

EL ARBITRAJE Y LOS TRIBUNALES: SOCIOS DE UN SISTEMA DE DERECHO INTERNACIONAL

Howard M. Holtzmann

I. Introducción

Este Grupo de Trabajo del Sexto Congreso Internacional de Arbitraje reúne a jueces, a quienes practican el arbitraje y a expertos académicos para considerar el tema "El arbitraje y los tribunales". Nuestra labor, según se indica en el programa del Congreso, es discutir "la implementación de principios y convenios legales que favorecen el arbitraje internacional" y para desarrollar formas de "alentar los esfuerzos comunes de los tribunales y del arbitraje para facilitar el comercio mundial y la cooperación económica". Por tanto, contribuiremos al tema general del Congreso: "El arbitraje para un mejor comercio internacional".

Esta es una empresa que hará historia, ya que esta es probablemente la primera junta internacional de gran alcance que ha reunido a especialistas en la ley y en el arbitraje de todas las regiones y sistemas sociales y económicos —capitalista y socialista, industrializado y menos desarrollado— con el objeto específico de encontrar formas por las cuales los jueces y quienes practican el arbitraje puedan cooperar para apoyar un arbitraje comercial internacional efectivo.

El trabajo del reportero no es contestar todas las preguntas sino más bien proporcionar antecedentes y, esperamos, provocar discusión. Al hacerlo así es obviamente imposible que dentro de un solo reporte se

*VI Congreso Internacional de Arbitraje del Consejo Internacional de Arbitraje Comercial. Ciudad de México, marzo 13-16 de 1978.

cubran todos los asuntos posibles o se comparen todas las leyes del mundo. Por lo tanto, este reporte trata de ser ilustrativo, no exhaustivo ni comprensivo. Queda a los participantes del Grupo de Trabajo durante la discusión que se tendrá en estos tres días en forma crítica los asuntos que emerjan, proporcionar la información adicional necesaria, sugerir puntos adicionales a ser explorados y encontrar soluciones a las que nos podamos coherir al recomendarlas como Resoluciones del Congreso.

Durante demasiado tiempo algunos jueces han considerado al arbitraje y los tribunales como procesos legales en competencia. Esto ha hecho que algunos tribunales tengan la creencia errónea de que deben defender su posición y prerrogativas mediante decisiones que limitan el arbitraje. El propósito de este informe es demostrar que el arbitraje y los tribunales no compaten entre sí sino que son complementarios. Dicho en una sola palabra, el arbitraje y los tribunales son *socios*, socios en un sistema de derecho comercial internacional. El objetivo de esta sociedad histórica es el promover el progreso económico mundial y, por medio de la estabilidad que se crea sobre el comercio y el desarrollo económico, realza las perspectivas para una paz mundial.

Este es un asunto por tanto, cuya importancia trasciende las tecnicidades legales y las intrincacias procesales de una jurisprudencia nacional estrecha. Es un tópico de preocupación directa para todos los países, ya que cuando quiere que la sociedad de arbitraje y tribunales vacila o falla existe una amenaza directa y que es posible medir económicamente, a la prosperidad y, consecuentemente, a la paz. Es por esto que tenemos el deber imperativo para analizar la naturaleza de las sociedades entre el arbitraje y los tribunales con el fin de ver cómo está trabajando en la práctica y qué es lo que se puede hacer para mejorar su funcionamiento.

II. El Arbitraje contribuye al desarrollo de Relaciones Económicas Internacionales Armoniosas

1. El efecto de las leyes Nacionales sobre el arbitraje

Aun cuando el hombre ha desarrollado la habilidad de volar a la Luna, el arbitraje comercial internacional todavía debe dirigirse e implementarse en la Tierra en lugares específicos y dentro de las fronteras de países individuales. El arbitraje es fundamentalmente un proceso que es creado por, y el cual debería ser la respuesta a, la voluntad de las

partes. Sin embargo, está claro, como el Profesor F. A. Mann ha señalado, que "ningún acto de las partes puede tener efecto legal excepto como resultado de la sanción que se le otorgue por un sistema legal... Cualesquiera que puedan ser las intenciones de las partes, las autoridades legislativas y judiciales del asiento del arbitraje. Es la ley del asiento la que prevalece y la que decide de sí y en qué condiciones el arbitraje es permisible en alguna forma... La soberanía local no cede a cualquier arreglo que las partes hayan hecho excepto como resultado de una libertad otorgada por sí."¹ Aun cuando los casos de arbitraje se rigen por tratados internacionales, tal como la Convención sobre el Reconocimiento y la implementación de Laudos Arbitrales Extranjeros de 1958 (en lo adelante denominada la Convención UN)² o la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975 (en lo adelante denominada la Convención OAS)³ o la Convención sobre el Arreglo de Disputas sobre inversiones entre los Estados y Nacionales de otros Estados de 1965 (en lo adelante denominada la Convención ICSID)⁴, el tratado vigente únicamente porque ha sido adoptado por el gobierno soberano local. Así, si casos futuros de arbitraje tuvieran lugar en la Luna, aún entonces no estarían fuera de todo sistema legal, sino que se conduciría y se implementaría de acuerdo con alguna ley astral de arbitraje que será interpretada por jueces árbitros y que, me aventuro a predecir, se discutirá en Congresos del Consejo Internacional de Arbitraje Comercial.

La existencia de un sistema efectivo de arbitraje por tanto depende en varios sistemas de derecho, incluyendo *Inter alia* la ley del lugar del arbitraje, la ley del contrato y la ley del lugar donde el laudo arbitral se ponga en vigor. Uno puede admirar el optimismo que se expresó acerca del arbitraje internacional en una publicación reciente de la Cámara Internacional de Comercio (ICC) que implica que las partes están libres para seguir cualesquier procedimientos arbitrales que deseen y que esto conducirá a un "laudo genuinamente internacional".⁵ Sin embargo, uno debe reconocer la sabiduría esencial del Profesor Giorgio Bernini quien advirtió, "Sea como sea, apenas puede negarse que aún los más ardorosos favorecedores del arbitraje internacional, tienen que enfrentarse a una realidad: Cuando falta el cumplimiento voluntario, uno tiene que hacer frente a un sistema nacional (de ley)

¹ F.A. Mann, "Lex Facit Arbitrum", en *International Arbitration Liber Amicorum Martin Domke* (P. Sanders, Editor, 1967) p. 161.

² UN Doc E/CONF. 26/9: 330 U.N.T.S. 4739

³ Organización de Estados Unidos Americanos, Doc. Oficial OEA/Ser.A/20 (SEPF), 30 de enero de 1975; reproducido en 14 *International Legal Materials* 336 (1975).

⁴ 575 U.N.T.S. 159

⁵ ICC Publicación N° 301 (1977)

para obtener el reconocimiento y la implementación del laudo"⁶ Por lo tanto, el arbitraje no puede existir por sí sino únicamente puede florecer cuando está en sociedad con los tribunales que interpretan y definen las leyes nacionales que rigen así como los tratados internacionales. Como resultado de esto, la comprensión y cooperación de los jueces de tribunales nacionales es vital y un elemento indispensable para establecer y mantener un sistema efectivo de arbitraje comercial internacional.

2. La importancia del arbitraje es facilitar el comercio internacional y reforzar la paz mundial

Al decidir cuestiones legales relacionadas al arbitraje internacional de comercio, los jueces tienen una gran y única responsabilidad. La responsabilidad es grande porque la sabiduría con la cual el juez decide tales cuestiones no solamente afecta los intereses comerciales de las partes sino que frecuentemente establece condiciones para comercio internacional que tienen una influencia perdurable sobre el desarrollo económico de sus países y, por tanto, sobre la estabilidad mundial. Al tratar casos relacionados con el arbitraje comercial internacional, los jueces entonces tienen una gran oportunidad para contribuir al progreso y a la prosperidad. Reconociendo lo anterior, resulta apropiado que cuando quiera que jueces y quienes practican el arbitraje se reúnen, deberíamos recordar que estamos dedicados a una labor que tiene un impacto sobre el bienestar económico de cada una de nuestras naciones y, ciertamente, sobre la paz del mundo.

Nos reunimos aquí solamente veinte años después de una conferencia diplomática de las Naciones Unidas en que se adoptó la Convención UN.⁷ En este vigésimo aniversario, es apropiado que volvamos la vista a un simposio que se celebró en Nueva York en 1958 para discutir la entonces recién creada Convención UN. El tema de ese simposio fue "Arbitraje Internacional de Comercio - Un Camino a la Cooperación Mundial". Un tema que enfatizaba el arbitraje comercial internacional como teniendo una amplia función en asuntos mundiales que va más allá de ser meramente una alternativa a litigio en los tribunales para resolver disputas privadas entre partes particulares. Uno de los primeros oradores en esa reunión de hace veinte años fue el Profesor Richard Gardner. Hizo una pregunta fundamental, que resulta igualmente apropiada para que nosotros hagamos, y contestemos, antes de proceder a los detalles técnicos de nuestra discusión respecto a las relaciones entre arbitraje y tribunales. El profesor Gardner dijo:

⁶ G. Bernini, "Obligatoriedad de laudos arbitrales extranjeros", informe al seminario ICC sobre *Técnicas del Arbitraje Comercial Internacional* (ICC Doc. No. SEMAR 1/9, París, 1976), p. 2.

⁷ *Supra*, N.2

“Ninguna institución merece sobrevivir si no sirve a los más grandes propósitos de la sociedad. El arbitraje comercial internacional no debe ser excepción en forma alguna a esta generalización. Por tanto un simposio que está diseñado para proporcionar una vista comprensiva del asunto deberá hacer algo más que ver al arbitraje solamente desde el punto de vista de un hombre de negocios o de un abogado. Debe considerar las consecuencias económicas, políticas u otras desde el punto de vista de la sociedad entera... ¿Tiende el arbitraje comercial internacional a promover los grandes fines de nuestra sociedad?”⁹

Hoy, en el vigésimo aniversario de la Convención UN, el arbitraje comercial internacional tiene una función aún más importante en la sociedad mundial que cuando el Profesor Gardner hizo su profunda pregunta. Pues estamos en épocas en que, como un grupo de abogados internacionales hizo notar recientemente, “casi una cuarta parte de la población mundial vive en la pobreza, sin alimento ni hogares, y ninguna nación o región tiene los conocimientos (*know-how*) o recursos para solucionar los problemas mundiales de pobreza. Esto plantea un grave problema internacional y una amenaza a la paz y a la estabilidad mundial.”⁹ En estas circunstancias en el mundo es generalmente reconocido que es necesaria la actividad productiva económica para reforzar la paz y la seguridad.¹⁰ Por este motivo las naciones se han unido a declarar, así como lo hicieron los Jefes de Estado que se reunieron en Helsinki en 1975, que “el comercio internacional es uno de los factores más importantes en el incremento económico y el progreso social” y que, por tanto, es importante “reducir o eliminar en forma progresiva, toda clase de obstáculos en el desarrollo del comercio.”¹¹

3. *La forma en la que el arbitraje quita obstáculos al comercio mundial*

La contribución del arbitraje comercial al conocimiento económico, el progreso social, la estabilidad y paz mundial es que ayuda a quitar los obstáculos para el desarrollo del comercio internacional. Las palabras expresadas por el Profesor Gardner hace veinte años, tienen igual valor hoy en día:

“Un serio obstáculo al flujo productivo de comercio internacional y la inversión, se origina en las disputas comerciales. Estas controversias

⁹ R.N. Gardner, “Implicaciones Económicas y Políticas del Arbitraje Comercial Internacional” en *International Arbitration - A Road to World-Wide Cooperation* (M. Domke, Editor; 1958), p. 15

⁹ Resoluciones 30 y 33, adoptadas por la Conferencia de Manila sobre Derecho del Mundo, agosto de 1977 (publicadas por World Peace Through Law Center, Washington, D. C.)

¹⁰ Ver, por ejemplo, *Acto Final de la Conferencia sobre Seguridad y Cooperación en Europa* (Helsinki, 1975), (Preámbulo a las Resoluciones sobre “Cooperación en el campo de la economía, ciencia y tecnología y del ambiente”, Departamento de Estado de los EUA, Publicación 8826, Serie Política Extranjera General 198, p. 89).

¹¹ *Ibid.*, “Provisiones Generales” de la Resolución sobre Intercambio Comerciales” (p. 90)

involucran a hombres de negocios de diferentes nacionalidades e inhiben el desarrollo de relaciones benéficas entre ellos. Tales controversias ocurren, aún con toda la buena voluntad del mundo... Obviamente, el comercio internacional y las inversiones deben ser inhibidas seriamente si tales disputas no son resueltas rápidamente y de manera que reconcilie los intereses de ambas partes."¹²

Cuando los hombres de negocios no confían que un procedimiento que ellos aceptan, comprenden y al que le tienen confianza está disponible para resolver disputas que puedan originarse en el comercio exterior, consideran que el riesgo de negocio en la transacción ha sido aumentada substancialmente. Si aumenta el riesgo de negocio, el hombre de negocios reacciona típicamente en una de dos formas: Ya sea que rehúsen tomar parte en lo que ellos consideran una transacción demasiado riesgosa, o aumentan el precio para compensar por el mayor riesgo. En cualquiera de los casos, se obstruccióna el libre flujo del comercio. Por otra parte, cuando los hombres de negocios confían en que cualquier disputa que ocurre puede ser resuelta rápidamente por medio de procedimientos aceptables mutuamente, la conducción del comercio internacional se ve facilitada grandemente. Estas consideraciones son importantes para todos los países y tienen significación especial para las naciones en vías de desarrollo que buscan ampliar sus economías. Esto, por ejemplo, es exactamente lo que el Ministro de Justicia de Ghana tenía en mente cuando, al apoyar las leyes modernas de arbitraje para su nación, dijo a su Parlamentario que "el principal propósito es remediar una situación que está teniendo un mal efecto creciendo sobre la actividad comercial Internacional de este país."¹³

4. Las razones por las cuales se favorece al arbitraje en transacciones comerciales

Hoy en día el procedimiento más ampliamente aceptado por la resolución de disputas en comercio internacional se reconoce generalmente ser el arbitraje comercial internacional.¹⁴ Las ventajas de este procedimiento, desde el punto de vista de hombres de negocios dedicados al comercio mundial, es el asunto de discusión del Grupo de Trabajo 1 de este Congreso y no necesita ser tratado en detalle en este

¹² *Supra*, N. 8 en p. 16

¹³ Ghana *Hansard* (Actos Oficiales del Parlamento, 1961), p. 99; citado por S.A. Tiewul y F.A. Tsegeh, "El Arbitraje y Arreglo de Disputas Comerciales; Una Encuesta Selectiva de las Prácticas en Africa", 24 *International and Comparative Law Quarterly* 393 en p. 398

¹⁴ Ver, por ejemplo, P. Sanders "Tendencias en el Campo del Arbitraje Comercial Internacional", cátedras en la Academia de Derecho Internacional de La Haya en *Recueil des Cours*, Vol. II, 1975, p. 215: "Generalmente hablando, parece acertado declarar que hoy existe, en el arreglo de disputas resultantes de relaciones (comerciales) internacionales, una creciente tendencia de recurrir al arbitraje".

reporte. Sin embargo, resulta sincero reconocer, como lo hizo nuestro colega, el Profesor Pieter Sanders en su distinguida cátedra en la Academia de Derecho Internacional en La Haya, que uno de los motivos de preferencia por el arbitraje es "una posible renuncia de las partes para acudir a un tribunal extranjero en un lejano país."¹⁵ Me apresuro a enfatizar que esta preferencia por muchos hombres de negocios por el arbitraje no es porque los comerciales del mundo consideren que los árbitros son más sabios o justos que los jueces. Más bien los hombres de negocios favorecen el arbitraje en el comercio extranjero porque el arbitraje tiene ciertas características únicas que son particularmente útiles en las transacciones internacionales. Por ejemplo, la disponibilidad de un foro que evita que una parte tenga que ir a los tribunales de otro ayuda a vencer problemas sensitivos humanos y políticos que de otra forma se presentarían. Esta es una necesidad que se deja sentir frecuentemente cuando las partes son de distintos sistemas sociales, económicos y legales. En la forma en que el crecimiento del comercio se ha acelerado en años recientes entre los países capitalistas y socialistas y entre economías industrializadas y menos industrializadas, el arbitraje -particularmente en un tercer país distinto a la patria de cualquiera de las partes- se considera cada vez más como el puente más adecuado y fácil entre las partes que se aproximan a las disputas comerciales desde las perspectivas culturales divergentes.

Existen otras razones por las cuales el arbitraje comercial resulta valioso en las transacciones internacionales: Permite generalmente a las partes mayor flexibilidad al escoger las reglas procesales que son igualmente familiares para ambos lados y permite la elección de árbitros que tienen conocimientos especializados en prácticas comerciales y asuntos técnicos que tal vez no puedan ser tan fácilmente accesibles en los tribunales nacionales. Además, en tanto que los procedimientos en los tribunales son públicos en la mayoría de los países, el arbitraje permite, típicamente, que las disputas sean resueltas en privado en un ambiente relativamente informal, que puede ayudar a las partes a mantener las relaciones amistosas necesarias para continuar en el futuro negocios con ellos.¹⁶ Desde el punto de vista de los abogados que aconsejan a sus clientes en el comercio internacional, generalmente se prefiere el arbitraje porque la creciente estructura de convenciones internacionales, tratados bilaterales y decisiones de los tribunales que favorecen la instrumentación de laudos arbitrales extranjeros, pueden hacer más fácil obtener la obligatoriedad de un laudo arbitral que una decisión de un tribunal extranjero. Es más importante que el hombre de negocios considere el arbitraje como un procedimiento más rápido para el arreglo de disputas.

¹⁵ *Ibid.*, pp. 215-16

¹⁶ *Id.*

5. Recientes sucesos que ilustran la amplia aceptación internacional del arbitraje

La amplia aceptación del arbitraje comercial internacional fue enfatizada recientemente cuando la Asamblea General de las Naciones Unidas, en diciembre de 1976 en relación con la recomendación del uso de las nuevas reglas de arbitraje de la Comisión de UN sobre Derecho de Comercio Internacional¹⁷, adoptó en forma unánime la resolución en la cual reconocía que "el valor del arbitraje como método para arreglar disputas originadas en el contexto de relaciones comerciales internacionales"¹⁸ era real. Al hacerlo así, la Asamblea General notó que el establecimiento de sistemas de arbitraje "que son aceptables en países con distintos sistemas legales, sociales y económicos contribuirían significativamente al desarrollo de relaciones económicas armoniosas".¹⁹ Debe hacerse notar que esta resolución fue adoptada mediante consenso, sin que se hubiera elevado una sola voz en protesta, algo que no sucede frecuentemente en las salas tumultuosas de la Asamblea General.

Esta acción de la Asamblea General no fue un caso clásico. Por ejemplo el arbitraje estaba en la agenda de la Conferencia sobre Cooperación en Europa celebrada en Helsinki en 1975. El Acta Final de esa conferencia, conocida popularmente como la Declaración de Helsinki, fue firmada por las naciones más importantes de Europa Oriental y Occidental y por los Estados Unidos, y contiene la fuerte expresión de que "el pronto y equitativo arreglo de las disputas que pueden provenir de transacciones comerciales... contribuirían a ampliar y a facilitar el comercio" y que "el arbitraje es el medio apropiado para arreglar tales disputas".²⁰ Reflejando este resurgimiento en la aceptación del uso del arbitraje, la Cámara de Comercio e Industria de la URSS y la Asociación Americana de Arbitraje en enero de 1977, se anunciaron nuevos arreglos para el arbitraje de disputas que puedan presentarse en el comercio entre sociedades de los Estados Unidos y organizaciones de comercio exterior de la Unión Soviética.²¹ En forma similar,

17 "Reglas de Arbitraje UNCITRAL", UN Doc. E.77 V.6 (1977); reproducidas en el *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. II, pp. 161-171 (1977). Las Reglas fueron adoptadas por la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Comercial Internacional, abril 28, 1976; ver Registros Oficiales de la Asamblea General, 35a. Sesión, Sup. No. 17 (A/31/17); cup V. Sec. C. (1976)

18 Resolución A/31/98, Sesión 35a. adoptada el 15 de diciembre de 1976, en UN Doc. E 77 V.6 (1977), en p. 5; también reproducida en *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. II (1977), p. x

19 *Id.*

20 *Supra*, No. 10, Resolución sobre "Arbitraje", p. 97; reimpreso en *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. I (1976), p. x

21 "Cláusula opcional para ser usada en contratos comerciales EUA-URSS-1977"; reimpreso en 16 *International Legal Materials* 445 (1977); reimpreso en comentarios en *Yearbook-Commercial Arbitration* Vol. III (1973), pp. 99-363

la Cámara Internacional de Comercio está tomando pasos para implementar nuevos arreglos de organización diseñados para ayudar al arbitraje entre empresas capitalistas y organizaciones comerciales de ciertos países de Europa Oriental.²² La Comisión UN sobre Derechos de Comercio Internacional no solamente ha adoptado las nuevas Reglas de Arbitraje UNCITRAL (en lo adelante llamadas Reglas UNCITRAL), sino que en años recientes las modernizadas reglas de arbitraje también han sido adoptadas por la Cámara Internacional de Comercio (en lo adelante denominadas Reglas ICC)²³ y por los Tribunales de Arbitraje de las Cámaras de Comercio de los países socialistas del Consejo para Ayuda Económica Mutua (en lo adelante nombradas las reglas CMEA).²⁴ El Tribunal de Arbitraje de Londres, tan recientemente como en enero de 1978, aumentó su larga tradición de servicio al comercio internacional mediante la creación de un grupo de Arbitros Internacionales que incluye a personas de un número de países diferentes.

El fuerte apoyo para el arbitraje internacional no se limita a Europa y a los Estados Unidos. También existe nuevo apoyo para el arbitraje en la América Latina. Por ejemplo, la Organización de Estados Americanos en 1979 adoptó la Convención OAS²⁵ y la Comisión Inter-Americana de Arbitraje Comercial votó recientemente modernizar sus Reglas de Procedimiento (en lo adelante denominadas Reglas IACAC) a partir del 1o. de enero de 1973, a quien se ajusten de cerca al patrón de las Reglas UNCITRAL.²⁶

Redondeando el panorama global, el Comité Consultivo Legal Asio-Africano (en lo adelante llamado AALCC), una organización de los gobiernos de aquellas regiones, adoptaron resoluciones en julio de 1976, favoreciendo un uso más amplio del arbitraje "en el arreglo de disputas originadas en el contexto de relaciones comerciales internacionales".²⁷ Este mismo grupo, en la reunión más reciente de la Comi-

²² Ver, por ejemplo "Acta Resumen de la Junta de la Comisión sobre Arbitraje Internacional de la Cámara Internacional de Comercio, 18 de octubre de 1977 (Doc. No. 420/213). p. 1

²³ "Reglas de conciliación y arbitraje del ICC" en vigor el 1º de junio de 1975; reimpresso en *Yearbook-Comercial Arbitration*, Vol. I (1976), pp. 157-166

²⁴ "Reglas de Procedimiento Uniformes - 1974", reimpresas en *Yearbook Comercial Arbitration*, Vol. I (1976), pp. 147-156, con comentarios de H. Strohbach, pp. 10-14.

²⁵ *Supra*, N. 3

²⁶ "Reglas de Procedimiento de la Comisión Inter-Americana de Arbitraje Comercial," en vigor a partir del 1º de enero de 1978; reimpresso en *Yearbook-Comercial Arbitration*, Vol. III (1978), pp. 231-242.

²⁷ "Decisión del Comité Legal Consultativo Asio-Africano (tomada en su 17 Sesión, Kuala Lumpur, 5 de julio de 1976)", reimpresso en UN Doc. A/CN.9/127 (1977)

sión UN sobre Derecho Comercial Internacional, celebrado en Viena en junio de 1977, vigorosamente urgió acciones para hacer el arbitraje más efectivo en Asia, Africa y el Medio Oriente.²⁸ Las acciones recomendadas por AALCC incluyen la ratificación de la Convención UN por los Estados que aún no la han ratificado, y el uso difundido de las Reglas UNCITRAL. Es significativo que los países que se unieron a estas recomendaciones se incluía a la India, Pakistán, y Bangladesh, a las Coreas, del Norte y del Sur; Egipto así como también Libia, Irán e Irak -lo que indica el deseo de unirse en ayuda del arbitraje que puede ocurrir aún frente a diferencias políticas agudas sobre otros asuntos. Los países que apoyaron las resoluciones Asio-Africanas fueron desde el altamente industrializado Japón a naciones con economías desarrolladas en menor grado en Asia, Africa, y el Medio Oriente.²⁹

Así, existe una evidencia clara que el arbitraje comercial internacional eficaz lo desean fuertemente los hombres de negocios, los gobiernos, los cuerpos inter-gubernamentales y las organizaciones de arbitraje. Sin embargo, como se hizo notar al principio de este reporte, el arbitraje comercial internacional no puede existir solo sino que requiere de la ayuda de los sistemas legales nacionales de los países en que opera. Es por este motivo que las relaciones de los tribunales hacia el arbitraje se hace tan importante. Conforme a lo anterior, las porciones restantes de este reporte:

Primero, examinarán las áreas específicas en las cuales se necesita la cooperación de los tribunales para sostener el arbitraje comercial internacional y,

Segundo, discutirán las oportunidades más importantes que existen para mejorar la cooperación de los tribunales para lograr que el arbitraje comercial internacional sea más eficaz.

III. El Arbitraje eficaz no puede existir sin la Cooperación de los Tribunales

Existen tres aspectos básicos de arbitraje comercial internacional que se ven afectados por leyes nacionales y, por tanto, requieren de

²⁸ El Comité Consultivo Legal Asio-Africano representado por su distinguido Secretario General, Dr. B. Sen, fue observador durante la Décima Sesión de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Comercial Internacional. Los comentarios del Dr. Sen en dicha ocasión se resumen en el "Informe del Comité de Todo II", UN Doc. A/CN9(X)/CPR.2, paras. 22-37 (junio de 1977)

²⁹ Ver N. 27 *Supra*. Las treinta y dos naciones que participaron en la adopción de la resolución incluyeron: Bangladesh, Egipto, Ghana, Gambia, India, Indonesia, Iraq, Japón, Jordania, Kenya, Kuwait, Korea (República Democrática del Pueblo de), Corea (República de), República Libia Arabe, Malasia, Mauritania, Nepal, Nigeria, Oman, Pakistán, Philippines, Qatar, Singapur, Sri Lanka, Somalia, Sierra Leona, República Siria Arabe, Tailandia, Tansania, Turquía, República Yemen Arabe

la comprensión, cooperación y apoyo de los jueces de los tribunales nacionales. Estos tres aspectos se relacionan a la necesidad de cooperación de los tribunales (i) en el reconocimiento de los convenios de arbitrar, (ii) en facilitar la acción de las cosas de arbitraje e (iii) implementación de los laudos arbitrales. En cada una de estas áreas, la ley nacional de muchos países incorpora provisiones de tratados de arbitraje a los cuales el país se ha adherido, pero en todos los casos es necesaria la intervención de los jueces para interpretar y también implementar esos tratados, para definir su relación al cuerpo de la ley local y para determinar cuestiones cubiertas por la ley local pero no comprendidas dentro del tratado.

1. La necesidad de cooperación por los tribunales y el reconocimiento de convenios a arbitrar

A) Impedir el litigio en los tribunales cuando existe un convenio a arbitrar

Un convenio a arbitrar tiene muy poco valor práctico si una de las partes desea evitar el arbitraje y está en posibilidad de iniciar acción legal en un tribunal nacional y hacer que el tribunal decida sobre los méritos del caso. Por lo tanto, un arbitraje eficaz no puede existir a menos que los tribunales cooperen mediante el reconocimiento de convenios a arbitrar.

La primer forma y la más directa en que un tribunal puede no dar a un arbitraje eficaz es mediante su negativa a escuchar y a decidir en caso cuando quiera que el contrato de las partes estipule el arbitraje de la disputa. Este principio fundamental se encuentra en todos los sistemas legales bajo las leyes comunes, civiles y socialistas, así como en los principales convenios de arbitraje internacional. Así, por ejemplo, el Profesor Lebediv reconocido erudito del Soviet, describe un sistema típico socialista que favorece el arbitraje, como sigue:

"El repudio unilateral de un convenio de arbitraje... impide a la parte en desacato a tener tales disputas determinadas por un tribunal ordinario. Al afirmar el efecto de obligatoriedad de los convenios de arbitraje, el Procedimiento Civil de Fundamento de la U.R.S.S y la Unión de Repúblicas, estipulan que si las partes han celebrado un convenio para someter su disputa para arreglo mediante arbitraje", el juez de un tribunal ordinario 'deberá rehusarse a aceptar la presentación de la reclamación' (art. 31) y el tribunal mismo (si el juez hubiera aceptado lo manifestado en la reclamación, sin saber, por ejemplo, de la existencia del convenio de arbitraje o cuando tal convenio se haga subse-

cuenta a la presentación del escrito, etc.) 'dará por terminado el proceso' (art. 41)."³⁰

Estos mismos conceptos están expresados en la típica ley común³¹ y en los sistemas de ley civil³². Además, la Convención UN también requiere que los tribunales reconozcan los convenios:

"El tribunal de un Estado Contratante, al ocuparse de una acción en un asunto con respecto a cuáles de las partes han hecho un convenio (a arbitrar) deberá, a solicitud de una de las partes, referir a las partes al arbitraje, a menos que encuentre que tal convenio sea nulo e inválido, inoperante o incapaz de ser ejecutado."³³ Igualmente, en muchos países, si una de las partes rehusa cumplir con un convenio a arbitrar, la otra parte puede ocurrir a un tribunal apropiado para obtener una orden que dé instrucciones para que el arbitraje proceda en la forma estipulada en el convenio.³⁴ Tener una orden así del tribunal puede ser de ayuda más adelante para obtener reconocimiento en el extranjero y la implementación del laudo arbitral porque tales órdenes son consideradas generalmente como evidencia *prima facie* de la validez del arbitraje en el lugar en que se llevó al cabo.

Cuando los tribunales son requeridos por una parte ya sea a impedir procesos en el tribunal para que el arbitraje pueda celebrarse, o se les solicite que ordenen que se efectúe un arbitraje, es importante que el tribunal coopere limitándose en su alcance de indagación al menor número de preguntas posible. De otra forma, una parte que busca una demora puede ser alentada a recurrir a los tribunales únicamente con la esperanza de que los procedimientos dilatados en el tribunal pospongan la decisión de la disputa. Tal retraso derrota uno de los principales propósitos del arbitraje eficaz e indebidamente impide la transacción del comercio. Los jueces pueden ayudar a quitar obstáculos al comercio mediante el reconocimiento de que la cuestión principal ante el tribunal en tales casos es si la disputa está cubierta por un convenio para arbitrar.

³⁰ S.N. Lebedev, "Comisión de Arbitraje Marítimo - Organización y Procedimiento", Cámara de Industria y Comercio de la URSS (Moscú, 1972), p. 14, ver también el mismo autor en *Yearbook-Commercial Arbitration*, Vol. I (1976) pp. 93-94

³¹ Ver, por ejemplo, Decreto de Arbitraje de los Estados Unidos, 9 U.S.C. Sec. 3

³² Ver, por ejemplo, Convención Suiza de Arbitraje Internacional (1969) traducciones y anotaciones en francés, alemán e italiano en Edition Payout (Lousanne, 1974). Ver Briner, "Informe Nacional-Suiza", *Yearbook-Commercial Arbitration*, Vol. III (1978), p. 187

³³ *Supra*, N. 2, Art. II, Sec. 3

³⁴ Ver, por ejemplo, Decreto de Arbitraje de los Estados Unidos, *supra* N. 31, Sec. 4

B) La doctrina de separación

En este respecto, es importante que los tribunales consideren que, como un asunto de teoría legal, la cláusula de arbitraje es separada del resto del convenio en el cual se contiene y debe permitir a los árbitros a decidir si existe un contrato válido. Esta "doctrina de separación" está muy claramente señalada en las Reglas UNCITRAL:

"El tribunal arbitral tendrá el poder de determinar la existencia o la validez del contrato del cual la cláusula de arbitraje forma parte... Una cláusula de arbitraje que forma parte de un contrato y que estipula el arbitraje bajo estas Reglas, será tratado como un convenio independiente de los otros términos del contrato. Una decisión por el tribunal arbitral de que el contrato es nulo e inválido no implica *ipso jure* la invalidez de la cláusula de arbitraje."³⁵

La importancia práctica de la doctrina de separación para ayudar a un arbitraje comercial eficaz, es que sin esa doctrina cualquier parte que desee dilaciones o desee repudiar su convenio para arbitrar puede subvertir la cláusula de arbitraje al cuestionar en el tribunal si existe un convenio válido. Como un tribunal en los Estados Unidos ha manifestado, sin la doctrina de separación existe la posibilidad de "frustración del (arbitraje) por el grito de un litigante de ... una reclamación que requeriría la adjudicación de un tribunal en cada paso donde se alzara el grito."³⁶

Por este motivo, la doctrina de separación es aceptada en decisiones de tribunales en muchos países³⁷ y, según se anota arriba, ha

³⁵ *Supra*, N. 17, Art. 21, Sec. 2

³⁶ El Hoss Engineering and Transportation Corp. vs. American Industrial Oil Co., 289 F 2d 346, en p. 349 (Tribunal de Circuito de Apelaciones de los EUA y 2do. Circuito 1961)

³⁷ Ver, v.g., la opinión de la Suprema Corte de los Estados Unidos en *Prima Paint vs. Flood and Conklin*: "...las cláusulas de arbitraje en materia de ley federal son "separables" de los contratos en las que están contenidas" 388 E. U. 395 (1967). Para mayor discusión sobre la separabilidad según la doctrina en la ley de E.U., ver D.B. Furnish "Informe de los Estados Unidos al X Congreso Internacional de Derecho Comparativo" (Budapest, 1978). Los informes nacionales en *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. I (1976), declaran que dicha doctrina se sigue en Bulgaria (p. 20), Checoslovaquia (p. 32), República Democrática Alemana (p. 43), Hungría (p. 55), Polonia (p. 67), Rumania (p. 80), URSS (pp. 99-100). Una excepción notable es que esta doctrina no se sigue en el Reino Unido y en varios otros países que siguen la jurisprudencia británica. Ver los informes nacionales en *Yearbook-Commercial Arbitration*, Vol II (1977) sobre India (pp. 34-35), Israel (p. 51), República Federal de Nigeria (pp. 67-68), África del Sur (pp. 78-79); Reino Unido (p. 96). En el Vol. III (1978) los informes nacionales muestran que esta doctrina de separación se sigue en Argentina (p. 4), Chile (p. 48), Colombia (p. 60), Ecuador (p. 79), México (p. 97-98), Perú (p. 121), Venezuela (p. 137), Suecia (p. 165), Suiza (p. 187)

sido adoptada como estándar internacional en las Reglas UNCITRAL. También se refleja en las Reglas ICC³⁸ y en las Reglas CMEA.³⁹

Sería de gran ayuda que este Grupo de Trabajo examinara el grado al cual se sigue esta doctrina de separación en varios países y sistemas legales y considerar la forma en que este principio tan importante puede ampliarse a países donde ahora no se utiliza. Es mi propio punto de vista que la doctrina de separación será aceptada casi universalmente en los casos internacionales tan pronto como los jueces en países que aún no siguen esta doctrina se familiaricen con su amplia aceptación legal y obtengan un mayor entendimiento sobre su importancia para quitar obstáculos que obstruyen el comercio internacional. La única excepción es que el Reino Unido, y en otros países que siguen de cerca los conceptos británicos sobre el arbitraje, es de esperarse que cuestiones concernientes a la validez de contratos continuarán conservándose dentro de la jurisdicción exclusiva de los tribunales por tanto tiempo con las prácticas actuales se mantengan en cuanto al control de los tribunales de asuntos legales que prevengan del arbitraje. Solamente se puede esperar que jueces en países que no acepten la doctrina de separación, manejarán los casos que cuestionen la validez de contratos que contienen cláusulas de arbitraje con especial rapidez para no permitir objeciones frívolas a la validez del contrato para ser usadas con fines de acoso o dilación. El Profesor Clive Schmitthoff ha sugerido que las ventajas de la doctrina de separación pueden lograrse, aún en Inglaterra, "si por acuerdo expreso las partes han hecho la cláusula de arbitraje independiente del contrato principal y en ese caso los árbitros tendrían jurisdicción también para decidir sobre la validez del contrato mismo."⁴⁰ Este punto de vista, si se acepta en los tribunales, establecería la doctrina de separación en Inglaterra cuando las partes así lo convengan, como mediante un convenio para usar las Reglas UNCITRAL.

C) Problemas creados cuando una presentación para arbitraje se requiere después de que una disputa se origina

La necesidad de cooperación por los tribunales en el reconocimiento de convenios a arbitrar trae problemas particulares en países que todavía requieran que aun cuando las partes convengan en someter a arbitraje disputas futuras, el arbitraje no se implementará a menos

³⁸ *Supra*, N. 23, Artículo 8, Sec. 3

³⁹ Ver comentario por H. Strohbach, *supra*, N. 24, en p. 14

⁴⁰ C. M. Schmitthoff, "El futuro del Arbitraje Comercial", *Arbitration - The Journal of the Institute of Arbitrators* (enero de 1977, p. 96)

que exista una solicitud específica para arbitraje firmada por ambas partes después de que la disputa se presente, v.g., el llamado *compromiso*. Los problemas que se presenten de la necesidad para un *compromiso* son, tal vez, mayores en algunos países de América Latina que en muchas otras partes del mundo porque en otras partes las leyes modernas han abolido generalmente este requisito.

Un problema práctico serio causado por el *compromiso* en tales países donde aún se requiere, proviene del hecho de que los hombres de negocios y abogados en todos los países frecuentemente celebran un contrato conteniendo una cláusula de arbitraje, sin percatarse de que se necesitará un *compromiso* si se origina una disputa. Entonces, si la otra parte rehusa a firmar el *compromiso* después de que se presente una disputa, el reclamante se muestra sorprendido al encontrar que se puede ver frustrado el arbitraje, a pesar de la existencia de una cláusula de arbitraje en el contrato.⁴¹ Esto puede causar serio desaliento y puede llevar al hombre de negocios extranjeros, así como a otros que se enteran de su problema, a rehusarse a comerciar con el país que requirió el *compromiso* o elevará precios para compensar por los riesgos adicionales que resultan de la ausencia de un arbitraje eficaz.

La nueva Convención OAS puede ayudar a eliminar el problema del *compromiso* en la América Latina. El artículo 1 de la Convención declara:

*"Un convenio en que las partes se comprometen a someter a decisión arbitral cualesquier diferencias que puedan presentarse o que se hayan presentado entre ellas con respecto a una transacción comercial es válido."*⁴²

Aun cuando esta estipulación no parece abolir expresamente el requisito para un *compromiso*, sí indica una fuerte política que favorece los convenios para arbitrar futuras disputas. Se espera que los tribunales en la América Latina interpretarán la declaración que un convenio para arbitrar una disputa futura es "válida" para significar que tal

⁴¹ Ver, por ejemplo, C. Norberg "Introducción General al Arbitraje Comercial Inter-Americano" en *Yearbook-Commercial Arbitration*, Vol. III (1978) en p. 7: "En la América Latina de acuerdo a los códigos de comercio y procedimientos civiles, hablando en general en tanto una cláusula arbitral es reconocida como válida no será obligatoria a menos que el convenio celebrado entre las partes para iniciar la presente disputa sea en la forma de un *compromiso*". Ver por ejemplo, Informes Nacionales en *Yearbook-Commercial Arbitration*, Vol. III (1978) re Argentina (p. 19), Brasil (p. 32), Panamá (p. 107), Perú (p. 118), Venezuela (p. 134)

⁴² *Supra*, N. 3 Art. 1

arreglo es obligatorio sin necesidad de un futuro convenio, tal como un *compromiso*. Sería sumamente ventajoso para este Grupo de Trabajo escuchar los puntos de vista de sus colegas latinoamericanos respecto a si la ratificación de la Convención OAS eliminará la necesidad de un *compromiso* en países donde la ley nacional por otro lado requiere uno.

B. La necesidad de cooperación por los tribunales para facilitar la instrumentación de casos de arbitraje

A) La importancia de acción rápida por los tribunales para ayudar al arbitraje

Existen varias formas en la cual la cooperación de los tribunales puede ser de gran ayuda para facilitar la instrumentación de casos de arbitraje. Un elemento importante que los jueces deben tener en mente cuando los tribunales son requeridos a tomar acción en relación con un proceso pendiente de arbitraje, es la necesidad de manejar tales asuntos tan pronto como sea posible con el fin de que el arbitraje no se retrase. Como ha dicho la Suprema Corte de los Estados Unidos, "EL procedimiento arbitral, cuando ha sido seleccionado por las partes a un contrato, debe ser rápido y no debe estar sujeto a retraso ni obstrucción en los tribunales."⁴³

B) Ayuda de los tribunales para nombrar árbitros

Una clase de ayuda que los tribunales con frecuencia son requeridos a proporcionar al arbitraje ocurre cuando, según muchas leyes nacionales, son llamados a nombrar árbitros porque las partes no pueden ponerse de acuerdo sobre alguna elección y el contrato deja de proporcionar un método para nombrar al árbitro en tales circunstancias.⁴⁴ Los jueces son llamados a designar árbitros en tales casos y tienen una muy seria responsabilidad personal porque la calidad y pericia del árbitro, en gran medida, determinarán el éxito del arbitraje. Si, como es común, el juez llamado a nombrar un árbitro es de la misma nacionalidad que la de una de las partes, es particularmente importante que el árbitro elegido sea aceptado por todas partes porque es neutral y calificado.

⁴³ *Prima Paint vs. Flood and Conklin*, *supra*, N. 35, en p. 404

⁴⁴ Ver, por ejemplo, el Decreto de Arbitraje de los Estados Unidos, *supra* N. 29, Sec. 5; también ver Convención Suiza de Arbitraje Intercantonal *supra* N. 32, Art. 12

En tanto que en unos cuantos países aún se requiere que los árbitros sean nacionales del país donde se efectúa el arbitraje, la tendencia más moderna es que la ley permita que los árbitros sean de cualquier nacionalidad. Por ejemplo, la Convención OAS estipula específicamente que "los árbitros pueden ser nacionales o extranjeros."⁴⁵ Esta estipulación de la Convención señala un cambio en la política sostenida por mucho tiempo bajo la cual algunos países latinoamericanos han prohibido que extranjeros actúen como árbitros.

Cuando quiera que jueces nacionales sean llamados a nombrar árbitros en casos internacionales, pueden encontrar ventajoso el considerar las normas establecidas en las Reglas UNCITRAL:

*"Al hacer el nombramiento, la autoridad que hace el nombramiento tiene referencia a tales consideraciones como son aptas para obtener el nombramiento de un árbitro independiente e imparcial, y tomará en consideración también la conveniencia de nombrar un árbitro de nacionalidad distinta a las nacionalidades de las partes."*⁴⁶

Estas mismas reglas se encuentran en las nuevas Reglas IACAC que entran en vigor el 1° de enero de 1978⁴⁷ Estas nuevas reglas establecidas mediante un amplio cosenso mundial para proporcionar guías provechosas que son apropiados en todos los casos, ya sea que el caso esté o no cubierto por las Reglas UNCITRAL o las Reglas IACAC.

Al respecto, los jueces también deben estar conscientes de la práctica internacional ampliamente aceptada que, según estipulan los Regios ICC, "el único árbitro o el presidente de un tribunal de arbitraje, deberá ser elegido de un país distinto a aquel de los que las partes sean nacionales."⁴⁸

Conceptos similares de árbitros de un "tercer país" están expresados en las Reglas de Arbitraje de la Asociación Americana de Arbitraje (en lo adelante llamadas las "Reglas AAA")⁴⁹ y la Declaración de Helsinki.⁵⁰ La cooperación de los jueces en nombrar árbitros de un

⁴⁵ *Supra*, N. 3, Art. 2

⁴⁶ *Supra*, N. 17, Art. 6, Sec. 4

⁴⁷ *Supra*, N. 26, Art. 6, Sec. 4

⁴⁸ *Supra*, N. 23, Art. 2, Sec. 6

⁴⁹ "Reglas de Arbitraje Comercial de la Asociación Americana de Arbitraje" (enmendada el 1° de marzo 1977), Sec. 15

⁵⁰ *Supra*, N. 20

“tercer país” -cuando quiera que lo permita la ley nacional- ayudarán enormemente en llevar al cabo una práctica que es ampliamente considerada como necesaria con el fin de tener un arbitraje internacional mutuamente aceptable.

Naturalmente, se reconoce que los jueces nacionales pueden no estar familiarizados con personas de otros países que están calificados para servir como árbitros en casos particulares. Una sugerencia que este Grupo de Trabajo puede considerar es que los jueces pueden solicitar consejo sobre tales nombramientos de las instituciones internacionales de arbitraje que están familiarizados con las calificaciones de árbitros internacionales experimentados en todo el mundo. Las organizaciones de arbitraje que pueden ayudar a los jueces proporcionándoles listas de nombres de posibles árbitros. Los jueces, por supuesto, retendrían poder total para elegir de entre los nombres sugeridos, o a ignorar la lista por completo. Los jueces que no están familiarizados con el arbitraje internacional y sus organizaciones podrían ponerse en contacto con los funcionarios del Consejo Internacional de Arbitraje Comercial, que actúa como la red de instituciones arbitrales y podrían proporcionar guía e información respecto al nombramiento de árbitros calificados para casos internacionales.

C) Ayuda de los tribunales cuando los árbitros sean objetados

En algunos casos, después de que un árbitro ha sido nombrado, una de las partes puede hacer objeciones respecto a la independencia o imparcialidad de un árbitro. Si las partes han convenido que el arbitraje ha de ser efectuado de acuerdo con las reglas de arbitraje especificadas en su contrato, esas reglas estipularán típicamente que la objeción será decidida por la institución de arbitraje designada en las reglas para nombrar al árbitro.⁵¹ Sin embargo, cuando las partes no hayan designado ningunas reglas para regir su caso, o cuando la parte no esté satisfecha con la decisión de la institución de arbitraje, la objeción generalmente debe ser determinada por un tribunal en el lugar del arbitraje.⁵² El tribunal entonces tiene una labor sensitiva y delicada. En algunos casos los jueces se guiarán por provisiones estatutorias que delimitan conductas específicas para la descalificación.⁵³ Pero en los

⁵¹ Ver, por ejemplo, Reglas, ICC, *supra*, N. 23, Art. 2, Sec. 7; Reglas AAA, *supra*, N. 49, Sec. 18; Reglas UNCITRAL, *supra*, N. 17, Arts. 9-12; IACAC, *supra*, N. 26, Arts. 9-12; Reglas CMEA, *supra*, N. 24, Sec. 20

⁵² Ver, por ejemplo, Convención Suiza de Arbitraje Intercantonal, *supra*, N. 32, Art. 21

⁵³ *Ibid.*, Art. 18; ver también Decreto Sueco de Arbitraje, Sec. 5, reproducido en *Arbitraje en Suecia* (1977)

casos más difíciles, los estatutos estipularán únicamente criterio vago y general y los jueces serán llamados a determinar si varios tratos comerciales pasados o alguna otra relación posiblemente pudieron afectar la imparcialidad y equidad del árbitro a quien se ha objetado. Son indispensables sabias decisiones de los jueces en tales casos para que el público tenga la confianza en el arbitraje comercial internacional. Al mismo tiempo, los jueces también deben reconocer que una parte que desea retrasar en caso, puede elegir el pretexto de objetar un árbitro con la esperanza de posponer el arbitraje. Es importante que los tribunales traten pronta y firmemente con cualquier objeción frívola, hecha únicamente con fines de dilación.

D) Ayuda de los tribunales en proporcionar medidas provisionales de protección

Durante el curso del arbitraje, podría ser necesario para el caso tener medidas necesarias para salvaguardar la propiedad que es el asunto sujeto a arbitraje. La reglas modernas de arbitraje frecuentemente incluyen estipulaciones que permiten a los árbitros específicamente ordenar tales medidas provisionales de protección, sin perjuicio a los derechos de las partes o a la determinación final de la disputa. Por ejemplo, tanto las Reglas UNCITRAL como las IACAC contienen la siguiente estipulación:

*"A solicitud de cualquiera de las partes, el tribunal de arbitraje puede tomar medidas provisionales según considere conveniente, con respecto al asunto materia de la disputa, incluyendo medidas para la conservación de las mercancías que forman el asunto materia de la disputa, tal como ordenar su depósito con un tercero o la venta de artículos perecederos."*⁵⁴

En algunos países, la ley nacional no permite tales medidas provisionales de protección que sean ordenadas por árbitros sino que reserva ese poder exclusivamente a los tribunales. Reconociendo esto, las reglas con frecuencia estipulan que una solicitud de medidas provisionales no es incompatible con el convenio a arbitrar.⁵⁵

No es raro que los tribunales se vean envueltos en cuestiones relacionadas con medidas de protección provisionales en casos de ar-

⁵⁴ Reglas UNCITRAL, *Supra*, N. 17, Art. 26, Sec. 1; Reglas IACAC, *supra*, N. 26, Art. 26, Sec. 1, también ver, Reglas AAA, *supra*, N. 49, Sec. 33

⁵⁵ Ver Reglas UNCITRAL, *supra*, N. 17, Art. 26, Sec. 3; Reglas IC, *supra*, N. 23, Sec. 5

bitraje, ya sea decidiendo sobre solicitudes para medidas provisionales en países donde únicamente los tribunales tienen ese poder, o al determinar de si órdenes por medidas provisionales hechas por árbitros se encuentran dentro de la autoridad otorgada al árbitro bajo la ley y contrato. Cuando surgen esta clase de preguntas, los tribunales pueden ayudar a la eficacia del arbitraje en dos formas: Cuando solamente el tribunal tiene el poder de ordenar medidas provisionales, los jueces pueden ayudar al arbitraje mediante una rápida decisión sobre el asunto tan pronto como sea posible. Cuando el árbitro tiene el poder de ordenar medidas provisionales, los tribunales pueden ayudar a la eficacia del arbitraje apoyando el ejercicio de tal poder en lugar de limitarlo. Los árbitros pueden manejar tales asuntos con prontitud ya que están familiarizados con los hechos y las circunstancias del caso. Por lo tanto, el dejar estos asuntos en las manos de los árbitros ahorra el tiempo y esfuerzo requeridos para explicar a un tribunal lo que un árbitro ya conoce.

E) Ayuda de los tribunales en obtener evidencias

Otra de las áreas en las cuales los tribunales son llamados a ayudar en la conducción de casos de arbitraje ocurre en aquellos países donde los árbitros no tienen el poder de tomar juramentos, o donde la ayuda de los tribunales es necesaria con el fin de que los testigos comparezcan y para la presentación de evidencia por documentos.⁵⁶ En tales situaciones, la instrumentación efectiva de los casos de arbitraje frecuentemente depende en la pronta cooperación de los jueces. Sin tal cooperación el caso puede ser retrasado o alguna de las partes puede verse en el caso de que se le niegue el acceso o evidencia que le es necesario para aprobar su caso. Al mismo tiempo que se necesita una orden rápida por los jueces para ayudar a jurisprudencia necesaria en el arbitraje, también es importante que los jueces estén alertas respecto a tácticas impropias por una de las partes en un esfuerzo por hostigar a la otra parte o hacer que el caso sufra dilación. Por ejemplo, no es desconocido que alguna parte solicite la presencia de numerosos testigos desde grandes distancias o que busque documentos voluminosos, no porque sean necesarios sino porque desea causar dificultades y gastos a su oponente. Los tribunales pueden ayudar a la eficacia del arbitraje mediante una acción pronta y firme para evitar tal conducta dilatoria.

F) Ayuda de los tribunales ingleses en decidir cuestiones de derecho

⁵⁶ Ver, Decreto Sueco de Arbitraje, *supra*, N. 53, Sec. 15; también Convención Sueca Intercantonal, *supra*, N. 32, Art. 27, p. 2

Al revisar varias formas en que las acciones de los tribunales tienen efecto en la conducción de casos de arbitraje, uno no puede ignorar el papel de los tribunales del Reino Unido, y de otras jurisdicciones que siguen los conceptos legales británicos. Me refiero a lo que es conocido como el procedimiento del "caso especial manifestado" que reserva a los tribunales todas las cuestiones de derecho en los procedimientos de arbitraje. Cuando se presentan asuntos de derecho, cualquiera de las partes, o el árbitro, puede "manifestar" la cuestión legal al tribunal y solicitar al tribunal que dictamine sobre la cuestión de derecho. Asuntos de derecho son decididos por el árbitro.⁵⁷ Este procedimiento contrasta fuertemente con la ley de arbitraje en casi todos los otros países que otorgan a los árbitros el poder de decidir sobre cuestiones de derechos así como asuntos de hecho.

La mayoría de los escritores sobre arbitraje fuera de Inglaterra critican el procedimiento del caso especial manifestado como que es costoso y un elemento dilatorio en la práctica del arbitraje, en tanto que el punto de vista mayoritario en Inglaterra es que el procedimiento ayuda a asegurar uniformidad en la ley, particularmente cuando la cuestión de derecho se relaciona a la interpretación y aplicación de contrato comerciales de forma estándar, tales como aquellos usados extensamente en transacciones de mercancías y marítimas y varias otras formas de comercio internacional.⁵⁸

No está dentro de los alcances de este informe analizar en detalle el procedimiento de caso especial manifestado. Sin embargo, es importante para nosotros reconocer que el procedimiento mediante el cual los árbitros manifiestan los casos especiales al tribunal en cuestiones de derecho no es, a los ojos de sus proponentes ingleses, una excepción a la sociedad entre tribunales y arbitraje. Al contrario, se ve el procedimiento como un ejemplo de cooperación y sociedad al proporcionar justicia en casos comerciales. Por tanto, el Profesor Sanders ha observado que el procedimiento de caso manifestado está considerado como una forma de "cooperación entre los tribunales y el arbitraje."⁵⁹ Con ese mismo criterio, el Rf. Hon. Lord Justice Kerr, un distinguido Juez del Tribunal de Comercio de los Tribunales Reales de Justicia, ha se-

⁵⁷ Ver, Walton, *Russell on the Law of Arbitration* (1970), pp. 243-265; Kerr, "Los Tribunales Ingleses y el Arbitraje" en C. Schmitthoff, Ed., *International Commercial Arbitration*, Vol. 1 (1974); pp. 214-226; W. G. Gill, "Reino Unido" en *Yearbook-Commercial Arbitration*, Vol 1 (1974), pp. 214-226; (1977), p. 107

⁵⁸ Ver, M. Kerr, *ibid*; ver también C. Schmitthoff en "Introducción" en C. Schmitthoff, Ed., *Arbitraje Comercial Internacional*, *ibid*

⁵⁹ P. Sanders, "La ley de arbitraje en la Europa Occidental: Un estudio comparativo", en Domke, Ed. *International Trade Arbitration*, p. 143 (1958)

ñalado que el procedimiento de un caso especial manifestado no es parte de una "refriega de guerra" entre los tribunales y el arbitraje, sino más bien está "diseñado para hacer el procedimiento de arbitraje complementario a la función de los tribunales".⁶⁰ Enfatizo este punto porque es importante reconocer que aún en el país que practica el control judicial más amplio sobre el arbitraje, los jueces hoy en día ven los dos procedimientos como "complementarios", no competitivos, y los consideran como función del tribunal al ayudar a que el arbitraje sea más eficaz. Este es un ejemplo valioso para los juicios en todo el mundo.

Es interesante notar que parece que existe una posibilidad creciente de reforma de la ley en Inglaterra con respecto al procedimiento del caso especial manifestado. El Profesor Schmitthoff reportó recientemente:

"Se cree que un procedimiento de caso especial debe ser calificado por una reforma futura de la ley de arbitraje. Kerr, J. en *The Lysand* (1973) Y *Lloyd's Rep.* 296, hizo un intento para calificarlo, pero tal intento de reforma judicial fué rechazado por el Tribunal de Apelaciones que denegó la solicitud del erudito juez. A pesar de esto, se cree, por muchas personas interesadas en mantener la reputación mundial sobre el arbitraje inglés, que el razonamiento del juicio de Kerr, J. fue correcta y que el acceso al tribunal mediante medios de un caso especial debería ser restringido a dos situaciones, es decir, que los árbitros certifiquen (1) que un asunto legal de gran dificultad ha aparecido, o (2) que el principio legal de interés general está contenido en el asunto. Queda por verse si los tribunales aceptan esa restricción. Sería de desearse que así lo hicieran y harían el arbitraje inglés más aceptable al mundo de negocios internacional."⁶¹

Esta tendencia hacia la reforma puede recibir un mayor ímpetu porque el procedimiento del caso especial manifestado y otros casos relacionados al control judicial del arbitraje están ahora creando cargos pesados en los expedientes a tratar por los tribunales ingleses. Hace cuatro años se informó que "la cantidad de trabajo de un tribunal Comercial que se origine por el arbitraje, probablemente no es menor a la mitad de total de su trabajo". Reflexionando sobre este problema creciente, la Oficina del Lord Chancellor en 1977 expidió un boletín de

⁶⁰ Kerr, *supra*, N. 57, p. 201

⁶¹ C. Schmitthoff, "El futuro del arbitraje comercial", *Arbitration - The Journal of the Institute of Arbitrators* (enero de 1977) pp. 94-95

⁶² Kerr, *supra*, N. 57, p. 200

Prensa manifestando que se ha expresado preocupación "respecto a la dificultad resultante por el gran incremento de casos. . . y sobre el costo y dilación que pueden causarse por el procedimiento de "caso especial".⁶³ Por lo tanto, los Jueces de los Tribunales Penales, con la aprobación del Lord Chancellor y el Lord Chief Justice, "han formado un comité para considerar y mantener bajo vigilancia del Tribunal Nacional y el procedimiento de Caso Especial y hacer sus recomendaciones al respecto al Lord Chancellor, según sean necesarios, de tiempo en tiempo".⁶⁴ El hecho de que la primer reunión de este grupo haya tenido lugar bajo la presidencia del Rb. Hon. Lord Justice Kerr es una promesa de que tal vez los puntos de vista sobre la limitación del procedimiento de caso manifestado que expresó en su opinión en el caso *The Lysand* arriba indicado, reforzado esto por la necesidad de solucionar los problemas prácticos del aumento de casos en los tribunales, puede resultar en alguna reforma en el Reino Unido.

G) Ayuda de los tribunales para facilitar el trámite de casos de acuerdo con reglas convenidas por las partes

Los casos de arbitraje pueden, naturalmente, ser tramitados sin referencia a ningunas reglas establecidas, acogiéndose a la ley procesal local, convenios entre las partes y puntos de vista de los árbitros para determinar en qué forma se tramitará el caso. Sin embargo, la experiencia combinada de quienes practican el arbitraje en todo el mundo es que las reglas procesales facilitan grandemente la tramitación de un caso de arbitraje.

Las reglas arbitrales típicamente cubren tales asuntos como la forma en que se hacen las reclamaciones; presentación de demandas, respuestas y contrademandas; nombramiento de árbitros; objeciones a árbitros y su substitución en caso de incapacidad o muerte; provisiones para audiencias *ex parte* si una parte deja de comparecer después de la notificación; provisiones en cuanto a representación por abogados; reglas en cuanto a transcripciones, costos, honorarios, idioma y expertos; reglas sobre procedimientos durante las audiencias; reglas relacionadas a los laudos, incluyendo si los árbitros deben dar sus razones en detalle y si los laudos serán publicados o mantenidos en forma confidencial. Una mera lista de esos tópicos cubiertos por reglas típicas de arbitraje, deberían convencer a cualquier abogado sobre la conveniencia de especificar reglas arbitrales específicas en una regla de arbitraje.

⁶³ "Boletín de Prensa", texto reimpresso en *Arbitration - The Journal of The Institute of Arbitrators* (octubre, 1977), pp. 1-2

⁶⁴ *Id*

Otro factor que lleva a muchos de quienes practican el arbitraje a favorecer el uso de reglas de arbitraje, es que las reglas de muchas organizaciones en el mundo no solamente establecen guías procesales en la instrumentación del caso sino también estipulan se proporcionen servicios. Por ejemplo, las Reglas ICC, las Reglas IACAC, las Reglas AAA y las Reglas CMEA estipulan, todas ellas, que la organización que estableció las reglas también estipulará la proporción de los servicios. Por otra parte, UNCITRAL misma no proporciona servicios administrativos, pero sus Reglas permiten a las partes o a los árbitros hacer arreglos para que tales servicios sean ejecutados por instituciones de administración. Los Servicios de administración incluyen funciones de secretaria y otras facilidades. Típicamente, tales servicios involucran programación y efectuar arreglos físicos para audiencias, el actuar como conducto para el intercambio de papeles entre las partes y los árbitros, arreglar y revisar los honorarios de los árbitros y arreglar el depósito para cubrir los honorarios de los árbitros y otros gastos. Algunas agencias administrativas también proporcionan un oficinista que asiste a las audiencias y ayuda en el manejo de expedientes así como que ejecuta otras funciones secretariales.

La experiencia demuestra que las reglas y los servicios administrativos son con frecuencia de gran ayuda para las partes y a los árbitros.⁶⁵ Su disponibilidad ayuda a asegurar equidad y proporciona un amortiguador entre las partes en disputa en el manejo de detalles necesarios, procesales y de "mantenimiento" para el arbitraje. Esto es particularmente valioso en la tramitación de arbitrajes entre partes de distintos sistemas sociales y económicos porque tales partes frecuentemente enfocan detalles procesales sencillos bajo diferentes puntos de vista culturales. En tales casos, el personal experimentado de instituciones administrativas pueden llenar una función importante al explicar y expeditar los procesos. Pocos árbitros tienen el tiempo, experiencia o deseo para ocuparse de tales detalles administrativos.

Además, las reglas contribuyen a la eficacia del arbitraje por permitir a ambas partes que conozcan las reglas con anticipación. Tal certeza en cuanto a los procedimientos, ahorra tiempo y pone a ambas partes al mismo nivel.

Reconociendo el gran valor de las reglas, muchas organizaciones en el mundo han preparado reglas de arbitraje para ser usadas por las

⁶⁵ Ver P. Sanders "Reglas Modelo para el Arbitraje Comercial Internacional: Reglas de Arbitraje UNCITRAL", *Proceedings of Fifth International Arbitration Congress of International Council for Commercial Arbitration*. New Delhi, 1975 (en lo adelante citado como *New Delhi Congress Proceedings*), p. C1 3; también H. Strohbach, "On Venue of Arbitration", *New Delhi Congress Proceedings*, pp. C11 6-7

partes en el comercio internacional. Al principio de este informe se hizo referencia a las Reglas UNCITRAL, las Reglas CMEA, las Reglas IACAC, las Reglas ICC y las Reglas AAA. Además, varias cámaras de comercio han establecido varias reglas de arbitraje,⁶⁶ organizaciones nacionales de arbitraje,⁶⁷ bolsas de valores; asociaciones marítimas, de mercancías y de otro tipo de comercio.⁶⁸ Las comisiones económicas de las Naciones Unidas para Europa⁶⁹ y para Asia y el Lejano Oriente⁷⁰ también han preparado reglas de arbitraje.⁷¹ Consolidando el valor de tales reglas, la Asamblea General UN⁷² y la Declaración de Helsinki⁷³ recomiendan ambas que el arbitraje se efectúe de acuerdo a reglas establecidas.

Sin embargo, aun cuando son deseables las reglas de arbitraje, la ley local del lugar de arbitraje determinará si las reglas pueden aplicarse, ya que las reglas deben doblegarse ante la política pública en contrario expresada en provisiones obligatorias de la ley local. Las Reglas UNCITRAL reconocen este concepto básico y hacen que las partes estén alertas a ello, en su primer artículo:

*"Estas Reglas regirán al arbitraje excepto donde cualquiera de estas reglas esté en conflicto con una provisión de ley aplicable al arbitraje la cual las partes no pueden derogar, entonces esa provisión prevalecerá."*⁷⁴

Así, por ejemplo, si un contrato estipula que el arbitraje se efectuará en el país de una de las partes y si la ley de tal país expresa una

⁶⁶ Ver las reglas descritas en *Yearbook-Commercial Arbitration*, Vol. I (1976), pp. 18-122; también, E. Cohn, M. Domke y F. Eisemann, Eds. *Handbook of Institutional Arbitration in International Trade* (1977) que contiene varios artículos que describen reglas de cámaras de comercio, incluyendo W. Meis *re* Austria, p. 33; K. Straatmann *re* Hamburgo, p. 59; J. Jakubowski y A. Wisniewski *re* Polonia, p. 147; B. Bachmann *re* Zurich, p. 203; S. Lebedev *re* URSS, p. 273

⁶⁷ Ver *Handbook of Institutional Arbitration in International Trade*, *supra* N. 66 que contiene artículos que describen las reglas de arbitraje de varias organizaciones nacionales, incluyendo N. Krishnamurthi *re* India, p. 83; G. Recchia *re* Italia, p. 101, T. Kitagawa y F. Fukushima *re* Japón, p. 115; B. van Marwijk Koy *re* Netherlands, p. 133; L. Hjarner *re* Suecia, p. 187; H. Holtzmann *re* Estados Unidos, p. 249

⁶⁸ Ver, *International Commercial Arbitration*, *supra* N. 57, que reimprime las reglas de varias casas de bolsa y asociaciones de mercancías, marítima y otros asuntos comerciales en pp. 305-314, 339-432

⁶⁹ *Register of Texts of Conventions and Other Instruments Concerning International Trade Law*, Vol. II (1973), U.N. Pub. E. 73, V. 3, pp. 100-109

⁷⁰ *Ibid*, pp. 95-99

⁷¹ Estas reglas, que se hicieron para uso regional, pueden ser fácilmente suplantadas en la práctica por las Reglas UNCITRAL, *supra*, N. 17

⁷² *Supra*, N. 18

⁷³ *Supra*, N. 20

⁷⁴ *Supra*, N. 17, Art. 1, par. 2

política pública que prohíbe a extranjeros a actuar como árbitros, esa política pública sobreesería la provisión de las reglas, tales como las Reglas AAA, UNCITRAL o ICC, que especifican un árbitro que sea de un tercer país.

Por supuesto, los tribunales juegan un papel principal en la interpretación de las relaciones entre las leyes locales y las reglas de arbitraje, particularmente en la determinación de si las provisiones de las reglas son contrarias a la política pública nacional. Cuando los jueces toman un punto de vista estrecho y restringido sobre cuestiones relacionadas a las reglas, la implementación de un arbitraje eficaz se ve impedido severamente y el comercio internacional sufre. Por otra parte, cuando los jueces apoyan el uso de las reglas establecidas a las cuales las partes han convenido, los casos de arbitraje pueden desarrollarse más eficazmente y así se ayuda al comercio internacional. Las oportunidades que existen para mejorar la cooperación de los tribunales al permitir que casos de arbitraje sean tramitados de conformidad con las reglas a las cuales las partes han convenido, se examinan en la Parte III, Sección C de este informe.

3. *La necesidad de cooperación de los tribunales en hacer los laudos arbitrales obligatorios*

La eficiencia final del arbitraje comercial internacional, en la mayoría de los casos, debe medirse por el alcance que tienen los tribunales nacionales para que los laudos arbitrales sean obligatorios en otros países. Aun cuando los hombres de negocios generalmente cumplen voluntariamente con los laudos arbitrales, su obligatoriedad por un tribunal nacional es necesaria en aquellas situaciones en las cuales una parte rehúsa obedecer tal laudo. Tal obligatoriedad, en los sistemas de ley civil, es típicamente mediante el otorgamiento de un *exequatur*; en tanto que en jurisdicciones de ley común, tal como en los Estados Unidos, se conoce como "registrar una sentencia sobre el laudo". El procedimiento obligatorio de que el tribunal lo haga obligatorio en muchos países es llamado "homologar". En todos los casos, sea cual fuere el nombre o procedimiento, el tribunal hace obligatorios el laudo arbitral mediante el otorgamiento al laudo de la misma fuerza que si hubiera sido hecho por el tribunal mismo.

La obligatoriedad de los laudos arbitrales es tema tanto de tratados bilaterales como de convenciones multilaterales, más notoriamente la Convención UN a la cual hasta la fecha se han adherido 55 países⁷⁵ y

⁷⁵ *Multilateral Treaties in Respect of Which the Secretary General Performs Depository Functions - List of Signatures, etc. as at 31 December 1976* (UN Pub. ST/LEG/SER/D/10, E. 77, V. 7), pp. 523-524

la Convención OAS más reciente, que ya ha sido ratificada por 5 países. Sin embargo, antes de discutir casos en los cuales la obligatoriedad de laudos arbitrales extranjeros se basa en las provisiones de tratados y convenciones, puede ser conveniente primero considerar casos en los cuales los laudos extranjeros han sido obligatorios aun cuando no existe tratado alguno. Así, por ejemplo, los tribunales en los Estados Unidos hicieron obligatorios los laudos arbitrales extranjeros mucho antes que los Estados Unidos hubieran ratificado la Convención UN u otro tratado de arbitraje. Las decisiones de los tribunales no estuvieron basadas en actos intergubernamentales sino únicamente sobre los contratos de negocios privados de las partes. Los tribunales dependieron del principio sencillo de que los hombre de negocios, se espera, deben cumplir sus contratos. Así, por ejemplo, en 1931 -casi cuarenta años antes de que los Estados Unidos ratificaran la Convención UN- el más alto tribunal de Nueva York hizo obligatorio un laudo arbitral inglés contra un hombre de negocios de Nueva York que había estado de acuerdo a que el arbitraje se celebrara en Inglaterra y después había tratado de evitar el proceso. Basando su decisión únicamente en el contrato, el Tribunal dijo:

*"Contratos por hombres maduros... deben, en ausencia de una objeción de gran importancia, ser obligatorios. Los pretextos para evadirlos no deben buscarse. Pocos argumentos podrían existir basados en la razón y la justicia o moralidad común que puedan invocarse para interferir en la ejecución obligatoria de convenios que han sido celebrados libremente. Los tribunales deben tratar de mantener la ley a un nivel al menos tan alto como las normas de ética ordinaria... ¿Por qué no podrían (las personas) ser permitidas a que contrataran como quisieran?... Sus contratos por anticipado para someterse al (arbitraje) extranjero son, estrictamente, sus negocios privados. Nuestros tribunales no están interesados excepto en cuanto a preservar el derecho de evitar el repudio (de contratos). El consentimiento es el factor que imparte poderes (al árbitro extranjero)."*⁷⁷

En forma similar, mucho antes que el detente y la Convención UN, un alto tribunal de los Estados Unidos sostuvo el arbitraje de una empresa americana ante la Comisión Arbitral de Comercio Exterior en la Cámara de Industria y Comercio de la U.R.S.S. El tribunal basó sus decisiones únicamente en el contrato, diciendo:

⁷⁶ C. Norberg, "Introducción General al Arbitraje Comercial Inter-Americano", *Yearbook-Commercial Arbitration*, Vol. III (1978), p. 11 informa de la ratificación por Panamá, Chile y Paraguay. Desde la preparación de ese artículo, la Convención OAS también ha sido ratificada por México y Uruguay.

⁷⁷ *Gilbert vs. Burnstine*, 255 N.Y. 348 (1931)

*"Camden decidió hacer negocio con Amtorg y aceptar... el arbitraje en Rusia; ahora no puede pedir a los tribunales que la releven de la obligación que asumió."*⁷⁸

Estos casos, que basan la obligatoriedad sobre contratos privados en lugar de en tratados públicos, proporcionan un modelo conveniente para que lo sigan los tribunales en casos en los cuales no sean aplicables ni convenciones ni otros tratados. También son instructivos -aun cuando ninguna convención sea aplicable- porque nos recuerdan que la obligatoriedad no depende únicamente de las provisiones de una convención sino que también tiene un fundamento independiente en el contrato de las partes. Reconociendo lo anterior, los tribunales no necesitan enfocar su atención exclusivamente sobre las técnicas del lenguaje de tratados sino deben también fijarse en los términos del contrato de negocios. Tal enfoque por los tribunales puede evitar que debido a razones técnicas estrechas se rehuse la obligatoriedad y, al llevar a efecto las expectativas de los hombres de negocios, contribuir a facilitar el comercio mundial.

Los casos que involucran la obligatoriedad de laudos arbitrales extranjeros ocurren más frecuentemente cuando la parte triunfadora busca la ayuda del tribunal para hacer el laudo obligatorio contra una parte perdedora que se ha rehusado a acatar el laudo. La mayoría de tales casos pueden llevarse ante un tribunal nacional del país de la parte perdedora, porque ese tribunal tiene jurisdicción sobre la parte perdedora. Jueces sabios tratan tales casos con cuidado particular, sabiendo que la confianza de la comunidad comercial internacional será amenazada, y que el comercio internacional futuro del país puede sufrir daños, si parece que el tribunal está tomando un punto de vista estrechamente nacionalista del caso.

Los tribunales pueden más fácilmente evitar cualquier apariencia de favoritismo nacionalista limitando las bases para rehusar hacer obligatorios los laudos arbitrales extranjeros para aquellos que generalmente son aceptados en la práctica internacional. Bajo prácticas generalmente aceptadas internacionalmente, los tribunales, al considerar la obligatoriedad de laudos arbitrales extranjeros no revisan si las decisiones de los árbitros sobre los méritos substantivos del caso son correctos, ni intentan sustituir la opinión del juez por la opinión del árbitro. En tales casos, las prácticas internacionales son que el tribunal

⁷⁸ *Amtorg Trading Corp. vs. Camden Fibre Mills, Inc.*, 304 NY 519 (1952). Para discutir cómo los tribunales suizos hicieron cumplir donde no existe ni convención ni tratado, ver R. Brimer "Informe Nacional - Suiza", *Yearbook-Commercial Arbitration*

rehuse la obligatoriedad únicamente (i) donde no existe acuerdo para arbitrar el asunto, (ii) donde los árbitros no son nombrados en forma apropiada, (iii) donde cada una de las partes no obtuvo aviso del arbitraje y una oportunidad igual para presentar su caso, (iv) donde los árbitros se excedieron en su autoridad; o (v) donde el laudo no es obligatorio o ha sido hecho a un lado en el país en que fue hecho. Estas bases, por ejemplo, están incluídas en las provisiones para rehusar la obligatoriedad que están contenidas en la Convención UN⁷⁹ y la Convención OAS.⁸⁰

Además, naturalmente, es un principio reconocido de derecho internacional que un tribunal nacional puede siempre rehusarse a hacer obligatorio un laudo arbitral extranjero si el hacerlo fuera contrario a la política pública del foro. La determinación sobre qué constituye una política pública aplicable a tales casos con frecuencia es una cuestión difícil y de gran controversia. Las oportunidades que tienen los tribunales para facilitar el comercio internacional mediante la adopción de puntos de vista modernos acerca de lo que constituye una política pública apropiada en casos internacionales, se discutirá en la Parte III, Sección A., de este informe.

IV. Existen oportunidades importantes para mejorar la cooperación de los tribunales para apoyar el arbitraje

1. Reconociendo que los estándares de la política pública en casos internacionales son diferentes que en los casos nacionales

Se ha observado, correctamente, que la defensa de la política pública es una Espada de Damocles que pende sobre la cabeza de la parte que busca la forma de hacer obligatorio un convenio a arbitrar.⁸¹ Por tanto, si una parte busca el reconocimiento del tribunal de un convenio a arbitrar, la otra parte puede decir que el asunto materia de la disputa no es arbitrable dentro de la política pública del foro. Si una de las partes busca que se conduzca el arbitraje de acuerdo con las reglas convenidas, la otra parte puede decir que la política pública prohíbe la observancia de las reglas.⁸² Si una parte solicita la obligatoriedad de

⁷⁹ *Supra*, N. 2, Art. V, Sec. 1

⁸⁰ *Supra*, N. 3, Art. 5, Sec. 1

⁸¹ Bernini, *supra*, N. 6 en p. 38

⁸² Ver, Reglas UNCITRAL, *supra*, N. 17, Art. 1, par. 2.

un laudo por el tribunal, la otra parte puede sostener que debería rehusarse la obligatoriedad porque sería contrario a la política pública del foro, una base para rehusar la obligatoriedad que expresamente se contiene en las Convenciones UN⁸³ y OAS⁸⁴ y que es generalmente reconocida en prácticas internacionales. Así, la política pública es realmente una Espada de Damocles, o, para usar una analogía moderna, una bomba de tiempo que hace que los segundos marquen constantemente y que necesita desactivarse.

Frente a los problemas potenciales de la política pública en cuanto a sus defensas en los casos de arbitraje internacional, como lo estamos, es alentador poder informar que la defensa cada vez menos y menos tiene éxito en los tribunales modernos. Los tribunales están reconociendo en forma creciente que las bases estrechas, nacionalistas de la política pública que podrían ser aplicados en forma apropiada en casos internos, no son apropiados en los casos internacionales. El profesor Sanders resume esta tendencia:

*"Más y más vemos una distinción entre la política pública interna (ordre public interne) y la política internacional (ordre public international) que cada vez más gana terreno. La noción de esta última es más restringida que la primera. La política pública internacional, de acuerdo a una doctrina generalmente aceptada está confinada a violación de conceptos realmente fundamentales de orden legal en el país de que se trate. En bien del arbitraje comercial internacional, la distinción entre la política pública interna y la internacional es de gran importancia."*⁸⁵

Otros expertos, incluyendo al Profesor Pierro Fouchard⁸⁶ y al Profesor Bernini⁸⁷ también confirman que la distinción entre la política pública interna y la internacional está siendo aceptada en varias partes del mundo.

Los tribunales apoyan una forma más restringida de política pública internacional en casos de arbitraje, porque reconocen que hacerlo de otra forma pondría severos obstáculos en el camino de la necesaria actividad comercial internacional. La Suprema Corte de los Estados Unidos manifestó esto muy claramente y en forma directa en un caso

⁸³ *Supra*, N. 2, Art. V, Sec. 2(b)

⁸⁴ *Supra*, N. 3, Art. 5, Sec. 2(b)

⁸⁵ *Supra*, N. 14 en p. 224

⁸⁶ P. Fouchard, *L'Arbitrage Commercial Internacional* (1969), p. 537

⁸⁷ *Supra*, N. 6 en p. 37

importante: "No podemos tener el comercio en los mercados mundiales exclusivamente en nuestras condiciones, regido por las leyes y resuelto por nuestros tribunales."⁸⁸ Motivado en esa forma para alentar el comercio, el tribunal sostuvo que una política pública interna que estorba al arbitraje en un disputa interna, no era aplicable en una transacción internacional. Por lo tanto, el Tribunal dictaminó que las partes deben conducir el arbitraje bajo las Reglas ICC en París, según estipulado en su contrato, en lugar de litigar en un tribunal federal en Chicago, el cual fue solicitado por la parte de los Estados Unidos. El caso involucró la venta de valores de la sociedad, un tema que la legislación federal considera dentro de la jurisdicción excesiva de los tribunales federales. Es interesante hacer notar que la Suprema Corte, en un caso interno había prohibido el arbitraje de una disputa que incluía la venta de valores de la sociedad,⁸⁹ pero el tribunal se rehusó a aplicar tal política nacional en un caso internacional.

La acción por la Suprema Corte de los Estados Unidos no fue la primer expresión del principio que los estándares de política pública en casos internacionales son distintos a los de casos nacionales. Tal vez la expresión más antigua de este principio tuvo lugar en Europa. El caso se originó porque en la mayoría de los países europeos, la política pública nacional requiere que los laudos de los árbitros contengan una declaración de los motivos que apoyen el laudo, en tanto que en Inglaterra no es necesaria tal declaración de motivar. ¿Que la política pública requiere que los tribunales europeos se rehusen a hacer los laudos ingleses obligatorios que no contengan una declaración de motivos? Los tribunales en los Países Bajos y en Francia hicieron obligatorios los laudos ingleses, manteniendo que la política nacional no aplicábase en casos que comprendían el arbitraje comercial internacional.⁹⁰ En forma singular, un tribunal suizo sostuvo que su política pública nacional no impedía el arbitraje ante un tribunal de arbitraje socialista cuyas reglas, a las cuales las partes habían convenido mutuamente, requerían que todos los árbitros fuesen ciudadanos de país socialista.⁹¹

En América Latina existen evidencias alentadoras de que los tribunales también están reconociendo la diferencia entre la política públi-

⁸⁸ *Scherk vs. Alberto Culver Co.*, 417 U.S. 506 (1974); caso del que se hizo resumen en *Yearbook-Commercial Arbitration*, Vol. I (1975), p. 203

⁸⁹ *Wilko vs. Swan*, 346 U.S. 427 (1953)

⁹⁰ Ver *Sanders*, *supra*, N. 14, p. 224 y casos citados en el mismo, incluyendo decisiones del French Cour de Cassation del 14 de abril de 1964 y 2 de mayo de 1966

⁹¹ *Firma Ligna vs. Baumgarther & Co.*, A.G., II Zibikammer des Obergerichtes des Kantons Zurich, 15 de marzo de 1957

ca interna y la internacional en casos de arbitrajes internacionales. En México, la política pública nacional requiere que se dé aviso del arbitraje al reclamante en persona, en su domicilio, de acuerdo con procedimientos contenidos en la legislación nacional largamente establecida. Sin embargo, una parte mexicana convino, en un contrato comercial internacional con una parte extranjera de someter a arbitraje cualquier disputa de acuerdo con las Reglas AAA que permiten que se dé el aviso por correo. En un caso de suma importancia, los tribunales menores sostuvieron que un aviso por correo no era suficiente. Al apelar, la Suprema Corte sobreescribió al tribunal menor y decidió que la política pública nacional no era aplicable en este caso internacional.⁹² En un caso algo anterior en México también se había sostenido el arbitraje en París, llevado a efecto de acuerdo con aviso dado por correo bajo las Reglas ICC, a lo que las partes habían convenido en su contrato.⁹³ Los principios establecidos por estos casos podrían tener importancia de largo alcance para el comercio con los países de la América Latina.

En los Estados Unidos, además del caso de la Suprema Corte mencionada, otras decisiones recientes de los tribunales consideraron sostenido el arbitraje internacional, haciéndolo obligatorio aún en situaciones en las cuales el arbitraje hubiera sido prohibido en base de políticas nacionales si el caso se hubiera originado en comercio interno. Por ejemplo, un caso se refería a una sociedad de los Estados Unidos que entró en quiebra. En casos internos se impide el arbitraje al ocurrir una quiebra porque todas las reclamaciones están dentro de la sola jurisdicción de un tribunal de quiebras. Sin embargo, antes de haberse declarado en quiebra la sociedad había celebrado un convenio, conteniendo una cláusula de arbitraje, con una compañía japonesa. Un Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos hizo el arbitraje obligatorio.⁹⁴ El tribunal dictaminó que la limitación de política pública de la Convención de las Naciones Unidas debe ser interpretada estrechamente y que debe aplicarse únicamente cuando la obligatoriedad violara el foro del estado en cuanto a sus "naciones más básicas de moralidad y justicia."⁹⁵

⁹² *Malden Mills vs. Hiatures Lourdes, S.A.* (Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal); caso que se resumió en noticiario *Inter-American Arbitration* (4o. trimestre, 1977)

⁹³ *Presse Office S.A. vs. Centro Editorial, S.A.*, caso que fue resumido en noticiario *Inter-American Arbitration* (1er y 2do trimestre, 1977)

⁹⁴ *Asunto de Fotochrome*, 517 F 2d. 512 (2do. Cir. 1975); caso resumido en *Yearbook-Commercial Arbitration*, (Vol. I (1976), pp. 202-203

⁹⁵ *Id.*

El principio de que la política pública es distinta en casos de arbitraje internacional de los casos que se relacionen a arbitraje interno, hace mucho por desviar la Espada de Damocles y por desactivar la bomba de tiempo. Proporciona a los jueces que reconocen la conveniencia de aportar el arbitraje internacional con una razón fundamental que les permita hacerlo, en tanto que al mismo tiempo protegen la política nacional para ser usada en casos internos.

2. Reconociendo el valor del arbitraje en la escala total de las transacciones de negocios modernos

Como se indica antes de este informe, los tribunales no harán que el arbitraje sea obligatorio a menos que consideren que el asunto materia de la disputa puede ser arbitrado bajo la ley nacional de foro. Por ejemplo, la Convención UN refleja este principio al estipular que la obligatoriedad puede ser rehusada si un tribunal nacional encuentra que "el asunto materia de la diferencia no puede ser sometido al arbitraje bajo la ley de ese país."⁹⁶

Es por lo tanto importante recordar que no todo puede ser sometido a arbitraje en todas partes y que las leyes nacionales varían considerablemente en cuanto al alcance de lo que es arbitrable. Este es un aspecto de arbitraje en el cual los puntos de vista progresivos de los jueces pueden tener una influencia particularmente significativa sobre el desarrollo económico de sus países. Esto puede originarse porque hay cambios fundamentales que han ocurrido en los últimos años en cuanto a la forma y asunto material de muchas transacciones internacionales. Tradicionalmente, las transacciones internacionales consistían principalmente de la compra y venta de mercancías. En tanto que continúa la importación y exportación de mercancías, algunas de las transacciones internacionales más importantes ahora se relacionan a proyectos sobre inversiones, el uso de recursos naturales, la construcción de fábricas, transferencias de tecnología y otras formas de desarrollo económico. Estas transacciones modernas frecuentemente requieren contratos a largo plazo y el establecimiento de empresas conjuntas. Los tribunales tienen una gran oportunidad para quitar obstáculos a estas formas viables del crecimiento económico reconociendo que aun cuando la mayoría de las leyes de arbitraje nacionales se redactaron cuando el comercio internacional consistía principalmente de las compras y las ventas, esas leyes deberían de

⁹⁶ *Supra*, N. 2. Art. V. Sec. 2(a)

ser interpretadas progresivamente para apoyar el arbitraje respecto al alcance total de las transacciones de negocios modernos.

El uso del arbitraje en transferencias de tecnología es el tema del Grupo de Trabajo III de este Congreso, y por lo tanto, no será tratado en este informe. Sin embargo, resulta apropiado que al analizar las áreas de cooperación entre los tribunales y el arbitraje, incluyamos consideraciones de el arbitraje de disputas originadas de contratos para el desarrollo económico y que deberíamos revisar algunos de los problemas especiales que se presentan en relación con los contratos a largo plazo.

A) El uso del arbitraje en contratos para el desarrollo económico

Muchos estatutos de arbitraje nacionales y convenciones internacionales se refieren a transacciones de "comercio" y "comerciales". Así, por ejemplo, el Decreto de Arbitraje de los Estados Unidos estipula que el arbitraje es de obligación en cuanto a "transacciones respecto al comercio"⁹⁷ y que la Convención UN se aplicará a las relaciones legales "consideradas como comerciales."⁹⁸ En forma parecida, la Convención CAS dirige su atención al arbitraje "con respecto a transacciones comerciales."⁹⁹ El problema por tanto se presenta sobre si diversas transacciones modernas para inversiones, transferencia de tecnología y otros tipos de desarrollo económico deben ser consideradas como "comerciales" y, por tanto, dentro del alcance apropiado del arbitraje.

La naturaleza de este problema queda ilustrado por algunos casos de los tribunales donde un punto de vista estrecho y limitado sobre el término "comercial" ha resultado en la negación del arbitraje en disputas que tratan sobre inversiones y asistencia técnica. Por ejemplo, los tribunales de la India consideraron un contrato bajo el cual una compañía extranjera debía proporcionar asistencia técnica en relación con la construcción de un equipo elevado utilizado en la electrificación de ferrocarriles y trolebuses en la India, Burma, y Ceylán. El contrato contenía una cláusula de arbitraje y se invocó el arbitraje cuando se presentó una disputa. Al decidir que el caso no era "comercial" y por tanto no estaba sujeto al arbitraje, el Alto Tribunal de Bombay sostuvo:

⁹⁷ *Supra*, N. 31, Capítulo 1, Sec. 1

⁹⁸ *Ibid.*, Capítulo 2, Sec. 202

⁹⁹ *Supra*, N. 3, Art. 1

*"El trabajo a que el demandado se había comprometido era de naturaleza profesional y no involucraba ningún negocio ni comercio ... por tanto, por ese motivo, la remuneración del demandado es descrita con "honorarios" ... En mi punto de vista, el contrato es más como una iguala o un contrato entre un Abogado ... por una parte y un cliente por la otra. Por lo tanto, es difícil para mí describir un contrato así como comercial."*¹⁰⁰

Seguramente que este sería un resultado sorprendente a abogados en muchos otros países quienes toman lo que yo considero un amplio y moderno punto de vista respecto de lo que es arbitrable. Por ejemplo, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha tenido por lo menos dos veces ante el mismo caso de arbitraje que se refiere a contratos de consultoría y nunca ha hecho ninguna distinción entre transacciones profesionales y comerciales.¹⁰¹

En la América Latina la palabra "comercial" es definida estrechamente en algunos países para excluir tales transacciones con contratos de inversiones, concesión de tecnología y minería. Además, uno de los artículos del Código de Inversiones Extranjeras Andinas prohíbe el arbitraje de contratos relacionados o inversiones o transferencias de tecnologías a menos de que el arbitraje se efectúe dentro del país que recibió la inversión o la tecnología.¹⁰² Argentina tiene una ley similar. Estas restricciones sobre el arbitraje en la América Latina frecuentemente tienen su origen en provisiones específicas de estatutos y constituciones nacionales. Como resultado, que los jueces puedan poner remedio a la situación en casos específicos puede ser bastante limitada. Solamente puede esperarse que en tales países los jueces se unan a aquellos en círculos de negocios y legales que buscan una reforma legislativa apropiada para que la ley facilite las transacciones que promueven el crecimiento económico y el desarrollo industrial.

¹⁰⁰ *Kamani Engineering Corp. vs. Société Traction et d'Electricité S. A.*, All India Rep't. (Bom. 1965)114. Este caso se comenta por B.T. Merchant y B. B. Merchant en "The Law Relating to Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards in the United States of America and India", *New Delhi Congress Proceedings* en pp. C1m 5-6

¹⁰¹ Ver *Prima Paint vs. Flood & Conklin*, *supra*, N. 37; *Commonwealth Coatings Corp. vs. Continental Casualty Co.*, 393 U.S. 145 (1968)

¹⁰² Artículo 51 de la Decisión 24 de la Comisión del Convenio de Cartagena, conocido como el Código Andino de Inversiones Extranjeras, diciembre 31 de 1970; traducción en 11 Int'l. Leg. Mats. 126 (1972). De acuerdo a la Decisión 24, los siguientes países miembros han incorporado las provisiones de la misma a sus leyes nacionales: Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela. Ver, también, Valdez López, "El Código Andino de Inversiones Extranjeras: Un análisis", 7 J. Int'l. L. & Ec. 15 (1972)

¹⁰³ Ley sobre Inversiones Extranjeras No. 20,557, Art. 6(b), 29 de noviembre de 1973; traducción en 12 Int'l. Leg. Mats. 1489 (1973)

B) El uso del arbitraje en la solución de problemas especiales que se originan en los contratos a largo plazo

El crecimiento económico en muchos países depende hoy en día de las inversiones y proyectos para el desarrollo industrial científico o técnico. Una característica de tales transacciones es que requieren de contratos a largo plazo. Un problema típico en los contratos a largo plazo es lo que se ha dado en llamar la cuestión de "lagunas". Este asunto fue el tema de trabajos extensos entregados en un Grupo de Trabajo en el Quinto Congreso del ICCA celebrado en Nueva Delhi en 1975¹⁰⁴ y, por lo tanto, no es necesario volver a examinarla en detalle ahora.

Pueden presentarse "lagunas" bajo contratos a largo plazo como resultado de varias circunstancias distintas. Una forma en la que se presentan las lagunas es cuando las partes redactan un contrato pero a propósito posponen el convenio específico sobre algunos puntos de vista -tales como futuros precios y otras condiciones- porque todavía no tienen la suficiente información para incluir términos precisos y detallados contractuales. Otra manera en que las lagunas se presentan es cuando cambios imprescindibles en las condiciones económicas, técnicas o políticas ocurren y el contrato no contiene provisiones para tratar con los sucesos no previstos. Además, las lagunas o estancamientos pueden presentarse cuando las partes o empresas conjuntas no están de acuerdo sobre la manera de conducir su empresa conjunta. Cuando tales situaciones ocurren durante la vigencia de un contrato, las partes, típicamente, tratan de llegar a un arreglo respecto a la forma de cubrir esa laguna. Pero, ¿y si no pueden llegar a un acuerdo? En tal caso, como el finado Profesor Eugenio Minoli señaló, "el arbitraje a veces es la única forma de romper un estancamiento."

Los abogados que desean aprovechar este beneficio único del arbitraje deben, sin embargo, considerar si bajo la ley que rige el arbitraje, el árbitro tiene el poder para llenar las lagunas que el contrato, de otra forma, deja sin llenar.¹⁰⁶ La ley en este asunto varía en diferentes sis-

¹⁰⁴ Ver G. Bernini, "Informe del Cuarto Grupo de Trabajo -Técnicas para resolver problemas en la preparación y ejecución de contratos a largo plazo", *New Delhi Congress Proceedings*, pp. E. 21-28. También, H. Holtzmann "Los poderes de los árbitros bajo la ley de los Estados Unidos para llenar lagunas originadas bajo contratos comerciales a largo plazo", *New Delhi Congress Proceedings*, pp. CIV h 1-17. Ver también, H. Holtzmann y G. Bernini, "El arbitraje en transacciones de negocios a largo plazo", en *International Commercial Arbitration*, *supra*, N. 57 pp. 409-429

¹⁰⁵ E. Minoli, "Arbitrage et Cooperation Internationale", *Collection of IVth International Congress on Arbitration Materials*, p. 60 (1973)

¹⁰⁶ Al determinar si un árbitro tiene poder para llenar lagunas, puede ser necesario considerar la ley de arbitraje en el lugar donde se celebra el arbitraje así como también la ley que rige la sustancia de la disputa y la ley del país donde el cumplimiento de un laudo se busca.

temas legales. Puede no ser una generalización extrema decir que en los Estados Unidos y en varios otros países, las partes pueden dar al arbitraje en sus contratos, amplios poderes para llenar las lagunas. Los tribunales no revisarán los méritos de los laudos en tales casos y harán obligatorios los laudos en la misma forma como en otros laudos arbitrales.¹⁰⁷ En muchos países la ley civil, en tanto que los detalles de las leyes aplicables varían de país en país, parece que los terceros a quien se les da el poder de llenar las lagunas pueden hacerlo. Sin embargo, no son considerados generalmente como "árbitros" sino algo similar a agentes. Los méritos de sus decisiones pueden generalmente ser revisados en cuanto a su razonamiento por los tribunales y si una parte no acata la decisión, puede ser hecha obligatoria judicialmente, no como un laudo arbitral sino más bien en una acción de violación al contrato.¹⁰⁸

Debido a la importancia de los contratos a largo plazo, los jueces tienen una gran oportunidad para facilitar el crecimiento económico nacional mediante el apoyo del arbitraje por llenar lagunas. No es muy de esperarse que vislumbrar, aun en las jurisdicciones de ley civil donde la política nacional no ha apoyado tradicionalmente que las lagunas las llenen los árbitros, no obstante, una política distinta que podría aplicarse a casos internacionales.

3. Reconociendo la importancia de permitir que los casos de arbitraje se conduzcan de acuerdo con las reglas a las cuales las partes han convenido

Como se hizo notar antes en este informe, las reglas de arbitraje contribuyen en mucho a conducir en forma equitativa, eficiente y sin tropezos los procesos de arbitraje (ver Parte II, Sección C ojo antecepción). En unos cuantos casos tales como la Convención Internacional de Suiza, el estatuto clara y específicamente señala las provisiones de las leyes obligatorias y que no pueden ser renunciadas ni alteradas por las partes ni por los árbitros. En Suecia un tratado autorizado indica aquellas provisiones la ley de arbitraje que no pueden ser excluidas por las partes. Pero en la mayoría de los países no está disponible una guía tan concisa y uno debe buscar obtener decisiones de los tribunales.

¹⁰⁷ Ver, H. Holtzmann, "Poderes de los Arbitros bajo la ley de los Estados Unidos para llenar lagunas originadas bajo contratos comerciales a largo plazo". *Supra*. N. 104

¹⁰⁸ Ver, G. Bernini, "Informe del Cuarto Grupo de Trabajo" *Supra*, N. 104

Podría aparecer que existen un número de razones, persuasivas, del por qué los tribunales deben interpretar sus leyes nacionales para permitir que el arbitraje se efectúe de acuerdo con las reglas a las cuales las partes han convenido. Primero, en los casos amparados por la Convención UN o la Convención OAS, los tribunales pueden muy bien notar de cada uno de esos tratados multilaterales contienen una provisión que favorece las reglas procesales convenidas por las partes, es decir, que la falta de conducir el procedimiento arbitral "de acuerdo con el convenio entre las partes", es base para rehusar la obligatoriedad del laudo.¹¹¹ Además, según se dice arriba, la Asamblea General de las Naciones Unidas ha endosado ampliamente el valor de las reglas de arbitraje.¹¹² En tanto que la resolución de la Asamblea General no tiene fuerza legal absoluta, sin embargo enfatiza el reconocimiento internacional de que disfrutaban las reglas de arbitraje.

La política pública necesita solamente intervenir para conservar conceptos realmente fundamentales de equidad. En tanto que las reglas de arbitraje pueden estar en conflicto con la ley procesal nacional, es sumamente raro que puedan ser acusadas de ser fundamentalmente injustas. Esto es debido a que las reglas de arbitraje generalmente son preparadas por instituciones altamente respetadas después de un cuidadoso estudio por grupos representativos de partes interesadas. Por ejemplo, las Reglas UNCITRA y las Reglas IACAC que están basadas muy aproximadamente en el modelo UNCITRAL, son el resultado de extensas consultas. Y representan un alto consenso de expertos de muchas naciones. Reglas tales como las Reglas ICC, Reglas CMEA, Reglas AAA y las reglas establecidas de otras organizaciones, reflejan la experiencia obtenida en miles de casos internacionales y han sido aceptadas en infinidad de contratos. En tanto que las partes individuales tal vez no consideren que todas las reglas disponibles son igualmente deseables, es en extremo difícil observar que cualquiera de ellas es fundamentalmente injusta y así viola los conceptos básicos de justicia para ser considerada contraria a la política pública de cualquier nación.

Por estas mismas razones, y reconociendo que las reglas solamente son aplicables cuando su uso ha sido mutuamente convenido por las partes, podría parecer apropiado que los jueces acataron la voluntad

¹⁰⁹ *Supra*, N. 32

¹¹⁰ Decreto Sueco de Arbitraje; reimpresso en *Arbitration in Sweden* (1977) pp. 192-201

¹¹¹ Convención U.N., *supra*, N. 2, Art. 5, Sec. 1(d)

¹¹² *Supra*, N. 18

de las partes y apoyaron un arbitraje llevado a efecto de acuerdo con las reglas que han escogido.

Dos casos recientes en Italia son ejemplos poco afortunados de la forma en que algunos tribunales han aplicado provisiones altamente técnicas de la ley nacional para frustrar convenios de que los arbitrajes se lleven al cabo bajo reglas institucionales especificadas. En estos casos, las partes simplemente citaron en las cláusulas de arbitraje las reglas precisas que habían escogido, en un caso las Reglas ICC y en otro aquellas que da la Union Européene du Commerce de Gros Pommes de Terre, y así trataron de incorporar las reglas a los contratos por referencia. Eso, dijeron los tribunales italianos, no cumplió con las provisiones técnicas de la ley procesal nacional que requiere que las reglas sean incluidas en el contrato mucho mejor especificadas. Este enfoque tan estrecho de estos dos casos, ha sido duramente criticado por el Profesor Bernini, un experto italiano de renombre, quien los ha llamado "mal dirigido" y dijo: "No podría estar en mayor desacuerdo con tales opiniones que representan una interpretación distorsionada de casos relevantes anteriores que estaban completamente a tono con la Convención UN."¹¹³

Por otra parte, una actitud más alentadora y de cooperación se ha visto en dos decisiones recientes en los tribunales mexicanos, según se especifica con anterioridad, en que se permitió que el aviso de arbitraje fuera dado por correo de acuerdo con reglas institucionales convenidas por las partes, a pesar de provisiones de legislación nacional que estipulan que el aviso debe ser dado en persona.¹¹⁴ Estas decisiones mexicanas tan grandemente benéficas representan la clase de enfoque judicial de cooperación que apoyan al arbitraje internacional y ayuda a quitar los obstáculos al comercio mundial.

4. Mejoría de las comunicaciones y la cooperación entre jueces y los que practican el arbitraje

Este informe ha tratado de señalar la continuada necesidad de cooperación por los tribunales en ayuda del arbitraje y algunas de las oportunidades que existen para mejorar esta sociedad. Sin embargo, la cooperación entre los jueces y quienes practican el arbitraje es demasiado importante al comercio mundial para que nosotros simplemente

¹¹³ G. Bernini, "Lazos entre árbitros y los tribunales", informe a la Junta de Verano del Instituto de Arbitros (1977), p. 15, citando las decisiones judiciales del Tribunal de Milán del 25 de mayo de 1976 y 30 de marzo de 1977

¹¹⁴ *Supra*, N. 92 y N. 93

esparzamos las semillas al viento con la esperanza de que, con suerte, caigan en tierra fértil. En lugar de eso, debemos plantar las semillas cuidadosamente y trabajar para nutrir las con todo cuidado para que nos podamos asegurar que la flor de la cooperación crecerá y abrirá. El Profesor Bernini enfatizó esto en su reciente trabajo sobre "Eslabones entre los tribunales y Arbitrajes" en el cual señalaba que estos eslabones deben ser fortalecidos "en colaboración con medios de persuasión, interés y explicación judiciales de todas las necesidades de la comunidad de los negocios; nunca debe crearse dicotomía entre los sistemas arbitrales y judiciales de arreglar disputas."¹¹⁵

En mi opinión este Grupo de Trabajo podría hacer una gran contribución mediante la exploración y desarrollo de medios específicos y prácticos para mejorar la comunicación entre jueces y quienes practican el arbitraje. No es suficiente que los que practican el arbitraje se comuniquen con los jueces solamente mediante la presentación de documentos legales y dictando piezas oratorias en el tribunal; no es bastante que los jueces se comuniquen únicamente por medio de sus órdenes del tribunal y en opiniones emitidas en casos de controversia. Deben encontrarse mejores medios de comunicación y de trabajo conjunto si deseamos tener el interés mutuo que el Profesor Bernini señaló y que es necesario con el fin de desarrollar un arbitraje comercial internacional más efectivo.

Esperamos que este Grupo de Trabajo II tendrá éxito y que señalará el camino a reuniones internacionales regulares con el fin de considerar la forma en que los tribunales y quienes practican el arbitraje pueden comunicarse y colaborar mejor. Sugeriría, en este punto, que exploremos formas en que los jueces de muchos países podrían volverse más y más interesados en el trabajo del Consejo Internacional para el Arbitraje Comercial.

Este Grupo de Trabajo también podría considerar formas en las que los jueces, abogados y hombres de negocios podrían colaborar más unidos a nivel nacional de sus propios países en interés de mejorar las prácticas de arbitraje y reformar la ley de arbitraje. Tales esfuerzos a nivel nacional podrían servir dos propósitos: Podrían establecer una base firme para la colaboración internacional; y podrían proporcionar la implementación necesaria de ideas y proyectos desarrollados en reuniones internacionales.

¹¹⁵ *Supra*, N. 113 en p. 17

La colaboración y comunicación entre jueces, abogados y los que hacen uso del arbitraje no es una idea nueva. Ya se han logrado resultados de éxito en varios países. Un ejemplo de tal colaboración ocurrió recientemente en Inglaterra. En 1977 los Jueces de los Tribunales Comerciales, con la aprobación del Lord Chancellor y del Lord Chief Justice, formaron un comité cuyo fin era establecer "un enlace directo con el Tribunal Comercial que pudiera ayudar a mejorar los servicios que el tribunal puede desempeñar para aquellos que tienen recurso al mismo" en casos relacionados al arbitraje. Con vistas a reducir "costo y retraso", el comité fue requerido a hacer un estudio continuo de las prácticas en el Tribunal Comercial y a hacer recomendaciones al Lord Chancellor. Todos los jueces del Tribunal Comercial son miembros del comité. Quienes usan el arbitraje están representados en el comité por personalidades en la banca, así como en las industrias marinas y de seguros. El comité tiene representación de tanto defensores como procuradores así como también de organizaciones arbitrales, incluyendo a The Institute of Arbitrators (Instituto de Arbitros), el Tribunal de Londres de Arbitraje y la Asociación de Londres de Arbitros Marinos. Reconociendo el significado internacional de su trabajo, la membresía del comité incluye un "representante internacional", el Profesor Francesco Berlingieri.¹¹⁶

No está sola Inglaterra en esos esfuerzos. Se me ha dicho que en Francia un grupo de jueces, abogados y otros expertos en arbitraje están actualmente trabajando con el Comité Français de l'Arbitraje en un esfuerzo conjunto para modernizar la ley francesa de arbitraje.

Entiendo que en Brasil jueces y abogados han trabajado juntos sobre una enmienda a la Constitución nacional, que entró en vigor en 1977 y que, *inter alia*, estipula nuevos procedimientos para expedir la homologación en Brasil de "sentencias" extranjeras, incluyendo laudos de arbitraje de comercio extranjero. La nueva enmienda permite al Presidente de la Suprema Corte Federal otorgar la homologación de laudos arbitrales extranjeros para hacerlos obligatorios en Brasil, en tanto que el procedimiento anterior fue más lento porque estaba sujeto a acción por la corte en pleno.¹¹⁸

¹¹⁶ *Supra*, N. 63

¹¹⁷ El autor agradece a Maître Jean Robert, Presidente del Comité Français de Arbitraje, esta información.

¹¹⁸ Enmienda No. 7 del 13 de abril de 1977 a la Constitución Federal del Brasil, enmendando al Artículo 119, par. 3 de la misma. El autor agradece esta información al Dr. Carlos Dunshee d'Abranches, Secretario General de IACAC, y al Dr. Paulo Bekin, abogado en Sao Paulo.

Dos jueces suecos muy principales, uno un Juez del Tribunal de Apelaciones y el otro el Juez en Jefe del Tribunal de primera instancia que conoce los casos relacionados al arbitraje, se unió a representantes del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo así como con importantes abogados y profesores para colaborar con árbitros expertos de la Asociación Americana de Arbitraje y la Cámara de Industria y Comercio de la URSS sobre un estudio de la ley de arbitraje sueca. El estudio cubrió todos los aspectos de la ley sueca relativa al arbitraje comercial internacional y es la base de un libro publicado por la Cámara de Comercio de Estocolmo que es de gran valor para quienes practican el arbitraje comercial internacional.¹¹⁹

En los Estados Unidos, con frecuencia existe colaboración entre jueces, abogados, la Asociación Americana de Arbitraje y representantes de los negocios sobre asuntos relativos al arbitraje. Por ejemplo, en 1977, un proyecto que tenía tres años de duración, fue terminado por un Comité Conjunto de la Asociación Americana de Arbitraje y la Asociación Americana de (la Barra) de Abogados para preparar el primer "Código de Ética para Arbitros en Disputas Comerciales". Un importante juez del Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos encabezó un comité de expertos en derecho comercial quienes colaboraron en este proyecto que duró tres años.¹²⁰

En Italia, la Asociación de Arbitraje Italiana ha organizado la cooperación de jueces, usuarios del arbitraje y abogados. Juntos están tratando de enmendar la ley nacional italiana con el fin de efectuar la Convención UN.¹²¹

Estoy seguro que hay muchos otros ejemplos de actividades de cooperación entre jueces y quienes practican el arbitraje en otros países. He mencionado solamente aquellos proyectos que recientemente han llegado a mi atención. Estos ejemplos son, creo yo, suficientes en número, alcance y diversidad geográfica para demostrar que la cooperación constructiva puede llevarse a efecto con éxito entre jueces y quienes practican el arbitraje en interés de un arbitraje más efectivo. Los diversos programas de colaboración que se describen en este informe nos proporcionan con modelos que nos prestan ayuda para las actividades futuras y son una inspiración práctica para ampliar tales proyectos de colaboración y para ampliarlos a más y más países en el mundo entero.

¹¹⁹ *Arbitration in Sweden*, supra, N. 110

¹²⁰ Reimpreso, con comentario por H. Holtzmann, en *The Business Lawyer* (noviembre de 1977)

¹²¹ El autor está en deuda por esta información al Dr. Mauro Ferrante, Secretario General de la Asociación Italiana de Arbitraje.

Resumen y Conclusión

El arbitraje y los tribunales son socios históricos en un sistema de justicia internacional. La importancia de esa sociedad es el resultado de una serie de principios interrelacionados muy de cerca y de principios ampliamente reconocidos. Estos principios son:

- La paz mundial es reforzada mediante las relaciones económicas internacionales armoniosas;
- Las relaciones económicas internacionales armoniosas son fomentadas por el comercio mundial;
- El comercio mundial se ve facilitado mediante el arbitraje comercial internacional efectivo;
- El arbitraje comercial internacional se rige por leyes nacionales y convencionales multilaterales y, por tanto, no puede existir sin la cooperación y el apoyo de las cortes nacionales que interpretan y hacen cumplir esas leyes y convenciones.

La cooperación y apoyo de los tribunales es necesaria en todas las fases del proceso arbitral -al reconocer convenios a arbitrar, al efectuar los procesos de arbitraje y al hacer cumplir los laudos arbitrales. En todos estos aspectos, existen grandes oportunidades para mejorar la cooperación constructiva entre los tribunales y el arbitraje.

La cooperación constructiva puede verse favorecida mediante la mejor comunicación y una colaboración más estrecha entre jueces y quienes practican el arbitraje. La colaboración en ayuda del arbitraje ha sido llevada a efecto con éxito en varios países en años recientes y demuestra que tales actividades pueden extenderse y ampliarse a todo el mundo.

Un filósofo dijo una vez, "Te obsequio una llave. La llave abre una caja en la que se encuentran muchas otras llaves."¹²² El arbitraje es una llave. Abre una caja en la cual se encuentran las llaves de la justicia para las partes, para un mejor comercio internacional y para la paz. Los jueces y quienes practican el arbitraje deben trabajar unidos para poder apoderarse de estas llaves vitales.

¹²² R. Williams, *A Key into the Language of America* (Londres, 1643)