación de hidrocarburos del Perú recurre al arbitraje internacional en materia de licencias, contratos de servicios y cualquier otro tipo de contrato relacionado con las actividades de hidrocarburos a que se refiere la ley.<sup>49</sup> En México, la nueva Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos admite también el arbitraje internacional y la aplicación del derecho extranjero.<sup>50</sup>

La privatización del sector público latinoamericano también trajo la modificación de diversas legislaciones. En este sentido caben mencionar particularmente las leyes que reglamentan el sector de telecomunicaciones. En Perú por ejemplo, la Ley General de Telecomunicaciones admite el arbitraje administrado por OSITEL (Organismo Superior de Inversión Privada de Telecomunicaciones) o por cualquier otra institución.<sup>51</sup> En Guatemala, la nueva Ley General de Telecomunicaciones también admite el arbitraje, ya sea entre operadores o entre éstos y los usuarios.

<sup>47</sup> Sin embargo, como veremos más adelante, lo anterior no implica que las legislaciones adoptadas sean consideradas como modernas en materia de arbitraje comercial internacional. Véase *infra*.

<sup>48</sup> Argentina, Decreto 28 de diciembre de 1993; Bolivia, Ley núm. 1192, del 17 de septiembre de 1990 (art. 10); Honduras, Decreto núm. 80-92, de junio de 1992 (art. 4); Nicaragua, Ley de Inversiones Extranjeras, 20 de junio de 1991 (art. 31); Paraguay, Ley de Garantía de Inversiones 117/91 del 7 de enero de 1992 (art. 9); Perú, Decreto 662 sobre Régimen de Estabilidad Jurídica a las Inversiones Extranjeras mediante el Reconocimiento de ciertas Garantías, 2 de septiembre de 1992 (art. 16); Uruguay, Ley núm. 808/974, Registro Nacional de Leyes y Decretos 988; Venezuela, Decreto núm. 2095, Régimen de Inversiones Extranjeras del 13 de febrero de 1992 (art. 25).

<sup>49</sup> Ley Orgánica de Hidrocarburos, Ley núm. 26221.

<sup>50</sup> Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos y Organismos Subsidiarios, *DOF* 18 de julio de 1992, modificada en 22 de diciembre de 1993 (art. 14). En el mismo sentido se expresa la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica (art. 14) *DOF* 22 de diciembre de 1993. Cabe señalar que estas modificaciones que favorecen la utilización del arbitraje por parte de las agencias públicas mexicanas se deben en gran medida a las modificaciones efectuadas a la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas (art. 15) *DOF* 30 de diciembre de 1993, la cual establece la incorporación de cláusulas de arbitraje en los contratos de obras públicas de conformidad con las reglas que establece la Secretaría del Tesoro. SIQUEIROS, J. L. "Mexican Arbitration, The New Status", *Tex. Int'l L.J.*, 30 (1995) 232.

<sup>51</sup> Art. 80. Cabe señalar que el arbitraje administrado por OSITEL se encuentra regulado por el Reglamento General del OSITEL para la Solución de Controversias en la vía Administrativa (Resolución No. 001-95-CD/OSITEL), *El Peruano* 6 de enero de 1995.

No cabe duda que todas estas modificaciones serían impensables en el marco del contexto jurídico-político latinoamericano de hace apenas algunos años.

### e. Reafirmación de ciertos conceptos doctrinales

Si bien es cierto que los países latinoamericanos han brindado un papel primordial al Estado en el desarrollo de su economía, éste se había caracterizado por ser básicamente el "rector" de la misma.<sup>52</sup> Sin embargo, en los últimos años, los países de América Latina han reconocido y aumentado la capacidad del Estado para actuar como verdadero agente económico privado.<sup>53</sup> Recientemente el Estado latinoamericano ha aumentado su participación en la celebración de contratos de índole privada, ya sea con inversionistas nacionales o extranjeros, renunciando así a su inmunidad de jurisdicción y de ejecución. Aún más, el Estado latinoamericano, en su función de agente privado, se ha obligado expresamente a someterse, en caso de controversias, a tribunales privados de arbitraje.<sup>54</sup>

Son múltiples los ejemplos que podríamos mencionar en este sentido. Sin embargo, por razones que expresaremos más adelante, nos limitaremos a citar tan sólo el caso de Venezuela. En 1993, el gobierno venezolano aprobó dos convenios de asociación (*joint ventures*) entre empresas petroleras venezolanas y empresas extranjeras.<sup>55</sup> Ambos acuerdos reconocen la utilización del arbitraje como método de solución de controversias. Al efecto, la cláusula arbitral de los mismos señala:

el convenio de asociación, cuya celebración se autoriza, se regirá e interpretará de acuerdo con las leyes de la República de Venezuela. Cualquier controversia o reclamo que pudiera surgir con relación al mismo será resuelta, definitiva y finalmente, por arbitraje internacional de conformidad con las reglas de la Cámara de Comercio Internacional de París, en la ciudad de Nueva York, si las partes no convienen en otro lugar.

Como veremos más adelante, el caso de Venezuela adquiere particular interés, toda vez que ejemplifica el estatus que guardan varios países latinoamericanos, así como los obstáculos que todavía quedan por vencer en la región en beneficio de la configuración de una zona favorable a la práctica del arbitraje comercial internacional.

<sup>52</sup> Por ejemplo, el artículo 28 de la Constitución mexicana señala: "El Estado tendrá un Banco Central que será autónomo en el ejercicio de sus funciones y en su administración. Su objetivo prioritario será procurar la estabilidad del poder adquisitivo [...] fortaleciendo con ello la rectoría del desarrollo nacional que corresponde al Estado".

<sup>53</sup> Véase por ejemplo los artículos 118 y 119 de la nueva Constitución de Guatemala reformada por Acuerdo Legislativo núm. 18-93 del 17 de noviembre de 1993.

<sup>54</sup> Véase por ejemplo las leyes concernientes a la reglamentación de la inversión extranjera, telecomunicaciones y extracción de recursos naturales. Véase *supra*.

<sup>55</sup> Convenio de Asociación entre Maraven S. A. y Conoco, Inc., *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*, núm. 35.293, 9 de septiembre de 1993. Convenio de Asociación entre Lagoven y las empresas Exxon, Shelle y Mitsubishi, *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*, núm. 25.309, 30 de septiembre de 1993.

### III. LOS RETOS DEL ARBITRAJE FRENTE A LA CONFIGURACIÓN DE UNA ZONA DE LIBRE COMERCIO PARA LAS AMÉRICAS

---

La tendencia mundial hacia la liberalización de la economía ha traído como consecuencia el surgimiento de bloques económicos regionales y subregionales. Dichos bloques económicos tienen por objeto no sólo la disminución de los aranceles y obstáculos al comercio, sino además, la constitución de verdaderas zonas de libre comercio o de mercados de integración.

El continente americano no ha escapado de este proceso. En la actualidad podemos constatar la existencia de no menos de ocho acuerdos comerciales que constituyen zonas de libre comercio,<sup>56</sup> así como cuatro mercados de integración;<sup>57</sup> además, para el año 2005 quedará configurada una zona de libre comercio la cual pretende abarcar a todos los países del continente (ALCA).<sup>58</sup>

Con una zona de libre comercio para el continente, las disputas entre Estados, entre éstos e inversionistas nacionales de otros países miembros, así como entre inversionistas entre sí, se verán incrementadas. Es sabido que la utilización del arbitraje comercial internacional ofrece grandes ventajas a este tipo de conflictos. Ahora bien, con el fin de garantizar la utilización del arbitraje comercial internacional en una zona de libre comercio que abarcaría en principio la totalidad de los países del continente, ciertas condiciones se hacen indispensables.

Desde nuestro punto de vista, dichas condiciones se presentan en tres grandes áreas: el asentamiento de una cultura propia en materia de arbitraje comercial internacional, la desaparición de ciertos obstáculos jurídicos todavía existentes y la armonización de la práctica dentro de una futura zona de libre comercio para el continente. La lucha por la implementación de estas condiciones constituirá el reto que los países latinoamericanos deberán enfrentar en los próximos años con el fin de garantizar una práctica efectiva del arbitraje comercial internacional en la región.

<sup>56</sup> Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN entre Canadá, Estados Unidos y México, fecha de suscripción: 17 de noviembre de 1992); Tratado del Grupo de los Tres (G-3 entre Colombia, México y Venezuela, fecha de suscripción: 13 de junio de 1994); TLC Bolivia-México (fecha de suscripción: 10 de septiembre de 1994); TLC Canadá-Chile (fecha de suscripción: 5 de diciembre de 1996); TLC Centroamérica-República Dominicana (fecha de suscripción: 16 de abril de 1998); TLC Costa Rica-México (fecha de suscripción: 5 de abril de 1994); TLC México-Nicaragua (suscrito en 1998). El 16 de abril de 1998, los países miembros de la Comunidad Andina y del Mercosur, firmaron un acuerdo marco para la creación de una zona de libre comercio entre la Comunidad Andina y el Mercosur. Dicho acuerdo entrará en vigor el 1 de enero del 2000.

<sup>57</sup> Caricom (Antigua y Barbuda, Barbados, Belice, Dominicana, Granada, Guyana, Jamaica, Montserrat, San Cristóbal y Nieves, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Surinam y Trinidad y Tobago); Comunidad Andina (Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela); Mercosur (Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay) y el Mercado Común Centroamericano (hoy Sistema de Integración Centroamericano (SICA), ratificado por El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Costa Rica).

<sup>58</sup> La Declaración y Plan de Acción del ALCA puede consultarse en [www.oea.org](http://www.oea.org).

## A. El asentamiento de una cultura sobre arbitraje comercial internacional

Gracias al trabajo efectuado durante varios años por algunos pioneros en la materia,<sup>59</sup> así como a los recientes esfuerzos de organismos internacionales, podemos afirmar que América Latina ha efectuado los primeros pasos en el camino de la instauración de una “cultura arbitral”.<sup>60</sup> Sin embargo, y a pesar de la constatación de los múltiples cambios a los que nos hemos referido en la sección anterior, así como a la existencia de leyes de arbitraje recientes, incluso algunas de ellas bastante modernas, dicho proceso de culturalización no debe considerarse como consumado.

Hasta la fecha los esfuerzos realizados por diversos organismos internacionales tales como la Agencia para el Desarrollo Internacional de los Estados Unidos (AID), el BID y el Banco Mundial, se han concentrado en el desarrollo de programas relativos a los métodos alternativos de solución de controversias. Un análisis sobre dichos proyectos nos permite concluir que se trata de programas que están dirigidos a la solución de conflictos particularmente de carácter nacional,<sup>61</sup> por lo que en ocasiones las mismas legislaciones no son lo suficientemente modernas o favorables para la práctica del arbitraje comercial internacional.<sup>62</sup> Lo anterior se debe a que los orígenes y los objetivos que dichos programas plantean son completamente diferentes a las necesidades que se persiguen en la

<sup>59</sup> Varios han sido los autores que han incursionado en el tema del arbitraje comercial internacional en América Latina (en particular en los últimos dos o tres años). Sin embargo, desde nuestro punto de vista, son pocos los que han abogado durante años sobre la necesidad de crear una verdadera “cultura arbitral” en Latinoamérica. En este sentido, cabe mencionar el trabajo efectuado por los abogados Horacio Grigera-Naón, Charles Norberg y José Luis Siqueiros.

<sup>60</sup> Por “cultura arbitral” debe entenderse el cambio de mentalidad o de actitud que debe operar en los usuarios del arbitraje (jueces, abogados, comerciantes y público en general). Este cambio de mentalidad sólo puede obtenerse a través de la implementación de medidas educativas, de capacitación, de investigación y de diseminación de información sobre la materia.

<sup>61</sup> Por ejemplo, el convenio de cooperación técnica concluido en 1995 entre la APENAC (Asociación Peruana Nacional de Arbitraje y Conciliación) y el BID está dirigido a financiar un vasto programa de métodos alternos de resolución de controversias a nivel nacional. El mismo incluye una serie de programas pilotos en materia de conciliación sobre ciertas áreas específicas (resolución de conflictos escolares, resolución de conflictos laborales, asistencia a los juzgados civiles y conciliación vecinal).

<sup>62</sup> La doctrina internacional se encuentra dividida a este respecto. Para algunos autores no es conveniente la separación de las reglas, lo que es bueno para el arbitraje nacional es bueno para el arbitraje internacional (esta sería la visión de los legisladores brasileños, véase LEE, J. B. “Le nouveau régime de l’arbitrage au Brésil”, *Revue de l’arbitrage* 2 (1997) 201). Para otros, dicha separación se hace indispensable (esta sería la opinión de los tratadistas franceses, véase FOUCHARD, Ph. et al., *Traité de l’arbitrage commercial international* (Paris Litec 1996) 106). Nosotros somos partidarios de esta última posición, particularmente en el caso latinoamericano en donde apenas desde hace algunos años se recurre a la práctica de este método de solución de controversias y en donde se puede todavía constatar la importancia que se brinda a ciertas tradiciones jurídicas, que en determinados casos pueden ser positivas para la práctica nacional, pero negativas para la práctica internacional (tal es el caso por ejemplo de la necesidad de otorgar el compromiso de conformidad con algunas legislaciones nacionales o de la nominación de árbitros nacionales).

búsqueda de la creación de una zona favorable y efectiva a la práctica del arbitraje comercial internacional.<sup>63</sup>

Como lo mencionamos, ello no implica que dichos programas no estén alcanzando los resultados esperados,<sup>64</sup> ni tampoco que no estemos presenciando en América Latina la familiarización de los jueces, abogados y público en general con el arbitraje como técnica de solución de conflictos. Sin embargo, en ocasiones se han transferido reglas o prácticas del arbitraje nacional al arbitraje internacional.<sup>65</sup> Este hecho es de particular relevancia cuando observamos que algunas de las nuevas legislaciones latinoamericanas de arbitraje incorporan todavía ciertas tradiciones nacionales que no son favorables para la práctica internacional. Además, el estudio detallado de algunas de las legislaciones nos permite constatar el aspecto *judicial* que se le confiere en ocasiones al arbitraje.<sup>66</sup>

Por tal motivo todavía se hace indispensable el establecimiento de una cultura propia al arbitraje comercial internacional. Para ello se requiere de una mayor difusión de la materia, no sólo entre los jueces y abogados, sino además entre los comerciantes latinoamericanos.

Los organismos internacionales y las instituciones internacionales que administran arbitrajes deberán también incrementar sus esfuerzos en esta dirección.<sup>67</sup> De los primeros se requiere una cierta coordinación. Es indispensable que los diversos proyectos que dichas instituciones implementan en materia de reformas a la administración de justicia en Latinoamérica contemplen, de manera uniforme, las tendencias de la práctica internacional del arbitraje. De esta forma se lograría no sólo la incorporación de principios modernos, sino además una cierta armonización de la materia en la región. Por su parte, las instituciones internacionales de arbitraje necesitan incrementar el número de seminarios o programas de capacitación dirigidos a los jueces, abogados y usuarios latinoamericanos.

Pero los esfuerzos hacia el establecimiento de una cultura sobre arbitraje comercial internacional no sólo deben venir del exterior. Los jueces, abogados y comerciantes latinoamericanos deben también participar de una forma activa.

<sup>63</sup> Las deficiencias en el sistema de administración de justicia de algunos países latinoamericanos, así como la desconfianza de la población en el mismo, han sido básicamente las razones que dieron origen a este tipo de programas y no precisamente la necesidad de desarrollar el arbitraje comercial internacional en la región.

<sup>64</sup> En Argentina, por ejemplo, de 116,660 casos presentados desde la adopción de la Ley de Mediación de 1996, sólo 32,644 fueron sometidos a los tribunales nacionales por no haber alcanzado una solución por medio de la mediación. Resultados positivos también se han alcanzado en Colombia y Perú. Véase *IDBAMERICA* (septiembre-octubre 1998).

<sup>65</sup> Tal es el caso de las nuevas legislaciones de arbitraje de Bolivia, Brasil, Costa Rica y Venezuela. En este sentido véase FRUTOS-PETERSON, C. *op. cit.*, pp. 497-505.

<sup>66</sup> Por aspecto "judicial del arbitraje" entendemos aquellas legislaciones que en lugar de respetar la flexibilidad del arbitraje (característica inherente a éste) o ciertos principios reconocidos por la práctica internacional, contemplan un procedimiento que podría compararse a cualquier otro procedimiento judicial nacional (fuerte intervención judicial, obligatoriedad en el seguimiento de ciertas etapas procesales y de términos).

<sup>67</sup> En este sentido, nos referimos a instituciones de arbitraje tales como la Asociación Americana de Arbitraje (AAA), la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París (CCI) o la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC), por no mencionar más que algunas de ellas.

Por ejemplo, sería conveniente que los jueces latinoamericanos dejen de lado el aspecto "procesal" que muchas veces conceden al arbitraje, que se muestren más abiertos en materia de aplicación de convenciones internacionales ratificadas por sus gobiernos (incluso cuando se trate de disposiciones o tendencias no propias a su derecho nacional, pero reconocidas por tales convenciones) y por último, que acepten los límites de su competencia ante la existencia de una cláusula arbitral.

Por otra parte, es indispensable que los abogados latinoamericanos dejen de lado la formación de "litigio" con la que cuentan. Una forma para lograr este cambio sería la incorporación de programas relativos al arbitraje comercial internacional dentro de las escuelas de derecho de los diferentes países de la región. Lo anterior permitiría un cambio de actitud frente a la materia desde sus raíces. De tal manera, la formación de "litigio" que reciben éstos, sería sustituida por una actitud más favorable hacia la negociación y hacia la resolución de controversias de una forma rápida y flexible por medio del arbitraje.

Un cambio de actitud por parte de los comerciantes latinoamericanos también sería necesario. Los mismos deberán contar con una mentalidad abierta a otro tipo de técnicas utilizadas en el comercio internacional y particularmente en materia de solución de controversias comerciales internacionales.

Por último, y como ya dijimos, es necesario que se incrementen cursos de capacitación y entrenamiento. Los mismos pueden ser impartidos en colaboración con las instituciones internacionales que cuentan con una buena experiencia y renombre en la materia. Para ello podrían elaborarse programas conjuntos con las diferentes cámaras de comercio latinoamericanas,<sup>68</sup> o lo que es aún mejor, aprovechar la infraestructura que existe en materia de secciones nacionales de la CIAC.<sup>69</sup>

<sup>68</sup> Sería además recomendable la multiplicación de acuerdos de cooperación entre dichas instituciones; lo anterior permitiría el seguimiento de arbitrajes comerciales internacionales en los recintos de las instituciones nacionales de los países latinoamericanos. La AAA cuenta ya con algunos de estos acuerdos; sin embargo, los mismos se limitan a ciertos países, en particular México (Acuerdo de Cooperación con la Cámara de Comercio de la Ciudad de México celebrado en 1994), en virtud del interés que suscita el TLCAN. El Centro de Arbitraje y Mediación para las Américas (CAMCA) funciona también con base en un acuerdo celebrado por distintas instituciones, a saber la AAA, la *British Columbia International Commercial Arbitration Center*, la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México y el Centro de Arbitraje Comercial Nacional e Internacional de Quebec. Con base en el mismo, las partes pueden presentar su controversia en cualquiera de los centros, los cuales aplicarán un reglamento único.

<sup>69</sup> En este sentido es necesario precisar que en 1998 la Organización de Estados Americanos (OEA) aprobó un programa sobre "Capacitación e Intercambio de Información y Experiencia sobre Arbitraje en América Latina" en varios países latinoamericanos (Colombia, Ecuador, Chile, Bolivia y Paraguay). Para 1999, la OEA pretende implementar dicho proyecto en Argentina, Brasil, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, México, Panamá, República Dominicana, Uruguay y Venezuela. La implementación del programa estaría a cargo principalmente de la Cámara de Comercio de Bogotá, quien funge como la sección nacional de la CIAC en Colombia.

## B. La desaparición de los obstáculos todavía existentes: reminiscencia de una práctica anterior

---

En realidad, las dificultades que al arbitraje comercial internacional afronta y que son discutidas en esta sección, podrían desvanecerse como consecuencia de una mayor difusión de la materia; es decir una vez asentada en la región una verdadera cultura sobre arbitraje comercial internacional.

En esta sección, nos limitaremos a hacer referencia a los aspectos que nos parecen los más representativos del sistema anterior y cuya modificación se hace indispensable para evitar todo obstáculo a la práctica del arbitraje comercial internacional en la región.

### 1. Modificación de algunos preceptos nacionales

---

Sin duda el arbitraje comercial internacional encontrará todavía algunas disposiciones jurídicas que limitarán de una forma u otra su práctica o desarrollo en América Latina. Esto es de esperarse en una zona que durante más de un siglo fue reticente a la práctica de este método de solución de controversias. En consecuencia, nos referiremos a aquellas disposiciones cuyo cambio nos parece necesario para no frenar los pasos ya efectuados por los países latinoamericanos en el camino del reconocimiento del arbitraje comercial internacional.

Así, en materia de derecho constitucional, sería conveniente que algunos países modificaran ciertos preceptos que reflejan la política anterior. Tal es el caso de las recientes constituciones adoptadas por Ecuador y Venezuela.<sup>70</sup>

Si bien es cierto que la nueva Constitución de Ecuador fue modificada de manera trascendental, la misma sigue haciendo alusión a una de las doctrinas que mayor controversia ha causado en contra de la aceptación del arbitraje comercial internacional en Latinoamérica; nos referimos a la Doctrina Calvo. El artículo 16 constitucional señala:

Los contratos celebrados por el Gobierno o por las entidades públicas con personas naturales o jurídicas extranjeras, llevarán implícitas la renuncia a toda reclamación diplomática. Si tales contratos fueren celebrados en el territorio del Ecuador, *no se podrá convenir la sujeción a una jurisdicción extraña*, salvo el caso de convenios internacionales.<sup>71</sup>

Antes de la reforma constitucional, el artículo 16 omitía la parte final del texto: "salvo el caso de convenios internacionales". Ante dicha omisión, el texto presentaba una cierta ambigüedad, lo que motivó una doble interpretación del mismo sobre todo con respecto al concepto de *jurisdicción extraña*.

<sup>70</sup> Constitución Política de la República del Ecuador de fecha 29 de mayo de 1996. Constitución Nacional de Venezuela de 1961.

<sup>71</sup> El énfasis es nuestro.

Para algunos autores, por *jurisdicción extraña* debía entenderse aquella jurisdicción ubicada fuera del territorio nacional. Para otros, se trataba de la jurisdicción no reconocida por la legislación nacional, es decir, que no formara parte de la misma.

Si a simple vista la redacción actual del artículo 16 constitucional parece corregir este juego de interpretaciones, el mismo se vuelve menos evidente a partir del momento en que se sugiere que existen convenciones internacionales suscritas por el Ecuador, pero que no han sido ratificadas de conformidad con los requisitos que marca la Constitución.<sup>72</sup> Así, el reconocimiento de la Convención de Washington de 1965 y del Convenio Complementario del Acuerdo de Garantías OPIC celebrado con los Estados Unidos, podría estar en juego, pues a pesar de haber sido publicados en el *Diario Oficial*, éstos no fueron presentados para su aprobación ante el Congreso y su posterior ratificación por parte del Ejecutivo como lo dispone la Constitución.<sup>73</sup> Cabe entonces preguntarse si tales acuerdos, y en particular el reconocimiento de la jurisdicción que emana de la Convención de Washington, forman parte de la jurisdicción nacional, o si se trata de una jurisdicción "extraña" puesto que no existen "convenios internacionales" debidamente ratificados conforme a la Constitución.<sup>74</sup>

La nueva Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador autoriza expresamente al Estado a someterse a una jurisdicción reconocida o no por las leyes ecuatorianas.<sup>75</sup> Sin embargo, este dispositivo no parece resolver del todo la problemática puesto que el artículo 137 constitucional reconoce la supremacía de la Constitución sobre las leyes y tratados celebrados por el Ecuador. En consecuencia, el artículo 16 constitucional podría prestarse a la práctica de abusos de la parte relicente al arbitraje.

En el caso particular de Venezuela, el artículo 127 de la Constitución incorpora también los principios de la Doctrina Calvo. El mismo señala:

En los contratos de interés público, si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se considerará incorporada, aun cuando no estuviere expresa, una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes contratantes, serán decididas por los Tribunales competentes de la República, en conformi-

<sup>72</sup> FLORES, Mario A. *La promoción y protección a la inversión extranjera mediante los tratados y programas internacionales de garantías y convenios de doble tributación* (Quito Tesis) 136.

<sup>73</sup> Según la versión oficial (Ministro de Relaciones Exteriores), la sumisión de dichos acuerdos para su ratificación ante el Congreso y ante el Ejecutivo no fue necesaria debido a que se trata de acuerdos reglamentarios que no requieren de dicha ratificación, sino que basta con que se observe el procedimiento para adoptar los reglamentos internos, es decir mediante la aprobación directa del presidente de la República. *Idem*.

<sup>74</sup> Larrea-Falcony, jurista ecuatoriano, considera que la sumisión a los arbitrajes internacionales, aun en el marco de los contratos ejecutados en el territorio nacional, son perfectamente válidos y surten plenos efectos legales en Ecuador. No obstante, el mismo autor precisa que desafortunadamente no se trata de una interpretación uniforme entre los diferentes jueces y tribunales, a tal grado que existen sentencias contradictorias pronunciadas por la Suprema Corte de Justicia. LARREA-FALCONY, A. "Arbitration in Ecuador", en *International Arbitration in Latin America-Special Supplement, ICC International Court of Arbitration Bulletin* (diciembre 1996) 44.

<sup>75</sup> Ley de Arbitraje y Mediación, Registro Oficial núm. 145 de fecha 4 de septiembre de 1997. Art. 4 (arbitraje nacional) y art. 42 (arbitraje internacional).

dad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras.

El artículo 127 constitucional es conocido como “la reserva de jurisdicción venezolana”. Los especialistas de derecho administrativo la han interpretado de manera restrictiva. De conformidad con los mismos, los tribunales venezolanos son aptos para conocer de las controversias en las que deba protegerse el interés público de la nación.<sup>76</sup> Sin embargo, es de interés precisar que a esta interpretación restrictiva se opone la versión emitida por el procurador de la República, y conforme a la cual quedan admitidas las cláusulas que someten al Estado a una jurisdicción extranjera. No obstante, esta posición no ha sido siempre uniforme. Por ejemplo, en 1965 la misma autoridad expresó:

El procurador considera inaceptable la cláusula arbitral transcrita porque ésta sustrae los posibles conflictos tanto de la jurisdicción que de la legislación venezolana para someterlos a aquellas de la Cámara Internacional de Comercio de París, violando de manera flagrante las disposiciones del artículo 127 [Constitucional].<sup>77</sup>

En consecuencia, y al igual que en el caso de Ecuador, el artículo 127 de la Constitución de Venezuela brinda una pauta que permitiría invocar el contenido del mismo y tratar de anular toda cláusula arbitral que haya sido celebrada por el Estado en contratos de carácter internacional.

Esta misma situación podría presentarse también en el caso de Bolivia. El artículo 122 constitucional atribuye a la justicia ordinaria todos los litigios entre particulares, y entre éstos y el Estado, cuando este último actúa como persona de derecho privado. Por su parte, el artículo 135 de la misma considera como nacionales a las empresas establecidas para la explotación, aprovechamiento o negocios en el país, sometiéndolos a las leyes y autoridades de la República. Por último, el artículo 228 constitucional señala que en caso de conflicto entre ésta y los tratados, prevalecerá la primera.

Estos preceptos constitucionales parecen oponerse a la realidad actual que en materia de arbitraje enfrenta Bolivia. En los últimos años el país ha emprendido importantes reformas en materia de arbitraje comercial tanto nacional como internacional. No obstante, dichas reformas no pueden surtir todos sus efectos hasta en tanto el derecho constitucional actual no se adapte a la nueva realidad del país. En consecuencia, aquí, al igual que en los casos precedentes, los tribu-

<sup>76</sup> GRIGERA NAÓN, H. *Seminar on International Arbitration in Latin America* (New York, Baker & McKenzie 23 de mayo de 1995), en *World Arbitration and Mediation Report* 6 10 (octubre 1995) 233. La interpretación restrictiva del artículo 127 puede observarse a través de las manifestaciones del jurista venezolano Álvarez Morales quien afirma que “la doctrina jurídica está profundamente dividida”. Para este autor “la inmunidad de jurisdicción sigue siendo un instrumento valioso de defensa de la soberanía nacional cuya renuncia debe ser excepcional [y] admitiendo que el Estado pudiera ser procesado en un tribunal extranjero, la sentencia sería inejecutable. En consecuencia, no existen beneficios prácticos para el acreedor con el sometimiento del asunto a un tribunal extranjero”. MORALES, A. “La inmunidad de jurisdicción y las operaciones de crédito público”, cit. por MATTHIES, R. *Arbitrariedad y Arbitraje* (Óscar Todtmann Editores 1996) 181.

<sup>77</sup> Consultación emitida el 1/12/75.

nales nacionales deberán pronunciarse según el caso específico que se les presente.

Los ejemplos aquí expuestos nos invitan a cuestionarnos acerca de la dicotomía jurídica que se presenta todavía en América Latina, es decir, por un lado constatamos una realidad práctica (incorporación de cláusulas arbitrales dentro de los contratos en los cuales participa el Estado en su carácter de agente económico privado) y por otro una realidad teórica (interpretaciones restrictivas, distinción entre el marco jurídico nacional e internacional).<sup>78</sup> Sólo la difusión y asentamiento de una cultura arbitral propia al arbitraje comercial internacional ayudaría a desvanecer este tipo de anomalías.

Otro tipo de dificultades existentes en el marco de las legislaciones latinoamericanas de arbitraje, se presenta en materia de nacionalidad de árbitros. Es cierto que no debemos olvidar que en este sentido una gran mayoría de países han modificado preceptos que infringían la participación de los extranjeros para fungir como árbitros.<sup>79</sup> No obstante, cierta ambigüedad persiste en algunas leyes de arbitraje. Por ejemplo, se ha sugerido que de conformidad con la legislación chilena, los extranjeros no pueden asumir el cargo de árbitros *de jure*.<sup>80</sup> En El Salvador, si bien se admite que los extranjeros funjan como árbitros, la ley establece que será necesario que éstos residan en el país.<sup>81</sup>

En otras ocasiones, las cortes o la doctrina han tenido que pronunciarse ante la ambigüedad de ciertas leyes.<sup>82</sup> Por ejemplo, la Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana sostuvo que las controversias surgidas en el país, en el marco de la Ley núm. 173 sobre protección de agentes, importadores de mercancías y/o productos (6 de abril de 1966), no pueden someterse a los tribunales y árbitros no dominicanos.<sup>83</sup> Para algunos autores, esta misma interpretación podría ser aplicada en materia de inversiones extranjeras, puesto que la ley señala que toda controversia deberá ser resuelta por la jurisdicción nacional (artículo 38).<sup>84</sup>

<sup>78</sup> Este no sólo es el caso de Bolivia, Ecuador y Venezuela (véase *supra*). Otros ejemplos que plasman la existencia de una realidad teórica y una realidad práctica pueden ser consultados en general en FRUTOS-PETERSON, C. *op. cit.*

<sup>79</sup> Véase las legislaciones anteriores de Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador y Venezuela.

<sup>80</sup> Véase SOMMERVILLE, H. J. "Arbitration in Chile", en *International Arbitration in Latin America-Special Supplement, ICC International Court of Arbitration Bulletin* (diciembre 1996) 16.

<sup>81</sup> El artículo 59 del CPC establece que: "pueden ser árbitros de derecho o árbitros arbitradores los nacionales o extranjeros, mayores de veintiún años, residentes en la República y que sepan leer y escribir, excepto los Magistrados y los Jueces de Primera Instancia". Bajo la legislación anterior, no era obligatorio que el árbitro extranjero residiera en el país. Sin embargo, a raíz de una controversia en la que se vio envuelto el gobierno salvadoreño, este dispositivo fue modificado con el fin de impedir la participación del árbitro extranjero, a quien se le negó, no sólo la visa de entrada al país, sino además la posibilidad de residir en el mismo, lo que impidió que éste pudiera rendir su sentencia. Véase *El Aguila vs. Gobierno de El Salvador*.

<sup>82</sup> Al respecto, véase también la decisión de la Suprema Corte de Justicia de Colombia pronunciada en 1991. Véase *infra*.

<sup>83</sup> VELÁZQUEZ, Jacqueline "Dominican Arbitration Law: A Blend of Orthodoxism and Liberalism", en *International Arbitration in Latin America-Special Supplement, ICC International Court of Arbitration Bulletin* (diciembre 1996) 36.

<sup>84</sup> *Idem*. El artículo 38 de la Ley de Inversiones señala: "En ningún contrato o concesión se admitirán cláusulas que sustraigan los posibles conflictos o controversias de la jurisdicción y competencia nacionales, o que permitan la subrogación por parte de un Estado de los derechos y accio-

## 2. Familiarización de algunos conceptos fundamentales del arbitraje

Por último, es menester señalar que la ambigüedad que persiste todavía en algunas legislaciones, así como la ausencia de preceptos fundamentales del arbitraje, hacen necesaria la intervención de los tribunales nacionales con el fin de que los mismos sean interpretados. Desafortunadamente, en ocasiones las cortes desconocen o interpretan de manera errónea ciertas prácticas reconocidas por la doctrina internacional, así como el contenido de algunas de las convenciones internacionales que tratan la materia.

En este sentido, cabe mencionar la decisión pronunciada por la Suprema Corte de Justicia de Colombia en 1991, la cual si bien fue formulada en el marco del arbitraje nacional, repercute de manera indirecta en materia de arbitraje comercial internacional. Al efecto, el artículo 80. del Decreto 2279 de 1989<sup>85</sup> sostenía que:

Quando el arbitramento se refiere a los litigios surgidos entre nacionales colombianos, en territorio colombiano y con respecto a relaciones jurídicas que deban cumplirse en Colombia, los árbitros deben ser ciudadanos colombianos en ejercicio de sus derechos. En los demás casos los árbitros pueden ser extranjeros.<sup>86</sup>

En 1991, la Suprema Corte de Justicia de Colombia declaró la inconstitucionalidad del artículo 80. argumentando que:

Fluye de todo lo expuesto la inconstitucionalidad del artículo impugnado por ser violatorio de los artículos 2, 11 inciso tercero, 14 y 15 del Estatuto Máximo, en cuanto permite que en Colombia actúen tribunales de arbitramento integrados con personas de nacionalidad extranjera, no importa que los litigantes sean extranjeros o que el litigio haya surgido en el exterior.<sup>87</sup>

La Corte basa su razonamiento en el hecho de que la función arbitral emana directamente de la ley y no de la voluntad de las partes.<sup>88</sup> Esta decisión afecta

nes de sus inversionistas nacionales". Ley núm. 861 de fecha 22 de julio de 1978, modificada por Ley núm. 138 de 24 de junio de 1983.

<sup>85</sup> El Decreto 2279 de 1989 fue modificado por la Ley 23 de 1991, misma que fue modificada en 1997.

<sup>86</sup> El artículo 80. fue remplazado por el artículo 100 de la Ley 23 de 1991, el cual expresa: "Los árbitros serán ciudadanos colombianos, sin perjuicio de los tratados vigentes respecto del arbitraje internacional".

<sup>87</sup> Los artículos constitucionales que señala la Corte se refieren a la autorización exclusiva de los ciudadanos colombianos para servir en la función pública. Los mismos corresponden a los artículos 30., 98, 99 y 100 de la nueva Constitución de Colombia adoptada en 1991.

<sup>88</sup> "El ejercicio de la función jurisdiccional queda cobijado en el complejo de los derechos políticos [...] y los derechos políticos los reserva la Norma Fundamental Colombiana privativamente a los nacionales (artículo 11, inciso 3o.)". La Corte agrega además: "a) Es la misma ley que admite la posibilidad de que, en virtud de sus disposiciones, la jurisdicción pueda ser ejercida en casos particulares y bajo ciertos y determinados presupuestos y condiciones por otros órganos que no sean los de la jurisdicción ordinaria. Por ello, la atribución de poderes jurídicos a los árbitros para que ejerzan la función jurisdiccional, como efecto de derecho público, opera por el ministro de la ley y no por la voluntad de las partes [...] Por tanto, el otorgamiento de poderes jurisdiccionales a los terce-

sin duda no sólo la práctica del arbitraje interno sino además la del arbitraje internacional.

Es cierto que la Corte se cuida de precisar que su decisión se “aplica exclusivamente al arbitraje nacional”.<sup>89</sup> Sin embargo las interpretaciones que la misma hace, particularmente sobre el concepto de “constitución” del tribunal arbitral (véase nota 90), así como la ausencia a todo reconocimiento de las convenciones ratificadas con anterioridad por Colombia en el plano internacional,<sup>90</sup> conllevan una serie de interrogantes. Además las mismas podría conducir a la práctica distorsionada de algunas de las tendencias del arbitraje moderno internacional.

Algunas decisiones pronunciadas por los tribunales mexicanos, uruguayos y venezolanos también son muestra del tipo de dificultades que todavía persisten en materia de interpretación o incorporación de prácticas internacionales por parte de los jueces latinoamericanos.<sup>91</sup>

Por ejemplo, en una decisión pronunciada por el tribunal de primera instancia de Uruguay y confirmada en segunda instancia, se desconoció la aplicación de la cláusula compromisoria celebrada entre las partes en un contrato de embarque.<sup>92</sup> Al efecto el tribunal de primera instancia sostuvo que:

ros designados como árbitros, si bien se origina en un negocio jurídico privado (el compromiso o la cláusula compromisoria), emana de la ley [...] b) Los árbitros ejercen función jurisdiccional, pues su función participa de los caracteres propios de esta actividad [...] c) Necesario es pues considerar la función de los árbitros pública y la institución de los árbitros como uno de los casos en que a un particular se le reconoce la facultad de ejercer funciones públicas o servicios públicos, concretamente, la función jurisdiccional”.

<sup>89</sup> Para demostrar este hecho, la Corte señala que: 1) su decisión se limita a los tribunales arbitrales cuya “actuación esté inserta en el marco de la actividad jurisdiccional propiamente dicha en Colombia” y 2) reconoce que un arbitraje es internacional cuando el tribunal está constituido en el extranjero. No cabe duda que estos argumentos pueden ser fuertemente criticados. Por ejemplo, con respecto al primero, y como bien precisa Mantilla Serrano, Colombia goza de una fuerte tradición territorialista, por lo que el juez colombiano se declarará competente para conocer de un litigio en todos aquellos casos que tengan relación “por mínima que ésta sea” con Colombia. Véase MANTILLA SERRANO, F. “El Arbitraje internacional: Comentario sobre la decisión de la Corte Suprema de Justicia de Colombia”, *Revista Española de la Corte de Arbitraje* (100). En cuanto al segundo de sus argumentos, es criticable en la medida que un tribunal arbitral puede ser constituido en Colombia, y no por ese sólo hecho tratarse de un arbitraje nacional. De tal forma, puede suceder que un arbitraje cuyo tribunal haya sido constituido en Colombia, sea internacional ya sea porque las partes así lo acuerdan, o porque al momento de la celebración del acuerdo arbitral, las partes tienen sus establecimientos en Estados diferentes o cuando una parte sustancial de las obligaciones tiene relación jurídica con otro Estado (art. 1. 3 de la Ley Modelo de la UNCITRAL).

<sup>90</sup> En particular se nota la ausencia de reconocimiento y aplicación de la Convención de Panamá de 1975, cuyo artículo 2 de la Convención de Panamá autoriza la nominación de árbitros extranjeros.

<sup>91</sup> De ninguna manera pretendemos afirmar que se trata de una falta de competencia de los jueces o magistrados latinoamericanos, a lo que nos referimos es más bien a la falta de familiarización que en ocasiones existe todavía sobre la materia. Este fue el caso por ejemplo de los tribunales mexicanos de primera instancia cuyas decisiones fueron corregidas en favor del arbitraje por los tribunales de apelación. Véase por ejemplo los casos *Press Office S.A. vs. Centro Editorial Hoy, S. A.*, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 24 de febrero de 1977, en *Y.B. Comm. Arb.* 4 (1979) 301. *Malden Mills Inc. vs. Hilaturas Lourdes S.A.*, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 1 de agosto de 1977, en *Y.B. Comm. Arb.* 4 (1979) 302. *Alkon Textil S.A. vs. Mitsui de México S.A. y Mitsui & Co. Ltd.*, 21 de octubre de 1986.

<sup>92</sup> *Royal Insurance vs. Montemar, S.A.* Fa. 1636/82 del 20 de marzo de 1985, y confirmado en segunda instancia en fecha 14 de abril de 1986. La cláusula de arbitraje celebrada por las partes estipulaba: “Este conocimiento de embarque se regirá por las Leyes de Inglaterra. Toda disputa que

Este pacto está en contradicción con los artículos 2401 y 2403 del C. C. Las normas sobre jurisdicción son de orden público y no pueden ser modificadas por la voluntad de las partes. El arbitraje implantado en Londres y sometido a la ordenación jurídica de Gran Bretaña es incompatible con la notoria *comixtion* entre la actividad de un tribunal arbitral y la potestad pública de los jueces de la República en el derecho uruguayo. El suscrito estima que los tribunales arbitrales ejercen función jurisdiccional [...] Por lo tanto la legislación uruguaya a la luz de los principios antes citados habría de ser reguladora del arbitraje que se conviniere. Si no es aplicable la cláusula de arbitraje en la regulación que contiene, no es admisible que subsista uno de sus aspectos parciales, cual es el plazo para el planteamiento y promoción de las allí denominadas "disputas", debe concluirse que se convino algo ilícito por contrario al orden público que cae en su totalidad.

Esta decisión no sólo viola conceptos universalmente aceptados en materia de arbitraje (principio de la autonomía de la voluntad de las partes y efecto negativo de la cláusula arbitral), sino además incurre en la violación de las obligaciones contraídas por el gobierno uruguayo, pues éste había ratificado con anterioridad las convenciones de Nueva York de 1958 y de Panamá de 1975.<sup>93</sup> En el caso que nos ocupa, los tribunales uruguayos debieron haber recurrido a la aplicación de dichas convenciones, por ser éstas parte del derecho internacional privado del Uruguay.<sup>94</sup>

En Venezuela podemos también constatar, a través de una serie de decisiones judiciales, una inexacta aplicación de preceptos o convenciones cuyo origen se basa, en la mayoría de los casos, en una falta de familiaridad con la materia.

En una decisión del 8 de julio de 1993, la Suprema Corte de Justicia de Venezuela declaró competente a los tribunales venezolanos para conocer de un litigio sobre la cual las partes habían acordado someterse al arbitraje en Londres, Inglaterra.<sup>95</sup> En el presente caso, la Corte consideró que al haber sido demandada la nulidad del contrato celebrado entre las partes (el cual incluía la cláusula

surja con respecto a este conocimiento de embarque será referida al arbitraje de tres (3) personas en Londres, dentro de los 90 días a partir de la fecha de carga o descarga final, siendo nombrados, uno por los propietarios del buque, otro por los propietarios de la carga, y el tercero será nombrado por los dos así elegidos. Los árbitros serán hombres entendidos en comercio, que se ocupen de la profesión de embarques. Se reunirán en la ciudad de Londres y procederán de la manera que ellos determinen y sus decisiones o las opiniones de cualesquiera de ellos serán terminantes para ambas partes".

<sup>93</sup> La Convención de Nueva York fue aprobada por Ley 15229 y publicada en el *Diario Oficial* el 24 de diciembre de 1981. Por su parte, la Convención de Panamá fue aprobada por Decreto del 22 de junio de 1976; mientras que el juicio que nos ocupa fue iniciado el 17 de noviembre de 1982.

<sup>94</sup> SANTOS, Rubén B. *Arbitraje Comercial Internacional* (Fundación de Cultura Universitaria, 1988) 303. La Convención de Nueva York establece expresamente en su artículo II: "Cada uno de los Estados contratantes reconocerá el acuerdo por escrito al cual las partes se obligan a someter al arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas [...] El tribunal de uno de los Estados contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirán a las partes al arbitraje a instancia de una de ellas".

Por su parte, el artículo 1 de la Convención de Panamá señala: "Es válido el acuerdo de las partes en virtud del cual se obligan a someter a decisión arbitral las diferencias que pudiesen surgir o que hayan surgido entre ellas con relación a un negocio de carácter mercantil".

<sup>95</sup> *Compañía Anónima de Seguros La Occidental vs. Stetzel, Thomson & Co. Ltd.* Corte Suprema de Justicia, Sala Político-Administrativa, 8 de julio de 1993.

compromisoria), no podía hacerse valer el fuero extranjero (en este caso, el fuero arbitral inglés) por ser precisamente el contrato objeto de nulidad.<sup>96</sup>

En otras ocasiones, las cortes han interpretado de manera errónea ciertos preceptos o prácticas del arbitraje moderno. Tal es el caso de la decisión pronunciada en 1992 por la Suprema Corte de Justicia de Colombia, y conforme a la cual, la Corte concedió el reconocimiento y *exequatur* de una sentencia arbitral dictada en los Estados Unidos.<sup>97</sup> No obstante, del razonamiento de la Corte se desprenden ciertas anomalías. En primer lugar ésta subraya la necesidad del debido cumplimiento de los requisitos que señala el artículo 694 del C. P. C.; y si bien brinda reconocimiento a la Convención de Nueva York de 1958, solamente lo hace en la medida en que observa que tanto Colombia como los Estados Unidos son parte ratificante de la misma. Al efecto la Corte sostuvo:

Con la concesión del *exequatur* se logra el reconocimiento dentro del ámbito jurídico nacional de decisiones proferidas en país extranjero, cuando éstas tienen naturaleza de laudos arbitrales o de sentencias. Para alcanzar tal fin, la solicitud habrá de cumplir con las exigencias requeridas por el artículo 649 del ordenamiento procesal civil.

La Corte agregó además:

La relación precedente denota la existencia de la legislación internacional que permite la reciprocidad diplomática, en relación con los laudos arbitrales, entre los Estados que adherieron a la misma, entre los que por lo visto se encuentran los Estados Unidos y Colombia [...] No existe, por otro lado, objeción alguna en cuanto al cumplimiento de los preceptos generales establecidos dentro del régimen legal interno para toda clase de solicitudes de *exequatur* [...] En este orden de ideas, la sociedad peticionaria satisfizo no sólo las exigencias procesales nacionales, sino también los requisitos que sobre el particular especifica la Convención [de Nueva York].

En este orden de ideas, el razonamiento de la Corte fue inadecuado. Ésta debió haber recurrido a la aplicación directa e inmediata de la Convención de Nueva York de 1958, toda vez que Colombia ratificó la Convención, sin haber hecho uso de la reserva de reciprocidad, lo que la obliga a reconocer y ejecutar las sentencias arbitrales extranjeras de conformidad con la misma y sin tomar en cuenta si el país de donde proviene ésta, es o no, miembro de la Convención.

<sup>96</sup> La Corte sostuvo: "La Sala observa la existencia en el referido contrato de una cláusula arbitral en la cual las partes convinieron someter cualquier disputa o diferencia que surgiera con motivo de esa convención a 'un árbitro único quien sería una persona empleada en seguro o reaseguro y residente en Inglaterra' [...] No obstante, observa la Sala que estando reconocida la posibilidad de inclusión de cláusulas arbitrales en los contratos internacionales para dirimir las controversias que surjan en relación a los mismos, no podría sin embargo, en el caso de autos, tomarse en cuenta la manifestación de voluntad de las partes expresada en el contrato, puesto que, precisamente, se ha demandado la nulidad del mismo por vicio del consentimiento, vicio que en todo caso de existir, afectaría igualmente la validez de la cláusula de arbitraje, por lo que su consideración implicaría un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, al reconocer como válida una parte del contrato que, según la parte actora fue suscrito por persona no autorizada".

<sup>97</sup> *Sunward Overseas, S.A. vs. Servicios Marítimos Ltd.* Suprema Corte de Justicia. Solicitud de *exequatur* de un laudo arbitral pronunciado en los Estados Unidos. 20 de noviembre de 1992. *Y.B. Comm. Arb.* XX 651.

Además, la Corte debió precisar que tal reconocimiento se debe al hecho de que ninguna de las causales de denegación del *exequatur* que marca la Convención fueron probadas (artículo V). Por el contrario, la Corte brinda el *exequatur* en virtud de que los requisitos del artículo 694 del C. P. C. fueron cumplimentados.<sup>98</sup> Por último, la Corte debió haber omitido la aplicación del artículo 694 del C. P. C. toda vez que el mismo, al igual que el resto de los artículos relativos al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros que marca el C. P. C. (artículos 693 y ss.), sólo deben aplicarse a falta de tratado.<sup>99</sup>

De esta forma constatamos que ciertos conceptos, usos o costumbres propios a la práctica internacional del arbitraje (y no forzosamente reconocidos por las legislaciones actuales) deberán ser interpretados por las cortes nacionales, de ahí la necesidad del asentamiento de una “cultura arbitral” propia al arbitraje comercial internacional.<sup>100</sup>

### C. La armonización de la materia dentro del ALCA

Como ha quedado dicho, América Latina se encuentra inmersa en un proceso de integración comercial bastante avanzado.<sup>101</sup> Tomando en cuenta tales consideraciones, ciertas reflexiones se imponen sobre el sistema de solución de controversias que debería ser implementado en el marco de la futura zona de libre comercio para las Américas.

Hasta el momento, todo parece mostrar que las negociaciones en materia de solución de controversias están encaminadas a la formulación de un sistema que

<sup>98</sup> El artículo 694 establece los requisitos que las sentencias y laudos arbitrales extranjeros deben reunir con el fin de que los mismos surtan sus efectos en el país. Tales requisitos son: 1. Que la sentencia no verse sobre derechos reales constituidos en bienes que se encontraban en territorio colombiano en el momento de iniciarse el proceso en que la sentencia se profirió. 2. Que no se oponga a las leyes colombianas de orden público [...] 3. Que se encuentre ejecutoriada de conformidad con las leyes del país de origen [...] 4. Que el asunto sobre el cual recae, no sea de competencia exclusiva de los jueces colombianos [...] 5. Que en Colombia no exista proceso en curso ni sentencia ejecutoriada [...] 6. Que se haya cumplido con los requisitos de la debida citación [...] 7. Que se cumpla el requisito del *exequatur*.

<sup>99</sup> El artículo 693 del C. P. C. establece que las sentencias dictadas en el extranjero, en el marco de un tratado, tendrán en Colombia, la fuerza otorgada por los tratados existentes en el respectivo país y *en su defecto* la que en ese país reconozca a las sentencias dictadas en Colombia (el énfasis es nuestro).

<sup>100</sup> Por ejemplo, este sería el caso, sobre todo en materias relacionadas con la validez de la cláusula de arbitraje celebrada por adhesión, con el orden público y con la necesidad de concluir o no el compromiso arbitral tratándose del arbitraje comercial internacional. La ausencia de disposiciones claras sobre estas materias en algunas de las legislaciones latinoamericanas de arbitraje, deberán ser interpretadas caso por caso. Sobre la diversidad de enfoques e interpretaciones que podrían presentarse con relación a estas materias, véase por ejemplo el Suplemento Especial de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI (*Special Supplement, ICC International Court of Arbitration Bulletin*, diciembre 1996). Asimismo, véase las críticas sustentadas sobre la nueva legislación de arbitraje de Brasil (LEE, J. B. “Le nouveau régime de l’arbitrage au Brésil”, *Revue de l’arbitrage* 2 (1997) 199-228; y de manera general, el análisis presentado en FRUTOS-PETERSON, C. *op. cit.*, pp. 275 y ss.

<sup>101</sup> Los resultados de las dos primeras juntas cumbres de las Américas pueden ser consultados en internet ([www.aos.org](http://www.aos.org)).

no sólo comprendería la reglamentación de mecanismos aplicables a la resolución de conflictos en materia de interpretación y aplicación del acuerdo, sino además en materia de servicios financieros, prácticas desleales al comercio, inversión extranjera y entre particulares. Pero, ¿cuáles serán las condiciones o la implementación de dichos mecanismos y en particular en materia de solución de controversias comerciales internacionales privadas?

Sin duda los mecanismos de solución de controversias entre Estados partes y entre Estados partes e inversionistas, seguirán las tendencias adoptadas por la mayoría de los acuerdos de libre comercio y de integración que se han celebrado en la región en los últimos años.<sup>102</sup>

En materia de inversión, el reconocimiento de la participación activa de los particulares, en materia de solución de controversias representaría un aspecto favorable en el camino de la implementación del tratado; pues los intereses de los particulares estarían protegidos por medio de un sistema completamente despolitizado, lo que sin duda brinda una mayor flexibilidad al proceso de intercambio comercial.

En materia de solución de controversias comerciales internacionales entre particulares, nos atrevemos a pensar que el tratado del ALCA incluirá una disposición semejante al artículo 2022 que incluye el TLCAN; al menos esto sería conveniente y recomendable con el fin de garantizar el compromiso de los países miembros en el camino del desarrollo del arbitraje y de los métodos alternativos de solución de controversias en el continente.

El texto del artículo 2022 expresa:

1. En la mayor medida posible, cada Parte promoverá y facilitará el recurso al arbitraje y a otros tipos de medios alternativos para la solución de controversias comerciales internacionales entre particulares en la zona de libre comercio.
2. A tal fin, cada Parte dispondrá de procedimientos adecuados que aseguren la observancia de los convenios de arbitraje y el reconocimientos y ejecución de los laudos arbitrales que se pronuncien en esas controversias.
3. Se considerará que las partes cumplen con lo dispuesto en el párrafo 2, si son parte y se ajustan a las disposiciones de la Convención de Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, de 1958, o de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975.
4. La Comisión establecerá un Comité consultivo de controversias comerciales privadas integrado por personas que tengan conocimientos especializados o experiencia en la solución de controversias comerciales internacionales privadas. El Comité presentará informes y recomendaciones a la Comisión sobre cuestiones generales enviadas por ella relativas a la existencia, uso y eficacia del arbitraje y otros procedimientos para la solución de tales controversias en la zona de libre comercio.

Sin duda la incorporación de un artículo de esta naturaleza garantizaría el primer paso en beneficio al reconocimiento total del arbitraje y de los métodos alternativos de solución de controversias en el continente. Sin embargo, es de

<sup>102</sup> Sobre un estudio relativo a los mecanismos de solución de controversias adoptados por los diversos acuerdos comerciales y de integración celebrados en el hemisferio, véase *Acuerdos de comercio e integración en las Américas: un compendio analítico* (OEA Unidad de Comercio 1997) 165.

nuestro interés insistir no sólo en tal reconocimiento sino incluso en la necesidad de implementar una práctica moderna tanto del arbitraje comercial internacional como de otros métodos alternativos de solución de controversias (mediación, conciliación, buenos oficios). No obstante lo anterior, sólo nos referiremos al arbitraje por ser ésta la materia de nuestro estudio.

No cabe duda que uno de los aspectos más interesantes del artículo 2022 del TLCAN, y que debería ser incorporado al sistema del ALCA, es la creación de un Comité Consultivo.<sup>103</sup> Las funciones de dicho Comité pueden contribuir a la armonización de la materia.

En el marco del TLCAN, el Comité Consultivo tiene por objeto la presentación de informes y recomendaciones con el fin de mejorar los sistemas de arbitraje y de métodos alternativos de solución de controversias en la zona de los países miembros.<sup>104</sup>

En el marco del ALCA (o ante la supuesta extensión del TLCAN a otros países de la región) los trabajos de un Comité Consultivo pueden ser también relevantes. El mismo podría tener a su cargo la recomendación, regulación y capacitación de los sectores concernientes (jueces, abogados, comerciantes, estudiantes de derecho), lo que contribuiría a la formación de la cultura arbitral a la que hemos hecho referencia a lo largo de este trabajo. Además, dicho Comité podría participar en la armonización de la materia lo que ayudaría a reducir los obstáculos que pudieran presentarse en virtud de las diferencias jurídicas, culturales y de idioma que sin duda se presentarán en una zona que pretende reunir cerca de 34 países.

Así, en materia de armonización, el Comité Consultivo podría rendir pautas de interpretación sobre las convenciones internacionales de arbitraje ratificadas por los países miembros. De esta manera, las mismas serían aplicadas de manera uniforme en toda la región. Por otra parte, el Comité podría también recopilar las prácticas del arbitraje comercial internacional, así como los usos y costumbres comerciales con el fin de esbozar los principios que constituyen la *lex mercatoria* en la región.

Cabe señalar que las reflexiones aquí expuestas son factibles de ejecución toda vez que los países latinoamericanos han cambiado su actitud frente al arbitraje comercial internacional y algunos de los acuerdos comerciales y de integración de la región incluyen ya un artículo semejante al artículo 2022 del

<sup>103</sup> El Comité Consultivo del TLCAN fue creado en 1994; está formado por treinta especialistas (cada país nombra 10 especialistas, de los cuales dos provienen del sector público y el resto de la iniciativa privada). El Comité ha celebrado seis reuniones, la última de ellas se llevó a cabo en Miami, Florida, en marzo de 1998. A la fecha, el Comité ha establecido seis subgrupos de trabajo los cuales han pronunciado una serie de conclusiones para mejorar el marco jurídico del arbitraje y de los métodos alternativos de solución de controversias dentro del área de libre comercio.

<sup>104</sup> A la fecha, el Comité Consultivo del TLCAN ha recopilado las diversas legislaciones que reglamentan el arbitraje en cada uno de los países miembros, así como las diferentes instituciones permanentes de arbitraje que operan en dichos países. Y con el fin de difundir la utilización del arbitraje entre la pequeña y mediana industria, ha publicado un folleto que contiene una cláusula modelo de arbitraje, los datos de las diferentes instituciones que administran arbitraje en la región y una guía para asistir a las partes interesadas en la selección de la institución que convenga a sus intereses. Además el Comité ha recomendado la programación de cursos de capacitación e información recíproca entre los jueces de los países miembros.

TLCAN.<sup>105</sup> Además de la propia Declaración de Principios efectuada durante la Primera Cumbre de las Américas (Miami, Florida, diciembre de 1994), los gobiernos del continente se comprometieron a configurar el ALCA con base en los acuerdos comerciales subregionales y bilaterales *existentes*.

#### IV. CONCLUSIÓN

---

No cabe duda que el panorama del arbitraje comercial internacional en América Latina es prometedor. La hostilidad que durante décadas caracterizó a los países latinoamericanos frente a la utilización del arbitraje y en particular frente al arbitraje comercial internacional, ha desaparecido. Los países latinoamericanos han efectuado modificaciones de gran envergadura que favorecen la reglamentación del arbitraje comercial internacional en sus territorios. No obstante, este método de solución de controversias sigue siendo objeto de nuevos retos. América Latina tendrá que demostrar que si bien es cierto que la incorporación del arbitraje comercial internacional en el sistema jurídico latinoamericano surgió como el resultado de la necesidad de crear un clima favorable para la inversión extranjera, la misma cuenta con la voluntad de asumir sus obligaciones adquiridas. Sólo así la práctica del arbitraje comercial internacional quedará garantizada en una zona que busca la integración comercial con el fin de incrementar el bienestar social de su población y combatir la pobreza.

<sup>105</sup> TLC-G3 (art. 19-19); TLC Costa Rica-México (art. 17-18); TLC México-Bolivia (art. 19-17); TLC México-Nicaragua (art. 20-18).