

La perspectiva argentina y sudamericana

Diego P. FERNÁNDEZ ARROYO*

Sumario: I. Acerca del "arbitraje sudamericano".- II. El encaje del arbitraje en el marco jurisdiccional.- III. El alcance de la cláusula de arbitraje.- IV. El derecho aplicable al fondo.- V. Las aproximaciones sudamericanas al arbitraje y la concepción francesa.- VI. Colofón

I. Acerca del "arbitraje sudamericano"

No es tarea fácil realizar una síntesis después de la realizada por Eric Loquin, quien a desbordado, con su habitual claridad y elocuencia, la simple glosa de las intervenciones "francesas" para brindarnos, además de un resumen del panorama del arbitraje en Francia, varias apreciaciones sobre el arbitraje en general con las cuales coincido. Por lo tanto, me remito globalmente a ellas y, para completar su exposición con la perspectiva argentina y sudamericana que me toca desarrollar, intentaré basarme en algunos de los puntos más destacados de las intervenciones de este primer día¹ para esbozar cuál es, a mi juicio, la situación actual del arbitraje en esta parte del mundo. Trataré también de indicar, hasta donde es posible en el contexto de esta síntesis, algunos elementos que presentan un interés particular para cualquier esbozo comparativo franco-sudamericano en materia de arbitraje comercial internacional.

En todo caso, cualquiera sea el objeto y la extensión de una visión general del arbitraje en Sudamérica, la primera observación – que no obstante su evidencia merece ser subrayada – es que cualquier referencia a dicho objeto con alguna pretensión de homogeneidad no sólo está destinada al fracaso sino que, además, es radicalmente falsa. Lo mismo que sucede con tantas otras cuestiones – piénsese, a título de mero ejemplo, en la política, la economía, las relaciones comerciales internacionales, el pasado anterior a la colonización, la gastronomía o el deporte – el arbitraje sudamericano es una realidad diversa en la cual, sin embargo, es posible observar elementos y tendencias comunes.

* Profesor del Instituto de Estudios Políticos de París (*Sciences Po*). Miembro Titular de la Academia Internacional de Derecho Comparado.

¹ Algunas de las intervenciones mencionadas en este "informe de síntesis" no constan en contribuciones escritas. Se trata de las realizadas por Elena HIGHTON, Rafael MANÓVIL y Sandra GONZÁLEZ.

Ahora bien, tan falsa es la mencionada pretensión como la idea de la existencia en Sudamérica y en el conjunto de América Latina de una hostilidad fundamental al arbitraje, definida ésta como una actitud política. El arbitraje ya existía y se usaba aquí antes de las independencias – hace ahora justamente 200 años – y siguió practicándose siempre. Osvaldo J. Marzorati nos recordó hoy mismo que Argentina sometió a arbitraje varias veces a lo largo de su historia algo tanpreciado como el territorio sobre el que se reclamaba soberana y que ha cumplido todos los laudos dirimiendo esos litigios. Lo mismo puede decirse, con algunos matices menores, de todos los demás países de América del Sur. Si la práctica arbitral no pudo llegar durante mucho tiempo a alcanzar la importancia que tiene ahora en la mayoría de estos países fue mucho más por el peso del legado procesal ibérico y por la posterior influencia de los procesalistas italianos que por una oposición de principio. La prueba de ello es que exactamente lo mismo aconteció en los Estados de los que heredamos esa concepción formalista y estatista del arbitraje².

Lo que ha sucedido y sigue sucediendo en algunos países de la región respecto al arbitraje en el que participa el Estado (normalmente como demandado), pueda catalogarse o no como arbitraje de inversiones, es otra historia que no entraba en nuestra discusión de hoy, aunque Osvaldo J. Marzorati no se haya privado de plantearnos algunos problemas causados por la aplicación de los TBI y por su eventual renegociación. Que se trata de otra historia es indudable, a pesar de que muchas veces este arbitraje se haya mezclado – por torpeza, por interés o por ambas cosas – con el arbitraje comercial. Para muestra, basta el botón (un botón de grandes dimensiones por cierto) de Brasil, tal vez el único país sudamericano en el que existió de verdad una oposición de fondo al arbitraje; allí, en los últimos diez años, el arbitraje comercial no para de crecer y multiplicarse, como si siguiera un mandato bíblico, mientras que el Estado sigue casi totalmente excluido del arbitraje. Pero incluso en relación con el arbitraje de inversiones, no todo es como parece a simple vista. Así, la actitud de Ecuador de denunciar la Convención de Washington y de introducir en su Constitución de 2008 una norma prohibiendo la sumisión del Estado al arbitraje³, sólo puede calificarse como contraria al arbitraje⁴ si se ignora que ese mismo país esta propulsando la creación de una instancia arbitral regional para solucionar las controversias en materia de

² En España es un lugar común la cita de A. REMIRO BROTONS (*Ejecución de sentencias arbitrales extranjeras*, Madrid, Edersa, 1980, p. 21) caracterizando a la Ley de arbitraje privado de 1953 como “ley contra el arbitraje”. La ley de 1988 también dejó bastante que desear y no fue sino hasta 2003 que España se dotó de una reglamentación arbitral razonable. Es decir, exactamente 10 años después de que México, por ejemplo, adoptara la Ley Modelo de UNCITRAL. Ver J. FERNÁNDEZ ARMESTO, “El arbitraje internacional en la nueva ley de arbitraje española”, *Revista de derecho mercantil*, nº 258, 2005, pp. 1473-1476.

³ Art. 422, 1er párrafo: “No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas”.

⁴ E. GAILLARD, “Tendencias anti-arbitraje en América Latina”, *DeCITA*, nº 9, 2008, pp. 311-315.

inversiones y que la misma norma de la Constitución incluye una excepción para el arbitraje "latinoamericano"⁵.

II. El encaje del arbitraje en el marco jurisdiccional

Si logramos aislar a ese arbitraje "mixto", con todas sus particularidades, podremos ver con más claridad la realidad a la que todos los intervinientes se han referido hoy. Pero es necesario hacer una advertencia: sólo hemos tenido oradores de ambos márgenes del Río de la Plata y son justamente estos dos Estados los únicos de toda Latinoamérica, junto con Haití, que no han sido capaces de modernizar sus legislaciones arbitrales. Muy poco tienen que ver las "vetustas" (el adjetivo, que comparto, es de Marzorati) normas sobre arbitraje argentinas o uruguayas, maniatadas en los códigos de procedimiento, con las legislaciones de los demás países de la región. La diversidad que antes apunté es flagrante en este sentido.

En Argentina y en Uruguay, el desfasaje legislativo hace que todavía sea posible que algunos tribunales sigan manifestando que la jurisdicción ordinaria es lo "natural" y el arbitraje una excepción al que, como tal, debe dársele cabida con criterio restrictivo⁶ (volveré sobre esta cuestión al realizar algunos comentarios sobre la extensión de la cláusula arbitral). Esta peregrina concepción agudiza los efectos perversos de la visión del árbitro como un componente de la organización jurisdiccional local. El sentido de esta idea es que al elegir la sede del arbitraje las partes no sólo están eligiendo un lugar geográfico sino también el marco jurisdiccional dentro del cual se desarrollará la actividad del tribunal arbitral. Como resultado, dicha actividad será sometida al control de las altas autoridades judiciales del Estado de la sede y el tribunal arbitral estará conminado a aplicar algunas reglas procesales (e incluso sustantivas) de ese Estado, no necesariamente imperativas. Además, cada vez que la competencia de un tribunal arbitral es cuestionada delante de un tribunal judicial que es tenido como competente por el impugnante, el "conflicto" entre el tribunal judicial y el tribunal arbitral sólo puede ser resuelto por una instancia judicial superior⁷. El procedimiento para decidir acerca de ese conflicto puede ser largo y tortuoso y

⁵ Art. 422, 2º párrafo: "Se exceptúan los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios (...)"

⁶ En este sentido una decisión ilustrativa es la de la Cámara de Apelaciones del Uruguay de 9 de abril de 2010, *Soba c/ Medicina Personalizada*, en la cual puede leerse: "parece claro concluir que hay una suerte de supremacía (...) de la justicia oficial sobre la justicia arbitral".

⁷ Así, en Argentina, Corte Suprema de Justicia, 1º de noviembre de 1988, *La Nación SA v. La Razón SA*, y 10 de noviembre de 1988, *Nidera SA v. Rodríguez Álvarez de Canale, Elena* (nota R. CAIVANO, *La Ley*, 1990-A, pp. 419 ss.); en Brasil, STJ, conflicto de competencia núm. 111.230, 1º de julio de 2010.

servir de imán para estrategias procesales dirigidas a eternizar la resolución de la disputa⁸.

Estas reliquias “procesalistas” han sido lógicamente abandonadas en los demás países de la región, en particular en aquellos que han adoptado leyes de arbitraje basadas en la Ley Modelo de UNCITRAL⁹, al menos en la medida que su art. 16.3¹⁰ sea correctamente aplicado por los tribunales estatales¹¹. En realidad, en términos estrictos, no muy diferente deberían ser las consecuencias de aplicar sensatamente el art. II.3 de la Convención de Nueva York de 1958¹², en vigor en todos los Estados latinoamericanos. La contundencia del art. 3 del decreto peruano de 2008, que confirma lo que antes decíamos de la diversidad sudamericana, es digna de mención:

Artículo 3º.- Principios y derechos de la función arbitral.

1. En los asuntos que se rijan por este Decreto Legislativo no intervendrá la autoridad judicial, salvo en los casos en que esta norma así lo disponga.
2. El tribunal arbitral tiene plena independencia y no está sometido a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones.
3. El tribunal arbitral tiene plenas atribuciones para iniciar y continuar con el trámite de las actuaciones arbitrales, decidir acerca de su propia competencia y dictar el laudo.
4. Ninguna actuación ni mandato fuera de las actuaciones arbitrales podrá dejar sin efecto las decisiones del tribunal arbitral, a excepción del control judicial posterior mediante el recurso de anulación del laudo contemplado en este Decreto Legislativo. Cualquier intervención judicial distinta, dirigida a ejercer un control de las funciones de los árbitros o a interferir en las actuaciones arbitrales antes del laudo, está sujeta a responsabilidad.

La evidente anomalía rioplatense pudo constatarse en la alocución de esta mañana a cargo de Elena Highton, Vicepresidenta de la Corte Suprema argentina quien, al hacer hincapié en la importancia que ha cobrado la mediación en este país, con decenas de miles de casos en los últimos años (“de los cuales el 34% no llegaron a juicio”), deslizó la frase

⁸ H.A. GRIGERA NAÓN, “Arbitration and Latin America: Progress and Setbacks (2004 Freshfields Lecture)”, *Arb. Int.*, 2005, pp. 155-156. Ver también, id., “Competing Orders between Courts of Law and Arbitral Tribunals: Latin American Experiences”, *Liber Amicorum in Honour of Robert Briner*, Paris, ICC, 2005, pp. 335-345.

⁹ Venezuela (1998), Paraguay (2002), Chile (2004) y Perú (1996 y 2008).

¹⁰ Conforme a esta regla, si el tribunal arbitral afirma su propia competencia como una cuestión preliminar, cualquiera de las partes pueden atacar esa decisión delante de un tribunal judicial, pero el tribunal arbitral puede continuar con el procedimiento arbitral y dictar un laudo.

¹¹ Para un buen ejemplo, ver la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia venezolano, sala constitucional, de 3 de noviembre de 2010, *Astivenca*.

¹² El cual obliga a los tribunales estatales a remitir a las partes al arbitraje, salvo que compruebe que el convenio arbitral es “nulo, ineficaz o inaplicable”.

“aquí el arbitraje no ha prendido mucho” y aprovechó para llamar la atención acerca de que la falta de claridad de algunas cláusulas arbitrales puede hacer fracasar el arbitraje. En mi modesta opinión, lo que no debería dejarse de tener en cuenta cada vez que se menciona el éxito de la mediación, es que la inclinación hacia este medio de resolución de controversias de los potenciales litigantes está basada, nada más y nada menos, en una ley que impone la mediación obligatoria. El arbitraje no aspira a tanto, entre otras cosas porque la obligatoriedad obviamente desnaturalizaría su esencia. Simplemente clama por una legislación normal. Precisamente, lo que no ha prendido en Argentina es la voluntad del legislador de adoptar alguno de los varios proyectos que han pululado por los pasillos del Congreso para terminar en algún cajón, cuando no en un tacho de basura.

Pero, para ser justo, debo decir que la opinión de Highton no fue una opinión aislada en lo que se refiere a las limitaciones del arbitraje en Argentina. Marzorati, que es un árbitro reconocido, pronunció dos frases que se reflejan, sino textualmente al menos en espíritu, en su contribución escrita: “en Argentina hay muchos árbitros, bastante centros y pocos casos” y (más dramático) “en el contexto actual el arbitraje es un cadáver vacilante con una enfermedad terminal que tambalea hasta poder llegar a un laudo”, para terminar insistiendo con los que tal vez sean los dos casos argentinos más controvertidos en materia arbitral: *Cartellone*¹³ y *Yaciretá*¹⁴. Yo hubiera preferido también escuchar y leer las referencias de algunos de los muchos casos en los que los tribunales argentinos ejecutan laudos extranjeros, rechazan recursos de nulidad infundados o anulan justamente laudos irregulares. Al fin de cuentas, a pesar del derecho arbitral en vigor, los jueces argentinos y uruguayos hacen malabares para dictar sentencias basadas en principios básicos como la autonomía de la cláusula arbitral o la competencia-competencia¹⁵. Y, a decir verdad, como dijera Alberto Olmedo, “se la rebuscan bastante”¹⁶.

Las limitaciones de las normas en vigor en Argentina también se hicieron patentes en la intervención de Horacio Roitman, referida a las medidas cautelares, centrada en tres puntos concretos: la renuncia a las medidas cautelares, el conocimiento de la medida por la

¹³ Corte Suprema de Justicia, 1º de junio de 2004, *José Cartellone Construcciones Civiles SA v Hidronor SA* (ver D.A. CASELLA, “El control judicial de los laudos arbitrales en el derecho argentino”, *DeCITA*, núm. 3, 2005, pp. 462 ss.). Se trató de un caso de arbitraje interno.

¹⁴ Juzgado Nacional de 1ª instancia en lo contencioso administrativo federal, núm. 3, 27 de septiembre de 2004, *Entidad Binacional Yaciretá (EBY) v. Eriday y otros*, *La Ley*, 2005-A, pp. 27 ss., nota A. BIANCHI (aún más controvertida fue otra decisión en la misma disputa adoptada por el Juzgado núm. 1 de la misma jurisdicción el 18 de abril de 2005, *La Ley*, 2005-C, pp. 651 ss., nota A.H.M. CORTI).

¹⁵ Ver, entre muchos otros, las sentencias (argentina) de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo civil y comercial federal, sala 1ª, 1º de marzo de 2011, *Smit International Argentina SA c/ Puerto Mariel SA* (LL, 18 de agosto de 2011, nota de D. CRACOGNA), y (uruguaya) del Tribunal de Apelaciones del tercer turno, 11 de noviembre de 2009, *Polamar SA c/ Compañía de Medios de Procesamiento SA (Visanet Uruguay)*. *Daños y perjuicios*.

¹⁶ Ver R. CAIVANO, “Arbitraje en Argentina: fortaleza y debilidades”, *ED*, t. 200, pp. 769-784.

contraparte antes de ser adoptada (para Roitman siempre debe existir tal conocimiento) y la ejecución de medidas cautelares adoptadas en el extranjero. Sin embargo, para él, las carencias pueden ser suplidas, al menos parcialmente, con interpretaciones flexibles que permitan la máxima eficacia de las medidas adoptadas por, según sus términos, los “jueces árbitros”.

III. El alcance de la cláusula de arbitraje

Los efectos del acuerdo arbitral y, más específicamente, de la cláusula arbitral nos sitúan en un marco relativamente similar al anteriormente descrito. En este caso, Ricardo Olivera García¹⁷ nos señaló que aunque el art. 473.2 del Código General del Proceso uruguayo disponga que “La cláusula compromisoria deberá consignarse por escrito, bajo pena de nulidad”, los principios del derecho arbitral abren la vía a la extensión de la misma. Para él – citando a Caivano –, la pretendida excepcionalidad del arbitraje a lo máximo que puede referirse es al hecho de que, a diferencia de lo que sucede respecto de las jurisdicciones estatales, para que haya arbitraje es necesario un acuerdo de voluntades. Pero de ahí a extraer de ese hecho una interpretación restrictiva de la cláusula hay un abismo. Rafael Manóvil, hablando desde una perspectiva argentina, pareció, sin embargo, más proclive a la idea de la “excepcionalidad”, mencionando expresamente la existencia del “derecho humano al juez natural” para aclarar que “el árbitro no es un juez”.

Si bien todas estas afirmaciones pueden matizarse y colocarse en determinado contexto, a mi modo de ver el simple hecho de hablar de lo que no es más que una opción para la resolución de un litigio como de la opción “natural”, degrada la otra opción (o las otras opciones). Y no tengo ninguna duda que el derecho fundamental (salvo en los casos penales) en cuestión no es el derecho al juez natural sino el derecho de acceso a la justicia, la cual obviamente puede ser impartida tanto por un “juez judicial” como por un “juez árbitro”, como por cierto lo reconocen varias constituciones latinoamericanas¹⁸. En realidad, en este caso, no estamos frente a un binomio compuesto por una regla general (o principio) y una excepción a la misma, sino frente a dos objetos ontológicamente diferentes. Para reconocer esto, ni siquiera es preciso llegar al punto de la jurisprudencia francesa, la cual,

¹⁷ Nótese que la contribución por escrito ha sido realizada en colaboración con Alejandro Santi Estefan.

¹⁸ Ver, por ejemplo, art. 258 de la Constitución venezolana y la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, sala constitucional, núm. 1541, de 17 de octubre de 2008; art. 116 Constitución colombiana; art. 23 Constitución salvadoreña; art. 110 Constitución hondureña; art. 43 Constitución costarricense; etc.

como nos recordara Philippe Leboulanger, el árbitro es el juez del derecho del comercio internacional.

Sobre esta base, el discurso de Olivera sobre las posibilidades de extensión subjetiva de la cláusula arbitral en determinados casos y circunstancias, así como la pertinente distinción entre transmisión (sucesión por causa de muerte, algunos casos de cesión de contratos, por ejemplo) y extensión (particularmente en casos de fraude), resultan en general convincentes, si bien es importante destacar el disenso expresado por Manóvil sobre alguno de estos puntos. Es cierto también que en América del Sur la extensión no ha tenido una gran aceptación hasta su consagración expresa por la legislación peruana de arbitraje en los siguientes términos:

Artículo 14º.- Extensión del convenio arbitral.

El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos¹⁹.

IV. El derecho aplicable al fondo

Sobre el tema del derecho aplicable al fondo, también tuvimos la posibilidad de escuchar dos campanas, una argentina y una uruguaya. En el primer caso, como se sabe, la facultad de las partes de elegir el derecho aplicable a sus relaciones jurídicas internacionales de carácter patrimonial está aceptada pacíficamente desde hace mucho tiempo. Lo que no deja de ser curioso es que jurisprudencia y doctrina se pronuncien unánimemente en este sentido desde hace varias décadas, pese a que no hay ninguna norma que consagre expresamente dicha facultad²⁰. Del otro lado del Río de la Plata, en cambio, sigue estando en vigor una norma que expresamente prohíbe la elección del derecho (y del juez) por las partes, el art. 2403 del

¹⁹ Para F. CANTUARIAS SALAVERRY / R.J. CAIVANO ("La nueva ley de arbitraje peruana: un nuevo salto a la modernidad", *Revista Peruana de Arbitraje*, nº 5, 2008, pp. 43-84), "el solo hecho de que alguien no haya sido firmante directo del convenio arbitral no impide que, con base en la buena fe y tomando en cuenta la participación que – de hecho – hubiese tenido en el contrato o su pretensión de invocar derechos o beneficios derivados del mismo, pueda verse obligado por sus efectos".

²⁰ Ver M.M. ALBORNOZ, "Choice of Law in International Contracts in Latin American Legal Systems", *JPIIL*, vol. 6, núm. 1, 2010, pp. 41-42.

Código civil, calificado por Sandra González como una "excentricidad jurídica" de su país²¹. Esta dicotomía rioplatense se reproduce, con diversos matices, por todo el territorio latinoamericano²². Claro está que en los países que, como Uruguay, se mantienen refractarios o no muy decididos respecto a la aceptación de la autonomía de la voluntad, la ratificación de determinados instrumentos internacionales como la Convención de Viena de 1980 sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (Naciones Unidas) o el Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdicción en materia contractual (MERCOSUR), por un lado, y el desarrollo del arbitraje, por otro lado, introducen rasgos ineluctables de esquizofrenia sistémica²³.

María Blanca Noodt Taquela nos recordó que la permisibilidad argentina en la elección del derecho aplicable exige la internacionalidad del contrato, requisito que también está presente en instrumentos como la Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales de 1994 (Convención de México) y puso en duda que en el arbitraje tenga que ser también así. Más sorprendente fue lo que nos contó Sandra González respecto de la prohibición uruguaya, la cual no se aplica, desde mediados de los años 80, al arbitraje internacional. Según ella, esto hace que se pacte arbitraje internacional "sólo para poder elegir el derecho aplicable". No obstante, esta posibilidad no estaría exenta de inconvenientes. Así, pudimos saber que se han planteado problemas con la elección del derecho a través de condiciones generales y con la elección implícita (la que se desprende de circunstancias del contrato), así como problemas en la misma determinación del derecho aplicable ya que "a veces se elige un derecho perfectamente pero la vida propia de la relación jurídica hace que se deba tener en cuenta otra legislación". Otra cuestión interesante que nos dejó la intervención de Sandra González fue su comentario acerca de la extensión a su país de la conocida práctica de designar los árbitros sobre la base del derecho aplicable elegido.

Los procesos de evolución desde la visión "estatista" en la elección del derecho aplicable al fondo de la controversia hacia una visión abierta a la elección de un derecho no estatal, y desde la visión "conflictualista" subsidiaria hacia otra visión basada en la confianza

²¹ Dicho sea de paso, tiene suerte Sandra González de ser uruguaya. Hace unos años, un profesor norteamericano osó decir algo similar en una reunión académica en Venezuela y los amigos uruguayos presentes casi lo boxean. En cualquier caso, cabe notar que se encuentran actualmente en el Parlamento uruguayo sendos proyectos de ley de derecho internacional privado y de ley de arbitraje y que ambos, en toda lógica, reconocen la autonomía de la voluntad.

²² Ver M.M. ALBORNOZ (nota 20), pp. 38-48.

²³ Una apreciación similar puede verse ya en mi contribución "International Contract Rules in MERCOSUR: End of an Era or Trojan Horse?", en P.J. Borchers / J. Zekoll (eds), *International Conflict of Laws for the Third Millennium. Essays in Honor of Friedrich K Juenger*, New York, Transnational Publishers, 2001, p. 164.

en el buen sentido de los árbitros para designar las reglas de derecho más apropiadas²⁴ fueron ampliamente comentados, con variadas referencias, por María Blanca Noodt Taquela. En su opinión, sumamente compartible, esas son las tendencias a seguir en una próxima ley de arbitraje argentina, en la misma onda de algunos Estados de la región que han modernizado sus normas en la materia. Manóvil ya había señalado un rato antes que, en su opinión, los operadores económicos prefieren en general ir al arbitraje por el crecimiento de la aplicación del *soft law* y el reflorecimiento de la *lex mercatoria* (aunque introdujo ciertas dudas acerca de la legitimidad de lo que llamó la "*lex mercatoria* moderna").

V. Colofón: las aproximaciones sudamericanas al arbitraje y la concepción francesa

La contraposición entre las presentaciones sudamericanas y las francesas me llevan a volver a referirme, para concluir estas glosas, al vínculo estrecho entre el arbitraje y el derecho procesal que, heredado de Europa, aún provoca dificultades prácticas para resolver controversias jurídicas en la región²⁵. Es verdad que la cuestión se ha hecho muy patente acá ya que todos los ponentes sudamericanos venían de los dos únicos países sudamericanos cuya reglamentación del arbitraje continúa confundida (nunca mejor dicho) con la legislación procesal. Y es evidente que el arbitraje moderno tiene muy poco que ver con el derecho procesal tradicional de raíz ibérica. Mientras el procedimiento arbitral moderno es esencialmente flexible, el procedimiento judicial en muchos sistemas jurídicos tiende a ser rígido y formalista, con lo cual las coincidencias entre ambos son a menudo poco más que meras casualidades. El efecto, no sólo simbólico, de independizar legislativamente al arbitraje está rindiendo frutos positivos en todos los demás países.

En general, las viejas cortapisas técnicas que impiden un normal desarrollo del arbitraje, tienden a desaparecer cuando se consuma el divorcio natural entre el arbitraje y el proceso civil. Entre ellos, pueden mencionarse la exigencia de un "compromiso" entre las partes para validar un convenio arbitral previo y el requisito del reconocimiento judicial del laudo en el Estado de la sede del arbitraje a fin de que el laudo pueda ser reconocido en el extranjero. Este tipo de hostilidad "conceptual" ha sido mucho más difícil de superar que la pretendida hostilidad "política" referida anteriormente. Acaso la principal razón para eso fue

²⁴ Ver J.A. MORENO RODRÍGUEZ, "Comentario al artículo 35", en P. Perales Viscasillas / I. Torterola (dirs.), *Nuevo Reglamento de arbitraje de la CNUDMI 2010 anotado y comentado*, Buenos Aires, Legis, 2011.

²⁵ Así, para algunos autores, más que hostilidad hacia el arbitraje lo que dificulta el arbitraje en América Latina es la pesada tradición de las normas procesales locales junto a la falta de conocimiento de los legisladores en las cuestiones prácticas del arbitraje. Ver por ejemplo F. MANTILLA SERRANO, "Le traitement législatif de l'arbitrage en Amérique Latine (quelques réformes récentes)", *Rev. arb.*, 2005-3, pp. 600-602.

que la (no) evolución del arbitraje estuvo tradicionalmente bajo el control de la doctrina procesalista²⁶.

Con una mirada apenas superficial se podría invocar que el derecho francés del arbitraje, que de tan moderno es incomprendido en algunos países (como el Reino Unido o los Estados Unidos), permanece firmemente anclado en el Código procesal civil. Un observador más advertido, en cambio, nos hará notar que en Francia la concepción del derecho procesal es "privatista", algo que es bastante difícil de entender desde América Latina. Tampoco es un dato menor desde un punto de vista comparativo que una reforma importante del arbitraje como la operada en Francia en enero de 2011 no necesite de una ley y de todo el trámite parlamentario que la misma exigiría, sino de un simple decreto elaborado en el seno del Ministerio de Justicia²⁷.

Tan importante como la constatación anterior y en varios sentidos vinculada con ella, resulta la comparación entre la forma de plantear la relación entre el arbitraje y las jurisdicciones estatales que ha sido tradicional en América Latina, por un lado, con la que nos muestra la realidad francesa. En los países latinoamericanos la relación ha sido conflictiva y ha tenido que ser el legislador el que arranque lo que se consideraba que constituía patrimonio exclusivo de los tribunales estatales. Incluso, en algún caso, como el muy conocido de Brasil, se necesitaron varios años para que las disposiciones de arbitraje pudieran cobrar vigencia efectiva debido a la tramitación de un recurso de inconstitucionalidad²⁸. En Francia, en cambio, como lo puso de relieve con cierta perplejidad Philippe Leboulanger, el derecho del arbitraje ha sido elaborado por los jueces. De hecho, buena parte del decreto de enero de 2011 no hace otra cosa que dar forma legal a decisiones jurisprudenciales. Y, lo que puede resultar más llamativo visto desde acá, fue saludado por todos (ya que todos, de una manera u otra, participaron en su elaboración): poder político, judicatura, comunidad arbitral, usuarios y doctrina.

Finalmente, permítaseme aprovechar esta deriva comparativa para volver al principio y terminar este informe. El favor al arbitraje comercial internacional es una realidad palpable en todos los países sudamericanos. Incluso en los dos países cuya reglamentación es

²⁶ No está de más mencionar, como lo hicieron Rivera y Marzorati en el transcurso de los debates, que la caracterización procesal del arbitraje produce en Argentina un problema añadido de raigambre constitucional. En este país, de carácter federal, la legislación en materia procesal corresponde a las provincias, mientras que al Estado federal le compete la legislación de fondo. Diversas fórmulas se han planteado para superar este obstáculo. Rivera mencionó la realización de una legislación basada en la libertad contractual que sería de competencia federal; Marzorati planteó la necesidad de elaborar una suerte de legislación modelo que sería ofrecida a las provincias para ser incorporada a sus códigos de procedimientos civiles.

²⁷ *Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage.*

²⁸ El motivo concreto fue la alegada contradicción entre ciertas reglas de la Ley de arbitraje y la norma constitucional que garantiza el derecho de acceso a los tribunales judiciales. Después de un largo debate, el *Suprême Tribunal Federal* afirmó por mayoría la constitucionalidad los preceptos atacados, en SEC (*Sentença Estrangeira Contestada*) núm. 5.206, 12 de diciembre de 2001.

claramente obsoleta, la jurisprudencia es razonablemente positiva²⁹. Lo que suele enturbiar el panorama es la participación del Estado en el arbitraje. Al margen de toda una serie de explicaciones más históricas y políticas que jurídicas que deberían tenerse en cuenta para analizar esta situación, cabe señalar que la participación estatal en el arbitraje es susceptible de provocar reacciones controvertidas incluso en países tan indudablemente pro-arbitraje como Francia³⁰. En Sudamérica, el origen de algunas actitudes recientes – que ya fueron evocadas – estuvo relacionado con la proliferación de controversias arbitrales en materia de inversiones y con la percepción de ciertas iniquidades en su tratamiento. Eso engarza con las susceptibilidades vinculadas al sometimiento de las personas jurídicas de derecho público al arbitraje con particulares. De hecho, casi todos los casos “famosos” considerados contrarios al arbitraje (*Termorío*³¹ en Colombia, *Cope*³² en Brasil, o los ya mencionados *Cartellone* y *Yaciretá* en Argentina), fueron casos relativos a relaciones jurídicas con participación de entidades públicas. No obstante, sin perder de vista estos datos, una mirada a la jurisprudencia reciente de los tribunales judiciales de la región permite darse cuenta, de una parte, que el arbitraje se ha convertido en una vía real – y, en muchos casos, preferida – para la resolución de controversias y, de otra parte, que los tribunales judiciales están apuntalando cada vez más decididamente este desarrollo. Incluso sin llevar a cabo un análisis exhaustivo de las decisiones judiciales en materia de arbitraje, es muy fácil percibir una clara tendencia pro-arbitraje en la región. Por supuesto, decisiones malas, equivocadas y hasta incomprensibles también se encuentran de tanto en tanto y no sólo en casos con participación de Estados o empresas públicas. Sin embargo, ese tipo de decisiones no es una rareza exclusiva de los tribunales sudamericanos.

²⁹ En Argentina, la jurisprudencia de la Corte Suprema ya lo es hace tiempo. Ver R.J. CAIVANO (nota 16), pp. 782-783.

³⁰ Ver, por ejemplo, *Tribunal des conflits*, 17 de mayo de 2010, caso núm. 3754, *Inserm v. Fondation Letten F. Saugstad*; y la crítica de T. CLAY, “Les contorsions byzantines du Tribunal des conflits en matière d’arbitrage”, *La Semaine Juridique*, vol. 21, 2010, pp. 1045 ss.

³¹ *Consejo de Estado*, Sala administrativa, 3ª sección, 1º de agosto de 2002, *Electrificadora del Atlántico SAESP v. Termorío SAESP*.

³² Tribunal de Justicia de Paraná, 15 de marzo de 2004, *Companhia Paranaense de Energia (Copel) v. UEG Araucária Ltda.*