
Comité Editorial

L. Pereznieto Castro
J. Bosco
† Ph. Fouchard
F. Gorjón Gómez
J.A. Graham
G. Kaufmann-Kohler
R. Lobo Niembro
A. Mendoza
P. Mayer
W. Fagan
B. Cremades
Ch. Larroumet
J.C. Fernández Rozas

Director

J.A. Graham

Partenario institucional

CEDDAL

ISSN
1665-1804

2006

Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje



Latin American Journal for Mediation and Arbitration

Vol. VI – Número 2

Comité Editorial

Leonel Pereznieto Castro, Universidad Nacional Autónoma de México (Presidente)
João Bosco Lee, Universidad de Curitiba, Brasil
† Philippe Fouchard, Universidad de Paris II Panthéon-Assas, Francia
Francisco Javier Gorjón Gómez, Universidad Autónoma de Nuevo León, México
James A. Graham, Universidad de Monterrey, México
Gabrielle Kaufmann-Kohler, Universidad de Ginebra, Suiza
Rafael Lobo Niembro, Mediador, México
Antonio Mendoza, Universidad Pepperdine, E.U.
Pierre Mayer, Universidad de Paris I Pantheon-Sorbonne, Francia
Wayne Fagan, Centro para la Conciliación y el Arbitraje, Facultad de Derecho St. Mary, E.U.
Christian Larroumet, Universidad de Paris II Panthéon-Assas, Francia
Bernardo Cremades, Abogado, Madrid, España
José Carlos Fernández Rozas, Universidad Complutense de Madrid, España

Comité de Redacción

Beatriz Pallares, Universidad de Santa Fe, Argentina
Cecilia Fresnedo de Aguirre, Universidad Católica de Uruguay
Javier Villalobos, Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cochabamba, Bolivia
Manuel Vidal Noruega, Universidad Javeriana, de Bogotá, Colombia
Alfredo De Jesús O., Secretario General Adjunto, Comité Venezolano de Arbitraje, Venezuela
Gilberto Boutin, Vice Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Panamá

Partenario Institucional



ÍNDICE

DE LA DOCTRINA.....	196
La muerte programada del Estado sede del arbitraje?	197
<i>Leonel Pereznieta & James A. Graham, México</i>	197
La arbitrabilidad dentro de la insolvencia transfronteriza y la experiencia jurisprudencial panameña	209
<i>Gilberto Boutin I., Panamá</i>	209
La nueva ley chilena sobre arbitraje comercial internacional (Ley 19.971).....	215
<i>Juan Eduardo Figueroa Valdés, Chile</i>	215
DE LA JURISPRUDENCIA	230
Crónica de la jurisprudencia boliviana	231
<i>Javier Villalobos, Bolivia</i>	231
Crónica de la jurisprudencia francesa	252
<i>James A. Graham, México</i>	252
DE LA PRACTICA	255
The second iceberg could sink: Beware of nonverbal communication cues	256
<i>Barbara G. Madonik, Canadá</i>	256
La intervención del tercero gerente en conflictos organizacionales	262
<i>Maria Rosa Fernández Lemoine, Argentina</i>	262
RESEÑA	267
BREVES.....	268

DE LA DOCTRINA

La muerte programada del Estado sede del arbitraje?*

Leonel Pereznieto & James A. Graham, México

Comité Editorial

1. Hemos abordado el tema de nuestra contribución con un título que más parece sacado de una novela pero que en el fondo refleja una realidad que deseamos hacer patente. Nuestro objetivo es modesto pues simplemente deseamos proponer algunas ideas para el debate del tema.

2. Una de las piedras angulares del derecho arbitral a partir de la Convención de Nueva York es el recurso de nulidad en contra del laudo¹. Sin embargo, el tiempo ha movido los cimientos de ese principio y ahora puede pensarse en una posible desaparición de este recurso.



3. En cambio, el recurso de ejecución de un laudo siempre sobrevivirá, en la medida que ningún particular puede usar la fuerza para obligar a la contraparte a cumplir con el laudo; sin embargo, el cuestionamiento sobre el recurso de nulidad se plantea ante ciertos tribunales que aceptan la ejecución de laudos, no obstante que éstos fueron previamente anulados en otros Estados.



4. En la Convención de Nueva York, hay una prevalencia del procedimiento de ejecución sobre el recurso en nulidad. En efecto, el artículo VI dispone textualmente que si se ha pedido a la jurisdicción de la sede del arbitraje la anulación o la suspensión de la sentencia, la autoridad judicial ante la cual se invoca dicha sentencia “**podrá**”, si lo considera procedente, aplazar la decisión sobre la ejecución de la sentencia. Si el sistema establecido por el Convenio neoyorkino hubiera querido poner al Estado sede como punto de anclaje principal del procedimiento arbitral, dispondría que no se puede ejecutar un laudo que es objeto de una acción en nulidad en la sede arbitral. Sin embargo, no es así. El texto internacional permite la ejecución no obstante de lo que pase ante los tribunales del país sede del arbitraje, al menos que el juez de la ejecución considere conveniente decidir lo contrario². El artículo 36.2 de la Ley Modelo está redactado en el mismo sentido.

* La presente contribución fue originalmente publicada como homenaje a Patricio Aylwin Azócar, *Liber amicorum Patricio Aylwin Azócar*, Santiago de Chile, 2006.

¹ Para un acercamiento histórico de los recursos contra los laudos, véase: Dauchy, Le recours contre les décisions arbitrales en perspective historique, *R. arb.* 1999.763.

² Para un análisis detallado de la problemática del artículo VI de la Convención de Nueva York, véase: Ghikas, A principled approach to adjourning the decision to enforce under the model law and the New York Convention, *Arbitration International*, 2006.53.

5. A lo anterior se agrega, que varios países han aprovechado del artículo VII³ de la Convención de Nueva York para hacer prevalecer su derecho interno sobre el texto internacional a fin de ejecutar laudos anulados por los tribunales del lugar de la sede arbitral.
6. Finalmente, las causales para rechazar la ejecución de un laudo⁴ son normalmente las mismas que las establecidas para anular una sentencia arbitral⁵. De lo anterior, se

³ 1. Las disposiciones de la presente Convención no afectarán la validez de los acuerdos multilaterales o bilaterales relativos al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales concertados por los Estados Contratantes ni privarán a ninguna de las partes interesadas de cualquier derecho que pudiera tener a hacer valer una sentencia arbitral en la forma y medida admitidas por la legislación o los tratados del país donde dicha sentencia se invoque.

⁴ P.e. art. 34 Ley Modelo UNCITRAL: 2) El laudo arbitral sólo podrá ser anulado por el tribunal indicado en el artículo 6 cuando:

a) la parte que interpone la petición pruebe:

i) que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7 estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley de este Estado; o ii) que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos; o iii) que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje; no obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, sólo se podrán anular estas últimas; o iv) que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición de esta Ley de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta Ley; o

b) el tribunal compruebe:

i) que, según la ley de este Estado, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o ii) que el laudo es contrario al orden público de este Estado.

⁵ P.e. art. 36 Ley Modelo UNCITRAL : Artículo 36. Motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución

i) que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7 estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado el laudo; o ii) que la parte contra la cual se invoca el laudo no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos; o iii) que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje; no obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras; o iv) que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que no se han ajustado a la ley del país donde se efectuó el arbitraje; o v) que el laudo no es aún obligatorio para las partes o ha sido anulado o suspendido por un tribunal del país en que, o conforme a cuyo derecho, ha sido dictado ese laudo; o

desprende lógicamente que en realidad lo que importa es la ejecución o no el laudo y no tanto su anulabilidad. En estas condiciones, ¿para qué sirve el recurso de nulidad, sino para retrasar un procedimiento arbitral que debe ser rápido?

II. Planteamiento del problema.

7. Si como lo hemos visto, la nulidad del laudo arbitral ante los tribunales del Estado sede del arbitraje se debilita, ¿qué es lo que en realidad queda de ese Estado sede? Es natural que en 1958 cuando se redactó la Convención de Nueva York, un punto de contacto como el del Estado sede del arbitraje era todavía muy fuerte. No había, como lo hay hoy, una desmaterialización de conexiones y elementos que podrían permitir que el arbitraje, en casos específicos y cuando las partes lo acuerden, no tenga un “Estado sede” ya que éste en la realidad actual, se ha convertido con frecuencia, sólo en un punto de referencia. También este concepto puede constituirse como una barrera al desarrollo del arbitraje sobre todo cuando la sede se encuentra en algún país en el que no existe regulación arbitral o ésta es deficiente.
8. En otras palabras, se sabe que la noción de la sede en el arbitraje tradicional comporta dos aspectos diferentes⁶. Por un lado, se trata de una noción material en el sentido de que ella designa un lugar en donde se efectúan de manera concreta las operaciones materiales como la audiencia de las partes, la firma de la sentencia o su rendición. Sin embargo, también se trata de una noción jurídica designando de manera abstracta el lugar elegido por la voluntad de las partes. La disociación entre estas dos localizaciones, implica, en la práctica, que los aspectos de ejecución material se efectúan en lugar diverso del designado por las partes. En este sentido la Corte de Apelación de París fue clara al establecer que “la sede del arbitraje es una noción puramente jurídica, (...) sujeta a la voluntad de las partes, y no una noción material dependiente del lugar donde la audiencia se llevó a cabo o el lugar efectivo donde se firmó la sentencia”⁷. No cabe duda, como lo escribe Kaufmann-Kohler, que “los lugares jurídicos como la sede [del arbitraje], siguen a la mundialización, por su admisión como una ficción pura”⁸.
9. Para plantear que no es utópico el hecho de que la noción de la sede jurídica del arbitraje presenta rasgos de desaparición hay que analizar ciertas evoluciones jurisprudenciales, en particular las que se refieren a la posibilidad de ejecutar laudos

b) cuando el tribunal compruebe:

- i) que, según la ley de este Estado, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o ii) que el reconocimiento o la ejecución del laudo serían contrarios al orden público de este Estado.

⁶ Graham *et alii.*, *Guía práctica para el arbitraje internacional*, Monterrey, Lazcano, 2005.62.

⁷ *Soc. Procédés de fabrication pour le béton c. Libye*, 28/10/97, *Rev. arb.*, 1998.399, Leurent.

Adde : Cf el art. 20.2 de la Ley modelo de la CNUDMI (1985) y el art. 22 del reglamento de conciliación y de arbitraje de la CCI (1988) que prevén que la sentencia es siempre reputada haber sido rendida en la sede de arbitraje.

⁸ Kaufmann-Kohler, *Le lieu de l'arbitrage à l'aube de la mondialisation*, *Rev. arb.*, 1998.517, 536 ; Rivier, *op.cit.*, p. 125.

anulados en el Estado de origen. Como sería el caso de la jurisprudencia francesa y ciertas decisiones estadounidenses en las que se sigue la doctrina llamada de la deslocalización del arbitraje (I). Otras decisiones permiten pensar que también es posible elegir una jurisdicción distinta de la de la sede del arbitraje para introducir el recurso en anulación (II). Todo lo anterior permite formular la propuesta en favor de la abolición de la sede del arbitraje, tomando sin embargo en cuenta ciertas realidades (III).

III. El concepto de la deslocalización

10. La relatividad del recurso en nulidad se inscribe en el marco de una tendencia en materia de arbitraje internacional que éste no está anclado en un orden jurídico particular, sino que está “deslocalizado”⁹. Uno de los principales autores que defienden este punto de vista es Pierre Mayer¹⁰ para quien la *Grundlegung* del procedimiento arbitral y su resultado, el laudo, se vinculan jurídicamente al Estado de recepción; es decir, en el Estado donde la sentencia arbitral se ejecuta, y no al Estado de origen que es el Estado de la sede jurídica del arbitraje.

11. Como lo ha formulado el tribunal arbitral en el caso *Salini Construttori*¹¹:

Of course, this is not to say that a contract, including an arbitration agreement, has a validity that is independent of any legal order. Indeed, a contract derives its binding force from its recognition by one or more legal orders. However, an agreement to submit disputes to international arbitration is not anchored exclusively in the legal order of the seat of the arbitration. Such agreements are validated by a range of international sources and norms extending beyond the domestic seat itself¹².

12. En otras palabras, la fuente primera de la jurisdicción de los árbitros no es el orden jurídico del lugar sede del arbitraje sino la voluntad de las partes. En el caso *Salini*, el arbitraje tuvo su sede en Addis Ababa, Etiopia. Una de las partes inició un litigio paralelo ante los tribunales de este país, los que a su vez emitieron una orden de

⁹ Sobre la noción de “deslocalización” véase: Mayer, *L’insertion de la sentence dans l’ordre juridique français, Droit et pratique de l’arbitrage international en France*, Paris, Feduci, 1984.81; Graham, *La deslocalización del arbitraje virtual*, *Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje*, 2001.23.

¹⁰ The trend towards delocalization in the last 100 years, *in: Internationalisation of international arbitration*, Graham/Trotman/Nijhoff, 1993.37.

¹¹ CCI (Gaillard; Bernardini, Bunni), *Salini Construttori v. Etiopia*, Laudo sobre jurisdicción, 7/12/2001, *Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje*, 2003.159; comentado por Gaillard, *L’interférence des juridictions du siège dans le déroulement de l’arbitrage*, *in: Liber amicorum Raymond*, Paris, Litec, 2004.83; y por Schwartz, *Do international arbitrators have a duty to obey the orders of courts at the place of the arbitration?*, *in: Liber amicorum Briner*, Paris, ICC, 2005.795.

¹² #129.

suspensión del procedimiento arbitral. Sin embargo, el tribunal arbitral la rechazó, con base en los siguientes motivos:

The Arbitral Tribunal accords the greatest respect to the Ethiopian courts. Nevertheless, for the reasons set out below, the Tribunal considers that it is not bound to suspend the proceedings as a result of the particular injunctions issued by the Federal Supreme Court and the Federal First Instance Court and that, in the particular circumstances of the case, it is under a duty to proceed with the arbitration.

This tribunal is an ICC arbitral tribunal, constituted under the ICC Rules. Pending the decision of the Arbitral Tribunal on the question of jurisdiction, which is given below, it must be assumed that the parties have agreed to resolve their disputes through ICC arbitration with a seat in a particular country, namely, Ethiopia¹³.

[...]

An international arbitral tribunal is not an organ of the state in which it has its seat in the same way that a court of the seat would be. The primary source of the Tribunal's powers is the parties' agreement to arbitrate. An important consequence of this is that the Tribunal has a duty vis à vis the parties to ensure that their arbitration agreement is not frustrated. In certain circumstances, it may be necessary to decline to comply with an order issued by a court of the seat, in the fulfilment of the Tribunal's larger duty to the parties¹⁴.

[...]

To conclude otherwise would entail a denial of justice and fairness to the parties and conflict with the legitimate expectations they created by entering into an arbitration agreement. It would allow the courts of the seat to convert an international arbitration agreement into a dead letter, with intolerable consequences for the practice of international arbitration more generally¹⁵.

13. Sin entrar más en detalles sobre este caso, lo que se puede extraer como idea principal es que la *Grundnorm* del arbitraje internacional es la autonomía de la voluntad, y que esta última no puede ser limitada por las reglas de un orden jurídico en particular. La autonomía de la voluntad cobra así, su sentido internacional.
14. Esta visión fue adoptada plenamente por jurisdicciones francesas, en particular por la *Cour de Cassation* en el asunto *Dalico*¹⁶ mediante la adopción de una regla material que enuncia que el acuerdo arbitral es siempre válido bajo reserva del orden público internacional. Recientemente, esta Corte suprema tuvo la oportunidad de precisar que

¹³ #124 sq.

¹⁴ # 128.

¹⁵ # 143.

¹⁶ Civ¹, 20/12/93, *JDI*, 1994.432, Gaillard; *Rev.crit.*, 1994.663, Mayer. También véase: Civ¹, *Omenex*, 25/10/2005, *R.arb.*, 2006.103, Racine.

“el principio de validez consagra la licitud de la cláusula arbitral independientemente de cualquier referencia a una ley estatal”¹⁷.

IV. La aplicación del concepto de la deslocalización en la jurisprudencia

15. Como lo hemos mencionado con anterioridad, en primer lugar el artículo VI de la Convención de Nueva York establece que si se ha solicitado a la jurisdicción de la sede del arbitraje la anulación o la suspensión de la sentencia, la autoridad judicial ante la cual se invoca dicha sentencia **podrá**, si lo considera procedente, aplazar la decisión sobre la ejecución de la sentencia. En segundo lugar, según el artículo V (1) (e) se **podrá** denegar la ejecución de un laudo anulado por una autoridad competente del país en el que, o conforme a cuya Ley, ha sido dictada esa sentencia arbitral. Al mismo tiempo, el artículo VII permite a los Estados no aplicar la Convención si su derecho interno es más liberal. Ciertos tribunales han utilizado esta última disposición para otorgarle la ejecución coactiva en su territorio a un laudo anulado en el Estado sede del arbitraje, con la aprobación de una gran parte de la doctrina¹⁸. Tal es el caso de Francia, que al contrario de Alemania por ejemplo¹⁹, tiene un derecho interno más liberal. Así, el artículo 1502 NCPC, que prevé las causales de inejecución, y en ellas no contempla la hipótesis del laudo anulado en el extranjero (A). En paralelo a esta evolución, también se puede constatar una cierta deslocalización de las vías de recurso en contra de laudo consistiendo en “escapar” a los tribunales estatales del lugar de la sede del arbitraje (B).

A – La deslocalización de los laudos internacionales

16. En la medida que el debate sobre la posibilidad de ejecutar o no un laudo anulado en el país sede del arbitraje se basa generalmente sobre ciertos casos ampliamente conocidos, consideramos que no es necesario volver de nuevo sobre los detalles. Sin embargo, para una mejor comprensión de la problemática, se expondrán a grandes rasgos estas decisiones judiciales que permitieron en Francia adoptar plenamente la doctrina de la deslocalización de los laudos arbitrales (a), mientras que en los Estados Unidos de América puede observarse una evolución similar sin que aún se considere que está consolidada. (b), todo lo anterior nos permitirá llegar a ciertas conclusiones preliminares (c).

¹⁷ Civ¹, *Copropriété maritime Jules Verne*, 7/6/2006.

¹⁸ Gaillard, *The Enforcement of Awards Set Aside in the Country of Origin*, *ICSID Review*, 1999.16; *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration* (Emmanuel Gaillard & John Savage, eds.), 1999.133-136, 913-916, 978; Paulsson, *Enforcing Arbitral Awards Notwithstanding a Local Standard Annulment (LSA)*, *ICC Bulletin*, Vol. 9, No. 1, 1998.14; Fouchard, *La portée internationale de l’annulation de la sentence arbitrale dans son pays d’origine*, *R. arb.*, 1997.329.

¹⁹ En efecto, el artículo 1061 ZPO reenvió directamente a la Convención de Nueva York y consecuentemente no existe un derecho común más “liberal”.

a) - Francia

17. Desde 1984, se aceptó ejecutar en Francia un laudo anulado en el extranjero²⁰, se trata de la decisión *Hilmarton* de 1994²¹ de la cual la Corte de Casación derivó el principio según el cual “un laudo rendido en materia internacional en un Estado extranjero no queda integrado en el orden jurídico de ese Estado, y por lo tanto su existencia permanece no obstante su anulación en el Estado de sede del arbitraje siempre y cuando su reconocimiento en Francia no sea contrario al orden publico”
18. Otra precisión sobre este principio fue dada en el caso *Bechtel*²². Los hechos consistieron en que el árbitro único en el momento de iniciar la audiencia de desahogo de pruebas, no había tomado juramento a los testigos según las formalidades locales requeridas que exigen un juramento de parte de los testigos basado en la ley islámica. La sede del arbitraje fue en los Emiratos Árabes y sus tribunales locales anularon el laudo. Sin embargo, se presentó una solicitud de ejecución ante los tribunales franceses. La Corte de Apelación de París confirmó la orden de *exequatur* y la razón que esgrimió para admitir los efectos del laudo fue la siguiente: "La decisión de la Corte de Casación de Dubai confirmando la nulidad del laudo no puede ser reconocida en Francia porque no produce efectos internacionales en la medida que se refiere únicamente a una soberanía determinada en el territorio en donde se ejerce y que no se puede apreciar esta decisión [de la Corte de Casación de Dubai] en un proceso indirecto". En otras palabras, quizá el laudo no hubiera podido ser ejecutado si la parte condenada hubiera solicitado el reconocimiento de la sentencia de anulación del laudo de la Corte suprema de Dubai en Francia. Pero como no se hizo, no había ninguna razón para rechazar la *exequatur* del laudo.

b) – Estados Unidos

19. El *leading case* en los Estados Unidos de América en relación con artículo V de la Convención de Nueva York que nos ocupa, es el conocido como *Chromalloy*²³. Al origen del asunto había un procedimiento arbitral que se derivó de una disputa sobre un contrato de suministro militar celebrado entre la empresa estadounidense *Chromalloy* y la Fuerza Aérea de Egipto, contrato que fue rescindido por el gobierno egipcio. Las partes habían acordado que la ley aplicable al arbitraje fuese la ley egipcia y que la sede del arbitraje fuera el Cairo. El gobierno egipcio demandó ante los tribunales egipcios la nulidad del laudo arbitral, alegando que la ley egipcia no había sido correctamente aplicada por los árbitros. La nulidad fue otorgada. No obstante, *Chromalloy* buscó la confirmación del laudo ante los tribunales estadounidenses. El gobierno egipcio se opuso conforme a lo establecido en el inciso e) del Art. V de la Convención de Nueva York. No obstante la petición del gobierno egipcio, el Juez del Distrito del Distrito de

²⁰ Civ¹, *Norsolor*, 9/10/84, *R.arb.*, 1985.431, Goldman; *Journal of International Arbitration*, 1985.68, Thompson.

²¹ 23/3/1994, *R.arb.* 1994.327, Jarrosson ; *JDI*, 1994.701, Gaillard.

²² Paris, 1ère C, 29/9/2005, n° RG 2004/07635; véase también: Paris, *Bargues Agro Industries*, 0/6/2004, *R.arb.* 2006. 154.

²³ *Chromalloy Aeroservices v. Egypt*, 939 F.Supp. 907 (DDC 1996).

Columbia otorgó el reconocimiento al laudo, porque consideró que el artículo V de la Convención de Nueva York establece en su párrafo inicial que el juez al que se le pide el reconocimiento tiene facultades discrecionales para denegar o no el reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral, si concurren una o más de las causales establecidas en dicho artículo V. Efectivamente, conforme al verbo “podrá denegar” el reconocimiento, es una disposición de carácter facultativa en la Convención de Nueva York que el Juez usó de forma expresa. El juez hizo suyo el argumento de *Chromalloy* según el cual, conforme al artículo VII de la Convención de Nueva York permite acoger un laudo en condiciones más favorables que las que establece la propia Convención. Más precisamente, la empresa invocó el derecho que le asistía en el sentido de que el laudo fuera reconocido conforme a la Ley de Arbitraje Federal de los Estados Unidos. Dicho en otras palabras, el Juez, no obstante constatar que el laudo había sido anulado por los tribunales egipcios porque según estos hubo una aplicación incorrecta por parte de los árbitros del derecho egipcio como derecho aplicable consideró que no debía entrar al fondo porque “en el peor de los casos –dijo– un error en la aplicación de ley designada aplicable por las partes, no es causa para entrar en la revisión del laudo”, revisión que hubiera sido necesaria para conocer, en qué medida y bajo qué circunstancias, el tribunal arbitral no aplicó la ley egipcia. Como anécdota, hay que recordar, que este laudo anulado por los tribunales del Estado sede del arbitraje, también fue reconocido por los tribunales franceses²⁴

20. Sin embargo, no es prudente afirmar que los Estados Unidos ya han establecido el principio de la ejecución de un laudo anulado. En efecto, en el asunto *Lapine*, que se decidió un año después por los tribunales estadounidenses²⁵, el juez consideró que la nulidad del laudo se había dictado por el juez del lugar sede del arbitraje sin analizar convenientemente la ley aplicable, por lo que había que volver a revisar ésta. En otras palabras, en *Chromalloy* no importó por qué el laudo fue anulado en el lugar sede, tan fue así que el laudo cumplía con las disposiciones legales americanas; en *Lapine*, al contrario, se decidió que se debía tomar en cuenta la decisión judicial extranjera que anuló el laudo, aunque fuese para revisarla en el fondo. Dos años después, en el Segundo Circuito, al contrario del tribunal en *Chromalloy*, decidió no ejecutar un laudo anulado en la medida que en el asunto no había ninguna referencia directa al derecho americano²⁶. Sin embargo, como lo observó a justo título un autor, “ dicho razonamiento [de la Corte] es contrario a una correcta interpretación de la Convención de Nueva York [...] puesto que nada exige que las partes hayan designado el derecho arbitral del lugar de ejecución como aplicable para que puedan “prevalecerse” de una disposición mas favorable, al amparo del artículo VII de la Convención de Nueva York”²⁷

²⁴ Paris, 14/1/97.

²⁵ *Lapine Technology Corp. vs. Kyocera Corp.*, 130 F.3d 884 (9th Cir. 1997).

²⁶ *Baker Marine v. Chevron*, 191 F3d 194 (2d Circuit 1999).

²⁷ Graham, *Guía practica para la ejecución de sentencias y laudos comerciales internacionales*, Monterrey, Lazcano, 2007. 145; Cossio, *Arbitraje*, México D.F., Porrúa, 2004. 437.

21. En lo que concierne el artículo VI del Convenio, los tribunales americanos también tienen tendencia a ignorar los recursos de nulidad pendientes en otros países para acordar la ejecución coactiva del laudo, argumentando que lo que importa es dar eficiencia al arbitraje y verificar si el laudo es ejecutable, dando así poca importancia a los argumentos presentados a favor de la nulidad del laudo en el foro en donde se presentó el recurso²⁸.

c) Conclusiones

1. Las desventajas

22. No cabe duda que el asunto *Hilmarton* ilustra con claridad los múltiples problemas que resultan del reconocimiento y ejecución de laudos anulados al extranjero. El primer laudo liberatorio rendido en Suiza fue reconocido en Francia no obstante su anulación por los tribunales suizos²⁹. El segundo laudo, esta vez condenatorio, y confirmado por los jueces suizos, y también reconocido en Inglaterra³⁰, no ha podido ser ejecutado en Francia en razón del carácter de cosa juzgada de la sentencia judicial que ordenó el reconocimiento del primer laudo anulado en Suiza³¹. De la misma manera, es factible tener la coexistencia de dos decisiones contradictorias en el orden jurídico nacional, si un tribunal reconoció el laudo anulado, y otro tribunal ordenó anular la sentencia arbitral.

2. Las ventajas

23. La formulación del principio de la deslocalización se explica de la siguiente manera. Como lo escribe Pierre Mayer, los laudos no son actos que pertenecen a un orden jurídico, sino son actos privados como lo son los contratos³². Y su validez – o invalidez – se encuentra anclada en el Estado en donde se puede pedir la ejecución. Una posición similar se encuentra en materia de contratos internacionales. Si bien una gran mayoría de autores, y tribunales estatales, sostienen que un contrato tiene necesariamente que ser vinculado a un orden jurídico³³, también puede constatarse que por otro lado, que el contrato puede ser vinculado únicamente al foro en donde se reclama su ejecución³⁴.

²⁸ *Europcar Italia v. Maiellano Tours*, 156 F3rd 310 (2d Cir 1998); *Sarhank Group v. Oracle Corp*, 2002 US Dist Lexis 19229 (SDNY, 2002); *MGM Productions Group v. Aeroflot Russian Airlines*, US Dist LEXIS 8174 (SDNY 2003).

²⁹ Civ¹, 23/3/94

³⁰ Q.B. [1999] 2 *Lloyd's Rep.* 222; *Bul. ASA* 1999.368.

³¹ Civ¹ 10/6/97.

³² *Op.cit.*, #4.

³³ Desde el famoso (*¿obiter?*) *dictum* de la CPJI, *Emprunts serbes*, 12/7/1929.

³⁴ Mayer, *Le mythe de l' « ordre juridique de base » (ou Grundlegung)*, *Mélanges Goldmann*, Paris, 1987.199, 215; Graham, *Grundlegung y lex contractus en los contratos estatales*, *Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje*, 2001.18.

B – La deslocalización de los recursos de nulidad en contra de los laudos internacionales

24. Para demostrar que el recurso de nulidad ya no tiene la misma importancia que antes, baste mencionar por un lado, las legislaciones que permiten a las partes de excluirlo (a) y por otro lado, referirnos a las decisiones que establecen que el juez de la anulación no tiene que ser el juez de la sede del arbitraje (b), lo que a su vez demuestra también la pérdida de importancia de la sede jurídica del procedimiento arbitral.

a) – Exclusión del recurso en nulidad

25. Bélgica es, en nuestro conocimiento, el primer país en el mundo que abolió el recurso en nulidad tratándose de arbitrajes internacionales cuando ninguna de las partes tenía vínculos con el país³⁵. Sin embargo, el recurso se reintrodujo en el derecho positivo belga por la reforma de 1998, a petición de los actores económicos locales que afirmaron que las disposiciones de 1985 habían creado una discriminación injustificada entre el arbitraje nacional e internacional³⁶. El nuevo artículo 1717§4 del Código judicial establece *de jure* el recurso en nulidad, pero permite a las partes renunciar a él para los asuntos que no tengan ningún vínculo con Bélgica³⁷.

26. El artículo 192§2 de la ley de derecho internacional privado suizo también se permite la exclusión del recurso en nulidad, si tal fue la voluntad de las partes, siempre y cuando no exista vínculo alguno con este país³⁸.

b)– Elección del juez de anulación

27. La asociación *Miss Francophonie*, con sede en Canadá, introdujo bajo el mecanismo de la UDRP un recurso administrativo ante la OMPI³⁹ para recuperar ciertos nombres de dominio. Inconforme con la decisión, la asociación presentó un recurso ante la Corte de Apelación de París, sosteniendo que se trató de un laudo arbitral⁴⁰ e internacional

³⁵ Van Houtte, La loi belge du 27 mars 1985 sur l'arbitrage international, *R. arb.*, 1986.29, 36.

³⁶ Keutgen, La nouvelle loi sur l'arbitrage, *Journal des tribunaux*, 1998.761, n° 77 y la bibliografía citada.

³⁷ "Les parties peuvent, par une déclaration expresse dans la convention d'arbitrage ou par une convention ultérieure, exclure tout recours en annulation d'une sentence arbitrale lorsque aucune d'elle n'est soit une personne physique ayant la nationalité belge ou une résidence en Belgique, soit une personne morale ayant en Belgique son principal établissement ou y ayant une succursale".

³⁸ "X. Renonciation au recours :

¹) Si deux parties n'ont ni domicile, ni résidence habituelle, ni établissement en Suisse, elles peuvent, par une déclaration expresse dans la convention d'arbitrage ou un accord écrit ultérieur, exclure tout recours contre les sentences du tribunal arbitral; elles peuvent aussi n'exclure le recours que pour l'un ou l'autre des motifs énumérés à l'art. 190, al. 2.

²) Lorsque les parties ont exclu tout recours contre les sentences et que celles-ci doivent être exécutées en Suisse, la convention de New York du 10 juin 1958¹ pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères s'applique par analogie".

³⁹ Graham, *El derecho internacional privado del comercio internacional*, México, Themis, 2003, #48 sq.

⁴⁰ Sobre la discusión véase: Graham, *El derecho internacional...*, *op.cit.*, # 53.

porque los nombres de dominio están registrados en varios países distintos. También argumentó que no existe una sede arbitral porque todo el procedimiento se hizo en línea⁴¹. Sin embargo, uno de los nombres de dominio fue registrado con una sociedad de derecho francés y en el contrato de registro había una cláusula de prorrogación de jurisdicción a favor de los tribunales franceses.

28. Por un *ratio decidendi* de principio, la Corte de apelación estableció que “la deslocalización del laudo en el derecho francés de arbitraje internacional no se opone a que sea previsto un acuerdo de elección de forum en otra jurisdicción para el recurso de nulidad del laudo distinto a la de la sede del arbitraje”.
29. Con la decisión que se comenta, se puede ver la tercera consecuencia, que consiste en poder acudir ante un tribunal distinto al de la sede del arbitraje para presentar un recurso de nulidad. Con esto, como puede apreciarse, las jurisdicciones francesas abren *de facto* – y *de jure* - sus puertas a todos los arbitrajes en el mundo!
30. Ahora bien, queda aún la cuestión de la utilidad de la sede jurídica del procedimiento arbitral. Esta condicionará el acceso a sus tribunales en materia de recursos de nulidad así como para solicitar la intervención del juez de apoyo. Pero su importancia disminuirá si otros países toman el camino de la jurisprudencia francesa. En efecto, no hay ninguna objeción para prorrogar la competencia del juez de apoyo. Un primer paso, aunque indirecto, ya se llevó a cabo con la decisión de la Corte de Casación francesa estableciendo la competencia del juez de apoyo francés no obstante que la sede del arbitraje estaba afuera de Francia y que la ley aplicable al arbitraje no fue la ley francesa, cuando la situación presenta un vínculo aunque sea mínimo con Francia y hay un verdadero riesgo de denegación de justicia⁴². Y si bien la decisión no se pronunció exhaustivamente sobre esta cuestión, no cabe duda que se abre la posibilidad de que en otros casos, los magistrados parisinos puedan decidir en el mismo sentido. Como puede apreciarse, los tribunales franceses han tomado en serio su papel en el arbitraje comercial internacional para darle un giro verdaderamente transnacional.

III. La deslocalización hasta su última consecuencia: ¿la abolición de la “sede del arbitraje”?

31. Uno de los logros de la Convención de Nueva York fue eliminar el sistema del doble exequatur. Sin embargo, la posibilidad de tener un recurso de nulidad en el Estado de la sede arbitral y la oposición de ejecución del laudo en el lugar en donde se busca su reconocimiento y ejecución ¿no es un sistema similar⁴³ ?

⁴¹ Sobre la problemática véase: Graham, *El derecho internacional...*, *op.cit.*, # 46..

⁴² Civ¹, 1/2/2005, *R.arb.*, 2005.693, Muir Watt; *D.* 2005.3054, Clay.

⁴³ Véase por ejemplo : Paris, *Unichips Finanziaria c. Gesnoin*, *R. arb.* 1993, p. 255 (3^{ème} espèce).

32. A lo anterior se agrega que en realidad el rol del Estado sede del arbitraje ya no está destinado a jugar un papel en materia de arbitraje como lo ha tenido hasta hoy. La propuesta que sigue consiste en sostener la posible abolición del recurso en nulidad. ¿Para qué sirve este recurso, si los demás países aceptan ejecutar un laudo anulado?, se reduce entonces a un recurso que hoy en día sólo es un paso más que alarga innecesariamente al procedimiento de ejecución del laudo. Si se sigue la propuesta, tendríamos un recurso menos para ser utilizado de manera abusiva, y sin poner en riesgo la legalidad del laudo, en la medida que este siempre puede ser objeto de un recurso de oposición a la ejecución coactiva del laudo. Es cierto, como lo nota Jan van de Berg⁴⁴, que *a priori* los órganos mejor dotados para decidir sobre la regularidad del arbitraje conforme a sus propias reglas son los tribunales del lugar de arbitraje, pero también es cierto que existe hoy en día una cierta uniformidad de esas reglas – por el hecho de ratificar los tratados internacionales y adoptar la Ley modelo sobre Arbitraje Internacional de UNCITRAL– que pueden perfectamente ser interpretadas por el juez de ejecución. Como lo describe Gaillard: “All laws are equally apt to decide upon the validity of an award”⁴⁵. Y en la mayoría de los derechos, las causas para obtener la nulidad son casi las mismas que las que permiten oponerse a la ejecución de la decisión arbitral.
33. Si a todo lo expuesto en líneas anteriores se agrega que la sede arbitral tampoco determina necesariamente la jurisdicción del juez de apoyo ni la ley procesal aplicable al procedimiento arbitral, no existe ninguna razón para mantener viva una ficción. No tratamos, ni mucho menos, de dar por cerrado un debate, al contrario, son ideas en torno al tema del Estado sede del arbitraje que nosotros consideramos va en decadencia pero que tiene ángulos diversos desde los cuales, el debate debe continuar.

⁴⁴ The enforcement of annulled awards?, *ICC Bulletin*, 1998.15

⁴⁵ L'interférence..., *op.cit.*, p. 88.

La arbitrabilidad dentro de la insolvencia transfronteriza y la experiencia jurisprudencial panameña

Gilberto Boutin I., Panamá

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá

Introducción.

1. La arbitrabilidad dentro del proceso colectivo de insolvencia transfronteriza presenta una innovación metodológica y legislativa sobre el tema. Se trata de debatir la viabilidad de la privatización de la justicia en el dominio de los procesos colectivo de ejecución en contra del fallido. Producto del siglo XX se ha producido el fenómeno de la expansión del foro arbitral como jurisdicción privilegiada como solución de los conflictos derivados del comercio internacional¹. No escapa al movimiento imperialista del arbitraje la figura de la insolvencia o procesos colectivos ya sea de liquidación u reorganización de las empresas en dificultad.
2. Sin embargo, pese a lo afirmado se percibe un obstáculo moral y formal frente al proceso de absorción arbitral de la falencia o quiebra internacional frente a la presencia instigadora del orden público² como la sombra de un eventual *ius cogens* desprendido de normas procesales vinculadas a la insolvencia.
3. Como reacción a la concepción sacra de la institución de la insolvencia, el derecho anglonorteamericano a finales de la década de los 70 efectúa un viraje sobre la valoración de la insolvencia dándole un toque desdramatizador y contractualista³.
4. De forma paralela, el derecho helvético con la ley especializada de derecho internacional privado del 18 de diciembre de 1987 introduce la privatización de la justicia en materia de insolvencia⁴ que se armoniza con el concordato suizo en materia de arbitraje de mediados de la década de los sesenta que deroga el Monopolio del Estado como único administrador de justicia.
5. Sendos sistemas desembocan en una visión *desjudicial* de la figura de la insolvencia. En cuanto a la vivencia en nuestro ordenamiento jurídico panameño, el cual ha sido la responsable junto con la CIDIP I de la creación del régimen de arbitraje comercial para América latina, ha respondido positivamente a la casuística del reconocimiento del foro arbitral como justicia competente para resolver los diferendos en el dominio de la falencia o insolvencia extraterritorial.

1 Convención de Nueva York 1958, Ley No. 5 de 1983 de 25 de octubre de 1983, Gaceta Oficial No. 20,079 del 15 de junio de 1984. Convenio de Washington de 1965, Ley No. 13 de 1996, Gaceta Oficial No. 22,947 del 8 de enero de 1996, Convención de Panamá de 1975, Ley No. 11 de 1975 del 23 de octubre de 1975, Gaceta Oficial No. 18,056 del 30 de marzo de 1976.

2 Racine, Jean-Baptiste. *L'Arbitrage Commercial International Et L'Ordre Public*. L.G.D.J. Pág. 499.

3 Tanger, Margaret. *La Faillite en Droit Fédéral des États-Unis*. Económicas. 2002. Pág. 10.

4 Ley Federal sobre Derecho Internacional Privado del 18 de diciembre de 1987 (RS291). Pág. 177.

6. De ahí, la necesidad de abocarnos, en primer estado a los fundamentos jurídicos que permiten la arbitrabilidad de la insolvencia transfronteriza en un primer momento, para luego abordar los primeros atisbos de la jurisprudencia panameña sobre la recepción de la justicia arbitral dentro de los procesos colectivos internacionales.

I. Del Fundamento Jurídico de la Arbitrabilidad de la Insolvencia Transfronteriza.

7. El fundamento sobre la arbitrabilidad responde en primer término a la nueva tendencia *contractualista*⁵ forjada por el derecho anglo norteamericano⁶ por un lado. Bajo la misma premisa se observa la *posición helvética* o *suiza* en señalar como competente el foro arbitral basado en el principio *forum patrimonii*. De donde la necesidad de explorar sendas *demarches* en el dominio del derecho comercial internacional.

a) Del fundamento contractualista vis à vis los procesos colectivos de insolvencia transnacionales.

8. El carácter contractualista de la insolvencia tiene raíces múltiples pues responde a razones históricas como primer aspecto a resaltar. Luego la consagración de esta forma de visión normativa de apuntalar una concepción contractual de la falencia es producto de la evolución económica actual. Y finalmente se une a esto, la técnica del proceso arbitral y su fundamento consensual.
9. El fenómeno contractualista tiene sus primeros atisbos en el derecho material romano. A efecto de que el deudor quebrado pudiese salvar su vida, el afectado cedía sus bienes a los acreedores mediante el proceso *bonorum venditio*⁷ los adquirentes devenían sucesores del deudor a título universal.
10. El derecho norteamericano efectúa una transformación en el dominio del régimen de la bancarrota e introduce la ley del 6 de noviembre de 1978 modificada en varias ocasiones la cual presenta como base el régimen de quiebra visto como una gestión de orden contractual. Este nuevo régimen introduce una especie de negociación con procesos denominados *composition and extension* o bien el *assignment of benefit for creditor ABC*. que sin duda es una reminiscencia del derecho romano *mutatis mutandi*, abandonando así la concepción clásica *the Act of Regulation of Bankruptcy de 1785*. El arbitraje no solamente ha sido introducida en materia de insolvencia en Estados Unidos sino también en materia de bolsa de valores⁸. Si bien es cierto no existe un purismo arbitral sino un concordancia entre el juez ejecutor sobre aspectos esenciales de la insolvencia denominados *core-issues* y aspectos no relevante de la insolvencia denominados *non core-issues* *Affaires Zimmerman vs Continental Airlines*. Esta posición es lógica pues pasamos a la distinción clásica entre árbitros y jueces: los

5 *Op. Cit.*

6 *Op. Cit.*

7 Boutin, Gilberto. *La Faillite en Droit International Privé Panamien et Comparé*. 2005.

8 Giorgini Giulio, Cesare. *Méthodes Conflictuelles et règles matérielles dans l'application des "nouveaux instruments" de règlement de la faillite internationale*. Pag. 552. Dalloz. 2006.

- primeros, poseen poder jurisdiccional, pero carecen del poder de ejecución del cual están investidos los juzgadores institucionales.
11. Otro argumento que se suma al carácter *contractualista* es la propia técnica arbitral y sus efectos.
 12. El arbitraje es una jurisdicción voluntarista basa en el consensualismo de las partes. Entendiendo que la *falencia* o *insolvencia* que afecta a los agentes económicos es un negocio entre particulares, la empresa en dificultad y los acreedores, se atenúa un tanto el carácter de interés público del cual está revestido a primera vista la noción de insolvencia *per se*. El arbitraje se encarna en la cláusula compromisoria de arbitraje. Esta cláusula es autarquía por definición legal. Ella produce efectos fundamentales desde el momento que es vinculante. La cláusula compromisoria produce un efecto **derogatorio** de la jurisdicción ordinaria, es decir las partes abdican a su jurisdicción institucional y luego produce un efecto de **prórroga**⁹ de jurisdicción en beneficio del foro privilegiado arbitral. El foro arbitral se subroga en la justicia estatal y permite la acumulación de acciones en contra del deudor pudiendo declarar el estado o no de insolvencia vía pericial, en función de un orden jurídico escogido en la cláusula de ley aplicable.
 13. Esta argumentación permite echar por tierra, la concepción ideal el de construir, una especie de *ius cogens* de normas procesales en el plano de la falencia o insolvencia transfronteriza. La propia tolerancia a la viabilidad de insolvencias concurrentes o secundarias *laisse entrevoir*, la concurrencia natural de foros con lo cual no se desprende automáticamente la necesidad de un foro privativo y excluyente en materia de insolvencia como principio general.

b) Del Foro Patrimonial de la Insolvencia Transfronteriza.

14. El *approche* que efectúa el derecho suizo en arribar a la misma construcción de recurrir a la vía arbitral frente a la insolvencia se fundamenta en el foro patrimonial. El foro patrimonial es una concepción germánica que se inspira en el criterio de conexión fundado en los activos del demandado dentro del resorte jurisdiccional del demandado. Sin embargo, la elaboración que efectúa le *génie suisse* es mucho mas refinado en el dominio del arbitraje en caso de insolvencia.
15. El derecho suizo es muy particular. Suiza es una pequeña Europa en donde constituye un laboratorio extra ordinario como se resuelven los conflictos intercantonales e interculturales entre las diferentes suizas (francesa, alemana e italiana). A los suizos le debemos la noción de la obligación característica, de *Fribourg*, la noción transaccional de *faillite intermediaire* y la realización de la codificación del derecho internacional privado.
16. El derecho suizo retoma la definición lapidaria de René David al considerar que el arbitraje comercial internacional no es más que la derogatoria al monopolio de la

⁹ Coipel-Cordonnier, Nathalie. *Les conventions d'arbitrage et d'élection de for en Droit International Privé*. L.G.D.J. 1999

administración de justicia del Estado. En efecto, en la ley del *concordato de arbitraje* suizo dispone claramente dentro de los principios generales del arbitraje que: *L' Etat n' en réserve toutefois pas le monopole aux autorités qu'il institue pour administrer la justice. Dans certains, limites, il autorise les particuliers à instaurer des tribunaux privés pour trancher leurs litiges*¹⁰.

17. Dentro de esta misma fuente normativa en su disposición 422 señala que, todo litigio de naturaleza pecuniario puede ir a arbitraje e incluso se extiende al estatuto personal o familiar pero siempre y cuando sea de carácter patrimonial pueden ser sometidos a la vía arbitral.
18. En el plano del derecho internacional privado, la claridad de la solución conflictual helvética es aun mas clara. Así observamos que la disposición 177 de la ley de derecho internacional privado en su inciso primero relativo a la noción de arbitrabilidad expone que, *Toute cause de nature patrimoniale peut faire l' objet d' un arbitrage*. He aquí el principio de forum patrimonii en el dominio arbitral suizo, que justifica formalmente el proceso arbitral de ejecución patrimonial en contra del fallido dentro de la justicia privada arbitral.

Conclusión.

19. El efecto del principio de arbitrabilidad tanto en Estados Unidos como en Suiza no es absoluto. Hay esferas sin duda, de influencia judicial como la necesidad de dictar medidas cautelares o conservatorias de urgencia o bien la solicitud de medidas de ejecución o actos con fuerza ejecutiva se recurre al juez institucional. Sin embargo, la situación de fondo o el carácter sustantivo de lo patrimonial sigue siendo una affaire de los jueces privados es decir de los árbitros.

II. La Posición Jurisprudencial Panameña vis à vis la arbitrabilidad de transfronteriza.

20. El derecho positivo panameño no contempla una prohibición de recurrir a la vía arbitral en materia de insolvencia internacional. Incluso la noción y categoría entre arbitraje interno y arbitraje internacional está bien demarcada tanto por dentro la Ley N° 5 de 1999 como por la Jurisprudencia en este dominio. Es preciso señalar que pese a los vaivenes de la jurisprudencia nacional en cuanto a la vigencia y existencia del arbitraje, el principio de la arbitrabilidad en materia de contratos con el Estado así como la regla de *Kompetenz fur Kompetenz* fueron elevada a rango de principio constitucional a fin de zanjar cualquier duda sobre la vigencia y reconocimiento de la justicia privada arbitral.
21. El tema que abordamos sobre la arbitrabilidad en materia de procesos colectivos de ejecución, no deja de tener un sabor amargo para los publicista y para la herencia territorialista tradicional latinoamericana, pues la percepción psicológica de la insolvencia o procesos colectivos extranacionales utilizando el lenguaje del jurista uruguayo...de ser una institución gobernada por leyes de policía e investida de un interés público constituye un obstáculo emocional a nivel visual. De ahí que

¹⁰ Jolidon, Pierre. *Commentaire du Concordat suisse sur l' arbitrage*. Editions Staempfli & Cie SA Berne 1984. Pág. 29

analizáremos una jurisprudencia en torno a los efectos de la cláusula compromisoria en materia de insolvencia y luego los efectos y control del laudo arbitral en materia de competencia judicial indirecta.

a) De la Validez de la Cláusula Compromisoria en materia de Insolvencia transfronteriza.

22. Es necesario señalar que en el ordenamiento jurídico existe una marcada diferencia entre arbitraje interno y arbitraje internacional. Distinción en cuanto a definición prevista en el art. 5 de del Decreto Ley No 5 de 1999 así como, una separación en cuanto al régimen de reconocimiento del laudo tratándose de un laudo nacional o un laudo internacional. El primero, admite la anulación de dicha sentencia mientras que el segundo, no admite causal alguna de anulación sino aquellas previstas en los Convenios de New York de 1958 y la Convención de Panamá de 1975.
23. El carácter internacional de una relación de comercio internacional permite insertar dentro de los negocios jurídicos una cláusula compromisoria de carácter internacional en igual sentido. Sería incongruente que en una cláusula arbitral pactada en un fideicomiso panameño en donde las partes tanto el fideicomitente como el fiduciario y los beneficiarios se encuentren domiciliados en Panamá se incorpore una cláusula arbitral designando a un tribunal arbitral en Colombia y aplicando el derecho colombiano en caso de litigio. Evacuada esta introducción abordamos el affaire de la insolvencia de la *empresa MMH*.
24. La empresa de servicios fiduciarios *MMH* incorporada en Panamá, efectuaba colocación de inversiones fiduciarias de naturaleza offshore. La sociedad domiciliada en Panamá establecía con sus clientes contratos de adhesión de inversión no sujeta a discusión sobre acciones en el mercado de valores mundiales. El suministrador y asesor de inversiones su contratación para con sus clientes era electrónica publicitándose vía internet. Dentro de las transacciones con su clientela a largo y mediado plazo incorporaba una cláusula en donde señalaba que la ley aplicable a las inversiones internacionales se sometían a la ley de *Nevis*. Jurisdicción de la *common law* situada en el Caribe. Producto de la mala gestión administrativa la sociedad administradora del portafolio de inversiones no pudo hacer frente a las demandas de su inversionista presentándose en la jurisdicción de Panamá las reclamaciones de los acreedores.
25. El juez de la causa en un fallo de primera instancia, señaló que se trataba de inversiones internacionales en donde las parte habían pactado previamente el derecho aplicable de *Nevis* y en el cual se había incorporado una cláusula compromisoria de arbitraje según la leyes de *Nevis* y por ende producía los efectos de la prórroga de competencia judicial internacional a favor de dicha jurisdicción declinando competencia el juez panameño.
26. La decisión del juez de primer grado fue ejemplar en cuanto al reconocimiento de los efectos derogatorios del foro estadual en beneficio del foro arbitral. Esta decisión no se mantuvo con base al criterio patrimonial pues el insolvente y sus bienes se encontraban situados dentro de la República de Panamá.

b) Del reconocimiento de la sentencia arbitral derivado de un proceso de liquidación de créditos.

27. *El affaire Banco Disa*¹¹ es inédito en Panamá, ya que los bancos no se someten a los proceso de quiebra o insolvencia sino a un régimen de excepción denominados proceso de liquidación bancario.
28. *El Grupo Disa* con sucursales en *Gran Cayman* manejaba un portafolio de inversión y garante en cierta forma de *Disa Panamá*. Prácticamente se encontraban dos procesos de liquidación concurrencial uno establecido de acuerdo al derecho bancario administrativo para los créditos locales y el otro que respondía a inversiones extranjeras sujetas al foro arbitral. Lo que hay que advertir que los procesos de liquidación bancaria carecen de efectos retroactivos, ni producen efectos extraterritoriales como pudiera ejercerlos la declaratoria de insolvencia decretada por un juez ordinario. En pleno proceso de liquidación se produce el laudo arbitral internacional como consecuencia directa de las reclamaciones de los inversionistas extranjeros. El fallo arbitral tiene incidencia en Panamá pues los activos de los acreedores se encontraban en la sede principal del *Banco Disa Panamá*. La Corte dentro de la demanda de exequatur acogió el laudo arbitral considerando que reunía los requisitos pese a la oposición de los liquidadores que invocaban la territorialidad de la liquidación sobre los efectos del foro arbitral extranjero.
29. La decisión de la Corte se inspiró sobre la base que el proceso de liquidación de activos no produce la caducidad de la cláusula compromisoria de arbitraje y que existía una prioridad en el tiempo y en el foro sobre la arbitrabilidad en materia de carácter financiero internacional.

Conclusión

30. Constatamos que si bien es cierto no existe de forma expresa en la ley una reglamentación sobre el arbitraje en materia de quiebra o insolvencia, tampoco existe una prohibición que inhiba al derecho judicial de reconocer la actividad del arbitraje como proceso alternativo de liquidación del patrimonio del fallido. Podemos finalizar que la jurisprudencia panameña trata en pie de igualdad el *foro arbitral* como la *justicia estatal* en el dominio de los procesos de ejecución *colectivo internacional*.

11 Fallo de la Sala de Negocios Generales del 5 de septiembre de 2003.

La nueva ley chilena sobre arbitraje comercial internacional (Ley 19.971)

Juan Eduardo Figueroa Valdés, Chile

Universidad de Los Andes

1. La inserción de Chile en el comercio internacional y en la economía global ha experimentado un fuerte desarrollo en los últimos años. Es así como en años recientes, Chile ha firmado Tratados de Libre Comercio con Canadá en 1997, con México en 1998, con la Unión Europea, Corea y Estados Unidos en el año 2003, al mismo tiempo que ha suscrito y ratificado Acuerdos y Promoción y Protección de Inversiones con 38 países; a saber: 19 con países europeos, 5 con países del Asia Pacífico y 14 con Estados de América¹.
2. Tanto en los Tratados de Libre Comercio como en los Acuerdos de Promoción y Protección de Inversiones (APPIs o en su sigla en inglés BITs) se incorpora un sistema de resolución de conflictos en el cual, luego de un período de “cooling off” para la negociación y/o limitada intervención de los tribunales locales, el inversionista puede comenzar directamente un procedimiento arbitral en contra del Estado. Es así como la mayoría de los APPIs disponen que este arbitraje sea promovido bajo las reglas del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), cuando los Estados contratantes son partes en la “Convención Sobre Arreglo y Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Naciones de otros Estados” de 1965 – Convención de Washington-. En caso contrario, normalmente prevén como alternativa otro tipo de arbitraje institucional, como es el de la Cámara de Comercio Internacional (C.C.I.) o el arbitraje ad hoc bajo las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI); finalmente, algunos tratados o acuerdos permiten que el inversionista elija acudir a la jurisdicción de los tribunales del lugar donde se realizó la inversión, como una alternativa frente a la opción del arbitraje internacional².
3. La tendencia marcada por los APPIs, se ha extendido a los Tratados Plurilaterales en los que participan, o potencialmente pueden participar países latinoamericanos, tales como NAFTA (capítulo 11), o como el Protocolo Sobre Promoción y Protección de Inversiones Provenientes de Estados no Partes del MERCOSUR, entre los países que forman parte del Tratado de Asunción, más conocido como MERCOSUR (Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay), que imponen el arbitraje internacional como medio de solución de controversias entre tales Estados e inversores provenientes de países que no son integrantes del MERCOSUR, pero que han realizado inversiones en algunos de los países del MERCOSUR.

¹ Lo anterior sin considerar que además se encuentran otros 14 Acuerdos de Promoción y Protección de Inversiones suscritos y aún no ratificados y adicionalmente otros 8 en actual negociación. Sobre el particular puede consultarse la página web www.direcon.cl.

² Blackaby Nigel, El Arbitraje según los Tratados Bilaterales de Inversión y Tratados de Libre Comercio en América Latina, artículo publicado en *Revista Internacional de Arbitraje*, N° 1 Junio-Diciembre 2004, Bogotá Colombia, Editorial Legis, página 17 y siguientes.

4. Es así como podemos concluir que no sólo en Chile sino en general en América Latina se observa una tendencia orientada a favorecer el arbitraje comercial internacional en materia vitales, tales como la solución de controversias suscitada entre el inversor extranjero y el país receptor de la inversión, lo que no sólo traduce el objetivo de restringir el ámbito de influencia de las jurisdicciones estatales locales respecto de materias que tradicionalmente permanecían bajo su jurisdicción exclusiva, sino además la voluntad de confiar la solución de controversias en esas áreas a instancias arbitrales en ciertos casos excluidas de todo control estatal, hasta el punto de interrogarse si esto no denota un cambio más profundo en las bases fundamentales del derecho internacional en la materia tales como habían sido tradicionalmente sostenidas en países de América Latina en función del postulado de la doctrina Calvo, que establecía que las disputas relativas a inversiones en el territorio de un Estado sólo podían ser resueltas por los órganos judiciales de dicho Estado³.

I. La armonización del Derecho de Arbitraje Comercial Internacional: La nueva Ley Chilena sobre arbitraje.

5. En el ordenamiento jurídico chileno no se encontraba regulado hasta la reciente Ley N° 19.971⁴, publicada en el Diario Oficial de 29 de Septiembre de 2004, el Arbitraje Comercial Internacional, por lo que debían aplicarse las mismas normas existentes para el arbitraje domestico o nacional, las cuales evidentemente eran inadecuadas para los conflictos internacionales cuando el arbitraje se llevaba a cabo en Chile⁵.
6. La nueva ley chilena sobre Arbitraje Comercial Internacional incorpora a Chile al círculo de países que han adoptado en su ordenamiento interno la Ley Modelo de Arbitraje de la Comisión de Las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), mas conocida en inglés como UNCITRAL de 1985, respondiendo de esta forma a la tendencia moderna de armonización del derecho de arbitraje comercial internacional.
7. Para el establecimiento de la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, en adelante CNUDMI, elaboró un informe sobre los posibles aspectos que ella podría contener y le confió a su grupo de trabajo sobre prácticas contractuales internacionales, la preparación del proyecto, el cual fue aprobado con los comentarios de los gobiernos y de las organizaciones internacionales en sesión anual de 1985⁶.

³ Grigera Naon, Horacio, "Países de América Latina como Sedes de Arbitrajes Comerciales Internacionales", artículo publicado en suplemento especial del *Boletín de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI*, página 47 y siguientes, año 1995.

⁴ El texto de la nueva Ley puede consultarse en www.bcn.cl.

⁵ Así se reconoce expresamente en el mensaje del Presidente de la República con que se inicia el proyecto de Ley sobre el Arbitraje Comercial Internacional, contenido en el boletín N° 3252-10.

⁶ La Asamblea General de Las Naciones Unidas en su resolución 40-72 de 11 de Diciembre de 1985, recomendó "Que todos los Estados le den la debida consideración a la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, en vista de la deseable uniformidad de la Ley sobre Procedimientos Arbitrales y la necesidad de las practicas de arbitraje comercial internacional".

8. El instrumento elegido por la CNUDMI para la armonización de las leyes nacionales sobre arbitraje comercial fue el de una ley modelo y no de una Convención Internacional, ya que mediante ella se lograba una mayor flexibilidad que tienen las leyes modelos para ser incorporadas en el derecho interno de cada país, toda vez que ellas puedan ser adoptadas en su totalidad o en parte, y tal cual han sido elaboradas o bien con algunas modificaciones, pero manteniendo intactos los principios inspiradores, con los que se consigue una uniformidad mas completa del derecho sobre la materia. En cambio, cuando estos instrumentos adoptan la forma jurídica de convenciones internacionales, no tienen la misma flexibilidad porque son suscritas y más tardes ratificadas por los países, generalmente con determinadas reservas respecto de la legislación nacional, con lo cual no se consigue totalmente el propósito unificador⁷.
9. En el derecho comparado la Ley de la CNUDMI ha servido como modelo para las nuevas leyes sobre arbitraje comercial internacional en Alemania, Australia, Bahrein, Bermuda, Bulgaria, Canadá, Chile, Egipto, Estados Unidos (California, Connecticut, Oregón y Texas), Guatemala, Hong Kong, Hungría, India, Irán, Irlanda, Kenia, Lituania, Macao, Malta, México, Nueva Zelanda, Nigeria, Omán, Perú, Reino Unido (Escocia), Rusia, Singapur, Sri Lanka, Túnez, Ucrania, Zimbabwe, y recientemente España^{8 / 9}.
10. La justificación de la adopción de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, se encuentra, por una parte en la insuficiencia de las leyes nacionales sobre arbitraje para resolver las contiendas mercantiles internacionales, a lo cual se suma la dificultad consistente en que ellas difieren entre un país y otro, lo que no puede dejar de considerar que al menos una de las partes va a ser extranjera respecto al lugar en que se suscite el arbitraje, incluso el árbitro puede ser extranjero en relación con dicho lugar y, por ende, las partes y el árbitro deben afrontar el problema de familiarizarse con reglas que le son desconocidas¹⁰.
11. De la historia de la tramitación en el Congreso de la nueva Ley Chilena sobre Arbitraje Comercial Internacional, queda en claro que dentro de las consideraciones que se tuvieron a la vista para adoptar la ley modelo fue la multiplicación de transacciones con cláusula arbitral; el incentivo del juicio en Chile, -lo que cobra especial relevancia para la empresa pequeña y mediana, pues les resulta muy oneroso litigar en el extranjero-, y el objetivo de convertir a Chile en un Centro de Arbitraje, especialmente a nivel de América Latina¹¹.
12. Las principales ventajas que se han destacado en adoptar en la legislación chilena la Ley Modelo han sido las siguientes: que contribuye a dar una imagen de seriedad y

⁷ Sandoval López, Ricardo, El Arbitraje Comercial Internacional, artículo publicado en *Revista de Derecho Universidad de Chile*, página 101 y siguientes, año 2000.

⁸ El texto de la Ley Modelo puede consultarse en www.uncitral.org.

⁹ Sobre la nueva Ley de Arbitraje en España puede consultarse Cordón Moreno, Faustino, "El Arbitraje de Derecho Privado", Estudio breve de la Ley 60.2003 de 23 de Diciembre de arbitraje, Editorial Aranzadi S.A., España, año 2005.

¹⁰ Sandoval, Ricardo, ob. cit. página 109.

¹¹ *Informe de la Comisión de Relaciones Exteriores*, sesión 58, de 18 de Mayo de 2004.

confianza de Chile ante la comunidad jurídica y empresarial internacional, pues brinda seguridad jurídica para inversionistas y contrapartes extranjeras; que fomenta las transacciones internacionales y la inversión extranjera; que crea un régimen jurídico aplicable a la resolución de controversias internacionales que se producen entre particulares en el marco del Acuerdo de Asociación entre Chile y la Unión Europea y el Tratado de Libre Comercio celebrado entre Chile y Los Estados Unidos de Norteamérica; que genera confianza para que Chile sea sede de arbitrajes comerciales internacionales, subsanando las deficiencias existentes anteriormente; que contribuye a la proliferación y perfeccionamiento de los servicios de arbitraje comercial internacional ofrecidos por las entidades arbitrales chilenas; y que permite que las pequeñas y medianas empresas chilenas (PYMES), que celebran contratos con contrapartes extranjeras, puedan recurrir al arbitraje internacional en Chile¹².

13. La nueva Ley chilena sobre Arbitraje Comercial Internacional, de acuerdo con el objetivo de uniformidad internacional en la regulación del arbitraje, no se separa, en general, de lo previsto en la Ley Modelo CNUDMI, tal como analizaremos a continuación¹³. Los países del “common law”, fueron los primeros en adoptar la Ley Modelo, pero en la actualidad tanto los países del “common law” como del “civil law”, han adoptado la Ley Modelo en un número parecido, lo que resulta especialmente destacable si consideramos que la Ley Modelo contiene diversos principios que corresponden más al sistema arbitral del “civil law” que al adoptado por el “common law”, como por ejemplo al referirse que el árbitro puede actuar como “*amigable componedor*”¹⁴.

II. PRINCIPALES ASPECTOS RECOGIDOS EN LA NUEVA LEY CHILENA SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

14. Sobre el particular analizaremos el régimen especial para el arbitraje Comercial Internacional en Chile; su ámbito de aplicación, en cuanto al principio de territorialidad; la autonomía de la voluntad de las partes; el acuerdo de arbitraje o convenio arbitral; la composición del Tribunal Arbitral; la competencia del Tribunal Arbitral; la judicialización limitada, en cuanto a la intervención judicial y poderes del árbitro; la ley aplicable en el arbitraje; las medidas cautelares; el recurso de anulación; y por último, el régimen de reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales.

¹² Urrejola Monckeberg, Sergio, “Chile debe contar con una Ley de Arbitraje Internacional”, artículo publicado en *Boletín Jurídico del Ministerio de Justicia*, N° 6, Septiembre de 2004, página 109 y siguientes.

¹³ En la mayoría de los países latinoamericanos se ha adoptado la Ley Modelo prácticamente en bloque. Tal es el caso de Bolivia, Costa Rica, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú y Venezuela, por nombrar algunos. Sin embargo, existen otros países en que ella no ha sido totalmente seguida como es el caso de Brasil, Colombia y Ecuador.

¹⁴ Sanders Pieter, “Unity and Diversity in the adoption of the model law”., artículo publicado en *Arbitration International*, volúmen 11 N° 1 LCIA, 1995. Sobre la historia legislativa de la Ley Modelo y sus 36 artículos puede consultarse “*A Guide to the Uncitral Model Law on International Commercial Arbitration*”, Kluwer 1989, de los autores Holtzmann y Neuhaus.

1.- Régimen especial para el arbitraje Comercial Internacional en Chile

15. La nueva Ley chilena N° 19.971 se aplica únicamente al arbitraje Comercial Internacional, sin afectar ninguno de los tratados internacionales vigentes en Chile, sean multilaterales o bilaterales.
16. En este aspecto la nueva Ley chilena sobre Arbitraje –al igual que la Ley Colombiana– se separan de otras leyes de arbitraje que, también siguiendo el modelo de CNUDMI, se aplican tanto al arbitraje local como al internacional, lo que se ha denominado la concepción monista, recogida, entre otras, por la legislación sobre arbitraje de Alemania¹⁵, de México¹⁶, y de España¹⁷.
17. Las nociones de “internacional” y de “comercial”, son conceptos esenciales para entender el sentido y alcance de la Ley modelo CNUDMI sobre esta materia.
18. Conforme a lo previsto en su artículo 1° N° 3 de la Ley chilena –siguiendo la Ley Modelo–, un arbitraje es internacional si “a) *Las partes en un acuerdo o 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 que las partes tienen sus establecimientos: i) El lugar del arbitraje, si éste se ha determinado en un 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 que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado.*” 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; y si una parte no tiene ningún establecimiento, se tomará en cuenta su residencia habitual (artículo 1° N° 4).
19. Tratándose de la noción de “comercial”, la Ley chilena señala en su artículo 2° lo siguiente: “*debe interpretarse en un sentido amplio para que abarque todas las cuestiones que se plantean en las relaciones de ésta índole, contractuales o no. Se comprenden dentro de éstas, por ejemplo, cualquier operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios, acuerdos de distribución, representación o mandato comercial, transferencia de créditos para su cobro, arrendamiento de bienes de equipos con opción de compra, construcción de obra, consultaría, ingeniería, concesión de licencia, inversión, financiación, banca, seguros, acuerdo o concesión de explotación, asociaciones de empresas y otra forma de cooperación industrial o*

¹⁵ La Ley de Arbitraje Alemana se aplica no sólo al arbitraje Comercial Internacional sino también a los arbitrajes internos y sobre materias no comerciales que puedan tener lugar en Alemania. Sobre el particular puede consultarse el artículo “La Armonización del Derecho de Arbitraje Comercial Internacional: La Nueva Ley Alemana de Arbitraje”, del profesor Miguel Checa Martínez, publicado en la *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, año 1998, página 353 y siguientes.

¹⁶ Ley de Arbitraje del año 1993. Sobre el particular puede consultarse el artículo de Rodríguez Díaz, Manuel, “El Desarrollo del Arbitraje Comercial en las últimas Décadas en México”, *Revista Iberoamericana de Arbitraje*, Mayo año 2001.

¹⁷ Ley N° 60-2003, de 23 de Diciembre de 2003 que se aplica tanto al arbitraje local como al arbitraje internacional. Sobre las comparaciones entre la nueva Ley española y la Ley chilena puede consultarse a Biggs Gonzalo, “Breakthrough for International Commercial Arbitration in Chile”, publicado en *Dispute Resolution Journal*, volumen N° 59 N° 1, Febrero – Abril de 2004, página 65 y siguientes.

*comercial, transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima, férrea o por carretera*¹⁸.

20. Tal como queda en claro de la lectura de esta norma la expresión “comercial” que utiliza la ley es distinta y mucho más amplia que el concepto de comercio consagrado en el artículo 3° del Código de Comercio chileno.

2.- Ámbito de aplicación: Principio de territorialidad

21. La ley chilena sobre Arbitraje Comercial Internacional, con algunas excepciones, se aplica únicamente si el lugar o sede del arbitraje se encuentra en el territorio de Chile (artículo 1° N° 2)¹⁹.
22. El principio de territorialidad tiene una antigua acogida en el ordenamiento jurídico chileno. Al efecto, en el Código Civil se establece que: “*La Ley es obligatoria para todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros*” (artículo 14) y, por su parte, en el artículo 16 del mismo Código, se prescribe que: “*Los bienes situados en Chile están sujetos a las leyes chilenas, aunque sus dueños sean extranjeros y no residan Chile*”.

3.- Autonomía de la voluntad de las partes

23. La Ley chilena de Arbitraje Comercial Internacional, siguiendo el modelo de la Ley Modelo CNUDMI, recoge el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, tanto en cuanto a la ley aplicable al fondo del litigio como a la ley adjetiva o procesal. En efecto, pocas son las normas de carácter imperativo, de modo que las partes siempre pueden prever expresamente de forma contraria lo previsto por la ley y, en este sentido, son muchas las ocasiones en que se establece como salvedad que las podrán acordar de otro modo.
24. En cuanto a la ley aplicable al fondo del litigio, las partes pueden determinar libremente las normas de derecho sustantivas aplicables (artículo 28 N° 1).
25. Por su parte, en el aspecto procesal, se reconoce a las partes la libertad para acordar la forma en que debe tramitarse el arbitraje (artículo 19 N° 1); las partes tienen amplia libertad para acordar los procedimientos arbitrales, incluso pueden formular ellas mismas las reglas de procedimiento, aunque este último no es frecuente en la práctica. Lo ordinario es que las partes incorporen en el compromiso un conjunto uniforme de reglas de arbitraje, como la normativa de CNUDMI sobre la materia, tanto en el caso de

¹⁸ Esta larga numeración recién transcrita está contenida en una nota a pie de página del artículo 1° de la Ley Modelo acerca de qué debe considerarse como “comercial”; sin embargo muchos países, al igual que en la Ley chilena, al adoptar la Ley Modelo han preferido incorporar esta nota en el texto, tal como ocurre con la Ley canadiense de la Provincia de British Columbia, Chipre, Egipto, Nigeria, Escocia, Ucrania, etc..

¹⁹ Las excepciones a la aplicación territorial de la Ley, siguiendo a la Ley Modelo, están contempladas en sus artículos 8 y 9, relativos al reconocimiento de las sentencias arbitrales que se aplican prescindiendo del lugar del arbitraje o de la ley que ha regulado la sentencia o el acuerdo arbitral, y los artículos 35 y 36 sobre reconocimiento y fuerza obligatoria de la sentencia se aplican prescindiendo del país en el cual sentencia fue pronunciada.

arbitraje ad hoc como en el caso de arbitraje institucional. Asimismo, ellas pueden complementar las reglas uniformes con otros conjuntos de reglas que tengan mayor extensión que aquellas en algunos aspectos o que se adaptan mejor las circunstancias particulares²⁰.

26. La mayor parte de las legislaciones procesales latinoamericanas autorizan a las partes – salvo en aquellos contados casos en que el orden público procesal del lugar del arbitraje lo impide- dejar de lado normas procesales que regirían el arbitraje si las partes no dispusieran lo contrario, ya sea simplemente para derogarlas en el caso concreto o para reemplazarlas por otras distintas²¹.
27. En cuanto a la aplicación de las normas del reglamento de CNUDMI sobre arbitraje, ellas fueron adoptadas por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil en el mes de Abril de 1976, con el propósito de proporcionar un moderno conjunto de reglas contractuales que fueron aplicables a los arbitrajes ad hoc; Reglamento que se inspira en los principios básicos siguientes:
- a) En la prevalencia de las disposiciones imperativas de procedimiento, porque ningún Estado estaría dispuesto a aceptar el resultado de un procedimiento de arbitraje, que sea llevado a cabo en su territorio o bajo su ley de procedimiento, si los árbitros vulneran las normas de orden público sobre procedimiento²²; y
 - b) La discrecionalidad del Tribunal en la conducción del procedimiento en el entendido que las partes sean tratadas con igualdad y que en cualquier estado del proceso se les de a cada parte la más completa oportunidad para exponer su caso²³.

Las normas del Reglamento de CNUDMI pueden ser libremente modificadas por las partes, alternativa que está consagrada expresamente en su artículo 1°.

28. Ahora bien, si las partes no han elegido el conjunto de reglas para regular el arbitraje, la Ley Modelo de CNUDMI, contiene reglas elementales no obligatorias, y por ende supletorias del silencio de los litigantes, que abarcan desde el inicio, la tramitación y hasta el pronunciamiento del laudo arbitral, conforme a las cuales el tribunal arbitral puede dirigir el arbitraje de modo que considere mas apropiado, pudiendo determinar la admisibilidad, la pertinencia y el valor de las pruebas (artículo 19 N° 2 de la Ley chilena). Lo anterior permite que el Tribunal Arbitral pueda conducir el arbitraje con independencia a las reglas locales que regulan el procedimiento en un arbitraje

²⁰ Sandoval Ricardo, *op. cit.* página 112.

²¹ Grigera Naon, Horacio, *op. cit.*, página 52.

²² Este principio está recogido en el artículo 1° del Reglamento al expresar: “*Estas reglas gobernarán los arbitrajes, excepto cuando cualquiera de estas reglas pugnen con las normas de procedimiento que no pueden ser derogadas, en tales caso las normas inderogables prevalecerán*”.

²³ El principio de discrecionalidad del Tribunal, tiene un destacado valor practico en el arbitraje comercial internacional, en el cual es frecuente que una o ambas partes no estén familiarizadas con los diversos aspectos de la ley del lugar en donde se tramita (lex foris), evitando de esta forma realizar un profundo estudio de dicha normativa, que incluso puede estar redactada en un idioma desconocido por los litigantes.

- domestico. Lo anterior permite que los árbitros puedan adoptar las características del procedimiento con que las partes (y ellos mismos) estuvieran familiarizadas o fuesen al menos aceptables para ellas.
29. Por ejemplo, cuando ambas partes proceden de un sistema jurídico de “common law”, el Tribunal Arbitral podrá solicitar declaraciones juradas y ordenar de interrogatorio previo a la vista en mayor medida que en un caso en que las partes sean de tradición romanista, en el que, por citar otro ejemplo, la modalidad de las actuaciones podría ser mas inquisitoria que contradictoria; esta discrecionalidad en cuanto al procedimiento en todo estos casos parece ir encaminada a facilitar el arbitraje comercial internacional, mientras que verse forzado a aplicar la ley del país donde el arbitraje tiene lugar plantearía una importante desventaja a las partes que no está acostumbradas con ese sistema concreto, y posiblemente peculiar, de procedimiento y presentación de pruebas²⁴.
30. Con todo, existen ciertos límites a la autonomía de las partes y la discrecionalidad del Tribunal Arbitral en cuanto a las normas de procedimiento, conforme al principio consagrado en el artículo 18 de la Ley chilena sobre arbitraje comercial internacional, esto es, el principio del trato equitativo de las partes, conforme al cual éstas deben ser tratadas con igualdad y darse a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos. En el mismo sentido, se establecen otras normas procesales que limitan la facultad discrecional del Tribunal Arbitral, en cuanto a las audiencias orales para efectuar alegatos y presentación de pruebas; al derecho de cada parte de ser notificada con suficiente antelación a cualquier audiencia o comparendo ante el Tribunal Arbitral, el derecho de cada parte para recibir todas las declaraciones, documentos o cualquier otra información que haya sido entregada por la otra parte al Tribunal Arbitral, y el derecho de las partes para recibir informe de peritos o cualquier documento probatorio que tenga relevancia para la decisión de la controversia, no pudiendo ser modificada por la autonomía de los litigantes ni por el poder discrecional del Tribunal Arbitral²⁵.

4.- Acuerdo de arbitraje o convenio arbitral

31. En el Capítulo II de la Ley Chilena de Arbitraje Comercial Internacional, en los artículos 7 y siguientes, se trata el acuerdo de arbitraje o convenio arbitral, recogiendo lo estipulado en la Ley Modelo, inspirándose en la Convención de Nueva York de 1958, pero con algunas innovaciones destinadas a eliminar las imprecisiones que ésta última había denotado en su aplicación.
32. La Ley Modelo no sólo reconoce un acuerdo relativo a una controversia existente, sino también a un acuerdo referente a cualquier controversia a futuro; al mismo tiempo que reconoce un acuerdo de arbitraje con independencia de que adopte la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.

²⁴ Notas de la Ley Modelo CNUDMI contenidas en el *Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*, volumen XVI, 1985, página 131 y siguientes.

²⁵ Sandoval Ricardo, op. cit. página 112.

33. La Ley chilena, siguiendo a la Ley Modelo de CNUDMI, reconoce un acuerdo de arbitraje si la controversia existente o futura se refiere a una “determinada relación jurídica contractual o no contractual”, dándosele a esta expresión una interpretación amplia, de modo que abarque todos los asuntos comerciales no contractuales que ocurran en la práctica (por ejemplo, un tercero que interfiera en las relaciones contractuales; la violación de una marca u otra forma de competencia desleal)²⁶.
34. Asimismo, se establece que el acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito lo cual se entiende cumplido no sólo a través de un documento escrito firmado por las partes sino también a través de un intercambio de cartas, telex, telegramas u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación, en que la existencia de un acuerdo sea firmada por una parte sin ser negada por la otra (artículo 7° N° 2).
35. En cuanto a la exigencia de la forma “escrita” del acuerdo dispuesta en el artículo 7°, en concordancia con lo establecido en el artículo 3° de la Ley 19.799, sobre Documentos Electrónicos, Firma Electrónica y Servicio de Certificación de dicha Firma, debe entenderse que tal exigencia se cumple si el acuerdo se contiene en un documento electrónico, lo que significa que en Chile pueden prestarse servicios arbitrales electrónicos, del mismo modo como se hace actualmente en otros lugares del mundo²⁷.
36. Por último, cabe consignar que la referencia hecha en un contrato o un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye acuerdo de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato. Lo anterior significa que no es necesario una referencia explícita a la cláusula de arbitraje que figura en el mismo.
37. El incumplimiento del requisito de constar el acuerdo de arbitraje por escrito puede sanearse si la parte se somete a las actuaciones arbitrales, es decir, participa en ellas sin oponer la excepción relativa a la inexistencia o falta de validez del acuerdo de arbitraje²⁸.

5.- Composición del Tribunal Arbitral

38. La Ley chilena sobre arbitraje comercial internacional recoge el principio de la Ley Modelo consistente en que las partes pueden determinar libremente el número de árbitros; sólo a falta de acuerdo de éstas, los árbitros serán tres. Se adoptó el número de tres, como en el Reglamento de la CNUDMI (Artículo 5), porque parece ser el número

²⁶ Notas de la Ley Modelo UNCITRAL *Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*, volumen XVI, 1985, página 120.

²⁷ Sobre esta materia puede consultarse el trabajo del suscrito intitulado “El Arbitraje on Line en el Comercio Internacional”, publicado en *Gaceta Jurídica* N° 288, año 2004, página 20 y siguientes y en la página www.camsantiago.cl

²⁸ Notas sobre la Ley CNUDMI *Anuario de la Comisión de Las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*, volumen XVI, 1985, página 120.

más común en el arbitraje comercial internacional, aunque también son comunes los casos de arbitraje con árbitro único, especialmente en casos menos complejos²⁹.

39. En cuanto al nombramiento de los árbitros, regulado en el artículo 11 de la Ley chilena, salvo acuerdo en contrario de las partes, la nacionalidad de una persona no puede ser obstáculo para que ésta actúe como árbitro. Sobre el particular se presenta la duda acerca de qué ocurre frente a un arbitraje de derecho, esto es, si es menester que los árbitros sean abogados, ya que si fuera así conforme a lo dispuesto en el artículo 526 del Código Orgánico de Tribunales de Chile, sólo los chilenos pueden ejercer la profesión de abogado, lo que significaría que no podrían actuar como árbitros en Chile abogados de otras nacionalidades. En nuestra opinión, dicha conclusión sería errónea ya que las normas que rigen el arbitraje comercial internacional no establecen requisitos para ser designado árbitro en cualquier calidad, y lo que prima siempre es la voluntad de las partes. A la misma conclusión debe llegarse si se examina la historia de la Ley 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional en Chile, ya que son las partes las llamadas a decidir la calidad del o los árbitros que habrán de conocer y resolver una controversia, por lo que se aplica en la especie el principio de autonomía de la voluntad³⁰.
40. En el mismo artículo 11 de la Ley chilena se establece que las partes pueden acordar libremente el procedimiento para el nombramiento de él o los árbitros, y a falta de acuerdo cada parte nombrará un árbitro y los dos árbitros así designados nombrarán al tercero; y si una parte no nombra al árbitro dentro del plazo de 30 días de recibido un requerimiento de la otra parte, o si los dos árbitros no consiguen ponerse de acuerdo sobre el tercer árbitro dentro de los 30 días contados de su nombramiento, la designación debe ser hecha, a petición de una de las partes, por el Presidente de la Corte de Apelaciones correspondiente al lugar donde debe seguirse el arbitraje, siendo las resoluciones de éste último inapelables.
41. En cuanto a los motivos de recusación, con el objeto de preservar los principios de imparcialidad e independencia del Tribunal Arbitral, y asegurar el estricto cumplimiento de las normas éticas, se establecen los motivos de recusación y el procedimiento para llevar adelante ésta³¹.

6.- Competencia del Tribunal Arbitral

42. En el capítulo IV de la Ley chilena sobre Arbitraje Comercial Internacional, en su artículo 16 se recoge el principio según el cual el Tribunal Arbitral puede determinar su

²⁹ En otras legislaciones de arbitraje, como es la reciente ley española a falta de acuerdo de las partes se establece un árbitro único (artículo 12).

³⁰ En el mismo sentido se pronuncia Zelada Pérez Mauricio, en el artículo "Proyecto de Ley de Arbitraje Comercial Internacional", publicado en el *Boletín Jurídico del Ministerio de Justicia de Chile*, N° 6 Septiembre de 2004, página 101 y siguientes, en su calidad de asesor legislativo del Ministerio de Justicia, quien señala que "Los abogados extranjeros no están actuando en calidad de abogados sino simplemente de árbitros, cuya idoneidad ha sido calificada por las partes al momento de efectuar su nombramiento", por lo que no podría objetarse que los árbitros abogados sean de nacionalidades distintas a la chilena.

³¹ Sobre esta materia puede consultarse artículo del suscrito "La Ética en el arbitraje Comercial Internacional", publicado en la página www.camsantiago.cl.

- propia competencia, incluyendo cualquier alegación u objeción relativa a la existencia o validez del compromiso.
43. Al mismo tiempo, se consagra en esta norma la doctrina de la separabilidad de la cláusula compromisoria, conforme a la cual una cláusula sobre arbitraje que forma parte de un determinado contrato se considera como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones de dicho contrato, de manera que una decisión del Tribunal Arbitral que se pronuncie sobre la nulidad o la inexistencia del aludido contrato no determina ipso facto la invalidez del compromiso. Por lo tanto, el Tribunal Arbitral no dejará de tener competencia para decidir sobre la nulidad del contrato a menos que llegue a la conclusión que el efecto que causa la nulidad del contrato afecta también a la cláusula compromisoria misma. El principio de separabilidad es aplicable cualquiera que sea la naturaleza del defecto, a diferencia de lo que ocurre con algunas legislaciones nacionales que hacen la distinción a ese respecto entre defectos iniciales y motivos posteriores de nulidad³².
 44. La excepción de incompetencia del Tribunal Arbitral debe oponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación, a menos que el Tribunal Arbitral admita una excepción presentada más tarde por considerar justificada la demora (artículo 16 N° 2).
 45. El Tribunal Arbitral puede decidir las excepciones de incompetencia como cuestión previa o en el laudo sobre el fondo. Si lo resuelve como cuestión previa y el Tribunal Arbitral se declara competente, cualquiera de las partes, dentro de los 30 días siguientes al recibo de la notificación de esa decisión, puede solicitar al Presidente de la respectiva Corte de Apelaciones que resuelva la cuestión, siendo su resolución inapelable, y mientras se encuentre pendiente resolver, el Tribunal Arbitral puede continuar el procedimiento de arbitraje incluso llegar a dictar el laudo arbitral³³.

7.- Judicialización limitada: intervención judicial y poderes del árbitro

46. Constituye un principio básico del desarrollo del arbitraje comercial internacional la limitación de la intervención judicial durante el arbitraje, siendo uno de los elementos esenciales para comprender la Ley Modelo de la CNUDMI, en cuyo artículo 5°, recogido en los mismos términos por la Ley chilena, se establece que “*Los asuntos que se rijan por la presente Ley no intervendrá ningún Tribunal salvo en los casos en que esta Ley así lo disponga*”. Al respecto, los casos de intervención establecidos en la nueva Ley chilena de Arbitraje Comercial Internacional son los siguientes: designación de árbitro a falta de acuerdo, recusación y remoción del árbitro, decisión del Tribunal Arbitral de declararse competente y petición de nulidad del fallo.

³² Notas sobre la Ley Modelo, *Anuario de la Comisión de Las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*, volumen XVI, año 1985, página 128.

³³ Esta solución se adoptó, según se deja constancia en las notas de la Ley Modelo con el propósito de evitar tácticas dilatorias y el abuso de cualquier derecho a apelar en forma inmediata, según consta de dichas notas, *op. cit.* página 130.

47. Lo anterior significa excluir todo poder general o residual dado a los Tribunales en un sistema nacional que no esté enumerado en la Ley Modelo, lo que resulta especialmente beneficioso para el arbitraje comercial internacional, ya que, tal como lo indica la historia de la Ley Modelo, el recurso de la intervención de los Tribunales durante las actuaciones arbitrales a menudo sólo se utilizaba como una táctica dilatoria y constituía con mayor frecuencia un abuso de las actuaciones arbitrales más que una protección contra el abuso³⁴.
48. Por otro lado, debe tenerse presente que la limitación de la intervención judicial sobre el arbitraje no es incompatible con que, en determinados aspectos, los Tribunales nacionales presten al arbitraje una asistencia judicial necesaria, según lo dispone el artículo 6° de la Ley chilena, entregando al Presidente de la Corte de Apelaciones del lugar donde deba seguirse el arbitraje ciertas facultades en materias tales como el nombramiento de los árbitros a falta de acuerdo de las partes, la procedencia de una recusación planteada al árbitro, el nombramiento de un árbitro sustituto cuando el árbitro se vea impedido de ejercer el cargo, el pronunciarse sobre el actuar como Tribunal de Apelación frente a la resolución del Tribunal Arbitral que rechaza una excepción de incompetencia.
49. En el examen de constitucionalidad efectuado por el Tribunal Constitucional chileno, se estableció que la norma del artículo 5° en comento se ajustaba a la Constitución Chilena, en el entendido que deja a salvo las atribuciones que la Constitución otorga a la Corte Suprema de ejercer la Superintendencia directiva correccional y económica sobre todos los Tribunales de la Nación, al igual que el conocimiento de las acciones jurisdiccionales que contempla la Carta Política a favor de quienes puedan verse afectados en sus derechos fundamentales por la aplicación de dicha Ley³⁵.
50. Con todo, debemos tener presente que el artículo 5° precitado no excluye la intervención del Tribunal respecto a otras cuestiones que no se rijan por la Ley Modelo como por ejemplo cuestiones sobre los efectos de la inmunidad estatal, las relaciones contractuales entre las partes y los árbitros o la institución arbitral, los derechos y las costas, etc.³⁶.

8.- Ley aplicable en el arbitraje

51. En la determinación del derecho aplicable al fondo del litigio, la Ley Chilena de Arbitraje Comercial Internacional establece que el tribunal arbitral decidirá el litigio conforme a las normas de derecho elegidas por las partes; y si éstas no indican las leyes aplicables, el tribunal arbitral debe aplicar la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables, considerando las estipulaciones del contrato y los usos mercantiles.

³⁴ *Anuario de la Comisión de Las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil*, volumen XVI, año 1985, página 11 y siguientes.

³⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional de Chile de fecha 25 de Agosto de 2004.

³⁶ Notas de la Ley Modelo *Anuario de la Comisión de Las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*, volumen XVI, 1985, página 118.

52. Conforme a esta norma la Ley entrega a la partes la libertad para elegir las normas de derecho aplicables, lo que significa que éstas podrían aplicar a su caso normas de más de un sistema jurídico, incluidas normas de derecho que se hayan elaborado a nivel internacional³⁷. Lo anterior significa, por ejemplo que las partes podrían escoger los principios UNIDROIT como ley aplicable a la controversia³⁸. En otras leyes de arbitraje comercial internacional, en ausencia de elección por las partes del derecho aplicable al fondo del litigio, se ha entregado al árbitro un margen discrecional en la concreción de la Ley aplicable. Así por ejemplo en la Ley de arbitraje alemana se establece que el árbitro puede determinar la ley aplicable conforme al criterio de la relación más estrecha³⁹; por su parte, en la legislación española se establece que en ausencia de la elección de la ley aplicable por las partes, los árbitros aplicarán las que estimen más apropiadas⁴⁰.

9.- Medidas cautelares

53. El Tribunal Arbitral tiene la facultad implícita, salvo acuerdo en contrario de las partes, de ordenar a cualquiera de ellas que adopte las medidas provisionales cautelares que el mismo estime necesarias respecto del objeto del litigio, pudiendo exigir de cualquiera de las partes una garantía apropiada en conexión con dichas medidas (artículo 17 Ley chilena). Las medidas provisionales cautelares destinadas a evitar o mitigar pérdidas pueden ser amplias, con la limitación que deben estar referidas al objeto del litigio⁴¹. La indicada norma no otorga al Tribunal Arbitral la facultad de ejecutar sus resoluciones ni prevé la ejecución judicial de las órdenes del Tribunal Arbitral⁴².

10.- Recurso de anulación

54. Como consecuencia del principio antes analizado de limitación de la intervención judicial en el arbitraje, la ley chilena de arbitraje comercial internacional, siguiendo en este aspecto a la Ley Modelo CNUDMI, establece que el único medio de impugnación del laudo arbitral es el recurso de nulidad, fundado en las causales que taxativamente se indican en el artículo 34, que son básicamente las mismas que establece la Convención de Nueva York de 1958. Al efecto, las causales de nulidad son las siguientes:

³⁷ Notas de la Ley Modelo, *Anuario de la Comisión de Las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*, volumen XVI, 1985, página 140.

³⁸ El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) es una agencia intergubernamental que publicó en el año 1994, para los contrato de comercio internacional, un conjunto de normas con las que se pretende ofrecer una regulación general y homogénea del derecho contractual internacional. En la actualidad los principios UNIDROIT son frecuentemente utilizados por los árbitros para fundamentar los laudos emitidos en el marco de un arbitraje comercial internacional. Sobre el particular puede consultarse la página web www.unidroit.org

³⁹ Checa Martínez Miguel, *op. cit.* página 356.

⁴⁰ Artículo 34 N° 2 de la Ley 60-2003, sobre arbitraje en España. Otros criterios para determinar la ley aplicable empleados en otras legislaciones pueden consultarse en Sanders Pieters, *op. cit.* página 17.

⁴¹ Notas Ley Modelo, *Anuario de la Comisión de Las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*, volumen XVI año 1985, página 131.

⁴² Sobre esta materia puede consultarse el artículo de Shwartz, Eric "The ICC Arbitration Rules and the Uncitral Model Law" publicado por *Arbitration International*, volumen 9 N° 3 LCIA, 1993, página 239 y siguientes.

- a) La incapacidad de algunas de las partes en el convenio arbitral;
- b) La invalidez del convenio arbitral;
- c) La falta de notificación del nombramiento de uno de los árbitros o del procedimiento arbitral, o de cualquier otro supuesto que impidiese hacer valer sus derechos de defensa;
- d) La incongruencia entre el laudo arbitral y el convenio arbitral o si el laudo contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje;
- e) Si la composición del tribunal arbitral o del procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición de la ley de que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se hayan ajustado a la ley chilena de arbitraje;
- f) Que el tribunal compruebe que según la ley chilena, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o que el laudo es contrario al orden público de Chile.

La petición de nulidad no puede formularse después de transcurrido tres meses contados desde la fecha de recepción del laudo. El laudo arbitral sólo podrá ser anulado por las respectivas Cortes de Apelaciones, gozando la petición de nulidad de preferencia para su vista y fallo. Una vez resuelto el recurso de nulidad, cabe preguntarse si dicha resolución podría ser susceptible de un recurso de queja ante la Corte Suprema de Chile, ello teniendo especialmente en consideración lo que hemos expuesto en el acápite séptimo precedente, en el sentido que la nueva ley sobre arbitraje comercial internacional, en cuanto a la limitación de las facultades de los Tribunales Ordinarios para intervenir, debe entenderse, conforme al pronunciamiento del Tribunal Constitucional Chileno, sin perjuicio de la Superintendencia directiva correccional y económica de la Corte Suprema. Sobre el particular, nos inclinamos a pensar que no sería procedente el recurso de queja ante la Corte Suprema, dado, por una parte el carácter extraordinario que éste tiene y tendiendo en consideración el carácter de “lex specialis” de la Ley chilena sobre Arbitraje Comercial Internacional, conforme al cual en caso de conflicto, sus disposiciones son aplicables a los arbitrajes comerciales internacionales, con preferencia sobre las disposiciones aplicables a los arbitrajes en general⁴³.

11.- Régimen de reconocimiento y ejecución de laudos

55. Esta materia se encuentra regulada en los artículos 35 y 36 de la Ley chilena sobre Arbitraje Comercial Internacional, normas que siguiendo la Ley Modelo, adoptan casi literalmente la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales de Nueva York de 1958. Al respecto, es preciso indicar que el campo de aplicación de las normas de la Ley Modelo CNUDMI es distinto del ámbito de aplicación de la Convención de Nueva York precitada, ya que la primera se aplica a todas las sentencias que dicen relación con el Arbitraje Comercial Internacional, lo que también incluye a

⁴³ El principio de *lex specialis* está recogido en la Ley Modelo CNUDMI en la cual se inspira la Ley chilena según consta en las notas de dicha ley en el *Anuario de la Comisión de Las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*, volumen XV, año 1985, página 9 y siguientes.

las sentencias que hayan sido pronunciadas en el Estado en donde dicho reconocimiento y ejecución se ha solicitado, a diferencia de la Convención de Nueva York que se aplica sólo a las sentencias arbitrales extranjeras, esto es, aquellas que no han sido dictadas por el tribunal del Estado en el que se ha solicitado dicho reconocimiento y ejecución.

56. Un laudo arbitral cualquiera que sea el país en que se haya dictado será reconocido como vinculante cumpliendo el procedimiento establecido en el artículo 35 de la Ley chilena sobre Arbitraje Comercial Internacional.
57. Los motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución del laudo si se prueban algunas de las causales indicadas en el artículo 36 de la Ley que se prevé para rechazar la ejecución o el reconocimiento del laudo.

CONCLUSIONES

58. Como hemos podido observar, la nueva Ley chilena sobre Arbitraje Comercial Internacional recoge el principio de uniformidad internacional en la regulación del arbitraje, al hacer suya la Ley Modelo CNUDMI de 1985, entregando de esta forma una normativa flexible sobre esta materia fundada en el principio de la autonomía de la voluntad de las partes.
59. Igualmente, cabe destacar que Chile ha suscrito y ratificado la Convención de las Naciones Unidas sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, de Nueva York de 1958 y la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, de Panamá de 1975, lo que facilita el funcionamiento eficiente del sistema arbitral internacional en Chile.
60. Al mismo tiempo, la clara limitación en la intervención judicial de los Tribunales Ordinarios, asegura el buen funcionamiento del sistema arbitral internacional en Chile.
61. En suma, en nuestra opinión, con la aprobación de la nueva Ley chilena sobre Arbitraje Comercial Internacional, Chile se ha convertido en una atractiva sede arbitral, a fin de que inversionistas y contrapartes extranjeras lo escojan como sede de arbitrajes comerciales internacionales, especialmente en el contexto latinoamericano.

DE LA JURISPRUDENCIA

Crónica de la jurisprudencia boliviana

Javier Villalobos, Bolivia

Director del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio y Servicios de Cochabamba

APLICACIÓN TEMPORAL DE LA NORMA ADJETIVA

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

JOSÉ STERLING CHÁVEZ MEDINA C/ EMPRESA "METROCRUZ S.R.L.

DISTRITO: SANTA CRUZ

AUTO SUPREMO

Sucre, 2 de diciembre de 1999.

VISTOS: El recurso de casación en la forma y en el fondo interpuesto de fs. 95 a 100 por Ricardo Alfredo Andreani Charette, contra el A.V. de fs. 82, enmendado a fs. 84 vta., pronunciado el 14 de agosto de 1999 por la Sala Civil Segunda de la R. Corte Superior del Distrito Judicial de Santa Cruz, en el proceso ordinario sobre resolución de contrato seguido por José Sterling Chávez Medina contra la Empresa Unipersonal "Metrocruz S.R.L.", los antecedentes procesales; y

CONSIDERANDO: Contra la resolución de segundo grado que revoca el auto de 18 de marzo de 1999 pronunciado por el Juez 10° de Partido en lo Civil, disponiendo que el juez de origen prosiga con el conocimiento de la causa, Ricardo Alfredo Andreani Charette recurre de casación tanto en el fondo como en la forma, alegando la infracción de los arts. 7, 190, 254-4), 397 y 400 del Cód. Pdto. Civ., 1296 y 1330 del Cód. Civ., 9, 10, 12, 22, 44 y 97 de la L. N° 1770 de 10 de marzo de 1997, respecto a la apreciación y valoración de las pruebas, así como en relación a la competencia discutida por vía de declinatoria.

CONSIDERANDO: De la revisión de los antecedentes que informan al proceso, se llega a evidenciar los siguientes extremos:

1) El Pdto. Civ. en su Título V, Capítulos I y II del Libro IV, en sus arts. 712 al 746 establecía facultades a las partes para someter a la decisión de árbitros de derecho, las controversias que puedan nacer de un determinado contrato suscrito entre partes, a condición que el compromiso se halle formalizado en escritura pública o documento privado. Esta normativa legal ha sido derogada por el art. 98-1) de la L. N° 1770 de 10 de marzo de 1997, derogatoria que también alcanza a los arts. 1478 al 1486 del Capítulo II, Título I del Libro IV del Cód. Com., promulgado por Decreto Ley de 25 de febrero de 1977; estableciendo nueva regulación procesal en materia de arbitraje.

2) Que en el sub lite, las partes en conflicto -José Sterling Chávez Medina y la Empresa Unipersonal Metrocruz S.R.L. representada por su gerente propietario Ricardo Alfredo Andreani Charette-, suscribieron en 21 de febrero de 1997, un contrato de sociedad accidental para la realización de trabajos de urbanización de un lote de terreno, cuya protocolización en Escritura Pública N° 355/97 cursa en fotocopias legalizadas de fs. 7 a 8 de obrados. Que la referida escritura contiene en su cláusula octava la facultad de someter a las

reglas de arbitraje las controversias y divergencias que se susciten entre las partes.

3) *Que si bien el contrato suscrito entre las partes en conflicto, data del 21 de febrero de 1997, vale decir, antes de la vigencia de la Ley de Arbitraje y Conciliación de 10 de marzo de 1997; sin embargo, el cambio en la normativa legal en materia de arbitraje que introduce la L. N° 1770, no enerva menos anula. La libertad contractual que contiene la cláusula octava de la Escritura Pública N° 355/97 de 21 de febrero de 1997, cuya resolución se demanda; al contrario, la mantiene y confirma según se infiere de sus arts. 1, 2, 3, 9, 10, 11 y 12, manteniendo el derecho subjetivo que tienen las partes de someter a arbitraje las diferencias o controversias que se susciten sobre sus convenciones.*

4) En definitiva, la L. N° 1770 de ninguna manera suprimió el derecho de las partes al arbitraje, únicamente introdujo modificación en cuanto a la regulación procesal, es así que en su art. 12-I-II y III, confiere a las partes la facultad de excepcionar de arbitraje, por cuanto esa elección como medio alternativo de solución de conflictos importa la renuncia de las partes a iniciar proceso judicial, imponiendo a la autoridad judicial a inhibirse de conocer el caso cuando lo solicite la parte judicialmente demandada, a cuyo fin abre la excepción que debe ser interpuesta en forma documentada y antes de la contestación, como ha sucedido en el sub lite y dispone que sea resuelta sin mayor trámite, y sin lugar a recurso alguno.

5) Es de hacer notar que el arbitraje es un medio alternativo distinto a la conciliación, por manera que hay que diferenciarlos, evitando la confusión. Aquél lo conoce un tribunal arbitral y define mediante laudo, ésta se encuentra a cargo de Centros de Conciliación Institucional y conciliadores, tal como señala el Título III, Capítulos I al III de la L. N° 1770. En la especie, no se ha excepcionado de conciliación, pues, esta situación procesal es diferente a la excepción de arbitraje.

6) El juez a quo entendió correctamente la excepción, pero incurrió en error de derecho al enviar a "conciliación", entrando en franca contradicción. La Corte de alzada, debía atender a la excepción dentro de los límites legales, sin que la remisión solicitada al juez ante quien se recurrió en "arbitraje y conciliación" por el demandado, pueda llevarla a confusión, supuesto que, como se anota, no se excepcionó de "litis pendencia", ni ésta era admisible, porque tampoco se suscitó conflicto de competencia, sino únicamente declinatoria de competencia en función del art. 12 de la repetida ley.

CONSIDERANDO: Que así analizado el caso, dentro del marco de las reformas legislativas que se ha introducido en materia de arbitraje, es deber del Tribunal Supremo sentar las bases jurídicas necesarias para una mejor comprensión y atinada aplicación de estas nuevas formas alternativas de solución de conflictos, corrigiendo el proceder de las instancias inferiores en homenaje debido a la "competencia", que es de orden público y revisable de oficio, por lo que al encontrar ciertas las violaciones acusadas corresponde aplicar la norma prevista por el art. 274 del Cód. Pdto. Civ. Así tiene resuelto este Supremo Tribunal en un caso anterior, similar al presente.

POR TANTO: La Sala Civil Primera de la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación, CASA el auto de vista y mantiene la resolución de primer grado de fs. 58 vta. de 18 de marzo

de 1999, en cuanto declara probada la excepción opuesta por el demandado, con la modificación de que no es viable la remisión ordenada porque no se trata de conciliación, sino simplemente de "arbitraje", cuyo procedimiento e integración del tribunal arbitral deberá la parte observar como corresponde. Sin responsabilidad por ser excusable el error de derecho en el que ha incurrido el tribunal ad quem.

APLICACIÓN TEMPORAL DE LA NORMA ADJETIVA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

SENTENCIA CONSTITUCIONAL N° 55/2002

SUCRE, 3 DE JULIO DE 2002

EXPEDIENTE: 2002-04204-09-RDN

PARTES: LUIS CARLOS TERÁN VINCENTI CONTRA JORGE ASBÚN ROJAS, FERNANDO GONZÁLES QUINTANILLA Y ALEJANDRO MELGAR PEREIRA, PRESIDENTE Y MIEMBROS DEL TRIBUNAL ARBITRAL DE LA CÁMARA DE INDUSTRIA, COMERCIO Y SERVICIOS DE SANTA CRUZ (CAINCO)

MATERIA: RECURSO DIRECTO DE NULIDAD

DISTRITO: SANTA CRUZ

VISTOS: El Recurso Directo de Nulidad interpuesto por Luis Carlos Terán Vincenti contra Jorge Asbún Rojas, Fernando González Quintanilla y Alejandro Melgar Pereira, Presidente y miembros del Tribunal Arbitral de la Cámara de Industria, Comercio y Servicios de Santa Cruz (CAINCO); los antecedentes del caso, y

CONSIDERANDO I

En el memorial presentado el 15 de marzo de 2002, cursante de fs. 1257 a 1261, acompañando la prueba preconstituida que sale de fs. 1 a 1219, el recurrente aduce lo siguiente:

I.1 En 7 de abril de 1995, la Molinera "Río Grande" S.A. y su persona, de acuerdo a norma vigentes y al Reglamento de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Industria y Comercio de Santa Cruz (CAINCO), aprobado por su Directorio en septiembre de 1993, acudieron ante el Tribunal de Conciliación y Arbitraje para someter sus discrepancias y conciliar sus divergencias, para lo que se designó un conciliador, bajo cuya participación suscribieron un acta de conciliación de acuerdo con los arts. 41 y siguientes del Reglamento mencionado determinando la realización de un peritaje.

I.2 Esa fecha se establecieron varios acuerdos, como el que estipula que, agotada la instancia de conciliación y si con cuyo resultado no se lograra el avenimiento de las partes, ambas someterían sus diferencias, emergentes de la Gestión Administrativa de la Gerencia General, a la instancia arbitral del Centro de Conciliación y Arbitraje Comercial, para que sean resueltas en forma definitiva según las reglas del procedimiento arbitral del mismo, por tres árbitros designada al efecto. Asimismo, se decidió efectuar un análisis de la Gestión Administrativa de la Gerencia General, para lo que se debían revisar los balances de Gestión de los períodos 93/94 y 94/95, debidamente auditados, encomendándose esa tarea a profesionales competentes o empresas especializadas nominadas de un listado que proporcione el Centro.

I.3 El 12 de diciembre de 2000, la Molinera "Río Grande" S.A., presentó una demanda de arbitraje sustentándose en el nuevo Reglamento de Arbitraje y Conciliación, "que fuera

aprobado y derivado" de la Ley N° 1770, solicitando auxilio judicial al Juez Segundo de Partido en lo Civil, lo que motivó que presente un Amparo Constitucional que, por Sentencia N° 240/2001 de 26 de marzo de 2001, fue declarado procedente con el fundamento de que la normativa aplicable es la establecida por el Centro de Conciliación y Arbitraje de CAINCO, con carácter supletorio los arts. 712 al 738 del Código de Procedimiento Civil, ahora derogados, en cumplimiento del art. 33 de la Constitución.

I.4 Dicha Sentencia Constitucional se puso en conocimiento del Tribunal Arbitral, pero los árbitros la ignoraron y continuaron el conocimiento de la demanda, aplicando el nuevo Reglamento de Conciliación y Arbitraje de CAINCO aprobado en octubre de 1999, violentando inclusive el propio art. 96 del mismo que establece el principio de irretroactividad. Por ello - continúa- se presentó un nuevo Amparo Constitucional, que fue resuelto por Sentencia N° 982/01-R de 14 de septiembre de 2001 en el que el Tribunal Constitucional expresa que, como ya dirimió el problema en un anterior Recurso, está impedido de volver a pronunciarse; y, ante la solicitud de aclaración de CAINCO, el Tribunal emitió el Auto Constitucional N° 51/01-SA de 21 de noviembre de 2001, que declaró no haber lugar a lo impetrado. Pese a todo ello, el Tribunal Arbitral dictó Laudo el 27 de febrero de 2002, cuya nulidad se demanda.

I.5 Impugna el Laudo Arbitral de 27 de febrero de 2002, emitido por el Tribunal Arbitral de CAINCO, dentro del ilegal proceso arbitral N° 01/2001 interpuesto por la Molinera "Río Grande" S.A. contra su persona, por divergencias emergentes de su gestión administrativa como Gerente General de dicha empresa, así como los actos que dieron lugar a esa Resolución, pues han sido realizados sobre a base de una jurisdicción y competencia que no emana de una ley formal aplicable al caso concreto de conciliación y arbitraje iniciado y sustentado en el Acta de Conciliación de 6 de abril de 1995, de lo que -estima- el Tribunal Arbitral recurrido ha usurpado funciones que no le competen, siendo sus actos nulos conforme lo prevé el art. 31 de la Constitución Política del Estado, al haber conculcado los arts. 33 y 81 de la Ley Suprema, al ser estas normas de preferente aplicación como lo establece el art. 228 y no necesitarse reglamentación previa para el cumplimiento de los principios, garantías y derechos reconocidos en las normas señaladas, como lo establece el 229 de la citada Ley Suprema.

Por lo expuesto, interpone Recurso Directo de Nulidad contra el Laudo Arbitral de 27 de febrero de 2001 dictada por Jorge Asbún Rojas, Fernando Gonzáles Quintanilla y Alejandro Melgar Pereira, Presidente y miembros del Tribunal Arbitral de CAINCO.

CONSIDERANDO II

Que, mediante Auto Constitucional No. 113/2002-CA de 22 de marzo de 2002 (fs. 1293 a 1295), la Comisión de Admisión del Tribunal Constitucional, admitió el Recurso Directo de Nulidad interpuesto y dispuso la citación de los recurridos, lo que se cumplió en 4 de abril, conforme se evidencia de la diligencia de fs. 1276.

Por Acuerdo de Ampliación N° 40/02, el Pleno de este Tribunal determinó la ampliación del plazo para emitir Sentencia en el presente asunto, feneciendo el mismo el 3 de julio de 2002.

CONSIDERANDO III

Que, mediante memorial presentado el 10 de abril de 2002 (fs. 2619 a 2622), adjuntando el expediente original del proceso N° 011/2001 que da lugar a este Recurso, los recurridos Jorge Antonio Asbún Rojas, Fernando Gonzáles Quintanilla y Alejandro Melgar Pereira, manifiestan lo que a continuación se anota:

III.1 La conciliación y el arbitraje son institutos de naturaleza y función jurídica diferentes, mientras que el primero es un mecanismo o alternativa no procedimental de resolución de conflictos a través de la cual las partes entre quienes exista una diferencia susceptible de transacción, tratan de superar el conflicto con la colaboración activa de un tercero, objetivo e imparcial, el segundo, es un procedimiento jurisdiccional sui generis, mediante el cual por expresa voluntad de las partes, se defiere la solución de conflictos privados transigibles a un cuerpo colegiado integrado por árbitros, que transitoriamente quedan investidos de jurisdicción para proferir un Laudo.

III.2 En el presente caso, la conciliación iniciada entre las partes, de la que emergió el Acta de Conciliación de 7 de abril de 1995, no les permitió resolver en forma definitiva su controversia, sino simplemente acordar que dicho conflicto sería resuelto en forma definitiva mediante la vía arbitral y no mediante la jurisdicción ordinaria, de tal forma que la Molinera "Río Grande", al considerar agotada la vía conciliatoria, el 12 de diciembre de 2000, presentó ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de CAINCO, una demanda arbitral contra Luis Carlos Terán Vincenti, expresando que en la vía conciliatoria no se llegó a ningún acuerdo, por lo que hacía uso de la cláusula compromisoria e iniciaba proceso arbitral.

III.3 Expresan que el proceso arbitral no se inicia con la redacción de la cláusula compromisoria, ni con el desarrollo de la conciliación, sino con la presentación de la demanda, encontrándose este criterio en diversas normas como la Ley Modelo Sobre Arbitraje Comercial Internacional, el Reglamento del Consejo Superior de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de España, y el propio Reglamento de Procedimiento Arbitral de la CAINCO, que en su art. 57 establece que el arbitraje se inicia a simple solicitud escrita y/o demanda de arbitraje ante el Centro, lo que en este caso se produjo en 12 de diciembre de 2000.

III.4 Alega que a partir de la presentación de la demanda, el Tribunal Arbitral asumió competencia plena y en ejercicio de la misma, tramitó el proceso arbitral, aplicando estrictamente el Reglamento de Procedimiento Arbitral del Centro de Conciliación y Arbitraje de la CAINCO, pues su art. 96 dice que los procesos arbitrales en curso se registrarán por el reglamento vigente al inicio del procedimiento y como la demanda se presentó el 12 de diciembre de 2000 debe aplicarse el Reglamento aprobado en octubre de 1999, ya que "la aplicación de la norma procesal en el tiempo ha sido expuesta por el Tribunal Constitucional en sus sentencias SC N° 036/01 de 30 de mayo de 2001, 280/01-R y 1190/01-R, en las que señala que en materia procesal la ley que rige es la que se encuentra vigente en el momento de sustanciar la causa en cuestión" (sic), por lo que la pretensión de Luis Carlos Terán Vincenti se asienta en el desconocimiento de las diferencias jurídicas existentes entre la conciliación y el proceso arbitral.

III.5 El Recurso Directo de Nulidad planteado por el demandante, tiene como argumento la utilización por parte del Tribunal Arbitral, del Procedimiento de 1999 y no el de 1993, o sea que no objeta ni cuestiona la competencia y jurisdicción del Tribunal Arbitral, pues éste se conformó de acuerdo a las reglas del Procedimiento Arbitral vigente de la CAINCO y a la cláusula compromisoria suscrita entre las partes, por lo que el Tribunal que conforman tenía plena competencia para conocer y resolver el proceso, que concluyó con el Laudo N° 011/2002 de 27 de febrero de 2002.

Pidieron se declare infundado el Recurso.

CONSIDERANDO IV

Que, de los actuados que informan el expediente, se establece que:

IV.1 En 7 de abril de 1995 (fs. 1277 y 1278), en el Centro de Conciliación y Arbitraje de la CAINCO, suscribieron un Acta de Conciliación entre la Compañía Molinera "Río Grande" S.A., representada por su Presidente, Gregorio Navarro Quiroga, y el Gerente General de la misma, Luis Carlos Terán Vincenti, oficiando como Conciliador, Carlos Alberto Suárez Chávez., habiendo acordado lo que se apunta seguidamente:

- a) Todas las divergencias planteadas y otras que puedan surgir dentro de la relación entre las partes, serán resueltas por la vía voluntaria y en forma definitiva por el procedimiento de conciliación y de acuerdo a las normas correspondientes del centro de Conciliación y Arbitraje de CAINCO;
- b) Agotada la instancia de conciliación, sin llegar a un avenimiento de las diferencias, someterán los términos de las mismas, emergentes de la gestión administrativa de la Gerencia General de la empresa citada, a la instancia arbitral del Centro de Conciliación y Arbitraje Comercial de CAINCO, para que sean resueltas en forma definitiva según las reglas del procedimiento arbitral de dicho Centro, por tres árbitros designados al efecto.
- c) Efectuar un análisis de la Gestión administrativa de la Gerencia General para revisar los Balances de Gestión 93/94 y 94/95, encargando esa tarea a profesionales y/o empresas especializadas nominados de un listado proporcionado por el Centro.
- d) Luis Carlos Terán continuaría en sus funciones de Gerente General exclusivamente para facilitar y viabilizar la labor referida a los balances de gestión, y, una vez esclarecidos los puntos divergentes, se determinaría de común acuerdo el cese de la función gerencial;
- e) Se señaló como próxima reunión el 7 de abril del mismo año.

IV.2 Por memorial presentado el 12 de diciembre de 2000 (fs. 1282 y 1283), Juan Pablo Navarro Wieler, en representación de la empresa molinera "Río Grande" S.A., presentó ante los "Árbitros del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Industria y Comercio de Santa Cruz", demanda arbitral de pago de tres millones de dólares americanos por daño

económico ocasionado por administración fraudulenta, más pago de daños y perjuicios, contra Luis Carlos Terán Vincenti.

IV.3 La Directora Ejecutiva del mencionado Centro, en 13 de diciembre de 2000 (fs. 1285), resolvió recepcionar la demanda y convocó a las partes a proceder a la designación de los árbitros, de la Nómina Oficial de Árbitros de esa entidad. El demandado opuso, en 21 de diciembre de 2000 (fs. 1288), la excepción de incompetencia y pidió declinatoria "por haberse operado la prescripción". La mencionada Directora del Centro de Conciliación y Arbitraje, por carecer de facultad para resolverla, la recibió, disponiendo sea conocida y resuelta por el Tribunal Arbitral una vez conformado.

IV.4 La empresa Molinera "Río Grande" S.A., en 27 de diciembre de 2000 (fs. 1291), nombró como árbitro de su parte a Alejandro Melgar Pereira, haciéndole conocer su designación en 2 de enero de 2001 (fs. 1293), el cual manifestó su voluntad de aceptar el nombramiento por carta presentada el 4 de enero de 2001 (fs. 1296).

IV.5 A solicitud de la empresa demandante (fs. 1292), en 2 de enero de 2001 (fs. 1293), la Directora del Centro de Conciliación y Arbitraje dispuso se solicite al demandado el nombramiento de su árbitro.

IV.6 Por escrito de 10 de enero de 2001 (fs. 1298), el recurrente reiteró la excepción de incompetencia, mereciendo la nota de 12 de enero (fs. 1304), por la que la Directora del Centro le expresa que no tiene facultades jurisdiccionales para resolverla, y que sería conocida por el Tribunal Arbitral en su oportunidad.

IV.7 A través del memorial de 12 de enero de 2001 (fs 2022 y 2023), la empresa Molinera "Río Grande" S.A., solicitó Auxilio Judicial para el nombramiento del árbitro del demandado, siendo admitido por el Juez Segundo de Partido en lo Civil, el 16 de enero de 2001 (fs. 2023 vta.), aspecto que fue comunicado por esa autoridad al Centro de Conciliación y Arbitraje, mediante oficio N° 86/2001 de 27 de enero de 2001 (fs. 1308).

IV.8 En 20 de enero el apoderado del ahora recurrente solicitó al Juez del Auxilio Judicial, se rechace el pedido de la empresa demandante (fs. 2029 y 2030). El Juez corrió traslado.

IV.9 En 26 de enero de 2001 (fs. 2034), se realizó la audiencia de Auxilio Judicial, en la que el representante de Luis Carlos Terán Vincenti "ratificó su rechazo a la demanda por ser nula de pleno derecho". El Juez nombró a Roque J. Kaivano como árbitro del recurrente, a quien se le comunicó el nombramiento en 6 de febrero (fs. 1310), remitiendo éste su aceptación al día siguiente (fs. 1312).

IV.10 El 9 de febrero (fs. 2037 y 2038), Luis Carlos Terán Vincenti formuló demanda de Amparo Constitucional contra el Juez del Auxilio Judicial alegando que cuando suscribió el Acta de Conciliación en 1995 "no existía ninguna disposición legal que le obligara a designar un árbitro, ni que facultara a la autoridad judicial a realizarlo para obligarlo a someterse a un tribunal arbitral", que fue declarado procedente el 12 de febrero de 2001 (fs. 2043 y 2044).

IV.11 En el Recurso de Amparo Constitucional referido, el Tribunal Constitucional, mediante Sentencia N° 240/2001-R de 26 de marzo de 2001 (fs. 2174, 2177 a 2179), aprobó la procedencia declarada por la Corte de Amparo, respecto del nombramiento de un árbitro por parte de la autoridad judicial demandada, en el auxilio solicitado por la empresa molinera "Río Grande" S.A. para conformar el Tribunal Arbitral que conocería el proceso a seguirse contra el ahora recurrente, fundamentando el fallo en que el Acta de Conciliación data de "7 de abril de 1995, la normativa aplicable al arbitraje acordado es la establecida por el Centro de Conciliación y Arbitraje Comercial de la CAINCO, y con carácter supletorio los arts. 712 al 738 del Código de Procedimiento Civil, en estricto cumplimiento del art. 33 de la Constitución Política del Estado" (sic).

IV.12 En 11 de abril de 2001 (fs. 1324), la Directora del Centro de Conciliación y Arbitraje de CAINCO, en conocimiento de la Sentencia Constitucional antes aludida, expresó que "...toda vez que en el punto 2. del Acta de Conciliación de fecha 6 de abril de 1994, se establece que el mismo (refiriéndose al proceso arbitral) debe ser tramitado según las reglas de procedimiento arbitral del Centro de Conciliación y Arbitraje de CAINCO, así como también no existe previsión específica en cuanto a la modalidad de designación de los árbitros, estableciéndose tan sólo el número de tres... conforme a lo establecido en el art. 37 inc. II del Rgto. de Procedimiento Arbitral de CAINCO" (textual, el paréntesis es nuestro), se citó a las partes a una audiencia de designación de árbitros.

IV.13 Citadas legalmente las partes, en 17 de abril de 2001 (fs. 1331), con la presencia de los representantes de la empresa demandante, los Directores el Centro de Conciliación, y en ausencia del demandado, la empresa Molinera "Río Grande" S.A., designó como árbitro de su parte a Alejandro Melgar Pereira. Es decir que se inició un nuevo proceso de conformación del Tribunal Arbitral, dejando sin efecto el realizado antes de la dictación de la Sentencia Constitucional N° 240/00-R.

IV.14 En 14 de mayo de 2001 (fs. 1335), se reunió el Directorio del Centro de Conciliación y Arbitraje de CAINCO para conformar el Tribunal Arbitral, decidiendo convocar a una nueva audiencia a las partes para tal fin, resolviendo que, en caso de no existir acuerdo de partes, se procedería a nombrar los árbitros de la lista ya seleccionada, conformada por Fernando Gonzáles Quintanilla, Oscar Baron Lijerón y Jorge Antonio Asbún Rojas.

IV.15 Notificadas las partes (fs. 1336 y 1337), habiendo rehusado firmar Luis Carlos Terán Vincenti, el 24 de mayo de 2001 (fs. 1338), se reunió nuevamente el Directorio del Centro tantas veces mencionado, y, "toda vez que no se logró acuerdo de partes para la conformación" del Tribunal Arbitral, resolvió conformarlo de la siguiente manera: Alejandro Melgar Pereira, designado por la empresa demandante, Fernando Gonzáles Quintanilla y Jorge Asbún Rojas. Con esa determinación se notificó a los nombrados y a las partes (fs.1340 a 1346). Los tres árbitros nombrados manifestaron su aceptación en 1 y 4 de junio de 2001 (fs. 1347 a 1350).

IV.16 En 21 de junio de 2001 (fs. 1359 y 1360) se realizó la primera audiencia del Tribunal Arbitral, en la cual el ahora recurrente, que estuvo presente, juntamente con sus abogados, reiteró la falta de competencia del mismo (fs.1359 y 1360).

IV.17 Por Auto N° 2 de 29 de junio de 2001 (fs. 1379), el Tribunal Arbitral rechazó la excepción de incompetencia y dispuso que la excepción de prescripción se resolvería con lo principal. Mediante Auto N° 3 de 16 de julio de 2001 (fs. 1379), se declaró la rebeldía de Luis Carlos Terán Vincenti.

IV.18 La Sentencia Constitucional N° 982/01-R de 14 de septiembre de 2001 (fs. 2368 a 2372), aprobó la improcedencia declarada por la Corte de Amparo Constitucional en el Recurso interpuesto por Luis Carlos Terán Vincenti contra Patricia Hurtado de Suárez, Directora del Centro de Conciliación y Arbitraje Comercial de CAINCO y el Directorio de dicho Centro, basando su decisión en que "al existir un pronunciamiento claro sobre la materia que establece cuáles son las disposiciones aplicables al caso concreto, impide a este Tribunal volver a pronunciarse sobre el mismo aspecto, debiendo el recurrente acudir a la vía correspondiente para lograr el cumplimiento de las determinaciones emanadas del Recurso de Amparo Constitucional".

IV.19 El Tribunal Arbitral emitió el Laudo Arbitral, el 27 de febrero de 2002 (fs. 2416 a 2430), en el que declaró improbadamente la excepción de prescripción y extinción de la acción y derecho planteada por Luis Carlos Terán Vincenti, constatado el ejercicio de la Gerencia General de la Compañía Molinera "Río Grande" S.A., con las más amplias facultades desde 1986 hasta abril de 1995; probada en parte la demanda interpuesta por dicha empresa, en lo que respecta a la responsabilidad del factor de comercio en la adquisición de trigo en la gestión 1993-1994 en la supuesta negociación con el Banco del Estado en la deuda de la Molinera con la empresa suiza "Bhuler" Hnos. S.A., condenando al ahora recurrente a pagar la suma de un millón cuatrocientos veintinueve mil doscientos cuarenta y tres dólares americanos, por concepto de daños y perjuicios y treinta y siete mil doscientos ochenta dólares americanos, correspondiente al 50% de los aranceles y honorarios del arbitraje.

IV.20 Ante la solicitud de aclaración y complementación presentada por Luis Carlos Terán Vincenti (fs. 2437 a 2439), el Tribunal Arbitral pronunció el Auto de 18 de marzo de 2002, declarando no haber lugar a deferir al petitorio.

IV.21 El recurrente plantea el presente Recurso contra el Laudo Arbitral de 27 de febrero de 2002, alegando que los miembros del Tribunal Arbitral, en el proceso que la empresa Molinera "Río Grande" S.A. siguió en su contra, aplicaron el Reglamento de 1999 del Centro de Conciliación y Arbitraje de CAINCO, cuando el acta de conciliación fue suscrita en 1995 por lo que debió aplicarse el Reglamento de 1993, vigente en ese momento; y, que pese a haber sido declarado procedente el Amparo Constitucional interpuesto por su parte, dicho Tribunal no obedeció lo dispuesto por el Tribunal Constitucional. Corresponde analizar si tales aspectos son evidentes y si dan lugar a la nulidad que establece el art. 31 de la Constitución.

CONSIDERANDO V

Del examen de las normas aplicables al presente asunto, se llega a estas conclusiones:

V.1 La conciliación constituye un procedimiento al que las personas naturales o jurídicas se someten para lograr la solución de mutuo acuerdo sobre cualquier controversia susceptible de

transacción, antes o durante la tramitación de un proceso judicial. El procedimiento de la conciliación se basa en la designación de un tercero imparcial e independiente, que tiene la función de facilitar la comunicación y relacionamiento de las partes en conflicto.

El arbitraje es un procedimiento en el cual, las partes entre quienes existe una cláusula compromisoria al efecto, someten sus diferencias al trámite de un proceso realizado ante un Tribunal conformado por árbitros designados por ellos, de acuerdo a la Ley especial que rige a tal fin y según el Reglamento pertinente.

V.2 La Sentencia N° 240/2001-R de 26 de marzo de 2001 (fs. 2174, 2177 a 2179), aprobó la procedencia declarada por la Corte de Amparo, respecto del nombramiento de un árbitro por parte de la autoridad judicial demandada, en el auxilio solicitado por la empresa molinera "Río Grande" S.A. para conformar el Tribunal Arbitral que conocería el proceso a seguirse contra el ahora recurrente, fundamentando el fallo en que el Acta de Conciliación data de "7 de abril de 1995, la normativa aplicable al arbitraje acordado es la establecida por el Centro de Conciliación y Arbitraje Comercial de la CAINCO, y con carácter supletorio los arts. 712 al 738 del Código de Procedimiento Civil, en estricto cumplimiento del art. 33 de la Constitución Política del Estado", en el entendido de que se trataba de un trámite procesal en curso iniciado el 7 de abril de 1995, extremo que no fue aclarado por el Juez recurrido en su oportunidad.

V.3 En cumplimiento de la Sentencia Constitucional N° 240/00-R, se regularizó el procedimiento para la designación del árbitro del demandado. En este cometido, luego del trámite procesal de rigor, el 24 de mayo de 2001 (Fs. 1338) se reunió el Directorio del Centro de Conciliación de Cainco "toda vez que no se logró acuerdo de partes para la conformación del Tribunal Arbitral", resolvió conformarlo de la siguiente manera: Alejandro Melgar Pereira, designado por la empresa demandante, Fernando Gonzáles Quintanilla y Jorge Asbún Rojas. Con esa determinación se notificó a los nombrados y a las partes (fs. 1340 a 1346). Los tres árbitros nombrados manifestaron su aceptación en 1 y 4 de junio de 2001 (fs. 1347 a 1350).

V.4 Con relación a la supuesta retroactividad impugnada, se debe precisar que este Tribunal en sus Sentencias Nos. 048/2000 de 24 de julio de 2000, 280/2001-R de 2 de abril de 2001, 647/2001-R de 2 de julio de 2001, 1190/2001-R de 12 de noviembre de 2001, 74/2002-R de 18 de enero de 2002, y varias otras, ha establecido que en materia procesal cuando cobra vigencia una nueva norma que afecta a un acto todavía no ejecutado, se aplica a éste a posteriori y no de manera retroactiva, es decir que en materia procesal, el legislador puede establecer que los procesos pendientes y aún los hechos no sometidos a proceso, se tramiten conforme a la nueva modalidad procesal, pues en dicha materia no es exigible la aplicación de la norma que regía el tiempo de la ejecución del acto o consumación del hecho que da lugar al proceso, dado que la ley procesal no está escrita ni como mandamiento que establece derechos, ni como una delimitación jurídica típica para determinar la licitud de la conducta humana. La norma procesal es una descripción; el legislador describe cómo se realizará un proceso, su evolución, desarrollo y desenlace; entonces, la disposición procesal no lesiona los derechos constituidos a favor de las personas.

V.5 Puestas así las cosas, corresponde señalar que conforme a los datos procesales, se tiene que el proceso que concluyó con el Laudo Arbitral impugnado, se inició el 12 de diciembre de 2000

(con la formalización de la demanda) por tanto la norma aplicable, luego de regularizado el procedimiento, es la Ley 1770, en base a cuya normativa CAINCO aprobó un nuevo Reglamento en 1999.

V.6 Que, conforme a procedimiento, una vez constituido el Tribunal, en 21 de junio de 2001 (fs. 1359 y 1360) se realizó la primera audiencia del Tribunal Arbitral, en la cual el ahora recurrente, que estuvo presente, juntamente con sus abogados, reiteró la falta de competencia del mismo (fs.1359 y 1360).

V.7 Por Auto N° 2 de 29 de junio de 2001 (fs. 1379), el Tribunal Arbitral rechazó la excepción de incompetencia y dispuso que la excepción de prescripción se resolvería con lo principal. Mediante Auto N° 3 de 16 de julio de 2001 (fs. 1379), se declaró la rebeldía de Luis Carlos Terán Vincenti, dirimió la controversia y dictó el Laudo Arbitral impugnado.

V.8 En el marco del análisis precedentemente anotado, la tramitación del proceso arbitral a demanda de la empresa "Río Grande" S.A. contra el recurrente, ante el Tribunal Arbitral conformado al efecto de la nómina de árbitros del Centro de Conciliación y Arbitraje de CAINCO, sobre la base del Reglamento aprobado por dicha entidad en 1999, es absolutamente legal, habiendo actuado los recurridos con plena jurisdicción y competencia.

Por todo ello, el Laudo Arbitral cuya nulidad se busca, ha obedecido a la competencia que tienen los recurridos en la tramitación del proceso arbitral, de acuerdo a lo establecido en este considerando, por lo que el presente Recurso resulta infundado.

V.9 Es necesario aclarar que contrariamente a los sostenido por el recurrente, al llevar adelante el proceso arbitral con las normas procesales contenidas en el Reglamento de Conciliación y Arbitraje de CAINCO de 1999, los recurridos no han vulnerado el principio de irretroactividad, proclamado en la Constitución Política del Estado y expresado en el art. 96 del citado Reglamento, pues éste refiere que los procesos arbitrales en curso, se regirán por el Reglamento vigente al inicio del procedimiento, sin que pueda aplicarse, en esos casos, con carácter retroactivo una disposición nueva, lo que es diferente a lo acontecido, dado que en el caso estudiado, si bien la cláusula compromisoria data de 1995, la demanda arbitral fue presentada en 2000, por lo que el proceso se siguió de acuerdo a la nueva normativa en forma legal y con plena competencia por parte del Tribunal Arbitral. Además, en el Acta de Conciliación, las partes se obligaron a someter sus diferencias al proceso arbitral de acuerdo a las normas correspondientes del centro de Conciliación y Arbitraje de CAINCO, eso supone que tales normas son las vigentes al inicio de la demanda.

V.10 Al margen de todo lo expuesto, conviene dejar sentado que a través del Recurso Directo de Nulidad únicamente puede atacarse un acto o una resolución que, se estima, es ilegal al haber sido realizado o pronunciada, respectivamente, por personas sin competencia al efecto; sin embargo, en el caso de autos, el recurrente alega una inexistente usurpación de funciones apoyándose en una supuesta aplicación retroactiva de normas reglamentarias de CAINCO, lo que demuestra que su pretensión no se encuentra dentro del ámbito de protección que brinda este recurso constitucional.

CONSIDERANDO VI

Que de todo lo examinado en la presente sentencia, se concluye que los recurridos, Presidente y miembros del Tribunal Arbitral de la Cámara de Industria, Comercio y Servicios de Santa Cruz (CAINCO) actuaron con la competencia que las disposiciones legales anteriormente citadas les reconocen, al tramitar el proceso arbitral N° 011/2001 y emitir el Laudo Arbitral de 27 de febrero de 2002, no siendo evidentes las aseveraciones realizadas por Juan Carlos Terán Vincenti en su Recurso.

POR TANTO: El Tribunal Constitucional, ejerciendo la jurisdicción que le confieren los artículos 120.6ª de la Constitución Política del Estado, 7-6ª, 79 y siguientes de la Ley N° 1836, declara INFUNDADO el Recurso, con costas y una multa que se califica en la suma de Bs. 500.- que deberá ser depositada por el recurrente a la orden del Tesoro Judicial dentro de tercero día de su legal notificación con el presente fallo, debiendo remitir a este Tribunal el comprobante de pago.

SENTENCIA CONSTITUCIONAL N° 55/2002

SUCRE, 3 DE JULIO DE 2002

EXPEDIENTE: 2002-04204-09-RDN

PARTES: LUIS CARLOS TERÁN VINCENTI CONTRA JORGE ASBÚN ROJAS, FERNANDO GONZÁLES QUINTANILLA Y ALEJANDRO MELGAR PEREIRA, PRESIDENTE Y MIEMBROS DEL TRIBUNAL ARBITRAL DE LA CÁMARA DE INDUSTRIA, COMERCIO Y SERVICIOS DE SANTA CRUZ (CAINCO)

MATERIA: RECURSO DIRECTO DE NULIDAD

DISTRITO: SANTA CRUZ

VISTOS: El Recurso Directo de Nulidad interpuesto por Luis Carlos Terán Vincenti contra Jorge Asbún Rojas, Fernando González Quintanilla y Alejandro Melgar Pereira, Presidente y miembros del Tribunal Arbitral de la Cámara de Industria, Comercio y Servicios de Santa Cruz (CAINCO); los antecedentes del caso, y

CONSIDERANDO I

En el memorial presentado el 15 de marzo de 2002, cursante de fs. 1257 a 1261, acompañando la prueba preconstituida que sale de fs. 1 a 1219, el recurrente aduce lo siguiente:

I.1 En 7 de abril de 1995, la Molinera "Río Grande" S.A. y su persona, de acuerdo a norma vigentes y al Reglamento de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Industria y Comercio de Santa Cruz (CAINCO), aprobado por su Directorio en septiembre de 1993, acudieron ante el Tribunal de Conciliación y Arbitraje para someter sus discrepancias y conciliar sus divergencias, para lo que se designó un conciliador, bajo cuya participación suscribieron un acta de conciliación de acuerdo con los arts. 41 y siguientes del Reglamento mencionado determinando la realización de un peritaje.

I.2 Esa fecha se establecieron varios acuerdos, como el que estipula que, agotada la instancia de conciliación y si con cuyo resultado no se lograra el avenimiento de las partes, ambas

someterían sus diferencias, emergentes de la Gestión Administrativa de la Gerencia General, a la instancia arbitral del Centro de Conciliación y Arbitraje Comercial, para que sean resueltas en forma definitiva según las reglas del procedimiento arbitral del mismo, por tres árbitros designada al efecto. Asimismo, se decidió efectuar un análisis de la Gestión Administrativa de la Gerencia General, para lo que se debían revisar los balances de Gestión de los períodos 93/94 y 94/95, debidamente auditados, encomendándose esa tarea a profesionales competentes o empresas especializadas nominadas de un listado que proporcione el Centro.

I.3 El 12 de diciembre de 2000, la Molinera "Río Grande" S.A., presentó una demanda de arbitraje sustentándose en el nuevo Reglamento de Arbitraje y Conciliación, "que fuera aprobado y derivado" de la Ley N° 1770, solicitando auxilio judicial al Juez Segundo de Partido en lo Civil, lo que motivó que presente un Amparo Constitucional que, por Sentencia N° 240/2001 de 26 de marzo de 2001, fue declarado procedente con el fundamento de que la normativa aplicable es la establecida por el Centro de Conciliación y Arbitraje de CAINCO, con carácter supletorio los arts. 712 al 738 del Código de Procedimiento Civil, ahora derogados, en cumplimiento del art. 33 de la Constitución.

I.4 Dicha Sentencia Constitucional se puso en conocimiento del Tribunal Arbitral, pero los árbitros la ignoraron y continuaron el conocimiento de la demanda, aplicando el nuevo Reglamento de Conciliación y Arbitraje de CAINCO aprobado en octubre de 1999, violentando inclusive el propio art. 96 del mismo que establece el principio de irretroactividad. Por ello - continúa- se presentó un nuevo Amparo Constitucional, que fue resuelto por Sentencia N° 982/01-R de 14 de septiembre de 2001 en el que el Tribunal Constitucional expresa que, como ya dirimió el problema en un anterior Recurso, está impedido de volver a pronunciarse; y, ante la solicitud de aclaración de CAINCO, el Tribunal emitió el Auto Constitucional N° 51/01-SA de 21 de noviembre de 2001, que declaró no haber lugar a lo impetrado. Pese a todo ello, el Tribunal Arbitral dictó Laudo el 27 de febrero de 2002, cuya nulidad se demanda.

I.5 Impugna el Laudo Arbitral de 27 de febrero de 2002, emitido por el Tribunal Arbitral de CAINCO, dentro del ilegal proceso arbitral N° 01/2001 interpuesto por la Molinera "Río Grande" S.A. contra su persona, por divergencias emergentes de su gestión administrativa como Gerente General de dicha empresa, así como los actos que dieron lugar a esa Resolución, pues han sido realizados sobre a base de una jurisdicción y competencia que no emana de una ley formal aplicable al caso concreto de conciliación y arbitraje iniciado y sustentado en el Acta de Conciliación de 6 de abril de 1995, de lo que -estima- el Tribunal Arbitral recurrido ha usurpado funciones que no le competen, siendo sus actos nulos conforme lo prevé el art. 31 de la Constitución Política del Estado, al haber conculcado los arts. 33 y 81 de la Ley Suprema, al ser estas normas de preferente aplicación como lo establece el art. 228 y no necesitarse reglamentación previa para el cumplimiento de los principios, garantías y derechos reconocidos en las normas señaladas, como lo establece el 229 de la citada Ley Suprema.

Por lo expuesto, interpone Recurso Directo de Nulidad contra el Laudo Arbitral de 27 de febrero de 2001 dictada por Jorge Asbún Rojas, Fernando Gonzáles Quintanilla y Alejandro Melgar Pereira, Presidente y miembros del Tribunal Arbitral de CAINCO.

CONSIDERANDO II

Que, mediante Auto Constitucional No. 113/2002-CA de 22 de marzo de 2002 (fs. 1293 a 1295), la Comisión de Admisión del Tribunal Constitucional, admitió el Recurso Directo de Nulidad interpuesto y dispuso la citación de los recurridos, lo que se cumplió en 4 de abril, conforme se evidencia de la diligencia de fs. 1276.

Por Acuerdo de Ampliación N° 40/02, el Pleno de este Tribunal determinó la ampliación del plazo para emitir Sentencia en el presente asunto, feneciendo el mismo el 3 de julio de 2002.

CONSIDERANDO III

Que, mediante memorial presentado el 10 de abril de 2002 (fs. 2619 a 2622), adjuntando el expediente original del proceso N° 011/2001 que da lugar a este Recurso, los recurridos Jorge Antonio Asbún Rojas, Fernando Gonzáles Quintanilla y Alejandro Melgar Pereira, manifiestan lo que a continuación se anota:

III.1 La conciliación y el arbitraje son institutos de naturaleza y función jurídica diferentes, mientras que el primero es un mecanismo o alternativa no procedimental de resolución de conflictos a través de la cual las partes entre quienes exista una diferencia susceptible de transacción, tratan de superar el conflicto con la colaboración activa de un tercero, objetivo e imparcial, el segundo, es un procedimiento jurisdiccional sui generis, mediante el cual por expresa voluntad de las partes, se defiende la solución de conflictos privados transigibles a un cuerpo colegiado integrado por árbitros, que transitoriamente quedan investidos de jurisdicción para proferir un Laudo.

III.2 En el presente caso, la conciliación iniciada entre las partes, de la que emergió el Acta de Conciliación de 7 de abril de 1995, no les permitió resolver en forma definitiva su controversia, sino simplemente acordar que dicho conflicto sería resuelto en forma definitiva mediante la vía arbitral y no mediante la jurisdicción ordinaria, de tal forma que la Molinera "Río Grande", al considerar agotada la vía conciliatoria, el 12 de diciembre de 2000, presentó ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de CAINCO, una demanda arbitral contra Luis Carlos Terán Vincenti, expresando que en la vía conciliatoria no se llegó a ningún acuerdo, por lo que hacía uso de la cláusula compromisoria e iniciaba proceso arbitral.

III.3 Expresan que el proceso arbitral no se inicia con la redacción de la cláusula compromisoria, ni con el desarrollo de la conciliación, sino con la presentación de la demanda, encontrándose este criterio en diversas normas como la Ley Modelo Sobre Arbitraje Comercial Internacional, el Reglamento del Consejo Superior de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de España, y el propio Reglamento de Procedimiento Arbitral de la CAINCO, que en su art. 57 establece que el arbitraje se inicia a simple solicitud escrita y/o demanda de arbitraje ante el Centro, lo que en este caso se produjo en 12 de diciembre de 2000.

III.4 Alega que a partir de la presentación de la demanda, el Tribunal Arbitral asumió competencia plena y en ejercicio de la misma, tramitó el proceso arbitral, aplicando

estrictamente el Reglamento de Procedimiento Arbitral del Centro de Conciliación y Arbitraje de la CAINCO, pues su art. 96 dice que los procesos arbitrales en curso se regirán por el reglamento vigente al inicio del procedimiento y como la demanda se presentó el 12 de diciembre de 2000 debe aplicarse el Reglamento aprobado en octubre de 1999, ya que "la aplicación de la norma procesal en el tiempo ha sido expuesta por el Tribunal Constitucional en sus sentencias SC N° 036/01 de 30 de mayo de 2001, 280/01-R y 1190/01-R, en las que señala que en materia procesal la ley que rige es la que se encuentra vigente en el momento de sustanciar la causa en cuestión" (sic), por lo que la pretensión de Luis Carlos Terán Vicenti se asienta en el desconocimiento de las diferencias jurídicas existentes entre la conciliación y el proceso arbitral.

III.5 El Recurso Directo de Nulidad planteado por el demandante, tiene como argumento la utilización por parte del Tribunal Arbitral, del Procedimiento de 1999 y no el de 1993, o sea que no objeta ni cuestiona la competencia y jurisdicción del Tribunal Arbitral, pues éste se conformó de acuerdo a las reglas del Procedimiento Arbitral vigente de la CAINCO y a la cláusula compromisoria suscrita entre las partes, por lo que el Tribunal que conforman tenía plena competencia para conocer y resolver el proceso, que concluyó con el Laudo N° 011/2002 de 27 de febrero de 2002.

Pidieron se declare infundado el Recurso.

CONSIDERANDO IV

Que, de los actuados que informan el expediente, se establece que:

IV.1 En 7 de abril de 1995 (fs. 1277 y 1278), en el Centro de Conciliación y Arbitraje de la CAINCO, suscribieron un Acta de Conciliación entre la Compañía Molinera "Río Grande" S.A., representada por su Presidente, Gregorio Navarro Quiroga, y el Gerente General de la misma, Luis Carlos Terán Vincenti, oficiando como Conciliador, Carlos Alberto Suárez Chávez., habiendo acordado lo que se apunta seguidamente:

- a) Todas las divergencias planteadas y otras que puedan surgir dentro de la relación entre las partes, serán resueltas por la vía voluntaria y en forma definitiva por el procedimiento de conciliación y de acuerdo a las normas correspondientes del centro de Conciliación y Arbitraje de CAINCO;
- b) Agotada la instancia de conciliación, sin llegar a un avenimiento de las diferencias, someterán los términos de las mismas, emergentes de la gestión administrativa de la Gerencia General de la empresa citada, a la instancia arbitral del Centro de Conciliación y Arbitraje Comercial de CAINCO, para que sean resueltas en forma definitiva según las reglas del procedimiento arbitral de dicho Centro, por tres árbitros designados al efecto.
- c) Efectuar un análisis de la Gestión administrativa de la Gerencia General para revisar los Balances de Gestión 93/94 y 94/95, encargando esa tarea a profesionales y/o empresas especializadas nominados de un listado proporcionado por el Centro.

d) Luis Carlos Terán continuaría en sus funciones de Gerente General exclusivamente para facilitar y viabilizar la labor referida a los balances de gestión, y, una vez esclarecidos los puntos divergentes, se determinaría de común acuerdo el cese de la función gerencial;

e) Se señaló como próxima reunión el 7 de abril del mismo año.

IV.2 Por memorial presentado el 12 de diciembre de 2000 (fs. 1282 y 1283), Juan Pablo Navarro Wieler, en representación de la empresa molinera "Río Grande" S.A., presentó ante los "Árbitros del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Industria y Comercio de Santa Cruz", demanda arbitral de pago de tres millones de dólares americanos por daño económico ocasionado por administración fraudulenta, más pago de daños y perjuicios, contra Luis Carlos Terán Vincenti.

IV.3 La Directora Ejecutiva del mencionado Centro, en 13 de diciembre de 2000 (fs. 1285), resolvió recepcionar la demanda y convocó a las partes a proceder a la designación de los árbitros, de la Nómina Oficial de Árbitros de esa entidad. El demandado opuso, en 21 de diciembre de 2000 (fs. 1288), la excepción de incompetencia y pidió declinatoria "por haberse operado la prescripción". La mencionada Directora del Centro de Conciliación y Arbitraje, por carecer de facultad para resolverla, la recibió, disponiendo sea conocida y resuelta por el Tribunal Arbitral una vez conformado.

IV.4 La empresa Molinera "Río Grande" S.A., en 27 de diciembre de 2000 (fs. 1291), nombró como árbitro de su parte a Alejandro Melgar Pereira, haciéndole conocer su designación en 2 de enero de 2001 (fs. 1293), el cual manifestó su voluntad de aceptar el nombramiento por carta presentada el 4 de enero de 2001 (fs. 1296).

IV.5 A solicitud de la empresa demandante (fs. 1292), en 2 de enero de 2001 (fs. 1293), la Directora del Centro de Conciliación y Arbitraje dispuso se solicite al demandado el nombramiento de su árbitro.

IV.6 Por escrito de 10 de enero de 2001 (fs. 1298), el recurrente reiteró la excepción de incompetencia, mereciendo la nota de 12 de enero (fs. 1304), por la que la Directora del Centro le expresa que no tiene facultades jurisdiccionales para resolverla, y que sería conocida por el Tribunal Arbitral en su oportunidad.

IV.7 A través del memorial de 12 de enero de 2001 (fs 2022 y 2023), la empresa Molinera "Río Grande" S.A., solicitó Auxilio Judicial para el nombramiento del árbitro del demandado, siendo admitido por el Juez Segundo de Partido en lo Civil, el 16 de enero de 2001 (fs. 2023 vta.), aspecto que fue comunicado por esa autoridad al Centro de Conciliación y Arbitraje, mediante oficio N° 86/2001 de 27 de enero de 2001 (fs. 1308).

IV.8 En 20 de enero el apoderado del ahora recurrente solicitó al Juez del Auxilio Judicial, se rechace el pedido de la empresa demandante (fs. 2029 y 2030). El Juez corrió traslado.

IV.9 En 26 de enero de 2001 (fs. 2034), se realizó la audiencia de Auxilio Judicial, en la que el representante de Luis Carlos Terán Vincenti "ratificó su rechazo a la demanda por ser nula de

pleno derecho". El Juez nombró a Roque J. Kaivano como árbitro del recurrente, a quien se le comunicó el nombramiento en 6 de febrero (fs. 1310), remitiendo éste su aceptación al día siguiente (fs. 1312).

IV.10 El 9 de febrero (fs. 2037 y 2038), Luis Carlos Terán Vincenti formuló demanda de Amparo Constitucional contra el Juez del Auxilio Judicial alegando que cuando suscribió el Acta de Conciliación en 1995 "no existía ninguna disposición legal que le obligara a designar un árbitro, ni que facultara a la autoridad judicial a realizarlo para obligarlo a someterse a un tribunal arbitral", que fue declarado procedente el 12 de febrero de 2001 (fs. 2043 y 2044).

IV.11 En el Recurso de Amparo Constitucional referido, el Tribunal Constitucional, mediante Sentencia N° 240/2001-R de 26 de marzo de 2001 (fs. 2174, 2177 a 2179), aprobó la procedencia declarada por la Corte de Amparo, respecto del nombramiento de un árbitro por parte de la autoridad judicial demandada, en el auxilio solicitado por la empresa molinera "Río Grande" S.A. para conformar el Tribunal Arbitral que conocería el proceso a seguirse contra el ahora recurrente, fundamentando el fallo en que el Acta de Conciliación data de "7 de abril de 1995, la normativa aplicable al arbitraje acordado es la establecida por el Centro de Conciliación y Arbitraje Comercial de la CAINCO, y con carácter supletorio los arts. 712 al 738 del Código de Procedimiento Civil, en estricto cumplimiento del art. 33 de la Constitución Política del Estado" (sic).

IV.12 En 11 de abril de 2001 (fs. 1324), la Directora del Centro de Conciliación y Arbitraje de CAINCO, en conocimiento de la Sentencia Constitucional antes aludida, expresó que "...toda vez que en el punto 2. del Acta de Conciliación de fecha 6 de abril de 1994, se establece que el mismo (refiriéndose al proceso arbitral) debe ser tramitado según las reglas de procedimiento arbitral del Centro de Conciliación y Arbitraje de CAINCO, así como también no existe previsión específica en cuanto a la modalidad de designación de los árbitros, estableciéndose tan sólo el número de tres... conforme a lo establecido en el art. 37 inc. II del Rgto. de Procedimiento Arbitral de CAINCO" (textual, el paréntesis es nuestro), se citó a las partes a una audiencia de designación de árbitros.

IV.13 Citadas legalmente las partes, en 17 de abril de 2001 (fs. 1331), con la presencia de los representantes de la empresa demandante, los Directores el Centro de Conciliación, y en ausencia del demandado, la empresa Molinera "Río Grande" S.A., designó como árbitro de su parte a Alejandro Melgar Pereira. Es decir que se inició un nuevo proceso de conformación del Tribunal Arbitral, dejando sin efecto el realizado antes de la dictación de la Sentencia Constitucional N° 240/00-R.

IV.14 En 14 de mayo de 2001 (fs. 1335), se reunió el Directorio del Centro de Conciliación y Arbitraje de CAINCO para conformar el Tribunal Arbitral, decidiendo convocar a una nueva audiencia a las partes para tal fin, resolviendo que, en caso de no existir acuerdo de partes, se procedería a nombrar los árbitros de la lista ya seleccionada, conformada por Fernando Gonzáles Quintanilla, Oscar Baron Lijerón y Jorge Antonio Asbún Rojas.

IV.15 Notificadas las partes (fs. 1336 y 1337), habiendo rehusado firmar Luis Carlos Terán Vincenti, el 24 de mayo de 2001 (fs. 1338), se reunió nuevamente el Directorio del Centro

tantas veces mencionado, y, "toda vez que no se logró acuerdo de partes para la conformación" del Tribunal Arbitral, resolvió conformarlo de la siguiente manera: Alejandro Melgar Pereira, designado por la empresa demandante, Fernando Gonzáles Quintanilla y Jorge Asbún Rojas. Con esa determinación se notificó a los nombrados y a las partes (fs.1340 a 1346). Los tres árbitros nombrados manifestaron su aceptación en 1 y 4 de junio de 2001 (fs. 1347 a 1350).

IV.16 En 21 de junio de 2001 (fs. 1359 y 1360) se realizó la primera audiencia del Tribunal Arbitral, en la cual el ahora recurrente, que estuvo presente, juntamente con sus abogados, reiteró la falta de competencia del mismo (fs.1359 y 1360).

IV.17 Por Auto N° 2 de 29 de junio de 2001 (fs. 1379), el Tribunal Arbitral rechazó la excepción de incompetencia y dispuso que la excepción de prescripción se resolvería con lo principal. Mediante Auto N° 3 de 16 de julio de 2001 (fs. 1379), se declaró la rebeldía de Luis Carlos Terán Vincenti.

IV.18 La Sentencia Constitucional N° 982/01-R de 14 de septiembre de 2001 (fs. 2368 a 2372), aprobó la improcedencia declarada por la Corte de Amparo Constitucional en el Recurso interpuesto por Luis Carlos Terán Vincenti contra Patricia Hurtado de Suárez, Directora del Centro de Conciliación y Arbitraje Comercial de CAINCO y el Directorio de dicho Centro, basando su decisión en que "al existir un pronunciamiento claro sobre la materia que establece cuáles son las disposiciones aplicables al caso concreto, impide a este Tribunal volver a pronunciarse sobre el mismo aspecto, debiendo el recurrente acudir a la vía correspondiente para lograr el cumplimiento de las determinaciones emanadas del Recurso de Amparo Constitucional".

IV.19 El Tribunal Arbitral emitió el Laudo Arbitral, el 27 de febrero de 2002 (fs. 2416 a 2430), en el que declaró improbadamente la excepción de prescripción y extinción de la acción y derecho planteada por Luis Carlos Terán Vincenti, constatado el ejercicio de la Gerencia General de la Compañía Molinera "Río Grande" S.A., con las más amplias facultades desde 1986 hasta abril de 1995; probada en parte la demanda interpuesta por dicha empresa, en lo que respecta a la responsabilidad del factor de comercio en la adquisición de trigo en la gestión 1993-1994 en la supuesta negociación con el Banco del Estado en la deuda de la Molinera con la empresa suiza "Bhuler" Hnos. S.A., condenando al ahora recurrente a pagar la suma de un millón cuatrocientos veintiún mil doscientos cuarenta y tres dólares americanos, por concepto de daños y perjuicios y treinta y siete mil doscientos ocho dólares americanos, correspondiente al 50% de los aranceles y honorarios del arbitraje.

IV.20 Ante la solicitud de aclaración y complementación presentada por Luis Carlos Terán Vincenti (fs. 2437 a 2439), el Tribunal Arbitral pronunció el Auto de 18 de marzo de 2002, declarando no haber lugar a deferir al petitorio.

IV.21 El recurrente plantea el presente Recurso contra el Laudo Arbitral de 27 de febrero de 2002, alegando que los miembros del Tribunal Arbitral, en el proceso que la empresa Molinera "Río Grande" S.A. siguió en su contra, aplicaron el Reglamento de 1999 del Centro de Conciliación y Arbitraje de CAINCO, cuando el acta de conciliación fue suscrita en 1995 por lo que debió aplicarse el Reglamento de 1993, vigente en ese momento; y, que pese a haber

sido declarado procedente el Amparo Constitucional interpuesto por su parte, dicho Tribunal no obedeció lo dispuesto por el Tribunal Constitucional. Corresponde analizar si tales aspectos son evidentes y si dan lugar a la nulidad que establece el art. 31 de la Constitución.

CONSIDERANDO V

Del examen de las normas aplicables al presente asunto, se llega a estas conclusiones:

V.1 La conciliación constituye un procedimiento al que las personas naturales o jurídicas se someten para lograr la solución de mutuo acuerdo sobre cualquier controversia susceptible de transacción, antes o durante la tramitación de un proceso judicial. El procedimiento de la conciliación se basa en la designación de un tercero imparcial e independiente, que tiene la función de facilitar la comunicación y relacionamiento de las partes en conflicto.

El arbitraje es un procedimiento en el cual, las partes entre quienes existe una cláusula compromisoria al efecto, someten sus diferencias al trámite de un proceso realizado ante un Tribunal conformado por árbitros designados por ellos, de acuerdo a la Ley especial que rige a tal fin y según el Reglamento pertinente.

V.2 La Sentencia N° 240/2001-R de 26 de marzo de 2001 (fs. 2174, 2177 a 2179), aprobó la procedencia declarada por la Corte de Amparo, respecto del nombramiento de un árbitro por parte de la autoridad judicial demandada, en el auxilio solicitado por la empresa molinera "Río Grande" S.A. para conformar el Tribunal Arbitral que conocería el proceso a seguirse contra el ahora recurrente, fundamentando el fallo en que el Acta de Conciliación data de "7 de abril de 1995, la normativa aplicable al arbitraje acordado es la establecida por el Centro de Conciliación y Arbitraje Comercial de la CAINCO, y con carácter supletorio los arts. 712 al 738 del Código de Procedimiento Civil, en estricto cumplimiento del art. 33 de la Constitución Política del Estado", en el entendido de que se trataba de un trámite procesal en curso iniciado el 7 de abril de 1995, extremo que no fue aclarado por el Juez recurrido en su oportunidad.

V.3 En cumplimiento de la Sentencia Constitucional N° 240/00-R, se regularizó el procedimiento para la designación del árbitro del demandado. En este cometido, luego del trámite procesal de rigor, el 24 de mayo de 2001 (Fs. 1338) se reunió el Directorio del Centro de Conciliación de Cainco "toda vez que no se logró acuerdo de partes para la conformación del Tribunal Arbitral", resolvió conformarlo de la siguiente manera: Alejandro Melgar Pereira, designado por la empresa demandante, Fernando Gonzáles Quintanilla y Jorge Asbún Rojas. Con esa determinación se notificó a los nombrados y a las partes (fs. 1340 a 1346). Los tres árbitros nombrados manifestaron su aceptación en 1 y 4 de junio de 2001 (fs. 1347 a 1350).

V.4 Con relación a la supuesta retroactividad impugnada, se debe precisar que este Tribunal en sus Sentencias Nos. 048/2000 de 24 de julio de 2000, 280/2001-R de 2 de abril de 2001, 647/2001-R de 2 de julio de 2001, 1190/2001-R de 12 de noviembre de 2001, 74/2002-R de 18 de enero de 2002, y varias otras, ha establecido que en materia procesal cuando cobra vigencia una nueva norma que afecta a un acto todavía no ejecutado, se aplica a éste a posteriori y no de manera retroactiva, es decir que en materia procesal, el legislador puede establecer que los procesos pendientes y aún los hechos no sometidos a proceso, se tramiten

conforme a la nueva modalidad procesal, pues en dicha materia no es exigible la aplicación de la norma que regía el tiempo de la ejecución del acto o consumación del hecho que da lugar al proceso, dado que la ley procesal no está escrita ni como mandamiento que establece derechos, ni como una delimitación jurídica típica para determinar la licitud de la conducta humana. La norma procesal es una descripción; el legislador describe cómo se realizará un proceso, su evolución, desarrollo y desenlace; entonces, la disposición procesal no lesiona los derechos constituidos a favor de las personas.

V.5 Puestas así las cosas, corresponde señalar que conforme a los datos procesales, se tiene que el proceso que concluyó con el Laudo Arbitral impugnado, se inició el 12 de diciembre de 2000 (con la formalización de la demanda) por tanto la norma aplicable, luego de regularizado el procedimiento, es la Ley 1770, en base a cuya normativa CAINCO aprobó un nuevo Reglamento en 1999.

V.6 Que, conforme a procedimiento, una vez constituido el Tribunal, en 21 de junio de 2001 (fs. 1359 y 1360) se realizó la primera audiencia del Tribunal Arbitral, en la cual el ahora recurrente, que estuvo presente, juntamente con sus abogados, reiteró la falta de competencia del mismo (fs.1359 y 1360).

V.7 Por Auto N° 2 de 29 de junio de 2001 (fs. 1379), el Tribunal Arbitral rechazó la excepción de incompetencia y dispuso que la excepción de prescripción se resolvería con lo principal. Mediante Auto N° 3 de 16 de julio de 2001 (fs. 1379), se declaró la rebeldía de Luis Carlos Terán Vincenti, dirimió la controversia y dictó el Laudo Arbitral impugnado.

V.8 En el marco del análisis precedentemente anotado, la tramitación del proceso arbitral a demanda de la empresa "Río Grande" S.A. contra el recurrente, ante el Tribunal Arbitral conformado al efecto de la nómina de árbitros del Centro de Conciliación y Arbitraje de CAINCO, sobre la base del Reglamento aprobado por dicha entidad en 1999, es absolutamente legal, habiendo actuado los recurridos con plena jurisdicción y competencia.

Por todo ello, el Laudo Arbitral cuya nulidad se busca, ha obedecido a la competencia que tienen los recurridos en la tramitación del proceso arbitral, de acuerdo a lo establecido en este considerando, por lo que el presente Recurso resulta infundado.

V.9 Es necesario aclarar que contrariamente a los sostenido por el recurrente, al llevar adelante el proceso arbitral con las normas procesales contenidas en el Reglamento de Conciliación y Arbitraje de CAINCO de 1999, los recurridos no han vulnerado el principio de irretroactividad, proclamado en la Constitución Política del Estado y expresado en el art. 96 del citado Reglamento, pues éste refiere que los procesos arbitrales en curso, se regirán por el Reglamento vigente al inicio del procedimiento, sin que pueda aplicarse, en esos casos, con carácter retroactivo una disposición nueva, lo que es diferente a lo acontecido, dado que en el caso estudiado, si bien la cláusula compromisoria data de 1995, la demanda arbitral fue presentada en 2000, por lo que el proceso se siguió de acuerdo a la nueva normativa en forma legal y con plena competencia por parte del Tribunal Arbitral. Además, en el Acta de Conciliación, las partes se obligaron a someter sus diferencias al proceso arbitral de acuerdo a las normas correspondientes del centro de Conciliación y Arbitraje de CAINCO, eso

supone que tales normas son las vigentes al inicio de la demanda.

V.10 Al margen de todo lo expuesto, conviene dejar sentado que a través del Recurso Directo de Nulidad únicamente puede atacarse un acto o una resolución que, se estima, es ilegal al haber sido realizado o pronunciada, respectivamente, por personas sin competencia al efecto; sin embargo, en el caso de autos, el recurrente alega una inexistente usurpación de funciones apoyándose en una supuesta aplicación retroactiva de normas reglamentarias de CAINCO, lo que demuestra que su pretensión no se encuentra dentro del ámbito de protección que brinda este recurso constitucional.

CONSIDERANDO VI

Que de todo lo examinado en la presente sentencia, se concluye que los recurridos, Presidente y miembros del Tribunal Arbitral de la Cámara de Industria, Comercio y Servicios de Santa Cruz (CAINCO) actuaron con la competencia que las disposiciones legales anteriormente citadas les reconocen, al tramitar el proceso arbitral N° 011/2001 y emitir el Laudo Arbitral de 27 de febrero de 2002, no siendo evidentes las aseveraciones realizadas por Juan Carlos Terán Vincenti en su Recurso.

POR TANTO: El Tribunal Constitucional, ejerciendo la jurisdicción que le confieren los artículos 120.6ª de la Constitución Política del Estado, 7-6ª, 79 y siguientes de la Ley N° 1836, declara INFUNDADO el Recurso, con costas y una multa que se califica en la suma de Bs. 500.- que deberá ser depositada por el recurrente a la orden del Tesoro Judicial dentro de tercero día de su legal notificación con el presente fallo, debiendo remitir a este Tribunal el comprobante de pago.

Crónica de la jurisprudencia francesa

Continuando con el tema de nuestro artículo publicado en esta revista¹, señalamos tres nuevas decisiones de la Suprema Corte francesa reafirmando el principio de la *kompetenz-kompetenz* del tribunal arbitral. La disposición francesa, análoga al artículo 1424 del Código de Comercio mexicano sobre la remisión de la demanda por el tribunal judicial al tribunal arbitral salvo acuerdo arbitral nulo, ineficaz o de imposible ejecución, está interpretada de manera que sólo si el acuerdo es *prima facie* (“*manifestement*”) nulo, ineficaz o de imposible ejecución, los tribunales judiciales son competentes para anularlo, al contrario, a lo que ha decidido la Suprema Corte mexicana². Es *prima facie* la imposible ejecución del acuerdo en el caso en que la parte demandada haya rechazado participar en un procedimiento arbitral y que el actor ha consecuentemente recurrido a los tribunales judiciales (6ª decisión).

JAG

Arbitrage international. - Clause compromissoire. - Insertion dans un contrat. - Contrat principal. - Inexistence. - Portée.

Est seule de nature à faire obstacle à la compétence arbitrale la nullité ou l'inapplicabilité manifeste de la clause d'arbitrage.

En application du principe de validité de la convention d'arbitrage et de son autonomie en matière internationale, la nullité non plus que l'inexistence du contrat qui la contient ne l'affectent.

1re CIV. - 11 juillet 2006. *CASSATION SANS RENVOI*
N° 04-14.950. - C.A. Versailles, 8 avril 2004.
M. Ancel, Pt. - M. Falcone, Rap. - SCP Piwnica et Molinié, Av.

Arbitrage international. - Convention d'arbitrage. - Inapplicabilité manifeste. - Caractérisation. - Défaut. - Applications diverses.

L'arrêt qui constate qu'une société est intervenue dans l'exécution d'un contrat avec l'accord de l'un des contractants en déduit, à bon droit, que la convention d'arbitrage stipulée par celui-ci n'était pas manifestement nulle ou inapplicable au litige opposant cette société à cette partie, de sorte que la juridiction étatique n'était pas compétente pour en connaître.

1re CIV. - 11 juillet 2006. *REJET*
N° 03-11.768. - C.A. Fort-de-France, 20 décembre 2002.
M. Ancel, Pt. - M. Pluyette, Rap. - Me Luc-Thaler, Me Foussard, Av.

¹ Perezniето & Graham, Some recent international decisions on kompetenz-kompetenz and related issues, *RLMA*, 2006.131.

² Perezniето & Graham, Mexican Supreme Court Rejects the Principle of Kompetenz-Kompetenz, *Arbitration*, 2006. 388; Graham & Leal-Isla, *Revue d'arbitrage*, 2006, #4 (a publicarse).

Compétence de la juridiction étatique. - Cas. - Inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage. - Caractérisation. - Défaut. - Portée.

Il appartient à l'arbitre de se prononcer par priorité, sous le contrôle du juge de l'annulation, sur sa propre compétence, sauf nullité ou inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage.

Une cour d'appel en déduit exactement que la juridiction étatique n'est pas compétente pour connaître d'un litige dès lors qu'elle relève d'abord que les demandeurs connaissaient l'existence de la procédure d'arbitrage, ensuite qu'ils ne prétendaient pas que la clause d'arbitrage n'avait pas de lien avec le litige et enfin qu'il n'était pas évident que les parties n'aient pas été mises sur un pied d'égalité dans la constitution du tribunal arbitral, ni que les relations entre les gouvernements et certaines parties excluaient un procès équitable.

1ère CIV. - 23 mai 2006. *REJET*

N° 04-13.800. - C.A. Paris, 25 février 2004.

M. Ancel, Pt. - Mme Pascal, Rap. - SCP Peignot et Garreau, SCP Gaschignard, SCP Laugier et Caston, Av.

Compétence de la juridiction étatique. - Cas. - Nullité de la convention d'arbitrage. - Caractérisation. - Défaut. - Portée.

En vertu du principe "compétence-compétence", seule la nullité ou l'inapplicabilité manifeste de la clause d'arbitrage est de nature à faire obstacle à la compétence prioritaire de l'arbitre pour statuer sur l'existence, la validité et l'étendue de la convention d'arbitrage.

1re CIV. - 7 juin 2006. *REJET*

Nos 04-10.156 et 04-13.125. - C.A. Paris, 6 novembre 2003.

M. Ancel, Pt. - M. Falcone, Rap. - Me Copper-Royer, Me Odent, Av.

Arbitrage international. - Convention d'arbitrage. - Inapplicabilité manifeste. - Caractérisation. - Applications diverses.

Il appartient à l'arbitre de se prononcer par priorité, sous le contrôle du juge de l'annulation, sur sa propre compétence, sauf nullité ou inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage.

Dès lors que des réservations de fret comportant une clause compromissoire ont été remplacées, en vertu d'une nouvelle expression de la volonté des parties, par des connaissements contenant une clause attributive de compétence, une cour d'appel en déduit exactement que la clause compromissoire est devenue manifestement inapplicable.

1re CIV. - 11 juillet 2006. *REJET*

N° 03-19.838. - C.A. Paris, 17 septembre 2003.

M. Ancel, Pt. - Mme Pascal, Rap. - M. Sainte-Rose, Av. Gén. - SCP Delaporte, Briard et Trichet, SCP Boulez, Av.

Compétence de la juridiction étatique. - Cas. - Inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage. - Caractérisation. - Applications diverses.

En présence d'un contrat d'approvisionnement et d'un contrat de gage, qui n'ont pas le même objet, dont le premier contient une clause compromissoire et le second une clause attributive de compétence, une cour d'appel qui constate que les parties ont voulu distinguer ces deux contrats par des clauses contraires peut en déduire que la convention d'arbitrage stipulée au contrat d'approvisionnement est manifestement inapplicable au litige opposant les parties sur l'exécution du contrat de gage.

Ire CIV. - 4 juillet 2006. *CASSATION*

N° 05-11.591. - C.A. Caen, 9 septembre et 2 décembre 2004.

M. Ancel, Pt. - M. Falcone, Rap. - M. Sarcelet, Av. Gén. - Me Odent, SCP Gatineau, Av.

DE LA PRACTICA

The second iceberg could sink: Beware of nonverbal communication cues

Barbara G. Madonik, Canada

Mediator; President of Unicom Communication Consultants Inc.



1. Just after America's first manned lunar landing mediators loved to tell a story. It centered around an inexperienced neutral who wanted desperately to ease party tension. She asked the lawyers and clients in turn, "What is the greatest scientific breakthrough?" As the novice moved from person to person she kept hearing the wee echo of an elderly and slightly tipsy party. "Ask me, ask me," the party mumbled. When the woman's turn came she slurred indignantly, "Simple, the thermos bottle. You pour hot water in; it stays hot. You pour cold water in; it stays cold. And it doesn't even know how it does it!"

HOW DOES IT KNOW?

2. In fact, the thermos doesn't know how it does it. It doesn't have to know. The process happens automatically. And just as automatically the major part of communication takes place without most communicators knowing how they do it either. As far back as 1970, a study conducted by the University of Pennsylvania¹ determined that only seven percent of what was being communicated was the result of the words or content of what was said. In that study, thirty-eight percent of communication resulted from verbal behavior, which included tone of voice, timbre, tempo and volume. Fifty-five percent of communication derived from nonverbal communication, including body posture, breathing, skin color and movement.
3. About the same time, eager graduate students in California decided to document and create models of communication excellence. They wanted to do this by locating and modeling language patterns of effective communicators who consistently elicited the results they sought. The assignment seemed straightforward. The students would videotape high caliber professionals like Virginia Satir² and Milton Erickson³. They would analyze their words, break down linguistic components, create finite language models, and reduce the patterns to compact communication packages that linguists could replicate. At the end of the testing, however, the results stunned these

¹*Kinesics and Communication*, Birdwhistle, R., University of Pennsylvania, 1970.

²Innovator of Family Therapy in the seventies.

³Psychiatrist, Founder of The American Society For Clinical Hypnosis, creator of innovative approaches to hypnosis later called "Ericksonian Hypnosis".

researchers. Like their Pennsylvania counterparts, they discovered that the words of the communication masters formed only a small part of their messages.

4. The two independent studies arrived at the same major conclusion: people made sense of communication automatically and in specific ways that often had little to do with word content. The California students continued further. The results were used later to form the basis of a system⁴ that identified and codified how people processed information and demonstrated identifiable preferences for sending and receiving it.

DOING YOUR OWN EXPERIMENT

5. Care to conduct your own experiment? Go back in time. Examine past mediations or arbitrations. Was there one in which you explained something brilliantly – or so you thought until you realized no one else understood it? Are you curious how anyone could have missed your point? Then investigate a bit. Did you present your idea using their communication preferences? Did you know how to recognize their preferences? Actually, did you even know they had preferences at all?
6. If you answered no to any of these questions your message may have been lost. It probably resembled signals broadcast on frequencies into which audiences are not tuned. Your brilliant communication may have literally missed its mark. You can, however, learn how to invite people to tune into your communication. You just need to explore a simple communication system. Knowing about it can help you to develop more flexibility to reach every member of that conflict resolution audience.

A SIMPLE COMMUNICATION SYSTEM

7. Information is gathered by people through their five senses: sight, sound, touch, taste, and smell. The raw data is then sent for interpretation to the brain. There the information is filtered, analyzed, and presented – or really *re-presented* – through one of three *channels*. These channels are called visual, auditory, and kinesthetic representational systems. You can understand this concept most easily by imagining the brain as a mental file cabinet. In it are three drawers respectively labeled visual, auditory and kinesthetic (later abbreviated as V, A and K). The visual drawer contains sight-related material, the auditory holds sound and reading information, and the kinesthetic drawer retains data tied to feeling, feelings, taste and smell. People understand information in all three representational systems. However, by the age of seven they have randomly begun to favor one representational system. From then onward they have this arbitrary preference although they are not aware of it. They tend to open and dip into that mental file drawer most of the time. They may rarely visit the remaining two. They demonstrate the preference when they send and receive information during mediation and arbitration.

⁴.*Neuro-Linguistic Programming*, Vol. I, Dilts, R.B., Grinder, J., Bandler, R., DeLozier, J., and Cameron-Bandler, L., Meta Publications, 1979.

HOW DOES THIS AFFECT YOUR MEDIATION & ARBITRATION?

8. Parties at mediation and arbitration must first make sense of communication. They have to do this before they can begin to evaluate the point being made. This means that they must first process the message by relating it to their particular model of the world. To do this they use their preferred representational system. Theirs may or may not be your preferred system. If you send your communication using their system they process information and understand quickly. If you transmit information in another representational system parties may fail to understand you easily. They must first spend time and energy *translating* your message into a representational system they understand before they can consider its merits. If you continue to force them to translate every message you risk fatiguing them. As a result, irritation and stress levels often rise to the point where communication shuts down.
9. Once you are able to recognize representational system preferences you can accomplish a great deal. You can facilitate communication between neutrals and parties at the table, clients and their counsel, disputing parties, and even opposing counsel. For example, people with a visual preference see the world by constructing (that is, imagining) or remembering mental images. In their model of the world a picture really is worth a thousand words. Allow them to create pictures or diagrams to process communication. Others with an auditory preference prize sound. They often take copious notes or ask to have something repeated word for word. They understand things they hear or read. Make sure you send your messages to them that way. Yet another group, who have a kinesthetic preference, tend to deal with the world through body sensations. For them terms like "gut feeling" and "walks all over me" have literal connotations. You can make headway when you respect their need to understand the world through physical contact as well as taste, smell and feelings.
10. Knowing that representational systems exist is the first step toward fluid communication. Learning to recognize the clues to people's preferences is the next. You can do this by becoming a keen observer and astute listener. Get a real feel for the environment around you. Because the mind and body are part of the same cybernetic system⁵ you will be able to track communication through interconnected clues. Start with neurological clues demonstrated by specific eye patterns⁶ and then listen for language that indicates preferred systems⁷. Both kinds of clues will be clear and repeated. Parties will cycle through them again and again because that is how they communicate. When you take time to notice you might be surprised at how the signals begin to jump out at you.

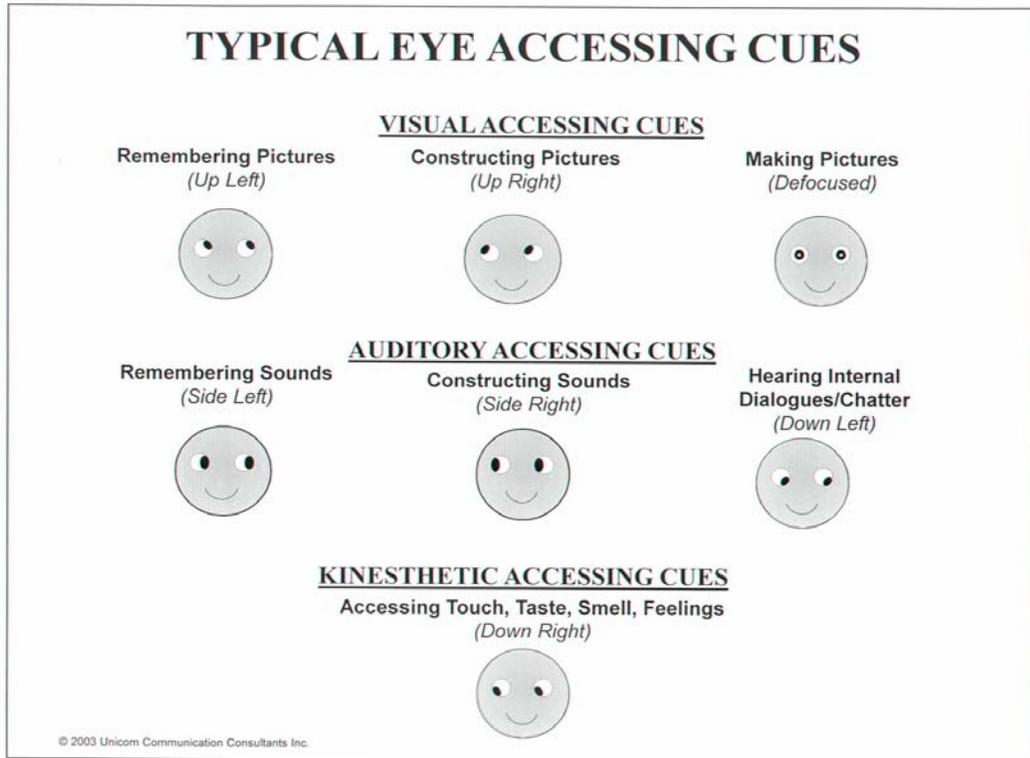
⁵ NLP Through Time, *NLP Connection*, Vol. IV., No., 3., p. 20, Gordon, D., July-September, 1989.

⁶ *Magic Demystified*, Lewis, B.A., Pucelik, R.F., Metamorphous Press, Lake Oswego, Oregon, 1982.

⁷ Sensory Based Language in Legal Communication, *The Practical Lawyer*, Vol. 27 - No. 1, p. 45, Barkai, J.L., January 15, 1981.

THE EYES HAVE IT

11. Romantics have long advanced the theory that the eyes are the windows of the soul. But no one can yet dissect the soul. Nonetheless researchers have made progress in the world of neurology. Ironically, there may be scientific vindication for those romantics. Specific eye positions (called eye accessing cues) appear to correlate with positions to which the eyes travel when the brain looks for information. Using the file cabinet analogy once again, this means that eyes automatically seek the visual, auditory or kinesthetic file drawer in which information resides. When you know how to spot eye accessing cues you enhance your ability to communicate. You can respond directly to the representational system parties show you. The chart below illustrates typical eye accessing patterns.



12. Ready for your next experiment? Have some fun as you begin to identify these cues by observing your colleagues, people around you, family and live television interviews. Notice their eye movement patterns. If you miss quick eye movements, relax. You will get many investigative opportunities: communication patterns are repeated continually. Use the accompanying chart to assist you. Notice that eyes looking upward or that are unfocused typically indicate people accessing a visual system. Eyes moving side to side or down to their left are usually seen when people are seeking auditory data. Eyes traveling downward and to their right side tend to indicate people going for kinesthetic information⁸.

⁸ *I Hear What You Say, But What Are You Telling Me? The Strategic Use of Nonverbal Communication in Mediation*, Madonik, B.G. , Jossey-Bass, San Francisco, CA 2001.

WHAT THE WORDS TELL

13. Language also presents you with valuable clues to preferences. Even though people use all three representational systems their word choices indicate their partiality for one system. Examples of clues to preferences are shown on the chart below:

Examples of Language Cues To Communication Preferences

VISUAL	AUDITORY	KINESTHETIC
Mental picture	Idle chatter	Start from scratch
Dim view	Manner of speaking	Heated argument
Sight for sore eyes	Tuned in	Gut reaction
Named eye	Rings a bell	Not following you
Short sighted	I said to myself	Slipped my mind
Looks like	To tell the truth	All washed up
Mind's eye	Outspoken	Hang tough
Tunnel vision	Call on	Hot headed
Horse of a different color	Utterly	Stiff upper lip
In light of	Word for work	Sharp as a tack
Eye to eye	Earful	Come to grips
Make a scene	Loud and clear	Hardhearted
Paint a picture	Give an account of	In touch with
Gain perspective	Voice your opinion	Smooth operator
See to it	Resounding success	Stuffed shirt
Seeing is believing	I hear you	Hopping mad

14. Are you ready for your final challenge? Then take this test now. Reread each column in the above chart. Afterward, take as much time as you need and add ten words or expressions to each column. After you have finished, continue reading this article.

15. People who take the test are often surprised with their results. They usually do not experience equal ease completing all three columns. Sometimes they have great difficulty coming up with even one expression in one or two columns. Facility to complete one column and not another may indicate they favor one representational system so strongly they do not use the others very often. As a result they may find it quite difficult to think in terms of those unused representational systems. If you took the test and found this result you too may be using only your preferred system. If this is the case, consider the degree of discomfort you experienced finding terms outside your favored system. Appreciate how that might equal the same degree of difficulty others experience when they prefer a system different to yours. Now imagine the impact on results at the table. With this in mind, you might begin to see the advantage of flexibility to glide from system to system. Without it you might be creating communication obstacles unrelated to issues and jeopardizing attention spans.

PRACTICALLY SPEAKING

16. Consider how to use this information respectfully and to everyone's benefit. For example, most mediations and arbitrations are gatherings of parties with different

communication preferences. One strategy for delivering message effectively to everyone involves ensuring availability of materials that people can see (e.g., pictures, charts), read (e.g., reports, testimonials) and touch (e.g., handouts, models). Another way to improve results occurs when opposing counsel negotiate. Often conflict results from misunderstanding information rather than disagreeing with it. Many times just sketching a picture (*V*), asking for feedback (*A*) about a suggestion, or providing miniatures (*K*) is very useful. At times when communication is limited to words (e.g., in correspondence or on the telephone) cycle through all three systems. For example, "I look forward (*V*) to our next telephone conversation (*A*) in which we can dig into (*K*) more case detail."

DANGER OF ICEBERGS

17. Mediators, arbitrators and counsel who rely solely on word content put their results at risk because they are dealing with only the tip of one communication iceberg. These folks might want to go back to remember why the Titanic sank: the captain stubbornly refused to factor in all information. He would only deal with limited information, acknowledge the presence of just one iceberg, and maintain a collision course. In spite of the captain's denial of a second deadly ice floe, it still existed. The second sank the ship.
18. Paying attention to all communication at the table or in caucus is much the same. Nonverbal communication exists and conveys powerful messages whether neutrals or counsel choose to deal with it or ignore it. However, if they choose to deal with it, they usually discover that their communication is working for them instead of against them.

La intervención del tercero gerente en conflictos organizacionales

Maria Rosa Fernández Lemoine, Argentina

Mediadora

INTRODUCCIÓN

1. Nuestra experiencia en organizaciones y en empresas PyMES, entre ellas, empresas familiares, nos permitió apreciar que, por lo general, ante un conflicto se privilegia la intervención de un miembro de la organización para actuar como tercero, sobre la de un facilitador / mediador externo. Este tercero, un gerente, asume un rol con límites pocos definidos y para el cual no cuenta siempre con entrenamiento.
2. La intervención del tercero gerente presenta diferencias con la de un tercero profesional ajeno a la organización. Muchas veces está condicionada no por circunstancias relacionadas al conflicto o a la disputa en sí y a los involucrados en ella, sino por situaciones problemáticas y la significación que tiene para la organización el conflicto y su necesidad de resolverlo.

TERCERO PROFESIONAL Y TERCERO GERENTE

3. Es usual que los terceros profesionales asuman, en el conflicto en el que intervienen, un rol en el que están bien delineados los alcances y límites de su intervención y autoridad. El tercero gerente tiene, en cambio, una mayor libertad para decidir cuándo y cómo intervendrá en las disputas organizacionales. Los terceros profesionales son convocados, mientras que los terceros gerentes pueden proponer la mediación ellos mismos. Estos últimos tienen, con los involucrados en el conflicto, relaciones que se extienden más allá del contexto en el que éste aparece. El tercero gerente, suele tener una relación de jerarquía o está vinculado socialmente con los disputantes, situación que no se da con el tercero profesional. En muchas oportunidades, la disputa afecta intereses creados del gerente mediador. Al asumir el rol de tercero, tiene oportunidad de influir sobre el resultado de la disputa, en las relaciones de las partes y en su relación con los disputantes y con la organización. Detenta una autoridad formal sobre los disputantes que puede ser utilizada, manifiesta o implícitamente, para imponer soluciones, opción que no existe en el caso del tercero profesional. Al no tener un rol bien delineado ni entrenamiento específico en resolución de disputas, esto le brinda una considerable libertad para decidir cómo y cuándo intervendrá en ellas. Estrictamente hablando, los gerentes no son terceros neutrales propiamente dichos.

ESCENARIO DE LA DISPUTA E INTERVENCIÓN DEL TERCERO GERENTE

4. Hay ciertos elementos del escenario de la disputa que influyen en la elección del tercero gerente. Entre ellos mencionamos: la naturaleza de las cuestiones involucradas, la cantidad y tipo de conflictos, los plazos y la presión del tiempo.¹
5. Cuando las cuestiones revisten importancia para la organización hay mayor probabilidad de que intervenga un tercero gerente. En estos casos, el tema no se quiere "ventilar" ni que trascienda, sino resolverlo dentro del ámbito de la organización y rápidamente evitando, de esta manera, posibles y futuras disputas.
6. También, en la elección del gerente, prima un criterio de costo/beneficio: resolver el problema en el menor tiempo posible, controlar los costos y minimizar aspectos destructivos del conflicto dentro y fuera de la organización. En un contexto de presión de tiempo, la elección del gerente se vincula con el hecho de que éste puede asumir el control de la decisión e imponer, en su caso, una solución.
7. Otro elemento que se tiene en cuenta es la relación entre las partes. Las disputas en las organizaciones involucran a personas que deberán mantener una relación prolongada en el tiempo.
8. El proceso mismo y su definición pueden afectar la naturaleza de las interacciones futuras entre los involucrados. Por ello, es relevante una estrategia que permita a las partes crear la solución al conflicto y una situación de aprendizaje para abordar y resolver futuras disputas. No obstante, en ocasiones, el tercero gerente y la organización pueden privilegiar el fin de la disputa aunque no signifique su solución.

EL TERCERO "NEUTRAL" DE LA ORGANIZACIÓN

9. Las organizaciones optan, muchas veces, por la intervención de un miembro con jerarquía institucional para actuar como tercero en el conflicto, aún cuando su relación con los disputantes excede el contexto del conflicto y puede influir, en los resultados, las relaciones a largo plazo entre las partes y en sus propias relaciones futuras con los disputantes y con la organización.
10. El rol del tercero gerente, a diferencia del que reviste el tercero profesional, no es un rol normalizado ni cuenta, en general, con un entrenamiento específico en resolución de disputas. Él introduce experiencias propias y percepciones que "tiñen" su interpretación y participación en la disputa. En este orden, puede haber una fuerte tendencia a encuadrar la disputa en marcos fijos, donde los involucrados queden encasillados, en un marco "correcto/incorrecto"². O intentar, frente a la disputa, ponerle fin y que no se

¹ Rekha Karambayya, Jeanne M. Brett. "El Tercero Gerente. Estrategias, proceso y consecuencias". Publicado en *Nuevas direcciones en mediación*. Compilación : Joseph P. Folger- Tricia S. Jones. Ed. Paidós. Buenos Aires, 1997.

² Es decir, el que "originó" o se le atribuye el comienzo de la disputa, se lo coloca en la categoría "incorrecto"

prolongue, aun cuando no se resuelva. O bien adoptar marcos más flexibles o dinámicos que cambien en el curso de la interacción entre las partes y en los cuales adquiere relevancia también la interacción entre éstas y el tercero.

11. En la elección y aplicación del marco de la disputa que haga el tercero, reviste importancia su experiencia profesional y el entrenamiento. La experiencia y entrenamiento en la resolución de disputas es, particularmente, importante.
12. El marco elegido para abordar la disputa, permitirá o no, ahondar en las cuestiones subyacentes, tener en cuenta la participación y satisfacción de los disputantes y la posibilidad de llegar a un acuerdo. Así, por ejemplo, la autoridad formal del gerente y la relación de jerarquía que tenga respecto de los disputantes, puede ser utilizada manifiesta o implícitamente para imponer soluciones, opción que no existe en el caso de tercero profesional.
13. Dentro de este marco, la existencia de un conflicto y la naturaleza de las cuestiones involucradas no son abiertamente reconocidas ni discutidas; incluso, es probable que el gerente dude acerca de si hay un conflicto, cuáles son las cuestiones involucradas y qué gravedad revisten.
14. El tercero gerente tiene, generalmente, una "historia" de relación con los disputantes. Cuando las relaciones son "pobres o alejadas", la tendencia es tratar de poner fin a la disputa en lugar de ahondar y resolverla, limitando la interacción entre las partes. Mientras que cuando las relaciones son "buenas", hay una tendencia mayor a trabajar en las causas subyacentes.

EL ROL DE TERCERO

15. Los "roles" son pautas tipificadas de conductas en un contexto y abarcan tipos de actores es ese contexto. La construcción de tipologías de "roles", es un correlato necesario de la institucionalización de comportamientos o conductas.
16. Al desempeñar roles, los individuos actúan y participan en el mundo social, observando el comportamiento propio del rol y al internalizarlo, ese mundo cobra realidad para ellos subjetivamente.³
17. El rol de tercero gerente en una disputa, crea en los disputantes expectativas de comportamientos derivados del desempeño del rol. A su vez, el tercero puede o no haber internalizado su rol. Como él está inserto en un contexto que forma parte de otro más amplio- el organizacional -, donde cumple un rol diferente al de tercero, el grado de internalización subjetiva de este último, es el que otorgará la impronta a su actividad.
18. En los estudios gerenciales, hay un avance en trascender el enfoque estrictamente teórico, que atañe a la *teoría* social organizacional en pos de entender mejor la

³ Berge, Peter L. -Luckmann, Thomas. *La construcción social de la realidad*. Amorrortu Editores. Buenos Aires, 1968. Pags. 91/97.

conversación y las realidades conversacionales.⁴ Los buenos gerentes cuando están frente a situaciones que ellos no eligieron y pueden, si las "formulan adecuadamente" crear un "paisaje" de posibilidades relevantes para una gama de posibles acciones y generar una red de "compromisos morales" (en términos de derechos y deberes de los actores de ese paisaje); y ser capaces de argumentar de manera persuasiva y autorizada a favor de ese "paisaje" entre quienes deben trabajar en él.

19. Llevando esto al terreno que nos ocupa si el gerente quiere actuar como tercero debe "leer" las situaciones o disputas que intenta administrar o resolver. Advertir que la autoridad formal y la relación de jerarquía respecto de los disputantes, podría "utilizarla", manifiesta o implícitamente, para imponer soluciones, y advertir, también, las consecuencias que de ello pueden derivar.⁵
20. Como dije más arriba, la existencia de un conflicto y la naturaleza de las cuestiones involucradas en él, no suelen ser abiertamente reconocidas ni discutidas; incluso puede ser que el gerente "dude" acerca de la "existencia" del conflicto y por ende de su gravedad. Por ello, instalar el conflicto, como resultado de un proceso que signifique involucrar a las partes y legitimarse como tercero, constituye un desafío para el gerente, miembro de la organización.⁶
21. Es un proceso en el que, actuando interactivamente con las partes disputantes, se "nombran" las cosas a las que se prestará atención y "modela" el contexto en el que esto se hará. Es decir, generar una formulación clara y adecuada de cual "es" la situación problemática y crear, a partir de un conjunto de acontecimientos desordenados, una "estructura" coherente dentro de la cual puedan hallar un "lugar inteligible" tanto las realidades presentes cuanto las posibilidades ulteriores. Esto se hace en una conversación continua con los participantes en la disputa e incluso con quienes tengan alguna vinculación o puedan ser afectados por ella.
22. Shotter,⁷ menciona a Giambattista Vico quien habló en contra de la búsqueda unilateral de la verdad. En esta línea de pensamiento, intervenir como tercero en un conflicto no es buscar la "verdad" o "descubrir realidades". Supone una forma contextualizada de conocer no lo que "es" sino hacer, desde una visión construccionista, formulaciones inteligibles dando una significación compartida y compatible al cúmulo desordenado de acontecimientos y emociones. Shotter introduce el concepto de gerente como "autor ético práctico", "un autor conversacional", capaz de argumentar de manera persuasiva a favor de un "paisaje" de posibles acciones próximas en el que sean claras las "posiciones" de quienes deben tomar parte en él.
23. Desde esta visión, podemos afirmar que el tercero gerente que actúa en un conflicto debería adoptar la "autoria conversacional", el recurso del poder "formativo" del lenguaje y con un grado (alto) de internalización subjetiva de su rol de tercero.

⁴ Shotter, John. *Realidades conversacionales*. Amorrortu Ediciones. Buenos Aires. 1993, pags. 224 y siguientes.

⁵ Esta situación no existe, generalmente, en el caso del tercero profesional.

⁶ Instalar el conflicto es una de las intervenciones básicas de un tercero profesional neutral.

⁷ *Ob. cit.* Nota 3. Página 230.

CONCLUSIONES

24. El rol de tercero en una disputa crea en los disputantes expectativas respecto a su intervención como tal. Esas expectativas pueden no resultar satisfactorias cuando el desempeño como tercero neutral, no se cumple.
25. La actuación del tercero gerente está connotado no sólo por el contexto y carácter de la disputa, partes involucradas, tiempos y desenlace que se espera de ella, sino por el marco más amplio de la organización y las pautas de comportamiento vigentes en ella.
26. Por ello, en un contexto organizacional, la independencia del tercero respecto de las decisiones, crea en las partes involucradas en la disputa, confianza en su intervención y las motiva a participar y analizar, en su caso, las cuestiones subyacentes; mientras que el control de las decisiones puede disminuir su protagonismo y desalentar el diálogo y la comunicación.
27. Por otra parte, la percepción y confianza, que tengan las partes, en la equidad del proceso, influye en su participación y en las expectativas de los efectos a largo plazo que, para ellas mismas y como partes de la organización, pueda tener la solución de la disputa.

RESEÑA

El arbitraje internacional por naturaleza está íntimamente ligado al derecho internacional privado y en este sentido vale la pena presentar dos obras recientemente publicadas para expertos en la materia y quienes, no por casualidad, también cuentan con una larga trayectoria como árbitros.

Nuestro colega **Gilberto Boutin** publicó en Panamá con el Editorial Maître Boutin, la segunda edición de su libro, **Derecho Internacional Privado**, obra impresionante de 1248 páginas, y que cuenta con un capítulo sobre arbitraje internacional, teniendo por principal objetivo presentar las generalidades sobre el tema; pero que al mismo tiempo hace un análisis original y muy detallado sobre ciertos aspectos como el control de la ejecución de los laudos en el marco de la Convención de Panamá o el control constitucional que opera en Panamá con relación a los procedimientos arbitrales. Asimismo, otro capítulo de gran interés para nuestra área es el referente a las fuentes “anacionales” del derecho internacional privado, a saber la *lex mercatoria*, que el autor define como “el conjunto de usos y prácticas del comercio internacional” constituyendo un “orden supranacional”, reconocido por los tribunales panameños. La definición es muy similar a la del Dr. **Leonel Pereznieto Castro**, quien acaba de publicar en México junto con **Jorge Alberto Silva** la segunda edición de su texto **Derecho Internacional Privado – Parte Especial**, editorial Oxford; obra de 710 páginas, acompañado de un cd-rom que contiene los textos internacionales citados. En esta obra, existe un extenso capítulo consagrado al arbitraje internacional, tanto en el ámbito comercial como en el de la inversión extranjera, especialmente en el marco del TLCAN. En el capítulo sobre la ley aplicable a los contratos internacionales, los autores consagran varias páginas a la *lex mercatoria* y los principios Unidroit. Nos parece que en relación con la *lex mercatoria*, hay una evolución del pensamiento de los autores en el sentido de que en varios escritos anteriores había una tendencia a calificar ese *jus mercatori* como un verdadero sistema jurídico, mientras que en esta nueva edición, se adopta una postura más suave. Es así que definen la *lex mercatoria* como un conjunto de “diversas disposiciones apoyadas en los usos, costumbres, prácticas y principios generados por el comercio internacional”, que “eventualmente podrán ser reconocidos por los sistemas jurídicos de los Estados nacionales al incorporarles y, a partir de ese momento, convertirles en derecho positivo”.

Ambas obras tienen en común el dirigirse tanto a los alumnos, por su carácter pedagógico, como a los abogados en el ejercicio de su profesión por su carácter analítico y crítico, y consideramos que son indispensables en cualquier biblioteca de arbitraje internacional.

JAG

Do you want your book reviewed ? Please send a copy to:

Quiere que se reseñe su obra? Mande una copia a:

Prof. James A. Graham
1899-3, RAFAEL VERGER
64060 MONTERREY,
MEXICO

BREVES

Corte Arbitral para el Deporte. Conflicto de intereses entre árbitros y abogados. El Consejo Internacional para el Arbitraje en materia de Deporte decidió que los profesionistas inscritas en sus listas como árbitros ya no pueden ser abogados para las partes con el fin de poner fin a la sospecha que esos abogados por su estatuto de árbitro en la Corte pudieran tener ventaja alguna en la resolución de las controversias. Más precisamente, la incompatibilidad juega solo para el periodo en donde el profesionista es parte a una de las formaciones de la Corte Arbitral. Sigue el comunicado oficial, en idioma francés: (JAG)

Lausanne, le 1er novembre 2006 – Lors de sa dernière réunion, le Conseil International de l'Arbitrage en matière de Sport (CIAS), organe directeur du TAS, a décidé de modifier l'une de ses directives internes à l'attention des arbitres du TAS afin que ceux-ci renoncent à agir en qualité de conseils devant le TAS. Par cette mesure, le CIAS souhaite éviter à l'avenir que des parties agissant devant le TAS et représentées par des conseils non-membres du TAS aient le sentiment d'être désavantagées si la partie adverse est représentée par un membre du TAS. Bien que le Tribunal Fédéral suisse n'ait encore jamais remis en cause l'exercice de la double fonction arbitre/conseil, le CIAS a décidé d'intervenir sans tarder à un moment où les arbitres du TAS sont de plus en plus souvent sollicités par des associations sportives, des clubs ou des athlètes pour les conseiller ou pour les représenter devant des instances sportives ou judiciaires.

Le texte officiel des nouvelles directives du TAS est le suivant :

- 1. De l'avis du Conseil International de l'Arbitrage en matière de Sport (CIAS), un membre du TAS nommé en qualité d'arbitre au sein d'une formation du TAS ne doit pas agir comme conseil dans le cadre d'une autre procédure devant le TAS au cours de la même période.*
- 2. Au cas où un membre du TAS est nommé en tant qu'arbitre dans une formation du TAS, il/elle doit révéler tout mandat de conseil qu'il/elle ou son cabinet d'avocats a devant le TAS. Si, après une nomination dans une formation du TAS, un membre du TAS accepte néanmoins d'agir comme conseil dans le cadre d'une autre procédure du TAS, il/elle doit immédiatement révéler cette information au TAS.*
- 3. Dans le cadre de la procédure d'appel, le président d'une formation est nommé uniquement parmi les membres du TAS qui ne représentent pas ou dont le cabinet d'avocats ne représente pas une partie devant le TAS au moment de cette nomination.*

Formato de Publicación

- Lenguaje: Inglés, Francés, Español
- Fondo: Times New Roman 11
 - Espacios: Espacio sencillo
- Notas a pie de página no notas finales
 - No se usa el Bloq. Mayus
 - Formato: .doc, .wpd, .sdw, .rtf
- Párrafos: Todos los párrafos deben ser numerados continuamente
 - Todos los manuscritos serán recibidos por el Comité Editorial.

correo a: graham@med-arb.net

Publication Format Guidelines

- Language: English, French, Spanish
- Font: Times New Roman 11
 - Spacing: Single lined
 - Footnotes and no endnotes
 - No caps lock
- File format: .doc, .wpd, .sdw, .rtf
- Paragraphs: All the paragraphs must be numbered continuously.
 - All the manuscripts will be reviewed by the Editorial Board.

Contributions have to be sent to: graham@med-arb.net

www.med-arb.net