

HORIZONTE DEL ARBITRAJE EN LATINOAMERICA

Breves antecedentes sobre el desarrollo del arbitraje internacional en la Comunidad Andina.-

El arbitraje tiene presencia en la legislación de los países de latinoamérica, desde hace ya muchos años. En efecto, los códigos de enjuiciamiento civil de nuestras naciones regulan un arbitraje muy lento y pesado, que fue la causa por la que prácticamente nadie lo usó (al menos en el Ecuador). Eran los tiempos de las cláusulas compromisorias insertas en el texto de los contratos, las que exigían que para poder llegar a la solución de alguna controversia surgida de tal contrato, la parte que necesitaba recurrir al arbitraje debía requerir a la otra parte, incluso judicialmente, para la celebración del compromiso arbitral que permita llevar a cabo este procedimiento alternativo a la justicia ordinaria. Obviamente, se trataba de un proceso lento y engorroso que podía demorar varios años algunas veces sólo hasta que se logre obtener el compromiso arbitral, y por consiguiente ni que decir del tiempo que tomaba obtener un laudo resolutorio firme. Recordemos que lo normal era que podía intentarse casi toda suerte de recursos en contra de los laudos resolutorios, e incluso en contra de algunos laudos interlocutorios.

Esto empezó a cambiar (me referiré únicamente al caso ecuatoriano) con la expedición, en octubre 28 de 1963, de la Ley de Arbitraje Comercial, que introdujo conceptos hasta ese momento desconocidos, como aquel de que la sola existencia en un contrato, de cláusula compromisoria, permitía ya presentar ante la Cámara de Comercio que se hubiera escogido como centro administrador del arbitraje, la demanda pertinente, con la que se iniciaba ya el procedimiento arbitral. Esta ley no permitía el arbitraje de derecho, ni el arbitraje ad hoc o independiente. Si una parte, pese a la existencia de cláusula compromisoria en el contrato objeto de la controversia, iniciaba su causa ante la justicia ordinaria, el juez de Derecho podía tramitarla sin que se pueda proponer con fundamento en disposición legal alguna, la excepción de existencia de convenio arbitral. Tampoco reconocía el arbitraje internacional, y no tenía solución práctica al problema de ejecución del laudo arbitral. En fin, si bien fue un cambio sustancial y cualitativo enorme frente al sistema arbitral del Código de Procedimiento Civil ecuatoriano, y subsistió con éste en la legislación nacional por más de treinta años, no tuvo la virtud –por las indudables limitaciones en el texto de la ley- de llenar el vacío al que estuvo destinado, y por ello, desde que se dictó dicha ley, en octubre de 1963, y hasta cuando vió la luz la vigente ley de arbitraje, apenas se llevaron a cabo en aproximadamente 34 años de vigencia, en la Cámara de Comercio de Quito, menos de una decena de arbitrajes. Obviamente, tal sistema no fue la solución al problema.

Y no fue sino en septiembre 4 de 1997 que se publicó en el Registro Oficial –y con ello entró a la vida jurídica- la nueva Ley de Arbitraje y Mediación, que trajo trascendentales cambios al sistema arbitral ecuatoriano, pues se incorporó la posibilidad del arbitraje de derecho (alternativa única en el caso de contratos que celebran las instituciones públicas

ecuatorianas), la del arbitraje ad hoc o independiente, la de arbitrar cualquier conflicto con la sola limitación de que se trate de derechos o asuntos respecto de los cuales sea legalmente permitido transigir (por tanto ya no es un arbitraje solamente para cuestiones comerciales, pues hoy son arbitrables incluso reclamaciones laborales o meramente civiles), el principio kompetenz-kompetenz, el de la autonomía o independencia de la cláusula arbitral, la competencia excluyente del tribunal arbitral frente a los jueces de derecho, la instancia única, la imposibilidad de interponer recursos distintos al de la nulidad, la fijación de un plazo máximo para la resolución de la controversia, el reconocimiento y posibilidad de arbitrajes internacionales, la ejecutabilidad del laudo cual si fuese sentencia dictada por jueces de derecho, etc. Mención especial merece el hecho de que esta ley regula con detenimiento la creación y funcionamiento de centros de arbitraje y de centros de mediación, lo que ha permitido que se creen muchos centros de arbitraje y bastantes más de mediación, y a nivel nacional.

A partir de la vigencia de esta nueva ley y como su consecuencia, en forma inmediata posterior a su promulgación se sintió su influencia por el número de causas de arbitraje y de mediación que empezaron a llegar a los centros de arbitraje de las cámaras de comercio de Quito y Guayaquil, que eran los únicos que hasta ese momento se hallaban autorizados a funcionar como tales.

Al momento existen en actividad en el Ecuador, al menos ocho centros de arbitraje, cuatro de los cuales se hallan en Quito, y que pertenecen a la Cámara de Comercio de Quito, a la Cámara de la Construcción de Quito, a la Cámara de Comercio Ecuatoriana Americana y a la Fundación Antonio J. Quevedo; existen también centros de arbitraje en las Cámaras de Comercio de Guayaquil, Cuenca, Manta y Ambato (aun cuando esta última no ha tenido aún ninguna actividad).

Respecto de Centros de Mediación o Conciliación (sinónimos, según la ley ecuatoriana), la realidad es aun mayor, pues a más de los centros de esta naturaleza que se manejan conjuntamente con los centros de arbitraje arriba mencionados, existen otros muchos que tienen muy importante actividad, debiendo destacarse primeramente el de la Función Judicial (funciona al menos en las ciudades de Quito y Guayaquil), el de la Contraloría General del Estado (para controversias surgidas en torno a contratos públicos), el del Ministerio del Trabajo, el de la Defensoría del Pueblo, etc.

De los cuadros estadísticos adjuntos se aprecia que en lo que va de corrido el año 2004 se han presentado 80 casos de arbitraje (de los cuales en Quito se han producido 50, y de estos 42 ante el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito) y 431 mediaciones (de las cuales 220 han sido ante el Centro de Mediación de la Función Judicial, 86 ante la Cámara de Comercio de Quito, 60 en la de Manta y cifras bastante menores en las de Cuenca, Guayaquil, etc.).

La Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador se inspira en la Ley Modelo de la CNUDMI (UNCITRAL, por sus siglas en inglés), y es a ello que se debe la enorme acogida que ha recibido sobre todo en los medios empresariales y profesionales. Sin embargo y con la finalidad de mejorar aun más la ya de por si buena ley que rige este procedimiento en el Ecuador, se encuentra en trámite en el Congreso Nacional, en segunda discusión, un proyecto de reforma que busca incorporar una nueva causa de nulidad del laudo resolutivo (cuando se hayan violado los procedimientos previstos por la ley o por las partes para la designación de árbitros o constituir el tribunal arbitral) y mejorar el procedimiento de la acción de nulidad para volverlo más ágil, poniendo un término muy corto para su resolución por la Corte Superior de Justicia del distrito de que se trate. Por cierto, hay que mencionar, y en lugar destacado, que en el Ecuador el arbitraje y los métodos alternativos para la solución de controversias están reconocidos por la Constitución Política, lo que les otorga un carácter de mucho mejor jerarquía a la que anteriormente tenía y a la que aún hoy en día tiene este sistema arbitral en casi todos los demás países de la región latinoamericana.

En muchos otros países de Latinoamérica (por no decir que en todos), gracias a la promoción del BID, ha sucedido algo similar, pues sus respectivos congresos han aprobado en los últimos años nuevas leyes de arbitraje o han mejorado la existentes, y lo han hecho, por regla general, siguiendo los lineamientos de la Ley Modelo de la CNUDMI. Igual ha sucedido con algunos países europeos, tal como España, que se halla estrenando una nueva y flamante ley de arbitraje, promulgada el 26 de diciembre de 2003. En efecto, muchos países latinoamericanos así lo han hecho, como vemos que sucede con Argentina¹, Bolivia², Brasil³, Chile⁴, México⁵, Perú⁶, Venezuela⁷, etc.. Sin embargo, es importante hacer notar que siendo la corriente latinoamericana la de promulgar nuevas leyes de arbitraje para mejorar y consolidar este sistema como uno de mucha eficiencia para la resolución alterna de conflictos, hay algún país, como sucede con Colombia⁸, que era el que al menos en América del Sur tenía el más avanzado sistema de arbitraje comercial, siendo el de la Cámara de Comercio de Bogotá el Centro de Arbitraje que mayor número de casos registraba en América Latina, y ésto gracias a su ley que funcionaba de muy buena manera –pese a su extensión y complejidad- y era ejemplo en América Latina por el desarrollo de su sistema arbitral, por el contrario y por circunstancias eminentemente coyunturales enfrenta hoy una importante arremetida por parte del Procurador de la Nación, que en lugar de fomentar el

¹ En verdad Argentina aún no tiene su nueva ley arbitral, pero está en curso, pues se encuentra ya en discusión en el Congreso la nueva Ley de Arbitraje, redactada de acuerdo con la Ley Modelo de UNCITRAL. Hasta que esta nueva ley se apruebe, el arbitraje se encuentra regido por las viejas disposiciones pertinentes de su Código Procesal Civil.

² Ley de Arbitraje y Conciliación (Ley No. 1770 del 10 de marzo de 1997), promulgada en la Gaceta Oficial el 11 de marzo de 1997.

³ Lei N. 9.307, de 23 de setembro de 1996, Dispõe sobre a arbitragem. Esta ley entró en vigor el 23 de noviembre de 1996.

⁴ Al igual que Argentina, Chile no cuenta todavía con una nueva ley arbitral, pero al momento se encuentra en discusión en su Congreso una nueva Ley que regule el arbitraje internacional, también base a la Ley Modelo. En Chile todavía se regula el arbitraje por las pertinentes disposiciones de su Código de Procedimiento Civil.

⁵ Decreto Legislativo por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones del Código de Comercio y del Código Federal de Procedimientos Civiles, promulgado en el Diario Oficial el 22 de julio de 1993.

⁶ Ley No. 26572, Ley General de Arbitraje, promulgada el 3 de enero de 1996.

⁷ Ley de Arbitraje Comercial, promulgada en la Gaceta Oficial de 7 de abril de 1998

⁸ Decreto No. 1818 de septiembre 7 de 1998

arbitraje lo combate como mecanismo o medio para no perder poder, control y, sobre todo, para poder seguir manejando los procesos en el área de la justicia ordinaria con todos los bemoles que en ella existen en todos nuestros países.

Corresponde mencionar, ahora, algo sobre los procedimientos arbitrales internacionales en Latinoamérica, y lo haremos refiriéndonos a los programas de integración económica, diciendo que en sus inicios no disponían de procedimientos propios de solución de controversias. Remontándonos al segundo más antiguo sistema de integración económica de nuestro continente, esto es, al **Tratado de Montevideo que creó la ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE LIBRE COMERCIO (ALALC)**, suscrito el 18 de febrero de 1960 por Argentina, Brasil, Chile, México, Paraguay, Perú y Uruguay, adhiriendo posteriormente Colombia, Ecuador, Venezuela y Bolivia, debemos señalar que si bien contenía una serie de compromisos tendientes a crear una zona de libre comercio con un programa de desgravación previsto para un término de doce años, entre los países miembros, se trató de un instrumento internacional que, pese a que su objeto o finalidad fue la de crear un gran región de libre comercio, no hace referencia a mecanismos de solución de controversias, como lo hace hoy en día todo convenio internacional de esta naturaleza.

Con la suscripción del **Acuerdo SUBREGIONAL DE INTEGRACION ANDINA**, denominado **Acuerdo de Cartagena** (26 de mayo de 1969), se establece por primera vez un marco legal e institucional del proceso de integración andino y se le atribuye la función jurisdiccional al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Este instrumento de Derecho Internacional Público fijaba algunas reglas sobre métodos diplomáticos a cargo de la Comisión del Acuerdo, y remitía la cuestión al empleo de los medios establecidos por el Protocolo sobre Solución de Controversias suscrito entre los países de la ALALC. El artículo 23 del Acuerdo facultaba a la Comisión el conocimiento de procedimientos de "negociación, buenos oficios, mediación y conciliación", entre los Estados, por conflictos relacionados con la "interpretación o ejecución" del Acuerdo o de las Decisiones de la Comisión. Al mismo tiempo, estipulaba que "de no lograrse avenimiento, los Países Miembros se sujetarían a los procedimientos establecidos en el Protocolo para la Solución de Controversias, suscrito en Asunción, Paraguay, el 2 de septiembre de 1967, entre los países miembros de la ALALC, que establecía un régimen de medios para la solución de controversias, y que incluía ya el arbitraje.

El 28 de mayo de 1979, en Cartagena de Indias (Colombia), se suscribe el **Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo, referente a la Solución de Controversias y Control de la Legalidad**, que entró en vigor el 19 de mayo de 1983. Este instrumento modificó radicalmente la situación con la adopción de un sistema de medios para la solución de controversias para el cumplimiento del Acuerdo, tales como: el control de la legalidad y la interpretación uniforme de las normas del ordenamiento jurídico del Acuerdo, a cargo de un órgano jurisdiccional independiente y de carácter permanente. Este Tratado concedía al Tribunal de Justicia competencia para tres acciones: la de nulidad, la de incumplimiento y la de interpretación prejudicial.

Este sistema fue inspirado en la experiencia de la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas. El Tribunal Andino de Justicia se incorporó al ordenamiento jurídico del Acuerdo el 19 de mayo de 1983.

El 12 de mayo de 1987 fue suscrito por los Estados miembros del Acuerdo de Cartagena el **Protocolo de Quito**, que entró en vigor el 25 de mayo de 1988. Mediante este instrumento el Tribunal de Justicia pasó a formar parte, como "órgano principal", de la estructura institucional del sistema de integración económica del Grupo Andino.

En marzo de 1996, se suscribe el **Protocolo de Trujillo**, que introdujo modificaciones institucionales que implican la creación de una llamada "Comunidad Andina" y de un "Sistema Andino de Integración".

El 28 de mayo de 1996, los Países Miembros suscribieron el Protocolo Modificadorio del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, conocido como el **Protocolo de Cochabamba**, que adaptó las modificaciones introducidas por el Protocolo de Trujillo a la organización y funciones del Tribunal de Justicia. Por medio de este Protocolo se asignaron nuevas facultades o atribuciones al Tribunal: la procedencia del recurso por omisión, la jurisdicción laboral y la acción de incumplimiento, ésta última es modificada para posibilitar o permitir a las personas naturales y jurídicas acudir directamente al Tribunal en caso de incumplimiento de normas andinas por parte de un País Miembro. Pero fundamentalmente, bajo este instrumento se le confiere al Tribunal la facultad arbitral, pero no como un mecanismo de solución de controversias para el cumplimiento de las normas de Acuerdo, sino que se trata de un arbitraje privado, con intervención de los particulares, a su requerimiento.

En la Sección Quinta de este instrumento, **De la Función Arbitral**, Artículo 38, se confiere al Tribunal la competencia para:

"dirimir mediante arbitraje las controversias que se susciten por la aplicación o interpretación de contratos, convenios o acuerdos, suscritos entre órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración o entre éstos y terceros, cuando las partes así lo acuerden.

Los particulares podrán acordar someter a arbitraje por el Tribunal, las controversias que se susciten por la aplicación o interpretación de aspectos contenidos en contratos de carácter privado y regidos por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

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

El Art. 39 del mismo instrumento confiere a la Secretaría General competencia para:

"dirimir mediante arbitraje administrado las controversias que le sometan particulares respecto de la aplicación o interpretación de aspectos contenidos en contratos de carácter privado y regidos por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

La Secretaría General emitirá su laudo conforme a criterios de equidad y de procedencia técnica, acordes con el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. Su laudo será obligatorio e inapelable, salvo que las partes acordaran lo contrario y constituirá título legal y suficiente para solicitar su ejecución, conforme a las disposiciones internas de cada País Miembro".

En las Disposiciones Generales, Capítulo IV, Art. 41 del citado instrumento, se dispone que:

"Para su cumplimiento, las sentencias y laudos del Tribunal y los laudos de la Secretaría General no requerirán de homologación o exequatur en ninguno de los Países Miembros".

El Art. 42, por su parte, prevé que:

"Los Países Miembros no someterán ninguna controversia que surja con motivo de la aplicación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina a ningún tribunal, sistema de arbitraje o procedimiento alguno distinto de los contemplados en el presente Tratado.

Los Países Miembros o los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración, en sus relaciones con terceros países o grupos de países, podrán someterse a lo previsto en el presente Tratado".

De las normas citadas debemos destacar que este Protocolo establece la solución por la vía arbitral, de controversias que se susciten en contratos, convenios o acuerdos de carácter privado o suscritos entre órganos o instituciones del Sistema Andino de Integración o entre estos y terceros. Que conforme a este Tratado Modificatorio, el Tribunal de Justicia será competente para resolver controversias que se susciten entre órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración o entre estos y terceros, además de controversias entre particulares. Que la Secretaría General sólo podrá resolver, actuando como árbitro, controversias que le sometan los particulares. Que en cualquier evento, los laudos emitidos por el Tribunal de Justicia y por la Secretaria General, salvo, en este último caso, que las partes hayan pactado lo contrario, serán definitivos y en consecuencia se ordenará su cumplimiento conforme a las normas internas de los Países Miembros.

Finalmente, el 25 de junio de 1997, en la ciudad de Quito se suscribe el **Protocolo de Sucre**, que en su Tercera Disposición Transitoria dispone que "la Comisión de la Comunidad Andina podrá establecer un mecanismo arbitral para la solución de controversias entre los Países Miembros que persistan al pronunciamiento de la Secretaría General". Esta norma se refiere, y trata exclusivamente, a las controversias que se susciten entre Países Miembros

dentro del ámbito de la acción de incumplimiento, de tal suerte que en caso de persistencia en el incumplimiento se podrá acudir a un mecanismo arbitral. Ahora bien, ésta vía de arbitraje sólo operaría en el caso de acciones derivadas de un País Miembro o, en todo caso, de acciones también propiciadas por la Secretaría General, en la medida en que el País Miembro afectado se adhiera a la acción de la Secretaría General, pero no sería aplicable cuando se trate de acciones promovidas por personas naturales o jurídicas.

Posible camino futuro del arbitraje comercial internacional en Latinoamérica.-

No obstante que el Protocolo de Cochabamba otorgó un medio alternativo de solución de diferencias entre los particulares, cuando en sus relaciones comerciales estén involucradas normas de las que conforman el ordenamiento jurídico andino, en la Comunidad Andina hasta la presente fecha no se ha tramitado un sólo arbitraje internacional privado. Para muchos, esta situación obedece a la inexistencia de un reglamento de procedimiento arbitral expedido por los órganos comunitarios andinos, demostrándose con ello que la inexistencia de normas de procedimiento para el arbitraje es factor decisivo para disuadir de su empleo, y nosotros añadiríamos que también obedece al hecho de que el árbitro está preterdeterminado inflexiblemente: el Secretario General.

Creemos que la solución a este problema podríamos encontrarla en el **Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR**, suscrito en Buenos Aires, el 23 de julio de 1998, por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, con la finalidad de armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes y proporcionar al sector privado de los Estados Partes métodos alternativos para la resolución de controversias surgidas de contratos comerciales internacionales concluidos entre personas físicas o jurídicas de derecho privado.

El Acuerdo en referencia regula el arbitraje como medio alternativo privado de solución de controversias surgidas de contratos comerciales internacionales entre personas físicas o jurídicas de derecho privado, siempre que ocurra cualquiera de las siguientes circunstancias:

- a) Cuando la convención arbitral fuere celebrada entre personas físicas o jurídicas que en el momento de su celebración, tengan ya sea su residencia habitual, el centro principal de sus negocios, la sede, sucursales, establecimientos o agencias, en más de un Estado Parte del MERCOSUR.
- b) el contrato base tuviere algún contacto objetivo -jurídico o económico- con más de un Estado Parte del MERCOSUR.
- c) las partes no expresaren su voluntad en contrario y el contrato base tuviere algún contacto objetivo -jurídico o económico con un Estado Parte, siempre que el tribunal tenga su sede en uno de los Estados Partes del MERCOSUR.
- d) el contrato base tuviere algún contacto objetivo -jurídico o económico- con un Estado Parte y el tribunal arbitral no tuviere su sede en ningún Estado Parte del MERCOSUR,

siempre que las partes declaren expresamente su intención de someterse al presente Acuerdo.

- e) el contrato base no tuviere ningún contacto objetivo -jurídico o económico- con un Estado Parte y las partes hayan elegido un tribunal arbitral con sede en un Estado Parte del MERCOSUR, siempre que las partes declaren expresamente su intención de someterse al presente Acuerdo.

El procedimiento arbitral y los principios que contiene este Acuerdo se sustentan en la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, del 30 de enero de 1975, suscrita en la ciudad de Panamá; la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, del 8 de mayo de 1979, suscrita en Montevideo, y la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o sus siglas en inglés UNCITRAL), del 21 de junio de 1985.

Al igual que Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil, o la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC), este instrumento recoge una serie de principios y normas de procedimiento constantes en la gran mayoría de reglamentos de arbitraje internacional privado. Entre los más importantes podemos señalar los siguientes:

1) Autonomía del convenio arbitral:

"La convención arbitral es autónoma respecto del contrato base. La inexistencia o invalidez de éste no implica la nulidad de la convención arbitral⁹.

Las cuestiones relativas a la existencia y validez de la convención arbitral serán resueltas por el tribunal arbitral, de oficio o a solicitud de partes¹⁰, en aplicación del principio Kompetenz-Kompetenz.

El tribunal arbitral podrá decidir las excepciones relativas a su competencia como cuestión previa; empero, también podrá seguir adelante con sus actuaciones y reservar la decisión de las excepciones para el laudo o sentencia final¹¹".

2) Requisitos para la validez formal de la convención arbitral son¹²:

1. La convención arbitral deberá constar por escrito.

⁹ Art. 5

¹⁰ Art. 8¹

¹¹ Art. 8⁴

¹² Art. 6

2. La validez formal de la convención arbitral se regirá por el derecho del lugar de celebración.
3. La convención arbitral celebrada entre ausentes podrá instrumentarse por el intercambio de cartas o telegramas con recepción confirmada. Las comunicaciones realizadas por telefax, correo electrónico o medio equivalente, deberán ser confirmadas por documento original, sin perjuicio de lo establecido en el numeral cinco.
4. La convención arbitral realizada entre ausentes se perfecciona en el momento y en el Estado en el que se recibe la aceptación por el medio elegido, confirmado por el documento original.
5. Si no se hubieren cumplido los requisitos de validez formal exigidos por el derecho del lugar de celebración, la convención arbitral se considerara válida si cumpliera con los requisitos formales del derecho de alguno de los Estados con el cual el contrato base tiene contactos objetivos de acuerdo a lo establecido en el art. 3 literal b).

3) Derecho aplicable a la controversia por el tribunal arbitral¹³:

Las partes podrán elegir el derecho que se aplicará para solucionar la controversia en base al derecho internacional privado y sus principios, así como al derecho del comercio internacional. Si las partes nada dispusieren en esta materia, los árbitros decidirán conforme a las mismas fuentes.

4) Sede e idioma aplicables a la controversia por el tribunal arbitral¹⁴:

1. Las partes podrán designar a un Estado Parte como sede del tribunal arbitral. En caso que no lo hicieren, el tribunal arbitral determinará el lugar del arbitraje en alguno de esos Estados, atendidas las circunstancias del caso y la conveniencia de las partes.
2. A falta de estipulación expresa de las partes, el idioma será el de la sede del tribunal arbitral.

5) Tipos de Arbitraje:

a) Arbitraje de derecho o de equidad

Por disposición de las partes, el arbitraje podrá de ser de derecho o de equidad. En ausencia de disposición será de derecho¹⁵.

b) Institucional o Ad-hoc

Las partes podrán libremente someterse a arbitraje institucional o 'ad hoc'¹⁶.

¹³ Art. 10

¹⁴ Art. 13

¹⁵ Art. 9

6) Normas generales de procedimiento¹⁷:

1. En el arbitraje institucional:

- a) El procedimiento ante las instituciones arbitrales se regirá por su propio reglamento.
- b) Sin perjuicio de lo dispuesto en el literal anterior, los Estados incentivarán a las entidades arbitrales asentadas en sus territorios para que adopten un reglamento común;
- c) Las instituciones arbitrales podrán publicar para su conocimiento y difusión las listas de árbitros, nómina y composición de los tribunales y reglamentos organizativos.

2. En el arbitraje 'ad hoc':

- a) Las partes podrán establecer el procedimiento arbitral. En el momento de celebrar la convención arbitral las partes, preferentemente, podrán acordar la designación de los árbitros y, en su caso, los árbitros sustitutos, o establecer la modalidad por la cual serán designados.
- b) Si las partes o el presente Acuerdo nada hubiesen previsto, se aplicarán las normas de procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC) -conforme a lo establecido en el art. 3 de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de Panamá de 1975- vigentes al momento de celebrarse la convención arbitral.
- c) Todo lo no previsto por las partes, por el Acuerdo y por las normas de procedimiento de la CIAC, será resuelto por el tribunal arbitral atendiendo a los principios establecidos en el artículo 1 1.

7) Requisitos del Laudo o sentencia arbitral¹⁸:

1. El laudo contendrá:

- a) la fecha y lugar en que se dictó;
- b) los fundamentos en que se basa, aun si fuera por equidad;
- c) la decisión acerca de la totalidad de las cuestiones sometidas a arbitraje;
- d) las costas del arbitraje.
- e) Razón motivada para la no firma de un árbitro.

2. El Laudo será por escrito y firmado por los árbitros, fundado y decidirá completamente el litigio.

¹⁶ Art. 11

¹⁷ Art. 12

¹⁸ Art. 20

3. La decisión será por mayoría. Si no hubiere acuerdo mayoritario, decidirá el voto del presidente.
4. El laudo o sentencia será debidamente notificado a las partes por el tribunal arbitral.
5. Si en el curso del arbitraje las partes llegaren a un acuerdo en cuanto al litigio, el tribunal arbitral, a pedido de las partes, homologará tal hecho mediante un laudo o sentencia que contenga los requisitos del numeral 4 del presente artículo.

8) Recurso de rectificación y ampliación¹⁹:

Cualquiera de ellas podrá solicitar al tribunal que:

- a) rectifique cualquier error material;
- b) precise el alcance de uno o varios puntos específicos;
- c) se pronuncie sobre alguna de las cuestiones materia de la controversia que no haya sido resuelta.

Dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación del laudo o sentencia arbitral, salvo que las partes hayan acordado otro plazo.

La solicitud de rectificación será debidamente notificada a la otra parte por el tribunal arbitral.

Salvo lo dispuesto por las partes, el tribunal arbitral decidirá respecto de la solicitud, en un plazo de veinte (20) días y les notificará su resolución.

9) Nulidad del laudo o sentencia arbitral²⁰:

La petición, debidamente fundada, deberá deducirse dentro del plazo de 90 días corridos desde la notificación del laudo o sentencia arbitral o, desde la rectificación o ampliación, ante la autoridad judicial del Estado sede del tribunal arbitral mediante una petición de nulidad.

El laudo o sentencia podrá ser impugnado de nulidad cuando:

- a) la convención arbitral sea nula (lo que a nuestro entender contradice el principio de Kompetenz-Kompetenz);
- b) el tribunal se haya constituido de modo irregular;
- c) el procedimiento arbitral no se haya ajustado a las normas acordadas
- d) no se hayan respetado los principios del debido proceso;
- e) se haya dictado por una persona incapaz para ser árbitro;
- f) se refiera a una controversia no prevista en la convención arbitral;
- g) contenga decisiones que excedan los términos de la convención arbitral;

¹⁹ Art. 21

²⁰ Art. 22

En los casos previstos en los literales a), b), d), y e) del numeral 2 la sentencia judicial declarará la nulidad absoluta del laudo o sentencia arbitral.

En los casos previstos en los literales c), f) y g) la sentencia judicial determinará la nulidad relativa del laudo o sentencia arbitral.

En el caso previsto en el literal c), la sentencia judicial podrá declarar la validez y prosecución del procedimiento en la parte no viciada y dispondrá que el tribunal arbitral dicte laudo o sentencia complementaria.

En los casos de los literales f) y g) se dictará un nuevo laudo o sentencia arbitral.

10) Ejecución del laudo o sentencia arbitral extranjero²¹:

Para la ejecución del laudo o sentencia arbitral extranjero se aplicarán, en lo pertinente, las disposiciones de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de Panamá de 1975; el Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa del MERCOSUR, aprobado por Decisión del Consejo del Mercado Común NI 5/92 y la Convención Interamericana sobre Eficiencia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros de Montevideo de 1979.

11) Terminación del arbitraje²²:

El arbitraje terminará cuando sea dictado el laudo o sentencia definitivo, o cuando sea ordenada la terminación del arbitraje por el tribunal arbitral si:

- a) Las partes están de acuerdo en terminar el arbitraje;
- b) El tribunal arbitral compruebe que el procedimiento arbitral se tornó, por cualquier razón, innecesario o imposible.

Entre las Disposiciones Generales de este procedimiento vale la pena destacar el reconocimiento a la posibilidad de que en caso de algún vacío legal se pueda recurrir a las normas de Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, la norma en referencia dispone que:

"Art. 25.- Para las situaciones no previstas por las partes, por el presente Acuerdo, por las reglas de procedimiento de la Comisión Interamericano de Arbitraje Comercial Internacional, ni por las convenciones y normas a los que este Acuerdo de remite, se aplicarán los principios y reglas de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, del 21 de junio de 1985".

²¹ Art. 23

²² Art. 24

Esta disposición obedece a que el Acuerdo de Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR, no se aparta de las instituciones jurídicas constantes en la Ley Modelo de la CNUDMI o UNCITRAL, por lo que su aplicación guarda armonía con el procedimiento señalado en este Acuerdo. De otra parte, cabe señalar que la propia CIAC a partir del 1 de Enero de 1978 modificó sus Reglas de Procedimiento, adoptando las reglas del arbitraje ad hoc recomendadas por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

CONCLUSIONES:

Por la evolución de la normativa jurídica de la Comunidad Andina en lo referente a la solución de controversias por la vía arbitral y considerando que casi la totalidad de naciones de la región han suscrito y ratificado los diferentes instrumentos que contienen la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional suscrita en la ciudad de Panamá en 1975; la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, suscrita en Montevideo en 1979 y la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, de 1985, resultaría adecuada la aplicación, con las modificaciones que correspondan, del **Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR**, a la Comunidad Andina, a fin de armonizar sus legislaciones y brindar al sector privado de la región métodos alternativos para la resolución de controversias extrajudiciales, por medio del arbitraje. Cuanto más que ya Bolivia firmó, junto con Chile, un documento adhiriéndose a este Acuerdo, el 23 de julio de 1998, instrumento que se denomina "*Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional entre el Mercosur, la República de Bolivia y la República de Chile*"; y además, por que existe un precedente en el **Acuerdo MERCOSUR-Comunidad Andina** suscrito el 16 de abril de 1998 por los Estados Partes del Mercado Común del Sur, MERCOSUR: Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, por una parte; y, los Países Miembros del Acuerdo de Cartagena: Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela, por la otra. Este instrumento se lo suscribió con la finalidad de fortalecer el proceso de integración de América Latina y de alcanzar los objetivos previstos en el Tratado de Montevideo 1980, mediante la concertación de acuerdos abiertos a la participación de los demás Países Miembros de la Asociación Latinoamericana de Integración -ALADI-, que permitan la conformación de un espacio económico ampliado.

Si bien el Acuerdo MERCOSUR-Comunidad Andina no crea o establece un procedimiento de solución de controversias vía arbitral para esta región del continente, si constituye un precedente importante en la integración de América Latina. De hecho, entre los objetivos de este Acuerdo Marco se conviene en "Establecer el marco jurídico e institucional de cooperación e integración económica y física, que contribuya a la creación de un espacio económico ampliado que tienda a facilitar la libre circulación de bienes y servicios y la plena utilización de los factores".

De ahí que la aplicación del **Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR**, a la Comunidad Andina, con sus respectivas modificaciones, sea no sólo factible, sino deseable como meta a alcanzarse a corto plazo.

La unificación de la normativa jurídica en materia de arbitraje comercial privado entre la Comunidad Andina y el MERCOSUR, incentivaría a los otros países de la región que aún no han suscrito las convenciones que sobre materia de arbitraje se han expedido a nivel del continente americano, a adherirse a éstas como etapa previa para la armonización de la normativa jurídica en esta área, requisito importante para entrar en la integración de la región dentro del proceso de creación del Area de Libre Comercio de las Américas (ALCA).

La utilización de procedimientos arbitrales con fundamento en las reglas del arbitraje recomendadas por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), por parte de organismos comunitarios como la Asociación Latino Americana de Integración (ALADI), el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), el Mercado Común Andino (Comunidad Andina), el Mercado Común del Sur (Mercosur), el Mercado Común Centro Americano, el Caricom, así como el Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA), representa hoy en día la más adecuada y viable alternativa para armonizar la legislación nacional de cada país miembro en este campo, y adicionalmente posibilita la creación de un procedimiento internacional de arbitraje privado, en los dos casos, con un régimen procesal semejante, así como, con el reconocimiento uniforme a la eficiencia extraterritorial de los Laudos Arbitrales Extranjeros, que ya existe, pues todos los países de América Latina son parte de la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros²³.

Es también deseable que en las negociaciones que al momento los gobiernos de Colombia, Ecuador y Perú están manteniendo con el de los Estados Unidos de América, para el establecimiento de Tratados de Libre Comercio, se incluyan prescripciones relacionadas con procesos arbitrales de la claridad de las que se hallan vigentes en el MERCOSUR, para la solución de las controversias que de la aplicación de estos TLC se presenten.

Quito, junio 18 de 2004.

Armando Serrano Puig

²³ Convención de Montevideo, de 8 de mayo de 1979