

ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

Gonzalo García Calderón Moreyra

El arbitraje a nivel nacional no tiene el desarrollo que se esperarí­a tenga esta Instituci3n como medio de soluci3n de controversias, en especial, cuando en nuestro pa3s los procesos tardan en algunos casos m3s de 4 a3os, en contraposici3n a los laudos arbitrales, que pueden resolver los conflictos, en un lapso de 180 d3as.

A nivel internacional, el arbitraje comercial tiene constante aplicaci3n en las relaciones econ3micas, siendo un medio id3neo para resolver controversias dentro de un marco de seguridad y celeridad que se requiere en el comercio internacional.

Existen diversos medios de soluci3n de conflictos, desde medios autocompositivos —entendiendo como tales a aquellos en los que termina la litis por voluntad unilateral o bilateral de las partes— tales como la conciliaci3n, la transacci3n, el desistimiento, hasta medios heterocompositivos en los cuales interviene un 3rgano jurisdiccional, tales como los procesos judiciales, arbitrales y militares.

Los medios autocompositivos llegan a un resultado que es producto de la voluntad de las partes, sea cediendo cada uno su derecho subjetivo que tiene o creer tener (como en la transacci3n) o sea desisti3ndose de la acci3n o del derecho expresado en la demanda, por citar algunos ejemplos.

Podr3amos indicar que estas formas de soluci3n de conflictos dependen del esfuerzo de las partes para arribar a un acuerdo satisfactorio. Esta es la diferencia fundamental con los procesos judiciales, arbitrales y militares en los que la decisi3n debe ser aceptada obligatoriamenye por las partes en conflicto ya que el fallo emana de un tercero con competencia para ello.

Es relativamente frecuente que en los contratos comerciales surjan conflictos como consecuencia de su cumplimiento o ejecu-

ción. Se trata de divergencias u obstáculos difícilmente previsibles al momento de celebrarse el contrato considerando que las partes mantienen en ese momento óptimas relaciones.

En caso surjan discrepancias, después de celebrarlo el contrato y las partes no lleguen a un acuerdo voluntario deberán acudir a un tercero para que solucione el conflicto.

Si hablamos del comercio internacional debemos indicar que las partes cuando pactan relaciones económicas, poco conocen de las leyes de sus compradores o vendedores y tienen desconfianza de someterse a una jurisdicción estatal distinta a la suya, siendo muy importante para ellos, solucionar el conflicto en la forma más justa y rápida posible, tratando de no romper las vinculaciones comerciales que los unen.

De lo dicho hasta ahora podemos colegir que, para solucionar conflictos delegando la solución a un tercero tenemos dos vías; la jurisdicción estatal y la arbitral.

El arbitraje tiene múltiples ventajas sobre el procedimiento ordinario, ya que en los juicios ventilados en el poder judicial, su lentitud, su morosidad se agrava tratándose de conflictos internacionales, ya que las notificaciones, los exhortos, las certificaciones por el cónsul demoran varios meses, pudiendo al final de cuentas obtener una gran sentencia pero que no satisface a las partes por el transcurso del tiempo, perjudicando así los negocios que requieren necesariamente de celeridad.

En el juicio arbitral los plazos son breves, logrando la solución del conflicto en períodos de 90 a 120 días adecuándose al procedimiento elegido por las partes.

Otra ventaja que ofrece el arbitraje frente al sometimiento de la causa a jueces comunes es la especialización, ya que los jueces carecen de la mentalidad de los hombres de negocios y del conocimiento adecuado en determinadas materias comerciales específicas tales como Leasing (arrendamiento financiero), Factoring (transferencia de crédito para su cobro) etc. mientras que los árbitros son elegidos por las partes teniendo en cuenta su conocimiento sobre estas nuevas formas que pasan desapercibidas en muchas legislaciones nacionales.

Por exigirle la seguridad jurídica, los juicios son públicos agravando así las dificultades entre las partes, poniendo en peligro la colaboración futura ya que en un juicio abierto van a salir a relucir enfrentamientos malos entendidos, etc. Para evitar esto, el arbitraje presta sus servicios a las partes en forma privada permaneciendo el conflicto dentro del marco del secreto profesional de los árbitros.

Otro beneficio del arbitraje, es la flexibilidad arbitral frente a la rigidez del procedimiento judicial, ya que permite a los interesados fijar determinados procedimientos o acogerse a uno existente o remitirse a sistemas judiciales nacionales fijando los términos, el lugar a desarrollarse y todo aquello que consideren necesario para una mejor solución.

Estas ventajas mencionadas, como la celeridad, especialización o privacidad tiene como consecuencia directa una eficacia difícil de igualar por otro medio de solución convirtiéndose el arbitraje en el pilar jurídico de la nueva Lex Mercatoria Internacional.

Evidentemente tiene desventajas, ya que los árbitros carecen de algunos atributos de la jurisdicción, tales como la Coertio y la Executio, es decir carecen de la facultad de obligar a terceros a comparecer ante ellos y de obligar a las partes que se han sometido a arbitraje a que cumplan con el laudo emitido por los jueces. Sin embargo existen medios para hacer reconocer y ejecutar laudos arbitrales, reduciendo pues al mínimo esta desventaja. El exequatur o reconocimiento de sentencias y laudos arbitrales emitidos en el extranjero es reconocido en casi todos los códigos adjetivos o de procedimiento del mundo, en consecuencia si bien es cierto que los árbitros carecen de esta facultad coactiva, existen mecanismos que obligan a la parte vencida a cumplir el laudo.

El arbitraje permite una mayor y mejor integración internacional tanto regional como sub-regional, sea en forma bilateral o multilateral siendo además un excelente medio para descongestionar la administración de justicia.

ARBITRAJE AD HOC Y ARBITRAJE INSTITUCIONAL O ADMINISTRADO

En todo arbitraje caben dos posibilidades de elección: El arbi-

traje ad-hoc y el arbitraje institucional o permanente.

Estas dos modalidades o formas de arbitraje, pueden ser pactadas tanto en la cláusula compromisoria como en el compromiso arbitral (concepto, ambos, que veremos más adelante) y mediante ellos los árbitros emitirán una opinión jurídica o de equidad, de cumplimiento obligatorio para las partes.

El arbitraje Ad Hoc se denomina arbitraje no administrado, en él las partes otorgan su confianza a una o varias personas que, por su prestigio personal, cuentan con el aval de los sujetos en conflicto.

Esta confianza puede deberse, tanto al conocimiento que posean en la materia objeto de la controversia, como en cuestiones de respeto y honorabilidad.

El arbitraje administrado o institucional se denomina —en contraposición al AD HOC— arbitraje permanente, ya que se elige a una organización arbitral continua, existente, para que sea ésta la que resuelva el litigio, pudiendo éste instituir nombrar él o los árbitros y fijar el procedimiento, entre otras atribuciones, si así lo consideran las partes.

El arbitraje institucional es el característico del arbitraje internacional moderno. Existe una verdadera proliferación de organismos de todo tipo y denominación: tribunales, centros, asociaciones, institutos, etc.

Las dificultades de fondo que plantea la solución de los conflictos (llámese ley aplicable, sede, peritos, etc.) son casi las mismas en los arbitrajes tanto permanentes como Ad Hoc. La diferencia fundamental estriba en la ventaja del arbitraje institucional que permite, por su organización, que una vez surgido el litigio, éste camine normalmente, impidiendo de la manera más simple y eficiente las maniobras dilatorias que se puedan presentar.

En el arbitraje Ad-Hoc, las partes confían en los árbitros pero las partes deberán prever todos los posibles problemas que puedan surgir en el procedimiento arbitral indicando el método para resolverlos. En caso no hayan convenido el procedimiento, es probable que tropezarán con considerables dificultades, tal vez desde

la misma designación de los árbitros hasta problemas que puedan surgir por la ley aplicable, la sede, etc.

Estas dificultades no suelen presentarse cuando las partes convienen en aplicar a su arbitraje el Reglamento de determinado centro o instituto permanente de arbitraje, pues será dicho reglamento, el que resuelva cualquier inconveniente que se presente con respecto al procedimiento arbitral, en el supuesto que las partes no lo hayan previsto.

Es por ello que diversos institutos arbitrales plantean cláusulas tipo para las partes que quieran someterse a ellos. A modo de ejemplo, la Cámara de Comercio Internacional (CCI) recomienda a todos los que deseen someterse a arbitrajes bajo el amparo de ellos que incluyan la siguiente cláusula compromisoria modelo: "Todas las desaveniencias que se deriven de este contrato serán resueltas definitivamente de acuerdo con el Reglamento de Conciliación y Arbitraje de la CCI por uno o más árbitros conforme a este Reglamento".

En resumen, el real y concreto problema del arbitraje Ad-Hoc es que pueden ocurrir problemas que las partes no hayan previsto como el fallecimiento o incapacidad del árbitro, o cual será la ley aplicable mientras que el instituto arbitral no sólo resuelve estos problemas con su Reglamento sino que controla la neutralidad de los árbitros, les facilita su infraestructura (Biblioteca, asesores, traductores, etc.), así como controla los plazos contando con jurisprudencia que sirve como pautas a seguir por los árbitros; facilitando de este modo la dación del laudo arbitral.

Cláusula arbitral

La cláusula arbitral constituye el punto de partida del arbitraje; y puede nacer bajo dos formas: La cláusula compromisoria y el compromiso arbitral. Ambos inician el correspondiente proceso arbitral en base al acuerdo de voluntades debidamente expresado por las partes.

La cláusula compromisoria se pacta antes que las divergencias nazcan, dando derecho este compromiso a compeler u obligar a la otra parte a su cumplimiento. Mientras que el compromiso arbitral se da con un conflicto presente, concreto y determinado.

Es bueno aclarar que podrá establecerse arbitraje siempre que la materia no sea contraria a las leyes del país en el cual se va a celebrar el arbitraje o se le va a hacer valer mediante el procedimiento del Exequetur ya que si bien la autonomía de la voluntad es un principio jurídico, tiene sus limitaciones, como es el caso que vulnera otros derechos o valores superiores considerados como tales por el ordenamiento interno.

Asimismo, mediante la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral, las partes impiden que sus conflictos sean conocidos por los jueces o tribunales comunes de justicia, ya que, existiendo una cláusula arbitral podrá la parte interesada plantear una excepción de declaratoria de jurisdicción o de incompetencia.

Cláusula compromisoria

Es el acuerdo de partes para obligarse a someter sus diferencias futuras a la decisión de árbitros, pudiendo estipular el nombre de los mismos, el procedimiento a seguir, el instituto arbitral, etc., impidiendo a los jueces comunes conocer de las futuras controversias sometidas al fuero arbitral.

La redacción de la cláusula es sumamente importante; las partes y sus abogados deben imaginar todos los posibles conflictos, aún cuando se encuentren ligados cordialmente, pensando en su aplicación en el lugar donde tiene la sede la otra parte para, de este modo, hacer valer la cláusula compromisoria.

Las partes tiene la opción de --al momento de redactar la cláusula-- recurrir a instituciones de prestigio como la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC), la cual posee una Sección Nacional en el Perú bajo el nombre de Centro de Arbitraje y Conciliación Comercial (CEARCO) permitiendo solucionar posibles interrupciones mediante el procedimiento establecido en su reglamento, o recurrir a la Cámara de Comercio Internacional o a Reglas de reconocimiento internacional, llámese el proyecto de la Comisión de las NN.UU. para Derecho Mercantil Internacional, o la Convención Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional de 1975 (CIDIP-I), entre otros.

Algunos autores opinan que la nulidad del contrato no acarrea la nulidad de la cláusula compromisoria, sea esta pactada en el contrato principal o en contrato especial, salvo que exista el mis-

mo vicio que cuando se estipuló dicha cláusula. Se indica que la cláusula es un contrato principal, esto es que subsiste por sí misma, sin necesidad de otra convención y serán los árbitros los que se pronuncien sobre la licitud o ilicitud del contrato arbitral, aún cuando se cuestione el convenio en el cual se inspiró el arbitraje.

Las disposiciones del Reglamento Europeo de 1961 sobre Arbitraje Comercial Internacional dispone en su art. 18 que los árbitros están facultados para decidir acerca de la existencia o validez de un acuerdo de arbitraje o del contrato en que figura la cláusula compromisoria.

El Reglamento de la Comisión Económica de las NN.UU. para Asia y el Lejano Oriente (CEPALO) sobre arbitraje comercial internacional de 1966, dispone algo semejante al Reglamento Europeo, coincidiendo con el criterio antes esgrimido.

Sin embargo, otra corriente de opinión considera que deberá ser resuelto --como cuestión previa al arbitraje-- la validez del acuerdo arbitral por los jueces del lugar de celebración del contrato o por los jueces del lugar de ejecución del laudo arbitral, (ya que muchas veces el problema de la validez se plantea con posterioridad al laudo) pero no por los árbitros.

Nuestra legislación no indica nada al respecto, pero nos inclinamos a suscribir que si ya existe un tribunal arbitral debidamente nombrado, sean estos los que resuelvan, pero si no existe, deberán ser los jueces del lugar de celebración los que decidan sobre la validez o no del acuerdo arbitral.

Compromiso arbitral

Es el pacto por el cual en cumplimiento de una cláusula compromisoria o por acuerdo de las partes someten a la decisión arbitral una determinada controversia ya existente entre ellos.

En el compromiso arbitral los firmantes especifican los puntos que son materia del conflicto y que deberán ser resueltos; se indica el nombre de los árbitros, el procedimiento a seguirse, la ley aplicable, la sede, etc.

El compromiso, a diferencia de la cláusula, debe contener elementos formales que varían en cada legislación, puede ser por es-

critura pública o documento privado, aceptándose como costumbre generalizada en el comercio internacional que puede ser por télex o por carta. Nuestro Código Civil exige que se celebre por escrito bajo pena de nulidad.

Todo compromiso arbitral puede formalizarse antes de que las partes inicien, mediante una demanda, el proceso ante el juez ordinario, o durante el proceso y en este caso el juez ya no será competente para resolver el litigio.

El compromiso arbitral se agota en un conflicto, a diferencia de la cláusula compromisoria que vive mientras vive el contrato o hasta cuando las partes lo decidan.

Es importante mencionar que debe existir capacidad para pactar, tanto el compromiso arbitral como la cláusula compromisoria, aceptándose en la mayoría de legislaciones que la capacidad para pactar compromisos se rija por la ley personal de cada firmante del acuerdo (nacionalidad o domicilio), del mismo modo que será la norma interna del lugar de otorgamiento de la cláusula o del compromiso la que regulará la forma que se debe adoptar. Esto se aplica siempre que el contrato sea internacional, pues si todas las partes integrantes del acuerdo están inequívocamente sujeta a un ordenamiento legal de un específico Estado, no cabe que sea otra ley la que regule las condiciones y formas en que debe pactarse la cláusula compromisoria y/o el compromiso arbitral.

El laudo arbitral

El pronunciamiento final que hace él o los árbitros se denomina laudo, y es equivalente a una sentencia judicial, en cuanto que concluye un procedimiento. El laudo tiene singular importancia pues decide los puntos en conflicto planteados por los litigantes, siendo su decisión definitiva, lo que no obsta para que las partes puedan convenir en apelar o no de la decisión.

Sobre este punto no hay acuerdo doctrinario; existen tribunales arbitrales internacionales que en su Reglamento indican que las partes no apelarán la decisión arbitral. Pero aún existiendo dicho compromiso será posible la apelación si existe algún vicio o extralimitación del procedimiento (desde la cláusula compromisoria hasta el laudo).

Cabe señalar que en algunos países no es posible renunciar a la apelación siendo cuestión de orden público, motivo por el cual es necesario conocer el lugar en el cual se solicitará el reconocimiento y la ejecución del laudo. Como aclaración queremos mencionar que se trata de arbitraje *juris* pues contra el laudo de amigables componedores no cabe recurso alguno, salvo en caso existan vicios de procedimiento. En el supuesto que las partes hayan renunciado a la apelación y ésta sea posible de pactarse en el lugar donde se va a hacer el reconocimiento y ejecución del laudo ésta tendrá efecto de cosa juzgada y podrá ejecutarse sin dilación alguna.

El laudo junto con la cláusula arbitral son los pilares del arbitraje. Es por ello conveniente prever la posible ejecución del laudo, en caso uno de ellos no quiera cumplirlo. Para eso deberá adecuarse el laudo arbitral a las normas adjetivas del lugar en el cual se quiere hacer reconocer y ejecutar dicha sentencia.

Baste citar como ejemplo de lo antes dicho que la mayoría de legislaciones, exigen, que se fundamenten las decisiones dictadas por todo órgano jurisdiccional, sin embargo ciertos sistemas del Common Law admiten que no es necesario que en la decisión se mencionen los fundamentos y también las partes pueden pactarlo de ese modo. En consecuencia, si el laudo no ha sido fundamentado y quiere hacerse valer en un país cuya legislación así lo exige, se creará un problema de validez, ya que podrá no ser reconocido ese laudo por carecer de un requisito formal indispensable para su ejecución.

El laudo deberá emitirse con el voto favorable de la mayoría de los árbitros no requiriéndose unanimidad; así también el laudo deberá pronunciarse sobre todos y cada uno de los puntos planteados en el compromiso arbitral, ya que de lo contrario podrá anularse el laudo.

Diversos instrumentos internacionales, como el Reglamento Europeo, el Reglamento de la CEPALO y las Reglas de Copenhague, fijan el plazo para que los árbitros dicten el laudo si las partes no lo han establecido.

Los dos primeros establecen un período de nueve meses desde la fecha de la designación del árbitro presidente o arbitro único para emitir el laudo.

Reconocimiento y ejecución de los fallos arbitrales extranjeros

El reconocimiento y ejecución del laudo arbitral en un país distinto de aquel en que se dictó, adquiere importancia cuando una de las partes incumple con lo dictado por los árbitros, dejando de lado la buena fe y la confianza que inspiró al arbitraje.

Por el principio de la territorialidad, toda sentencia rige sólo en el país en que se dictó y cuando quiera hacérsele valer en otro Estado, la parte interesada deberá seguir un procedimiento de reconocimiento, conocido como Exequatur, dado que por razones de seguridad jurídica y coexistencia, resulta necesario una autorización formal.

Para que tenga validez el laudo pronunciado en el extranjero y poder así ejecutarlo en el país en el que se solicitó el Exequatur, deben cumplirse ciertos requisitos que varían en cada Estado, tales como competencia, citación a las partes, que el fallo no sea contrario al orden público, a la moral, a las buenas costumbres del país en el cual quiera ejecutársele o que la materia no esté prohibida de someterse a arbitraje.

El reconocimiento y ejecución de las sentencias y laudos extranjeros se contemplan en las leyes procesales internas de cada país, así como en convenciones internacionales.

Entre estos último, podemos mencionar entre otros en latinoamérica, los tratados de Montevideo de 1889 y 1940, el Código de Bustamante y la Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado, llevada a cabo en Montevideo en 1979, conocida como CIDIP II.

El actual Código Civil, en su Libro X, título IV, se refiere tanto al reconocimiento y ejecución de sentencias como de fallos arbitrales extranjeros, llenando el vacío que existía en nuestra legislación, toda vez que sólo se hablaba de sentencias y no de laudos arbitrales en el Código de Procedimientos Civiles.

Para finalizar queremos indicar que el arbitraje comercial adquiere importancia día a día, siendo el medio ideal de solucionar conflictos, tanto a nivel nacional como internacional, debiendo nuestro país ratificar la Convención de Nueva York de 1958 sobre

Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, la misma que está vigente en muchísimos estados, así como la Convención de Panamá de 1975 sobre Arbitraje Comercial Internacional (CIDIP I), facilitando de ese modo la solución de controversias que puedan surgir como consecuencia de las transacciones mercantiles en los que sea parte nuestro país.