

EL ARBITRAJE EN LOS PAISES DE LA COMUNIDAD ANDINA

Ulises Montoya Alberti

Profesor Principal de Derecho Comercial y de
Mediación, Conciliación y Arbitral de la UNMSM.
Miembro del Consejo Directivo de la
Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial.

SUMARIO: I.-Antecedentes Históricos. II.-Referencias Constitucionales. III.-Estructura formal de las Leyes de Arbitraje. IV.-Convenio Arbitral. V.-Arbitraje de Derecho o de Equidad. VI.-Arbitraje Institucional. VII.-Los Arbitros. VIII.-Proceso Arbitral. IX.-Recursos contra el laudo. X.-Definición del Arbitraje Internacional. XI.-Normas aplicables al fondo del litigio. XII.-Reconocimiento y Ejecución de los laudos arbitrales extranjeros. XIII.-El Arbitraje y las Inversiones Extranjeras. XIV.-Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. XV.-Perspectivas.

En los últimos años los países que integran la Comunidad Andina¹ han reformado sus leyes en materia de arbitraje² incorporando los criterios modernos que se han desarrollado en los últimos tiempos, y adoptando los principios y reglas concernientes al arbitraje comercial que gozan de un consenso general.

Aunque inspirados en los principios de la Ley Modelo sobre arbitraje Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil

¹ Pertenecen a la Comunidad Andina los siguientes países: Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela.

La Comunidad Andina nace en virtud de la suscripción el 26 de mayo de 1969 del denominado "Acuerdo Subregional Andino", conocido también como, "Pacto Andino" o "Acuerdo de Cartagena" por haber sido esta ciudad donde se suscribió.

² **Bolivia.-** Ley de arbitraje y conciliación. N° 1770. 10/03/97. **Colombia.-** Ley 446 de 1998. (Publicada en el Boletín Oficial el 8 de Julio de 1998. Recientemente se ha emitido un dispositivo que recopila la legislación sobre la materia). Ley N° 315 del 12 de Septiembre de 1996 sobre arbitraje internacional.- **Ecuador.-** Ley de Arbitraje y mediación. R.O. N° 145. 4/9/97. **Perú.-** Ley N° 26572 (Ley General de Arbitraje). 06/01/96. **Venezuela.-** Ley de Arbitraje Comercial 1998.

Internacional (CNUDMI) cada legislación nacional mantiene características propias que las diferencia de la ley Modelo.

En lo que concierne al reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales extranjeros, estos países han ratificado los principales Tratados y Convenciones que existen sobre el particular.

I.- Antecedentes históricos.

El arbitraje como medio alternativo de solución de disputas en la mayor de los países de Latinoamérica se encuentran aún en proceso de desarrollo.

Esta posición general de desconfianza frente a este mecanismo tiene raíces de carácter histórico que se remontan al siglo pasado.

Si bien es cierto existen actitudes alentadoras tales como, la ratificación de convenciones internacionales en lo concerniente al reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, la modernización de sus legislaciones internas, y la creación de centros de arbitrajes, aún queda un largo camino por recorrer.

Actitud de los países latinoamericanos frente al arbitraje.

La posición que adoptan los países latinoamericanos frente al arbitraje en las controversias donde una de las partes es el Estado o relacionado con la inversión extranjera, se pueden distinguir dos etapas. La primera que comprende hasta mediados de la década de los años de 1970, donde implícitamente se rechaza, al plantearse que las disputas que se presente deben de resolver de acuerdo a sus leyes y someterse a sus tribunales.

A partir de los fines de los años de 1970 la posición se flexibiliza se considera que lo referente a las actividades que desarrolla fuera del país, puedan someter la solución de sus controversia a tribunales extranjeros, esta actitud se refleja en las legislaciones, opiniones y jurisprudencia de los países latinoamericanos.

Rechazo del arbitraje.

El rechazo del arbitraje tiene sus orígenes en el siglo pasado donde la solución de las controversias tanto en materia de límites como en lo comercial, esta última entre el Estado y las empresas extranjeras no dejaba satisfecho en el primer caso a ninguna de las partes.

Además contribuyeron a la desconfianza de esta Institución, factores tales como, el desarrollo de los arbitrajes en el extranjero, la conducción del arbitraje por árbitros extranjeros, y la intervención frecuente de las naciones industrializadas en representación de sus nacionales.

Estas situaciones dió lugar a que Carlos Calvo, un internacionalista argentino del siglo pasado, urgiese a los países Latinoamericanos a evitar la intervención diplomática requiriendo a las compañías extranjeras que acordasen que cualquier disputa que se presentase proveniente de un contrato de inversión debería resolverse en el Estado receptor, así como que renunciasen al derecho de solicitar la intervención diplomática de sus gobiernos. De esta manera se elimina el arbitraje internacional. Los extranjeros debían de someterse a la ley y jurisdicción local.

Este principio fue incorporado en los sistemas legales de virtualmente todos los países de Latinoamérica, y en varios casos considerados dentro de sus Constituciones.

La reticencia hacia el arbitraje de los países de Latinoamérica se mantuvo hasta fines de la década de los años de 1970, y se manifestó en diversas actitudes tales como, que ningún país adoptó el Proyecto de Ley Uniforme Interamericana sobre Arbitraje Comercial, aprobado por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos en su Tercera Reunión celebrada en México, en 1956, que el Proyecto propuesto por el Comité Jurídico Interamericano en 1967, de Convención de Arbitraje Comercial Internacional, no tuviesen el apoyo de los países de la región, que no se contase en un principio con la adhesión de estos países al Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras (Convención de Nueva York de 1958).

La primera manifestación colectiva de los países latinoamericanos de oposición a las cláusulas de «elección del foro competente» fue el repudio unánime al sistema establecido en el Convenio del Banco Mundial sobre Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados.

Esta oposición se puso de manifiesto nuevamente en los documentos relacionados con la elaboración del código de conducta para las empresas transnacionales proponiéndose que dichas Empresas se sometiesen a las leyes y reglamentos del país receptor y, en caso de litigio, a la jurisdicción exclusiva de los tribunales del país en donde operen.

Este planteamiento ya figuraba en el artículo 51 de la Decisión 24 aprobada en 1970 que normaba el Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías de la Comisión del Acuerdo de Cartagena (Grupo Andino)³.

1.2.-Flexibilización de la posición.

Sin embargo a fines de la década del setenta, un cambio de actitud puede observarse en los foros mundiales, por parte de los países en desarrollo, incluido los países latinoamericanos, así en lo que respecta al código de conducta sobre transferencia de tecnología, en el curso de las negociaciones llevadas a cabo a fines de 1977, durante el cuarto período de sesiones del Grupo Intergubernamental de Expertos, el Grupo de los 77 presentó el «Texto revisado de un esquema de proyecto de código internacional de conducta sobre transferencia de tecnología», que contenía disposiciones referentes al derecho aplicable y al arreglo pacífico de controversias, con respecto a lo primero se dispone que los acuerdos sobre transferencia de tecnología se regirían, en cuanto a su validez, ejecución e interpretación, por la legislación del país receptor y con respecto al arreglo pacífico de controversias; la jurisdicción nacional también sería la competente en materia de arreglo de controversias, señalándose que, si la legislación que rige los referidos acuerdos «no excluye el recurso al arbitraje en este campo y las partes interesadas convienen en someter sus eventuales controversias al arbitraje, dichas controversias se resolverán de acuerdo con los procedimientos establecidos por las partes interesadas»⁴.

³ La actitud mencionada de los países Latinoamericanos se encuentra igualmente en la Resolución 50 (1973) del Consejo Económico y Social (OEA), habiéndose reiterado en 1979 en un Anteproyecto de la Secretaría Permanente del Sistema Económico Latinoamericano (SELA). Otro instrumento que debe mencionarse es la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, aprobada en 1974, que señala en su artículo 2.2 c) que en el caso de controversias por las compensaciones derivadas de la nacionalización, expropiación o transferencia de la propiedad de bienes extranjeros, está será resuelta conforme a la ley nacional del Estado que nacionaliza y por sus tribunales, rechazándose implícitamente, el arreglo mediante arbitraje, u otro medio internacional de arreglo.

⁴ En el primer período de sesiones de la Conferencia encargada de la preparación del código sobre transferencia de tecnología el Grupo de los 77 presentó nuevas y mucho más elaboradas propuestas. Con sujeción a ciertas limitaciones tendentes a salvaguardar en la mayor medida posible la soberanía y la jurisdicción nacional, las propuestas del Grupo en lo que concierne a las controversias, contemplan la conciliación y el arbitraje internacional; incluso se admite el compromiso expreso de «ejecutar los laudos arbitrales y decisiones que se dicten dentro del marco de este Código, sujeto al orden público local y a las convenciones internacionales en vigor sobre reconocimiento y ejecución de dichos laudos y decisiones.»

Este recelo del arbitraje internacional que caracterizó la actitud de muchos países en vías de desarrollo hasta los finales de la década de los años de 1970 dio paso a una mayor medida de pragmatismo y confianza en aceptar una resolución natural de las disputas.

Así la Decisión 24 sobre el Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y Transferencia de Tecnología, anteriormente mencionada fue sustituida por la Decisión 220, de fecha 11 de Mayo de 1987 la que en su artículo 34 dejó en libertad a cada uno de los países miembros a que dispongan según su legislación los aspectos de la jurisdicción.

A partir de los últimos años de la década del setenta las legislaciones, la doctrina y la jurisprudencia de varios países de Latinoamérica empiezan a distinguir claramente las situaciones cuando se trata de préstamos internacionales y de aquellas cuando se trata de inversiones dentro del país permitiendo en el primer caso el sometimiento a leyes y tribunales extranjeros y al arbitraje internacional.

Este aspecto se va a reflejar en la legislación de varios países latinoamericanos, los que apartándose de una aplicación estricta de la cláusula Calvo van a normar en materia de préstamos internacionales asuntos tales como el sometimiento a leyes y tribunales del exterior, sometimiento a arbitraje y renuncia a la inmunidad soberana.

II.- Referencias Constitucionales.

El arbitraje es materia que se menciona en algunas de las Constituciones de la Comunidad Andina de Naciones.

Para la Constitución del Ecuador, el Título VIII que se refiere a la función judicial, comprende el artículo 191 que reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, con sujeción a la ley.

La Constitución de Colombia de 1991 al tratar en su artículo 116 de los organismos que administran justicia, considera que los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o equidad, en los términos que determine la ley.

En cuanto a la Constitución del Perú de 1993, en forma similar a la Constitución de 1979, al referirse el art.139 a la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional menciona el arbitraje como jurisdicción independiente. Por otra parte el artículo 62 de la mencionada Constitución señala que los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

III.- Estructura formal de las leyes de arbitraje.

Desde un punto de vista formal, existen leyes cuyas disposiciones son aplicables tanto al arbitraje nacional como al internacional, en otros casos corresponde su tratamiento a Secciones diferentes dentro de la misma ley o en leyes diferentes, esto último es el caso de Colombia donde la parte internacional se rige por una ley diferente.

Por otra parte en las legislaciones de Bolivia y el Perú, se trata en forma extensa los aspectos referentes al arbitraje internacional, siguiendo muy de cerca los artículos de la Ley Modelo de la CNUDMI, en otros como la legislación del Ecuador la normatividad está contenida en dos artículos⁵, dejando a la voluntad de las partes determinar el procedimiento.

IV.- Convenio arbitral.

Las legislaciones superan la distinción entre la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral, donde a la primera se le considera un contrato preparatorio, cuya validez fue materia de cuestionamiento con las consiguientes consecuencias para la realización del arbitraje, en la actualidad las mismas están comprendidas en el denominado convenio arbitral o acuerdo arbitral.

El Convenio arbitral constituye el marco referencial que los árbitros deben de observar. Uno de los aspectos que la legislación del Perú considera es que en el convenio pueda estipularse: sanciones para la parte que incumpla cualquier acto indispensable para la eficacia del mismo, establecer garantías para asegurar el cumplimiento del laudo arbitral, así como otorgar facultades especiales a los árbitros para la ejecución del laudo en rebeldía de la parte obligada⁶. Este último aspecto concuerda con el art. 83 de la Ley que se refiere

⁵ Artículos 41 (Definición) y 42 (Regulación).

⁶ Artículo 9.

a la ejecución del laudo, el mismo que procede solicitarlo en caso de incumplimiento ante el Juez, siempre y cuando no hubiera podido ejecutarse por los propios árbitros o por la institución organizadora en rebeldía del obligado, con las facultades que aquellos o a ésta se les hubiese otorgado en el Convenio.

Sin embargo es conveniente señalar que basándose los términos del convenio arbitral en la voluntad de las partes, aspecto que esta dentro del principio de la libertad contractual, dentro de los límites que la misma ley impone, no habría impedimento para que sin que sea mencionado expresamente en la legislación la partes puedan pactarlo.

En cuanto a la *autonomía* del Convenio arbitral el mismo responde negativamente a la cuestión de si la nulidad eventual del contrato principal implica la nulidad del convenio arbitral.

Se ha discutido en forma extensa si el convenio arbitral es independiente del contrato, quienes se oponen arguyen que lo accesorio sigue la suerte del principal. El punto crucial es determinar si el convenio arbitral es válido, y si la sumisión al arbitraje es posible aún cuando el contrato principal es nulo.

La posición moderna favorece que el convenio arbitral es independiente y autónomo del resto del contrato. Esta posición implica que el convenio en sí mismo es un contrato diferente, al menos para el propósito del asunto de la nulidad.

Entre las razones que defienden la autonomía se encuentra la que sostiene que si se prolonga la eventual nulidad del contrato principal sobre el convenio arbitral, se restringiría indebidamente la manifestación de voluntad, encaminada a atribuir el conocimiento de cualquier litigio futuro a un árbitro, pues cabe estimar que las partes han tenido la intención de someter dicho problema de nulidad al conocimiento del árbitro.

Por otra parte la causa del convenio arbitral es distinta de la del contrato principal.

A nivel internacional la jurisprudencia es constante en señalar que la cláusula de sumisión tiene una existencia propia y sus condiciones de validez deben de ser apreciadas independientemente de las condiciones de la validez del contrato de fondo.

Se reconoce que la alegación de la invalidez del convenio principal de la cual es parte la cláusula arbitral no tiene efecto sobre la autoridad de los árbitros, la que se basa exclusivamente en dicha cláusula.

El problema se plantea cuando se cuestiona la validez de la cláusula arbitral, aspecto que tiene relación con la competencia de los árbitros. el asunto es si los árbitros tendrán prioridad de jurisdicción para decidir sobre el acuerdo para arbitrar y consecuentemente sobre su propia competencia. situación que se trata en la parte concerniente a los árbitros.

En cuanto al reconocimiento de esta autonomía, la misma se menciona expresamente en las legislaciones de Bolivia, (art.32) Ecuador, (art.5) Colombia, (art. 2A del decreto 2279) y Perú, (art.39 y 106).

V.- Arbitraje de derecho o de equidad.

En general las legislaciones aceptan que las partes decidan si los árbitros resolverán de acuerdo a derecho o a equidad, (según su leal saber y entender), asimismo establecen en forma supletoria que arbitraje corresponderá, si las partes no han decidido sobre el particular.

Para las legislaciones de Bolivia (art. 54) y del Ecuador (art. 3) presumen que el arbitraje es de equidad salvo pacto en contrario.

En lo que respecta a Colombia y Venezuela (art. 8) se considera que el arbitraje es de derecho, salvo que las partes acuerden que será de equidad.

En cuanto al Perú, se presume que en el caso del arbitraje nacional, que el arbitraje es de equidad (art. 3), y tratándose del arbitraje internacional se presume que el arbitraje es de derecho. (art. 117)⁷.

⁷ La Ley General de Arbitraje anterior. Decreto Ley N° 25935 presumía al arbitraje nacional como el internacional como de derecho a menos que las partes estipulasen lo contrario. Al aprobarse la nueva ley general de arbitraje (Ley N° 26572) no se hizo el cambio correspondiente en la parte internacional,

VI.- Arbitraje Institucional.

Las legislaciones de los diferentes países andinos reconocen en forma específica el arbitraje institucional, siendo el procedimiento el previsto en el reglamento de un centro de arbitraje⁸.

En Colombia el art. 112 de la Ley 446 de 1998, además del arbitraje ad hoc, y el institucional, considera el arbitraje legal en el cual en ausencia del acuerdo expreso de las partes en contrario, las reglas de procedimiento son aquellas indicadas en las disposiciones vigentes de la legislación colombiana en materia de arbitraje⁹. En este sentido la demanda de arbitraje debe ser dirigido a cualquier centro de arbitraje de la localizado en el lugar de residencia del demandado encargándose dicho centro de la notificación de la misma¹⁰. Por otro lado se contempla que aunque las partes no se hayan sometido a las reglas de un centro de arbitraje, los directores de los centros en el caso del arbitraje legal, tienen la facultad de decidir sobre asuntos relacionados con la constitución del tribunal arbitral, la recusación e impedimento de los árbitros y de dirigir el intento obligatorio de conciliación¹¹.

En el mismo sentido la legislación del Ecuador contempla que tratándose de la designación de los árbitros por un centro de arbitraje en el caso del arbitraje ad hoc, procederá que nombre al árbitro a solicitud de cualquiera de las partes, en el evento de que el árbitro o árbitros independientes no aceptaren o no se posesionasen de su cargo, o los árbitros no se pusiesen de acuerdo en el nombramiento de los árbitros que faltaren¹².

Por su parte la legislación del Perú sólo en lo que concierne al arbitraje internacional dispone que en caso que una de las partes no nombren a su arbitro, o que las partes no se pongan de acuerdo para designar al árbitro único o los árbitros no se pongan de acuerdo para nombrar el tercer árbitro la designación será hecha por la institución arbitral que la parte interesada señale¹³.

⁸ Bolivia, arts. 19 y 88. Ecuador, art. 2. Colombia, art. 112. Perú, art. 6. Venezuela, art. 2

⁹ Este artículo de la Ley 446 ha sido materia de una demanda de inconstitucional ante la Corte Suprema Colombiana, para que analice si dicho artículo es conforme a la Constitución Colombiana.

¹⁰ Art. 163 de la Ley 446 de 1968.

¹¹ Artículos 121 y 162 de la Ley 446.

¹² Ecuador, Art. 16.

¹³ Art. 102 de la Ley 26572.

En cuanto a los centros de arbitraje estos deberán constituirse como personas jurídicas, en algunos casos se requiere la previa autorización de una entidad del Estado y están sujetos a una vigilancia, como es en Colombia correspondiendo tal labor al Ministerio de Justicia (art. 91. Ley 23), y en otros la ley detalla que aspectos deberán ser materia de inclusión en el reglamento¹⁴.

VII.- Los árbitros.

La actuación de los árbitros esta sujeto a *responsabilidades* de carácter civil y penal, aspectos que reconocen las diversas legislaciones de los países de la Comunidad Andina¹⁵.

La legislación de Colombia establece cierta clase de sanciones para los árbitros que no cumplen sus funciones, como es la pérdida parcial o total de honorarios o multa por falta de asistencia no justificada. Asimismo se penaliza con la pérdida de la mitad de sus honorarios cuando su laudo es anulado por una razón imputable al tribunal¹⁶.

En lo que respecta a la *nacionalidad* de los árbitros se plantea si los extranjeros pueden actuar como tales y en particular tratándose del arbitraje internacional.

En general no hay inconveniente para que los árbitros puedan ser extranjeros, y en particular en lo que se refiere al arbitraje internacional, desde que la Convención de Panamá de 1975, de la cual son partes los países del área, dispone en su art. 2 que los árbitros podrán ser nacionales o extranjeros.

En lo que se refiere a la *competencia* de los árbitros, para juzgar acerca de su propia competencia (*Kompetenz-Kompetenz*) se considera actualmente que los árbitros tienen poder para decidir sobre su propia competencia, aspecto relacionado con la autonomía del convenio arbitral.

Este concepto de competencia se presenta cuando se tiene que determinar quien tiene el derecho para decir la competencia de un tribunal arbitral ante la objeción de una de las partes. Al respecto existen dos posiciones, la tradicional

¹⁴ Venezuela, art. 12.

¹⁵ Bolivia, art. 15. II. Ecuador, art. 18. Colombia, art. 114 de la Ley 23. Perú, art. 18. Venezuela, art. 41.

¹⁶ Artes. 18, 34, 40 y 44.

que sostiene que la decisión sobre si un tribunal arbitral es competente para resolver la disputa recae en la jurisdicción ordinaria, y la moderna que sostiene que el mismo tribunal arbitral, tiene el derecho para decidir cualquier objeción sobre su competencia.

La doctrina considera que la objeción a la competencia de los árbitros se basa principalmente en:

- a) la falta de un convenio arbitral.
- b) la falta de autoridad para someter el asunto al arbitraje, y:
- c) la falta de la capacidad de las partes para acordar el arbitraje.

En relación a los poderes de los árbitros, la mayor de las legislaciones le otorgan a estos poder para decidir sobre su propia competencia¹⁷.

VIII.- Proceso arbitral.

El proceso arbitral en el caso del arbitraje ad hoc, será el determinado por las partes¹⁸. A falta de acuerdo entre las partes las legislaciones del Perú y Bolivia¹⁹ establecen que su determinación corresponderá a los árbitros.

En cuanto al procedimiento arbitral, habrá que observar las disposiciones de carácter mandatorio que contienen las diversas legislaciones, algunas de ellas consideran un procedimiento de carácter supletorio el mismo que se aplicará salvo disposición distinta de las partes y de los árbitros²⁰.

En el caso del procedimiento, en algunos países la audiencia de conciliación o mediación, se realiza como una etapa del proceso arbitral, bien sea a continuación de la presentación de la demanda o de la reconvencción o previamente a la actuación de las pruebas²¹. El problema que se plantea es la intervención de los árbitros en esta clase de audiencias, en este sentido la legislación del

¹⁷ La legislación de Colombia determina que en el caso que el tribunal arbitral se declare incompetente, el árbitro pierde el derecho a los honorarios, y se extinguen definitivamente los efectos del pacto arbitral.

¹⁸ Bolivia, art. 19. Ecuador, art. 38. Colombia, art. 112. Ley 446. Perú, art. 33 y 108. Venezuela, art. 15.

¹⁹ Bolivia, art.39. Perú, art. 33, 108.

²⁰ Perú, art. 34. (aplicable sólo al arbitraje nacional).

²¹ Ecuador, art. 15. Perú, art.33.

Ecuador contempla²² que los mediadores serán designados por el director del centro de arbitraje o el tribunal independiente, con lo que se evita que los árbitros puedan involucrarse y tomar una posición anticipada sobre el conflicto que deberán resolver, disponiéndose por otra parte la inhabilitación de quienes hayan actuado como mediadores para que puedan actuar como árbitros²³.

Las partes al recurrir al arbitraje, lo hacen para evitar la intervención del poder judicial, sin embargo para determinada clase de actuaciones se requiere el auxilio judicial, en este sentido es de interés las disposiciones que minimizan esta intervención, como en el caso de los nombramientos de los árbitros que se ha mencionado, así mismo en el caso de la actuación de pruebas y de medidas cautelares se permite por parte de las legislaciones de Colombia y Ecuador que los árbitros recaben el auxilio de la fuerza pública para ser asistido en dicha ejecución, sin necesidad de recurrir al juez.²⁴

IX.- Recursos contra el laudo.

En cuanto a los recursos que pueden interponerse contra el laudo se encuentran el de apelación y el de nulidad²⁵.

En lo respecta al arbitraje internacional, el único recurso que las legislaciones de los países de la Comunidad admiten contra el laudo es el de anulación o nulidad.

²² Ecuador, art. 15.

²³ Ecuador, art. 49. «Quien actúe como mediador durante un conflicto queda inhabilitado para intervenir en cualquier proceso judicial o arbitral relacionado con el conflicto objeto de mediación ya sea como árbitro, abogado, asesor, apoderado o testigo de alguna de las partes.

Además por ningún motivo podrá ser llamado a declarar en juicio sobre el conflicto objeto de la mediación».

²⁴ Ecuador, art. 9. «...Para la ejecución de las medidas cautelares, los árbitros siempre que las partes así lo estipularen en el convenio arbitral, solicitarán el auxilio de los funcionarios públicos, judiciales, policiales y administrativos que sean necesarios sin tener que recurrir a Juez ordinario alguno del lugar donde se encuentren los bienes o donde sea necesario adoptar medidas».

Colombia, art. 32.

²⁵ El recurso de apelación tiene por finalidad la revisión del laudo respecto de la apreciación de los fundamentos de las partes, de la prueba y, en su caso, aplicación e interpretación del derecho, y se resuelve confirmando o revocando total o parcialmente el laudo.

El recurso de anulación tiene por objeto la revisión de la validez del laudo sin entrar al fondo de la controversia, y se resuelve declarando su validez o nulidad.

Las causales para oponerse a la ejecución del laudo son señaladas en forma taxativa, y las mismas que coinciden con aquellas contenidas en las Convenciones Internacionales modernas²⁶ para los casos de oposición del reconocimiento de los laudos arbitrales emitidos en el extranjero.

En el caso del Perú se permite la renuncia al recurso de anulación o su limitación, cuando ninguna de las partes en el arbitraje sea de nacionalidad peruana o tenga su domicilio o residencia habitual en el Perú²⁷.

En lo que respecto a la ejecución del laudo arbitral, las diversas legislaciones consideran que el mismo una vez consentido tiene el valor equivalente a una sentencia, y en consecuencia es eficaz y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes. Si el laudo no se cumple el interesado puede solicitar su ejecución forzosa ante el Juez, el que deberá hacerlo en la misma forma que una sentencia.

La legislación del Perú, considera que se recurrirá al juez cuando no hubiese podido ser ejecutado por los propios árbitros o por la institución organizadora en rebeldía del obligado, y con las facultades que aquellos o a ésta se les hubiesen otorgado en el convenio²⁸.

X.- Definición del arbitraje Internacional.

Las diversas legislaciones coinciden en definir al arbitraje internacional siguiendo las pautas de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas

²⁶ Convenio sobre «Reconocimiento y Ejecución de Sentencia Arbitrales Extranjeras», aprobado en Nueva York el 10 de junio de 1958. (Convención de Nueva York).
Convenio Interamericana sobre «Arbitraje Comercial Internacional», aprobado en Panamá el 30 de enero de 1975 (Convención de Panamá).

²⁷ Art. 126.- Renuncia al recurso de anulación.- «Cuando ninguna de las partes en el arbitraje sea de nacionalidad peruana o tenga su domicilio o residencia habitual en el Perú, se podrá acordar expresamente en el convenio arbitral o en un documento posterior, la renuncia a interponer recurso de anulación o la limitación de dicho recurso a uno o más de las causales dispuestas en el Artículo 123.
Cuando las partes hayan hecho renuncia la recurso de anulación y el laudo se pretenda ejecutar en el Perú, será de aplicación analógica lo dispuesto en el Capítulo Octavo de esta Sección, referido al Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros».

²⁸ Art. 83.

para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre Arbitraje Comercial Internacional, aunque con algunas particularidades²⁹.

Entre las consideraciones para que el arbitraje sea internacional la legislación de Bolivia contempla la posibilidad que las partes convenga expresamente en que la cuestión objeto de arbitrajes está relacionado con más de un Estado (art. 71.1.3).

En el caso de Colombia se requiere que además de cumplirse con cualquiera de los eventos, que las partes hubiesen pactado el arbitraje internacional (Ley 315, art.1).

Finalmente para las legislaciones de Colombia y el Ecuador (inc. c) del art. 41) se considera que el arbitraje es internacional cuando las disputas sometidas a arbitraje «afectan intereses del comercio internacional».

XI.- Normas aplicables al fondo del litigio.

En cuanto a las normas aplicables al fondo de la controversia, las mismas son determinadas por las partes. (Bolivia, art. 73 Perú, art.117, Colombia, art. 2. Ley 315).

²⁹ Ley Modelo sobre Arbitraje Internacional de la CNUDMI (UNCITRAL).

Art.1. 3). Un arbitraje es internacional si:

- a) Las partes en un acuerdo de arbitraje tienen al momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes. o
- b) uno de los lugares siguientes está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos:
 - i) el lugar del arbitraje, si éste se ha determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al acuerdo de arbitraje;
 - ii) el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha; o
- c) las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado.
- d) A los efectos del párrafo 3) de este artículo:
 - a) si alguna de las partes tiene más de un establecimiento, el establecimiento será el que guarde una relación más estrecha con el acuerdo de arbitraje;
 - b) si una parte no tiene ningún establecimiento, se tomará en cuenta su residencia habitual.

Por otra parte se entiende que toda indicación o referencia al ordenamiento jurídico de un Estado se refiere al Derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes³⁰.

Asimismo si las partes no señalan la ley aplicable, el Tribunal arbitral aplicará las reglas de derecho que estime conveniente³¹.

Para este caso la Ley Modelo de la CNUDMI considera que el Tribunal arbitral aplicará para su determinación la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables.

Finalmente las legislaciones de Bolivia y Perú consideran que en todos los casos, el Tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso³².

XII.- Reconocimiento y Ejecución de los laudos arbitrales extranjeros.

En materia de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros, los países de la Comunidad Andina son parte de los siguientes convenios:

Convenio Interamericano sobre «Arbitraje Comercial Internacional» aprobado en Panamá el 30 de Enero de 1975.

Convenio Interamericano sobre «Eficacia Extraterritorial de Sentencias y Laudos Extranjeros» aprobado en Montevideo el 8 de Mayo de 1979.

Convenio de Ejecución sobre «Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras» aprobado en Nueva York el 10 de Junio de 1958.

Convenio sobre «Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados», aprobado en Washington el 18 de Marzo de 1965.

³⁰ Bolivia, art. 73. Perú, art.117.

³¹ Bolivia, art.73. Perú, art. 117.

³² Bolivia, art. 73. Perú, art.117).

Los antecedentes de los tratados sobre el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales extranjeros en los que han participado los países de la Comunidad Andina de Naciones se remontan al siglo XIX, pudiendo mencionarse el Tratado de Lima de 1878, aunque el mismo no entró en ejecución, el Tratado de Montevideo de 1889, el Tratado Bolivariano de 1911, el que fue suscrito por los países que hoy constituyen los países de la Comunidad Andina, el Código de Bustamante de 1928 y el Tratado de Montevideo de 1940.

XIII.- El arbitraje y las inversiones extranjeras.

En el intercambio económico en que una de la partes es el Estado o una entidad que le pertenece, el arbitraje nacional e internacional constituye el medio de solución de las controversias que puede presentarse frente a la alternativa de sometimiento a los tribunales del país receptor.

Actualmente se distingue cuando el Estado o sus entidades actúan con su poder de imperio (*jus imperii*) o realizando actos de comercio (*jus gestionis*) ha traído como consecuencia modificaciones de criterios referente a la soberanía, así como una nueva evaluación de la doctrina Calvo.

En relación con la posibilidad que el Estado someta las controversias que se deriven de sus relaciones contractuales al arbitraje algunas legislaciones de los países de la Comunidad Andina lo mencionan en sus normas constitucionales o en sus leyes que normen el arbitraje.

Así en el caso de Bolivia, el art. 4 de la Ley 1770, permite que el Estado y las personas de Derecho Público sometan sus controversias al arbitraje sea nacional o internacional, dentro o fuera del territorio nacional, sin necesidad de autorización previa.

Para la Constitución del Ecuador de 1998 en su artículo 14, dispone que en los contratos celebrados por instituciones del Estado, con personas naturales o jurídicas extranjeras, en el territorio del Ecuador, no se podrá convenir la sujeción a una jurisdicción extraña, salvo el caso de los convenios internacionales.

La norma se refiere a los contratos celebrados en el territorio del Ecuador, lo que permitiría que de celebrarse el contrato en el extranjero, podría aplicarse una jurisdicción diferente a la ecuatoriana.

En lo que respecta al arbitraje nacional la Ley de arbitraje y mediación del Ecuador permite que las diferentes entidades que conforman el sector público puedan someterse al arbitraje, cumpliendo ciertos requisitos³³.

En el caso del arbitraje internacional, dicha ley, considera que puede el Estado o las instituciones del sector público someterse a este según lo dispuesto en la Constitución y en las leyes. Para que las entidades del sector público se sometan al arbitraje nacional se requiere la autorización expresa de la máxima autoridad de la institución respectiva, previo el informe favorable del Procurador General del Estado, salvo que el arbitraje estuviese previsto en instrumentos internacionales vigentes. (art.42)

En Colombia el Estado y otras entidades están autorizadas a estipular acuerdos arbitrales³⁴.

En el caso del Perú, la Constitución de 1993 el segundo y tercer párrafo de su artículo 63³⁵ se refiere al sometimiento al arbitraje por parte del Estado y las personas de derecho público.

Por otra parte se considera que dentro de las Empresas que conforman la actividad empresarial del Estado, se encuentran además de la Empresas de derecho público, las de derecho privada y las de economía mixta, las mismas que son

³³ El art. 4 considera entre los requisitos adicionales: pactar un convenio arbitral con anterioridad a que surja la controversia, y en el caso que se quiera firmar el convenio una vez surgida la controversia, deberá consultarse al Procurador General del Estado, dictamen que será de obligatorio cumplimiento, que la relación jurídica sea de carácter contractual, que en el convenio arbitral se incluya la selección de los árbitros, y que el convenio sea firmado por la persona autorizada para contratar a nombre de la Institución.

³⁴ La Ley N° 4 de 1964, considera en relación con contratos con autoridades estatales que los árbitros no puedan decidir *ex aequo et bono*, y cuando el contrato debe ser ejecutado en Colombia, el derecho colombiano debe aplicarse (arts. 13 y 70 de la Ley 80 de 1993). Por otra parte el art. 4 de la Ley 315, que norma el arbitraje internacional, en su art. 4 autoriza expresamente al Estado a recurrir al arbitraje internacional.

³⁵ Artículo 63.- «..... En todo contrato del Estado y de las personas de derecho público con extranjeros domiciliados consta el sometimiento de éstos a las leyes y órganos jurisdiccionales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática. Pueden ser exceptuados de la jurisdicción nacional los contratos de carácter financiero. El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la Ley».

definidas en la Ley N° 24948, denominada Ley de la Actividad del Estado³⁶. En el caso de las empresas de derecho privado así como las de economía mixta, la Ley General de Arbitraje dispone en que éstas no requieren de ninguna autorización para someter sus asuntos al arbitraje sea este nacional o internacional³⁷. La mayoría de estas Empresas, en la actualidad han sido privatizadas o se encuentran dentro de dicho proceso.

³⁶ Ley N° 24948. Artículo 6°.- Son empresas de Derecho Público las que se crean por ley y gozan de atributos propios de la Administración Pública.

Artículo 7°.- Son empresas de Derecho Privado las constituidas originalmente o reorganizadas como sociedad anónimas de acuerdo a ley, cuyo capital pertenece totalmente al Estado.

Artículo 8°.- Las Empresas de Economía Mixta, son personas jurídicas de derecho privado, en las cuales el Estado participa asociados con terceros en los capitales y en la dirección de la sociedad; el Estado tiene directa o indirectamente una participación accionaria mayoritaria que le garantiza el control de las decisiones de toda índole en los órganos de gobierno de la sociedad.

³⁷ Sección Primera. Arbitraje Nacional

Artículo 2°.- Arbitraje del Estado.- «Pueden ser sometidos a arbitraje nacional, sin necesidad de autorización previa, las controversias derivadas de los contratos que el Estado Peruano y las personas de derecho público celebren con nacionales o extranjeros domiciliados, así como las que se refieren a sus bienes.

Para los efectos de este artículo, el Estado comprende el Gobierno Central, los Gobiernos Regionales y Locales y sus respectivas dependencias.

Las empresas estatales de derecho privado o de economía mixta pueden acordar libremente y sin requisito de previa autorización que las controversias derivadas de los contratos que celebren con nacionales o extranjeros domiciliados o que se refieran a sus bienes, sean sometidos a arbitraje nacional».

Sección Segunda. El Arbitraje Internacional.

Artículo 92°.- Arbitraje del Estado.- «Pueden ser sometidos a arbitraje internacional dentro o fuera del país, libremente y sin requisito de previa autorización, las controversias derivadas de los contratos que el Estado Peruano y las personas de derecho público celebren con nacionales o extranjeros no domiciliados, así como las que se refieren a sus bienes. Tratándose de actividades financieras, el arbitraje internacional podrá desarrollarse dentro y fuera del país, inclusive con extranjeros domiciliados. Para los efectos de este artículo, el Estado comprende el Gobierno Central, los Gobiernos Regionales y Locales y sus respectivas dependencias.

Las empresas estatales de derecho privado o de economía mixta pueden acordar libremente y sin requisito de previa autorización que las controversias derivadas de los contratos que celebren con nacionales o extranjeros no domiciliados o que se refieran a sus bienes, sean sometidos a arbitraje internacional dentro o fuera del país.

En todo estos supuestos el arbitraje deberá realizarse ante una Institución Arbitral de reconocido prestigio».

Uno de los requisitos que menciona el artículo 92 de dicha legislación es que para el caso del sometimiento del Estado y de cualquiera de sus empresas al arbitraje internacional el extranjero no debe encontrarse domiciliado en el país.

En lo que se refiere a la Institución a que se sometería el Estado en el caso de ser parte en un arbitraje internacional, el artículo 63 de su Constitución, permite el sometimiento a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor, añadiendo que también puede someterse en la forma que disponga la ley, lo que abre la posibilidad de que intervengan entidades arbitrales privadas.

En este sentido lo único que se exige, tratándose de una Institución Privada según el artículo 92 es que la Institución Arbitral sea de reconocido prestigio.

En lo que concierne a Venezuela la Ley de Arbitraje Comercial, considera el arbitraje en el caso de sociedades donde la República, los Estados, los Municipios y los Institutos Autónomos tengan una participación igual o superior al 50 % del capital social o una sociedad en la cual las personas anteriormente citadas tengan una participación igual o superior al 50% del capital social, dicho acuerdo requerirá para su validez la aprobación del órgano estatutario competente y la autorización por escrito del Ministerio de tutela (art.4).

Por otra parte los países de la región son miembros de la Convención de Washington de 18 de Marzo de 1965, que crea el Centro Internacional de Arreglo de Disputas de Inversiones, considerando la Convención el arreglo mediante el arbitraje de las disputas que puedan surgir en materia de inversión extranjera entre los países miembros y los inversionistas extranjeros, así como del por otra parte el Convenio sobre el Acuerdo Multilateral de Garantía de Inversiones, conocido en inglés con las siglas de MIGA que prevé el arbitraje internacional como medio de dirimir las diferencias entre el MIGA y el Estado receptor de la inversión.

Otro instrumento destinado a dar seguridades a la inversión extranjera que contempla disposiciones relacionadas con la solución de las controversias entre los Estados suscriptores del Convenio, así como entre los inversionistas extranjeros y el Estado, son los Acuerdos Internacionales de Inversiones, (Bilateral Investment Treaties) conocidos como BIT.

XIV.- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

El artículo 40 del Acuerdo de Cartagena dispone que es el Tribunal de Justicia el órgano jurisdiccional de la Comunidad Andina³⁸. Por su parte, el artículo 47 del mismo Acuerdo señala que la solución de controversias que surjan con motivo de la aplicación del ordenamiento jurídico andino se sujetara a las normas del Tratado que crea el Tribunal de Justicia. Del mismo modo, el artículo 33 del Tratado del Tribunal de Justicia señala que los Países Miembros no someterán ninguna controversia a ningún sistema de arbitraje o procedimiento alguno distinto de los contemplados en el propio Tratado.

Las potestades de control jurisdiccional que actualmente tiene el Tribunal de Justicia conforme al Tratado de su Creación, han sido ampliadas con nuevos mecanismos, como son el recurso por omisión, *la función arbitral* y la jurisdicción laboral.

De esta manera se incluye dentro de la competencia del Tribunal de Justicia que en los contratos entre los particulares pueda convenirse acudir al pronunciamiento *arbitral* del tribunal, siempre que el asunto por resolver esté comprendido en el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena.

A través del Protocolo de Cochabamba, de fecha 26 de Mayo de 1996 se faculta al Tribunal de Justicia, en algunos casos, funciones arbitrales:

Estos casos son.

- 1.- Las controversias que se susciten por la aplicación o interpretación de contratos, convenios o acuerdos, suscritos entre órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración o entre éstos y terceros, cuando las partes así lo acuerden³⁹.
- 2.- Las controversias que se susciten por la aplicación o interpretación de aspectos contenidos en contratos de carácter privado y regidos por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina⁴⁰.

³⁸ El Tribunal de Justicia fue creado el 26 de Mayo de 1979 e inicia sus actividades el 2 de Enero de 1984. Funciona en forma permanente.

³⁹ Artículo 38 del Protocolo de Cochabamba.

⁴⁰ Artículo 18 del Protocolo de Cochabamba

A través del mismo Protocolo, se faculta a la Secretaría General a dirimir, mediante el «arbitraje administrado», las controversias que le sometan particulares respecto de la aplicación o interpretación de aspectos contenidos en contratos de carácter privado y regidos por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina⁴¹.

A elección de las partes, el Tribunal emitirá su laudo, sea en derecho o en equidad, el que será obligatorio, inapelable y constituyendo título legal y suficiente para solicitar su ejecución conforme a las disposiciones internas de cada País Miembro⁴².

En el caso de la Secretaría General esta emitirá su laudo conforme a criterios de equidad y de procedencia técnica, acordes con el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. Su laudo será obligatorio e inapelable, salvo que las partes acordaran lo contrario y constituirá título legal y suficiente para solicitar su ejecución, conforme a las disposiciones internas de cada País Miembro. Para que el Tribunal de Justicia o la Secretaría General puedan intervenir es suficiente que los interesados, hayan acordado dirigirse a estos órganos comunitarios para resolver los conflictos que pudieran presentarse entre ellos, en sus contratos en los que resulte aplicable o sea necesario interpretar normas del ordenamiento Jurídico andino.

De las normas citadas podemos señalar que el laudo emitido por el Tribunal de Justicia o por la Secretaría General son inapelables y de obligatorio cumplimiento para las partes, teniendo la autoridad de cosa juzgada desde que sea notificado, e incluso los Tribunales de Justicia pueden obligar a este cumplimiento conforme a las normas internas de los Países Miembros. Sin embargo, para el caso del laudo emitido por la Secretaría General, el Protocolo de Cochabamba en su artículo 39 establece que las partes pueden acordar que el mismo no sea de obligatorio cumplimiento e inapelable⁴³.

⁴¹ Artículo 39 del Protocolo de Cochabamba.

⁴² Artículo 38 del Protocolo de Cochabamba

⁴³ Otra diferencia que establece el Protocolo de Cochabamba entre el arbitraje del Tribunal de Justicia y el de la Secretaría General es que el primero podrá dirimir controversias que se susciten entre órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración o entre estos y terceros, además de la controversia entre los particulares. Para el caso de la Secretaría General sólo se establece que dirimirá controversias que le sometan particulares.

Sin perjuicio de decidir la controversia «en equidad» si así lo acordaran las partes, el Tribunal de Justicia adoptará sus decisiones con base en el ordenamiento jurídico andino.

Finalmente, podemos destacar que el establecimiento del arbitraje privado según el Protocolo de Cochabamba, servirá como un medio alternativo de solución de diferencias entre los particulares, cuando en sus relaciones comerciales estén involucradas normas que conforman el ordenamiento jurídico andino. El arbitraje establecido en esta norma es una opción que tendrán los particulares, previo acuerdo entre ellos para dar una respuesta satisfactoria a sus problemas, se supone con todas las ventajas que implica este mecanismo.

XV.- Perspectivas.

El arbitraje actualmente es utilizado mayormente para los casos de controversias de carácter comercial donde la disputa es por sumas elevadas, no es una institución que este actualmente al alcance de las diversas capas sociales, no cumpliendo en gran partes de Los pauses de la Comunidad de constituir un método alternativo de solución de controversias. Los factores van desde un desconocimiento de sus ventajas, a un costo elevado.

Este es uno de los grandes retos de los arbitraje en Los próximos años, lo que llamaríamos su popularización, para que pueda constituirse realmente en un medio alternativo de solución de controversias.

Corresponde esta labor a las instituciones representativa de los gremios, así como a los Colegios de Abogados y Universidades, a través de la difusión del arbitraje, capacitación de árbitros y el establecimiento de Centros de Arbitraje en diversas localidades, a efectos que con costo mínimo se ponga el arbitraje al servicio de la comunidad⁴⁴.

⁴⁴ En este sentido la Ley de arbitraje comercial de Venezuela en su artículo 11 al referirse a los centros de arbitraje, señala: «Las cámaras de comercio y cualquiera otras asociaciones de comerciantes, así como las asociaciones internacionales existentes, las organizaciones vinculadas a actividades económicas e industriales, las organizaciones cuyo objeto está relacionado con la promoción de la resolución alternativa de conflictos, las universidades e instituciones superiores académicas y las demás asociaciones y organizaciones que se crearon con posterioridad a la vigencia de esta Ley que establezcan el arbitraje como uno de los medios de solución de las controversias, podrán organizar sus propios centros de arbitraje. Los centros creados antes de la vigencia de esta Ley, podrán continuar funcionando en Los términos aquí establecidos y deberán ajustar sus reglamentos a Los requerimientos de la misma».