

Prólogo al libro de M.F. Vásquez Palma, *Contratación y arbitraje internacional. Temas relevantes*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2017, pp. 21-36. ISBN: 978-958-749-791-5.

PRÓLOGO

1. No es la primera vez que llamo la atención de que pocas materias en el mundo jurídico cuentan con una literatura tan extendida como el arbitraje, un procedimiento de solución de controversias que cada vez involucra más actores, incluyendo ahora al Estado. Permítase insistir en las consecuencias de una oferta de tan excepcional envergadura. Hoy, para estar al día de la evolución de la figura acotada, es preciso realizar una labor previa de selección que no resulta tarea fácil. Al lado de los escritos de carácter “promocional” vinculados a una sede arbitral, a una institución administradora, a una firma de abogados o, simplemente, a un árbitro, fácilmente descartables por ser un conglomerado de lugares comunes sin la mínima aportación, existen otros, reiterativos de un suerte de ortodoxia arbitral, cuya selección es más difícil, pues junto a aportaciones de grandes maestros del arbitraje, de indiscutible valor, figuran ensayos de principiantes, compiladores o meros copistas, con la pretensión vana de que, con tal actitud, tienen asegurado el acceso al reducido mundo de los elegidos. Dicha ortodoxia, concretada en la defensa de una serie de dogmas, recuerda al toreo de determinadas figuras, seguidoras de los postulados de “El Cossío” (enciclopedia taurina titulada “Los Toros”, dirigida por el académico José María de Cossío, publicada por vez primera en 1943, y cuya última edición de 2007 cuenta con 30 volúmenes), con buen hacer en la lidia, pero sin conseguir “romper”. Y a los escritos de los innumerables “niños del Cossío” del arbitraje se unen aquéllos procedentes de la “profesionalización del oficio de árbitro”, fenómeno reciente descrito con precisión por Thomas Clay, integrado por antiguos socios de grandes despachos que prefieren abandonar su estructura para huir de los conflictos de interés. Dicho fenómeno, según el autor francés, da lugar, entre otras cosas, al “deslucimiento de las publicaciones científicas de los árbitros, que se protegen de no involucrarse demasiado en cuestiones de fondo, o de no revelar nada de su temperamento, para permanecer lo más compatible posible con los eventuales nombramientos futuros” (“El mercado del arbitraje”, *Arbitraje*, vol. VII, n° 1, 2014, p. 33). Pero la necesidad de –por utilizar un término propio de la jardinería– “desvastigar”, la literatura arbitral se extiende también a aportaciones procedentes del mundo académico, sin conexión real con la institución estudiada, que aceptan sin más los referidos dogmas preconcebidos sobre el arbitraje (*v.gr.*,

que el árbitro no puede hacer votos particulares, que no se debe poner en marcha la acción de anulación o, que es posible renunciar a la misma, o que los laudos anulados en un país pueden ser reconocidos en otro, por citar algunos) sin el necesario espíritu que debe presidir su quehacer, que no es otro que la reflexión crítica. La dialéctica nos enseña que el pensamiento crítico, componente básico del método científico, puede llegar a lo real si bucea hasta sus raíces contradictorias, y el mundo del arbitraje está plagado de ellas,

Las consideraciones anteriores deber ser consideradas a contrario sensu cuando se valora una monografía, densa de contenido, como la que tengo ahora el honor de presentar. Procede de una profesora, procedente del Derecho comercial, curtida en los últimos años, tras la realización de una excelente tesis que recibió en su día los máximos honores en la Universidad Complutense de Madrid, en diversas facetas del complejo mundo del arbitraje, lo que le permite ahora aunar el conocimiento profundo de la materia, desde la perspectiva práctica, con el necesario enfoque crítico procedente de la academia. Buena prueba de ello fue su participación activa en la iniciativa de reforma del arbitraje interno chileno, en un intento de extraer la regulación de este instituto de los Códigos procesales que hoy la contienen (el Código Orgánico de Tribunales y el Código de Procedimiento Civil, con tintes claramente jurisdiccionales), para llevarla a una legislación independiente que muestre mayor coherencia con los modernos principios arbitrales, actualmente recogidos sólo en la legislación comercial internacional de 2004.

El resultado es el libro que el lector tiene en sus manos, que contiene una excelente aportación, de carácter transversal, de los tópicos más importantes de la institución acotada, entendida, en su opinión, como el “conjunto de normas o disposiciones del Derecho que regulan coordinadamente las relaciones jurídicas de una clase determinada, de modo que el arbitraje resulta serlo porque en él confluyen un conjunto de actividades relacionadas entre sí por el vínculo de una idea común y objetiva: la solución de un conflicto”. Reconociendo que tanto el esquema normativo monista como el dual pueden funcionar bien o mal dependiendo de las circunstancias específicas del país en cuestión, la autora muestra cómo una correcta comprensión del arbitraje interno requiere un adecuado conocimiento de los aspectos medulares del arbitraje comercial internacional, sin perder de vista el marco general de la contratación internacional. Y para ello se centra en las principales características de este tipo de contratación, los problemas que habitan en la elección de la ley aplicable y los esfuerzos que se han realizado para la construcción de un Derecho contractual unificado en este ámbito.

Comentar detalladamente un libro de estas características obligaría a escribir otro, al menos de la misma extensión, por lo que me limitaré a concentrarme en algunos aspectos que me han parecido de mayor relieve.

2. Indudablemente, el estudio de los referidos “aspectos medulares” ha sido una buena elección. Entiende la autora que la lógica donde opera la contratación comercial internacional se relaciona con la expansión del arbitraje como mecanismo de solución de controversias y con el desarrollo de instrumentos normativos extra estatales, que establecen una regulación material específica de los contratos internacionales. Para lograr un Derecho común en materia contractual es menester un instrumento que tenga la virtud de desvincular al juez nacional del caso internacional sometiendo este último a un procedimiento imparcial y especializado. Esa nota de especialidad para la solución de los litigios internacionales adquiere una dimensión especial porque el avance tecnológico y el aumento del tráfico de servicios y de negocios han producido un aumento en la conflictividad que, a su vez, ha desbordado las estructuras que el Estado establece para solventarla mediante el Poder Judicial. Una regulación estatal de arbitraje tiene un objeto esencialmente pragmático. Pero, aparte del marco legal respectivo, lo más importante para el desarrollo propio del arbitraje en cualquier país, es el comportamiento de los diversos actores en el sistema acotado. Con buenos profesores y dignos ejemplos personales y profesionales, como es el caso de la Dra. Vásquez Palma, es más fácil conformar una cultura, consolidar ciertas tradiciones arbitrales y promover una adecuada educación profesional. Todo eso permite asegurar el nivel alto de profesionalismo de los árbitros, abogados y jueces, lo cual, a su vez, crea premisas para la transformación de un país en un centro arbitral.

La autora considera acertadamente que la consecuencia de estas interacciones ha sido la creación de un nuevo modelo paradigmático del instituto arbitral que ha trascendido el mero plano de las ideas para plasmarse de un modo concreto en variados cuerpos normativos. Sin embargo, también llama la atención de que queda mucho trabajo por hacer para lograr estos objetivos. Los innegables avances no deben hacer perder de vista que el arbitraje dista todavía mucho de ser un medio de resolución de controversias comúnmente aceptado por las empresas. Por eso todos los sectores implicados deben perseverar mucho en este campo para divulgarlo como lo que realmente es: el sistema más eficaz de resolución de conflictos.

En efecto, dentro de la apuntada perspectiva transversal, el libro pone de relieve como la propia evolución del arbitraje ha propiciado una armonización legislativa, sin precedentes en otros campos del Derecho, y con ello se ha convertido en una instancia para la resolución de controversias derivadas del tráfico

jurídico internacional, universalmente admitida, sobre la base de reglas comunes. La similitud o la igualdad de reglas dan lugar a que el análisis del caso y los resultados alcanzados tengan una base mínima común de principios de solución. En este contexto, el proceso de uniformización ha sido la respuesta más idónea para el desarrollo del arbitraje, pero no todos los países han adoptado en sus sistemas jurídicos internos la Ley Modelo Uncitral. Y aunque no se puede imponer un único modelo de arbitraje en el mundo, es obvio que la tradición del common law primero, y denominada “americanización” del arbitraje, después, han impregnado hondamente la práctica del procedimiento arbitral, señaladamente en lo que concierne a la presentación de la prueba testifical, así como de la prueba pericial, y ha influido en la presentación de la prueba documental, aunque menos. Las Reglas de la IBA sobre la práctica de la prueba en el arbitraje comercial internacional de 2010 constituyen una prueba de ello.

La armonización también se ha proyectado en el arbitraje interno, pero este último, a diferencia del internacional, no acaba de despegar pese al celo con el que actúan muchos centros de arbitraje. Es cierto que algunos abogados han sido muy reticentes a su desarrollo, propiciando que en muchos sistemas no haya tenido el impulso que se esperaba. Curiosamente las normas de arbitraje armonizadas están pensadas para el arbitraje internacional, un mecanismo que tiene muchos dogmas no todos trasladables al arbitraje interno. El presente libro de la Dra. Vásquez Palma insiste en esta idea, con especial hincapié en el peculiar sistema arbitral chileno, integrado por normas para el arbitraje internacional y normas para el arbitraje interno, y un importante desarrollo de este último, lo cual constituye un ejemplo a seguir el marco latinoamericano. Y es que, dentro de los problemas inherentes al arbitraje, hay dos particularmente importantes: uno derivado de la contaminación de las prácticas del arbitraje comercial internacional y otro procedente de la contaminación de instituciones procesales que provienen de los Códigos procesales, que no se acomodan al procedimiento arbitral. De ahí la importancia de contar con una regulación que preste más atención al arbitraje interno, para que pueda favorecerse su incremento. Son, por el momento, los centros de arbitraje a quienes incumbe una labor promocional que únicamente tendrá éxito si continúan ensanchando su función con eficiencia, independencia e imparcialidad.

3. Me apresuro a declarar que el libro es expresión viva de que el arbitraje es el mecanismo más utilizado en la práctica para resolver las controversias legales entre los particulares y empresas que operan en el ámbito de los negocios internacionales (arbitraje comercial internacional) y entre los Estados receptores de inversiones e inversionistas extranjeros (arbitraje de inversiones). Y la razón de ser de este ensanchamiento es la inexistencia de tribunales internacionales que

resuelvan las cuestiones privadas lo cual le ha deparado la total aceptación por parte de las empresas y de los abogados que las representan. En la economía globalizada de hoy, el arbitraje ha adquirido un protagonismo absoluto. Baste atender que los actores del comercio internacional, incluyendo los Estados, se asemejan y tienden a actuar de una manera uniforme en el mercado, compartiendo los mismos objetivos de eficacia y rentabilidad financiera. Si los medios económicos son diversos, su colofón es idéntico: aumentar las utilidades del negocio. Todos necesitan un método de solución de litigios neutral y eficaz y, en esta nueva economía, el papel de auxilio al comercio internacional desempeñado por el arbitraje está aceptado estandarizándose el procedimiento arbitral a escala internacional.

Para comprobar estos asertos basta atender a las continuas modernizaciones de las normativas estatales, a la incorporación masiva de los Estados a la Convención de Nueva York de 1958 y a la relativa coherencia que se observa en las soluciones alcanzadas por la práctica arbitral. Este último fenómeno se comprueba con la existencia (con todas las reservas que el término implica) de una “jurisprudencia” arbitral pues, ya sea, espontáneamente, o por petición de las partes, los árbitros basan a menudo sus laudos en los Principios Generales del Derecho comunes a los distintos sistemas jurídicos o en la *lex mercatoria*. Es cierto que subsisten divergencias importantes pero éstas no conciernen a los principios en sí mismos, sino su aplicación al caso concreto. La creciente divulgación de laudos arbitrales en los últimos veinte o treinta años explicita que la práctica arbitral muestra tendencias, sino comparables, al menos de cierta proximidad a la jurisprudencia de los tribunales nacionales.

De hecho, sigue siendo válida la afirmación de René David según la cual resulta inconcebible la vida económica de nuestro tiempo sin el concurso arbitraje, convertido en un actor esencial en el mercado mundial. La prueba es que el desarrollo económico está muy vinculado al propio progreso de la institución. Cada vez más relevante en el mundo globalizado, el arbitraje no es una justicia paralela o de un nivel inferior, sino una actividad emergente que borra diferencias entre países, culturas e idiosincrasias. Interviene en conflictos que consideran materias cada vez más variadas. Es frecuente presentarlo como un tránsito de la solución contractual a la judicial del litigio y también se acostumbra a exteriorizarlo como un subrogado, un sustitutivo de la jurisdicción, un procedimiento para-judicial, en el cual el Estado se encuentra interesado, no solo en proteger, sino también en ejercer una función de control del procedimiento seguido y del laudo que en él se pronuncia. Sin embargo, aún hay medios, algunos de ellos procedentes de círculos judiciales, que consideran que entraña una forma inferior de justicia. Son actitudes propias de medios donde la administración de justicia es débil y se traducen en argumentos contrarios, que aluden a

falta de efectividad, corrupción, o xenofobia y, además, son afirmaciones que parten de un equívoco. El arbitraje en la mayoría de los casos soluciona, de una vez por todas, el litigio sin necesidad de intervención del juez. Contra una imagen deliberadamente renuente, el laudo arbitral es tan efectivo y ejecutable como una sentencia judicial. Por eso, pese a lo delicado que resulta establecer los contornos de esta institución, el arbitraje es un tipo de resolución de litigios más cercano a un procedimiento judicial que a las otras modalidades alternativas, desde el momento en que el objetivo del laudo arbitral es sustituir a la decisión de justicia.

4. En el presente libro la autora entra de lleno en el debate afirmando que no debe aceptarse necesariamente “que el desarrollo del arbitraje haya alcanzado su fin, ya que como toda institución está afecta a la constante evolución social, de modo tal que no puede excluirse su modificación, ni menos aún, sostenerse que en la actualidad se encuentra definida la mejor legislación arbitral. Ciertamente el instituto arbitral seguirá siendo objeto de un constante debate que seguramente brindará nuevos cambios, pero lo que nadie puede desconocer es que, llegados a este punto, se encuentran asentados ciertos pilares y bases sólidas a la hora de hablar de esta institución y son éstos los más relevantes al brindar su delimitación. No se trata de una estructura rígida que debemos seguir a ciegas, sino más bien de comprender los principios esenciales que se plasman en una especial arquitectura que conduce la mirada de lo que hoy en día se entiende por la institución arbitral”.

A nadie se oculta que el juicio de árbitros se configura como un complemento de la administración de justicia ordinaria que en vez de perjudicarla la favorece porque contribuye a descongestionarla. No puede negarse que la justicia arbitral tiene en común con la justicia emanada de los tribunales estatales que ambas se efectúan en el mismo contexto institucional; esto es, el litigio se desarrolla en un marco contencioso, en el ámbito de un procedimiento donde no sólo son respetados los derechos de defensa, sino que discurre con total respecto de los principios de audiencia, contradicción, etc... Al igual que la justicia estatal, la justicia arbitral requiere ciertas garantías para poder ser tal “justicia”; el elemento diferencial de base es que en la justicia arbitral el árbitro es designado por las partes en virtud de un acuerdo de voluntad. Pero no debe perderse de vista que para ello se necesitan buenos árbitros que resuelvan la controversia a ellos encomendada con absoluta independencia de criterio y sobre la base de sólidos conocimientos jurídicos acerca de la materia concreta sobre la que versa la contienda. Buenos árbitros que actúen con entera profesionalidad y otorguen la razón a la parte que la tenga, evitando soluciones salomónicas, en forma de laudos arbitrales que no resuelven realmente la disputa porque quieren contentar a todos los

actores del expediente (clientes potenciales para futuros arbitrajes), que muchas veces pueden dar lugar a una denegación de justicia.

* * *

5. El arbitraje se justifica en la autonomía de la voluntad, fruto de la libertad de las partes. El protagonismo que posee la autonomía privada, junto con su flexibilidad y su carácter informal permite resolver los conflictos con el menor coste económico y tiempo posible, a la vez que se logra una mayor implicación de las partes. La pieza maestra de esta autonomía es el convenio arbitral, un negocio jurídico concebido en el seno de las transacciones comerciales, con claros efectos jurisdiccionales. Precisamente la posibilidad de configurar libremente el procedimiento distingue al arbitraje de la rigidez del proceso judicial. La inclusión de un convenio arbitral es pues a menudo una condición de conclusión de un contrato, sobre todo, cuando éste da respuesta a una determinada transacción. Resulta imposible concebir un principio tan trascendental sin tener muy presentes los cimientos o presupuestos contractuales sobre los que se asienta, entrañando en sí misma esta dimensión contractual la virtualidad que poseen las personas para establecer cómo quieren que se rijan las relaciones con sus semejantes en vistas a obtener la satisfacción de sus necesidades. Al permitir que los contratantes puedan establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, es claro que en los sistemas pertenecientes al modelo romano-germánico, los Códigos civiles conforman una amplia libertad no exenta de limitaciones. Baste atender a que el convenio arbitral está sometido a las normas generales de los contratos en todo lo no específicamente previsto en las leyes de arbitraje. Es un contexto que se desprende del propio contenido del Capítulo primero de la presente monografía donde la autora pone de manifiesto que, como en cualquier negocio jurídico, las cláusulas de arbitraje deben ser interpretadas con arreglo a las normas generales sobre interpretación contenidas en los preceptos del Código civil que se refieren a los contratos. Por tanto, el principio de autonomía de la voluntad es, sin lugar a dudas, el principio básico en torno al cual gira el arbitraje, informándolo durante todo el procedimiento.

Si las partes han decidido concluir un contrato es porque lo han tenido por conveniente, es decir, simple y llanamente porque así lo han querido. Por ello se presupone que han contratado porque eran libres para hacerlo y porque nadie les ha forzado en su decisión. En otras palabras, lo que se confiere a los contratantes es un determinado margen de libertad para establecer una serie de reglas de conducta, a las que el ordenamiento confiere el valor de normas jurídicamente obligatorias, y que tendrán por finalidad permitirles la satisfacción de un objetivo

determinado por ellos. Es lo que se conoce como “principio de autonomía privada” y su importancia es tal para el Derecho de la contratación que, actualmente, no podría concebirse éste sin la existencia de aquélla. En virtud del principio de la autonomía de la voluntad privada, los particulares deben ser libres para contraer las obligaciones contractuales que estime conveniente, de forma que nadie pueda obligarle a hacer lo contrario.

Nos hallamos ante un principio fundamental para el Derecho de la contratación y, por ende, para el desarrollo de las relaciones económicas y sociales de un país que incorpora una multitud de derechos y de libertades.

6. La autora pone de relieve en el Capítulo segundo que el empleo del arbitraje, una institución unitaria con independencia de sus tipologías, no supone una usurpación de las funciones jurisdiccionales que corresponden al Estado o, si se quiere, un desentendimiento de la función jurisdiccional, un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, esto es, la obtención de una decisión al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada. Desde hace tiempo quien escribe estas líneas ha venido reiterando que el arbitraje no vulnera los postulados de unidad jurisdiccional y del monopolio estatal de la jurisdicción pues el árbitro no posee una posición jerárquica por encima de las partes, su función es ocasional, su poder decisorio se mueve únicamente en los términos fijados por el compromiso y, además los laudos precisan para su ejecución el concurso de la potestad jurisdiccional; por descontado la ejecución corresponde siempre a un juez. La función de “equivalente jurisdiccional” del arbitraje conduce a los distintos sistemas a establecer en la persona de los árbitros una serie de derechos orientados a posibilitar la referida función, como se evidencia, por ejemplo, en la jurisprudencia chilena donde se considera que el árbitro es un verdadero juez, que cumple una misión jurisdiccional y que accede en virtud de su designación al estatuto de juez. Pero, en contrapartida, también se determinan una serie de obligaciones con el objetivo de amparar el derecho de las partes a la tutela judicial efectiva en el ejercicio de sus derechos e intereses, prohibiendo la indefensión. Y, ante todo, el ejercicio de dicha función puede dar lugar a la correspondiente responsabilidad.

No se necesita demasiada sagacidad para comprender que el arbitraje es el gran paliativo a la lentitud de la justicia estatal. Contrastado con a la jurisdicción ordinaria manifiesta mayores posibilidades para conseguir una justicia más rápida y eficaz por el refuerzo, de un lado, de los principios de oralidad, inmediatez y concentración y la consiguiente mitigación, de otro lado, de innecesarios formalismos. La oralidad, que deriva directamente del derecho fundamental de todo justiciable a ser oído, goza de un tratamiento preferente como principio

inspirador de todos los procedimientos por ser el más apto para obtener la tutela efectiva; bien entendido que no todo arbitraje debe responder a este criterio pues dentro de sus facultades el tribunal arbitral puede decidir, sin perjuicio del acuerdo en contra de las partes, la procedencia de la celebración de una vista oral o si el procedimiento arbitral se decide únicamente sobre la base de escritos y otros documentos; de esta suerte, si las partes no hubieran excluido la posibilidad de celebrar una vista oral, esta deberá llevarse a cabo por dicho tribunal en el momento procesal oportuno, si alguna de las partes lo solicita. La inmediación permite una mayor facilidad en la evacuación de pruebas asegura la presencia del juzgador en cada una de las fases del y proceso, especialmente en la de la prueba. Por último, la concentración tiene el mérito de agrupar todas las cuestiones debatidas o el mayor número de ellas para ventilarlas y decidir las en el mínimo de actuaciones y providencias, con lo que se evita que el proceso se distraiga en cuestiones accesorias que impliquen suspensión de la actuación principal. La resultante de conjugar estos principios es una eficaz interlocución entre las partes, sus asesores, y eventualmente, en los arbitrajes administrados, la institución arbitral y, a la vez, la reducción de los plazos pertinente para la resolución de la controversia, que la práctica arbitral manifiesta con reiteración.

7. El árbitro está vinculado al acuerdo de las partes en el convenio arbitral. En virtud de este acuerdo, se encomienda a un árbitro único o un tribunal colegiado, que resuelva definitivamente las controversias previstas en el convenio arbitral. Para ello, el árbitro deberá escuchar a las partes, estudiar los escritos y analizar la prueba, para posteriormente emitir un laudo suficientemente motivado. El convenio arbitral es un acto jurídicamente complejo que se configura inicialmente como un contrato, pero con la finalidad de producir efectos procesales; involucra, pues, elementos dispares de no menor dispar eficacia. Al ser fruto de la voluntad de las partes, que se vinculan recíprocamente, su existencia y validez intrínseca plantea problemas similares a los de cualquier acuerdo o cláusula contractual (capacidad de las partes, formación del acuerdo, vicios del consentimiento, etc.) siéndoles aplicables las reglas generales sobre contratos.

La propia esencia del arbitraje, y el fundamento de la exclusión judicial, radica en el convenio arbitral, en cuanto expresa la voluntad de las partes de sustraerse a la actuación del poder judicial. El convenio arbitral, al que la autora dedica el Capítulo, tercero resulta consustancial a la propia esencia del arbitraje. Para ello se detiene en el estudio del principio de separabilidad respecto del contrato que pueda contenerlo y en la facultad de los árbitros de definir su propia competencia. Ello conduce inevitablemente a que se logre la eficacia plena de la voluntad de las partes de resolver la controversia mediante arbitraje, sin inter-

ferencia de autoridad alguna. Así concebidos, estos postulados contribuyen decisivamente a la consolidación de esta modalidad de justicia privada que ineludiblemente deberá llegar a solucionar la controversia, sin que nadie pueda menoscabar sus atribuciones, con el valor de la cosa juzgada, y restablecer así la armonía de intereses entre las partes contendientes. El efecto más importante de estos postulados, que están ganando terreno en las legislaciones latinoamericanas, es la de impedir o por lo menos limitar las interferencias de los tribunales ordinarios de justicia que, frente al derecho de los árbitros de decidir su propia competencia —establecido por claras disposiciones legales—, no deben admitir recursos dilatorios cuando adquieren la certidumbre de dicha competencia arbitral, la que solo puede ser objetada por causas específicas (comprobación de la nulidad del acuerdo, de su ineficacia o de su imposible ejecución).

Siguiendo con el estudio del convenio arbitral, la autora tiene el mérito de aseverar cómo, con cláusulas arbitrales sencillas y claramente redactadas, se evitan incertidumbres y disputas sobre su significado y efectos y, también como se minimiza el riesgo de incurrir en tiempo y costos derivados de discusiones, por ejemplo con relación a la competencia del tribunal o al proceso de designación de árbitros. En todos los casos, advierte, es necesario asegurarse de que la cláusula arbitral se ajusta al Derecho susceptible de ser aplicado.

Ahora bien, debe tenerse presente que no todos los arbitrajes son iguales, y la eficacia de cada uno de ellos individualmente considerado va a depender en gran medida de su forma, aunque este tema no suele tenerse en cuenta. Ha de tenerse la percepción de que los conceptos no son fijos, sino están en constante desarrollo. Ello exige un enfoque más pragmático sobre el consentimiento y más orientado al análisis de los hechos, que ponga especial énfasis en la práctica comercial, la realidad económica, los usos del comercio y las dimensiones complejas y multifacéticas de proyectos amplios involucrando grupos de compañías y contratos relacionados en escenarios multipartes y multicontratos.

8. La denominada “arbitrabilidad”, no es otra cosa que una verificación de la validez del convenio arbitral, por lo cual si el litigio es inarbitrable de conformidad con el Derecho aplicado por los árbitros éstos deberán declarar su incompetencia para enjuiciar el asunto. Si no lo hacen así y persisten en continuar el arbitraje es obvio que el laudo que eventualmente dicten no sólo podrá ser susceptible de anulación en el Estado de la sede del arbitraje, sino que el hipotético exequátur “podrá” ser rechazado en el Estado donde se pretenda su ejecución (pues, esta última cuestión no es pacífica en determinados círculos arbitrales). Es significativo que las materias arbitrables vayan ganando terreno conforme el arbitraje se hace habitual entre los participantes del tráfico comercial internacional. De esta suerte, las esferas tradicionalmente “incómodas” en el arbitraje,

como el Derecho de la competencia, la propiedad industrial, el Derecho de sociedades, son hoy pronunciamientos habituales de los árbitros tanto en el arbitraje interno como en el internacional. Una obra tan ambiciosa como la que prologamos no podría soslayar el estudio de este importante tópico objeto del Capítulo cuarto.

Prácticamente todos los conflictos pueden ser sometidos al arbitraje, sin embargo, el Estado, a través de la legislación establece las materias o los conflictos que quedan excluidos de este procedimiento. Esta restricción obedece a que aún se considera la existencia de cuestiones cuya decisión puede afectar, además de a las partes de la controversia, al orden público. Y a ello deben agregarse las materias de competencia exclusiva (no confundir con los foros de competencia exclusiva) que corresponde a los Tribunales de un determinado. Es obvio que no existe una aprensión transnacional de la arbitrabilidad sino una aprensión puramente estatal de los litigios que pueden ser el objeto de la justicia arbitral. Es la ley de un Estado determinado (el Estado de la nacionalidad de una de las partes en el arbitraje o el Estado del lugar de la ejecución del laudo) la que determina la arbitrabilidad de una controversia. Sin embargo, este avance del sector de materias arbitrables tiene un precio: si el arbitraje se adentra en terrenos afectados por intereses generales o políticas legislativas de protección, debe tener muy presente el terreno en que ha entrado, lo que implica tratar con materias intervenidas por una atención especial de los Estados. La recepción del arbitraje en estos sectores del ordenamiento entraña una relación proporcional con el aumento de control en cuanto al fondo de la controversia.

9. Sigue vigente la fórmula de Matthieu de Boissésón, según la cual “la sede ya no es un foro. El foro se ha desmaterializado, esto es, se ha desplazado, en cierto modo, de un espacio material, el de un territorio, hacia un espacio simbólico, el del consentimiento de las partes” (“Réflexions sur l’espace et le temps dans l’arbitrage international”, Mélanges Pierre Bellet, París, Litec, 1991). La renuncia a territorializar, a localizar el fenómeno internacional del arbitraje comercial internacional, engendra naturalmente un número de consecuencias muy precisas que afectan decisivamente a la propia institución arbitral. Las sedes en la actualidad aumentan, bien es verdad que moderadamente, y los arbitrajes comerciales internacionales empiezan a desarrollarse en lugares en los que antes era simplemente imposible, superándose clasificaciones, más o menos justificadas, ente “sedes buenas” y “sedes malas”. Hoy un arbitraje comercial internacional, tanto si se desarrolla en París, en Miami, en Ginebra, en Londres o en Santiago, acostumbra a realizarse siguiendo los mismos parámetros, aplicando

las mismas reglas de procedimiento y respetando los mismos valores. Cosa distinta, y por ello muy a tener en cuenta, es la actitud del juez de la sede en orden al apoyo o al control del laudo.

Quien este escribe viene alertando desde hace varios años que no pocos Estados han acometido la reforma de sus normas sobre arbitraje comercial internacional con la finalidad de convertir sus territorios en sedes seguras para la institución; con independencia de que este fenómeno, encuentre límites en la liberalización de la legislación arbitral, la tendencia general es claramente internacionalista. Por eso, cualquier elemento contrario a esta tendencia es inmediatamente objeto de críticas para evitar su eventual generalización. La solución de los conflictos por vía arbitral entra de lleno en el sector servicios, por eso, la competitividad para la prestación de unas actividades tan cualificadas como los que se mueven en torno a la institución que estamos examinando supone un importante estímulo para su desarrollo. En rigor los Estados cambian por razones económicas y de prestigio su legislación doméstica con la finalidad de atraer arbitrajes a su territorio y en todos estos casos la influencia de la Ley Modelo Uncitral en la elaboración de nuevos textos legislativos ha sido decisiva. La presentación externa de un determinado sistema ofrece gran importancia. En este sentido, un Estado que haya adoptado la referida Ley modelo, incluso con ligeras modificaciones, se considera como un Estado poseedor de una legislación moderna en materia de arbitraje y favorable respecto de dicha institución jurídica. Y otro índice a tener en cuenta es, tras la incorporación a los tratados internacionales reguladores del arbitraje por parte del Estado considerado, su aplicación efectiva por los tribunales de justicia: en todos los países suele existir un hito importante en la jurisprudencia que determina un punto de inflexión en el desarrollo del arbitraje en un concreto sistema jurídico.

Pero resulta insuficiente contar con un conjunto de normas o principios jurisprudenciales adaptados a las necesidades del arbitraje comercial internacional si dicho acervo no es reconocido a escala internacional y, sobre todo, por las instituciones que agrupan a los árbitros y a los operadores comerciales internacionales. En cualquier caso, el protagonismo de la opinión de las instituciones de arbitraje en el sector debe ser considerado con cierta mesura, pues no pueden desconocerse los riesgos que entrañan ciertas fórmulas contractuales que arrastren al arbitraje de algunas de ellas con la consiguiente perversión del sistema.

La sede del tribunal arbitral es escogida en función de la neutralidad del Estado respecto a la relación jurídica de que se trate y a la nacionalidad de las partes, así como respecto de los Estados en los que se deba llevar a cabo su ejecución. Pero también y sobre todo en función de las garantías que el Estado de la sede ofrezca para una mayor celeridad y efectividad del proceso arbitral, esto es el apoyo o colaboración que pueda brindar durante el proceso (como, por

ejemplo, la ejecución de medidas cautelares) o al final del proceso en una fase de control de la validez del laudo arbitral. En caso de arbitraje institucional, la sede del arbitraje no tiene que coincidir necesariamente con la sede de la institución administradora del mismo. El Estado que se haya elegido como sede del arbitraje no tiene necesariamente que ver comprometidos sus principios esenciales de convivencia, su orden público, o sus leyes de policía. Y tampoco tiene que verse necesariamente afectado con la decisión de fondo del asunto controvertido.

Reflexiones como las anteriores incorporadas al Capítulo quinto de su monografía, son continuidad de una preocupación ya expresada con anterioridad por la autora. Como escribiera hace algunos años ¿Qué necesita Chile para convertirse en una sede atractiva de arbitraje comercial internacional? y la respuesta está condicionada al estudio de las sedes arbitrales desde un enfoque general que revele las principales problemáticas existentes en la materia y ciertos criterios de elegibilidad de las mismas que se han instaurado con el paso del tiempo. No basta con poseer una ley de arbitraje comercial internacional moderna para ser una sede atractiva, si así fuese, la gran cantidad de países que cuentan con dichas legislaciones lo serían, y no es así. (“Relevancia de la sede arbitral y criterios que determinan su elección”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, n° 16, 2011, pp. 75–134). Por eso tiene razón la Dra. Vásquez Palma cuando afirma que las cortes arbitrales de América latina deben aspirar a ser instituciones regionales de primer nivel de modo que administren casos que envuelvan a empresas de nuestro entorno próximo.

10. Pese a su protagonismo indiscutible el arbitraje institucional manifiesta las secuelas de una “crisis de crecimiento” que obliga a un replanteamiento de muchos de los dogmas que han caracterizado la práctica arbitral de los últimos años. Ciertamente, algunos de los defectos atribuidos a la justicia estatal se están extendiendo a esta modalidad arbitraje. Las recientes diatribas contra la formalidad, costo y demora que implica un arbitraje comercial internacional sirven como recordatorio del peligro de institucionalizar la esta modalidad de ADR. En efecto, no es casual que en los últimos años se hayan producido importantes transformaciones en los reglamentos de las principales instituciones arbitrales que traslucen la preocupación de responder a la crítica en el sentido que el arbitraje comercial internacional ofrece preocupantes notas de formalismo y lentitud y cada vez resulta más costoso. Además debe denunciarse como, en muchos casos las normativas y reglamentos internos elaborados por las cortes de arbitraje no caminan en la dirección correcta en orden a selección de los árbitros. Las instituciones arbitrales no arbitran pero, en defecto de acuerdo de las partes, designan a quien debe arbitrar y aunque ello es importante, no es lo único ni

quizás lo más importante para el desarrollo de un buen arbitraje que sin duda reside también en el antes y el después de la designación del árbitro. El arbitraje, con su cultura distinta y diferenciada de la resolución de conflictos ante los órganos jurisdicciones del Estado, presenta indudables oportunidades renovadas de aproximación por las partes al conflicto. Y aquí es donde las instituciones arbitrales deben mostrarse eficientes incluyendo en la oferta de métodos alternativos que no necesariamente habrán de ser incompatibles o excluyentes del arbitraje.

La mayor o menor eficacia del arbitraje desarrollado en el seno de una institución arbitral depende, en primer lugar, de que los reglamentos arbitrales estén lo suficientemente bien redactados para que no existan dudas acerca de su obligación para administrar el arbitraje y que el arbitraje pueda desarrollarse sin injerencias externas; y en ellos se establecerán el código y reglas de procedimiento hasta laudo. Sólo de esta manera podrá evitarse que las partes incluyan en sus contratos cláusulas arbitrales a favor de instituciones extranjeras, por ejemplo LCIA, CCI, SCC etc. Precisamente en el Capítulo sexto del libro se aboga por un entendimiento desde una perspectiva de largo plazo en virtud del cual los centros de arbitraje dejen paulatinamente de aplicar las listas de árbitros cerradas, modifiquen sus Reglamentos y procuran promocionar el arbitraje en todos los sectores de la sociedad, incluido el judicial. La prueba de una actitud contraria ha sido para muchas instituciones arbitrales una menguada, cuando no aislada vida, de languidecimiento, sin prácticamente arbitrajes y, aunque no pueden aplicarse generalizaciones, no es ajeno a muchas de ellas, el operar sin personal especializado sino, en no pocas ocasiones, prestado por otra institución o negociado, en trabajo a tiempo parcial con esquemas de voluntarismo y no de profesionalidad arbitral.

11. La obligación de cumplir la decisión arbitral constituye la esencia misma del arbitraje, dado que las partes se comprometen a acatar el laudo y, al concluirse el convenio arbitral, optan por la ejecución forzosa del mismo en caso de incumplimiento voluntario. No en vano, las personas en sus respectivas relaciones jurídicas deben adoptar un comportamiento leal en toda la fase previa a la constitución de tales relaciones; y deben también comportarse lealmente en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas ya constituidas entre ellas. Las nuevas realidades de un mundo globalizado imponen la búsqueda de fórmulas que garanticen una mayor seguridad jurídica, como marco necesario para el desarrollo de las inversiones que permitan insertar a los particulares en las relaciones económicas globales, avanzando hacia la construcción de una economía competitiva y sustentable. No es de extrañar ciertos esfuerzos normativos por crear

reglas claras de juego, reformar el sistema judicial para modernizarlo e incorporar la ejecución de las decisiones adoptadas por los árbitros.

La cuestión de la ejecución de los laudos en el arbitraje de inversiones, contemplada en el Capítulo séptimo del libro, sigue reflejando una cierta oscuridad pues aunque en términos generales los laudos se cumplen, incluso si son condenados los Estados (el supuesto indiscutiblemente más frecuente), cuando no es este el caso es difícil indagar en los mecanismos de cada sistema jurídico particular. Con independencia de ello no puede negarse que otra originalidad significativa del sistema del CIADI es que sus laudos son de aplicación directa y están dispensados de cualquier procedimiento de ejecución en el Estado en que ésta deba ser efectuada. Dicho sistema sigue a este respecto la tónica mantenida por los tribunales internacionales, cuyas decisiones son “obligatorias” y no “ejecutorias”, alejándose de las soluciones propias de los laudos pronunciados en el marco del arbitraje comercial internacional. En el proceso de reconocimiento y ejecución, la tarea del tribunal interno ha de limitarse a la verificación de la autenticidad del laudo no pudiendo controlar la competencia del tribunal arbitral ni examinar el fondo del laudo y, por descontado, no puede prosperar el recurso al orden público del Estado requerido. El reconocimiento del laudo tiene el efecto de cosa juzgada en el país en cuestión por lo que la cuestión tratada en la demanda no puede ser objeto de otro procedimiento ante un tribunal nacional o un tribunal arbitral.

* * *

12. Conviene concluir este prólogo y dejar al lector atento, que ha tenido la cortesía y la paciencia de leerlo, con la asimilación de las múltiples aportaciones presentes en este libro, muestras elocuentes de gran erudición, tanto legislativa y jurisprudencial como doctrinal. Mi propósito ha sido situar al lector de lo que se va a encontrar en la obra pues, en este caso, el prestigio de su autora hace innecesaria cualquier etopeya. Permítaseme, sin embargo, constatar una evidencia: un libro como el presente de María Fernanda Vásquez Palma, con un empaque intelectual, una envergadura temática y un rigor metodológico indiscutibles, no es producto de la improvisación, ni de la casualidad. Por eso, antes de poner punto final, resulta obligado revelar el gran esfuerzo realizado en el marco académico en que se gestó, circunstancia ésta que refuerza su valor intrínseco. En primer lugar, la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, de indiscutible prestigio en América latina, como muestra la calidad de sus publicaciones periódicas indexadas por las agencias de evaluación internacionales más exigentes; un claro ejemplo de Universidad creadora de capital

humano innovador y, por ende, vector de incuestionable crecimiento económico. En segundo lugar, el marco de un proyecto de la IV convocatoria del “Anillo de Investigación en Ciencias Sociales y Humanidades”, una de las seis iniciativas que la Comisión Nacional de Investigación Científica y Tecnológica financió por considerar que se trataba de un proyecto científico en el ámbito de las ciencias sociales con un impacto significativo en el desarrollo económico y social de Chile. Dicho proyecto, en el cual figuran prestigiosos profesores como Diego Palomo y Raúl Carnevali, titulado “Los métodos alternativos de solución de Conflictos como herramientas de modernización de la justicia: construcción dogmática a partir de un análisis multidisciplinar”, está dirigido precisamente por la autora de la presente monografía. Su inserción en el mismo es un excelente augurio de su éxito por estar orientado a la investigación científica de excelencia, a la formación y entrenamiento de estudiantes e investigadores jóvenes, a la creación y fortalecimiento de redes nacionales e internacionales y a la difusión de su quehacer y de los resultados al medio académico y no académico.

Fuerteventura, 1 de agosto de 2016

José Carlos Fernández Rozas
Catedrático de Derecho internacional privado
Miembro del *Institut de Droit International*