El arbitraje y la solución de controversias en los tratados de libre comercio

Harold C. Lantan

Colección Jurídica
Universidad Tecnológica de El Salvador

Harold C. Lantan

EL ARBITRAJE Y LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO

Prólogo del Dr. Anibal Sabater

Colección Jurídica
Universidad Tecnológica de El Salvador

347.09
L296a Lantan, Harold C.
El arbitraje y la solución de controversias en los tratados de
slv libre comercio / Harold C. Lantan. -- 1a. ed. -- San Salvador, El Salv. : Universidad Tecnológica de El Salvador, 2006.
320 p. ; 22 cm. -- (Colección jurídica)

ISBN 99923-21-42-3

1. Mediación. 2. Solución de conflictos. 3. Tratados de libre comercio. I. Título.

® Derechos Reservados Universidad Tecnológica de El Salvador

El arbitraje y la solución de controversias en los tratados de libre comercio
Tomo Primero

Harold C. Lantan

500 ejemplares
Agosto, 2006

Impreso en El Salvador
Por **Tecnoimpresos, S.A. de C.V.**
Tel.: (503) 2275-8861 • gcomercial@utec.edu.sv

ÍNDICE DE CONTENIDO

página

Agradecimientos y Dedicatoria
PRÓLOGO
INTRODUCCIÓN
CAPÍTULO PRIMERO 1
LOS MEDIOS ALTERNOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS 1
1. Introducción a los medios alternos de solución de controversias 1
1.1. Generalidades y concepto 1
1.2. Antecedentes históricos 3
2. Ventajas y desventajas de los medios alternos de solución de controversias 6
2.1. Ventajas 6
2.1.1. Establecimiento de una cultura social del diálogo y democratización de la justicia 6
2.1.2. Agilidad 7
2.1.3. Costo – oportunidad. 7
2.1.4. Nuevas fuentes de ejercicio profesional 8
2.1.5. Desahogo judicial 8
2.2 .Desventajas de los medios alternos de solución de controversias 9
2.2.1. Uso indebido y dilatorio 9
2.2.2. Falta de poder coercitivo 10
2.2.3. Costos del arbitraje 10
2.2.4. Falta de conocimiento del sistema 10
3. Clases de medios alternos de solución de controversias 11
3.1. La negociación 11
3.2. La mediación 13
3.3. La conciliación 13
3.4. El arbitraje 14
3.5. Mediación- arbitraje(Med- arb) y co-med- arb 14
3.6. Mini juicio (Mini trial) 15
3.7. Mini juicio sumario (Summary jury trial) 16
3.8. Decisión de hechos (Fact finding) 17
3.9. Evaluación temprana neutral (Early neutral evaluation) 18
3.10. Jurados simulados (Simulated juries) 18
3.11. Juicio privado (Private judging) 19

3.12. Administradores especiales (Special masters) 19
3.13. Paneles de expertos (Expert panels) 20
3.14. Prevención de conflictos 21
3.15. Asociación (Partnering) 21
4. La regulación de los medios alternos de solución de controversias en El Salvador y en el Derecho comparado 22
4.1. El Salvador 22
4.2. Argentina 27
4.3. Canadá 29
4.4. Colombia 30
4.5. Costa Rica 31
4.6. España 32
4.7. Estados Unidos 35
4.8. Guatemala 39
4.9. México 40
4.10. Paraguay 41
4.11. Perú 42
4.12. República Dominicana 44
4.13. Venezuela 45
CAPÍTULO SEGUNDO 47
EL ARBITRAJE 47
5. Concepto, regulación y clases de arbitraje. 47
5.1. Concepto y regulación legal. 47
5.2. Primera clasificación: El arbitraje de derecho, el arbitraje de equidad y el arbitraje técnico 49
5.2.1. El arbitraje de derecho 49
5.2.2. El arbitraje de equidad 50
5.2.3. El arbitraje técnico 55
5.2.4. Conveniencia del arbitraje de derecho o de equidad 58
5.3. Segunda clasificación: arbitraje nacional y arbitraje internacional 58
5.3.1. Arbitraje nacional 58
5.3.2. Arbitraje internacional 59
5.4. Tercera clasificación arbitraje ad hoc y arbitraje institucional 59
5.4.1. Arbitraje ad hoc 59
5.4.2. Arbitraje institucional 60

a. Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) 62
b. Asociación Americana de Arbitraje (American Arbitration Association AAA) 64
c. Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC) 65
d. Centro de Arbitraje y Mediación de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) 66
e. Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) 68
f. Centro de Arbitraje y Mediación Comercial para las Américas (CAMCA) 68
g. Corte Permanente de Arbitraje (CPA) 69
5.4.3. Conveniencia del arbitraje ad hoc o del arbitraje institucional 69
5.5. Cuarta clasificación: arbitraje voluntario y arbitraje forzoso . 72
5.5.1. Arbitraje voluntario 72
5.5.2. Arbitraje forzoso 72
5.6. Quinta clasificación: El arbitraje vinculante y el arbitraje no vinculante, otras clases de arbitraje 75
5.6.1 Arbitraje vinculante 75
5.6.2. Arbitraje no vinculante 75
5.6.3. Alto- Bajo Arbitraje (High- Low Arbitration) 75
5.6.4. Arbitraje béisbol (Baseball arbitration) 76
5.6.5. Arbitraje de béisbol nocturno (Nigth baseball arbitration) 76
5.6.6. Arbitraje de vía rápida (Fast Track) 76
6. El convenio arbitral 77
6.1. Concepto y formas del convenio 77
6.2 Naturaleza Jurídica 80
6.2.1. Un contrato 80
6.2.2. Un acuerdo 80
6.2.3. Una transacción 81
6.2.4. Una institución 81
6.3. Requisitos y elementos del convenio arbitral 82
6.3.1. Requisitos de existencia 82
a. Consentimiento 82
b. Capacidad 83

c. Objeto. 83
d. Forma. 83
6.3.2. Elementos del convenio arbitral 84
a. Descripción del tipo de controversia sometida arbitraje 84
b. Clase de arbitraje que las partes desean 88
c. Número de árbitros y forma de nombramiento 89
d. Derecho de fondo aplicable al contrato 89
e. Procedimiento aplicable ("Lex arbitri") 91
f. Idioma del arbitraje 91
g. Lugar del arbitraje 91
h. Nacionalidad de los árbitros 92
6.4. Cláusulas patológicas 92
6.5. La autonomía del convenio arbitral 95
6.6. La excepción de arbitraje 99
7. De los árbitros 102
7.1. Capacidad e inhabilitaciones 102
7.2. Designación 103
7.3. Recusación y sustitución 104
8. El proceso arbitral 107
8.1. Principios y características del proceso arbitral 107
8.1.1. Principio de la autonomía de la voluntad y de la libertad de procedimientos 107
8.1.2. Principio de flexibilidad e informalidad 108
8.1.3. Principio de brevedad y celeridad 109
8.1.4. Principio de confidencialidad 109
8.2. El auxilio del órgano judicial al proceso arbitral 111
8.2.1. Para el nombramiento de árbitros por el juez, cuando las partes así lo hayan convenido 112
8.2.2. Para la asistencia judicial en la práctica de pruebas 113
8.2.3. Para la adopción judicial de medidas cautelares 113
8.2.4. Para la ejecución forzosa del laudo 113
8.2.5. Para conocer de la acción de anulación del laudo ... 114
8.2.6. Para el exequátur de laudos extranjeros 114
8.2.7. La intervención de la autoridad judicial en el proceso arbitral en el Derecho comparado 114
8.3. Inicio y duración del proceso arbitral 117
8.4. Medidas cautelares en el proceso arbitral 118

8.5. Fases del proceso arbitral, audiencias 124
8.5.1. Primera clasificación 124
a. Fase de constitución del tribunal 124
b. Fase postulatoria 127
c. Fase instructora, probatoria o confirmatoria 132
d. Fase conclusiva 140
8.5.2. Segunda clasificación 141
a. Iniciación 142
b. Preparación 142
c. Preaudiencia 142
d. Audiencias 143
e. Laudo 144
8.6. El laudo arbitral: requisitos 144
8.7. Impugnación del laudo arbitral 149
8.7.1. Generalidades. La aclaración, corrección o adición. 149
8.7.2. El recurso de nulidad 153
8.7.3. El amparo y el arbitraje 164
8.8. Medios anormales de terminación del proceso arbitral 168
9. La ejecución del laudo arbitral 170
9.1. Ejecución de un laudo nacional 170
9.2. Ejecución de un laudo internacional, la Convención de Nueva York y la Convención de Panamá 172
9.2.1. Generalidades 172
9.2.2. La Convención Internacional sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Pronunciadas en el Extranjero (Convención de Nueva York) 173
9.2.3. La Convención Interamericana de Arbitraje Comercial (Convención de Panamá) 184
CAPÍTULO TERCERO 187
LOS MEDIOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO. 187
10. Generalidades, fundamentos del libre comercio 187
10.1. Introducción, generalidades 187
10.2. Principios fundamentales del libre comercio 188
10.3. Causalidad de los conflictos comerciales 193
10.3.1. El «dumping» 193
10.3.2. Las subvenciones 196
10.3.3. Las barreras comerciales encubiertas 201

10.3.4. Las barreras arancelarias 203
10.4. Medios de solución de diferencias en los tratados de libre comercio 204
10.4.1. La negociación o consulta 204
10.4.2. Los buenos oficios 204
10.4.3. Mediación 205
10.4.4. La conciliación 205
10.4.5. La investigación 205
10.4.6. La intervención del Consejo 205
10.4.7. El arbitraje 206
10.5. Sistemas de solución de diferencias 206
10.5.1. El sistema político, pragmático o negociado 206
10.5.2. El sistema judicial 206
11. Los medios de solución de controversias en el Sistema de Integración Centroamericano. 207
11.1. Antecedentes de la Integración Centroamericana 207
11.2. La solución de controversias en la Integración Económica Centroamericana 209
11.3. Desarrollo del proceso de solución de controversias 215
12. Los medios de solución de controversias en los tratadosde libre comercio con Panamá, República Dominicana, Chile y México 218
13. La solución de controversias en el CAFTA 219
13.1. Introducción y generalidades 219
13.2. Del procedimiento 221
13.3. Controversias sobre inversiones 244
13.4. Controversias sobre servicios financieros 251
14. La solución de controversias en la Organización Mundial de Comercio (OMC) 253
14.1. Antecedentes: Solución de diferencias en GATT (1948- 1955) 253
14.2. Consideraciones generales, objetivos 255
14.3. Solución de diferencias de la OMC 258
14.4. Síntesis del proceso de solución de diferencias de la OMC 262
CONCLUSIONES 265
ANEXOS 275
CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL. 283

CONVENIO SOBRE ARREGLO DE DIFERENCIAS
RELATIVAS INVERSIONES ENTRE ESTADOS Y NACIONALES
DE OTROS ESTADOS 289
BIBLIOGRAFÍA 313
ABREVIATURAS Y SIGLAS 319

Agradecimientos y Dedicatoria

La historia y la vida misma nos han enseñado que ninguna persona o nación puede erguirse ante el mundo sino se inclina primero ante Dios; así que antes que nada dedico este trabajo al Todopoderoso, con la fe de que pese a nuestras imperfecciones al final de nuestra jornada, nuestra propia existencia pueda ser una alabanza a su gloria.

Gracias a mis abnegados padres y hermana, quienes me enseñaron los más sagrados principios y valores, a trabajar duro por lo que uno cree y nunca rendirse; pero por sobretodo por abrigarme en su seno con el amor que edifica al ser humano y con la esperanza que nos permite creer que el mañana siempre será mejor que el presente.

A mi amada esposa Karen, por llenar nuestro hogar con su alegría, mi corazón con la bendición de su amor y por hacerme sentir cada día que es maravilloso estar vivo.

Al Doctor Carles Górriz; un brillante maestro y un extraordinario ser humano que la Providencia puso en mi camino; sin cuya dirección y paciencia este esfuerzo no hubiera podido concretizarse.

Al Doctor Roberto Romero Pineda, con mi más profunda admiración profesional y aprecio filial, por incentivarnos siempre a seguir adelante tras grandes metas y dar con entusiasmo lo mejor de uno mismo, a través de la mejor de las didácticas: su ejemplo.

A Don Miguel Ángel Simán, por su apoyo incondicional y darme palabras de luz en momentos de oscuridad; y por enseñarme que un verdadero gran hombre es aquél que no obstante serlo, hace sentir grande a los demás.

A la memoria del Padre Juan Aznar, mi confesor y guía espiritual, quien siempre permanecerá vivo en mi memoria y corazón.

A la Universidad Tecnológica, a quien agradezco la fe puesta en mi persona y la oportunidad de ejercer la docencia con el pretencioso anhelo de dejar una humilde huella para las futuras generaciones.

Mayo, 2006.

PRÓLOGO

En 1911, un ingeniero estadounidense llamado Frederick Stark Pearson creó una compañía que debía encargase de la generación y distribución de energía eléctrica en Barcelona (España). La compañía fue registrada en Toronto (Canadá) con el nombre de *Barcelona Traction, Light and Power Co. Limited*. Su éxito fue fulminante: en 1936 la *Barcelona Traction* (que es como popularmente se conocía a la compañía) controlaba la gran mayoría del suministro eléctrico en el noreste español (Cataluña) y empleaba a más de nueve mil personas, entre las que se encontraban casi trescientos ingenieros.

A pesar de ese éxito, diversas fricciones con el Gobierno español llevaron a que, en 1948, la *Barcelona Traction* fuera declarada en quiebra por un Juzgado de Reus, una pequeña población a cien kilómetros de Barcelona.

Los accionistas de la *Barcelona Traction*, que por aquel entonces eran en su mayoría ciudadanos y sociedades belgas, se opusieron a la declaración de quiebra, porque la consideraban un ataque al Derecho internacional y una expropiación encubierta por parte de las autoridades españolas.

Después de numerosos litigios en España, la quiebra de la *Barcelona Traction* llegó al Tribunal Internacional de Justicia de La Haya (TIJ), que en 1970 se pronunció sobre ella en una de las sentencias más famosas de la historia del Derecho internacional público[1].

Entre otras cosas, la sentencia del TIJ en el caso *Barcelona Traction* estableció que los Estados eran los únicos sujetos de Derecho internacional y que, por tanto, los inversores privados (o sea: los accionistas de la compañía) carecían

[1] Véase Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Bélgica c. España), 1970 International Court of Justice (Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders) 3 (5 de febrero).

de legitimación para demandar directamente en un foro internacional al Estado que supuestamente los había expropiado.

Según el TIJ, los inversores privados no tenían más derecho que el de buscar la protección diplomática de su Estado de origen y dejar que fuera este Estado el que reclamase por ellos frente al Gobierno infractor.

Como podrá suponerse, la protección diplomática nunca fue una alternativa excesivamente popular entre los inversores privados de ningún país. Atenazados por consideraciones geopolíticas, estratégicas y otros intereses, eran muchos los estados que exhibían poco celo en la prosecución de estas reclamaciones. El resultado práctico era que los inversores privados quedaban desprotegidos, despojados de una voz en el concierto internacional y, sobre todo, expuestos al capricho de los gobiernos que deseasen atacar sus derechos.

Sin embargo, en la actualidad la situación ha cambiado radicalmente y, de ser unos actores marginales, las compañías e inversores privados han pasado a convertirse en unos de los protagonistas más significados de las relaciones internacionales. Este cambio no ha sido repentino, sino más el bien fruto de un complejo proceso legislativo, económico y social, cuyo comienzo probablemente pueda situarse en 1958, cuando el abogado holandés Aaron Broches fue nombrado consejero general (*general counsel*) del Banco Mundial. Firme defensor de la legalidad internacional, Aaron Broches pensaba que los mecanismos de protección diplomática se encontraban obsoletos y debían ser sustituidos por otros más modernos y democráticos que permitieran a los inversores hacer efectivos sus derechos.

El resultado visible de los esfuerzos de Aaron Broches fue la creación en 1966 del Centro Internacional para el Arreglo de Disputas relativas a Inversiones (CIADI), que es una agencia del Banco Mundial destinada a resolver conflictos de inversiones y que ofrece servicios de mediación y arbitraje.

Concebido como una institución en la que, por fin, los inversores pueden demandar directamente a Estados extranjeros, el CIADI ofrece dos grandes ventajas frente a otras cortes de arbitraje. En apretada síntesis, estas ventajas consisten en que los laudos del CIADI, de un lado, no son impugnables ante los tribunales de ninguna jurisdicción estatal y, de otro, debe ser ejecutados

inmediatamente – sin necesidad de previo reconocimiento u homologación - por los jueces de todos los países que hayan ratificado la Convención fundacional del CIADI.

Estas ventajas que el CIADI ofrece al inversor quedan compensada por otras que hacen que el sistema también sea atractivo para el Estado que recibe la inversión. Así, al someterse al arbitraje del CIADI, el inversor renuncia a pedir la protección diplomática y la asistencia de su Gobierno de origen. De este modo, el Estado que recibe la inversión tiene garantías de que, como regla, la existencia de alguna diferencia con el inversor no se traducirá en que otras naciones le impongan sanciones comerciales, aduaneras o de cualquier naturaleza. Además, y gracias al modo en el que están concebidas las reglas de arbitraje del CIADI, el Estado que recibe la inversión sabe que existen mecanismos para asegurar que la diferencia sea resuelta de manera objetiva e imparcial por expertos en la materia independientes de las partes.

Aunque durante sus tres primeras décadas de existencia el sistema CIADI gozó de bastante popularidad, su gran desarrollo se produjo hace aproximadamente quince años, cuando empezó a ser generalmente adoptado como el mecanismo para la solución de controversias en tratados de inversión bilaterales y multilaterales. De esta manera, hoy se puede acudir al CIADI para resolver las diferencias que surjan entre inversores y estados contratantes en el marco del Tratado de Libre Comercio en América del Norte ("TLCAN") o el Tratado de Libre Comercio con Centroamérica y la República Dominicana ("DR-CAFTA").

En su expansión, el arbitraje entre inversores y estados ha terminado por ser posible no sólo ante el CIADI y algunas cortes internacionales (como la Cámara de Comercio Internacional de París o la *London Court of International Arbitration*), sino también ante otras instituciones arbitrales de ámbito territorial más circunscrito y ante paneles constituidos *ad hoc* (paneles que, a menudo, operan bajo las reglas arbitrales de la UNCITRAL / CNUDMI).

En paralelo a este proceso de evolución de las técnicas para la solución de las controversias entre inversores y estados, se ha producido otro proceso no menos interesante de evolución de las técnicas para la solución de las disputas comerciales y arancelarias entre los propios Estados. También aquí el arbitraje está teniendo un papel esencial.

En ambos procesos (desarrollo del arbitraje con inversores y desarrollo del arbitraje entre Estados) Centroamérica y, muy señaladamente, El Salvador están llamados a ser el centro de muchas miradas. Después de la ratificación del DR-CAFTA, y ante el previsible surgimiento de diferencias, El Salvador va a tener mucho que decir acerca del modo en el que estos mecanismos para la solución de controversias siguen desarrollándose en el futuro. En cierto modo, la configuración del arbitraje internacional (su crecimiento o su estancamiento) durante los próximos años depende en notable medida de lo que ocurra en Centroamérica y de la relación de los gobiernos centroamericanos con los inversores y estados extranjeros.

Por eso la obra del Dr. Harold Lantan es tan importante y tan oportuna. Con magnífica expresión y sistemática, el Dr. Lantan ha conseguido explicar para el académico y para el abogado ejerciente, para el experto y para el que se está introduciendo en este ámbito, la complejidad y riqueza del arbitraje internacional actual, visto desde una perspectiva centroamericana. Como el lector rápidamente advertirá, la obra del Dr. Lantan está llamada a llenar un vacío importante en la literatura jurídica actual y a convertirse en un texto de referencia en su ámbito. En ella se aúnan el conocimiento de la tradición y la innovación, el análisis y la claridad, el estudio del Derecho vigente y el afán por impulsar la práctica jurídica salvadoreña hacia nuevas y más alta cotas.

El estudio del Dr. Lantan sobresale también por su aproximación multicultural a los conflictos internacionales. Una de las consecuencias más fascinantes del reciente auge del arbitraje internacional es precisamente que ha conseguido superar las divisiones entre las culturas jurídicas. Las sentencias arbitrales de instituciones como el CIADI se han convertido en un elemento esencial a la hora de determinar el contenido del Derecho internacional económico y comercial. Por su sistemática y su metodología, este conjunto de resoluciones ha desbordado y amenaza con dejar sin sentido la tradicional división entre Derecho civil y Derecho anglosajón (*common law* y *civil law*). Gran conocedor de ambos sistemas jurídicos – en los que ha trabajado e investigado extensamente – el Dr. Lantan extrae lo mejor de ellos para proponer soluciones y propugnar avances en una época que nuevamente los necesita.

Si la sentencia en el caso de la *Barcelona Traction* y la personalidad de Aaron Broches marcaron el final de una época en la que apenas existían cauces para resolver controversias sobre inversión y libre comercio, los tiempos

actuales necesitan entusiasmo y dedicación para terminar de apuntalar la eficacia de esos nuevos cauces. El lector que busque este entusiasmo y dedicación en el libro del Dr. Lantan no quedará en absoluto defraudado.

Aníbal Sabater
Houston, Estados Unidos
4 de junio de 2006

INTRODUCCIÓN

El tema del presente libro ha sido escogido por la importancia que la utilización y fomento de los medios alternos de solución de controversias ha generado en el desarrollo del comercio entre los Estados. Hasta el punto de llegarse a convertir actualmente en un factor decisivo para la inversión y la seguridad jurídica sobretodo para los países subdesarrollados como El Salvador en el marco de un mundo globalizado cuyas economías están tendiendo a integrarse a través de la firma de tratados de libre comercio.

Estos tratados no sólo aplican estos métodos para solucionar sus controversias entre Estados, sino que incluso alientan a que los conflictos entre particulares se resuelvan de igual manera. Llegando a imponer a los países signatarios en algunos casos, la obligación de ratificar los instrumentos internacionales que faciliten la aplicación de estos procedimientos.

Los conflictos comerciales necesitan por su propia naturaleza una solución ágil, confidencial y eficiente que responda al dinamismo de este ámbito. La respuesta a estas necesidades se ha encontrado en los medios alternos de solución de controversias entre los cuales destaca principalmente el arbitraje (aunque el género no se ve limitado a esta figura).

Es pertinente aclarar que el uso de estas técnicas no implica la supresión de la actividad del órgano jurisdiccional cuyo papel es trascendental e insustituible en la sociedad jurídicamente organizada, y cuya colaboración es imprescindible para una eficaz aplicación de la resolución alternativa de disputas.

Dentro de los principales objetivos de este trabajo se encuentran:
a. Explicar en qué consisten los medios alternos de solución de controversias, especialmente el arbitraje.
b. Exponer cómo opera el arbitraje a nivel nacional e internacional.

c. Clarificar la intervención de la autoridad judicial en el proceso arbitral.
d. Establecer cuáles son los instrumentos jurídicos que regulan el arbitraje y exponer su importancia en la economía mundial, la cual se ha visto incrementada a raíz de la ratificación de tratados de libre comercio.

Este libro está dividido en tres capítulos. El contenido y el porqué de su estructura son los siguientes:

El primer capítulo explica principalmente qué son los medios alternos de solución de controversias, su clasificación, ventajas, desventajas y brinda una descripción sucinta de cómo están regulados en distintos países principalmente latinoamericanos. Estableciendo en este último punto a nuestro juicio, cuáles son los aspectos más notorios (positivos y negativos) de las legislaciones respectivas. El objetivo de este capítulo es ofrecer una especie de introducción al estudio del tema cuyos pormenores son establecidos en el desarrollo del trabajo.

El segundo capítulo explica el arbitraje: la forma, elementos y consecuencias del convenio arbitral, la intervención del órgano judicial, las distintas clases de arbitraje y cómo operan cada una de ellas, el proceso arbitral, el laudo, su impugnación y ejecución en el ámbito nacional e internacional y las principales convenciones internacionales sobre la materia. En el desarrollo de este capítulo se hace una continua comparación entre la legislación nacional y la jurisprudencia y Derecho comparado con el objeto de establecer las similitudes y diferencias que se tienen con respecto a esta figura y ratificar algunas concepciones doctrinarias al respecto.

Especial importancia se destina al estudio del arbitraje internacional (que cobra nuevos auges en nuestro medio en parte a consecuencia de la ratificación de tratados de libre comercio) y la comparación de cómo funciona en el sistema romano germánico y el anglosajón. Es oportuno aclarar que el motivo que nos ha llevado a estudiar figuras propias de este último sistema como el descubrimiento de la prueba y exhibición de documentos (*discovery*) no es antojadizo, sino que tiene su fundamento en su utilización frecuente en el arbitraje internacional.

Se expone también la aplicación de la Convención Sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York) y

la Convención Interamericana Sobre Arbitraje Comercial (Convención de Panamá), dada la trascendencia que cobran con la integración de las economías y por ende con el surgimiento de los conflictos comerciales internacionales entre particulares.

El tercer capítulo estudia el funcionamiento de los medios de solución de diferencias, especialmente el arbitraje en el marco del comercio internacional y de los tratados de libre comercio ratificados por El Salvador. Haciendo énfasis en los principios del libre comercio, la causalidad de los conflictos comerciales, la legitimación de quiénes pueden activar los mecanismos de solución de controversias contenidos en los tratados, el grado de participación de terceros, los conflictos sobre inversiones y el desarrollo de los procedimientos de solución de diferencias en: el Sistema de Integración Centroamericano, en los tratados de libre comercio celebrados por El Salvador con Chile, Panamá, República Dominicana y México (que comparten un esquema general), en el CAFTA y en la Organización Mundial de Comercio (OMC).

El tema de este capítulo ha sido poco estudiado en nuestro país y parte de los objetivos de incluirlo en este trabajo es clarificar quién puede acceder a ellos, cómo funcionan y para cuáles conflictos son aplicables. Asimismo se pretende establecer las diferencias de este tipo de mecanismos con la solución de diferencias entre particulares.

Finalmente expresamos nuestra intención de que esta investigación no sea simplemente un requisito para la obtención de un grado académico sino que sea un aporte para la superación de los retos jurídicos que impone a nuestro país la integración de las economías y el libre comercio.

CAPÍTULO PRIMERO

LOS MEDIOS ALTERNOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

1. Introducción a los medios alternos de solución de controversias

1.1. Generalidades y concepto

Los conflictos de diversa índole que surgen en la sociedad y en especial los de naturaleza comercial por el dinamismo de los negocios necesitan de medios ágiles y efectivos para su solución. Ante esta necesidad los mecanismos tradicionales de justicia han resultado insuficientes para ello, dado que por su propia naturaleza el proceso judicial puede prolongarse y en todo caso resolver el problema de manera tardía.

Éste ha sido en parte el fundamento para el surgimiento y difusión de los medios alternos de solución de controversias, también conocidos como *resolución alternativa de disputas (RAD), resolución alternativa de conflictos* (RAC), *medios alternos de solución de controversias* (MASC), *resolución apropiada de disputas*; entre otros términos que se utilizan como sinónimos de una misma figura. Con estos nominativos se conocen a una serie de técnicas que tratan de que las partes que poseen un conflicto lo resuelvan de manera rápida, confidencial y eficiente sin necesidad de recurrir al órgano judicial.

Allan J.Sttit con respecto a este punto expresa: "La resolución alternativa de disputas (RAD) es un término que ha recibido mucha atención en años recientes. RAD es un conjunto de procedimientos alternativos al litigio que pueden ser usados para resolver disputas.

La gama de procesos incluye la negociación, mediación, arbitraje y otro número de procedimientos, algunos de los cuales son variaciones o combinaciones

de negociación, mediación y arbitraje".[1] La cita anterior es importante porque nos permite concluir que los medios alternos de solución de controversias no se limitan a la negociación, la mediación y el arbitraje que son los más conocidos en nuestro medio y engloban además a otra serie de procedimientos que responden a dicha concepción.

Los expertos argentinos Gladys Álvarez, Elena I. Highton y Elìas Jassan, agregan: "Es necesario encarar la resolución alternativa de disputas como una nueva política necesaria en la administración de justicia. Por ello es que la incorporación de estos mecanismos para resolver conflictos sociales es una de las funciones que el Estado moderno debe cumplir en nuestros días. Bajo el nombre de *Resolución Alternativa de Disputas* (RAD) se engloba el conjunto de procedimientos que permiten resolver un conflicto sin recurrir a la fuerza y sin que lo resuelva un juez. Podría también decirse que es un movimiento que tiende a la institucionalización de esta variedad de mecanismos conducentes a la resolución de los conflictos jurídicos por otras vías que no son la tradicional decisión judicial"[2]. A pesar de lo anterior es oportuno aclarar que la práctica de estos métodos no implica una ausencia total de la participación de la autoridad judicial y mucho menos la privatización de la justicia. Al contrario, la cooperación judicial es fundamental y necesaria para la efectividad de los medios alternos de solución de controversias.

Además, el rol del órgano judicial es imprescindible en toda sociedad ya que la resolución alternativa de disputas no es aplicable a todo tipo de conflictos. A manera de ejemplo: Si se necesita dirimir una controversia sobre la inconstitucionalidad de una ley, la única autoridad que puede pronunciarse al respecto es la judicial.

Por su parte el Centro de Comercio Internacional (que es la agencia de cooperación técnica de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo UNCTAD) y la Organización mundial del Comercio (OMC) para aspectos operativos del desarrollo del comercio hacia las empresas; al tratar este punto tiene una concepción particular, y utiliza el término *Solución Alternativa de Controversias* (SAC): "SAC es un acrónimo nuevo pero ya muy

[1] STITT, Allan J., Alternative Dispute Resolution For Organizations, John Wiley and Sons Ltd., Canadá, 1998, p. 14.

[2] ÁLVAREZ, Gladys, HIHGTON Elena I., JASSAN Elías, Mediación y Justicia, Ediciones Depalma, Argentina, 1996, p. 33.

utilizado, que se entiende de formas diferentes en diversas partes del mundo. ..Se emplea (las siglas) SAC para abarcar todos los métodos, a excepción del litigio (a través de los juzgados y tribunales) y del arbitraje, de evitar y solucionar controversias con la ayuda de un tercero"[3]. Al respecto es necesario explicar que esta concepción deja fuera a la negociación y el arbitraje que están incluidos dentro la clasificación tradicional de los medios alternos de solución de controversias.

1.2. Antecedentes históricos

Muchos son los antecedentes históricos de estas técnicas en diversos pueblos como los chinos, los antiguos griegos, romanos e incluso nuestras culturas precolombinas.

En la antigua China se cuenta la historia de un emperador, que dio la orden de que en los tribunales fueran lugares sucios y en los cuales se tratara mal a los litigantes, con el objeto de desincentivar el litigio y estimular a que las partes trataran de solventar su disputa por medio de un acuerdo. Confucio mismo expresaba: "La resolución óptima de una desavenencia se logra a través de la persuasión moral y el acuerdo, no bajo la coacción".

En la Antigua Grecia eran los Temostetes los funcionarios encargados de procurar avenir a las partes para transigir sus diferencias. Existen incluso antecedentes de arbitrajes realizados en el año 421 A.C.

En Roma las Doce Tablas respetaban el acuerdo que hubiesen alcanzado las partes. El célebre orador romano Cicerón favorecía la conciliación fundamentando su posición en el aborrecimiento de los pleitos. Diciendo de la conciliación que era "un acto de liberalidad digno de elogio para quien lo realizaba".

Incluso en el Evangelio según San Mateo (5:25) se cita como un antecedente histórico, pues expresa: "Haz pronto la paz con tu adversario, mientras estás con él en el camino; no sea que te entregue al juez y el juez al guardia y seas encarcelado".

---

[3] IMHOOS Christoohe y VERBIST, Herman, *Arbitraje y Solución Alternativa de Controversias*, Centro de Comercio Internacional, Ginebra Suiza, 2001, p. 1.

En la Baja Edad Media cuando se resquebraja el sistema romano y "pierde la flexibilidad que había permitido su adecuación a la dinámica de la actividad comercial, son los mercaderes, los que a la vez que crean un nuevo Derecho especial, frente al civil común, promueven una justicia alternativa, frente a la ordinaria, y la encomiendan a la propia organización corporativa profesional, administrada por sus propios miembros y adaptada a las exigencias del tráfico".[4] Las Ordenanzas de Bilbao establecían que no se tramitara juicio antes de que los cónsules llamaran a los interesados y les propusieran la transacción.

Voltaire por su parte al comentar el uso de la mediación en Holanda expresó: "La mejor ley, el más excelente uso, el más útil que yo haya visto jamás, está en Holanda. Cuando dos hombres quieren pleitear el uno contra el otro, son obligados a ir ante el tribunal de los jueces conciliadores, llamados "Hacedores de paz".En América Latina algunos pueblos indígenas utilizaban (y algunos continúan usando) con éxito una serie de técnicas para resolver sus disputas que pueden citarse como antecedentes del tema en estudio.[5]

En el ámbito comercial el recordado Charles R. Nordberg comentaba que la resolución de disputas en América tuvo sus primeros antecedentes cuando los ministros de finanzas del continente en 1916, se reunieron y propusieron utilizar esta vía para resolver diferencias de esta naturaleza.

La propuesta se cristalizó cuando la Bolsa de Comercio de Buenos Aires y la Cámara de Comercio de Estados Unidos sometieron a arbitraje comercial las reclamaciones de las compañías argentinas y americanas mediante un acuerdo. Ante el éxito de este procedimiento se realizaron acuerdos semejantes

---

[4] OLIVENCIA Manuel, *Solución de Conflictos internacionales: Justicia o ADR*, Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC), Sevilla, 2003, p.p. 11,12.

[5] ÁLVAREZ, Gladys, HIHGTON Elena I., JASSAN Elías, *op. cit.*, pp. 45, 46 y 47.: "El círculo del rumor es una forma originaria de los indios Yekuana de Venezuela, cuyos aspectos principales se basan en la resolución de conflictos a nivel doméstico. El círculo de ancianos o los "viejos de idea" es una forma de solución de conflictos que se da en la comunidad indígena Aguarama, en Perú, por medio de una organización de ancianos (que se supone que son lo que saben resolver los conflictos . ..Las rondas campesinas constituyen una organización de indígenas del norte del Perú que funciona como autodefensa. Los miembros comparten identidad como ronderos, se reúnen frecuentemente, eligen a sus autoridades y resuelven conflictos en Asambleas eventuales.

...La asamblea dominical es la forma por medio de la cual el pueblo conoce los conflictos no graves. El día domingo se cita a las partes y cuando así lo posibilite el conflicto se da la reconciliación; en otros casos, cuando se trata de un acusado, normalmente es enjuiciado en público: su castigo consiste en la vergüenza ante el pueblo que lo observa".

entre la Cámara de Comercio de Washington D.C. y las Cámaras de Comercio de cinco países latinoamericanos.

El arbitraje comercial probó ser un instrumento idóneo y eficaz para resolver las disputas comerciales a nivel internacional. A raíz de ello la Séptima Conferencia Internacional Americana que se realizó en Montevideo, Uruguay en 1933 estableció en su resolución XLI aprobada el veintitrés de diciembre de ese año, lo siguiente:

"1. Recomendar a las respectivas Cámaras de Comercio que redacten una convención de Arbitraje Internacional, idéntica a la Convención de 1916 suscrita entre la Bolsa de Comercio de buenos Aires y la Cámara de Comercio de los Estado Unidos.

2. En vista de establecer unas relaciones más cercanas entre las Asociaciones de Comercio de las Américas, totalmente independiente de la esfera gubernamental se designe una Agencia Comercial Interamericana para que represente el interés comercial de todas las repúblicas y asuma, como una de sus más importante funciones, la responsabilidad de establecer el Sistema Interamericano de Arbitraje.".

A través del Consejo Ejecutivo de los Estados Americanos con la cooperación de la Asociación Americana de Arbitraje en el año de 1934 se creó la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial. Posteriormente en la Carta de la Comisión y en la Conferencia sobre información de Estados Americanos se establecieron sus reglas de procedimiento. Posteriormente en 1956 el Consejo Interamericano de Juristas en la ciudad de México propuso una legislación uniforme sobre arbitraje ante las deficiencias de las legislaciones nacionales.

En 1967 surgió el primer borrador de lo que posteriormente sería la Convención Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional. En 1975 la OEA convocó a la primera Reunión Interamericana Especializada en Derecho Internacional Privado, en la cual se aprobó la Convención de Panamá. [6]

---

[6] NORBERG, Charles, *Evolución del Arbitraje Internacional en El Hemisferio Occidental*, Organización de los Estados Americanos y Cámara de Comercio de Costa Rica, San José, 2000, pp. 2-4.

2. Ventajas y desventajas de los medios alternos de solución de controversias

2.1. Ventajas

Las ventajas que estos medios poseen en relación al litigio no deben limitarse simplemente a la agilidad y la confidencialidad (los procesos no son públicos y se reserva su conocimiento a las partes involucradas) que son las más conocidas y que precisamente la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje de El Salvador consagra en su artículo cuatro. Ya que hay otros beneficios que proporcionan los medios alternos de solución de controversias y que desarrollamos a continuación:

2.1.1. Establecimiento de una cultura social del diálogo y democratización de la justicia

Ventaja aplicable sobretodo a la mediación. Consiste en inculcar a la sociedad los beneficios de resolver sus conflictos a través de una vía pacífica y participativa sin hacer uso del recurso de la violencia. En 1996 una comisión nombrada por el Ministerio de Justicia de El Salvador se pronunciaba al respecto así: "Al decir de Remo F. Entelman, los abogados hemos sido educados en la creencia de que el sistema jurídico y sus instituciones judiciales constituyen el método pacífico de resolución de los conflictos que dentro de los límites del estado se producen entre los individuos; más a poco que se profundice en el estudio tanto de la Teoría General del Derecho como en la Teoría del Conflicto, aparece claro que el litigio es un método que recurre a la fuerza para la solución de los conflictos.

Es claro entonces que el uso efectivo de la fuerza o la amenaza de ella por el juez como método de resolución de un conflicto sin formas sinónimas, que se oponen a los realmente pacíficos que son la negociación, mediación y conciliación".[7]

[7] AMAYA, Carlos, RAMOS CONTRERAS, C., ZÚNIGA VELIS, R. y LANTAN, Harold, "Anteproyecto de Ley para la Resolución Alternativa de Disputas", Ministerio de Justicia, El Salvador, 1996, p. vi. "Claro está que la fuerza es sustraída de las manos de los particulares a quienes se les prohíbe su uso, salvo en casos de necesidad extrema como la legítima defensa, pero la fuerza es puesta en manos de órganos estatales, en una comunidad republicana, los órganos son los jueces, vale decir que en el proceso judicial, la garantía de efectividad la da el uso de la fuerza por parte del juez"

Al respecto es pertinente agregar que sobretodo en el caso de la mediación se permite la creación de alternativas de solución que responden a la fórmula *ganador- ganador* imposibles de obtener en un proceso judicial. Por tanto las personas al procurar la solución de las controversias por medios pacíficos aprenden la cultura del diálogo. Por su costo relativamente bajo la mediación contribuye con la denominada democratización de la justicia. Es decir, el acceso sobretodo de los sectores menos favorecidos (la pequeña y la mediana empresa PYME) a formas de solución de controversias económicas.

2.1.2. Agilidad

Se concretiza en que la partes pueden obtener una solución a su controversia en un plazo considerablemente menor a la duración de un proceso judicial. En el caso de la mediación, la duración de ésta dependerá de la clase y desenvolvimiento del conflicto (pero es generalmente corto incluso menor que el del arbitraje).

En lo que respecta al arbitraje el plazo para su trámite es el que las partes han fijado en el convenio arbitral o la ley en su defecto. Pero en todo caso es más breve que el tiempo de trámite de un litigio.

2.1.3. Costo – oportunidad.

Si bien es cierto tanto en el arbitraje como en la mediación se tienen que pagar los honorarios por las partes de estos profesionales y en caso de que sean institucionales además se debe pagar una tarifa administrativa al centro respectivo (Las tarifas varían dependiendo del centro escogido). Se debe tomar en cuenta el factor costo oportunidad puesto que la resolución del conflicto se obtiene en menor tiempo que el de un proceso judicial (que generalmente está sujeto al conocimiento de una primera instancia, segunda instancia y eventualmente la casación). Además hay un menor costo emocional para las partes puesto que la existencia de un litigio implica una patología emocional prolongada para ellas, por la incertidumbre de un resultado que se prorroga en el tiempo.

Danny Ertel y Roger Fisher con respecto a este punto expresan: "Aunque es difícil reunir datos experimentales sólidos sobre el ahorro de costos, parece que existe evidencia persuasiva, anecdótica e investigativa (a decir de los

autores en los Estados Unidos), que apoya la afirmación de que la RAD (*Resolución Alternativa de Disputas*) puede resolver disputas en una fracción del costo que tiene el litigio.

Algunas personas han comparado, por ejemplo, los gastos totales en resolución de disputas por parte de una empresa antes y después de la implementación de un programa ADR que sistemáticamente desvía algunos casos fuera del camino tradicional del litigio y los enrumba hacia algún proceso alternativo; los datos respaldan la opinión de que el ADR puede ahorrar dinero". [8] Es decir que a pesar de que la administración de justicia es gratuita por parte del órgano judicial, el litigio tiene costos económicos considerables y de tiempo.

2.1.4. Nuevas fuentes de ejercicio profesional

Para los abogados, ésta representa una nueva fuente para su ejercicio profesional que permite además de una diversificación en las áreas de trabajo, percibir más rápidamente los honorarios profesionales por su labor como verdaderos asesores profesionales de los interesados. En este punto nos parece preciso agregar que es necesario que los abogados se capaciten como negociadores y se cambie el paradigma que la mejor opción para solucionar una controversia es el litigio.

2.1.5. Desahogo judicial

Los métodos alternativos de solución de disputas ayudan a descongestionar de casos los tribunales ordinarios que en la mayoría de veces adolecen de mora judicial, puesto que si las partes recurren a estos métodos para solucionar sus controversias, éstas por lógica ya no son de conocimiento del sistema judicial.

Un país que desee fomentar el uso de los medios alternos de solución de controversias debe establecer buenas relaciones y lograr preferentemente el soporte del sistema tradicional de justicia y consecuentemente debe hacer

---

[8] ERTEL Dany, FISHER, Roger, *Alternativas Para la Solución de Disputas. Una Guía Práctica*, Editorial Granica, Argentina, 2001, p. 60: "Asimismo se han realizado estudios que comparan casos procesados por medio de un mecanismo "alternativo", como mediación o arbitraje, con casos similares que siguieron un curso más tradicional; los procedimientos alternativos resolvieron casos a un costo menor para las partes".

énfasis en que "ganamos todos"[9]. Ya que además de las ventajas expuestas para las partes y los profesionales dedicados a los medios alternos de solución de controversias, hay una proyección social en el uso de estos medios y los tribunales de justicia ordinarios además se ven beneficiados con el desahogo judicial.

2.2. Desventajas de los medios alternos de solución de controversias

2.2.1. Uso indebido y dilatorio

Una de las desventajas de la mediación y la conciliación es que se podrían utilizar por algunos litigantes como una forma de dilatar estos procedimientos que serían previos a un eventual proceso judicial o arbitral. Es decir que si una de las partes actúa de mala fe podría utilizar estos mecanismos con el objeto de retrasar el conocimiento del fondo del asunto.

Danny Ertel y Roger Fisher, por su parte, al comentar las desventajas potenciales de la resolución alternativa de disputas, centrando su punto de vista en problemas relacionados con costos, demoras, calidad de la resolución o vulnerabilidad del proceso en cuanto a manipulación o abuso, expresan lo siguiente:

"... existe la posibilidad de que algunos mecanismos ADR, no generen ahorros y sí mayor gasto de recursos que en el caso de no haberlos utilizado. Cuando se manejan mecanismo de ADR no obligatorios es importante tener en cuenta que no existe garantía de que el proceso resulte en una conciliación: Si ésta no se produce y las partes regresan a la corte, se habrá despilfarrado el tiempo y el dinero invertido en tal propósito"[10]

---

[9] VESCÓVI, Enrique, *Teoría General del Proceso*, Editorial Temis. Bogotá,, 1984, P..329: "Mauro Capeletti reseñaba así este movimiento que tiene amplia repercusión mundial: El fenómeno consiste en encontrar una mejor forma de justicia frente a los defectos que se atribuyen a la actual: alto costo, largos plazos y trámites complejos y dificultades de acceso, sobretodo para los pobres. Imposibilidad de dar otra solución, que la de declarar la razón de uno y la sinrazón de otro de los litigantes.
La causa es la incapacidad del juez y del procedimiento tradicional para resolver en especial los más importantes problemas actuales, producidos en nuestra sociedad, para los cuales no están preparados....

La solución propuesta es la justicia conciliatoria que tiende mediante un procedimiento sencillo y sin forma de juicio, a tratar no de decidir un conflicto, sino de buscar una solución que facilite la continuación de la vida comunitaria. Se procura según el profesor italiano, una "justicia coexistencial"...

[10] ERTEL Dany, FISHER, Roger, *op. cit*, p. 66.

Asimismo se alerta sobre el "otro lado de la moneda" en lo que respecta a la confidencialidad, que en general se considera una ventaja de los medios alternos de solución de controversias: "El otro extremo del beneficio de la confidencialidad de que hace gala la RAD consiste en que no se produce una revelación pública automática de los hechos y aspectos legales que respaldan la disputa, o de su resolución eventual. Para las partes que valoran la reivindicación pública y la diseminación de información sobre su demanda, las alternativas de resolución privada de disputas podrían no aparecer muy atractivas. Aunque los demandantes podrían insistir en algún grado de revelación, como gratificación personal o como un servicio a la sociedad (por ejemplo, en el caso de responsabilidad de producto o demanda comercial interna), se requeriría que ellos hicieran del tema de la revelación parte del proceso conciliatorio, en lugar de saber que esa revelación simplemente sería resultado del proceso de litigio". Es decir de que los medios alternos de solución de controversias a pesar de las ventajas anteriormente señaladas tampoco constituyen el remedio universal para toda clase de controversias.

2.2.2. Falta de poder coercitivo

Otra desventaja es la falta de *imperium*, de poder coercitivo del que carecen los mediadores y árbitros. Ésta es exclusiva del poder judicial por lo que en determinadas situaciones es necesario el auxilio del órgano judicial o bien de la plena cooperación de las partes para la práctica de determinadas medidas o pruebas (lo último en el caso del arbitraje).

2.2.3. Costos del arbitraje

Es pertinente establecer que en el caso del arbitraje, éste puede volverse oneroso para las partes (sobretodo el arbitraje institucional en el cual además de cancelar los honorarios de los árbitros, debe pagarse una tasa administrativa a la entidad que brinda el servicio) y en caso que una parte desee iniciar un arbitraje y no cuente con los fondos necesarios para costearlo esta situación obstaculizaría su acceso a una solución de la controversia.

2.2.4. Falta de conocimiento del sistema

Sin embargo la gran desventaja de los medios alternos de solución de controversias sobretodo, en los países latinoamericanos es el recelo de

abogados por recurrir a un sistema que les parece nuevo y para el cual no han sido preparados en las facultades de Derecho.

En el caso específico de El Salvador: la mediación difícilmente es estudiada en los programas de la carrera de ciencias jurídicas y el arbitraje generalmente se enseña en dos o tres clases de la asignatura de Derecho Procesal Civil a pesar de que existe una ley que los regula (Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje) y que son medios de solución de controversias utilizados en el comercio mundial regulados por sus respectivos instrumentos normativos internacionales.

Lo anterior dificulta el funcionamiento de este sistema pues requiere de un cambio de mentalidad de los profesionales del Derecho (quienes deben entre otras destrezas aprender a negociar) y en el caso del arbitraje a acostumbrarse a un sistema donde impera la oralidad, la eliminación de tácticas dilatorias de los litigantes, la carencia de medios de impugnación del laudo y en el ámbito del arbitraje internacional conlleva incluso a la práctica del descubrimiento de la prueba y la exhibición de documentos.

3. Clases de medios alternos de solución de controversias

Las técnicas más conocidas son la mediación y el arbitraje pero existen más medios alternos de solución de controversias que, se usan con éxito en otras latitudes. Estos procedimientos abarcan desde la negociación, la mediación y el arbitraje hasta una serie de mezclas entre estas técnicas como por ejemplo *med- arb* (que es un híbrido de la mediación y el arbitraje). Incluyen desde procedimientos en los cuales el control de la decisión está en poder de las partes (como la negociación y la mediación) hasta aquéllos en los cuales el poder de decisión reside en manos de un tercero facultado por las partes (el arbitraje).

Dentro de las clases de medios alternos de solución de controversias, encontramos las siguientes figuras:

3.1. La negociación

Es el medio de solución de controversias en virtud del cual las partes tratan de dirimir una disputa existente entre ambas sin la intervención de un tercero por

medio de un acuerdo que es producto de sus voluntades[11]. Precisamente la no intervención de un tercero que actúa como catalizador del acuerdo diferencia la negociación de la mediación y conciliación. Es el medio más eficiente según algunos tratadistas para resolver controversias puesto que es el menos costoso.[12]

Sttit, la concibe así: "La negociación es la comunicación entre individuos con el propósito de arribar a una solución mutuamente aceptada que es mejor para ambos individuos que su no resolución. En la negociación los disputantes por si mismos intentan resolver la disputa"[13]. El autor hace énfasis en la libre disposición de las partes y en el control que éstas tienen del resultado de la negociación.

Es pertinente agregar que para una eficaz negociación es necesario tener preparada una agenda desde un inicio por parte del negociador. Asimismo es importante tener claro lo que se denomina por los expertos como la «mejor alternativa a un acuerdo negociado» (MAAN). Con este término se trata de identificar a las opciones que se tienen disponibles, en caso de que el logro de un acuerdo mutuamente aceptable fracase. Ejemplo: Si la negociación establecida para resolver una disputa sobre el incumplimiento de un contrato no llega a un acuerdo la mejora alternativa a un acuerdo negociado podría ser un eventual arbitraje.

---

[11] TOUZARD, Hubert, *La Mediación y La Solución de Conflictos*, Editorial Herder, Barcelona, 1981, p.80: "La negociación es un procedimiento de discusión que se establece entre las partes adversas por medio de representantes oficiales (o las partes sustantivas, en su caso) y cuyo objetivo es el de llegar a un acuerdo aceptable por todos. La negociación se inserta a menudo en un marco más o menos codificado y normativo, por ejemplo, la legislación internacional y la legislación de trabajo. Este cuadro jurídico fija -de manera o menos precisa, según sea la situación del conflicto y del país- las condiciones en que han de emprenderse y desarrollarse las discusiones...Los procesos esenciales de la negociación no difieren fundamentalmente porque haya o no un negociador sentado a la mesa de deliberaciones. Con o sin mediador son las partes enfrentadas las que negocian. La única novedad consiste en que hay una tercera parte neutral, implicada en la situación (en este último caso cuando interviene un tercero neutral, se trata de una mediación)." [11]

[12] LOVENHEIM, Peter, GUERIN, Lisa, *Mediate Don't Litigate*, NOLO, Berkley, California, Estados Unidos, 2004, p. 20: "Cuando es exitosa, la negociación es la forma más eficiente de resolver una disputa porque no hay costo o retraso asociado con la intervención de una tercera parte. Pero si las partes tienen problemas tratando una con otra, la negociación puede que no funciones a menos que ellas contraten agentes, abogados u otra clase de representantes para negociar por ellas"

[13] STITT, Allan J. , *op. cit.*, p. 16.

3.2. La mediación

Es un medio de solución de controversias en virtud del cual un tercero imparcial actúa como facilitador de acuerdos entre las partes que tienen una disputa. La participación del mediador en esta especie de negociación es fundamental. La práctica ha demostrado que la intervención de un tercero que goce o logre ganarse la confianza de las partes puede ser el factor desencadenante de un acuerdo ante una negociación que incluso parece estar estancada. Lo que es importante destacar es que en la mediación (que es una negociación especializada) se recurre a la negociación basada en intereses y no a la aplicación del derecho con el objeto de poder llegar a un acuerdo.

3.3. La conciliación

Si bien es cierto en algunos países esta figura tiene diferencias con la mediación (a veces mínimas), las técnicas utilizadas en ambas son las mismas en la práctica y la discusión a veces parece bizantina. En el Salvador por ejemplo la distinción entre ambas es de carácter subjetivo. Es decir en relación con el sujeto que la realiza: en el caso de la mediación el tercero que participa como catalizador de acuerdos es un particular que carece de poder de decisión, en cambio la conciliación es practicada por un juez o un árbitro.

En Estados Unidos por ejemplo se necesita la comparecencia personal de las partes o sus representantes frente al mediador. Si el tercero negocia el acuerdo sin necesidad de esta intermediación personal sino que a través de una vía como la telefónica, estaremos en presencia de la conciliación.[14]

En Francia, el mediador puede sugerir alternativas de arreglo en cambio el conciliador no. La concepción es distinta en algunos países de Sudamérica en los cuales está facultad funciona a la inversa; es decir el mediador no puede proponer alternativas de solución, el conciliador sí.

---

[14] AMERICAN BAR ASSOCIATION, ADR SECTION, *Alternative Dispute Resolution An ADR Primer for Judges*, ABA,, Washington D.C..1989, p.5.:" La mediación usualmente involucra reuniones de las partes con un tercero neutral. Las ofertas y resoluciones son presentadas por cada parte sin presentación de testigos o evidencia. La conciliación, a menudo se realiza por teléfono o comunicación por cartas, puede ser usada en casos menos complicados, aunque el contacto personal individual algunas veces ocurre".

3.4. El arbitraje

Es un proceso en virtud del cual un tercero(s), dirime una controversia dictando una resolución final que en general es de carácter vinculante. Esta resolución podría fundamentarse en el derecho, en la noción de justicia y equidad del árbitro o en los conocimientos de una ciencia, arte u oficio de éste dependiendo de la clase de arbitraje.

3.5. Mediación- arbitraje(Med- arb) y co-med- arb

Principalmente en Estados Unidos se ha utilizado este procedimiento que es una mezcla de mediación y arbitraje para resolver controversias. Mediante esta técnica un tercero que inicialmente actúa como mediador para avenir a las partes, en caso de que éstas no lleguen a un arreglo brinda una resolución que será vinculante para ambas.

La técnica del Med-arb, tiene sus propulsores y detractores a la vez. Por un lado tenemos la posición de quienes expresan que si es decisión de las partes que el tercero que ha actuado como mediador dirima la controversia al final, simplemente se está cumpliendo el principio de autonomía de la voluntad. Además de que este tercero goza de la confianza de las partes y son ellas quienes precisamente por esta situación le han facultado para que emita una resolución obligatoria en caso de no llegar a un acuerdo.

Por otra parte se afirma por sus detractores que esta figura desnaturaliza ambas instituciones, puesto que existe un giro o cambio del tercero que participa en el conflicto: de facilitador de un acuerdo entre las partes a juzgador del problema.

Además existe la figura híbrida del Co- Med- Arb que consiste en que las partes escogen desde un inicio dos terceros neutrales: uno actúa como mediador y el otro como árbitro y ambos trabajan de forma conjunta y cercana.

El tercero que actúa como mediador, trata de avenir a las partes para que éstas logren un acuerdo. En caso de que éste no se logre, se pasa a la siguiente fase donde quien actúa como árbitro resuelve la cuestión mediante

un laudo e incluso antes de dictarlo las partes pueden decidir intentar de nuevo la mediación.[15]

Pese a cualquier crítica, nuestro punto de vista es que son las partes las que mejor conocen su conflicto y debe ser su plena voluntad la que decida cual es la mejor manera de resolverlo conforme a la naturaleza y características de la disputa. Lo importante es lograr la solución del problema (dentro del marco del respeto de los derechos fundamentales) aprovechando la flexibilidad de esta técnica. Es decir que favorecemos el funcionamiento de este tipo de medios, si con ello se logra la solución a una controversia garantizando el respeto de los derechos fundamentales de las partes.

3.6. Mini juicio (Mini trial)

Es un medio muy utilizado en Norte América sobretodo en el ámbito corporativo. Conforme a esta técnica cuando las partes involucradas tienen una relación (sobretodo continua y hay interés de las partes en preservarla) y surge entre ellas una controversia pueden decidir recurrir a un mini juicio privado. Se utiliza para resolver controversias complejas, en las cuales incluso hay muchos aspectos técnicos relacionados, disputas sobre patentes, casos de competencia desleal (*antitrust)*, construcción, para establecer algunos ejemplos.

Este método consiste en que las partes o sus abogados presentan sus argumentos respecto a la controversia ante un grupo conformado por representantes de alto nivel de las compañías en conflicto (uno por cada parte) quienes deben de estar suficientemente facultados para negociar un acuerdo (de lo contrario el procedimiento sería estéril) y un tercero neutral respetado. Este último es generalmente un abogado con experiencia en

[15] COOLEY, John W., LUBET, Steven, *Arbitration Advocacy*, National Institution for Trial Advocacy, Indiana, 1997, pp. 3, 220- 222: "Aunque el proceso de Co- Med- Arb es generalmente más caro que la mediación o el arbitraje puros, el uso de este proceso ha probado ser un inversión muy sabia. En disputas altamente complejas, el valor y los beneficios colaterales del co- med- arb sobrepasa con creces su costo. En razón de la continua disponibilidad de la mediación, hay una oportunidad de alcanzar un acuerdo de manera temprana en el co- med- arb, en cualquier etapa del proceso. Mucho más, el proceso puede evitar dañar la relación de carácter continuo que su cliente necesita mantener con una o más de las partes. En suma, escoger dos terceros neutrales para que actúen en el proceso de co- med- arb puede permitir extraer lo mejor de ambas figuras de la mediación y el arbitraje mientras minimiza las desventajas asociadas con el uso de una u otra o con el uso de su amalgama el med- arb"

ámbito de resolución de controversias. Los representantes de las compañías pueden ser asistidos por asesores técnicos de sus representadas en casos sumamente complejos.

Los representantes y el neutral escuchan un sumario (resumen) del caso y al terminar esta audiencia entonces privadamente sin presencia de los abogados de las compañías, discuten posibles opciones de arreglo. El tercero neutral puede ser consultado para algún consejo o aclaración pero no juega un rol activo. Si los representantes de las partes no se ponen de acuerdo el neutral puede proveer una opinión de consejo acerca del posible resultado en la corte (tribunales).

3.7. Mini juicio sumario (Summary jury trial)

Esta técnica fue creada en 1980 por el Juez Federal estadounidense Thomas D. Lambros y es un proceso no vinculante de corta duración. En él los abogados de las partes presentan sus argumentos y su evidencia de forma narrativa y sucinta ante un jurado compuesto usualmente por seis personas (en lugar de diez o doce como lo sería un proceso común en Estados Unidos) las cuales son debidamente juramentadas en sus cargos.

El Juez generalmente requiere que las partes sustantivas acompañen a sus procuradores en el desarrollo del procedimiento, a efecto de que éstas puedan conocer como un jurado reaccionaría a sus respectivos argumentos y porque este método es una oportunidad para que al final el caso pueda resolverse por acuerdo entre las partes.

Para la presentación de sus respectivos argumentos cada abogado tiene un tiempo limitado: generalmente quince minutos para su declaración inicial, una hora para sus argumentos principales y media hora para sus respectivas refutaciones (y una oportunidad de tomar parte del tiempo asignado en reserva para sus alegatos de cierre a opción de la parte).[16]

No obstante que al final el resultado es no vinculante, los abogados son cuidadosos de no perder el caso, puesto que esto afecta ostensiblemente su poder negociación posteriormente. Después de que el jurado brinda su

[16] COOLEY, John W., LUBET, Steven, *op. cit.*, p.p. 222 y 223.

veredicto los miembros del jurado son interrogados por el juez y los abogados de las partes con el objeto instructivo de conocer las razones específicas que han motivado la evaluación del caso por parte de ellos.

Después de este interrogatorio, tiene lugar la conferencia de acuerdo respectiva (*"Post- summary trial settlement conferencing"*), la cual puede durar varias semanas de ser necesario y en la cual se trata de llegar a un acuerdo por las partes. En caso de que no se alcanzare se tendría que dirimir la controversia a través del proceso judicial respectivo.

La diferencia con el arbitraje radica en que el tercero neutral brinda una opinión que sirve a las partes para conocer los posibles resultados de un eventual juicio; no es una resolución de carácter vinculante (laudo) como la que se emite en el arbitraje.

3.8. Decisión de hechos (Fact finding)

Este método es utilizado principalmente en Estados Unidos y mediante esta práctica las partes o bien un tribunal nombran un experto (denominado "*Fact finder*") o grupo de éstos en la materia sobre la que versa la disputa, para que se investigue los reclamos de una parte, sobretodo en asuntos sensibles que necesitan tratarse confidencialmente y se presente al final, un reporte con sus conclusiones al respecto.

Los expertos deben de tener acceso a información relevante, testigos, y documentación relevante referente a la controversia, así como también pueden realizar entrevistas con a las partes.

El reporte final establece lo que los expertos creen que sucedió con respecto al hecho controvertido e identifican los asuntos sobre los cuales no pueden sacarse conclusiones. No contiene ningún tipo de fallo legal y salvo que las partes así lo hayan acordado, contiene recomendaciones al respecto.

Este informe es entregado al tribunal y a las partes. Luego de lo cual el juzgado otorga un tiempo razonable a las partes para que éstas traten de resolver la controversia por su cuenta antes de proseguir con otra posible etapa posterior como lo podría ser: la mediación, el arbitraje o el proceso judicial respectivo. Esta técnica es utilizada con éxito para tratar diversos tipos de controversias:

desde las surgidas en el ámbito de la industria de la construcción hasta disputas referentes a acoso sexual.

3.9. Evaluación temprana neutral (*Early neutral evaluation)*

Este procedimiento comenzó a practicarse en 1985 como una especie de experimento judicial por la Corte de Distrito de los Estados Unidos para Distrito del Norte de California. Primeramente se nombró un comité para estudiar sobre la reducción de costos de litigios para el usuario. Producto de esa evaluación, el referido comité ideó como respuesta a esos problemas el método de Evaluación temprana por un neutral (*Early neutral evaluation).*

En virtud de este procedimiento, si las partes que tienen un conflicto no están de acuerdo en cual de ellas resultaría victoriosa en un eventual arbitraje o litigio, ellos pueden emplear los servicios de tercero neutral (de allí el nombre de la figura), quien carece de poder de decisión y generalmente es un abogado respetado, en el ejercicio de su profesión.

Cada parte presenta sus argumentos en un período breve ante el evaluador quien al final provee una evaluación a cada parte sobre las debilidades y fortalezas de su caso y una opinión sobre el probable resultado de la disputa si las partes entablaran un proceso judicial o arbitral.

El evaluador puede incluso estudiar alternativas de arreglo con las partes, separando la información que es necesaria para el logro de un acuerdo y la que no lo es.[17] Se distingue del arbitraje en que su resolución no tiene el carácter de un laudo. De la mediación porque sus facultades son distintas a las del mediador.

3.10. Jurados simulados (Simulated juries)

Aunque algunos abogados en Estados Unidos critican esta técnica por su costo otros, la apoyan porque podría conducir a que una parte considere re-

[17] COOLEY, John W., LUBET, Steven, *op.* cit, p. 230: "Cuando la "*Early Neutral Evaluation*" funciona como se pretende, ayuda a las partes a disminuir los costos de su litigio, mejorando la comunicación antes de un juicio con sus oponentes, y analizar su caso de manera fáctica mientras consideran la participación de un abogado altamente respetado en la materia (el tercero neutral). Las partes también se evitan el descubrimiento innecesario de la prueba ("*Discovery*") y normalmente incrementan sus oportunidades de arreglo previo"

solver su controversia por medio de un acuerdo y recurrir a un juicio que podría resultar aún más caro. Conforme a este método una parte puede decidir realizar una especie de simulación de su caso ante un jurado con el objeto de poder determinar sus fortalezas y debilidades y observar la reacción de un jurado ante el planteamiento de su caso. Por ello algunos la califican de una especie de «ensayo general» en el cual una parte posee el control absoluto del proceso.

Este método permite al abogado y a su cliente determinar conforme a esta perspectiva simulada si es más conveniente resolver la controversia por la vía del litigio o la de un arreglo.

3.11. Juicio privado (Private judging)

En casi la mitad de los Estados de los Estados Unidos la ley permite el uso de esta técnica para casos que no sean penales. Mediante este método las partes pueden presentar su caso generalmente ante un juez retirado, el cual ambas escogen y pagan conjuntamente sus honorarios (*"Rent a Judge" Procedure)*, para que decida el caso.

En otros Estados un juez real es el que nombra a este juez privado (algunos le denominan "referee"), el cual resuelve el caso como lo haría un verdadero juez.[18]

3.12. Administradores especiales (Special masters)

La figura del administrador especial (special master) fue creada en Estados Unidos por medio de la Regla Federal de Procedimiento Civil 53. Se trata de una especie de adjunto judicial generalmente un abogado experto en litigios y en negociación (se suele nombrar a magistrados o jueces retirados para desempeñar esta función), quien ayuda al Juez en la administración del sumario de causas y en la facilitación de acuerdos.

Su función puede no imitarse a tratar de avenir a las partes al logro de un acuerdo, pueden incluso escoger la incorporación de otras formas de resolución de controversias como mediación, arbitraje, evaluación temprana neutral (*early neutral evaluation)* o mini juicios.

---

[18] LOVENHEIM, Peter, *op. cit.*, p.21.

El administrador especial (*special master)* ayuda a las partes a resolver su disputa mediante el logro de un acuerdo o al menos a identificarla, eliminando aquellos aspectos en los cuales existe acuerdo esencial entre las partes.[19]

3.13. Paneles de expertos (Expert panels)

En Estados Unidos un tribunal puede nombrar un panel de expertos no sólo para que el auxilie en caso de que sea necesario evaluar y estudiar una prueba para la cual se necesitan conocimientos técnicos especializados, sino también se pueden nombrar paneles de expertos para facilitar acuerdos entre las partes.

Incluso se pueden nombrar paneles de expertos para administrar y controlar el descubrimiento de la prueba (*discovery)*, en casos en los cuales el juez no está calificado para hacerlo. Entre estos casos se encuentran litigios sobre la industria del tabaco, responsabilidad de productos farmacéuticos. En controversias como éstas los expertos pueden identificar los aspectos esenciales de la disputa, eliminando los superfluos y guiar a las partes a la negociación de un acuerdo. Los expertos en suma, conducen su investigación, llegan a sus propias conclusiones y entregan un reporte que será usado por las partes con el objeto de facilitar un acuerdo.

Para un mejor funcionamiento del procedimiento se recomienda que el juez que nombra a los miembros del panel, no sea el mismo que está conociendo del fondo del asunto. Los expertos imparciales son nombrados de una corta lista de las partes de diez o veinte profesionales.[20]

---

[19] COOLEY, John W., LUBET, Steven, *op.cit.*, p.p. 228, 229: «Un juez puede nombrar un *special master* solamente para que desarrolle un plan de manejo de un caso para el logro de un acuerdo...El juez puede establecer una fecha límite para la cual el *special master* debe presentar un plan que incluirá la programación del *discovery* limitado y un calendario de exhibición, ambos sólo en lo que sea necesario para los propósitos del acuerdo. El *special master* trabaja con las partes para ayudarles en el logro del acuerdo"

[20] COOLEY, John W., *op. cit.*, p. p. 230, 231: "El proceso de recolectar información por parte de los expertos puede tomar unos cuantos meses, pero cuando se considera a la luz de que los litigios tiene una duración potencial de cinco o siete años, la inversión de unos pocos mese de esfuerzo dirigido hacia el logro de un acuerdo mutuamente aceptable vale la pena. Sobre las bases de este reporte, las partes pueden iniciar reuniones de negociación facilitadas por los expertos. Para el tiempo en el cual se inicien estas reuniones de negociación, el panel de expertos deben de tener listo su evolución de de lo que cada parte necesita para alcanzar un acuerdo mutuamente satisfactorio. El tribunal por su parte, sin conducir la reuniones de negociación, puede usar la información brindada por el panel y sus conclusiones para formular su propia propuesta de acuerdo"

3.14. Prevención de conflictos

Mediante esta técnica se trata de prevenir los conflictos en una organización y se establece un sistema mediante el cual ésta provee a su personal de capacitación para prevenir disputas.

Este sistema se utiliza a nivel de organizaciones como una empresa a efecto de poder evitar conflictos en su seno. En países como Estados Unidos y Canadá hay incluso empresas que poseen unidades especialidades para el tratamiento y prevención de conflictos o bien delegan en el Departamento de Recursos Humanos debidamente capacitado la realización de estas tareas.[21]

3.15. Asociación *(Partnering)*

Esta es una forma de prevenir conflictos, asociado principalmente con la industria de la construcción. Conforme a este método antes de que un proyecto de construcción inicie: el contratante el contratista, los subcontratistas, los supervisores y todos los que se involucran en un proceso de construcción deciden como sus disputas serán resueltas si éstas surgen durante el desarrollo del contrato. Las partes acuerdan que la construcción del proyecto no se detendrá durante la resolución de la controversia.

Este es un método que claramente cambia los paradigmas de cómo abordar los conflictos y que ilustra la necesidad del cambio de la cultura del litigio. Mediante la autonomía de la voluntad las partes mismas acuerdan previamente no suspender las labores de construcción mientras dure el procedimiento de solución del conflicto.

El Centro de Comercio internacional al comentar esta figura expresa: "La asociación es una forma de realizar negocios que hace hincapié en la

---

[21] URY William L., BRETT Jeanne M., GOLDBERG, Stephen B., *Como Resolver las Disputas*. Rubinzal Culzoni Editores. Argentina. 1995, p. 111.:"El capítulo 5 cuenta nuestro diagnóstico de las huelgas no decididas por le sindicato que plagaban a la industria del carbón en la década del 70. El capítulo 6 analiza nuestra intervención en la mina de Caney Creek que sufría de repetidas huelgas donde actuamos por primera vez como diseñadores de sistemas: realizando un diagnóstico de resolución de disputas, diseñando un sistema menos costoso y ayudando a las partes a implementar los cambios acordados. En el capítulo 7 volvemos al nivel de la industria, describiendo nuestros esfuerzos por mediar reivindicaciones en la industria del carbón y en otros lugares por vías del diseño e implementación de un procedimiento basado en intereses."

importancia de la confianza, el trabajo en equipo y la cooperación entre las diversas partes participantes en un contrato. Por lo general se le considera u medio de evitar controversias más que un método de solución alternativa de controversias".[22]

Con respecto a este última parte del comentario debemos advertir que si bien es cierto en la práctica, la asociación previene conflictos más que resolverlos; una buena parte de la doctrina lo incluye como una especie de Resolución alternativa de disputas (RAD)[23].

La asociación o (*partnering*) no debe confundirse con la cláusula arbitral que es la que establece el marco dentro del cual se desarrollará un arbitraje para dirimir las controversias entre las partes.

En síntesis, se puede concluir que existe una amplia gama de procedimientos englobados en la resolución alternativa de disputas que no se limita a los que más conocemos como la mediación, conciliación y arbitraje.

4. La regulación de los medios alternos de solución de controversias en El Salvador y en el Derecho comparado

Los principales cambios surgidos en la legislación salvadoreña a raíz de la promulgación de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje, y la regulación de los medios alternos de solución de controversias en el marco del Derecho comparado (principalmente de América) pueden describirse así:

4.1. El Salvador

En El Salvador no fue sino hasta la promulgación de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje (Decreto número 914) aprobada por la Asamblea Legislativa el once de julio de dos mil dos que se contó con una legislación

---

[22] IMHOOS Christophe y VERBIST, Herman, *op. cit.*, p.53.: "La asociación se suele utilizar en proyectos de construcción como instrumento de gestión.
El concepto consiste en establecer una relación de trabajo entre las partes a través de una estrategia formal de compromiso y comunicación desarrollada de mutuo acuerdo en la que el grado de confianza y trabajo en equipo sea tal que impida controversias, cree un espíritu de cooperación y facilite la conclusión satisfactoria del proyecto.

[23] STITT, Allan J., *op. cit,*, p.17.

moderna respecto a la materia y que derogó las disposiciones arcaicas sobre el arbitraje contenidas en el Código de Procedimientos Civiles aún vigente.

La Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje tiene como fundamento constitucional el artículo 23 de nuestra Carta Magna (Dicha disposición está contenida incluso en los considerandos de la ley) que reza: "Ninguna persona que tenga la libre administración de sus bienes puede ser privada del derecho de terminar sus asuntos civiles o comerciales por transacción o arbitramento". La transacción está considerada en la legislación salvadoreña como un contrato y como una forma de extinguir las obligaciones y es la naturaleza jurídica del acuerdo de mediación. El término "arbitramento" por su parte, es sinónimo de arbitraje.

Como dato ilustrativo de lo primitivo de nuestra regulación anterior es pertinente mencionar que nuestro actual Código de Procedimientos Civiles (cuyas disposiciones referentes al arbitraje fueron derogadas) está fundamentado en la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1855 y también su reforma de 1881[24] y al igual que la regulación del arbitraje que brindaba la Ley de Procedimientos Mercantiles no era congruente con los conceptos modernos de la institución y con los preceptos consagrados en la Ley Modelo de CNUDMI y las Convenciones de Nueva York y Panamá.

En lo referente a la figura de la conciliación realizada ante los jueces de paz regulada en el referido Código se establece que las partes se hagan acompañar de dos "hombres buenos", que les ayuden a llegar a un acuerdo. Lastimosamente como para realizar dicha función es necesario estar

[24] GELSI BIDART, A.; TORELLO, L.; VESCÓVI, E.; URIARTE Gonzalo, *Exposición de Motivos del Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay. Ley 15.982*, Fundación Cultura Universitaria. Montevideo, Uruguay. 1995, pp. 16 y 17.:"El régimen procesal español provenía del sistema del proceso común (romano canónico) con sus tradicionales características de escrituralidad y consecuente lentitud, además de ser burocrático y secreto.
Los autores españoles (y sirva de ejemplo Alcalá Zamora) enseñan y los latinoamericanos lo repiten que la ley de enjuiciamiento Civil de 1855 y también su reforma de 1881, proviene de aquel viejo sistema medieval y que el proyecto que modernizaba ese régimen y que ponía a España a la altura del más moderno sistema francés y sus seguidores, fue rechazado por el conservadurismo de los jueces, y principalmente el de los abogados. Se trataba del nuevo proyecto del Código de Procedimiento proyectado por el Marqués de Gerona que introducía el proceso de tipo oral (por audiencias) y que se dejó de lado, aprobándose, en su lugar la ya mencionada Ley de Enjuiciamiento de 1855...Las principales críticas de este sistema radican en la lentitud del proceso, su burocratismo, la facilitación de las dilaciones (chicanas) y la inaccesibilidad a la justicia por parte de las clases populares".

capacitado en técnicas de negociación y reunir el perfil para desempeñarse como tal. Debido a esta deficiencia la conciliación en El Salvador funcionó con pobres resultados. A ello hay que agregar la poca disponibilidad y preparación del gremio de abogados en la materia que ha incidido en su desarrollo.

En síntesis podemos establecer que en El Salvador, las principales innovaciones de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje son las siguientes:

a. Se introduce la figura de la mediación como un mecanismo pacífico y participativo de resolución de conflictos comerciales. Estableciendo los parámetros necesarios para su eficaz funcionamiento, destacando aspectos de carácter ético como los son: El estricto deber de confidencialidad al extremo que los papeles de trabajo del mediador no pueden hacer fe en juicio y carecen de valor probatorio Asimismo se recalca la confidencialidad de las declaraciones de las partes en las audiencias de mediación (artículo 12 de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje).

b. Asimismo establece una prohibición con fundamento ético: la ley prohíbe a todos aquellos que hayan intervenido en el procedimiento de mediación (excepto los abogados apoderados de las partes) y en especial al mediador que puedan actuar en el proceso judicial que eventualmente pudiera entablarse si en la mediación no hubiese acuerdo o éste fuera parcial, estableciendo la pena de nulidad de los actos en que intervengan. El fundamento de esta prohibición es de carácter ético puesto que el mediador por su propia función y naturaleza recibe información importante (y muchas veces de carácter secreto) de las partes debido a la confianza que tienen en él. Si por alguna circunstancia se diera un proceso judicial posterior, sería contrario a la ética que el mediador fungiera como abogado procurador de una de las partes aprovechando la información que de buena fe se le ha revelado, traicionando de esa manera la confianza inherente a su cargo (artículo 17 de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje).

c. Se consagra la fuerza ejecutiva del acuerdo logrado en mediación lo cual viene a solucionar el problema de la desconfianza entre las partes de someterse un procedimiento en el cual de llegarse a un acuerdo final, éste quedaría como una mera declaración de buena voluntad en caso de incumplimiento de una de las partes. El artículo 13 de la Ley de Mediación,

Conciliación y Arbitraje establece que el acta que extienda el Centro de Mediación del acuerdo parcial o total de la disputa tiene fuerza ejecutiva.

d. Se establecen la mediación y el arbitraje institucional permitiendo para tal efecto el funcionamiento de centros que presten estos servicios. Éstos están sujetos a la autorización y supervisión del Ministerio de Gobernación y deben de cumplir los requisitos establecidos por la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje y su reglamento.

El funcionamiento de estos centros que supervisan y administran los servicios de mediación y arbitraje es realmente novedoso en El Salvador, ya que anteriormente solo se permitía el funcionamiento del arbitraje *ad hoc*.

e. La supresión de procedimientos judiciales para la constitución de un tribunal arbitral. Ésta es una de las innovaciones más beneficiosas para el funcionamiento del arbitraje. Con la anterior normativa cada vez que una de las partes necesitaba recurrir a arbitraje era necesario iniciar las respectivas diligencias ante un tribunal judicial para el nombramiento de los árbitros y la juramentación por parte del juez. Si la otra parte se oponía, se entablaba un verdadero juicio sumario sujeto a los pertinentes medios de impugnación, con lo cual la instalación del tribunal arbitral quedaba sujeto a un procedimiento generalmente engorroso y que no contribuía a la agilidad de la figura.

f. La sencillez e incluso falta de formalidades en la constitución del convenio arbitral. Éste puede adoptar, según el artículo 29 de Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje (en sintonía con Ley modelo de CNUDMI) la forma de un contrato o de un acuerdo independiente, pero dicho artículo también establece:

"Se entenderá que el convenio se ha formalizado por escrito no solamente cuando esté contenido en documento único suscrito por las partes, sino también cuando resulte del intercambio de cartas o de cualquier otro medio de comunicación o correspondencia que inequívocamente deje constancia documental de las partes de someterse a arbitraje".

g. El establecimiento de la sana crítica como sistema de valoración de la

prueba para el tribunal arbitral en el artículo 55 de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje, el cual establece: "Los árbitros tendrán la facultad exclusiva de determinar la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas". Constituye un cambio beneficioso ya que en el Código de Procedimientos Civiles de El Salvador aún impera el sistema de la prueba tasada para la valoración de la prueba.

h. La inclusión del arbitraje técnico (artículo 5 de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje).

i. Predominio de la simplicidad en las notificaciones del proceso arbitral, pudiendo efectuarse éstas incluso a través de medios modernos (ejemplo: telefax), siempre y cuando quede constancia de haber sido recibida por el destinatario (artículo 27 de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje).

f. Consagración del auxilio judicial al tribunal arbitral: podría necesitarse para la práctica de una prueba o la ejecución de una medida precautoria.

g. Inclusión en el artículo 30 de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje, del principio arbitral moderno "*Kompetenz- Kompetenz*", es decir, la autonomía del convenio arbitral y la facultad del tribunal arbitral de examinar su propia competencia.

h. Consagración del precepto que los árbitros deben cumplir su función con imparcialidad y no representan los intereses de ninguna de las partes (artículo 33 de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje).

i. La regulación del número del número de árbitros que componen el tribunal, el cual deberá será siempre impar: uno o tres (artículo 34 de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje).

j. El plazo del arbitraje: la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje en su artículo 49 ha establecido que la duración del trámite arbitral no debe ser mayor a tres meses contados a partir de la fecha en el último árbitro manifestó su aceptación del cargo por escrito a las partes, salvo pacto en contrario de éstas. Éste es un lapso suficiente para la tramitación del proceso arbitral, el cual sólo puede suspenderse por acuerdo de las partes, en caso de muerte, renuncia, incapacidad definitiva, incapacidad tempo-

ral mayor de quince días o separación de un árbitro, hasta que sea reemplazado por otro que haya aceptado el cargo (artículo 50 de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje).

k. El artículo 45 de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje permite la libertad de procedimientos al cual las partes deciden sujetarse; permitiendo incluso el arbitraje conocido en la doctrina como "irritual", es decir aquél en el cual las partes delegan en los árbitros para que señalen el procedimiento a seguir. [25]

l. La supresión de medios de impugnación del laudo arbitral. Éste no está sujeto a apelación o casación "*per saltum*". El único recurso que existe es la nulidad, el cual no constituye una segunda instancia del proceso y sólo procede por las causales taxativamente establecidas en el artículo 68 de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje. Con ello se evitan las maniobras de retardo de los litigantes, encaminadas a alargar el proceso y dilatar la ejecución del laudo. Con la normativa anterior el tiempo breve en el cual se pudiera haber resuelto un arbitraje era una "victoria pírrica", puesto que el laudo obtenido estaba sujeto a recursos que retardaban las resultas del proceso arbitral.

4.2. Argentina

El Ministerio de Justicia de la Nación en 1992 inició las gestiones para crear el Centro de Mediación, la Escuela de Mediadores, el plan piloto con la justicia civil y programas relacionados con la materia en diversas provincias del país. Asimismo se creó una comisión que impulsaría y supervisaría el programa[26].

---

[25] SILVA SILVA, J. ,*El Arbitraje Internacional en México*, Oxford International Press, México D.F..2001, p. 159. "El arbitraje es irritual, si los árbitros fijan las reglas de procedimiento... En el irritual formal o de carta blanca, las partes se concretan a exponer el deseo de que su litigio se solucione mediante arbitraje".

[26] SECRETARÍA DE JUSTICIA, Ministerio de Justicia de la Nación. *Mediación Proyecto Piloto.*, Talleres Gráficos de La Ley S.A., Argentina, 1996: "Este libro recopila las actividades desarrolladas por el Ministerio de Justicia de la nación en este ámbito a partir del año 1992. En esta fecha se registra la primera de ellas: la sanción del decreto No 1480/92, por el que se crea el cuerpo de Mediadores y una Comisión encargada de elaborar la normativa que se estimaba indispensable para la instauración de esta técnica en nuestro medio. Ambos órganos, junto con la Escuela de Mediadores, resultaron pilares fundamentales en el diseño de las modalidades de este novedoso instituto y de la capacitación de sus operadores".

La Corte Suprema de la Justicia de la Nación aprobó el Plan Piloto de Mediación el 11 de febrero de 1994, el cual comenzó a implementarse con diez juzgados civiles de la Capital Federal y posteriormente este número se fue incrementando.

En esta experiencia piloto el caso se remitía al Centro de Mediación a petición de parte y por invitación del juez respectivo quien era el que consideraba si el caso era sujeto a mediación o no.

Posteriormente se establecieron programas de mediación en diversas provincias del país como: Santa Cruz, Jujuy, Corrientes, Entre Ríos y Tucumán. El principal problema que tuvo que enfrentar el programa en sus inicios de acuerdo al Ministerio de Justicia fue el poco conocimiento de estas técnicas y la poca formación de los abogados litigantes en la materia. Este fue el primer paso para posteriormente formular y aprobar la Ley de Mediación y Conciliación argentina, promulgada el 25 de septiembre de 1995. [27]

Finalmente parece importante destacar que en el marco jurídico actual de Argentina los tribunales arbitrales han asumido la competencia incluso de declarar la inconstitucionalidad de las leyes como una especie de control difuso de la constitucionalidad. Aunque esta declaración por parte del tribunal arbitral tiene efectos relativos es decir sólo referente al caso concreto y las partes involucradas.[28] Este punto llama mucho la atención porque esta es una función

[27] SECRETARÍA DE JUSTICIA, Ministerio de Justicia de la Nación. *op. cit.* , p. 33:"Uno de los principales factores de incidencia negativa, sin desmedro de otro tipo de barreras, económicas o culturales, puede encontrarse en la escasa difusión de los métodos alternativos para la resolución de disputas y de sus ventajas.

...Otro factor que actúa de manera negativa es la formación tradicional que reciben los profesionales del derecho, en el sentido que, lejos de apuntar a una negociación, sus acciones tienden más a encarnar un espíritu litigante."

[28] INGARAMO, Gerardo I. "Competencia de los Tribunales Arbitrales Para Declarar la Inconstitucionalidad de las Normas Jurídicas" en *Programa de Negociación, Mediación y Arbitraje*, Escuela de Negocios Argentina., 2003, pp. 2 y 3:" La modalidad adoptada en nuestro país (Argentina), como es sabido, es la del control de constitucionalidad judicial difuso por lo que incumbe a todos los magistrados del territorio sin diferenciar entre jueces nacionales y provinciales.

...En este aspecto, debe destacarse que integrantes de la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación tienen dicho que:"... Aunque cuando el arbitraje sea un procedimiento de solución de controversias de origen contractual, es jurisdiccional por su función y por la especial eficacia que el derecho otorga a sus efectos...Los árbitros realizan funciones materialmente jurisdiccionales de modo tal que de perseguirse una asimilación con otra figura prevista en el ordenamiento jurídico, correspondería hacerlo, en principio con la del juez o con la del conjuez (Cfr. Fallos 322: 1100).

que en los sistemas tradicionales de justicia ha sido reservada exclusivamente al órgano judicial, como es el caso de El Salvador.

Al respecto Lino Enrique Palacio expresa que el arbitraje: "... puede comprender tanto cuestiones de hecho como de derecho, e incluso de índole constitucional, por cuya razón, cuando se requiera de árbitros *iuris*, no se advierte impedimento para que, a pedido de cualquiera de las partes, declaren la inconstitucionalidad de normas involucradas en la controversia sometida a su decisión".[29]

4.3. Canadá

Canadá no obstante ser un país desarrollado poseía una de las legislaciones más atrasadas en arbitraje hasta 1986. Los tribunales de las provincias cuyo derecho se fundamenta en el sistema inglés (*Commmon Law)*, basaban sus decisiones en los principios de la *English Arbitration Act* de 1889 la cual estaba ajena a los principios modernos recogidos por la Ley Modelo CNUDMI.

El gobierno de la provincia de Columbia Británica y la comunidad empresarial de dicha provincia fueron los abanderados en los cambios necesarios para la modernización de la legislación respectiva, a raíz de que querían expandir sus relaciones comerciales con los países del este de Asia. En diciembre de 1985 Columbia Británica adoptó la *Foreign Arbitral Awards Act* y dio a conocer sus planes de establecer un centro de arbitraje internacional en Vancouver.[30]

Fue hasta 1986 que Canadá ratificó la Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y ejecución de Laudos Arbitrales Pronunciados en el Extranjero y también aprobó el Código de Arbitraje Comercial como anexo de la Ley de Arbitraje Comercial, basado en la Ley Modelo de la CNUDMI.

El referido Código sólo se aplica a aquellos arbitrajes en los cuales la disputa versa sobre derecho marítimo y al menos una de las partes es una dependencia del gobierno o una sociedad del Estado. La ley no hace distinción entre arbitraje doméstico y arbitraje internacional.

---

[29] PALACIO, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil, Tomo IX*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1988, p.32.

[30] LYSYK, Kenneth, "The Enforcement of International Commercial Arbitration Awards in Canada" en AAVV, *Commercial Mediation and Arbitration in the NAFTA Countries*, JurisNet LLC, New York, 1999, pp. 71,72.

Las provincias de tradición legal inglesa de dicho país adoptaron dichas innovaciones y se siguieron dos corrientes: una que tomó como base la Ley Modelo CNUDMI de carácter liberal y destinada al arbitraje internacional y la otra destinada al arbitraje doméstico de carácter más restrictivo. La provincia de Québec en cambio tomó como base los principios de la Ley Modelo referentes a la convención de arbitraje para añadirlos al Código Civil y al Código de Procedimientos Civiles sin establecer un régimen diferente para el arbitraje doméstico y el internacional. [31]

4.4. Colombia

En este país el Ministerio de Justicia y del Derecho aprobó la creación de diversos centros de conciliación, arbitraje y amigable composición como los que funcionan en las cámaras de comercio de dicho país. [32] El Consejo Superior de la Judicatura de Colombia expresó inicialmente en el Plan de desarrollo de Justicia (1994. 1998): "La opción judicial resulta ser una alternativa formal, viable preferiblemente cuando se hayan agotado las instancias extrajudiciales". El Fondo Multilateral de Inversiones (FOMIN) y el gobierno de ese país trabajaron de manera conjunta en este programa. El Decreto 818 de 1998 regula el arbitraje a nivel interno y está fundamentada en el Ley Modelo CNUDMI.

Colombia ha sido uno de los países donde la conciliación y el arbitraje han funcionado con éxito en el ámbito nacional. En el marco internacional este país ha ratificado los siguientes convenios[33]:

a. Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, de New York, de 10 de junio de 1958.

---

[31] ANTAKI, Nabil N., "El Centro de Arbitraje Comercial Nacional e Internacional de Québec (CACNIQ)",en AAVV, *Commercial Mediation...,cit*, pp. 130, 131: "Durante mucho tiempo, Canadá fue uno de los tantos países que no comprendían el importante rol que juega el arbitraje internacional. Conviene recordar que en 1985, Canadá aún no había suscrito la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York 1958). Posteriormente a pesar que los operadores internacionales conocían y apreciaban el impresionante valor profesional de los árbitros internacionales canadienses y aunque el m arco normativo había sido significativamente mejorado, Canadá permaneció relativamente ausente de la escena mundial del arbitraje internacional"

[32] LANTAN, Harold, *Mediación: Cultura del Diálogo*, E
dición Independiente, El Salvador, 1998, p. 121.

[33] MONROY CABRA, M., *Arbitraje Comercial, Nacional e Internacional*, Editorial Legis, Santafé de Bogotá, 1998, p. 251.

b. Convención Interamericana sobre arbitraje comercial internacional de Panamá de 1975.
c. Convenio de Washington sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, del 18 de marzo de 1965
d. Convención Interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros, Montevideo 1979.
e. Convenio entre España y Colombia para la ejecución de sentencias civiles, de 30 de mayo de 1908.
f. Tratado de Derecho Internacional Privado entre Colombia y Ecuador, aprobado por Ley 13 de 1905.
g. Tratado de derecho procesal internacional, suscrito en el primer Congreso de Montevideo sobre derecho internacional privado de 1889.
h. Tratado sobre ejecución de actos extranjeros. Este tratado fue adoptado en el Congreso Bolivariano de 1911, y aprobado por la Ley 16 de 1913.

4.5. Costa Rica

La Ley Número 7727 Sobre Resolución Alterna de Con Conflictos y Promoción de la Paz Social fue aprobada por la Asamblea Legislativa de ese país el 4 de diciembre 1997 y sancionada por el Presidente de la República el 9 de diciembre de ese mismo año.

Es apropiado comentar que ésta no es una ley de carácter simplemente comercial ya que el artículo uno de dicho cuerpo legal es innovador y de alta proyección social porque establece el derecho de las personas a ser educadas para la paz y la cultura del diálogo. Así como el deber del Estado de proporcionar e implementar programas de esta naturaleza de la siguiente manera: "... toda persona tiene derecho a ...una adecuada educación para la paz, en las escuelas, los colegios, los cuales tienen el deber de hacer comprender a sus alumnos la naturaleza y las exigencias de la construcción permanente de la paz.

El Consejo Superior de Educación, procurará incluir en los programas educativos oficiales elementos que fomenten la utilización del diálogo, la

negociación, la mediación, la conciliación y otros mecanismos similares como métodos idóneos para la solución de conflictos. La educación debe formar para la paz y el respeto de los derechos humanos".

En síntesis esta ley no sólo da el marco para solucionar conflictos de carácter patrimonial a nivel comercial sino que consagra una obligación del Estado a desarrollar este tipo de programas como política de prevención de la violencia (contrario a la visión del Estado represivo).En el proceso arbitral consagra el principio de oralidad en el artículo 51 y al igual que la ley salvadoreña consagra que el tribunal arbitral para la ejecución de medidas cautelares deberá auxiliarse de la autoridad judicial (artículo 52). Existe una institución que es el Ministerio de Justicia que autoriza y supervisa el funcionamiento de los centros que brindan los servicios de arbitraje y conciliación institucional.

4.6. España

El catedrático español de Derecho Mercantil Manuel Olivencia al comentar sobre la evolución que ha tenido la justicia alternativa en España explica que ésta comienza por las Ordenanzas de Bilbao cuyo primer capítulo reza "de la jurisdicción del Consulado, de sus Reales privilegios y orden de proceder, en primera, segunda y tercera instancia". Prior y los Cónsules juzgan "según estilo de mercaderes...".

Los Reyes Católicos otorgaron un privilegio en 1491 a la Universidad de Mercaderes de Burgos en la cual se fundamenta la jurisdicción de éstos. Este privilegio fue extendido en 1511 por la Reina Juana a los mercaderes de Bilbao para resolver sus diferencias "breve y sumariamente según estilo de mercaderes, sin dar lugar a lenguas ni dilaciones de malicia, ni plazos de abogados".

El Libro del Consulado del Mar (1494) sienta también un precedente de justicia alternativa, al establecer que los conocedores del arte ("prohombre, navegante y marineros") eran quienes debían de resolver las disputas referentes a la materia de manera sumaria.

Las Ordenanzas de Bilbao cuyo Capítulo Primero versa "de la jurisdicción del Consulado, de sus reales privilegios y orden de proceder, en primera, segunda y tercera instancia". Prior y Cónsules juzgan "según estilo de mercaderes,

visto las cuentas y razones, que cada una de las partes quisiese alegar". Además de establecer la forma breve y sumaria para la resolución de conflictos entre mercaderes, era suspicaz a la participación de abogados, al extremo de no permitir la participación de éstos.

Posteriormente siguieron las regulaciones del Código de Comercio español de 1829 y la Ley de Enjuiciamiento sobre los negocios y causas de comercio de 1830. Al respecto el Profesor Olivencia expresa: "Los tribunales especiales de comercio del C.C. de 1829 enlazan con los Consulados como alternativa a los jueces ordinarios, que sólo conocían de los negocios mercantiles en primera instancia donde no hubiera tribunal de comercio.

La composición de los tribunales de comercio está en la tradición consular: un prior, dos cónsules y dos sustitutos, todos comerciantes. Pero en segunda y tercera instancia y en recursos de injusticia notoria conoce la jurisdicción ordinaria, aunque el procedimiento siga siendo el especial mercantil."

Este Código de Comercio reconoce el arbitraje en materia mercantil, a veces como vía forzosa habiéndose o no estipulado por las partes. La ley de 1830 denominada Ley de Enjuiciamiento sobre los Negocios y Causas de Comercio por su parte establece un sistema "en que se concilien la celeridad de sus trámites y la economía de sus expensas con las formalidades indispensables para asegurar el acierto en las sentencias".

Posteriormente se emitió el Decreto de unificación de 1868 del gobierno provisional que refundió los fueros especiales en el ordinario en cuyo artículo 11 establecía que los procedimientos de árbitros y amigables componedores " se arreglarán a las prescripciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855". "Desaparece así la dualidad civil-mercantil y el procedimiento pierde especialidades del arbitraje comercial, crece la rigidez y merma la flexibilidad, aumenta en formalismos (exigencia de escritura pública de requisitos mínimos de contenido para la validez del compromiso) y disminuye el ámbito de autonomía de la voluntad (del que se excluye el régimen de recursos) porque el arbitraje "común", único es más adecuado al derecho civil que a las exigencias del tráfico mercantil". Semejante concepción de arbitraje unitario siguió en la LEC de 1881.

El Código de Comercio de 1885 no regula el arbitraje mercantil y suprime los

supuestos del arbitraje forzoso, anteriormente referido. El Código Civil de 1889, simplemente regula el contrato de compromiso en cuanto al trámite del procedimiento arbitral lo remite a la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En 1953 se aprueba la primera ley especial en España sobre la temática denominada Ley de Arbitraje de Derecho Privado. Si bien deroga las disposiciones anteriores y regula, tanto de fondo como de procedimiento, el arbitraje tipo único con opción entre arbitraje de derecho y el de equidad, conserva como defecto la falta de especialidad en materia mercantil, con su marcada tendencia civilista del arbitraje y la falta del predominio de la autonomía de la voluntad; asimismo no hay un reconocimiento del arbitraje institucional y del internacional.

En síntesis, a esta ley se le achaca como defectuosa porque de acuerdo al Profesor Olivencia:"...obstaculizó el desarrollo normal del arbitraje, acrecentó el nacionalismo y sofocó el internacionalismo; ignoró las especialidades del arbitraje comercial, y en suma, descolgó a España de la poderosa corriente mundial a favor del arbitraje comercial, internacional e institucional, al mismo tiempo que en el ámbito interno, mermó el prestigio institucional del arbitraje como alternativa a la jurisdicción ordinaria, a lo que contribuyó también la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo".[34] La ley del 22 de diciembre de 1953, fue derogada por la Ley de Arbitraje (36/1988) promulgada el 5 de diciembre de 1988.

La Ley de Arbitraje 60/2003 que consta de 46 artículos derogó a la Ley de Arbitraje (36/1988). En forma de anteproyecto fue aprobado previamente por el consejo de Ministros el 18 de julio de 2003. El proceso de esta iniciativa comenzó después de las elecciones del año dos mil, cuando el presidente José María Aznar comunicó al Parlamento su idea de "Pacto de Estado por la justicia" el cual conllevaba una reforma a la Ley de arbitraje actual, a efecto de promover la solución extrajudicial de los conflictos por medios que evitarán la prolongación de los litigios. Ésta fue impulsada por el Ministerio de Justicia creando para ello una Sección Especial que en sus inicios pretendía sólo una reforma parcial de la ley actual de 1988.

En mayo de 2001 se concretó la opción política legislativa adoptando la Ley

[34] OLIVENCIA Manuel, *op.cit.*, pp.12,13,18-20.

Modelo CNUDMI. Creando un sistema monista (aplicable al arbitraje interno y al internacional). Al respecto de este proceso de elaboración del proyecto de ley en ese entonces que precedió a la Ley de Arbitraje 60/2003. Olivencia concluye: "En consecuencia, se adopta la Ley Modelo, pero se adapta al modelo monista, prescindiendo de los calificativos de comercial y de internacional que lucen en la denominación de CNUDMI.

Se trata en el caso español, de proyectar la reforma en el sentido de una sola ley, una sola regulación para el arbitraje, sea comercial o no comercial, interno o internacional, aunque en la ley se incluyan algunas normas específicas para éste, que no rompen la unidad del sistema.

Es lógico que la CNUDMI en el ámbito de su competencia, se limite a redactar una Ley Modelo sobre el arbitraje comercial internacional, pero el modelo que ofrece es perfectamente válido para el arbitraje en general. Resulta así un arbitraje único, pero inspirado en los principios que eran especiales del comercial y que se extienden a toda la materia.

Definido así el arbitraje internacional las especialidades son muy pocas: las relativas a la validez del convenio arbitral (artículo 9.6, inspirado en el principio de conservación del negocio jurídico); a la designación judicial de árbitro de nacionalidad distinta a la de las partes (artículo 15.5); a las normas jurídicas aplicables (artículo 34.2); a los plazos de corrección, aclaración y complemento del laudo (artículo 39)".En conclusion podemos afirmar que Ley de Arbitraje 60/2003 consagra principios modernos de arbitraje y adopta un sistema monista, con lo cual supera con creces a la anterior ley de dicho país sobre la materia.

4.7. Estados Unidos

Estados Unidos ha sido el país en el cual más se ha difundido el uso de la resolución alternativa de disputas en los más variados ámbitos: desde el comercial y laboral hasta su aplicación en materia medioambiental y comunitaria.

En cuanto a los antecedentes históricos de la figura podemos mencionar que en 1636 la comunidad puritana de Dedham, ubicada al sureste de Boston, estableció en su carta constitutiva los medios informales para la resolución de

sus conflictos. Incluso el primer Presidente de los Estados Unidos George Washington, estableció en su testamento que cualquier disputa que pudiere surgir entre sus herederos se resolviese por arbitraje.

También son célebres las frases del Presidente Abraham Lincoln: "Desanimen el litigio. Persuadan a su prójimo de transigir siempre que puedan. Señálenles como el ganador nominal, es a menudo un real perdedor en ganancias, gastos y pérdida de tiempo".

En materia laboral el uso de los medios alternos de solución de controversias en el país norteamericano tuvo sus inicios de manera institucional en 1913 cuando se creó el Departamento del Trabajo de Estados Unidos. Éste fue el embrión del Servicio de Conciliación de los Estados Unidos que en 1947 se reorganizó como el Servicio Federal de Mediación y Conciliación.[35]

En el campo del arbitraje comercial, la *United States Arbitration Act* (conocida por sus siglas en inglés como FAA) fue aprobada como ley en 1925 por el congreso de dicho país. Esta ley aplica tanto al arbitraje nacional e internacional. La ley ha sido interpretada por las cortes estadounidenses de manera liberal, en el sentido que más favorezca al arbitraje como medio de solución de controversias. A raíz de la adopción de la Convención de Nueva York en el año de 1970, fue agregado a la normativa nacional el Capítulo 2 en cuya Sección 201 establece que la Convención "será ejecutada por las Cortes de los Estados Unidos de acuerdo con este capítulo". El referido capítulo contiene disposiciones referentes al procedimiento y aspectos referentes a la confirmación, anulación y modificación del laudo.[36]

En suma, las disputas comerciales domésticas los estatutos federales y estatales proveen la regulación para el reconocimiento y ejecución de los

---

[35] MOORE Christopher, *El Proceso de Mediación,* Editorial Granica, Buenos Aires, p.55:"El primer escenario en que la mediación fue insitucionalizada formalmente en los Estados Unidos correspondió a las relaciones obrero patronales (Simkim, 1971). En 1971 se creó el Departamento de Trabajo de los Estados Unidos , y se designó un panel denominado de los " comisionados de conciliación" para atender los conflictos entre le sector obrero y el sector patronal. Este panel se convirtió después en el Servicio Federal de Medaición y Conciliación de los Estados Unidos, y en 1947 se lo reorganizó con el nombre de Servicio Federal de Mediación y Conciliación

[36] BRANSON, Cecil Q.C., "Court Review of Awards In Their Country of Origin", tomado de AAVV, *Commercial Mediation... cit.*, pp. 193, 194.

acuerdos y laudos arbitrales en términos generalmente similares a lo establecido en la Convención de Nueva York.[37]

En cuanto a las cortes de distrito (tribunales de primera instancia federales) empezaron a utilizar los primeros programas de mediación y arbitraje en la década de los setentas. En la década siguiente se introdujeron las técnicas de la de los juicios sumarios por jurado y la evaluación neutral temprana (*Early neutral evaluation)*. El Congreso de Estados Unidos en el año de 1988 autorizó a diez cortes de distrito para que establecieran programas de arbitraje mandatario o forzoso y a diez para implantar programas de arbitraje voluntario.

En el año de 1990, la Ley de Reforma de la Justicia Civil requirió el desarrollo de estrategias a las cortes de distrito para la reducción del costo y la demora en los procesos judiciales civiles, recomendando el uso de los medios alternos de solución de controversias.

En 1998, se promulgó la Ley Federal de Medios Alternos Para la Solución de Controversias, la cual requirió a las cortes de distrito el establecimiento de estos métodos. A raíz de ello, a la fecha las 94 cortes de distrito tienen programas sobre el uso de medios alternos de solución de controversias. De todos estos métodos el más utilizado por los tribunales federales es la mediación. [38]

Los Estados Unidos también han aplicado la resolución alternativa de disputas al campo comunitario y de los derechos civiles. En 1964 el Congreso de Estados Unidos promulgó la Ley de Derechos Civiles, y se creó el Servicio de Relaciones Comunitarias del Departamento de Justicia, que aplicó estas técnicas para resolver este tipo de disputas.

Enrique Vescóvi resume la aplicación en la época moderna de los medios alternos de solución de controversias en Estados Unidos (donde son más conocidos como "*Alternative Dispute Resolution (*RAD) de la siguiente manera:

---

[37] NAFTA ADVISORY COMMITTEE ON PRIVATE COMMERCIAL DISPUTES, "Enforcing Agreements to Arbitrate and Arbitral Awards in the NAFTA Countries", AAVV, *Commercial Mediation... cit.*,, p. 354.

[38] TORRUELLA, Juan R., "El Régimen de Medios Alternos Para la Solución de Controversias en los Tribunales Federales de Estados Unidos", en AAVV, *Comercial Mediaiton.., cit.*, p.p. 64,65.

"Así, en los Estados Unidos y fuera de múltiples legislaciones estatales y diversos organismos ("agencias") administrativos, nos limitaremos a mencionar la Ley de 1980 – dictada al final de la administración del presidente Carter ("*Dispute Resoluction Act*"), por la cual se crean Centros de resolución de disputas (*Dispute Resolution Centres)*, especialmente en el campo de las *minor* disputes, *consumer mechanisms, housing mechanisms y small claims mediations* (disputas menores, del consumidor, familia).

La solución es la creación de los centros de justicia comunitaria (*Neighborhood Justice Centers*) en los que se realiza una importante labor conciliatoria, tratando de evitar los juicios, prestando una solución rápida y amigable a numerosos conflictos, sobretodo los que plantean a muchas personas (frecuentemente de bajos recursos) las nuevas firmas de sociedad de vida de la sociedad moderna." [39]

En síntesis la resolución alternativa de disputas en Estados Unidos de América se ha aplicado con enorme éxito a un amplio espectro de conflictos, de la más variada clase como lo son:

a. Disputas comerciales.
b. Disputas sobre construcción.
c. Disputas laborales.
d. Disputas sobre seguros.
e. Disputas sobre seguridad industrial.
f. Disputas sobre la propiedad real.
g. Disputas familiares.
h. Disputas sobre el sistema de salud (*Health care).*
i. Disputas del Gobierno Federal con los Estados miembros.
j. Disputas internacionales. [40]

---

[39] VESCÓVI, Enrique, T*eoría General del Proceso*, Editorial Temis, Bogotá, Colombia. 1984, p.328.

[40] TOWNSEND, John M. "Commercial Arbitration in The United States: The Legal Structure", en AAVV.*Commercial Mediation.. cit.*, p.59: "Nuestro sistema de resolución alternativa de disputas ahora funciona de manera confortable y eficiente con nuestro sistema judicial, y las relaciones entre los dos son notoriamente armoniosas. Cuando se han presentado cuestionamientos sobre la ejecución de una cláusula arbitral o un laudo, han sido a menudo más ocasionadas por las complejidades de decidir donde en nuestro sistema federal la situación debe ser resuelta que por cualquier duda sobre si el arbitraje es un método altamente valorado y aceptado de resolución de controversias comerciales"

El experto en solución de controversias Juan J. Torruella expresa sobre el sistema de resolución alternativa de disputas en Estados Unidos la siguiente conclusión: "Me gustaría poder darles prueba de que el régimen de métodos alternos de solución de controversias en Estados Unidos ha sido un rotundo éxito y que la opinión es unánime al efecto.. aunque no puedo darles esas garantías, y a pesar de que hay críticas a dicho régimen, algunas de las cuales son fundadas, mi impresión no obstante, basada en evidencia anecdótica, es que estas técnicas están ayudando a mejorar la administración de la justicia en mi país" [41]

4.8. Guatemala

En Guatemala se promulgó la Ley de Arbitraje (Decreto 67-95 del Congreso de la República) el 25 de noviembre de 1995. Ésta consta de 56 artículos que casi sólo regulan la figura del arbitraje. La conciliación es apenas tratada en dos artículos (49 y 50).

Un aspecto muy novedoso y positivo de la ley guatemalteca es el artículo 22 que establece la facultad del tribunal arbitral de ordenar providencias cautelares e incluso de exigir de cualquiera de las partes que haya solicitado la providencia una garantía suficiente para caucionar su responsabilidad.

En síntesis es una ley moderna congruente con las Convenciones de Nueva York y Panamá, así como con la Ley Modelo CNUDMI. Antonio Rivera Neutze comenta al respecto: ".. el proceso arbitral ha evolucionado aceleradamente, debido a una serie de convenciones internacionales, y a la recomendación de la "Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil" (UNCITRAL O CNUDMI) entidad que recomendó la implementación de una "Ley Modelo" sobre arbitraje, ley que como habíamos dicho sirvió de base a la Ley de Arbitraje de Guatemala (Decreto 67- 95 del Congreso de la República), la cual entró en vigor el 25 de noviembre de 1995.

El procedimiento arbitral a la luz de la citada ley, así como el de las convenciones internacionales sobre arbitraje (Nueva York 1958, y Panamá 1975), y del Reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guatemala, ...es el procedimiento que está teniendo auge en el mundo.

---

[41] TORRUELLA, Juan R., *op. cit.*, p. 67

Este proceso integral conformado, y proseguido de acuerdo a las disposiciones legales citadas, es una alternativa extrajudicial de solución de controversias novedosa, producto de la evolución positiva constante del arbitraje".[42]

4.9. México

A nivel interno el arbitraje se encuentra regulado por:

a. Las disposiciones pertinentes del Código de Comercio (Capítulo IV), en el cual me parece apropiado destacar el artículo 1421, que hace énfasis en la no intervención del órgano judicial en la medida de los posible en el proceso arbitral (artículo 1421:"Salvo disposición en contrario, en los asuntos que se rijan por el presente título no se requerirá intervención judicial");
b. Las contenidas en el Código Federal de Procedimientos Civiles;
c. Las normas de los respectivos Códigos de Procedimientos Civiles del Distrito Federal y de cada entidad federada[43].

Al igual que el proyecto de ley de arbitraje española, el sistema legal mexicano adopta un sistema monista. A nivel internacional México ha ratificado además de la Convención Sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York) y la Convención Interamericana Sobre Arbitraje Comercial Internacional (Convención de Panamá. Otros dos instrumentos internacionales sobre la materia: la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y

---

[42] NEUTZE RIVERA, A., *El Proceso Práctico Arbitral*, Imprenta Llerena S.A, Guatemala, 1996, p.37.

[43] SILVA SILVA, J., *op. cit.*, pp. 27 y 28: "Los instrumentos jurídicos secundarios – esto es, expedidos en el país- abarcan las codificaciones siguientes:
Código de Comercio., cuyo título IV está dedicado especialmente al procedimiento arbitral.

Código Federal de Procedimientos Civiles (CFPC), el cual regula principalmente el reconocimiento y la ejecución de laudos extranjeros.

El Código Civil Federal (CC Fed) que regula supletoriamente la normatividad sustantiva, especialmente la relativa a las obligaciones.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal (CPCDF) y los expedidos para cada entidad federativa.

Diversas leyes, federales o locales, que fijan aisladamente alguna regla vinculada con el arbitraje. De ellas, destacan la "Ley Sobre Celebración de Tratados", la "Ley orgánica de los Tribunales de Justicia del Fuero Común del Distrito federal" y las de cada entidad federativa, especialmente en los casos de competencia recurrente."

Laudos Extranjeros y la Convención entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias y Laudos Arbitrales en Materia Civil y Mercantil.

En el caso del reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral es pertinente agregar que el artículo 360 del Código Federal de Procedimientos Civiles establece límites de tiempo una vez que el procedimiento se inicia. La decisión brindada por el tribunal respectivo no admite recurso alguno, salvo el amparo por violación de derechos fundamentales establecidos en la Constitución mexicana específicamente los referidos al debido proceso (artículos 14 y 16 de la Constitución)[44]

En cuanto a las resistencias que ha tenido el arbitraje en México Jorge Alberto Silva Silva expresa: "En términos generales, los abogados, los comerciantes y los educadores mexicanos lo han rechazado, más por desconocimiento e ignorancia que por identificación plena de sus beneficios; falta mayor difusión. José Luis Sequeiros expone algunas trabas que han inhibido en el ámbito regional el desarrollo y la práctica del arbitraje: el desconocimiento de la institución; la falta de imperio de los árbitros; ... y en gran medida, el celo de jueces y abogados". [45]

4.10. Paraguay

El arbitraje se encuentra legislado en el Libro V del Código de Procedimiento Civil de Paraguay del artículo 724 al 835. Las observaciones que podemos hacer a esta normativa son las siguientes: El articulado está integrado de una manera peculiar. Por ejemplo: primero regula lo referente a incidentes, laudo y recursos y por último trata acerca de la demanda, la contestación y la reconvención.

El artículo 779 de dicho cuerpo legal establece que en caso de duda o falta de acuerdo sobre la clase de arbitraje al cual se someten las partes, se entenderá que se someten a un arbitraje de equidad ("árbitros arbitradores").

El artículo 796 faculta al tribunal arbitral a fijar el término y naturaleza de los plazos del proceso, salvo ciertas excepciones establecidas en el artículo 797.

[44] www.secofi.gob.mx , consultado el 30 de junio de 2005.
[45] SILVA SILVA, Jorge Alberto, *op. cit.*, pp. 20 y 21.

Dicha disposición no es la más óptima para poder establecer claramente desde un inicio "las reglas del juego" para las partes que van a someterse a un arbitraje. A efecto de crear mayor seguridad jurídica en nuestro parecer debió haberse establecido en la ley los plazos de las distintas fases del proceso arbitral, salvo que las partes de común acuerdo con base en el principio de autonomía de la voluntad delegasen en el tribunal el establecimiento de las reglas procesales del arbitraje.

El artículo 809 que regula el laudo en caso de discordia, establece un procedimiento complejo para su solución que incluso retarda el arbitraje ("En caso de discordia y en defecto de convención sobre el articular, un miembro será eliminado por sorteo. Seguidamente, los otros miembros, si no pudieren ponerse de acuerdo para la insaculación y desinsacularán uno...."). Por su parte el artículo 780 estableció que el número de miembros del tribunal será impar y por tanto no puede haber empate.

En el caso extremo que los tres árbitros estén en discordia a nuestro parecer la solución más viable es que prevalezca la posición del presidente del tribunal, pero no someter esta situación a un procedimiento engorroso que dilata la solución de la controversia (lo cual no es un incentivo para recurrir al arbitraje) y que afecta el principio de inmediación en lo que respecta al tercer árbitro quien entra a conocer de un proceso hasta su fase final sólo para pronunciar el laudo.

Permite el recurso de apelación y nulidad contra el laudo lo que a nuestro juicio no es beneficioso. En el arbitraje opera la regla que entre más oportunidades existan de impugnar el laudo arbitral menor hay mayor probabilidad de que se dilate el resultado del proceso debido a la interposición de los recursos respectivos.

4.11. Perú

En Perú el arbitraje se encuentra regulado por la Ley General de Arbitraje aprobada por el congreso de la República el veinte de diciembre de mil novecientos noventa y cinco, y sancionada por el Presidente de la República el tres de enero de mil novecientos noventa y seis. La referida normativa consta de ciento treinta y un artículos, nueve disposiciones complementarias y transitorias y disposiciones modificatorias del Código Procesal Civil, Código Civil y Código Penal, relacionadas con el arbitraje.

Entre las particularidades de esta legislación podemos mencionar:

Permite el funcionamiento del arbitraje institucional (artículo 6). La disposición que regula la forma del convenio arbitral (artículo 10) es semejante a la contenida en la ley equivalente en El Salvador y Costa Rica, pues se puede formalizar incluso a través del intercambio de cartas o de cualquier otro medio de comunicación que deje constancia de su existencia.

El artículo trece de dicha ley estatuye la figura novedosa del arbitraje testamentario, en virtud del cual, mediante una estipulación de esta naturaleza se puede someter a arbitraje las diferencias que pudieren surgir entre herederos no forzosos o legatarios, controversias que surjan relativas a la participación, administración o valoración de la herencia, o disputas de esta materia relacionadas con los albaceas. Esta disposición es muy interesante ya que el legislador peruano a través de una declaración unilateral domo es el testamento, permite someter arbitraje estas controversias, por lo que en estricto derecho en este caso no podríamos hablar de convenio arbitral.

Contiene una norma (artículo 57) que regula la custodia del proceso arbitral y a nuestro juicio es muy positiva. Este punto en las legislaciones de otros países sobre todo cuando se trata de arbitraje *ad hoc,* no ha quedado clara. Llama la atención que en primer lugar se confiera esta obligación al notario que protocolice el laudo arbitral y salvo esa situación se asigne dicha función a la institución arbitral (cuando se trate de arbitraje institucional, obvio) o al presidente del tribunal o al árbitro único en su caso.

Establece recursos como el de apelación del laudo (ante segunda instancia arbitral o el Poder Judicial) y el de casación contra la resolución del recurso de anulación de la Sala Civil de la Corte Superior competente. En nuestro parecer una ley de arbitraje debe establecer el menor número de recursos para impugnar un laudo arbitral. De lo contrario el tiempo breve en el cual se tramita el proceso arbitral es inútil puesto que la resolución se puede impugnar ante el órgano judicial dilatando con ello su aplicación, pues está sujeta a los recursos que la ley franquea a las partes.

Un punto que llama la atención es el artículo 87 de la ley que se refiere a la publicación del laudo. Esta disposición establece que el juez ordenará a solicitud de la parte que pida la ejecución del laudo, la publicación en los diarios, revistas

o ambos que se señale de un aviso en donde se haga mención de tenerse que haber recurrido a la instancia judicial para obtener la ejecución del laudo.

La norma citada es peculiar puesto que uno de los principios básicos del arbitraje es el de la confidencialidad que las partes involucradas deben de guardar con respecto al proceso. El fundamento quizá de esta norma pueda radicar en hacer público como especie de sanción a la parte ejecutada la divulgación de que fue necesario recurrir al sistema judicial para ejecutar el laudo debido a que no lo hizo por su propia voluntad. En cambio en otros países los árbitros y las partes firman incluso convenios de confidencialidad.

4.12. República Dominicana

El arbitraje a nivel interno se encuentra regulado por las disposiciones del código de Procedimiento Civil (artículos del 1003 al 1028) y se destacan las siguientes observaciones:

El artículo 1005, establece que el compromiso puede hacerse por medio de acta ante los árbitros elegidos o por instrumento ante notario o bajo firma privada; se plantea la interrogante si a través de un intercambio de cartas por ejemplo se haga constar la voluntad de las partes de someter su conflicto a arbitraje, se considerará como un compromiso válido ante la ley dominicana o no.

Permite interponer apelación y revisión contra el laudo arbitral, ante los tribunales ordinarios; lo cual podría resultar contraproducente como se ha expresado anteriormente, puesto que no obstante el plazo para la duración del arbitraje sea breve (el artículo 1007 establece que salvo voluntad en contrario de las partes, éste durará tres meses) si el laudo está sujeto a recursos que incluso examinan el fondo del asunto y que constituyen una segunda instancia.

El artículo 1017 permite la constitución de un tribunal arbitral con número par de miembros y sólo en caso de discordia se nombra el tercero, a través de un procedimiento complicado. En todo caso afecta el principio de inmediación entre el tercer árbitro y el proceso mismo, puesto que entra a conocer cuando el proceso arbitral prácticamente se ha tramitado.

No legisla sobre el arbitraje internacional y el arbitraje extranjero.

El artículo 1019 del referido cuerpo legal da preponderancia al arbitraje de derecho, salvo que las partes dispongan someterse a arbitraje de equidad ("amigables componedores"). Muy interesante es el artículo 1022 del Código de Procedimiento Civil que esclarece que el laudo arbitral no es oponible a terceros.

4.13. Venezuela

La Ley de Arbitraje Comercial aprobada por el Congreso de dicho país el veinticinco de marzo de mil novecientos noventa y ocho y sancionada por el ejecutivo el siete de abril de mil novecientos noventa y ocho regula lo referente a la materia y al respecto podemos hacer las siguientes observaciones:

Reconoce la opción de las partes de recurrir al arbitraje de derecho o al de equidad. En caso de no haber determinación de las partes al respecto al contrario de la ley española y salvadoreña, se entiende que prevalecerá el arbitraje de derecho (artículo 8). No legisla sobre el arbitraje técnico. Reconoce la existencia del arbitraje institucional (Capítulo II de la ley, artículos 11, 12, 13 y 14).

Permite que el tribunal arbitral pueda dictar las medidas cautelares que considere necesarias, exigiendo para ello la garantía suficiente al solicitante (artículo 26). Disposición que es necesaria en la legislación salvadoreña que no resolvió este problema.

CAPÍTULO SEGUNDO

EL ARBITRAJE

5. Concepto, regulación y clases de arbitraje.

5.1. Concepto y regulación legal.

En El Salvador el artículo 3 letra "c" de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje define al arbitraje como: "Un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, difieren su solución a un tribunal arbitral, el cual estará investido de la facultad de pronunciar una decisión denominada laudo arbitral".

Al respecto es pertinente explicar que de conformidad al artículo 23 de la Constitución de la República de El Salvador sólo son sujetos de transacción y arbitramento aquellos conflictos en los cuales las partes tienen la libre disposición de sus bienes (punto que se ampliará al estudiar el tema de las materias arbitrables). Otro aspecto a destacar en la definición legal es que los miembros del tribunal arbitral son particulares. Es decir no son jueces dotados de jurisdicción y su competencia se limita por tanto a conocer del caso que específicamente las partes les señalen. En virtud de lo anterior, dictan una resolución denominada laudo, la cual es de carácter vinculante de conformidad al artículo 65 de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje.

La definición dada por nuestra ley es conforme con la legislación internacional y la doctrina [46]. A pesar de lo anterior es oportuno advertir que en algunos

[46] RIVERA NEUTZE, A., *op. cit*, p. 9: "(El arbitraje) es un juicio de conocimiento derivado de una relación jurídica mediante el cual, cuando hay controversias entre dos o más personas, empresas o estados, éstos recurren a personas no vinculadas con el poder judicial, sino a particulares, o a una institución para que los designe, a las que reconocen autoridad y prestigio, a fin de que después de apreciar los argumentos, pruebas y alegatos de las partes emitan un veredicto conviniendo previamente y en forma libre acatar el fallo, con características y efectos idénticos a una sentencia judicial denominada Laudo Arbitral"

países como Estados Unidos; además de practicarse el arbitraje tradicional (vinculante), en el cual el laudo es obligatorio, también se utiliza el arbitraje no vinculante (no *binding arbitration*), variedad no practicada en nuestro medio; pero como su nombre lo indica en este último caso el laudo arbitral no es de observancia obligatoria para las partes, sino que toma el carácter de una recomendación.

Allan H. Goodman, explica esta diferencia entre ambas figuras así: "Arbitraje es un proceso en el cual las partes acuerdan que de tener una disputa, ésta será resuelta por una persona conocida como árbitro, el cual escucha la evidencia y rinde una decisión la cual prevalece para las partes. En el arbitraje vinculante acuerdan acatar la decisión del árbitro.

En el arbitraje no vinculante las partes no acuerdan someterse a la decisión del árbitro. Ellos usan el proceso de arbitraje en el sentido de obtener una opinión de asesoría. En el arbitraje no vinculante, puede sin embargo, que las partes cumplan con la decisión del árbitro, si ellas tienen la confianza en la decisión del árbitro y un deseo de terminar la disputa sin recurrir a o que probablemente sería un largo y costoso litigio".[47]

Este medio de solución de controversias, se encuentra regulado principalmente en las siguientes leyes nacionales y tratados internacionales ratificados por El Salvador:

Leyes:

a. Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje, Decreto No. 914 sancionado el veintitrés de julio del año dos mil dos.
a. Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, Decreto No. 868 sancionado el cinco de abril del año dos mil;
b. Código de Comercio (Están vigentes las disposiciones relativas al arbitraje forzoso para disputas que surjan entre los socios de las sociedades de personas, artículos del 66 al 72 de dicho cuerpo legal), sancionado el veintiséis de mayo mil novecientos setenta.

[47] GOODMAN, Allan H., *op .cit.*, p. 28.

Convenciones Internacionales:

a. Convención Sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York), ratificada por Decreto Legislativo No. 114 de fecha veintisiete de octubre de mil novecientos noventa y siete.

b. Convención Interamericana de Arbitraje Comercial (Convención de Panamá), ratificada por Decreto legislativo No. 236 de la Junta Revolucionaria de Gobierno de fecha diecinueve de mayo de mil novecientos ochenta.

5.2. Primera clasificación: El arbitraje de derecho, el arbitraje de equidad y el arbitraje técnico

El arbitraje puede clasificarse de acuerdo al criterio que han de seguir los árbitros para dictar su laudo, en arbitraje de derecho y arbitraje de equidad.

5.2.1. El arbitraje de derecho

El arbitraje de derecho opera cuando los árbitros al emitir su resolución final o laudo deben basarse en lo establecido por la ley. Es decir que los árbitros *iuris*, deben actuar como si fueran jueces con observancia de las disposiciones jurídicas a las cuales las partes las han remitido en el convenio arbitral; y no fundamentarse en su noción de justicia como un árbitro en equidad, que vale la pena aclarar en El Salvador son conocidos con el nombre de árbitros arbitradores.[48]

[48] CAIVANO, Roque, *Arbitraje*, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2000, pp. 70 y 71: «En un caso- el de los árbitros iuris- actuarán con sujeción a normas legales y decidirán las cuestiones litigiosas según el derecho positivo... En efecto: los árbitros de Derecho resuelven el caso del mismo modo que lo haría un magistrado de la justicia ordinaria. Poseen un carácter jurídico que los obliga sustentar el decisorio en el derecho de fondo.

.....Existe como se ve, una similitud entre la forma de actuar y resolver del árbitro *iuris* y el juez, pero que no es, sin embargo absoluta. Las partes pueden señalar al árbitro las normas que debe aplicar, pueden imponerle las normas por las que juzgará el caso, circunscribiendo su ámbito de libertad. Al Juez en cambio se le invocarán las normas que se estimen pertinentes, mas en definitiva aplicará las que según su criterio corresponda; y aún cuando no les sean invocadas, podrá suplirlas de oficio o por el principio *irua novit curia*.

Los árbitros de derecho de acuerdo a nuestra legislación siempre deben ser abogados en el libre ejercicio de su profesión. Para ser árbitro arbitrador o amigable componedor la ley exige que la persona se encuentre en el pleno ejercicio de sus derechos ciudadanos (artículo 35 de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje).

5.2.2. El arbitraje de equidad

Es aquél en el cual las partes someten sus disputas a árbitros (llamados comúnmente árbitros arbitradores o amigables componedores), quienes deberán fallar conforme a su conciencia y equidad. El típico arbitraje de equidad que de manera didáctica suele citarse para comprender su funcionamiento es el juicio del rey Salomón, con respecto al caso citado en la Biblia sobre dos mujeres que disputaban la maternidad de un bebé. En dicho pleito el Rey hebreo resolvió partirlo por la mitad.

El término amigable componedor proviene de los vocablos franceses *amiable compositeur*, un término que en la realidad no es el más apropiado para definir el rol de un árbitro de equidad en un proceso, ya que independientemente de que se recurra a su noción de justicia y equidad, esto no implica que su labor sea la de avenir a las partes como lo podría dar a entender este término, sino decidir la disputa mediante su resolución.

El artículo 5 de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje en su literal «a» tercer inciso expresa:

> "El arbitraje en equidad o de amigables componedores es aquél en que los árbitros proceden con entera libertad, deciden según sea más conveniente al interés de las partes, sin atender más que a su conciencia, la verdad y la buena fe".

El grave problema es que en nuestro medio, se ha entendido mal por algunos profesionales (inclusive abogados) el funcionamiento de este tipo de arbitraje. El hecho de que se trate de un arbitraje de equidad, no implica, que los árbitros no deban respetar los principios del debido proceso, que no se les deba presentar pruebas y tampoco que no tengan que fundamentar su fallo. Al contrario, los árbitros arbitradores deben respetar

los preceptos anteriormente señalados; pues, de lo contrario habría una violación al debido proceso.[49]

En el marco del Derecho comparado, es procedente citar la doctrina y la jurisprudencia sentada en otros países (además del nuestro) con respecto a la figura en estudio, con el objeto de una mejor comprensión del arbitraje de equidad y la verificación de que los principios en los cuales se fundamenta y permite la actuación de los árbitros son de carácter universal. Por tanto incluso en un arbitraje internacional no se podría alegar el desconocimiento del funcionamiento de esta forma de arbitraje, y recurrirse de su resultado por la falta de apego a normas de derecho por parte de los árbitros sobretodo en la fundamentación del laudo.

En este sentido, el Tribunal Supremo de España ha expresado algunos preceptos interesantes con respecto al arbitraje de equidad:

> «En constante doctrina de esta sala acerca del designio de paz que preside y penetra el arbitraje de equidad, se afirma que éste quedaría despojado de sus características propias de sencillez y confianza sino se admitieran las facultades de los árbitros para decidir con la libertad de criterio y fundamento y empleando fórmulas flexibles que escapan al control judicial que ha detenerse ante el fondo de lo resuelto por el árbitro dentro de su competencia y de ahí que a esta sala le competa dejar sin efecto aquello que a todas luces constituye extralimitación». Está máxima fue expresada en la sentencia de fecha 3 de febrero de 1988, referida a la procedencia del recurso de anulación referente al arbitraje de equidad.

El mismo Tribunal Supremo de España en sus sentencias del 4 de febrero de 1983 y 9 de octubre de 1984, expresó lo siguiente:

---

[49] CAIVANO, Roque, *op. cit.*, p. 74: « Con relación a su forma de actuar, la libertad con que actúan los amigables componedores está referida a la exclusión de la rígida aplicación de preceptos jurídicos en un doble aspecto: el procedimiento y el sustento del laudo. En cuanto al primer supuesto, no obstante esa libertad podrá ser restringida por las mismas partes, si acuerdan someterse a ciertas reglas, sea que específicamente las dicten para el caso, o que se remitan a algunas ya existentes. En tal caso, es segundo aspecto, la libertad de fallar conforme a la equidad prescindiendo de las soluciones de derecho de fondo, forma parte de la esencia misma de la amigable composición. Si se los constriñe a aplicar las normas positivas que rigen el caso, no estaremos en presencia de amigable componedores, sino de árbitros *iuris*»

«Los árbitros de equidad, al contrario de lo que sucede con los de derecho, no deciden con arreglo aun procedimiento prefijado ni con sujeción a derecho, ni se les puede imputar errores *in iudicando* o *in procedendo*, por lo que su decisión sólo puede ser atacada cuando los árbitros se extralimitan u obran con exceso de poder para anular el laudo, pero no para corregirlo, enmendarlo o suprimirlo mediante el recurso extraordinario de nulidad, siguiéndose de ello que tal ausencia de forma excluye la necesidad de razonamiento y motivación de ningún orden, bastando la manifestación de la voluntad decisoria: como tampoco les es exigible un avenimiento estricto a los términos del tema *decidendum* o interpretarlos con demasiada restricción, siempre que respeten los términos objetivos del compromiso».

El Tribunal Superior de Bogotá, Sala de lo Civil, por su parte en su sentencia del 19 de diciembre de 1996, expresó:

«Resulta pertinente reprochar aquella idea de que fallo en equidad o en conciencia (...) no supone la necesaria observancia de las reglas de procedimiento (...) quiere decir lo anterior que la equidad mantiene al Juez ligado a las reglas legales probatorias. En particular el Código de Procedimiento Civil que dispone que toda decisión judicial debe fundamentarse en pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso (...) el fallo en conciencia como ya se dijo, no excluye la obligación de analizar las pruebas que han sido aportadas y soportar la decisión en pruebas»

El Consejo de Estado, Sección Tercera de ese mismo país por su parte expresó en su resolución del 18 de noviembre de 1999, Expediente 12202, lo siguiente: « ..Fallo en conciencia se presenta sólo en aquellos casos en los cuales la decisión, antes que en una fundamentación jurídica se produce primordialmente con sustento en razones de equidad»

Por su parte, Gilberto Peña Castrillòn, profesor colombiano, al respecto del arbitraje en equidad hace un aporte puntual a su funcionamiento, y expresa: "La reflexión sobre la sentencia en equidad debe desbordar el simple enfrentamiento entre ella y la sentencia en derecho, ya que se trata de dos especies de un mismo género, puesto que ambas decisiones son el resultado del trabajo del juez permanente (funcionario) o del juez transitorio (el árbitro). En el fondo de ambos pronunciamientos (sentencia en derecho o en equidad) subyace un tema de más aliento, común a ambos, que es el ideal o "*desideratum*" de la sentencia justa".

En cuanto a los requisitos del laudo en equidad, (en relación con el artículo 304 del Código de Procedimientos Civiles colombiano) el autor anteriormente referido, comenta: "Los requisitos del fallo en equidad son, en principio, los mismos del fallo en derecho, puesto que: (I) Se debe respetar el debido proceso y el derecho de defensa; (II) Se debe partir de pruebas debidamente solicitadas y practicadas; (III) El fallo debe expresar los fundamentos, de equidad en este caso; (IV) Debe declarar las excepciones cuyos hechos encuentre probados; y (V) La sentencia debe respetar el principio de congruencia, pero solamente en cuanto a la aplicación de la equidad no imponga romper ese principio procesal".

En El Salvador el laudo arbitral en equidad debe cumplir los mismos requisitos formales que se establecen para el laudo en derecho, en el artículo 60 de la Ley de mediación, Conciliación y Arbitraje. Estableciendo en especial el requisito de la fundamentación del fallo; pero no lo regula de manera especial como la legislación colombiana. En todo caso se resuelve en nuestra legislación la situación de si un laudo en equidad debe fundamentarse o no.[50]

En cuanto a nuestra jurisprudencia, ésta es conforme con los principios anteriormente acotados. La sentencia 1007-2003, pronunciada por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, a las doce horas y veintitrés minutos del día veinte de julio de dos mil cuatro, que hace referencia a la sentencia de amparo 144-98, emitida por el mismo ente, enuncia concepciones fundamentales sobre el arbitraje de equidad que se han explicado en el presente acápite; y en lo pertinente expresa los siguiente:

"En la sentencia del 21/XII/99, amparo 144-98, se realizaron algunas reflexiones sobre las características del arbitraje de equidad y los límites del control constitucional del mismo, las cuales, por su estrecha relación con el presente caso, conviene ahora recordar.

---

[50] CAIVANO, Roque, *op. cit.*, p. 76: « Tampoco significa (en referencia a los árbitros de equidad), en principio, eximirlos de fundar el fallo. Un sector de la doctrina opina que los amigable componedores no tiene que comunicar a las partes los fundamentos del laudo; que la decisión basada en la buena fe y el buen criterio de los árbitros forma parte de su propia naturaleza, por lo que neo necesitan transmitirla.

...Discrepamos con esa posición. Por la mayor discrecionalidad que con ello se está otorgando a los árbitros, sólo será dable admitirlo cuando surja un convenio indubitable a través del cual las partes revelen a los árbitros de explicar los fundamentos de la decisión. ..»

El arbitraje, entendido como método heterocompositivo, puede ser de derecho o de equidad, de acuerdo a la decisión que al respecto adopten las partes. Esta decisión es importante por cuanto si el arbitraje es de derecho las partes renuncian a que conozca del asunto la "jurisdicción ordinaria", pero no renuncian a las normas materiales conforme a las cuales éste debe decidirse, pues los árbitros de derecho tendrán que resolver en base a ellas. Si el arbitraje es de equidad las partes saben de antemano que los árbitros están habilitados para resolver únicamente conforme a su leal "saber" y "entender".

Al interpretar constitucionalmente ambas clases de arbitraje se sostuvo que diferían sustancialmente en dos aspectos:

"(a) *En cuanto al procedimiento previo al dictamen de su laudo*, ya que los árbitros de derecho deben de proceder conforme al procedimiento establecido en la ley de la materia (...); en cambio, para los amigables componedores o árbitros arbitradores (...) podrán o no arreglar sus procedimientos conforme a las leyes que regularían la controversia, teniendo, consecuentemente, abierta la posibilidad de crear el procedimiento que estimen pertinente o resolver la controversia con sólo la vista de la documentación y escritos presentados por las partes, entendiendo, claro está, que si optan por desenvolver algún procedimiento, en él se deberán de respetar los derechos constitucionales de las partes en controversia."

"(b) *En cuanto al modo o forma de dictar su laudo*, (...) hay que decir que los árbitros de derechos se parecerán a los jueces ordinarios, emitiendo sus laudos con base a las disposiciones materiales que rigen la controversia; (...). En cambio, algo sustancialmente distinto sucede con los laudos de los amigables componedores, quienes podrán dictarlos teniendo como única base su buena fe y la verdad que ellos consideren, por lo que no tienen la obligación de solucionar la controversia como si fueren jueces ordinarios (...); consecuentemente, las partes no podrán exigir un razonamiento técnico ni alguno bastante en cantidad, pues desde el momento del compromiso saben que este tipo de laudos están regidos por el libre albedrío del árbitro y sólo es posible exigir el cumplimiento temporal mas no las calidades que reúne la sentencia jurisdiccional."

Vale la pena comentar que algunos autores son partidarios que a la sustentación de un laudo en equidad se le debe denominar motivación, y la de un laudo de un arbitraje de derecho se le debe llamar fundamentación, tesis no seguida por nuestra legislación que indistintamente de la clase de arbitraje se refiere a ello como fundamentación.[51]

Asimismo, algunos tratadistas hacen énfasis en que el árbitro que resuelve sobre la base de la «amigable composición», puede «pasar por alto la aplicación de normas jurídicas, incluso de carácter obligatorio». Es decir que si considera que una norma jurídica o una cláusula contractual es injusta, puede prescindir de ella al emitir su fallo fundamentándose en la equidad[52]. Por dicho motivo en Colombia, se prohíbe que el Estado se someta a arbitrajes de equidad, y sólo puede resolver sus controversias mediante arbitraje de derecho, situación totalmente distinta a la legislación salvadoreña y que se ampliará al tratar el tema del arbitraje forzoso.

Finalmente, podemos concluir también, que por su propia naturaleza, uno de los elementos claves para la correcta aplicación del arbitraje en equidad, estriba en la idónea selección de los árbitros, quienes deben tener un enorme sentido de la justicia; y sin embargo pese a fallar conforme a su conciencia ser respetuosos de los principios del debido proceso.

5.2.3. El arbitraje técnico

En este tipo de arbitraje los árbitros brindan su fallo en relación con sus conocimientos especializados en una ciencia, arte u oficio con respecto al

---

[51] SILVA SILVA, J., *op. cit.*, p. 218: « En México suelen diferenciarse la fundamentación y la motivación de una resolución, pues la primera se refiere a los preceptos legales, mientras que la segunda atiende a los elementos fácticos. Sin embargo, la doctrina sobre derecho del arbitraje acostumbra identificar una y otra con la voz motivación o razonado.
La fundamentación resulta innecesaria en el arbitraje de equidad o económico, salvo que se trate de uno de estricto derecho. Incluso de acuerdo con las r Reglas de la AAA, las partes pueden eximir al tribunal de arbitraje de razonar el laudo (Art. 27.2)»

[52] IMHOOS, Christophe y VERBIST, Herman, *op. cit.*, p. 170: "(La amigable composición) Se trata de la facultad que se otorga a los árbitros de hacer caso omiso a las disposiciones de un determinado derecho que no sean obligatorias, en caso de que consideren que la estricta aplicación de las mismas se traduciría en un resultado injusto.
... La amigable composición posee la ventaja de permitir al árbitro ignorar las normas que parezcan demasiado rígidas o injustas en un caso concreto.»

asunto sometido a su conocimiento[53]. Además de estar contemplado en el artículo 5 letra "a" de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje, vale la pena comentar y concluir, que pese a que los árbitros no se pronuncien sobre el fondo o sustancia de una controversia (ejemplo: resolución de un contrato, indemnización de daños) , en torno a la cual ha surgido un punto sobre el cual es necesario resolver una cuestión que necesita de un conocimiento en una determinada ciencia, arte u oficio y para lo cual se necesita su participación; en esta figura concurren todos los elementos del arbitraje: una controversia sujeta a arbitramento; particulares que no son jueces que son seleccionados como árbitros; y dictamen de una resolución denominada laudo que dirime la disputa, sólo que en este caso se necesita de conocimientos especializados en una ciencia, arte u oficio específicos.

En el caso de El Salvador, éste no ha sido utilizado con mucha frecuencia y no obstante que en esta clase de arbitraje los árbitros fallan de conformidad a sus conocimientos especializados, es procedente que en todo caso se respeten los principios mínimos del debido proceso en su desarrollo, a efecto de evitar la posible interposición de un proceso de amparo contra la resolución por la parte que pudiera resultar agraviada por la violación de una garantía de audiencia.

Jorge Hernán Gil Echeverry, cita la jurisprudencia dictada por la Sala de lo Civil, Tribunal Superior de Bogotá en sentencia del 28 de noviembre de 1997, con respecto al arbitraje técnico:

"Es lógico concluir, entonces, en la imposibilidad que de ésta emanan, resultan de que se hayan respetado o no las estipulaciones técnicas del contrato, vale decir, de que su desarrollo se conforme al dictado científico de la ingeniería o el arquitectura, según el caso. No existe manera, por consiguiente, de adentrarse en el estudio de controversias jurídicas sin un especial conocimiento sobre las ramas dichas, a menos que logre el auxilio pericial correspondiente.

---

[53] GIL ECHEVERRY, J., *Nuevo Régimen de Arbitramento Manual Práctico*, Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, 2004, p. 49: «De otra parte, en el arbitraje técnico los árbitros tampoco están sujetos al derecho sustantivo, debido a que fallan sujetándose a sus especiales conocimientos en una profesión, arte u oficio. En relación con el procedimiento, éste es libre y se somete a los usos y costumbres que al respecto hayan venido imponiéndose.
El arbitraje técnico pese a no estar apellidado como tal en el artículo 116 de la Constitución, no lo viola, pues implemente constituye una modalidad especial de arbitraje en conciencia, en la cual ya no se aplica el sentido común y la equidad sino el sentido técnico y la equidad general técnica y especializada del árbitro, también conforme a su íntima convicción técnica.»

Las anteriores anotaciones permiten exteriorizar una conclusión implícita en los comentados contratos, a saber: que toda precisión sobre las circunstancias técnicas de su evolución envuelve un juicio indubitable en relación con las obligaciones contraídas. Opinar si las características tecnológicas de un contrato de obra se han ejecutado o no cabalmente, entraña la formalización de un concepto atinente a su propio campo jurídico, como una consecuencia elemental de su naturaleza.

Razonamientos que conducen a la capacidad de los árbitros técnicos para resolver las cuestiones jurídicas inherentes al contrato de obra puesto a su consideración, inclusión hecha a las relativas sobre resolución contractual por la conexión íntima entre éstas y los procedimientos técnicos allí comprendidos.

Que no es nada nuevo, ya que doctrinariamente se ha admitido que el compromisario puede definir todas las dificultades que constituyan la continuación normal y directa del negocio comprometido; y por ende, comprometido lo jurídico en lo técnico y aquél en la ejecución del contrato, que depende de éste, se abra el camino legal para que los árbitros conozcan sobre el particular, con excepción de la cláusula de caducidad y sus efectos.

Y fluye lo anterior, porque admitiéndose en estos tribunales la capacidad de administrar justicia, aunque sea excepcionalmente, es decir, la de ejercer una función pública connatural a los jueces del Estado a través de un especialísimo proceso- el arbitraje-, sí que pueden y deben declarar el derecho, que a tal corresponde la jurisdicción a estos conferidos mediante el compromiso, para definir jurídicamente una controversia actualmente existente".

Siguiendo la misma tendencia que la resolución pronunciada, Gil Echeverry afirma que en esta clase de arbitraje "el convencimiento técnico es una modalidad específica de un fallo en conciencia", ya que el árbitro técnico si bien es cierto falla conforme a sus conocimientos especializados en una determinada ciencia, arte u oficio, aplica la íntima convicción de lo que resuelve según su leal saber y entender; de la misma manera que un árbitro en equidad falla conforme a su noción de justicia, de equidad, llegando a la íntima convicción de lo que dicta en su laudo, posición que conlleva el espíritu de nuestra legislación (aunque su regulación sea escueta) y la naturaleza misma de este tipo de arbitraje.

5.2.4. Conveniencia del arbitraje de derecho o de equidad

Existen amplias discusiones sobre la conveniencia del arbitraje de derecho en equidad. Si bien es cierto a nivel nacional ha tenido mayor preponderancia el uso del arbitraje en equidad, todo dependerá de las circunstancias y de la naturaleza del caso e incluso de la misma idiosincrasia de un país. Para citar un ejemplo, la *Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública*, establece de manera obligatoria el uso del arbitraje de equidad para resolver las controversias que surjan entre el Estado, instituciones autónomas, Municipios (en general para las adquisiciones y contrataciones de las entidades que manejen fondos públicos) y los contratistas particulares. Su razón de ser en el fondo y en la práctica es que en Derecho Administrativo está presente la figura del poder exorbitante del Estado, del *jus variandi* de la Administración Pública, de la teoría del hecho del príncipe, de la teoría de la imprevisión; y el arbitraje de equidad, en el cual se apela al sentido de justicia de los árbitros, se ha considerado como el mejor instrumento para solucionar este tipo de controversias. No obstante lo anterior, en Colombia (como se explicó al tratar el tema del arbitraje de equidad), en cambio, está prohibido someter a arbitraje de equidad este tipo de conflictos por considerar que existe riesgo de que se vulnere el orden público.

En conclusión la conveniencia de un tipo de arbitraje dependerá de los factores apuntados en un inicio, por lo que es conveniente que las partes al momento de la celebración de un contrato se hagan asesorar de un abogado experto en el tema de solución de controversias y pueda aconsejarles sobre este punto al visualizar a futuro las controversias que pudiesen surgir en el desarrollo y ejecución del mismo.

5.3. Segunda clasificación: arbitraje nacional y arbitraje internacional

5.3.1. Arbitraje nacional

Es el que se desarrolla en El Salvador, con sujeción a la ley salvadoreña, cuyos efectos jurídicos se producen dentro del territorio nacional, teniendo las partes del proceso del domicilio en El Salvador. El domicilio juega un papel importante en el arbitraje porque de este factor podría derivarse un arbitraje nacional o internacional. Este aspecto tiene implicaciones incluso en el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral y el instrumento que habrá de

invocarse para ello por la parte interesada (la ley nacional o las convenciones internacionales).

5.3.2. Arbitraje internacional

El arbitraje internacional de acuerdo a la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje (artículo 3 letra"h") es aquél en el cual las partes de un convenio arbitral tengan al momento de celebrarlo sus domicilios en estados diferentes; o bien si: a) el lugar del arbitraje es distinto del domicilio en el cual las partes tienen su domicilio; b) el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, es distinto al del lugar donde las partes tienen su domicilio. En este caso, por tanto, el arbitraje y el laudo resultante de éste, producirá efectos jurídicos en diferentes Estados.[54]

5.4. Tercera clasificación arbitraje ad hoc y arbitraje institucional

5.4.1. Arbitraje ad hoc

Es aquél en el cual las partes escogen de manera autónoma el procedimiento que ha de regir su proceso arbitral, sin que exista de por medio una institución que administre y supervise el trámite del arbitraje. En nuestra legislación, si las partes en un arbitraje *ad hoc*, no señalan un procedimiento específico, se les aplican las reglas establecidas en el artículo 47 de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje.

Por su parte el Centro de Comercio Internacional, nos da la siguiente definición: "Arbitraje *ad hoc*, quiere decir que el procedimiento no se tramita con arreglo a las normas de una institución arbitral. Como las partes no están obligadas a someter su arbitraje a las normas de una institución arbitral, pueden en buen medida estipular sus propias normas de procedimiento. En otras palabras el arbitraje *ad hoc*, es un arbitraje fácilmente modulable".[55]

---

[54] GIL ECHEVERRY, J., *op. cit*, p. 685: « (arbitraje internacional) Es aquél que se rige de conformidad con el derecho internacional y produce efectos jurídicos en diferentes estados»

[55] IMHOOS Christophe y VERBIST, Herman,. op. cit., p. 77.

5.4.2. Arbitraje institucional

Es aquél en el cual existe de por medio una institución que administra y supervisa el arbitraje, a cuyo procedimiento establecido en su reglamento, se someten las partes.

A raíz de los servicios de administración y supervisión que presta el centro de arbitraje respectivo, las partes deben pagar además de los honorarios de los árbitros (que forman parte del panel de la institución), una tasa administrativa al centro. Tanto la tasa administrativa como los honorarios de los árbitros son establecidos previamente en razón de la cuantía de la disputa. [56]

En síntesis podemos afirmar que la gran ventaja es que existe de por medio una institución que administra el arbitraje (además puede facilitar el uso de sus instalaciones para el desarrollo del proceso, mobiliario, programas de computación especializados); pero a la vez la desventaja es que en razón de la tarifa administrativa podría resultar más caro para las partes y desincentivarlas. Aunado a lo anterior, el arbitraje en sí es un proceso con costos económicos considerables que cubrir.

Al inicio expresamos que una de las grandes innovaciones que trajo consigo la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje salvadoreña fue el establecimiento de la mediación y el arbitraje institucional. Dicha normativa impuso además una serie de requisitos para el funcionamiento de estos centros para ser autorizados por el Ministerio de Gobernación que es la entidad gubernamental encargada de supervisar estas instituciones.

Como explicamos anteriormente la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje permite que entidades como las cámaras de comercio, asociaciones gremiales y universidades, puedan establecer sus centros de mediación y/o arbitraje,

---

[56] IMHOOS Christophe y VERBIST, Herman, .op. cit., p. 149: "El arbitraje institucional quiere decir que las partes optan por sustanciar su procedimiento de arbitraje de acuerdo con las normas de una institución arbitral y con la asistencia de ésta. Al hacerlo así, esperan de la institución arbitral ciertos servicios relacionados con la organización y supervisión de los procedimientos arbitrales. La institución arbitral suele cargar a las partes unos honorarios por los servicios que presta. Por lo general esta cantidad sirve para cubrir sus costos administrativos. Sin embargo, en función de la institución arbitral en concreto y de las normas elegidas, el importe que satisfagan las partes podrá cubrir asimismo los honorarios y costos de los árbitros"

previa autorización del Ministerio de Gobernación que es la entidad gubernamental encargada de supervisar estas instituciones.

Es pertinente aclarar que cuando se estudió el anteproyecto de ley respectivo, se discutió el tema de la conveniencia de que estas entidades tuvieran algún tipo de supervisión por parte del Estado o se permitiría que éstas funcionaran sin fiscalización alguna. Al final prevaleció la idea de que era necesario, que existiera al menos en nuestro medio un control por parte del Estado, ya que se podría dar lugar a una proliferación de la figura sin el cumplimiento mínimo de requisitos de calidad, lo cual a la larga iría en detrimento de la institución.

El artículo 85 de dicha ley establece los requisitos que deben cumplir los centros de arbitraje (el artículo 88 de la misma normativa ya ha regulado que éstos pueden dedicarse además a al mediación), lo cual se debe relacionar con lo dispuesto en el artículo 4 del Reglamento General de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje. En síntesis estos requisitos son:

a. La lista de árbitros y mediadores (si van a prestar ambos servicios).
b. La forma de designación de lo árbitros. Las tarifas de honorarios y de gastos administrativos (es decir, los que cobra el centro por administrar y supervisar los servicios) y los honorarios para mediadores, árbitros y secretarios u oficiales de tribunal.
c. Las normas administrativas aplicables al centro. El organigrama del centro; es decir presentar un esquema en el cual se establezca la estructura de organización del centro, que se pretende autorizar.
d. Las reglas del procedimiento arbitral aplicables.
e. El Código de Ética del personal.
f. El sistema de organización y resguardo de los archivos de laudos arbitrales, contratos de transacción o actas de mediación.
g. El plano de la infraestructura del centro.
h. Un estudio de factibilidad que contenga aspectos generales, aspectos administrativos y logísticos, y aspectos financieros del centro.
i. Un detalle de los recursos logísticos, administrativos y financieros del centro.

Una de las desventajas que algunos aducen con respecto al arbitraje institucional en relación con el proceso judicial, es que en el caso de los tribunales ordinarios la administración de la justicia es gratuita (desde el

punto de vista de que los funcionarios y empleados judiciales no devengan de las partes ningún emolumento). En el arbitraje deben pagarse los honorarios de los árbitros y si éste es institucional, debe pagarse además la tarifa administrativa al centro correspondiente por la administración al procedimiento.

Sin embargo debe tomarse en cuenta la variable tiempo, como factor determinante de costo-oportunidad desde el punto de vista que el es notoriamente más breve a un proceso judicial que puede durar años. Además como se explicó anteriormente el laudo arbitral es prácticamente irrecurrible, en cambio el proceso judicial en nuestro medio está sujeto a recursos como la apelación (segunda instancia) y casación, cuyo trámite puede demorarse por tiempo prolongado.

En el campo nacional el arbitraje institucional lastimosamente no ha brindado los resultados esperados.[57] Aunque algunas instituciones han manifestado su interés en formar nuevos centros de mediación y arbitraje, lo cual a nuestro juicio sería fundamental porque dos de los grandes problemas que afrontan este tipo de proyectos para poder cimentarse son: la difusión del funcionamiento y ventajas de los medios (algunas universidades que podrían establecer sus centros en el futuro, cuentan con medios de comunicación importantes como canales de televisión y radios), y la falta de instrucción de la materia en las facultades de Derecho.

En el campo internacional existen instituciones de gran trascendencia que brindan con éxito sus servicios de arbitraje institucional, entre ellas podemos citar las siguientes:

a. Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI)

La Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional tiene su sede en París y se constituyó en 1923.Este entidad si bien es cierto depende de la Cámara de Comercio Internacional es un ente autónomo.

[57] Fundación Salvadoreña para el Desarrollo Económico y Social (FUSADES), "El Arbitraje" en Boletín de Estudios Legales No. 51, Antiguo Cuscatlán, marzo 2005, p.4.

La Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, no se limita en un arbitraje institucional a simplemente nombrar a los miembros del tribunal arbitral, sino que su función implica administrar y supervisar el arbitraje; verificando la aplicación de su reglamento y los avances del proceso arbitral. Ello implica que debe realizar una revisión sistemática del desarrollo de los procesos arbitrales.

El arbitraje desarrollado conforme al respectivo reglamento de arbitraje de la CCI, tiene algunas características peculiares como las siguientes:

La elaboración de un acta de misión por parte del tribunal arbitral que conoce del caso, la cual es examinada por la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI. Dicha acta de misión conlleva las ventajas de permitir corregir los defectos de las cláusulas de arbitraje, además de facilitar el desarrollo y organización del proceso; y estableciendo entre los sujetos de éste, una visión común de las pretensiones y de las cuestiones a dirimir por el tribunal. El acta de misión es un documento que el tribunal arbitral elabora con base en los documentos o en presencia de las partes, tomando en cuenta las alegaciones de éstas, y que contiene su misión, de allí su nombre y se encuentra regulada en el artículo 18 del Reglamento de Arbitraje de la CCI. Este documento es firmado por las partes y por el tribunal arbitral y contiene en especial:

a. Nombre completo y la calidad en que intervienen las partes en el proceso arbitral.
b. Dirección de las partes donde se podrán efectuar válidamente las notificaciones o comunicaciones durante el arbitraje.
c. Una exposición sumaria de las pretensiones de las partes y de sus peticiones y, en la medida de lo posible, la indicación de cualesquiera sumas reclamadas por vía de demanda principal o reconvencional.
d. Una lista de los puntos litigiosos a resolver, a menos que el Tribunal lo considere inadecuado.
e. Nombres y apellidos completos, calidad y dirección de los árbitros.
f. Sede del arbitraje.
g. Precisión de las normas aplicables al procedimiento.

Además permite a la Corte establecer una especie de control de calidad, ya que examina y aprueba los laudos arbitrales que de manera preliminar

presentan los árbitros, tal como establece el artículo 27 del Reglamento de Arbitraje de la CCI.[58]

También la CCI puede desempeñar el papel de entidad nominadora en los arbitrajes internacionales *ad hoc* como los sometidos al Reglamento de la CNUDMI.

Asimismo uno de los servicios novedosos que ofrece la CCI desde el primero de enero de 1990, es el procedimiento precautorio pre- arbitral, mediante el cual las partes pueden obtener el nombramiento de un tercero, a efecto de que pueda dictar las medidas precautorias de manera previa a la actuación del tribunal arbitral, u otra autoridad competente

De igual manera la CCI generalmente nombra a los árbitros en las disputas sometidas al Reglamento de Arbitraje de la Asociación de Transporte Aéreo Internacional (IATA).

La CCI cuenta además con el Centro Internacional de Peritaje Técnico creado en 1976, para dirimir las disputas referentes a aspectos técnicos en materia comercial, como los que pueden acontecer en los contratos de suministro de equipos industriales, contratos «llave en mano», acuerdos de cooperación industrial, entre otros.

En lo que respecta al arbitraje marítimo, la CCI y el Comité Marítimo Internacional (CMI), han elaborado un reglamento orientado a la solución de los conflictos relacionados con la materia, como los que podrían originarse de los contratos de fletamento, transporte por mar o combinado, construcción y reparación de naves, seguro marítimo, salvamento y averías.[59]

b. Asociación Americana de Arbitraje (American Arbitration Association AAA)

Tiene su sede en Nueva York, Estados Unidos y tiene oficinas localizadas en

[58] Reglamento de Arbitraje de la CCI, artículo 27: "«Antes de firmar un Laudo, el Tribunal Arbitral deberá someterlo, en forma de proyecto, a la Corte. Ésta podrá ordenar modificaciones de forma y, respetando la libertad de decisión del Tribunal Arbitral, podrá llamar su atención sobre puntos relacionados con el fondo de la controversia. Ningún Laudo podrá ser dictado por el tribunal Arbitral antes de haber sido aprobado, en cuanto a su forma, por la Corte».

[59] IMHOOS, Christophe, y VERBIST, Herman, *op. cit.*, p.p. 72, 73.

más de treinta de las principales ciudades de ese país. Se fundó en 1926, a raíz de la fusión de dos entidades privadas que se unieron: La Sociedad de Arbitraje de América (*Arbitration Society of America*) y la Fundación de Arbitraje (*Arbitration Fundation*). Es la institución más importante en la materia en los Estados Unidos de América, es una organización sin fines de lucro que ofrece un amplio rango de servicios en la resolución de controversias.

En caso de que una disputa haya sido sometida a arbitraje o mediación bajo las normas de procedimiento de esta institución, el primer paso es notificar a la AAA, la cual provee sus servicios administrativos para el trámite del proceso. Entre las actividades que puede desarrollar se encuentran:

a. Recepción y reconocimiento de los reclamos respectivos.
b. Conducción de una conferencia administrativa con las partes y sus abogados.
c. Preparación de una lista de árbitros o mediadores apropiados para la disputa específica
d. Supervisión del proceso de selección de los árbitros o mediadores que han de conocer del caso.
e. Programación de audiencias o reuniones en las oficinas de la institución en otras locaciones convenientes para las partes.
f. Administración y facilitación de todas las comunicaciones entre las partes y el árbitro o mediador, según sea el caso.
g. Conocimiento si un árbitro o mediador ha tenido alguna relación con las partes que le descalifique para fungir como tal.
h. Asegurarse de que el acuerdo de mediación o la decisión del árbitro es realizada de manera justa y pronta.[60]

c. Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC)

Esta institución tuvo su origen en 1933 durante la séptima Conferencia Internacional Americana celebrada en Montevideo, Uruguay, mediante la Resolución XLV, se estableció:
«1. Recomendar a las respectivas Cámaras de Comercio que redacten una convención de Arbitraje Internacional, idéntica a la Convención de 1916 suscrita

[60] AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION, *Resolving Professional Accounting and Related Services Disputes- A guide to Alternative Dispute Resolution*, AAA Dispute Resolution Services Worlwide, New York, USA,, 1998, p. p. 7, 8.

entre la Bolsa de Comercio de Buenos Aires y la Cámara de Comercio de los Estados Unidos.

2. En vista de establecer unas relaciones más cercanas entre las Asociaciones de Comercio de las Américas, totalmente independiente de la esfera gubernamental, se designe una Agencia Comercial Interamericana para que represente el interés comercial de todas las repúblicas y asuma, como una de sus más importantes funciones, la responsabilidad de establecer el Sistema Interamericano de Arbitraje (aprobado el 23 de diciembre de 1933)».

Con auspicios de la Asociación Americana de Arbitraje (*American Arbitration Association*), se creó la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial. Posteriormente en la Conferencia Sobre información de Estados Americanos, se estableció la Carta de la Comisión y sus respectivas reglas de procedimiento.

Fue reestructurada en la Segunda Conferencia realizada en México en el años de 1968.

Un aspecto importante de destacar es que la Convención Interamericana Sobre Arbitraje Comercial o Convención de Panamá de 1975 (que se estudiará con mayor detenimiento posteriormente), en su artículo 3 estableció:

«A falta de acuerdo expreso entre las partes el arbitraje se llevará a cabo conforme a las reglas de procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial». Por lo que esta Convención mediante esta disposición adopta las reglas de procedimiento de la CIAC.

La Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial, brinda sus servicios de solución de controversias internacionales a través del arbitraje y mediación, en colaboración con las secciones nacionales de los países miembros.[61]

d. Centro de Arbitraje y Mediación de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)

Fue fundado en 1994 y tiene su sede en Ginebra (Suiza), y ofrece sus servicios de mediación y arbitraje para solucionar controversias comerciales

[61] SILVA SILVA, J., *op. cit.*, p. 106.

internacionales entre particulares, especialmente en el campo de la propiedad intelectual, como las disputas relacionadas con las marcas, indicaciones geográficas, los nombres propios, nombres comerciales, e inclusive los nombres de dominio en internet. Con respecto a este último punto, es pertinente destacar que la Corporación de Asignación de Nombres y Números de Internet (ICCAN), aprobó la Política Uniforme de Solución de Controversias en materia de Nombres de Dominio, que entró en vigencia el primero de diciembre de 1999. En virtud de ella la OMPI es la principal proveedora de servicios de solución de controversias en materia de nombres de dominio que goza de acreditación de la ICCAN.

El centro tiene una lista de más de ochocientos mediadores o árbitros, originarios de decenas de países, que desarrollan los procedimientos de mediación y arbitraje en la materia de conformidad a los reglamentos respectivos de la OMPI.[62]

Como expresa Roque Caivano, el arbitraje relacionado con la materia de propiedad intelectual, no sólo es posible sino aconsejable: «La conveniencia de que se pacte el arbitraje en contratos que involucren derechos de propiedad intelectual resulta de las ventajas que en términos generales éste representa respecto de la justicia ordinaria, las que aparecen reforzadas por las características de este tipo de contratos, en especial los que se refieren a transacciones internacionales» [63]

Como dato adicional, es necesario establecer una salvedad hecha por el Tribunal Supremo de España, en su sentencia de fecha 14 de diciembre de 1998, en la cual estableció que los conflictos referentes a marcas están fuera del ámbito arbitral ,ya que no sólo está de por medio el interés de los litigantes, sino también el de los consumidores. [64]

---

[62] DONAHEY, Scout, "*Resolving Certain Domain Name Disputes – The WIPO Recomendations*", en AAVV, *Comercial Mediation and .., cit.*, p. 327:« La OMPI recomienda un método directo, simple y de costo- efectivo para la resolución de disputas que involucran reclamos por registro abusivo de nombres de dominio y solicitudes de que ciertos nombres de marcas famosas sean excluidas del registro de uno o más TLDs (*Top Level Domains*) por otros que no sean los propietarios de las marcas. Porque el remedio es restringido al registro o exclusión de de los registros de nombres de dominio, el proceso está diseñado para ser eficiente y relativamente barato».

[63] CAIVANO, Roque J., "El Arbitraje y la Propiedad Intelectual", en AAVV , *Derechos Intelectuales. Tomo 6*, Editorial Astrea , Buenos Aires, Argentina, 1994, p. 144.

[64] GIL ECHEVERRY, J., *op.cit.*, p. 604.

e. Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)

Esta institución ofrece sus servicios de conciliación y arbitraje para dirimir las controversias relativas a inversiones que los nacionales de un Estado reclamen a otro Estado. Surge a raíz de la *Convención para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados* suscrita el 18 de marzo de 1965, conocida también como Convención de Washington.

Tiene su sede en el Banco Internacional para la Reconstrucción y Desarrollo y a partir de 1978, el centro cuenta con una serie de reglamentos de servicio adicionales, que permiten que la Secretaría del CIADI administre determinadas clases de procedimientos entre nacionales extranjeros y Estados, que no entran en el marco del Convenio.

A consecuencia de los tratados de libre comercio, su importancia se ha incrementado puesto que se establece que en los casos de controversias sobre inversiones, ésta es la institución competente para conocer de ellas, siempre y cuando el Estado del inversionista y el Estado contra el cual se hace el reclamo sean partes de la referida convención (tal como lo establecen el TLCAN y el CAFTA en sus disposiciones pertinentes).

El artículo 25 numeral uno del referido convenio, que establece la jurisdicción del centro, establece que ésta "... se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquier subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro".

f. Centro de Arbitraje y Mediación Comercial para las Américas (CAMCA)

El artículo 2022 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), con respecto a las disputas entre particulares que surgieran el ámbito del tratado, expresaba el incentivo para el uso del arbitraje y otras técnicas de resolución alternativa de disputas como los medios idóneos para la solución de ese tipo de controversias.

De acuerdo con los objetivos del TLCAN se creó en 1996 el Centro de Arbitraje y Mediación Comercial para las Américas (CAMCA) por una propuesta conjunta de instituciones líderes dedicadas a la promoción y utilización de los medios alternos de solución de controversias: la Asociación Americana de Arbitraje, Centro Comercial de Columbia Británica, Centro de Arbitraje Comercial Nacional e Internacional de Québec y la Cámara de Comercio de la Ciudad de México.

El centro tiene como su principal finalidad brindar a las partes comerciales involucradas en el área del tratado de libre comercio, un foro internacional para la resolución de las disputas comerciales que inevitablemente puedan surgir.[65]

g. Corte Permanente de Arbitraje (CPA)

Es la institución de mayor antigüedad en la solución de controversias internacionales, cuya sede se encuentra en la Haya. Los servicios que ofrece para dirimir disputas son los métodos establecidos en la Carta de las Naciones Unidas, a saber: investigación, mediación, conciliación y arbitraje.

Ocupa un lugar preponderante en el Derecho Internacional Público y Privado, porque a pesar de que fue creada originariamente para resolver disputas entre Estados, en 1935 expandió sus servicios para la solución de controversias, en las cuales se encuentren inmersos tanto los Estados como los particulares.

La entidad puede asistir a las partes en la selección de juzgadores con las calificaciones y pericia requeridos. Cada Estado miembro de la Corte Permanente de Arbitraje tiene derecho a nombrar hasta cuatro juristas para su inclusión en la lista general de los Miembros de la Corte. Las partes de un proceso pueden, pero no están obligadas a escoger árbitros entre estos miembros.

5.4.3. Conveniencia del arbitraje *ad hoc* o del arbitraje institucional

Esta es una pregunta recurrente y cuya respuesta puede variar, ya que cada

[65] AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION, *CAMCA Commercial Arbitration and Mediation Center for the Americas*, Dispute Resolutions Services Worldwide, USA, p. 2.

clase de arbitraje posee sus ventajas. En el arbitraje *ad hoc*, las partes escogen de forma autónoma el procedimiento y asumen la tarea de constituir el tribunal arbitral. Bajo esta modalidad existe la ventaja de que se ahorran la tarifa administrativa que se paga a un centro de mediación y arbitraje que pueda prestar este servicio; pero para que este tipo de arbitraje sea efectivo en la práctica se debe tener especial cuidado con la selección de los árbitros, ya que no hay una institución que funja como administradora del procedimiento.

En el arbitraje institucional hay un ente que administra y supervisa el procedimiento, de allí que ésta tenga que cobrar una tarifa administrativa. Esta entidad generalmente tiene participación en la constitución del tribunal arbitral, recusación de los árbitros, supervisión de los plazos, facilitación de instalaciones en las cuales tengan lugar las audiencias del tribunal, supervisión de la conducta de los árbitros, entre otras; por lo que esta calse de arbitraje también tiene sus ventajas y sus partidarios.[66]

El Centro de Comercio Internacional, al respecto del arbitraje institucional y *ad hoc*, realiza los siguientes comentarios:

"A la vista del gran número de instituciones arbitrales que existen, los principales criterios de selección que se deberían aplicar son la reputación, la seriedad y la experiencia de la institución en la administración y gestión de los expedientes de arbitraje, así como quizás por encima de todo, la fiabilidad de su reglamento de arbitraje".

En el arbitraje internacional *ad- hoc* se recomienda: "Se debe utilizar el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho

[66] CARTER, James H, "Ad- Hoc, Institutional and Hybrid Procedures: Differences, Advantages and Disadvantages" en AAVV., *Comercial Mediation and..., cit.*, pp. 98, 99: "Desde mi perspectiva las partes realizan una buena estimación cuando escogen los servicios administrativos. Aunque las reglas de arbitraje ad hoc de fuente híbrida, como cuando se escogen las Reglas de UNCITRAL, permiten que una autoridad nominadora pueda proveer alguno de los servicios de los que disponen las entidades administradoras de arbitraje; el procedimiento puede tender a consumir más tiempo y ser más desorganizado que un arbitraje administrado. Si las partes no han escogido una entidad denominadora en su cláusula, habría un retardo mientras el Secretario General de la Corte Permanente de Arbitraje lo hace. Aún si la autoridad nominadora ha sido escogida, una vez finalizada su actuación, no existirá un administrador para el caso particular para solucionar un problema cuando éste surja.

En adición, el *imprimátur* de un arbitraje institucional puede ser muy importante en la ejecución de los laudos internacionalmente. Por ambas razones, las partes pueden encontrar bien que las agencias administradoras tienen mérito en cobrar sus tasas administrativas."

Mercantil Internacional (Normalmente denominado Reglamento de la CNUDMI o UNCITRAL) del 28 de abril de 1976, el cual contiene las reglas necesarias para la correcta sustanciación de los procedimientos arbitrales y disfruta asimismo de la confianza de gran número de operadores mercantiles internacionales de todo el mundo".[67]

Los académicos expertos en arbitraje internacional Tybor Várady, John Barceló III y Arthur T.Von Mehren, llegan a la siguiente conclusión:

« El arbitraje *ad hoc* y el arbitraje institucional siempre tendrán sus respectivos partidarios. Si uno es realmente superior al otro es una pregunta sin respuesta en abstracto. Los entusiastas del arbitraje *ad hoc* ahora tienen el beneficio de una serie de reglas internacionales de UNCITRAL que han recibido relativamente pocas críticas en los quince años de su existencia. Si las partes son capaces de seleccionar prontamente árbitros de experiencia y hay unas razonable cooperación entre los abogados para que los procedimientos progresen rápidamente, el uso del arbitraje *ad hoc* internacional puede ser ciertamente una atractiva opción.

Si en cualquier etapa del procedimiento las cosas salen mal por la obstrucción de una de las partes otra circunstancia, entonces la esperanza de agilidad, economía y flexibilidad del arbitraje *ad hoc*, pueden ser fácilmente disipadas. Desde que se firma el contrato uno nunca sabe si habrá una actitud cooperativa (de la contraparte) en el momento del arbitraje, por lo que un prudente consejo es optar por el arbitraje institucional...

Para redactar una buena cláusula de arbitraje *ad hoc* , uno necesita entender el proceso de arbitraje minuciosamente..(Con seguridad la falta de conocimiento del arbitraje puede guiar a la comisión de errores fatales aún si las partes escogen el arbitraje institucional)"[68]

Es importante resaltar sobretodo en el caso del arbitraje *ad hoc*, que el factor clave para que éste funcione es la selección de los árbitros, de cuya imparcialidad dependerá el éxito de su funcionamiento. Para ello es fundamental romper la errónea concepción de algunos que piensan que

[67] IMHOOS, Christophe y VERBIST, Herman., *op. cit.*, p. 149.
[68] VÁRADY Tibor, BARCELÓ, John J. III, VON MEHREN, Arthur T., *International Commercial Arbitration. A Trasnational Perspective*, Thomson West, USA, 2003, p. p. 34, 35

en el caso en el cual las partes se han reservado el derecho de nombrar a uno de los árbitros respectivamente; los escogidos deben fallar a favor de la parte que les ha designado. Este razonamiento no es procedente puesto que los árbitros no representan a las partes; la labor de procuración corresponde a los abogados. Este comentario también es aplicable al arbitraje institucional, cuando las partes tienen la facultad de nombrar a algún miembro del panel arbitral, y esta nominación no se reserva para la entidad administradora.

En todo caso la preferencia por una clase u otra de arbitraje nos llevaría a interminables discusiones. A nuestro juicio, la base fundamental para su eficiente consecución independientemente de su clase, es la selección de los profesionales que fungirán como árbitros.

5.5. Cuarta clasificación: arbitraje voluntario y arbitraje forzoso

5.5.1. Arbitraje voluntario

Es el arbitraje que las partes acuerdan de manera libre y espontánea mediante un convenio arbitral, el cual de conformidad a la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje se puede configurar de acuerdo a lo establecido en el artículo 29 de dicho cuerpo legal. Dicha disposición es conforme con los preceptos establecidos por el artículo 7 de la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de CNUDMI. El espíritu de esta clase de arbitraje está recogido incluso por el artículo 23 de nuestra Constitución que establece que ninguna persona que tenga la libre administración de sus bienes puede ser privada del derecho de terminar sus asuntos civiles o comerciales por transacción o arbitramento.

5.5.2. Arbitraje forzoso

En este caso la ley establece la obligatoriedad de recurrir al arbitraje para la solución de controversias, sustrayendo del conocimiento de los jueces ordinarios esta clase de casos. Esta remisión legal, se ve motivada principalmente porque el remitir cierta clase de conflictos a la jurisdicción ordinaria, sería contraproducente a una solución ágil que necesitan en especial cierta clase de disputas.

Sobre la conveniencia o no del arbitraje forzoso existe una discusión doctrinal; al respecto el tratadista argentino Roque Caivano, expresa la justificación del mismo así: "Si bien se admite -en general- que el carácter forzoso o legal del arbitraje implica una contradicción en términos por la naturaleza esencialmente voluntaria que caracteriza el sistema, se ha justificado la existencia de este tipo de arbitraje en la necesidad de sustraer del ámbito judicial y evitar a los jueces la resolución de determinados temas- normalmente cuestiones de hecho- que exigirían procesos judiciales extensos en función de su tecnicismo, complejidad o de las incidencias que pueden producir".[69]

En Colombia en cambio, el arbitraje forzoso no está permitido puesto que ha sido declarado inconstitucional por ser contrario al artículo 116 de la Carta Magna de dicho país. La Corte Constitucional mediante sentencia de fecha 20 de mayo de 1997, razonó lo siguiente al respecto:

"Desde luego, conviene destacar que la realización de funciones jurisdiccionales por los árbitros requiere por exigencia constitucional la habilitación de las partes en conflicto para que puedan proferir, en cada caso en concreto, los fallos en derecho en equidad en los términos legalmente establecidos (CP, artículo 116); lo que indica que para que sea procedente la utilización de este mecanismo en la misión esencial de administrar justicia por particulares investidos transitoriamente de dicha facultad se requiere indefectiblemente el consentimiento o la habilitación por parte de aquellos que han optado por someter sus conflictos a la decisión arbitral.

Lo antes expresado significa que la mencionada habilitación a particulares para que ejerzan la función pública de impartir justicia debe darse mediante un acuerdo interpartes de escoger el mecanismo del arbitramento como el instrumento adecuado y competente para resolver sus diferencias".

En el caso de El Salvador, el arbitraje forzoso está permitido. Dos ejemplos que se pueden citar al respecto son: la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, que como se comentó anteriormente ha establecido de manera obligatoria que en caso de disputas entre la Administración y el contratista, éstos deben recurrir al trato directo, y en caso de que éste no fructifique, forzosamente deberán dirimir la controversia a través

[69] CAIVANO, Roque, *Arbitraje.... cit.*, p. 83.

de arbitraje de equidad. El artículo 161 de la citada ley expresa: «Para resolver las diferencias o conflictos que surgieren durante al ejecución de los contratos, se observará el procedimiento establecido en este capítulo, en particular el arreglo directo y el arbitraje de árbitros arbitradores». Cabe agregar que esta es una norma de orden público y de carácter especial, tal como lo confirma el artículo 173 de dicha normativa: « Las disposiciones de esta ley, por su especialidad prevalecerán obre cualquier otra que con carácter general o especial regule la misma materia. Para su derogatoria o modificación se le deberá mencionar expresamente», y por tanto en este tipo de controversias tiene preeminencia su aplicación por sobre la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje que regula disputas meramente entre particulares de carácter civil y mercantil.

Las circunstancias que han motivado al legislador para establecer esta obligatoriedad, tiene un fundamento de justicia, de compensación. En este tipo de contratos sometidos a esta ley, como se expresó anteriormente, el contratista está sujeto al poder exorbitante de la administración pública, y someter además el conocimiento de una controversia de esta naturaleza a la jurisdicción ordinaria, que por lo general puede durar mucho tiempo, sería extremadamente pernicioso para el particular.

Otro ejemplo de esta clase de arbitraje forzoso en la legislación salvadoreña, es el impuesto de manera obligatoria por el Código de Comercio para dirimir las controversias que surjan entre los socios de una sociedad de personas (artículos 66 al 72 C.Com. de El Salvador)

Nuestro razonamiento es que esta clase de arbitraje de ninguna manera contraviene el artículo 23 de nuestra Constitución, ya que lo que éste establece es la facultad de solucionar las controversias de carácter mercantil y civil, por parte de las personas que tienen la libre administración de sus bienes a través de transacción o arbitraje (es decir, la disposición obra en un sentido positivo), no la prohibición de que el legislador por determinadas circunstancias, pueda consagrar el arbitraje forzoso como mecanismo de solución de controversias.

5.6. Quinta clasificación: El arbitraje vinculante y el arbitraje no vinculante, otras clases de arbitraje

5.6.1 Arbitraje vinculante

Es aquél en el cual el laudo pronunciado por el tribunal arbitral es obligatorio para las partes. En caso de no acatarse por las partes de manera voluntaria, éste puede ejecutarse (con la misma fuerza ejecutiva de una sentencia judicial) por la parte requirente ante el órgano jurisdiccional. Esta clase de arbitraje es la más conocida y practicada en El Salvador

5.6.2. Arbitraje no vinculante

Es utilizado sobretodo en Estados Unidos, en ese caso el laudo pronunciado por los árbitros no es obligatorio para las partes, pero puede servirles de base para el logro de un acuerdo. Es decir, cualquiera de las partes puede decidir no acatar el laudo emitido por el tribunal arbitral y recurrir a otro medio de solución de la controversia, incluso un proceso judicial.[70]

Además de las clases de arbitraje anteriormente explicadas, especialmente en los Estados Unidos de América se practican algunas especies de este medio de solución de controversias, con particularidades muy especiales, entre ellas:

5.6.3. Alto- Bajo Arbitraje (High- Low Arbitration)

Como la mayoría de clases de arbitraje, esta especie es vinculante para ambas partes. Sin embargo para evitar el riesgo de obtener un laudo inaceptable para las partes, éstas acuerdan establecer un límite mínimo y un máximo dentro de los cuales los árbitros pueden rendir su resolución. Por ejemplo ellas podrían acordar que el árbitro puede establecer en un laudo una condena no menor a cien mil dólares y no mayor a quinientos mil dólares, para la parte que gane el caso.

[70] LOVENHEIM, Peter, *op. cit*, p. 1/18.

5.6.4. Arbitraje béisbol (Baseball arbitration)

Después de ser presentada la evidencia y los argumentos de las partes, cada una de ellas da al árbitro una propuesta a la cual podría adaptarse para solucionar el caso. El árbitro debe escoger entonces entre las propuestas de las partes, una u otra, y ningún otro laudo puede ser rendido.

5.6.5. Arbitraje de béisbol nocturno (Nigth baseball arbitration)

Como en el denominado por los norteamericanos arbitraje béisbol, cada parte escoge un valor para el reclamo del caso y lo intercambia con la otra. Sin embargo, esas propuestas no son reveladas al árbitro, de allí el nombre de esta figura, (*nigth* significa noche, nocturno en inglés), también es llamado *baseball* nocturno. El árbitro hace una decisión acerca del monto del caso, entonces las partes deben aceptar cualquiera de sus propias propuestas que se acerquen más a la resolución brindada por el árbitro.[71]

5.6.6. Arbitraje de vía rápida (Fast Track)

Se dice que esta es una nueva figura en el arbitraje comercial internacional, y gracias a la participación de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI se ha vuelto una realidad. Se aplica sobretodo a contratos que tienden a renegociarse en un período de tiempo, los cuales establecen los pasos a seguir para el proceso de renegociación. En el proceso que sirvió como precedente a esta clase de arbitraje, las partes habían acordado lo siguiente: la parte que diera inicio al proceso debía remitir notificación escrita de sus propuestas a la otra parte al menos sesenta días antes del nuevo año del contrato. La otra parte debía responder por escrito dentro de los quince días siguientes a la referida notificación.

Sino se llegaba a un acuerdo por las partes quince días antes del inicio del nuevo año de contrato, cada parte podría dentro de los siguientes diez días, recurrir al arbitraje bajo las reglas de la ICC. El tribunal arbitral conformado debía rendir su laudo dentro de los sesenta días siguientes al comienzo del nuevo año de contrato, pero no se estableció la manera como este arbitraje debía ser conducido; las partes sólo acordaron que se compondría un tribunal arbitral de tres miembros que debía rendir su laudo únicamente sobre los

[71] LOVENHEIM, Peter, *op. cit.*, p.19.

puntos especificados en el acuerdo de vía rápida (*fast track*), en el plazo corto antes referido. Se dejó a disposición de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI y del tribunal arbitral el determinar cómo debía resolverse esta situación. Este fue el antecedente de esta clase de arbitraje, que debe su nombre al breve plazo brindado por las partes para resolver la controversia, facultando al centro de arbitraje y al tribunal arbitral para resolver sobre las cuestiones del trámite del proceso.[72]

6. El convenio arbitral

6.1. Concepto y formas del convenio

El artículo 3 letra "d" de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje define al convenio arbitral como un acuerdo por medio del cual las partes deciden someter a arbitraje las controversias que hayan surgido (presentes) o puedan llegar a surgir entre ellas (futuras), respecto de una determinada relación jurídica, de naturaleza contractual o extracontractual; sustrayendo por tanto de la jurisdicción ordinaria el conocimiento de la disputa suscitada.[73]

Este acuerdo de conformidad con el artículo 29 de la misma normativa, debe constar por escrito para mayor seguridad de las partes y del proceso mismo y puede estar incluido en un contrato como una cláusula arbitral o bien como un acuerdo independiente como podría ser una escritura de compromiso o cualquiera de las formas menos solemnes incluso permitidas por la ley. La disposición citada, incluso permite que este acuerdo se concretice a través del intercambio de cartas o de cualquier otro medio de correspondencia que inequívocamente deje constancia documental de la voluntad de las partes e someterse a arbitraje, como podría ser a través del telefax y el correo electrónico a nuestro parecer porque estos medios cumplen con las condición de dejar constancia de carácter instrumental de dicho acuerdo. Esta norma textualmente establece: "El convenio arbitral deberá constar por escrito. Podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la de un acuerdo independiente.

---

[72] VÁRADY Tibor, BARCELÓ, John J. III, VON MEHREN, Arthur T., *op. cit.*, p. 36

[73] SILVA SILVA, J., *op. cit.*, p. 59: "El acuerdo arbitral es un convenio y, como tal crea o transfiere derechos y obligaciones entre los comprometentes. Se trata de un convenio que incluye normas procesales, en lugar de sustantivas, o que designa normas procesales para solucionar el litigio. De ahí que se le considere también contrato procesal, acuerdo o contrato en un sentido amplísimo".

Se entenderá que el convenio se ha formalizado por escrito no solamente cuando esté contenido en documento único suscrito por las partes, sino también cuando resulte del intercambio de cartas o de cualquier otro medio de comunicación o correspondencia que inequívocamente deje constancia documental de la voluntad de as partes de someterse a arbitraje.

Asimismo se presume que el convenio arbitral se ha formalizado por escrito cuando a pesar de no existir acuerdo previo, por iniciativa de una de las partes involucradas, se somete una controversia a la decisión de uno o más árbitros que aceptan resolver la controversia, mediando asentimiento posterior de la otra u otras partes a dicho sometimiento.

Se presumirá que hay asentimiento cuando, notificada la parte contraria de la iniciativa de quien promovió la intervención de él o los árbitros, se apersona al procedimiento arbitral sin objetar dicha intervención".

El referido artículo de nuestra ley, ha seguido el criterio de la Ley Modelo de la CNUDMI (también conocida como UNCITRAL) y la Convención de Nueva York de 1958, eliminando la diferencia entre cláusula compromisoria y compromiso arbitral.[74] Entendiendo que la cláusula compromisoria es aquella que va incluida dentro del texto de un contrato principal y el compromiso arbitral es la escritura (instrumento) que contiene única y específicamente el acuerdo por medio del cual las partes deciden someter una controversia presente o futura al conocimiento de un tribunal arbitral. [75].

[74] Ley Modelo del CNUDMI, artículo 7: 1) El "acuerdo de arbitraje" es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan llegar a surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.
2) El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito. Se entenderá que el acuerdo es escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, teles, telegramas u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea negada por otra. La referencia hecha en un contrato a 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".

[75] BRANSON, Cecil Q.C., "Court Review of Awards in Their Country of Origin", en AAVV, *Commercial Mediation and .... cit.*, p. 194: "La Ley Modelo de Arbitraje fue adoptada por la Comisión Legal de Derecho de Comercio Internacional de las Naciones Unidas el 21 de junio de 1985, y por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 11 de diciembre del mismo año, recomendó a todos los Estados darle la debida consideración, en vista del deseo de uniformidad en los procedimientos de ley de arbitraje y de las específicas necesidades de la práctica del arbitraje."

Asimismo en sus últimos dos incisos, configura la hipótesis de que el acuerdo se concretice de manera tácita, cuando no existiendo acuerdo previo y se someta el caso a conocimiento de árbitros por una de las partes, y la otra comparezca al proceso sin refutar la intervención de los árbitros. En el caso del arbitraje nacional *ad hoc*, para citar un ejemplo, en estas circunstancias, la parte demandada debería de oponer la excepción de incompetencia del tribunal arbitral para conocer del caso, en el plazo de diez días hábiles siguientes al de la notificación de la demanda (en caso se haya llegado al extremo de constituir un tribunal arbitral) de conformidad al artículo 47 número uno inciso segundo de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje.

En todo caso si se estableciere un tribunal arbitral y consecuentemente se pronunciare un laudo arbitral, en ausencia de un convenio arbitral y sin que la parte haya validado la actuación de los árbitros, con fundamento podría alegar la nulidad del laudo por haber recaído éste sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros.

En síntesis, se puede afirmar que la cláusula arbitral es de fundamental importancia porque es la que da vida al arbitraje. Es el punto de partida y el marco en el cual se desarrollará el proceso arbitral. Puede adoptar la forma de una escritura de compromiso o bien de una cláusula arbitral que forma generalmente parte del contenido de un contrato. En el caso de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje de El Salvador puede constituirse incluso a través de un simple intercambio de escritos entre las partes en las que conste su intención de someter su disputa a arbitraje.

La sentencia 1398 SS, pronunciada por la Sala de lo Civil de la Corte suprema de Justicia de El Salvador, sobre el fundamento y la trascendencia del convenio arbitral, expresa lo siguiente:

"La facultad concedida a las partes de resolver sus asuntos por la vía arbitral es un principio reconocido en la Carta Magna Art. 23 Y desarrollado en varias normas del Código de Procedimientos Civiles, Código de Comercio y Ley de Procedimientos Mercantiles, lo que hace desde luego, obligatorio su cumplimiento al pactarse esta jurisdicción mediante la cláusula compromisoria en él contenida"

6.2 Naturaleza Jurídica

Existen diversas teorías que tratan de explicar la naturaleza del convenio arbitral, entre éstas se encuentran las que expresan que se trata de:

6.2.1. Un contrato

Conforme a esta concepción, el convenio arbitral tiene una naturaleza contractual porque crea obligaciones para las partes y éstas deben acatarlo. Por tanto, con base a este razonamiento el convenio arbitral no sólo obliga a los contratantes, "sino que impone al juez el deber de observarlo a fin de que se cumpla la voluntad contractual". De tal manera que el 1416 del Código Civil al consagrar el principio de que "El contrato es ley para las partes" como explica el tratadista chileno Luis Claro Solar "se dirige al mismo tiempo al juez; desde que suscitándose cualquiera controversia entre los contratantes referente a la ejecución del contrato (en el presente caso, la cláusula arbitral), es el juez el llamado a procurar como autoridad pública el cumplimiento de las obligaciones tales como en el contrato fueron establecidas. El juez no puede alterar las obligaciones que el contrato establece; si pudiera hacerlo fundamentándose en la equidad, desaparecería la confianza en la fuerza de las convenciones".[76] Por ello cuando una de las partes es demandada ante un juez ordinario, existiendo de por medio una cláusula arbitral, si se invoca por ésta la excepción de arbitraje, el juez debe declararse incompetente.

El árbitro guatemalteco Antonio Rivera Neutze, comparte la concepción de que el convenio arbitral es un contrato al expresar: "la cláusula arbitral se considera como un contrato distinto y por tanto, si el compromiso o la cláusula compromisoria son válidos, por cumplir los requisitos de forma y fondo que exigen las leyes, los árbitros pueden decidir sobre la validez del contrato principal..."[77]

6.2.2. Un acuerdo

Carnelutti partidario de esta tesis, al respecto expresó: "... la cláusula, como el compromiso, no es un contrato sino un acuerdo; en otros términos, integra la

[76] CLARO SOLAR, L. *op. cit.*, pp. 468,469.
[77] RIVERA NEUTZE, A., *op. cit.* , p. 51.

conocida figura del acto complejo, que no compone intereses opuestos sino que desarrolla intereses paralelos".[78] Igual posición asume Dante Barrios de Angelis, que niega la calidad de contrato del laudo arbitral, y le da el carácter de un acuerdo.

Anteriormente comentamos cual es la diferencia entre una convención (acuerdo de voluntades que hace nacer, modifica o extingue obligaciones jurídicas) y un contrato (acuerdo de voluntades que por excelencia crea obligaciones jurídicas). De allí que al afirmar que el convenio arbitral es simplemente una convención, a nuestro criterio es una teoría demasiada vaga e incierta, porque el convenio arbitral es un acuerdo de voluntades que no modifica, ni extingue obligaciones; sólo las crea (resolver las controversias a través de arbitraje) y por lo tanto su naturaleza jurídica es un contrato.

6.2.3. Una transacción

La transacción es conforme al artículo 2192 de nuestro Código Civil (incluido en la parte referente a los contratos): "un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigo eventual". Si bien es cierto, la transacción es un acuerdo de voluntades, es apropiado aclarar que el convenio arbitral no es una transacción, puesto que la primera es una forma de extinguir obligaciones de conformidad al artículo 1438 del referido código. En cambio el convenio arbitral lo que hace es establecer un medio de solución de controversias (el arbitraje) entre las partes. En todo caso crea obligaciones, no las elimina.

6.2.4. Una institución

Trata de definir al arbitraje simple y llanamente como una institución por la que una o más personas dan solución a un conflicto planteado por otras las cuales se comprometen previamente a aceptar dicha decisión.[79] En ese orden

---

[78] CARNELUTTI, Francesco, *Cláusula Compromisoria y Competencia de los Árbitros. Estudios de Derecho Procesal. Vol. II.* Ejea. Buenos Aires, 1952, p. 558. "La transacción es un contrato, mientras que el compromiso (arbitral) representa un acuerdo".

[79] CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual Tomo I,* Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina, p. 349: "El legislador entiende por arbitraje la institución por la que una o más personas dan solución a un conflicto planteado por otras que se comprometen previamente a aceptar su decisión. Por le contrario, no se considera arbitraje la intervención de un tercero para resolver un conflicto pendiente, sino para integrar una relación jurídica todavía no definida terminantemente".

de ideas, una institución jurídicamente se define como un conjunto de normas jurídicas que regulan una determinada actividad en la sociedad. Ésta es a nuestro juicio, la posición más fácil y a la vez más confusa y por lo tanto debe desecharse esta concepción.[80]

En nuestra opinión, la doctrina de que el convenio arbitral es un contrato es la correcta y es conforme con el artículo tres literal "d" de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje, aunque si bien es cierto la norma citada sólo establece que el convenio arbitral "es un acuerdo" sin expresar concretamente que sea un contrato; jurídicamente los acuerdos o convenciones (género) crean, modifican o extinguen obligaciones jurídicas; y sólo los contratos (especie) son los acuerdos de voluntades que crean obligaciones jurídicas. En el presente caso es aplicable el razonamiento de que es un contrato, puesto que crea la obligación de las partes de abstenerse de dirimir su controversia a través del Órgano Judicial y les impone recurrir al arbitraje para solucionar sus conflictos. [81]

6.3. Requisitos y elementos del convenio arbitral

6.3.1. Requisitos de existencia

El convenio arbitral deberá contener requisitos de existencia, los cuales son:

a. Consentimiento

El convenio de arbitral tiene una naturaleza contractual y si el contrato por definición es un acuerdo de voluntades que crea obligaciones jurídicas; entonces uno de los requisitos para la existencia del convenio arbitral es el consentimiento de las partes. De lo anterior podemos partir que los vicios del consentimiento: dolo, error y fuerza, también pueden afectar la existencia del convenio arbitral.

---

[80] PALLARES, Eduardo, *op.cit.*, p.427:" El concepto de institución está relacionado con la doctrina relativa a la naturaleza jurídica del proceso. Éste es en realidad una institución jurídica, sea que se le defina como un conjunto de normas concatenadas entre sí y debidamente unificadas que ordenan determinadas actividades sociales, que a su vez, merecen una legislación especial por la importancia que tienen la vida del Estado y por su permanencia en el tiempo y el espacio..."

[81] IMHOOS, Christophe y VERBIST, Herman, *op.*cit, p.140: "...la intención de recurrir al arbitraje se materializa mediante un contrato (el acuerdo de arbitraje), negociado entre las partes implicadas y completamente diferenciado del contrato mercantil en el que se inscribe.. .El acuerdo de arbitraje es un contrato particular, pues pretende organizar la solución de las controversias que pudieren surgir del contrato en que se incluye".

b. Capacidad

Las personas que prestan su consentimiento para la conformación del convenio arbitral deben de ser legalmente capaces, por ello es que el artículo 23 de la Constitución de El Salvador, establece que ninguna persona que tenga la libre disposición de sus bienes puede ser privada del derecho de resolver sus asuntos civiles o comerciales por transacción o arbitramento; de lo que resulta obvio que una persona que sea incapaz no puede brindar sus consentimiento para recurrir a arbitraje.

En el caso de las personas jurídicas éstas deben concurrir por medio de representante legal debidamente facultado para otorgar actos como el de suscribir un convenio arbitral. Si la respectiva escritura de constitución de la sociedad facultara al director presidente o quien tenga la representación legal de la sociedad para «Celebrar toda clase de contratos...", esta disposición sería suficiente para suscribir un convenio arbitral, ya que como se explicó anteriormente éste viene a ser una especie de contrato dentro de otro contrato.

c. Objeto.

El objeto del acuerdo arbitral, el litigio *in genere* señalado en el convenio arbitral debe ser lícito, y no contrario a la moral ni a las buenas costumbres. Al tratar el punto de la descripción del tipo de controversia sometida a arbitraje, se comentará el tema de la arbitrabilidad del conflicto, íntimamente vinculado a este elemento.

d. Forma.

Se refiere a la forma de concretización del acuerdo arbitral, para que éste surta efectos. Anteriormente se trató el tema de las formas del convenio y la concepción moderna que consigna la Ley Modelo CNUDMI, y que acogió la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje de El Salvador de que el convenio arbitral es un contrato. Pero surge la interrogante, sobre la clase de contrato a la que pertenecería de acuerdo a su forma de perfeccionarse.

Conforme a los preceptos contenidos en el artículo 29 de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje, tenemos que concluir que sería un contrato solemne, entendiendo como solemnidad la manera específica de consentir establecida

por la ley para que un contrato surja a la vida del derecho, y en el presente caso, consiste en que esa voluntad conste por escrito. Es más la ley incluso presume «que el convenio arbitral se ha formalizado por escrito cuando a pesar de no existir acuerdo previo, por iniciativa de una de las partes involucradas, se somete una controversia a la decisión de uno o más árbitros que aceptan resolver la controversia, mediando asentimiento posterior de la otra u otras partes a dicho sometimiento».

6.3.2. Elementos del convenio arbitral

Asimismo el convenio arbitral, debe contener elementos esenciales para su conformación efectiva, como lo son:

a. Descripción del tipo de controversia sometida arbitraje

Este es un elemento importante ya que demarcará la eventual competencia de los árbitros. Es facultad de las partes elaborar cláusulas amplias como: "Todas las controversias que se deriven del presente contrato..."; o bien restringir la competencia del tribunal arbitral sólo a determinados casos como: "Todas las controversias del presente contrato referentes a la interpretación y nulidad de éste...". En esta última circunstancia si surgiera una disputa referente a la resolución del contrato el tribunal arbitral será incompetente de conocer dicha situación, ya que las partes no le facultaron para ello (cláusulas cerradas). El alcance de la cláusula arbitral dependerá en todo caso de las partes, siempre y cuando se trate de una materia arbitrable, con base en el principio de la autonomía de la voluntad.

Un punto importante que se debe de estudiar en este tema por estar íntimamente vinculado, es el de la arbitrabilidad del conflicto. En general todos aquellos asuntos civiles o comerciales, en los cuales las partes involucradas tengan la libre administración de sus bienes, conforme al fundamento constitucional establecido por el artículo 23 de nuestra Carta Magna; esta concepción está contenida en la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje en su artículo 22.

Es oportuno acotar que un conflicto puede resultar no sujeto a arbitraje, no sólo en virtud de la prohibición de la ley, sino también por la voluntad de las partes. Es decir, puede que éstas limiten el alcance de la cláusula arbitral a

determinados tipos de controversias y reservar otras para el conocimiento del órgano judicial, mediante la redacción deliberada de cláusulas cerradas.[82]

En El Salvador la materia no sujeta a arbitraje por ley está establecida en el artículo 23 de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje titulado "Materias Excluidas", que establece que clase de disputas no pueden someterse a esta vía de resolución de conflictos, y cuyo texto es el siguiente:

"No podrán ser objeto de arbitraje:

a) Los asuntos contrarios al orden público o directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado o de personas de derecho público;
b) Las causas penales, excepto en lo relativo a la responsabilidad civil proveniente del delito;
c) Los alimentos futuros;
d) Las controversias relativas a bienes o derechos de incapaces, sin previa autorización judicial;
e) Aquellos conflictos relacionados con el estado familiar de las personas, excepto en lo relativo al régimen patrimonial atinente con éste; y,
f) Las cuestiones sobre las cuales haya recaído sentencia judicial firme."

Lo referente al orden público se profundizará posteriormente al estudiar las causas que por las que procede la denegación del reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral internacional de acuerdo a las convenciones sobre la materia; pero citamos con respecto a los demás casos algunos ejemplos para clarificar el tema: si un menor de edad firma un convenio arbitral en el cual somete a este medio la solución de conflictos referentes a bienes de su propiedad, este acuerdo arbitral sería inválido e incluso podríamos hablar de inexistencia porque forma parte de la esencia del arbitraje, que la persona que se somete a él tenga la libre disposición de sus bienes, tenga capacidad[83].

---

[82] SILVA SILVA, J., *op. cit.*, p. 82: La inarbitrabilidad se indica en la ley, pero puede resultar también de la voluntad de las partes. Por tanto, en una primera clasificación, los litigios pueden resultar inarbitrables, ya sea por disposición de la ley o tratados o de los compromitentes"

[83] SILVA SILVA, J., *op. cit.* , p. 75: "Las partes del acuerdo arbitral deben ser capaces de pactar; de lo contrario, aquél resultará inválido.
Es necesario que las partes compromitentes posean facultades para transigir sobre la materia u objetos litigiosos; de lo contrario, el acuerdo resultará nulo.

Por carecer de legitimación, el tutor no puede transigir respecto a los negocios de los incapacitados ni los albaceas frente a la masa hereditaria, salvo que el primero obtenga autorización judicial o el segundo la de los herederos".

No es procedente someter a arbitraje una disputa sobre la cual existe ya una sentencia judicial firme (es decir contra la cual ya no existe recurso alguno que se pueda interponer). En este caso existe cosa juzgada respecto a la sentencia judicial que previamente ha dirimido la controversia, y ése es el fundamento del artículo 23 letra"f" de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje.

De igual manera los conflictos de carácter penal, por su propia naturaleza (salvo la responsabilidad civil proveniente del delito), no son susceptibles de someterse al conocimiento de árbitros.

Mención aparte merece el caso de los alimentos futuros, es decir disputas en materia de familia que versen sobre la obligación de pagar alimentos en un tiempo venidero, no presente; éstas no pueden someterse arbitraje.

Para establecer un ejemplo: en una escritura pública de matrimonio no es procedente por ser materia no sujeta a arbitraje por ley, establecer un convenio arbitral en el cual se prevenga que cualquier eventual disputa sobre el pago de cuota alimenticia que pueda surgir entre los cónyuges, será sometida a algún tipo de arbitraje.

En El Salvador, la sentencia 1507 SS., pronunciada por la Sala de lo Civil a las nueve horas del diecinueve de agosto de dos mil dos, expresó un criterio que no compartimos ya que hace intrascendente la descripción de la controversia que ha de someterse a arbitraje, dando por sentado que basta un convenio arbitral, para que "este sea procedente; sin embargo como se ha explicado en este acápite puede que por diversas circunstancias las partes no hayan sometido algún tipo de disputas a conocimiento de un tribunal arbitral, no obstante existir un convenio arbitral; dicha resolución en lo pertinente expresa :

"Por otra parte, el Art. 69 Com. establece: "Cuando exista entre los socios alguna desavenencia que deba resolverse por arbitraje, los puntos sobre los cuales deberá recaer serán fijados en la demanda y en la contestación, si en esta se propusieren nuevos"; entonces, según la ley, los puntos a someter a arbitraje se plantean en la solicitud o demanda respectiva. La fijación de la cláusula de compromiso en un contrato no tiene por qué determinar al pie de la letra los puntos que se someterán a discusión. Consiste básicamente en

una renuncia a la solución de los conflictos por la vía jurisdiccional. Se trata simplemente de escoger la vía arbitral haciendo uso del derecho que le concede la Constitución. Art. 23.

Congruente es recordar un punto que la Sala ha tratado con anterioridad y es la dificultad de prever, al momento de celebrar un contrato, que deberá cumplimentarse en el transcurso del tiempo, los posibles problemas, reclamos o circunstancias que puedan presentarse, para establecer resolverlos por la vía del Arbitraje; y como es lógico, el delimitar a priori los puntos que podrán ser sujetos de resolución, ciertamente limita las reclamaciones posteriores y pudiese lesionar los derechos de alguna de las partes."

En el arbitraje internacional encontramos jurisprudencia al respecto: En el caso Mediterranean Enterprises Inc. (MEI) V. Ssanyong Corp., el cual se refiere a un acuerdo preliminar entre una empresa estadounidense con domicilio en California MEI, y Ssangyong, de nacionalidad coreana, a efecto de establecer una empresa de forma conjunta, con el objetivo de licitar proyectos de construcción en Arabia Saudita; sin embargo dicha empresa no se llegó a constituir y la compañía estadounidense demandó a Ssangyong ante el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos en California. La cuestión jurídica a resolver consistía en que la cláusula arbitral que contenía el acuerdo rezaba que cualquier disputa... que surja de este contrato" era de carácter amplio para comprender todos los reclamos de MEI.

El tribunal resolvió que las frases "que surja de este contrato" convertían al convenio arbitral en restrictiva y por tanto limitaba la competencia del tribunal arbitral a las disputas relacionadas con la interpretación y el cumplimiento del contrato; por lo que las reclamaciones referentes al incumplimiento de un tercer contrato, y la respectiva determinación del valor y cobro de los servicios prestados, quedaban fuera de la competencia de un tribunal arbitral.

También en Estados Unidos, con respecto al tema en estudio se cita como precedente el caso *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler – Plymouth Inc.*, referente a una disputa sobre un contrato de ventas y distribución de autos entre la sociedad de nacionalidad japonesa Mitsubishi Motors Corp. y al puertorriqueña *Soler Chrysler – Plymouth Inc*, en la cual la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos dictaminó era de carácter amplio y abarcaba los reclamos de la sociedad *Chrysler – Plymouth Inc*, referentes al

incumplimiento del contrato y la infracción de leyes antimonopolio. Dicho tribunal resolvió:

"... las cuestiones relativas al respeto por las relaciones internacionales, el respeto por la competencia de los tribunales extranjeros y trasnacionales, y la sensibilidad respecto a la necesidad del sistema comercial internacional para la previsibilidad del arreglo de las diferencias, nos llevan ha hacer cumplir el contrato entre las partes, aunque suponemos que el resultado habría sido diferente en el contexto nacional"[84]

b. Clase de arbitraje que las partes desean

En el ámbito internacional, éste es un punto de vital importancia y lamentablemente en nuestro medio, se han cometido errores crasos como redactar una cláusula arbitral con la mayoría de sus elementos, pero se olvida por las partes, sus abogados y el notario mismo establecer la clase de arbitraje al cual las partes se someten. No se establece en este tipo de cláusulas si conocerán árbitros de derecho o árbitros arbitradores de los conflictos sometidos a su conocimiento. En nuestra legislación se solucionó el problema por medio del inciso segundo del artículo 59 la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje, estableciendo que si las partes no establecen nada al respecto, los árbitros deberán resolver en equidad.

En el Derecho comparado el Reglamento de Procedimientos de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC), opta por una solución distinta en su artículo 30. Establece que el tribunal arbitral aplicará la ley que las partes hayan indicado para resolver el fondo del conflicto. Si éstas no hubieren indicado la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables; pero el tribunal arbitral sólo resolverá «como amigable componedor o *ex aequo et bono*», si las partes lo han autorizado de manera expresa para ello y si la ley aplicable al procedimiento arbitral permite esa clase de arbitraje. Este reglamento opta por una medida totalmente distinta a la adoptada por la ley nacional.

---

[84] GUSTAFSON, Charles H., *Arbitraje Internacional*, Georgetown University Law- INCAE, Managua, 1999, pp. 8 y 30.

c. Número de árbitros y forma de nombramiento

Para el caso de El Salvador, la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje establece que las partes deben establecer el número de árbitros que desean resuelvan su eventual o presente controversia, el cual siempre deberá ser impar (al igual que lo dispone la Ley de Arbitraje 60/2003 de España en su artículo 12). Son las partes las que en su libre autonomía deciden si nombran un árbitro único o un tribunal colegiado.

Para disputas de menor cuantía (menores de veinticinco mil colones) se recomienda un árbitro único, a efecto de no incrementar los gastos del proceso en relación con el monto de la disputa.[85]

También es importante determinar la forma de nombramiento de los árbitros, si las partes lo harán de común acuerdo y de manera directa o si delegarán en un tercero el nombramiento total o parcial (sólo el tercer árbitro por ejemplo) de los miembros del tribunal arbitral.

El artículo 37 en sus incisos primero y segundo de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje, regula que las partes podrán nombrar a los árbitros de manera directa y de común acuerdo o bien establecer que un tercero (ya sea persona natural o jurídica), realice la designación parcial (ejemplo: el nombramiento del presidente del tribunal) o total de los árbitros. Asimismo establece que en caso de que las partes no se pongan de acuerdo en el nombramiento de los árbitros, cada parte nominará a uno y los designados elegirán al tercero quien fungirá como presidente del tribunal.

d. Derecho de fondo aplicable al contrato

Las partes deben establecer en el caso del arbitraje de derecho, cual será la legislación aplicable para dirimir la controversia por parte de los árbitros. Aspecto que es de suma importancia y debe ser tomado en cuenta sobretodo para el arbitraje internacional. En el ámbito nacional si las partes no establecen el derecho aplicable, se entendería que es un arbitraje de equidad (artículo 57 de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje).

---

[85] Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje de El Salvador, artículo 34: "Las partes determinarán el número de árbitros que, en todo caso, será impar. A falta de acuerdo de las partes los árbitros serán tres, si la controversia es de mayor cuantía, o uno si ella es de menor cuantía".

Un punto que es importante destacar a efecto de aclarar cualquier confusión, es que si bien es cierto que algunos convenios internacionales o disposiciones sobre la materia, como la Ley Modelo UNCITRAL permiten que los árbitros puedan tomar en cuenta los usos mercantiles, ello no puede ir en detrimento del Derecho de fondo escogido por las partes en la respectiva cláusula arbitral para resolver la controversia. En cuanto a la aplicación de la *lex mercatoria*, es útil lo establecido en el preámbulo de los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales de UNIDROIT (Instituto Internacional Para la Unificación del Derecho Privado):

> «Ellos deberán aplicarse cuando las partes hayan acordado someter el contrato a sus disposiciones. Estos Principios pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que el contrato se rija por los «principios generales del derecho», la «*lex mercatoria*» o expresiones semejantes. Estos Principios pueden proporcionar una solución a un punto controvertido cuando no sea posible determinar cuál es la regla de derecho aplicable a dicho contrato.

Estos principios pueden ser utilizados para interpretar o suplementar textos internacionales de derecho uniforme. Estos principios pueden servir de modelo para la legislación a nivel nacional o internacional». Lo anterior ha dado lugar a los que se conoce como los laudos flotantes, entendiendo por flotantes, aquéllos que se originan cuando las partes convienen en que el Derecho aplicable al contrato sea la *lex mercatoria*, la costumbre internacional o los principios de la UNIDROIT puesto que en estos casos el laudo que se emita será anacional o flotante, ya que su fundamento no radica en el derecho positivo de un país. [86]

Podemos concluir que las partes de conformidad al principio de autonomía de la voluntad (*pacta sunt servanda*), pueden perfectamente disponer que en caso de que un tribunal arbitral se constituya a efecto de dirimir una controversia entre ambas, aplique como fundamento de su laudo la *lex mercatoria*, la costumbre internacional o los principios de la UNIDROIT.

---

[86] SANTOS BELANDRO, R., *Arbitraje Comercial Internacional*, Editorial Oxford Press, México D.F., 2001, pp. 28- 31: "Estos, son los laudos a los que, mediante una manifestación expresa de la voluntad de las partes realizada en el acuerdo arbitral, se intenta desligarlos o desprenderlos de toda ley nacional, a fin de permitir que la controversia planteada sea resuelta por los árbitros sin basarse en una ley – estatal aún las imperativas. En esta hipótesis, únicamente se habrá de recurrir a las cláusulas del contrato y al propio criterio del tribunal arbitral".

e. Procedimiento aplicable ("Lex arbitri")

Se deben establecer cuales son las reglas de procedimiento aplicables al arbitraje. En el caso del arbitraje institucional serán las del reglamento del centro respectivo. En el arbitraje *ad hoc*, las partes tiene completa libertad de poder escoger las reglas que crean más apropiadas para su controversia, de no hacerlo si se tratase de un arbitraje nacional se aplicaría de manera subsidiaria el procedimiento establecido en el artículo 47 de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje.

f. Idioma del arbitraje

Sobretodo en el caso de arbitraje internacional es esencial aclarar el lenguaje que deberán utilizar los árbitros. Al respecto el artículo 53 de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje establece:

> "Las partes podrán acordar libremente el idioma que además del castellano haya de utilizarse en las actuaciones arbitrales. A falta de tal acuerdo, el tribunal arbitral determinará el o los idiomas a emplearse en las actuaciones. Este acuerdo o esta determinación será aplicable, salvo pacto en contrario, a todos los escritos de las partes, a todas las audiencias y a cualquier laudo, decisión o comunicación de otra índole que emita el tribunal arbitral.
> El tribunal arbitral podrá ordenar que cualquier prueba documental vaya acompañada de una traducción a uno de los idiomas convenidos por las partes o determinados por el tribunal arbitral".

g. Lugar del arbitraje

Las partes tienen completa libertad para designar el lugar del arbitraje, en el caso del arbitraje internacional es importante señalar la ciudad en la que habrá de desarrollarse.

En cuanto al espacio físico, donde el arbitraje se deberá desarrollar nuestra normativa también concede libertad a las partes para que lo determinen.

El artículo 52 de Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje establece:

"Las partes podrán determinar libremente el lugar del arbitraje. Si no

está previsto en el Convenio Arbitral, cuando el arbitraje fuere institucional, o los árbitros en los demás casos". Podemos resumir, en lo que respecta al idioma y lugar del arbitraje que la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje de El Salvador (artículos 52 y 53) establece la libertad plena para que las partes puedan determinar el idioma del arbitraje y el lugar en que habrán de celebrarse las audiencias del proceso. Cuando las partes no hayan dispuesto con respecto adonde se desarrollará el arbitraje, se estará a lo que dispongan los árbitros, o en el caso del arbitraje institucional, el centro respectivo.

h. Nacionalidad de los árbitros

Sobretodo si las partes de un contrato son de diferentes países, al momento de redactar la cláusula arbitral es importante, establecer la nacionalidad de los árbitros. Es aconsejable que las partes designen árbitros, en cuyos países se practique el mismo o similar sistema jurídico al de la ley del foro que habrá de regir el arbitraje.

6.4. Cláusulas patológicas

En caso de no redactarse una cláusula arbitral, de conformidad a los requisitos que no son necesarios para su efectiva aplicación, se podrían configurar las denominadas en doctrina como cláusulas patológicas. Con esta denominación se conocen las cláusulas arbitrales que no obstante establecer el deseo de las partes de dirimir su eventual controversia a través de esta medio, por su pésima redacción vuelven ineficaz esta intención por la imposible administración del arbitraje.

Éste es un problema muy común en El Salvador, donde los notarios al redactar la cláusula referente a la solución de controversias o arbitraje cometen errores en su elaboración, manifestando un profundo desconocimiento de la materia. Por lo anterior, cuando posteriormente surgen los conflictos entre las partes firmantes del contrato respectivo y alguna de ellas desea recurrir al arbitraje, enfrenta una serie de obstáculos para su aplicación.

Entre estos tipos de cláusulas, el Centro de Comercio Internacional cita como prototipo las siguientes:

a. La llamada cláusula "excepcional", que es tan generalizada que no contiene los elementos mínimos de un convenio arbitral, por ejemplo: "Todas las controversias que surgieren producto del presente contrato se solucionarán por medio de arbitraje". Acá no se determina el número de árbitros, la clase de arbitraje, el ente o persona nominador del tercer árbitro en caso de discordia, derecho aplicable, idioma y lugar del arbitraje (importante sobretodo si es un arbitraje internacional), entre otros.

b. Cláusulas que designan de manera inexacta o incorrecta la institución arbitral a cuyo reglamento supuestamente las someten su controversia. Ejemplo: "Toda controversia que se refiera al incumplimiento, interpretación o ejecución de este contrato se resolverá por arbitraje de conformidad con el Reglamento de la Comisión Interamericana de Arbitraje (CIAC) con sede en París". (La CIAC, no tiene su sede en París, posee su sede principal en Nueva York, y secciones nacionales en los países miembros).

c. El Centro de Comercio Internacional, cita como cláusula patológica, el mezclar el arbitraje con el procedimiento judicial ante un juzgado o tribunal estatal:

> "Toda controversia que surgiere producto de la ejecución del presente contrato se someterá necesariamente a arbitraje conforme al reglamento de.....; en caso de desacuerdo entre los árbitros elegidos por las partes, se acuerda que la controversia se someta a los juzgados y tribunales de los estados".[87] En este caso la ambigüedad de la cláusula da lugar a confusión por la mezcla de instituciones que conjuga y que son excluyentes.

d. Por último están los denominados compromisos "desastrosos" que hacen una mezcla desacertada e ilógica de los elementos del convenio arbitral; un ejemplo de esta clase de cláusulas es el siguiente:

> "Toda controversia que se derive del presente contrato referente a su interpretación, vigencia, cumplimento o ejecución, se resolverá por medio de arbitraje.
>
> Los árbitros de nacionalidad argentina, serán nombrados por la Cámara de Comercio de Guatemala, aplicarán el derecho sustantivo francés y deberán seguir las normas de procedimiento arbitral

[87] CENTRO DE COMERCIO INTERNACIONAL, *op. cit.*, pp. 176, 177.

establecidas en el Código de comercio de Nicaragua. El idioma del arbitraje será el inglés".

La solución para evitar este tipo de problemas es redactar una cláusula arbitral que sea eficiente en la práctica al momento de recurrir al arbitraje, que prevea las posibles situaciones que se puedan plantear y que reúna todos los elementos que configuran una cláusula arbitral que se han expuesto en este capítulo.[88] Si las partes desean siempre someter su disputa a arbitraje, ante la presencia de cláusulas patológicas; la mejor solución es reformarla de mutuo acuerdo, ya que es una cláusula que la doctrina califica de patológica; pero esta situación puede generar dificultades, puesto que la práctica nos demuestra que en nuestro medio (y en cualquier parte del mundo) cuando las partes firman un contrato, lo hacen en armonía, pero posteriormente si en su desarrollo surgen desavenencias es difícil que se pongan de acuerdo en modificar el contrato original (por desconfianza o por cualquier otra circunstancia) lo cual incluye la cláusula arbitral.

---

[88] Modelos de cláusulas arbitrales. A continuación se transcriben algunos modelos de cláusula de arbitraje tanto institucional como *ad hoc*.

Cláusula de arbitraje institucional: " Todo litigio, controversia o reclamación resultante de este contrato o relativo a este contrato, su incumplimiento, resolución o nulidad, se resolverá mediante arbitraje (clase) de conformidad con el Reglamento del Centro de Arbitraje de.....(Nombre de la institución)

El tribunal arbitral, estará compuesto por.....árbitros (árbitro único)

El lugar de arbitraje será...

El idioma a ser utilizado en el procedimiento arbitral será....

Este contrato será regido por el derecho sustantivo de (inserta la jurisdicción)"

Cláusula de arbitraje *ad hoc*: "Toda controversia, diferencia o reclamación que surja del presente contrato y de toda enmienda al mismo o relativa al presente contrato, incluyendo en particular su formación, validez, obligatoriedad, interpretación, ejecución, incumplimiento, terminación o nulidad, así como las reclamaciones extracontractuales, serán sometidas a arbitraje (clase) para su solución definitiva de conformidad con el procedimiento establecido (insertar el procedimiento escogido por las partes o sino se aplicaría el establecido en el Artículo 47 de la "Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje", en el caso de El Salvador)

El tribunal arbitral, estará compuesto por.....árbitros (árbitro único)

El lugar de arbitraje será...

El idioma a ser utilizado en el procedimiento arbitral será....

Este contrato será regido por el derecho sustantivo de (inserta la jurisdicción)".

6.5. La autonomía del convenio arbitral

Los artículos 30 y 51 de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje, establecen la autonomía del acuerdo arbitral, la primera de las disposiciones citada expresa:

"Todo convenio arbitral que forme parte de un contrato principal se considera como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. En consecuencia, la nulidad total o parcial de un contrato u otro acto jurídico que contenga un convenio arbitral, no llevará consigo de modo necesario la del convenio arbitral accesorio.

Los árbitros podrán decidir libremente sobre la controversia sometida a su pronunciamiento, la que podrá versar, inclusive, sobre los vicios que afecten el contrato o acto jurídico que contenga el convenio arbitral".

La autonomía del convenio arbitral consiste en la independencia que éste tiene con respecto a las demás cláusulas del contrato y debido a ello la nulidad o cualquier otro vicio del cual adolezca el contrato en el cual se incluye no le afecta o alcanza. Es decir que el convenio arbitral es autónomo del contrato sustantivo al cual se encuentra incorporado, por lo que no impide que un tribunal arbitral conozca de la controversia que pudiera surgir, e incluso se pronuncie sobre la validez o invalidez del contrato producto de los vicios de los que adolezca. [89]

De este fundamento se desprende la facultad de los árbitros de poder determinar su propia competencia, este principio es conocido en la doctrina

[89] IMHOOS, Christophe y VERBIST, Herman, *op. cit.*, p. 94: Si una de las partes impugnara la competencia del tribunal arbitral, al tiempo que alegara la falta de validez del acuerdo de arbitraje, el tribunal arbitral tendrá la facultad de decidir sobre su propia competencia, es lo que en general se conoce como el principio de *Kompetenz- Kompetenz*. La decisión sobre la competencia la tomará el tribunal arbitral, ya sea en un laudo provisional o en su laudo definitivo.

...Que un tribunal arbitral estime que el contrato en el que se recogía el acuerdo de arbitraje es inexistente o nulo, no se traduce en que el acuerdo de arbitraje en sí devenga inexistente o nulo. Es un principio conocido en arbitraje internacional que el acuerdo de arbitraje es "autónomo" y "separable" del resto de las estipulaciones del contrato. En consecuencia, el tribunal arbitral seguirá teniendo competencia para determinar los respectivos derechos y obligaciones de las partes y para pronunciarse sobre sus demandas y alegaciones, aunque el contrato en sí sea inexistente o nulo. Cualquier decisión dictada por un tribunal arbitral respecto de su propia competencia está, no obstante generalmente sujeta al control de los juzgados y tribunales de los estados en el lugar de su pronunciamiento"

como "*kompetenz- kompetenz*", el cual permite que un tribunal arbitral pueda conocer incluso sobre oposiciones relativas a la existencia, eficacia o la validez del convenio arbitral.

En la doctrina y jurisprudencia comparada Jorge Hernán Gil Echeverry, comenta:
"Los tribunales franceses, italianos y estadounidenses se han pronunciado también en general, por la autonomía del acuerdo arbitral.

En la jurisprudencia de los Estado Unidos de América se sostuvo igual criterio. Habiéndose celebrado un contrato de compraventa de lana, en que se incluyó la cláusula compromisoria, en virtud de la cual toda controversia que no se refiera al estado o calidad de las mercaderías sería sometida a la AAA, el comprador se opuso al arbitraje, alegando que el contrato se había celebrado con fraude. El tribunal de primera instancia decidió que habiéndose concertado el contrato principal con fraude, la cláusula arbitral carecería de validez. El Tribunal Superior, al revocar el fallo de primera instancia, sostuvo que "la cláusula de arbitraje es distinta de las demás disposiciones del contrato" y que no se había alegado que la cláusula compromisoria fuera fraudulenta y que ésta estaba concebida en términos lo bastante amplios para abracar el caso de fraude".[90]

Este principio es recogido por todas las legislaciones modernas (como la Ley de Arbitraje 60/ 2003 de España, en su artículo 22) que han tomado como

[90]GIL ECHEVERRY, J., *op. cit.*, pp. 138, 139. :"La jurisprudencia italiana ha reiterado en varios fallos el criterio sobre la autonomía de la cláusula compromisoria: La cláusula compromisoria, no es un pacto accesorio del negocio jurídico sustancial, al cual se adhiere, ya que debe distinguirse la función económica y la función jurídica del contrato, de la cuestión autónoma de la cláusula con que las partes derogan la competencia ordinaria; la cláusula no queda por tanto, necesariamente afectada por los vicios que adulteren el contenido negocial del acto en que se encuentra incluida; pueden tales vicios ser comunes al contrato y la cláusula, pero no comunicables. La cláusula compromisoria confiere a cada uno de los contratantes el derecho de obtener el perfeccionamiento del compromiso siempre que sea necesario provocar el ejercicio de la función de los árbitros, y se precluye la impugnación de la nulidad de la sentencia arbitral, si la excepción de la competencia de los árbitros, en relación con los límites de la cláusula, no ha sido propuesta en el curso del procedimiento arbitral; compete al juez ordinario interpretar la cláusula compromisoria a fin de establecer, en vía incidental, si una determinada cuestión es o no competencia de los árbitros. Cuando no se discute la obligación general de comprometer en árbitros las controversias que pueda originar el contrato a que se refiera la cláusula, los competentes para juzgar sobre la validez de la relación contractual no son los árbitros; a menos que por voluntad de las partes, no continúe en vigor la competencia del juez ordinario para resolver dicha cuestión".

base para su elaboración la Ley Modelo CNUDMI. El artículo 9 de esta Ley Modelo reza lo siguiente:

«Si se ha entablado la acción que se refiere al párrafo (L) del presente artículo, se podrá, no obstante, iniciar o proseguir las actuaciones arbitrales y dictar un laudo mientras la cuestión esté pendiente ante el tribunal»

La concepción de la autonomía también es recogida por las Reglas de Arbitraje Internacional de la Asociación Americana de Arbitraje, en su artículo 15, incisos primero y segundo, que facultan al tribunal arbitral para decidir con respecto a su competencia, lo cual incluye pronunciarse con respecto a la existencia, alcance o validez del convenio arbitral, y agrega:

"El tribunal tendrá la facultad de determinar sobre la existencia o validez de un contrato del cual forme parte la cláusula de arbitraje.
Dicha cláusula de arbitraje será tratada como un acuerdo independiente de los otros términos del contrato. Una decisión del tribunal de que el contrato es nulo no invalidará por esa sola razón la cláusula de arbitraje".

El artículo 21-1 del Reglamento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial por su parte establece:
"El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de las objeciones de que carece de competencia, incluso las objeciones respecto de la existencia o la validez de la cláusula compromisoria o del convenio de arbitraje"

Igual concepción de pensamiento se recoge por parte del Cámara de Comercio Internacional (CCI) que en su artículo 8 numeral cuatro establece:
«Salvo estipulación en contrario, la posible nulidad o inexistencia de un contrato no implica la incompetencia del árbitro si éste admite la validez del convenio de arbitramento. Continúa siendo competente, incluso en el caso de de inexistencia o nulidad del contrato, para determinar los derechos respecto de las partes sobre sus demandas o conclusiones"

Por su parte la jurisprudencia argentina, ha sentado numerosos precedentes respecto al tema entre ellos, la resolución del 29 de octubre de 1926 pronunciada por la Cámara Comercial de la Capital Federal: « No es la autoridad judicial a la que corresponde apreciar en esta oportunidad si las cuestiones que motivan la incidencia deben excluirse del compromiso, porque una decisión

sobre el punto importaría invadir la competencia arbitral que en su plenitud comprende la facultad de conocer por sí misma sobre su propia jurisdicción»

La resolución del 19 de diciembre de 1944, de la CNCiv. Y Com. Segunda de La Plata, en el caso de "Barbaris, Alejandro c/ Crédito Ferrocarrilero e Inmobiliario S.A", establecía desde ese entonces, también el siguiente principio: "En caso de desacuerdo entre las partes sobre las cuestiones que deben someterse a la decisión de los árbitros, es al tribunal arbitral a quien corresponde resolver la incidencia, sin que a la justicia ordinaria le sea dado excluirlas o limitarlas de antemano, puesto que ello importaría invadir la competencia arbitral, que en su plenitud comprende la facultad de conocer por sí misma sobre su propia jurisdicción"

En la jurisprudencia colombiana también encontramos precedentes sobre el principio de la autonomía del convenio arbitral, entre ellos la sentencia del 26 de agosto de 1990, del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, que expresó: "La cláusula compromisoria constituye un verdadero contrato, pues por ella las partes estipulan someter a la decisión arbitral todas o algunas de las diferencias que se susciten en relación con un contrato determinado y como tal, contrato administrativo si aquél también lo es"

El Tribunal Superior de Bogotá, Sala de lo Civil, por su parte estableció en su sentencia del 16 de junio de 1994, lo siguiente: "La cláusula compromisoria constituye un contrato accesorio, razón por la cual se debe precisar el contrato principal a que accede".

Finalmente, en el arbitraje internacional Tybor Várady, John Barceló III y Arthur T.Von Mehren (quienes han realizado una de las compilaciones más importante de loa laudos pronunciados en el arbitraje internacional), al comentar el caso *Texaco Overseas Petroleum Co. & California Asiatic Oil Co. v. the Government of the Libyan Arab Republic*, expresan su punto de vista referente al principio en estudio, en la eventualidad que se involucre al órgano judicial:

"Las consecuencias del principio de *kompetenz- kompetenz* son menos claras si el debate toma lugar ante los tribunales. Los árbitros son competentes de resolver sobre su propia jurisdicción, pero también los juzgados. Si una parte busca alivio de una corte mientras la otra parte afirma la jurisdicción arbitral,

dos resultados son posibles. Por un lado, un amplio entendimiento del principio de *kompetenz- kompetenz*, sugiere que la corte permita que los árbitros decidan primero si tienen o no competencia para conocer del caso. En el otro lado, uno puede argumentar que el juzgado está obligado primero a establecer su competencia o incompetencia"[91]

Nuestro parecer es que en todo caso, el tribunal arbitral es el que tiene que dirimir la situación sobre su competencia del conocimiento de la disputa. Si erróneamente el panel arbitral declarara su competencia, queda abierta la vía de un eventual recurso de nulidad (si se tratase de un arbitraje nacional) o bien de oponerse al reconocimiento y ejecución del laudo, en virtud de que éste se refiere a una diferencia no prevista en el compromiso o no comprendida en las disposiciones de la cláusula compromisoria, o contiene decisiones que exceden de los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria, en virtud de las disposiciones contenidas en las convenciones internacionales de arbitraje pertinentes (si se tratase de un arbitraje internacional).

En conclusión: en El Salvador la inclusión de la figura de la autonomía del convenio arbitral en la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje es positiva porque propicia la fluidez del proceso arbitral al resolver la situación que acontecía con la legislación anterior, que no reconocía este precepto y permitía la formulación de juicios sumarios (en caso de oposición al arbitraje) para discutir la competencia de un tribunal arbitral y retardar su trámite.

6.6. La excepción de arbitraje

Una parte puede oponer ante el juez la excepción de arbitraje, en caso de que sea demandada ante éste, alegando la incompetencia de la autoridad judicial para conocer del asunto, si existe un convenio arbitral previo mediante el cual las partes acordaron recurrir al arbitraje como medio de solución de diferencias de conformidad con el artículo 29 de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje.

Por tratarse de una excepción, es la parte demandada la que debe oponerla, no puede el juez declararla de oficio sin antes haberle corrido traslado. Si el demandado responde la demanda ante los tribunales sin oponer la excepción,

[91] VÁRADY, Tibor, BARCELÓ, John J. III, VON MEHREN, Arthur T., *op. cit.*, p. 117

hace competente al juez de conocer del caso, pues estaría renunciando al arbitraje de esta manera.

Roque Caivano sintetiza la cuestión de la siguiente manera: "En suma: la cláusula compromisoria produce el efecto de sustraer cierta categoría de litigios de la jurisdicción de los jueces ordinarios, otorgándosela en su reemplazo a particulares que -temporalmente- se hallan investidos de similares funciones. Por imperio de la voluntad de ambas partes se sustituye la jurisdicción estatal por una privada".

Al respecto es importante citar las dos disposiciones de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje, entre ellas el artículo 31:

"La excepción de arbitraje se regirá por los siguientes principios:

a) El convenio arbitral implica la renuncia de las partes a iniciar proceso judicial sobre las materias o controversias sometidas al arbitraje.
b) La autoridad judicial que tome conocimiento de una controversia sujeta a convenio arbitral debe declararse incompetente de conocer del caso cuando se lo solicite la parte judicialmente demandada. En este caso, dicha parte puede oponer la excepción de arbitraje que habrá de ser resuelta sin mayor trámite y sin lugar a recurso alguno contra la decisión".

Asimismo el artículo 32 literal c), que cito a continuación:

"La renuncia al arbitraje se regirá por los siguiente principios:

c) Se considera que existe renuncia tácita cuando una de las partes sea demandada judicialmente por la otra y no oponga una excepción de arbitraje en la oportunidad procesal correspondiente".

Se plantea además, otra situación: cuando el demandado es legalmente notificado de la demanda judicial en su contra y no se apersona al proceso (no responde). En nuestra opinión de conformidad a la redacción de la disposición en estudio, en este caso el hecho de que la parte demandada no alegue la excepción de arbitraje ante el juez prorroga la competencia de éste para conocer del caso.

Al haber establecido las partes en el convenio arbitral su intención de resolver sus eventuales diferencias por medio de arbitraje, si un juez conociera de la controversia, habiendo sido opuesta por una de las partes la excepción en comento, el juez estaría vulnerando de manera flagrante lo pactado por las partes, y como se ha comentado anteriormente el contrato (naturaleza del convenio arbitral) es ley no sólo para las partes, sino también para el juez que está obligado a observar este precepto.

La sentencia 1398 S.S., pronunciada por la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, a las nueve horas del treinta de enero de dos mil cuatro, consagra los preceptos que se han expuesto sobre la excepción de arbitraje; y en lo pertinente expresa:

"1°) El arbitraje comienza mediante la firma del pacto por ambas partes, lo que constituye un valladar jurídico que impedirá a los tribunales conocer del asunto sometido a un proceso arbitral y que forzará a las partes a acatar lo estipulado.

2°) Se entenderá que la parte renuncia al arbitraje, cuando interpuesta la demanda, el demandado, después de mostrarse parte, realiza cualquier gestión procesal que no sea la de proponer la excepción de cláusula compromisoria, que deviene en una incompetencia de jurisdicción.

Esto quiere decir, que la oposición a que se conozca por el fuero judicial la cuestión litigiosa, debe alegarse siempre con carácter previo a la contestación de la demanda, (Arts. 132 y 133 Pr.) de modo que cualquier otra actividad procesal distinta, se entenderá como renuncia al convenio.

Dicho lo anterior, y al leer los autos, se puede constatar que la recurrente intervino en el juicio y no alegó la excepción de incompetencia de jurisdicción, por lo que debe entenderse que se dio claramente de su parte, una renuncia a oponer tal excepción, así pues se concluye que no hubo violación del Art. 38 Pr. C."

7. De los árbitros

7.1. Capacidad e inhabilitaciones

El artículo 35 de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje de El Salvador, establece una regla de carácter general, en cuanto a la capacidad de una persona para poder desempeñarse como árbitro, y en principio sólo las personas natrales que se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos constitucionales pueden ser designados como árbitros. Se ha dicho en principio, porque para los arbitrajes en derecho, forzosamente sólo pueden fungir como árbitros abogados en el libre ejercicio de su profesión, es decir que no se encuentren dentro de las causales de inhabilitación para procurar establecidas en el artículo 99 del Código de Procedimientos Civiles.

Además en el arbitraje técnico, es necesario ser experto en el arte, oficio o profesión, sobre cuyos aspectos versa la disputa y para lo cual se requiere el conocimiento especializado del árbitro. En la práctica, en este tipo de arbitraje, es importante acreditar que se poseen los conocimientos y la experiencia necesaria en la rama pertinente para poder pronunciarse sobre el aspecto objeto de la controversia.

En lo que respecta al arbitraje institucional es necesario pertenecer a la lista de árbitros de la institución administradora del arbitraje. En el caso de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), la *American Arbitration Association* (AAA), es necesario que los árbitros para que puedan fungir como tales pertenezcan a la lista de árbitros de estas instituciones, por lo que no bastaría estar en el pleno ejercicio de los derechos de ciudadano o ser abogado en el libre ejercicio de la profesión, según sea el caso para poder fungir como árbitro, requerimiento que si es suficiente para fungir como árbitro *ad hoc.*

En lo que respecta a las inhabilitaciones el artículo 36 de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje establece que no podrán actuar como árbitros quienes tengan con las partes o sus apoderados alguna de las causas de excusa y recusación establecidas de conformidad con las reglas procesales, es decir las determinadas en el artículo 1157 del Código de Procedimientos Civiles.

El segundo inciso del citado artículo 36, expresa una inhabilitación de carácter específico, impidiendo que puedan actuar como árbitros a los Jueces, Magistrados, Fiscales, Diputados de la Asamblea Legislativa, funcionarios públicos y los empleados del órgano judicial.

En el arbitraje internacional es de trascendental importancia las Guías de la IBA sobre Conflictos de Interés en el Arbitraje Internacional (*IBA Guidelines on conflicts of Interest in Internacional Arbitration)*, aprobadas el 22 de mayo de 2004. El Comité de Arbitraje y ADR de la IBA nombró un grupo de trabajo conformado por 19 expertos en la materia procedentes de catorce países, para que estudiará el problema de los conflictos de interés en el arbitraje internacional, y fruto de ese esfuerzo es el documento relacionado que establece los parámetros o marco de referencia sobre el tema. En dicho texto se establece una lista roja, naranja y verde, que gradúa el grado de conflicto de interés de una situación determinada en la que un árbitro podría incurrir.

7.2. Designación

Al estudiar los elementos del convenio arbitral se trató el tema del número de árbitros y su forma de designación. Es decir cómo las partes han acordado la constitución del tribunal arbitral. La selección de los árbitros es en realidad una ventaja del arbitraje sobre el proceso judicial, porque permite que las partes puedan elegir personas con conocimiento especializado para dirimir su controversia.

En efecto, el arbitraje permite que las partes libremente puedan escoger a sus árbitros, y por tanto para un proceso complejo y de conocimiento especializado puedan seleccionar profesionales con experiencia y discernimiento en la materia a resolver. Es decir que si se trata de una disputa sobre un incumplimiento de un contrato de construcción o sobre la propiedad de una marca, las partes de acuerdo a la naturaleza del conflicto pueden escoger a los profesionales con el perfil y conocimiento especializado que crean idóneos, situación que no es posible de realizar en un litigio.

Esto constituye una ventaja sobre el proceso judicial ordinario, porque el mismo juez debe conocer de todas las disputas que lleguen a su conocimiento, independientemente que tenga un conocimiento especializado sobre la mate-

ria y pueda servirse del dictamen de peritos, que constituye un gasto adicional para las partes.[92]

7.3. Recusación y sustitución

El artículo 36 de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje de El Salvador establece como motivo de inhabilitación para actuar como árbitro, el poseer con las partes o sus apoderados alguna de las causas de excusa y recusación establecidas por el artículo 1157 del Código de Procedimientos Civiles. En ese mismo sentido, el artículo 42 de dicha normativa también establece los árbitros podrán abstenerse de actuar como tales o ser recusados por las mismas causales establecidas en el Código de Procedimientos Civiles, para los jueces.

Existen algunas críticas a este artículo, ya que las causales establecidas en él son taxativas y lo más idóneo hubiera sido expresar que un árbitro puede ser recusado por cualquier situación que haga dudar de su actuación con imparcialidad en el caso. Dicha posición nos parece la más apropiada ya que en la práctica el ejercicio del cargo de árbitro descansa en la confianza que las partes depositan en la persona nombrada como tal.

Además en la ley salvadoreña un árbitro puede ser recusado por no reunir las condiciones, que conforme a la ley o lo acordado por las partes, se hayan establecido para el caso; es decir que en el convenio arbitral las partes pudieron haber establecido una serie de requerimientos para poder fungir como árbitro en caso de una eventual disputa; por ejemplo: contar con determinados años de experiencia profesional, poseer conocimientos especializados comprobables en determinada materia y cualquier requisito que las partes hayan establecido en el convenio arbitral para asegurarse de que los miembros del tribunal arbitral cumplan de manera efectiva su función. En caso de que los árbitros no llenen estas exigencias previamente determinadas por las partes en el convenio arbitral, podrían ser recusados por las partes.

El segundo inciso del artículo referido, también establece el deber de la persona que haya sido designada como árbitro de exponer ante quien lo nombró todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas respecto

[92] IMHOOS, Christophe y VERBIST, Herman., *op. cit.* , p. 59.

Harold G. Lantan

de su imparcialidad o independencia. Aquí la crítica pertinente es obvia, puesto que el criterio para fundamentar la excusa de un árbitro es amplio al referirse la ley a «todas las circunstancias»; en cambio para la recusación, las causales son taxativas, sólo se pueden alegar las establecidas en el artículo 1157 del Código de Procedimientos Civiles. Es decir, hay un criterio dispar, para la recusación y la excusa en la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje, no existiendo de por medio un fundamento justificativo para el trato diferencial de ambas figuras.

En cuanto al procedimiento de recusación, los árbitros designados por las partes sólo pueden ser recusados de manera inmediata y por causales que sobrevengan a su nombramiento. También pueden serlo por causas anteriores cuando no hubieren sido nombrados directamente por las partes o cuando aquéllas fueran conocidas con posterioridad.

Al respecto es necesario aclarar el sentido de la expresión «cuando no hubieren sido nombrados directamente por las partes». Este es el caso que se suscita cuando las partes en el convenio arbitral establecen que en caso de que la parte que le corresponda nombrar su árbitro no lo hiciera en un determinado término luego de ser notificada por la otra de la designación del suyo lo nombrará un tercero (el presidente de una gremial, un juez, un Decano de la Facultad de Derecho de una Universidad, etc); o bien en el caso de que los árbitros designados por las partes no se pongan de acuerdo con la designación del tercer árbitro en un determinado plazo, entonces el nombramiento de éste se realizará por un tercero designado previamente por las partes en el convenio arbitral.

Si la recusación interpuesta no es aceptada por el árbitro la resolución de ésta cuando se trate de un arbitraje institucional, la realizará el centro; si se tratare de un arbitraje *ad hoc* colegiado, la situación será resuelta por los dos árbitros restantes. En caso de arbitraje único la decisión sobre la recusación interpuesta se tomará por el Juez que hubiere sido competente para conocer del caso, sometido a arbitraje.

Las resoluciones que se tomen sobre la recusación de un árbitro, por un centro o el juez, según sea el caso, no admiten recurso alguno en nuestro medio de conformidad al artículo 43 de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje. Esto tiene su fundamento en impedir que se dilate el trámite del proceso arbi-

tral. Cabe preguntarse si esta improcedencia de recursos se extiende al amparo. En nuestro parecer de ninguna manera una ley secundaria puede eliminar el ejercicio de una garantía constitucional; por lo que el árbitro recusado y afectado puede interponer un proceso de amparo en caso de que considere que se le hay vulnerado alguna garantía constitucional.

A lo anterior hay que aunar que la ley, no detalla mayor procedimiento para el trámite de la resolución, pero debe entenderse que ésta debe pronunciarse respetando en todo momento los principios del debido proceso. En caso de que dicha resolución se pronunciara sin previa audiencia al árbitro recusado, sin oportunidad de aportar prueba en contrario sobre los hechos alegados por la parte recusante, habría lugar a la interposición de un amparo por parte del afectado por violación de derechos constitucionales.

En nuestro parecer debió incluirse una disposición en la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje, que estableciera que si un árbitro recusado renunciare a su cargo por la sola interposición de la recusación, ello no implica la aceptación de los cargos alegados. Dicha situación es muy factible ya que un árbitro al verse recusado puede decidir que no es prudente que continúe en su cargo por la mera falta de confianza de alguna de las partes, y por tanto renuncie a su cargo, aunque no sean ciertos los hechos alegados, sino por razones de prudencia y su profesionalismo.

En caso de que el árbitro dejare de conocer el caso, se procederá a su reemplazo, designando a su sustituto, en la misma forma en que hubiere sido designado el árbitro que deba sustituirse; es decir, si se tratase de un árbitro nombrado por una de las partes, será ésta la que deba designar al sustituto, y en caso de que hubiere sido nombrado por un tercero, será este tercero el que lo nomine.

La sustitución de un árbitro también procede por la muerte, renuncia o incapacidad definitiva, incapacidad temporal mayor de quince días; en estos casos opera también la suspensión del trámite arbitral en tanto se sustituya al árbitro y éste haya aceptado el cargo, de conformidad al artículo 50 de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje.

8. El proceso arbitral

8.1. Principios y características del proceso arbitral

En El Salvador la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje en su capítulo tercero de los Artículo 45 al 58, establece las normas referentes al proceso arbitral y en el artículo 4 de dicha ley enuncia los principios que deben regir al arbitraje en síntesis podemos afirmar que los principios esenciales del proceso arbitral son los siguientes:

8.1.1. Principio de la autonomía de la voluntad y de la libertad de procedimientos

En el procedimiento arbitral lo que predomina es la autonomía de la voluntad de las partes y por ende la libertad de procedimientos (artículos 4 numeral 1 y 45 de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje). Conforme a esta concepción las partes son libres de elegir las normas de procedimiento a las cuales habrá de someter su disputa, así como de escoger entre un arbitraje institucional o un arbitraje *ad hoc*. En el primer caso podrán sujetarse a las reglas de procedimiento de un centro de arbitraje en particular. En cuanto al arbitraje *ad hoc* las partes pueden determinar de manera autónoma estas reglas (artículos 3 literal "f" y 45 inciso segundo); si en esta clase de arbitraje no las determinaren se aplicará de manera supletoria las normas de procedimiento establecidas en el artículo 47 de la ley denominado "Reglas del Arbitraje *ad – hoc*". La disposición citada establece que en el caso del arbitraje *ad hoc*, cuando las partes no determinan las reglas de procedimiento que habrán de regir el arbitraje, se aplican de manera supletoria las establecidas en dicha norma. Las partes pueden también delegar en los árbitros el señalamiento de las reglas de procedimiento que es lo que se conoce en doctrina como "arbitraje irritual".[93]

En lo referente a las actuaciones arbitrales, la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje, establece que las decisiones se tomarán siempre por mayoría de

[93] SILVA SILVA, J., *op.cit.*, p.159: "El establecimiento de reglas a cargo del árbitro o árbitros implica en los casos de integración de normas procesales (comunes en el arbitraje) la aplicación de reglas irrituales.
Según algunos la Convención de Nueva York no reconoce los laudos provenientes de un arbitraje irritual porque - refieren – no están sujetos a disposiciones. Un criterio similar se adoptó en Alemania, donde se excluyó el *arbitrato irrituale* italiano."

votos (cuando se trate de un tribunal colegiado de tres miembros). También se expresa que el árbitro presidente podrá decidir cuestiones de procedimiento, si así lo autorizan las partes o todos los árbitros del tribunal, en el entendido que debe hacerlo dentro de los límites que establece la ley y el principio del debido proceso. De no hacerlo podría dejase abierto el camino para un eventual recurso de nulidad e incluso un amparo.

La sentencia 1007-2003, pronunciada por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador el veinte de julio de dos mil cuatro, sienta un precedente sobre la observancia al principio de la autonomía de la voluntad de las partes al expresar:

"Además, cabe añadir que una vez elegido libremente por las partes el tipo de arbitraje al que desean someter sus divergencias, éstas quedan sometidas a las características y particularidades que corresponden a aquél."

8.1.2. Principio de flexibilidad e informalidad

A diferencia del tradicional proceso judicial en el arbitraje los procedimientos son más flexibles, informales y simples. Dicho principio es recogido por el artículo cuatro literal dos de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje. El arbitraje permite flexibilidad para que las partes puedan escoger el procedimiento, el plazo, lugar de reuniones de los árbitros, que les parezcan más apropiados para el desarrollo del proceso.

La sentencia de amparo 1007-2003, pronunciada por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, el veinte de julio de dos mil cuatro, que resolvió el recurso interpuesto por la Fiscalía General de la República en representación del Estado de El Salvador en contra del tribunal arbitral que conoció del proceso arbitral de los reclamos referentes a la ejecución de los contratos de obra pública números 53/97 y 54/97, siendo la contraparte la sociedad El Salvador Rizzani de Eccher, S.P.A. y Cantieri Construzioni Cenmento S.P.A., contiene un pronunciamiento que consagra el principio de informalidad en los procesos arbitrales, así:

"Respecto a la crítica que realiza el interesado por no haber observado los citados amigables componedores un procedimiento preestablecido en la ley, es dable sostener, a la luz de la jurisprudencia antes relacionada, que ello no

implica *per se* lesión a categoría constitucional alguna. Esto es así porque un procedimiento de esa naturaleza se caracteriza por su desarraigo a formas legales específicas, de modo que resulta imposible exigir que se desarrolle ajustándose a solemnidades o trámites previamente instaurados."

8.1.3. Principio de brevedad y celeridad

El arbitraje es más breve que un proceso judicial. Las partes libremente establecen el plazo en el cual ha de desarrollarse. En El Salvador, el plazo que establece la ley para la duración del arbitraje es de tres meses contados a partir de la notificación a las partes del último árbitro de que ha aceptado el cargo que se le ha conferido, pudiendo las partes prorrogar este término de mutuo acuerdo, teniendo como fundamento legal el artículo 49 de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje.

La misma normativa en su artículo 4 numeral 5 consagra el principio de celeridad estableciendo que consiste en la continuidad de los procedimientos para la solución de las controversias. Si los árbitros se pronunciasen fuera del término establecido por la ley o las partes, su laudo sería nulo de conformidad al artículo 68 número 5 de la citada ley.

8.1.4. Principio de confidencialidad

La confidencialidad es otra enorme ventaja del arbitraje ya que las audiencias y expedientes arbítrales no son públicos. Esto es de enorme importancia para las empresas en particular no sólo porque la difusión al público de una demanda puede afectar su "fama, reputación, buen nombre mercantil" frente a sus clientes y otros empresarios en particular; sino también es fundamental en disputas en las cuales hay de por medio secretos comerciales o cláusulas de confidencialidad. La Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje, en su artículo cuatro numeral tercero establece el principio de privacidad, y lo define de la manera siguiente: "Es el mantenimiento obligatorio de la necesaria reserva y confidencialidad".

En materia internacional citaremos un ejemplo del extremo de la confidencialidad que se da en la Cámara de Comercio Internacional, citando el artículo uno del Reglamento Interno de la Corte Internacional de arbitraje de la CCI, apéndice II, que se denomina "Carácter confidencial de las

actividades de la Corte internacional de Arbitraje" y que expresa en síntesis los siguientes preceptos:

"1. A las sesiones de la Corte ya sean plenarias o en Comité, sólo podrán asistir sus miembros y el personal de la Secretaría.
2. No obstante excepcionalmente, el presidente de la Corte podrá invitar a otras personas a asistir a dichas sesiones. Estas personas deberán respetar el carácter confidencial de las sesiones de la Corte.
3. Los documentos sometidos a la Corte o que emanen de ella en administración de los procesos arbitrales serán comunicados exclusivamente a los miembros de la Corte y de la Secretaría y a aquellas personas autorizadas por el Presidente para asistir a las sesiones.
4. El Presidente o el Secretario General de la Corte podrán autorizar que se den a conocer a investigadores que efectúen trabajos de naturaleza científica sobre el Derecho Mercantil Internacional, los laudos y otros documentos de interés general, salvo memoriales, notas, manifestaciones y documentos presentados por las partes dentro del marco del proceso arbitral.
5. Dicha autorización sólo se concederá cuando el beneficiario se haya comprometido a respetar el carácter confidencial de los documentos comunicados y a abstenerse de efectuar cualquier publicación relacionada con ellos sin antes haber sometido el texto, para aprobación al Secretario General de la Corte.
6. En todo asunto sometido a arbitraje bajo el Reglamento, la Secretaría conservará en los archivos de la Corte los laudos, el Acta de Misión y las decisiones del a Corte así como copias de la correspondencia relevante de la Secretaría.
7. Todos los documentos, comunicaciones o correspondencia provenientes de las partes o los árbitros podrán ser destruidos a menos que una parte o el árbitro soliciten por escrito, dentro de un plazo que a ese efecto fije la Secretaría, el retorno de los mismos. Los costos relacionados con el retorno estarán a cargo de dicha parte o árbitro".

El grado de confidencialidad dentro de la CCI, es tal que se guarda el mayor recelo de todos los documentos que tengan relación con el proceso arbitral, e incluso pueden ser destruidos salvo que se den la s circunstancias establecidas en el inciso séptimo del artículo trascrito.

Por su parte las Reglas de Arbitraje Internacional en su artículo 34 establecen: "La información confidencial revelada durante el proceso por las partes o por los testigos no podrá ser divulgada por un árbitro o por el administrador. A menos que las partes acuerden lo contrario, o que la ley aplicable lo exija, los miembros del tribunal arbitral y el administrador mantendrán la confidencialidad de todos los asuntos relacionados con el arbitraje o el laudo"

También el Código de Ética para Tribunales en Controversias Comerciales en su Canon VI, establece:

"A. Un Árbitro está en una relación de confianza con las partes y en ningún momento podrá usar información confidencial adquirida durante el proceso de arbitraje para ventaja personal o ventaja para otros, o para afectar adversamente, los intereses de otra parte.

B. El árbitro debe mantener el carácter confidencial de todos los asuntos relacionados con el proceso y decisión de arbitraje. Un árbitro puede obtener ayuda de un asociado o de un asistente de investigación o de otras personas relacionadas con llegar a su decisión si el árbitro informa a las partes sobre el uso de esa asistencia y esas personas acuerdan vincularse por las disposiciones de este Canon".

Es necesario aclarar que las disposiciones citadas están referidas a los árbitros. En lo que se refiere a las partes lo más conveniente es que firmen un acuerdo de confidencialidad, pues salvo que exista resolución del tribunal arbitral en contrario, la prohibición no les alcanza.[94]

Nuestro criterio es que en el caso de los árbitros, no es necesario que firmen un convenio de confidencialidad con las partes para que cumplan con este deber, ya que tanto la normativa nacional e internacional les exige cumplir con ello, independientemente de que suscriban un convenio al respecto.

8.2. El auxilio del órgano judicial al proceso arbitral

Debemos de aclarar que la resolución de un conflicto por medio de arbitraje, no implica el total y absoluto desprendimiento de la actividad judicial en el

[94] AAVV, *Simposio Internacional para Árbitros. Tópicos en Manejo de Casos Complejos*, The Department of Currículum Development ICDR, Charlotte NC, USA, 2004, p. 39.

proceso, ya que de una u otra manera los tribunales ordinarios pueden tener alguna participación en el proceso arbitral, por eso Barrio de Angelis, expresaba que existía una "simbiosis" entre ambas instituciones.[95]

En el caso de El Salvador, la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje, tiene una regulación dispersa en cuanto al auxilio del órgano judicial al desarrollo del proceso arbitral; sin embargo podemos recopilar esta participación dé la autoridad judicial en las siguientes situaciones que se ampliarán posteriormente, pero se señalan con puntualidad y se explican brevemente en este acápite, estableciendo en cada una de ellas el fundamento legal pertinente:

8.2.1. Para el nombramiento de árbitros por el juez, cuando las partes así lo hayan convenido

En este caso de conformidad al artículo 37 inciso primero de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje que establece: " Las partes podrán designar de manera directa y de común acuerdo o delegar en un tercero, persona natural o jurídica, la designación parcial o total de los árbitros", puede que las partes acuerden en el convenio arbitral que suscriban que en caso de que la parte a la cual le corresponde nombrar su árbitro no lo hiciere o que si los árbitros nombrados por las partes, no se pusieren de acuerdo en el nombramiento del tercer árbitro, la designación en estos casos corresponderá hacerla a un determinado juez quien actuaría como el tercero nominador de acuerdo a la disposición citada.

En el caso citado, la competencia del juez para realizar la designación de un árbitro viene en primer lugar dada por la voluntad de las partes, plasmada en el convenio arbitral que por ser de naturaleza contractual le es aplicable también el artículo 1416 del Código Civil que recoge el principio de normatividad del negocio jurídico. En segundo lugar la competencia del juez está fundamentada en la ley. Específicamente en el inciso primero del artículo 37 de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje.

---

[95] BARRIO DE ANGELIS, D., *El Juicio Arbitral*, Facultad de Derecho de Montevideo., Montevideo, 1956, p. 165

8.2.2. Para la asistencia judicial en la práctica de pruebas

Una de las críticas que se achacan al arbitraje, y la cual se profundizará al estudiar la prueba en el proceso arbitral, es que los árbitros carecen de *"imperium"* para poder practicar determinadas pruebas. En acotación de lo anterior por ejemplo no pueden hacer uso del apremio para obligar a una persona a testificar en un proceso arbitral u obligar a un tercero que no es parte en el proceso para que exhiba documentos que se encuentran en su poder y que podrían servir a las partes para probar su pretensión o ejercer su defensa.

Por los referidos razonamientos, el artículo 57 de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje establece que el tribunal arbitral podrá solicitar el auxilio de la autoridad judicial para la ejecución o práctica de pruebas que no pueda llevar a cabo por sí mismo, dada su limitación de no poseer poder de *"imperium"* para hacer valer su providencias frente a terceros.

La disposición anteriormente citada debe interpretarse de manera integral con el artículo 28 de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje que regula la competencia y auxilio judicial. La autoridad judicial, conforme a estos fundamentos, tiene competencia para auxiliar al tribunal arbitral en la práctica de pruebas.

La ley no se pronunció sobre si el juez tiene la facultad de negarse a auxiliar al tribunal arbitral por considerar que esta es impertinente, pero en nuestro criterio dicha resolución sería no sólo improcedente sino que atentatoria, en virtud de que dicha consideración corresponde exclusivamente al tribunal arbitral de conformidad con el artículo 55 de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje.

8.2.3. Para la adopción judicial de medidas cautelares

Tiene su fundamento en el inciso final del artículo 32 de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje.

8.2.4. Para la ejecución forzosa del laudo

Para la ejecución de los laudos nacionales e internacionales es fundamental la participación de la autoridad judicial (artículos 72 y siguientes de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje). Un laudo (en el arbitraje vinculante) tiene la misma fuerza y validez de una sentencia judicial ejecutoriada y pasada en

autoridad de cosa juzgada, lo que va diferir es el procedimiento de ejecución y la norma a aplicar dependiendo si es un arbitraje nacional o internacional.

8.2.5. Para conocer de la acción de anulación del laudo

El conocimiento del recurso de anulación corresponde a las Cámaras de Segunda Instancia de lo Civil de la jurisdicción donde se dictó el laudo. Sin embargo, las partes pueden acordar que de dicho recurso pueda conocer otro tribunal arbitral (artículos 67 y siguientes de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje).

8.2.6. Para el exequátur de laudos extranjeros

La participación del órgano judicial en este punto se ampliará al estudiar la Convención de Nueva York y la Convención de Panamá; pero es pertinente anotar que el reconocimiento y ejecución de un laudo pronunciado en el extranjero corresponde a los tribunales del lugar donde se pretende ejecutar el laudo.

Finalmente, la sentencia 1507 S.S. emitida a las nueve horas del diecinueve de agosto de dos mil dos, por la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, fundamenta el rol de cooperación que debe desempeñar el Órgano Judicial con la figura del arbitraje, en los siguientes términos:

"En Primer lugar, la Cámara ha hecho una evaluación en cuanto a que los puntos sometidos al conocimiento del Tribunal Arbitral, no se encuentran dentro de los que taxativamente se pactaron o convinieron en la Cláusula de Arbitraje del Contrato. Al respecto, preciso es recordar la naturaleza de la Institución de Arbitraje, puesto que es eminentemente privada y ha nacido de la intención de nuestra Constitución en el Art. 23, vale decir, de otorgar a las personas la decisión de terminar sus asuntos civiles o comerciales por arbitramento, facilitando así la solución de los conflictos vía privada y desahogando los Tribunales Judiciales; de manera que, es tarea de todos especialmente del Órgano Judicial, facilitar el camino del arbitraje y no complicarlo o impedirlo. En este marco de pensamiento, resulta que el papel del ente jurisdiccional es simplemente el de sustanciar las diligencias e instalar el Tribunal; no tiene pues, competencia de conocer el fondo de la cuestión, por la naturaleza privada del asunto. Si las partes han decidido por medio de una cláusula el camino del arbitraje en caso de controversia, no puede ser conocido de manera jurisdiccional, ni con el pretexto de estudiar la procedencia de la solicitud."

8.2.7. La intervención de la autoridad judicial en el proceso arbitral en el Derecho comparado

En el marco del Derecho comparado: en la doctrina y legislación mexicana se puede sintetizar que el órgano judicial puede desarrollar las siguientes actividades en un proceso arbitral:

a. Auxilio al tribunal arbitral en la práctica de pruebas.
b. Adopción de medidas cautelares en el proceso arbitral.
c. Designación de árbitros cuando las partes así lo hayan convenido.
d. Ejecución forzosa del laudo.

Por su parte en España la Ley de Arbitraje 60/2003 fue a nuestro criterio más ordenada que la salvadoreña en el aspecto de la regulación de la participación de la autoridad judicial en el arbitraje. En dos artículos (7 y 8) y no de manera dispersa (como la nuestra) establecieron los aspectos en los cuales puede intervenir el Órgano Judicial intervenir. Pudiendo resumirlos así:

a. Para el nombramiento judicial de árbitros.
b. Para la asistencia judicial en la práctica de pruebas.
c. Para la adopción judicial de medidas cautelares.
d. Para la ejecución forzosa del laudo.
e. Para conocer de la acción de anulación del laudo.
f. Para el exequátur de laudos extranjeros.

En países como Estados Unidos, además de las funciones anteriormente apuntadas, el Órgano judicial puede intervenir para asistir al tribunal arbitral en la obtención del descubrimiento de la prueba (*discovery*) y para inmunizar a un árbitro de responsabilidad legal.[96]

[96] BRANSON, Cecil Q.C., *op. cit*, p.p. 188,189: "...el poder coercitivo de las cortes nacionales puede ser utilizable para asistir al proceso arbitral en un amplio número de formas, incluyendo:
- Ejecutar un acuerdo de arbitraje;
- Proveer medidas de protección interinas;
- Nombrar árbitros;
- Descalificar árbitros;
- Sustituir árbitros;
- Acumular procesos;
- Disponer sobre la jurisdicción;
- Asistir en la toma de evidencia;
- Asistir en la obtención del discovery;
- Anular un laudo;
- Reconocer y ejecutar un laudo;
- Dar direcciones;
- Inmunizar a un árbitro de responsabilidad legal"

El autor Pierre Bienevenu, al referirse a la aplicación de los acuerdos arbitrales en los países de la región del TLCAN (Estados Unidos, Canadá y México), expresa:

«La Convención de Nueva York guarda silencio respecto al papel que las cortes puedan jugar en la constitución del tribunal arbitral, Pero es esencial, que las partes en un acuerdo arbitral sean capaces de buscar la asistencia de los tribunales en orden de prevenir dificultades que surjan en la constitución del tribunal arbitral que puedan frustrar la eficacia del acuerdo arbitral que las partes convinieron. En la práctica semejantes dificultades a menudo resultan de la falta de una parte, en el contexto de un tribunal de tres miembros, de designar el árbitro que le corresponde, o bien en el caso que los árbitros nombrados o las partes mismas (en su caso), sean incapaces de ponerse de acuerdo en la identidad del tercer (o único) árbitro.

La Ley Modelo (CNUDMI) establece provisiones para la asistencia judicial en los casos de la constitución del tribunal arbitral y el poder del tribunal arbitral de proceder, a pesar de la rebeldía o no presentación de una de las partes, las que han sido incorporadas a las leyes de países como Canadá y México. La *Federal Arbitration Act*, de los Estados Unidos, así como muchas disposiciones estatales también proveen la asistencia judicial en la constitución del tribunal arbitral, y en proveer la asistencia de los jueces para dar la debida observancia a las provisiones del acuerdo arbitral aplicable".[97]

En Costa Rica es interesante citar al respecto la jurisprudencia sentada por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en su sentencia pronunciada a las quince horas y diez minutos del día quince de enero de dos mil tres, debido a que determina claramente la intervención del Órgano Judicial en los procesos de arbitraje en ese país:

«La desvinculación con la justicia ordinaria, se ha llevado hasta prohibir que las autoridades judiciales puedan siquiera ser investidas como árbitros (Art. 25 *in fine*). De este modo la intervención del Órgano Judicial se reduce en la legislación vigente a las siguientes conductas: designación de árbitros frente a inercia de las partes; elección, en órganos colegiados, del tercer miembro

[97] BIENVENU, Pierre, "The Enforcement of International Arbitration Agreements and Referral Applications in the NAFTA Regions" en AAVV, *Commercial Mediation and ...., cit.*, p. 157

cuando los otros dos no llegaren a un acuerdo; resolución, en última instancia, de problemas de competencia y, la más importante de todas, examen del laudo por vicios de nulidad. En la jurisprudencia, frente a omisiones manifiestas de la ley, se ha ampliado esa intervención a la recusación del órgano unipersonal, y también del colegiado, pero esto último sólo cuando la causal alcanza, simultáneamente, a todos sus miembros. Por otra parte, frente al examen del laudo, la competencia judicial, vale decir de esta Sala, se constriñe a las hipótesis descritas en el artículo 67 de aquella ley, que por tratarse de una lista taxativa, no pueden ampliarse ni por analogía ni por mayoría de razón.»[98]

8.3. Inicio y duración del proceso arbitral

La duración del proceso arbitral, salvo que las partes dispongan otro plazo (mayor o menor) es de tres meses, contados a partir del momento en que el último de los árbitros designados haya manifestado a las partes su aceptación del cargo por escrito (artículo 49 de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje).

Un árbitro según la ley salvadoreña tiene un plazo de cinco días después de haberle sido notificado su nombramiento, para manifestar si lo acepta o no. Pasado dicho lapso sin que se pronuncie al respecto se considera que su respuesta es negativa y se procede a sustituirlo (artículo 39 de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje).

Si el tribunal dictará un laudo fuera del término establecido por las partes o el legal en su caso, el convenio arbitral queda sin efecto y les queda a salvo a las partes la vía judicial para dirimir su controversia. Podría surgir la duda de si las partes podrían convalidar el defecto temporal a posteriori; en nuestra opinión dependerá si las partes hacen uso o no del derecho de recurrir del laudo, no obstante haberse pronunciada fuera del plazo establecido, ya que de no interponerse el recurso de nulidad en el tiempo y forma establecido por la ley, el laudo sería firme.

En el marco del Derecho comparado, la Ley de Arbitraje 60/ 2003 de España en cambio establece que el arbitraje comienza cuando el demandado recibe

[98] PARIS, Hernando, *Los Contratos Privados en la Jurisprudencia de Casación*, El Cano Editores, San José, 2003, p. 194.

el requerimiento de someter la controversia a arbitraje (artículo 27) y que el plazo para que un árbitro se pronuncie con respecto a su nombramiento es de quince días, salvo pacto en contrario (artículo 16).

El plazo para que los árbitros pronuncien el laudo según esta ley es de seis meses contados a partir de la fecha de la presentación de la contestación a que se refiere el artículo 29 (referente a la contestación de la demanda) o de la expiración del plazo para presentarla (artículo 37).

Una gran diferencia que existe entre la normativa salvadoreña y la española es que esta última establece que si transcurre el plazo establecido para la duración del arbitraje sin que se pronuncie el laudo se terminan las actuaciones arbitrales y el cese de los árbitros, pero esto no afecta la eficacia del convenio arbitral, sin perjuicio de la responsabilidad de los árbitros.

8.4. Medidas cautelares en el proceso arbitral

Este es un tema de mucha discusión en la doctrina y en el Derecho comparado. Para explicarlo primero se citará la opinión de distintos autores, el estudio de diversas normativas y posteriormente se analizará la posición de la legislación salvadoreña.

Algunos tratadistas como Christophe Imhoos, abogado del Colegio de Abogados de Ginebra y Herman Verbist, abogado del Colegio de Abogado de Bruselas, han expresado que el decreto de medidas cautelares constituye una desventaja del arbitraje en comparación con el proceso judicial.

En el proceso judicial las partes pueden solicitar antes o durante el desarrollo del proceso las medidas precautorias tendientes a asegurar el resultado de sus pretensiones o salvaguardar sus intereses, previo al pronunciamiento de la sentencia definitiva y afianzando las resultas del caso; por lo que el tribunal puede dictar con su *"imperium"* las medidas precautorias correspondientes.

Los árbitros en cambio carecen de *"imperium"* para poder hacer valer las medidas precautorias que les soliciten las partes y en todo caso deben recurrir al auxilio judicial para su práctica. Algunas legislaciones guardan silencio al respecto de las facultades de un tribunal arbitral para dictar medidas

precautorias (la ley salvadoreña es perniciosamente ambigua al respecto), otras normativas sí consagran esta potestad a los árbitros. [99]

El tratadista argentino Roque Caivano, al comentar los artículos 754, 6 inciso cuarto, 196 y 753 del Código Procesal nacional de su país y los artículos 792, 6 inciso cuarto, 196 y 791 del Código de Buenos Aires, es del parecer que si los árbitros tienen competencia para resolver sobre el fondo de la controversia, también lo son para decidir sobre las medidas precautorias que se pudieran solicitar en el transcurso del proceso; independientemente de que carezcan de «*imperium*». En síntesis los árbitros tienen la facultad para resolver sobre al procedencia o improcedencia de las medidas cautelares, de analizar si se han cumplido os presupuestos procesales para su admisión; pero lo que no pueden hacer es ejecutarla, lo cual corresponderá de manera exclusiva a un Juez, de semejante manera como ocurre con el laudo arbitral, cuya decisión corresponde al tribunal arbitral, pero su ejecución al Juez.[100]

---

[99] IMHOOS, Christophe y VERBIST, Herman, *op. cit.*, pp. 59, 60: En el proceso judicial: "Si es necesaria una acción rápida y eficaz contra una infracción (a través de un interdicto o del embargo del material objeto de la infracción) se pueden obtener medidas provisionales por mandato judicial ante los juzgados y tribunales, incluso antes del comienzo del procedimiento sobre el fondo del asunto.

Los juzgados y tribunales pueden dictar interdictos contra terceros".

En cambio en el arbitraje: "Antes de que el tribunal arbitral se encuentre constituido, las partes deberán obtener medidas provisionales a través de los juzgados y tribunales. Una vez que el tribunal arbitral se encuentre constituido, las partes en la mayoría de las jurisdicciones nacionales, podrán seguir obteniendo de los juzgados y tribunales órdenes que detengan la conducta infractora. Conforme a la legislación de muchos países, el propio tribunal arbitral está facultado para ello.

Los árbitros son incompetentes para dictar órdenes que surtan efectos sobre terceras partes".

[100] CAIVANO, Roque, *arbitraje...*, *cit.*, p. p. 237 y 238 : «La norma en síntesis debe ser entendida no como un impedimento a los árbitros para «resolver sobre la procedencia de una mediada cautelar», sino como la prohibición de ponerla en ejecución forzada por sí mismos, cuando para ello sea necesario ejercer compulsión.

En tal hipótesis, la propia norma da la solución al señalar, a continuación, que «deberán requerirlas al Juez y éste deberá prestar el auxilio de su jurisdicción para la más rápida y eficaz sustanciación del proceso arbitral».

En otras palabras: es atribución exclusiva (no podría ser compartida) de los árbitros examinar la verosimilitud en el Derecho y el peligro en la demora, determinar la extensión de la medida y de la contracautela que se requiere del solicitante, resolver sobre el levantamiento o sustitución y los eventuales pedidos de ampliación o mejora».

Colombia, es uno de los países cuya legislación permite al tribunal arbitral el dictamen y la ejecución de las medidas cautelares.[101] En ese país, la Corte Constitucional plena en la Sentencia C- 431, del 28 de septiembre de 1995, estableció: «Así al decretar el árbitro medidas cautelares, lo único que está haciendo es uso del poder de coerción, con miras a lograr la efectividad de su decisión al hacerlo; en ningún momento está usurpando ninguna competencia que le corresponde en forma privativa y excluyente a la justicia ordinaria .. ...En virtud de lo anterior, estima la Corte Constitucional que al ser investidos – transitoriamente – los árbitros de la función de administrar justicia , es lógico, consecuente y ajustado al del trámite y curso del proceso arbitral que a petición de cualquiera de las partes, puedan decretar las medidas cautelares, particularmente cuando su finalidad no sólo es la garantía del equilibrio entre las partes en el transcurso y desarrollo del proceso, sino también evitar que se hagan denegatorias las determinaciones que se adopten, por lo que las normas que se examinan se encuentran conformes con la Carta política».

En otro acápite la citada resolución sienta el siguiente precedente:
«Como los árbitros tienen los mismos deberes, poderes y facultades de los jueces, gozan también de la facultad de decretar medidas cautelares...»
Dentro de las legislaciones que permiten que el tribunal arbitral pueda dictar medidas precautorias también se encuentra la Ley de Arbitraje 60/2003 de España cuya ley respectiva en su artículo 23 establece:
"Artículo 23. Potestad de los árbitros de adoptar medidas cautelares.

1. Salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros podrán, a instancia de cualquiera de ellas, adoptar las medidas cautelares que estimen necesarias respecto del objeto del litigio. Los árbitros podrán exigir caución suficiente al solicitante.
2. A las decisiones arbitrales sobre medidas cautelares, cualquiera que sea la forma que revistan, les serán de aplicación las normas sobre anulación y ejecución forzosa de laudos."

---

[101] GIL ECHEVERRY, J., *op.cit*, p. 422: « La ley procesal arbitral únicamente da cabida a dos medidas cautelares.
En el derecho comparado, la procedencia de las medidas cautelares, generalmente se relega al auxilio judicial, siendo Colombia uno de los pocos países que permiten al mismo tribunal decretar y practicar las medidas previas. Algunas reglas institucionales como las de los tratados CIADI, NAFTA, la Ley Modelo de la UNCITRAL o las reglas de la CCI, también determinan la facultad de los árbitros para decretar medidas cautelares. Incluso el Decreto 6795 de 1995 de Guatemala prevé la subsistencia de las medidas cautelares durante la tramitación del recurso de anulación».

En el arbitraje internacional el artículo 23 del Reglamento de Procedimientos de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial, establece de manera amplia y clara la facultad del tribunal arbitral de dictar cualquier medida precautoria que considere procedente:

«1. A petición de cualquiera de las partes, el tribunal arbitral podrá tomar todas las medidas provisionales que considere necesarias respecto del objeto en litigio, inclusive medidas destinadas a la conservación de los bienes que constituyen el objeto en litigio tales como ordenar que los bienes se depositen en manos de un tercero o que se vendan los bienes perecederos.
2. Dichas medidas provisionales podrán estipularse en un laudo provisional. El tribunal podrá exigir una garantía para asegurar el costo de esas medidas.
3. La solicitud de adopción de medidas provisionales dirigida a una autoridad judicial por cualquiera de las partes no se considerará incompatible con el convenio de arbitraje, ni como una renuncia a ese convenio»

En el caso del arbitraje sujeto al Reglamento de la Asociación Americana de Arbitraje (AAA), existe el denominado árbitro de emergencia, al que se permite adoptar medidas de emergencia, antes de que se constituya el tribunal arbitral. Estas medidas deben ser solicitadas a la institución por la parte interesada, dando aviso a la otra parte. La Asociación Americana de Arbitraje en este caso, nombra un sólo árbitro de emergencia, quien deberá establecer un programa para evaluar la solicitud de las medidas dentro de los días siguientes a su nombramiento. El árbitro de emergencia si concluye que si la solicitud es denegada se podrían ocasionar daños o pérdidas "irreparables de inmediato" podrá conceder las medidas requeridas.

Una vez constituido el tribunal arbitral, el árbitro de emergencia ya no posee facultades para seguir actuando, salvo que sea designado como miembro del tribunal conformado para conocer del fondo del conflicto.

El artículo 21 del Reglamento de Arbitraje de la Asociación Americana de Arbitraje por su parte determina los lineamientos para que en este caso el tribunal arbitral constituido para dirimir la sustancia de la controversia pueda adoptar medidas provisionales o cautelares.
Dicha norma establece:
"(1) A solicitud de cualquiera de las partes, el tribunal podrá tomar cualquier medida temporal que considere necesaria, incluyendo mandamiento judicial y

medidas para la protección y conservación de la propiedad.
(2) Estas medidas temporales pueden tomar la forma de un laudo temporal y el tribunal puede solicitar garantía para los costos de estas medidas.
(3) Una solicitud para medidas temporales presentada por una parte a una autoridad judicial no se considerará incompatible con el acuerdo para arbitrar ni una renuncia al derecho a arbitrar.
(4) El tribunal puede en su discreción distribuir los costos relacionados con las solicitudes de medida temporal en cualquier laudo temporal o en el laudo definitivo".

En España el artículo 23 de a Ley de Arbitraje 60/2003 (con la influencia del artículo 17 de la Ley Modelo UNCITRAL de 1985), faculta de manera expresa a un tribunal arbitral para que pueda dictar medidas cautelares.[102] Silvia Barona Vilar, catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Valencia, al respecto resume como características de las medidas cautelares:

a. La instrumentalizad.
b. La provisionalidad.
c. La temporalidad.
d. La variabilidad.
e. La proporcionalidad.

Asimismo establece como presupuestos los siguientes:

a. Apariencia de buen derecho (*funís boni iuris)*
b. El peligro por la mora procesal (*periculum in mora*)
c. La caución.[103]

Nuestra legislación adolece de ambigüedad respecto de las medidas cautelares. En el artículo 32 inciso último de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje que regula la renuncia al arbitraje, simplemente expresa que ésta no se considera realizada en forma tácita por el hecho de que alguna de las partes antes o durante el curso del proceso arbitral, solicite a autoridad judi-

[102] BARONA VILAR, S., "Potestad de los Árbitros de Adoptar Medidas Cautelares", en AAVV, *Comentarios a la Ley de Arbitraje*,Thompson Civitas, Madrid, 2004, p.847: "Concluyendo, la Ley 60/2003 ha llenado un vacío que existía con anterioridad a la misma. Supone una apuesta decidida por favorecer la agilidad, la flexibilidad y el fomento del arbitraje desde el arbitraje y desde la propia institución arbitral, incluidos en la misma los elementos subjetivos, a saber, fomentar la labor que se desempeña por los mismos árbitros. Con este reconocimiento se pone fin al debate que durante estas últimas décadas ha venido produciéndose en torno a esta cuestión"
[103] BARONA VILAR, S., *op. cit.*, pp. 853, 866.

cial competente la adopción de las medidas precautorias o bien que dicha autoridad judicial conceda el cumplimiento de éstas, pero no regula la facultad del tribunal arbitral de poder dictar dichas medidas.

En la práctica si alguna de las partes desea entablar una medida precautoria (antes o durante el proceso arbitral) como un secuestro preventivo regulado en el artículo 142 del Código de Procedimientos Civiles, por el hecho de que la contraparte es una sociedad que tiene su domicilio en el extranjero (se trata de un sujeto no domiciliado conforme al numeral tercero del artículo referido, y por lo tanto es procedente solicitar dicha medida precautoria), la medida es procedente y puede solicitarse ante un tribunal judicial, sin que ello constituya una renuncia al arbitraje. Es obvio que si el tribunal arbitral ni tan siquiera se ha constituido, la autoridad competente para resolver el dictamen de una medida cautelar será un juez; pero nuestra ley no se pronunció respecto al problema de fondo: las facultades de los árbitros para dictar medidas cautelares como sí lo hizo la legislación española y colombiana.

Nuestra posición es que en nuestro medio al no haberse pronunciado la ley facultando a los árbitros para que puedan dictar medidas cautelares, éstas tienen que ser resueltas por la autoridad judicial y sería incluso hasta atentatorio por parte del tribunal arbitral pronunciarse sobre medidas cautelares que incluso afectarían intereses de terceros.

Esta es una situación que podría tener repercusiones en el arbitraje internacional cuya cláusula arbitral señale como aplicable la ley salvadoreña; ya que en este caso podría haber un choque entre la facultad de un tribunal arbitral para dictar medidas cautelares concedida por la regla de procedimientos a la cual las partes y la ley del lugar en la cual se desarrolla el arbitraje.

Finalmente vale la pena reflexionar sobre la adopción de medidas cautelares *inaudita parte*, en razón de la urgencia de la medida y de que caso contrario puede dar lugar a la frustración del objetivo de las medidas cautelares, en contraposición al principio de audiencia y contradicción que debe operar en todo proceso. Si bien es cierto en nuestro medio al dictarse por un tribunal arbitral la adopción de medida cautelar solicitada por una parte sin previa audiencia a la otra, podría dar lugar a esgrimir incluso la interposición de un proceso de amparo por violación al principio de audiencia. Sin embargo nuestra posición al igual que la mayoría de la doctrina es que en este caso (que debe

ser la excepción a la regla de la audiencia previa) debe operar la contradicción diferida. [104]

8.5. Fases del proceso arbitral, audiencias

Fundamentalmente existen dos clasificaciones de las etapas que configuran el proceso arbitral que son las siguientes:

8.5.1. Primera clasificación

El proceso arbitral puede dividirse en cuatro fases para efectos de estudio:

a. Fase de constitución del tribunal

Corresponde a la etapa en la cual se nombran los árbitros para la conformación del tribunal; punto que se estudió anteriormente en el ámbito nacional al tratar los temas de designación de los árbitros, su recusación y excusa, e inicio del proceso arbitral. Recordando que en general en nuestro medio cada parte nombra un árbitro y los designados, seleccionan a un tercer árbitro que se desempeñará como el presidente del tribunal, salvo que las partes hayan señalado a un tercero quien puede ser una persona natural o jurídica y en caso de que éste se negare a realizar dicho nombramiento las partes pueden acudir aun centro de arbitraje autorizado para efectúe la designación de conformidad al artículo 37 de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje.

En el marco del Derecho comparado el Reglamento de Procedimientos de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC) establece que el procedimiento inicia con la notificación de la parte recurrente a la otra parte (en adelante denominada «demandada»), de su petición de iniciar el trámite arbitral con copia dirigida al Director General de la CIAC directamente o bien a través de la Sección Nacional correspondiente. La solicitud de arbitraje

[104] BARONA VILAR, S., *op. cit.*, pp. 876,877: "Cuando de tutela cautelar se trate, nada se expone por le legislador, a salvo de asumir que será el principio de autonomía de la voluntad de las partes, bien directamente, o bien a través de la incorporación por referencia...el que podrá configurar la manera de llevarse a cabo la exigencia de la contradicción o audiencia de las partes...Y en todo caso, entendemos que, de no existir tales definiciones, serán los árbitros los que establecerán las reglas de contradcción, pudiéndose inspirar bien directamente en la norma procesal común., o bien en la concepción sostenida en la doctrina procesal de que la regla general parece razonable que sea la contradicción previa, mientras que la excepción sea, siempre bajo condicionantes de máxima urgencia, la contradicción diferida."

respectiva deberá contener entre otros datos la designación del árbitro que le corresponde si se tratare de un arbitraje de tres árbitros. La parte demandada deberá nombrar el suyo y estos dos árbitros al tercero de mutuo acuerdo, quien será el presidente del tribunal. Si la parte demandada no nombra el árbitro que le corresponde en el término de treinta días siguientes a la notificación hecha por la parte demandante de la designación de su árbitro, la designación es realizada por la CIAC.

De igual manera si transcurridos veinte días después de la designación del segundo árbitro, los dos árbitros no se pusieren de acuerdo en el nombramiento del tercero, el nombramiento lo hará la CIAC.

Los árbitros nombrados deben revelar cualquier circunstancia que de manera justificada haga dudar de su imparcialidad o independencia.

Los árbitros pueden ser recusados por las partes dentro de los quince días siguientes a la notificación de su nombramiento a la parte recusante o dentro de los quince días siguientes al conocimiento de las circunstancias justificadas que hagan dudar de su imparcialidad e independencia.

La otra parte puede aceptar la recusación hecha al árbitro. El árbitro recusado puede renunciar a su cargo, sin que dichas circunstancias (la aceptación de la parte y la renuncia del árbitro) se tomen como aceptación de las circunstancias alegadas.

Si la parte no acepta la recusación o el árbitro recusado no renuncia, la CIAC será la encargada de resolver el asunto.

En el caso peculiar de la Asociación Americana de Arbitraje (*American Arbitratrion Association)*, en esta fase la entidad facilita a las partes una lista de los árbitros referidos para resolver la controversia, de conformidad con la naturaleza de ésta, se acompaña a la lista una información biográfica de los árbitros. Las partes cuentan con 15 días para estudiar la lista, tachar a los árbitros que objeten y enumerar los nombres restantes en el orden de su preferencia. Si se realiza bajo los procedimientos expeditos, se les permiten a las partes siete días para estudiar la lista de cinco árbitros propuestos, tachar dos nombres y enumerar los tres restantes en el orden de su preferencia.

Cuando estas listas retornan a la institución, el administrador del caso compara las preferencias señaladas por las partes y toma nota de las escogencias mutuas. Si no hubiera coincidencias en estas selecciones, la asociación tiene la facultad de realizar los nombramientos de árbitros respectivos, sin ser necesaria la presentación de nuevas listas de árbitros, aunque listas adicionales de árbitros pueden ser presentadas a requerimiento de ambas partes. Si las partes no se ponen de acuerdo en el nombramiento de árbitros, dicha designación la realizará la Asociación Americana de Arbitraje. [105]

Es pertinente hacer notar que en la Asociación Americana de Arbitraje existe la figura de los directores de casos (*Case Managers*), los cuales son profesionales que forman parte del personal de la AAA y son asignados para la administración de los casos. El director es responsable del manejo del proceso en particular asignado, en especial lo referente a la selección del panel arbitral, la programación del caso y el intercambio de información entre las partes, y todos los demás aspectos administrativos involucrados en el desarrollo de los casos bajo este procedimiento.

Cuando el arbitraje se ha sometido a la administración de la Asociación Americana de Arbitraje a las Reglas de Procedimiento de UNCITRAL, si se tratara de un árbitro único su nombramiento se efectuará de conformidad con el artículo 6 de las referidas reglas; si se tratase de un tribunal arbitral compuesto por tres miembros, cada parte nombrará un árbitro, quienes elegirán al tercero que fungirá como presidente del tribunal; salvo que transcurridos treinta días después del nombramiento del segundo árbitro, éste no se pusiere de acuerdo con el otro árbitro para el nombramiento del tercero, la designación la realizará la entidad nominada (en este caso la Asociación Americana de Arbitraje) de conformidad al artículo 7 de las reglas referidas.[106] El problema que se trata de evitar con esta solución, es que la falta de acuerdo de los árbitros designados en el nombramiento del tercero se constituya en un punto de estancamiento para el desarrollo del proceso arbitral.

En el caso de un proceso arbitral sometido por las partes a conocimiento del Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), cuando cualquier Estado contratante o nacional de un Estado

[105] AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION, *A Guide..*, *Cit.*, p.p. 19 y 20.
[106] AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION, *Procedures for Cases under the UNCITRAL Arbitration Rules*, Dispute Resolution Services Worldwide, New York, 2000, p. 5.

contratante desee iniciar un proceso arbitral deberá remitir una solicitud por escrito al secretario general de la entidad. Dicha solicitud deberá contener los datos referentes al asunto objeto de la disputa, la identidad de las partes y los datos referentes al consentimiento de éstas al arbitraje de conformidad con las reglas de procedimiento del centro.

El secretario general deberá registrar la solicitud y enviar una copia de ésta a la otra parte. Después de dicho registro, se procede a la constitución del tribunal arbitral. Si las partes no se ponen de acuerdo en el número de árbitros, el tribunal arbitral deberá integrarse por tres miembros, nombrados uno por cada parte y el tercero de mutuo acuerdo.

De conformidad al artículo 38 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, si el tribunal no llegare a constituirse dentro de los noventa días siguientes a la fecha del envío de la notificación del acto de registro antes referido o dentro del plazo que las partes acuerden, el presidente (El presidente del Consejo Administrativo del Centro es el presidente del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento), a petición de cualquiera de las partes «..y en lo posible, previa consulta a ambas partes» nombrará al árbitro o árbitros que no hubieren sido nombrados.

b. Fase postulatoria

Comprende la presentación de la demanda, su contestación o reconvención según sea le caso, y la contestación a la reconvención o contrademanda si la hubiere. Conforme las reglas del arbitraje *ad hoc* establecidas en el artículo 47 de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje la parte que ha promovido la iniciación del arbitraje cuenta con ocho días hábiles contados a partir de la aceptación del último árbitro para presentar su demanda y anexos. Es oportuno aclarar que la ley expresamente en el caso de la presentación de la demanda establece que el plazo para hacerlo comienza a contarse «a partir de la aceptación del último árbitro» y no a partir del día siguiente.

Admitida la demanda por el tribunal arbitral, se deberá dar traslado por ocho días hábiles al demandado para presentar la contestación respectiva. En esta misma oportunidad procesal debe presentar las excepciones y demanda de reconvención, según corresponda.

Cabe advertir que en este caso los ocho días para que la parte demandada presente su contestación comienzan a contarse a partir del día siguiente de la notificación que se le haga del auto que admite la demanda por el tribunal y le da el traslado respectivo. Esta disposición debe relacionarse con el artículo 212 del Código de Procedimientos Civiles que establece:

« El día de la notificación no se contará en el término fijado para los emplazamientos, ni para las apelaciones y demás recursos y diligencias judiciales, sino es que la ley expresamente disponga otra cosa; pero si se contará en el término fijado el de la comparecencia».

De las excepciones y la demanda de reconvención, en su caso, se corre traslado al demandante por espacio de diez días hábiles, los cuales deben empezarse a contar a partir del día siguiente al auto de notificación respectivo pronunciado por el tribunal arbitral. La citada disposición reza en su inciso tercero parte final:

"En caso de proponer excepciones contra ella se dará el traslado en la forma y términos de la demanda principal"; al referirse la ley al término "ella", debe entenderse que se está refiriendo a la demanda de reconvención interpuesta por el demandado, y en caso de que la parte actora interpusiere excepciones en contra de ésta, se le dará traslado a la parte demandada por el término de ocho días hábiles contados a partir de la notificación del auto pertinente.

Con la demanda (como se estudiará al analizar la prueba en el proceso arbitral), se deberá adjuntar "toda la prueba documental que se pretenda hacer valer, en caso de no tenerla, se indicará su contenido, el lugar en que se encuentra y se pedirá su incorporación al proceso".

En el arbitraje, si la parte demandada no contesta en el término establecido, el proceso continúa su curso y no hay acuse ni declaratoria de rebeldía como en el proceso judicial.

Hay un punto interesante en la práctica que se relaciona con lo anteriormente señalado y con lo establecido en el artículo 73 numeral uno de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje, que reza en lo pertinente: "El Tribunal Arbitral cesará en sus funciones:

1. Cuando no se haga oportunamente la consignación de gastos y honorarios prevista en la presente ley"

El problema se plantea (y en realidad se ha dado), cuando la parte demandada ni tan siquiera se presenta al proceso para manifestar su defensa y no desea pagar los honorarios que le corresponde costear (generalmente los del árbitro que le toca designar y la mitad de los honorarios del tercer árbitro, en el caso de ser un arbitraje colegiado) y con ello frustra el desarrollo del proceso arbitral. La alternativa que existe es que la otra parte sufrague los honorarios de los árbitros. No existe ningún impedimento para ello, aunque es de reconocer que se vuelve aún más oneroso el trámite del arbitraje para esta parte, pero de lo contrario su otra alternativa si se frustrara el arbitraje sería recurrir al proceso judicial.

Conforme a las reglas de procedimiento supletorias del arbitraje *ad hoc* en El Salvador los efectos jurídicos; en caso de que quien promueva la actuación arbitral no presente su demanda dentro de la oportunidad prevista (es decir dentro de los ocho días hábiles contados a partir de la aceptación del último árbitro) o no lo hiciere cumpliendo los requisitos legales; son de que el tribunal arbitral dé por terminadas sus funciones y devuelva las actuaciones a fin de que las partes promuevan su acción ante los tribunales de justicia ordinarios. Un ejemplo de la falta de requisitos legales al presentar la demanda es el de un caso de mayor cuantía sino se presenta por medio de abogado en el libre ejercicio de la profesión.

Puede hacerse la crítica, que una parte aprovechándose de estas situaciones contempladas con la ley de forma maliciosa, haga fracasar el trámite arbitral con el objeto de que sea al final un tribunal ordinario el que conozca del caso, dejando sin efecto de esta forma el convenio arbitral que se había sucrito previamente con su contraparte.

El referido artículo 47 de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje también contiene una fase muy peculiar, que es la audiencia de conciliación, contemplada después de cumplidos los procedimientos y plazos antes comentados (es decir después de la contestación de la demanda o de la contestación a la reconvención). En dicha audiencia el tribunal arbitral hace ver a las partes la conveniencia de llegar a un arreglo y en caso de que las partes alcancen un acuerdo el tribunal arbitral da por terminado el proceso.

Las partes pueden solicitarle al tribunal que este acuerdo sea elevado a la categoría de laudo arbitral definitivo. Este arreglo conciliatorio constituye una de las formas anormales de terminación del proceso, los cuales se estudiarán posteriormente.

Esta es una posición absolutamente distinta a la tomada en los Estados Unidos de Norteamérica, país en el cual se recomienda que los árbitros bajo ninguna circunstancia deben de participar en las discusiones de arreglo que sostengan las partes ya que durante estas reuniones las partes pueden discutir asuntos que desean que un juez o un árbitro no conozcan, así como ofertas de compromiso y puede que ellas no se sientan libres de discutir o alcanzar un acuerdo, porque sus ofertas de compromiso pueden ser usadas en su contra en el proceso. Si un árbitro escuchara estas ofertas de compromiso se podría tomar como un indicador de la extensión de los reclamos de las partes que ellas están dispuestas a obviar con miras de llegar a un acuerdo, pudiendo dar una falsa impresión de la evaluación de los méritos de su reclamo. Las discusiones de acuerdo además no pueden ser admitidas como evidencia en un tribunal arbitral o en una corte. [107]

En el caso del Reglamento de Procedimientos de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC), la demanda puede hacerse acompañar a la solicitud de arbitraje dirigida a la CIAC o bien dentro de un plazo que determinará el tribunal arbitral, la cual se comunicará al demandado y a cada uno de los árbitros con copia para la CIAC.

El escrito de demanda debe contener los requisitos a que hace alusión al artículo quince numeral dos de dicho reglamento:

a. El nombre y dirección de cada una de las partes.
b. Una relación de los hechos en que se base la demanda.
c. Los puntos en litigio.
d. La materia u objeto que se demanda.

El demandante podrá acompañar a su escrito de demanda todos los documentos que considere pertinentes o referirse a los documentos u otras pruebas que vaya a presentar»

[107] GOODMAN, Allan H, *op.cit*, p.p. 49 y 50.

La contestación de la demanda deberá presentarse dentro del plazo que determine el tribunal arbitral, comunicando su contestación al demandante y cada de los miembros del tribunal con copia a la CIAC.

La parte demandante podrá anexar a la demanda los documentos en que base su defensa o podrá hacer referencia a los documentos y otras pruebas que vaya a presentar.

Al igual que lo comentado en nuestro arbitraje nacional el Reglamento de Procedimientos de la CIAC en su artículo 25 establece que si dentro del plazo fijado por el tribunal arbitral, la parte demandante no presenta su demanda (en caso que no haya sido anexada a la solicitud de arbitraje) sin invocar motivo justificado, el tribunal arbitral ordenará la conclusión del procedimiento; es decir ello equivale a un desistimiento.

La misma disposición establece de que en caso que una de las partes habiendo sido notificada legalmente, no se presenta a una audiencia sin invocar causa suficiente, el tribunal arbitral podrá continuar con el desarrollo del proceso es decir, la renuencia de una las partes a participar en el trámite arbitral, habiendo sido debidamente notificada no frenará el desarrollo del proceso y éste continuará su curso.

Por su parte el artículo 45 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, establece que el hecho de que una parte no comparezca al procedimiento o no haga uso de los derechos que le correspondan no supone la admisión de los hechos alegados por la otra parte ni el allanamiento a su pretensiones.

En uno u otro caso, la otra parte instará al tribunal a que resuelva los puntos controvertidos y emita el laudo correspondiente. El procedimiento del Centro de Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones posee la particularidad que en estos casos, el tribunal antes de pronunciar el laudo, previa notificación, concede un período de gracia a la parte que no ha comparecido o no ha hecho uso de sus derechos «salvo que esté convencido de que dicha parte no tiene intenciones de hacerlo».

c. Fase instructora, probatoria o confirmatoria

Se concentra en los actos que tienen por objeto la comprobación de las pretensiones de las partes. En esta etapa se realiza la evacuación de la prueba por parte del tribunal arbitral.

Con respecto al arbitraje y el sistema valorativo de las pruebas, la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje introdujo un importante avance en este punto.

Anteriormente sobretodo en el arbitraje de derecho, tenía que aplicarse en este tema lo establecido en nuestro actual Código de Procedimientos Civiles que es de naturaleza inquisitiva y además establece un sistema de valoración de la prueba tasada en el cual lo que no está escrito en la ley no es prueba. Lo que nos lleva situaciones ridículas como: el dicho de un testigo es prueba semiplena y lo declarado por dos testigos en lo que sea conforme es prueba plena. Un fax o un correo electrónico no es prueba porque el Código de Comercio sólo se refiere en su artículo 999 a "correspondencia telegráfica reconocida".

Ante esta situación la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje de El Salvador consagró el principio de que los árbitros tienen la facultad exclusiva de determinar la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas (sana crítica) en su artículo 55. Además las pruebas deben ser practicadas por el tribunal en pleno.

En Colombia el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, mediante sentencia del 3 de abril 1992, en relación a este punto se pronunció por el sistema de la sana crítica de la manera siguiente:"La motivación de los fallos no está sujeta a ciertas formas preestablecidas; esa motivación obedece mucho al estilo propio del juzgador, y en materia probatoria frente al sistema valorativo de la persuasión racional o sana crítica existe una mayor libertad, porque el juzgador no tiene que acatar una tarifa legal preestablecida sino que se mueve dentro de las reglas de la lógica, la experiencia y la psicología"

En El Salvador, en el caso del arbitraje *ad hoc*, lo más recomendable es que el tribunal arbitral al momento de instalarse fije algunas reglas probatorias importantes como: la de que las partes en sus respectivos escritos de demanda

y contestación anexen la prueba documental correspondiente; y ofrezcan y enumeren la prueba que pretenden hacer valer para comprobar sus pretensiones.

Esto tiene su razón de ser en la mayor transparencia del proceso, el cual con base al principio de contradicción debe ser "una especie de juego con las cartas mostradas". Lo anterior además contribuye con la labor de conformar las fechas de realización de las audiencias arbitrales por parte del tribunal arbitral. En otras palabras, programar los plazos en que habrán de desarrollarse las diferentes etapas del proceso arbitral ya que hay que recordar que éste tiene un plazo de duración, y si se pronunciase una resolución fuera de este lapso establecido, el laudo sería nulo.

Cabe aclarar que en nuestro medio no obstante los avances en cuanto al régimen de prueba que instauró la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje en relación con el Código de Procedimientos Civiles, no se ha llegado a practicar lo que en el derecho común inglés denominan el descubrimiento de la prueba (*discovery*) que predomina no sólo en sus procesos judiciales, sino que también se utiliza en los arbitrajes internacionales.[108] El descubrimiento de prueba (*discovery*) consiste precisamente en la revelación y acceso entre las partes de las pruebas que harán valer en el proceso para la comprobación de sus pretensiones o la defensa de un reclamo en su caso.

Esta figura no es propia de nuestro medio y de todos aquellos países con sistema de derecho romano germánico (*civil law*) en cuya concepción la carga de la prueba de sus pretensiones o de su defensa en su caso corresponde a cada parte, sin que la otra esté obligada a incriminarse a sí misma o ayudar a comprobar una pretensión en su contra. Pero es necesario conocerla por su práctica en el arbitraje internacional y porque a raíz de la suscripción y

[108] GOODMAN, Allan H., *op. cit.*, p. 56: « ¿Cómo Decidir Disputas Sobre El Discovery? El concepto clave que está usualmente involucrado en una disputa de *discovery* es la relevancia. Información relevante es aquella que tiende a probar o desaprobar un hecho el cual es necesario resolver en la disputa. Si la evidencia es relevante, debe ordenar su revelación, a menos que sea privilegiada.

La mayoría de información que usted pueda creer que es privilegiada no lo es. Sólo porque la información es confidencial en el curso ordinario de los negocios, eso no significa que es privilegiada de su revelación en el arbitraje si es relevante para la disputa. A menos que se trate de la información de abogado- cliente, doctor- paciente o esposo- esposa, usted debe requerir una explicación escrita del porqué una parte cree que cierta información es privilegiada de su revelación».

ratificación de tratados de libre comercio (entre ellos el CAFTA del cual forma parte los Estados Unidos), se espera una utilización del arbitraje como medio de solución de controversias y eventualmente tendríamos que adaptarnos al uso de esta práctica en los procesos en los cuales sea aplicable.[109]

En el descubrimiento de la prueba (*discovery*) en cambio existe una exhibición de documentos y revelación de pruebas entre las partes: "antes del juicio cada parte de una acción civil tiene derecho a divulgar toda la información relevante en posesión de cualquier persona, salvo que la información sea privilegiada..".

El fallo de la Corte Suprema de Estados Unidos en *Hickman v. Taylor* expresa con respecto a esta práctica: " ... tiene un rol vital en la preparación para un procedimiento civil en la preparación para un juicio ... como un dispositivo .. para reducir y aclarar los temas básicos entre las partes, y... para establecer los hechos o la información relacionados con la existencia o el lugar de los hechos, relativos a dichos temas... El camino esta claro ahora, consecuente con privilegios reconocidos para que las partes puedan obtener el conocimiento más completo posible sobre los asuntos y hechos antes del juicio..".

En síntesis, los principios que fundamentan esta práctica son: la igualdad de información entre las partes, la divulgación completa y el evitar sorpresas en el proceso (entre ellas la denominada "prueba sorpresa" tan practicada en nuestro medio).[110]

Bajo la práctica de ese sistema en Estados Unidos principalmente en los casos pequeños, de menor cuantía, el descubrimiento de la prueba (*discovery)* informal necesario debe ser completado antes de la audiencia preliminar, cuando esto no ocurre, algunas veces los abogados intercambian la documentación durante la audiencia preliminar.

En los casos más grandes, usualmente se intenta más el descubrimiento de la prueba (*discovery)* formal antes de la audiencia preliminar. Si los abogados

[109] AAVV, *S*imposio..., *cit.* , p.124: "Sentimos que el principio "*onus probandi incumbat alleganti*" excluye la posibilidad de obtener la ayuda del tribunal para extraer la información de la otra parte. Reaccionamos ante la noción de exhibición de documentos bien sea estilo inglés, o peor aún, estilo americano, como invasión a la privacidad por parte del tribunal, lo cual sólo es aceptable en casos penales, en donde se involucra el interés público"

[110] IMHOOS, Christophe y VERBIST, Herman, *op. cit*, pp. 123 y 124.

litigantes no están de acuerdo en el rango de descubrimiento requerido por su contraparte, la audiencia preliminar es una oportunidad de discutir el asunto con el tribunal arbitral.

En casos complejos en los cuales pueden haber varias partes, gran cantidad de documentos relevantes y considerable cantidad de testigos que han de deponer, los árbitros pueden requerir al abogado presentar un plan para el descubrimiento (*discovery)* para cierta fecha, debiendo reunirse con su contraparte y negociar la programación o agenda para la presentación de documentos y deposición de testigos. [111]

Algunos tratadistas al comentar el descubrimiento (*discovery)* en el arbitraje internacional, critican esta figura porque primero que todo las partes, a menudo escogen el arbitraje sobre e proceso judicial en orden de evitar procedimientos que conduzcan a un amplio descubrimiento. También el arbitraje está «insuficientemente equipado» para obligar a una suficiente cooperación de las partes, porque el tribunal arbitral no posee poder coercitivo para hacerlo. Asimismo el auxilio del Órgano Judicial para recopilar evidencia es claramente necesario en algunos casos. Se suele citar como precedente de estas concepciones, el laudo que resolvió la controversia entre *Technostroyexport Vrs. Malev Hungarian Airlines.* [112]

Por su parte el Centro Internacional para la Resolución de Disputas (ICDR por sus siglas en inglés), al referirse a la exhibición de documentos en el arbitraje internacional hace la siguiente conclusión:

---

[111] COOLEY, John W., LUBET Steven, *op. cit.*, p. p. 64 y 65.

[112] VÁRADY Tibor, BARCELÓ, John J. III, VON MEHREN, Arthur T., *op. cit.*, p. p. 461 y 462: «... 2. El caso de *Technostroyexport*, se centra en el descubrimiento (*discovery)* que se administra en corte, pero en conexión con el proceso arbitral (y no en el entendimiento de que la decisión de los méritos permanece en manos de los árbitros). La clave del asunto es si una parte que busca el *discovery* bajo la Sección 1782 debe primero obtener un formal requerimiento de descubrimiento (*discovery)* de un tribunal extranjero. *Technostroyexpor*t dice que se debe. En cambio *Malev Hungarian Airlines*, dice que no. Para *Malev* «tribunal extranjero» era la Corte húngara; para *Technostroyexpor*t «tribunal extranjero» era un tribunal arbitral.

3. Uno de los argumentos dado por los demandados en *Technostroyexport* es que ellos no podían obtener de *Technostroyexport* en Moscú, la misma clase de descubrimiento (*discovery)* a la cual ellos estaban sujetos en Nueva York. Un asunto de hecho, es que las reglas norteamericanas sobre el descubrimiento (*disovery)* son más amplias que las reglas correspondientes en los países europeos. Es esta una razón válida para denegar el descubrimiento (*discovery)* al estilo estadounidense donde el tribunal arbitral lo requiere en apoyo al proceso arbitral?...»

"No existe disposición en la Reglas: Finalmente, o quizás lo más importante, las Reglas de Arbitraje Internacional (curso regular) no estipulan la exhibición de documentos al estilo tradicional americano, sino solamente un intercambio de documentos y testigos. Usted (como árbitro) puede señalar esto y preguntar si las dos partes desean acordar los tipos de descubrimiento y presentar una propuesta para su consideración.

En caso de que no exista acuerdo entre las partes al respecto en este tipo de arbitraje, son de suma utilidad para el tribunal arbitral las Regulaciones IBA Sobre la Toma de Pruebas en Arbitraje Comercial Internacional". [113]

En lo que respecta a la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje faculta a los árbitros para que si éstos se consideran suficientemente informados con las pruebas vertidas en el proceso, prescindir de otras solicitadas por las partes; pero esta resolución no es arbitraria sino que debe ser motivada. Los árbitros en este caso deben fundamentar su resolución contra la cual no cabe recurso alguno. En otras palabras si se fundamenta esta resolución respetando las normas del debido proceso, sin perjudicar el derecho de defensa de ninguna manera habría fundamento para un recurso.

Establezcamos un ejemplo para ilustrar mejor este aspecto: Si una de las partes ha propuesto la declaración de cinco testigos para probar un punto de sus pretensiones, pero los árbitros consideran que ha bastado el testimonio de dos testigos para comprobarlo, pueden prescindir de las declaraciones de los demás fundamentando su resolución, sin que con dicha resolución estén violando en manera alguna el derecho de defensa de la parte que ofrece la prueba testimonial.

En lo que respecta a la práctica de algunas pruebas en especial por ejemplo la testimonial, algunos autores señalan una debilidad del arbitraje bajo la siguiente perspectiva: el Centro de Comercio Internacional con respecto a este punto expresa que en los tribunales ordinarios, los jueces como representantes del Estado, están dotados de autoridad para "obligar a terceras partes y testigos a comparecer ante el Juzgado o Tribunal"; es decir que como funcionarios públicos y representante del Estado pueden ejercer su poder de *"imperium"* del cual no están dotados los árbitros, quienes "no tienen facultades

[113] INTERNATIONAL CENTER FOR DISPUTE RESOLUTION (ICDR), op. cit., p. 27.

para convocar a terceras partes sin su consentimiento ni tienen autoridad para obligar a una de las partes a traer un testigo".[114]

En el caso de El Salvador la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje dota de facultades a los árbitros para que puedan auxiliarse de los tribunales de justicia para realizar sus funciones. El artículo 55 del referido cuerpo legal establece en la parte final de su primer inciso:"De igual manera (los árbitros) estarán dotados con facultades suficientes para decretar oficiosamente, cuando lo consideren necesario, la práctica de pruebas de cualquier naturaleza", en relación con el artículo 57 de la misma ley que establece: "El Tribunal Arbitral podrá solicitar el auxilio de cualquier autoridad judicial para la ejecución a práctica de pruebas que no pueda llevar a cabo por sí mismo".

Otro aspecto que es importante tomar en cuenta y que tanto litigantes como árbitros no deben de perder de vista es que las pruebas (a excepción de la documental) deben practicarse en audiencia y deberán producirse dentro del término de treinta días hábiles, contados desde la fecha de contestación de la demanda o de la reconvención.

Por su parte el Reglamento de Procedimientos de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC), en lo referente a la prueba regulada en el artículo 21 establece lo siguiente:

«1. Cada parte deberá asumir la carga de la prueba de los hechos en que se base para fundar su demanda o contestación.
2. El tribunal arbitral podrá, si lo considera pertinente, requerir que una parte entregue al tribunal y a la otra parte dentro del plazo que el tribunal arbitral decida , un resumen de los documentos y otras pruebas que esa parte vaya a presentar en apoyo de los hechos en litigio expuestos en su escrito de demanda o de contestación.
3. En cualquier momento de las actuaciones, el tribunal arbitral podrá exigir dentro del plazo que determine, que las partes presenten documentos y otras pruebas».

En su primer inciso la disposición citada establece el principio de la carga de la prueba, correspondiendo comprobar a las partes el probar los hechos que

[114] CENTRO DE COMERCIO INTERNACIONAL,, *op. cit.*, pp. 59, 60.

se alegan en sus escritos de demanda o contestación, según sea el caso. El inciso tercero por su parte, otorga amplias facultades al tribunal arbitral para solicitar la presentación de las pruebas que estime convenientes para mejor proveer.

En el caso de la prueba testimonial, cada parte debe comunicar al tribunal arbitral y a la otra parte "por lo menos quince días antes de la audiencia, el nombre y la dirección de los testigos que se propone presentar, indicando el tema sobre el que depondrán y el idioma en que lo harán de conformidad al artículo 22 numeral 2 del citado Reglamento. La misma disposición en su numeral cinco, permite que los testigos puedan presentar su declaración firmada por escrito.

El tribunal arbitral de conformidad al artículo 24 del citado Reglamento tiene la facultad para poder nombrar peritos que le informen por escrito sobre determinadas materias. Asimismo establece que las partes deben facilitar a los peritos «toda la información pertinente o presentarán para su inspección todos los documentos o todos los bienes pertinentes que aquel pueda pedirles».

Después de la entrega del dictamen por escrito del perito al tribunal a solicitud de cualquiera de las partes podrá realizarse una audiencia en la cual se escuchará al perito con presencia de las partes, quienes tendrán el derecho de interrogarle, pudiendo éstas presentar además testigos expertos para que se pronuncien sobre los puntos en controversia.

Un punto que puede generar discusión en el Reglamento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial es que el artículo 15 en su parte final que se estudió anteriormente establece: "El demandante podrá acompañar a su escrito de demanda todos los documentos que considere pertinentes, o referirse a los documentos u otras pruebas que vaya a presentar"; y el artículo 16 numeral 2 parte final del mismo instrumento reza: " El demandado podrá a su escrito los documentos en que base su defensa o podrá hacer referencia a los documentos y otra pruebas que vaya a presentar". Ante dicha situación podría surgir la duda de que si una prueba que la parte pretenda hacer valer para la comprobación de sus pretensiones o su defensa, no fue mencionada en su escrito de demanda o contestación según sea el caso, podría ser admitida o no posteriormente por el tribunal arbitral.

Nuestro criterio es que sí porque en este caso el sentido del término " puede" es de carácter potestativo y no imperativo porque el artículo 26 numeral primero del citado Reglamento establece la pauta de esta interpretación al establecer dentro de las facultades del tribunal arbitral antes de dictar el laudo lo siguiente : "El tribunal arbitral podrá preguntar a las partes si tienen más pruebas que ofrecer o testigos que presentar o exposiciones que hacer y, si no las hay, podrá declarar cerradas las audiencias", además los árbitros tienen la potestad de determinar la admisibilidad, la pertinencia y la importancia de las pruebas presentadas de conformidad al artículo 22 numeral 6 del reglamento en estudio.

Aunado a lo anterior es procedente establecer que si se optara por el criterio contrario y no se permitiera la evacuación de una prueba por no haber sido nombrada en el escrito de demanda o contestación según sea el caso, podría al menos en nuestro medio dar lugar a la interposición con fundamento de un proceso de amparo por violación al debido proceso, por denegatoria de prueba. Por su parte el artículo 43 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados establece la amplia facultad de un tribunal arbitral del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, para la práctica de las pruebas que considere pertinentes para mejor proveer, así:

«Salvo que las partes acuerden otra cosa, el tribunal, en cualquier momento del procedimiento, podrá, si lo estima necesario:

a) Solicitar a las partes la aportación de documentos de cualquier otro medio de prueba;
b) Trasladarse al lugar en que se produjo la diferencia y practicar en él las diligencias de prueba que considere pertinentes».

Finalmente, en el arbitraje internacional la Regulaciones IBA sobre la Toma de Pruebas en Arbitraje Internacional son un elemento a considerar por su grado de aceptación y por la "reconciliación" de las distintas concepciones que existen entre los sistemas romano germánico y el derecho común (*Commom Law*) en lo referente a la recepción de prueba y la exhibición de documentos.[115]

[115] ICDR, *Simposio Internacional para Árbitros. Tópicos en Manejo de CasosComplejos*,Charlotte, NC, 2004, p. 28.

d. Fase conclusiva

En ella se realizan los alegatos por las partes y se resuelve el fondo de la controversia mediante el laudo arbitral pronunciado por los árbitros. En el caso de las reglas establecidas en el artículo 47 de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje, una vez terminado el plazo probatorio y realizadas las audiencias respectivas para la evacuación de las pruebas solicitadas en el proceso arbitral, la siguiente etapa es la realización de la audiencia de alegatos. Generalmente en la práctica, se realiza una sola audiencia en la cual se concede el uso de la palabra a cada una de las partes para expresar sus alegatos y posteriormente se les vuelve a conceder un espacio de tiempo para expresar sus respectivas réplicas.

En las audiencias de alegatos del arbitraje en equidad, a pesar que la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje ha establecido que en los juicios de mayor cuantía la procuración es obligatoria, es usual permitir en el arbitraje nacional que en las audiencias de alegatos puedan intervenir además de los respectivos procuradores de las partes, expertos y titulares de las empresas partes de la controversia. Lo anterior se debe a que en la mayoría de los casos es necesaria la exposición de criterios eminentemente técnicos de expertos en la materia que no son del dominio de los abogados litigantes. Si bien es cierto que la ley determinó que evacuadas las pruebas los árbitros podrán solicitar a las partes la presentación de un resumen escrito de sus alegaciones, en la práctica lo usual es que estos alegatos sean orales acompañados de una síntesis escrita de éstos con copia para cada uno de los miembros del tribunal y una para la otra parte contendiente.

En el campo del arbitraje internacional es importante resaltar las diferencias de concepción que existen en esta fase entre los abogados de tradición común y civil, como lo explican los expertos en arbitraje internacional Siegfried H. Elsing y John M. Townsend. Los abogados de Derecho común poseen la tendencia de presentar escritos, explicando detalladamente sus argumentos de carácter legal; concentrándose posteriormente en los puntos que consideran clave en el argumento oral citando no sólo las leyes y convenciones internacionales sino también las resoluciones emitidas por tribunales ánteriores en casos similares.

Los abogados con formación civilista tienden a comparecer a la audiencia de alegatos con un esquema pormenorizado de los puntos a tratar con citación de las disposiciones procedentes de los respectivos códigos y los comentarios sobre su articulado por parte de tratadistas, pero no con referencia a decisiones de tribunales anteriores sobre casos semejantes.[116]

Posteriormente a la fase de alegatos, los árbitros deberán emitir el laudo que dirima la controversia de acuerdo a los requisitos establecidos por la ley y con la cual concluye el proceso arbitral de manera normal. Conforme a este criterio la fase conclusiva comprende dos aspectos esenciales: los alegatos finales y el laudo.

El laudo arbitral en el arbitraje nacional debe de pronunciarse en la audiencia de laudo que para tal efecto se notifique a las partes, y deberá entregarse a cada una de ellas copia auténtica del mismo, de conformidad al artículo 63 de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje. A pesar de lo anterior es necesario aclarar (por cuestiones prácticas) que en la audiencia de laudo el tribunal arbitral debe limitarse a realizar la notificación del laudo a las partes, pero nunca cometer el error de discutir con éstas el contenido de la resolución o el porqué se votó en uno u otro sentido.[117]

8.5.2. Segunda clasificación

En el arbitraje internacional el Centro Internacional para la Resolución de Disputas (ICDR) sugiere dividir las etapas del proceso arbitral en las siguientes:

---

[116] INTERNATIONAL CENTER FOR DISPUTE RESOLUTION, *op. cit*, p. 102: ""Alegato", debe anotarse, es para el abogado civil su presentación de argumentos legales, no la presentación de la demanda y la defensa intercambiadas al inicio del caso.

...Acá la práctica convergente tiende a acomodar ambas tradiciones...Actualmente la mayoría de los abogados internacionales esperan que las disposiciones de los códigos, comentarios y jurisprudencia sean formulados como persuasivos, con la importancia relativa asignada a cada uno influenciado por el código sustantivo que aplique a la controversia. Pero cualquier abogado que se presente ante árbitros europeos deberá, sin embargo, estar bien preparado para presentar su esquema de argumento, incluyendo citaciones a autoridades, antes o después de que lo haya entregado. Después de todo el esquema ahorra a los árbitros el problema de tomar notas"

[117] GOODMAN, Allan H., *op. cit.*, p. 105: "¿Debe un árbitro discutir su resolución con las partes? ¡Absolutamente no! . Después de que usted rinda su laudo, su responsabilidad ha concluido. Usted no debe bajo ninguna circunstancia, discutir su razonamiento o las bases de su decisión con ninguna de las partes, o nadie más. .. Si revelara su razonamiento después del laudo, la parte no prevaleciente podría encontrar razones para desafiar su laudo. Esto aplica en la perpetuidad. No asuma de que después de que algunos años han pasado es seguro hablar acerca de su razonamiento para decidir un aludo arbitral"

a. Iniciación

En el sistema norteamericano hay tres maneras principales de iniciar un proceso arbitral: por sometimiento a arbitraje, cuando no hay acuerdo previo de arbitraje; por una demanda o una notificación conforme a un acuerdo previo a la disputa; y caso de un procedimiento anexo a la corte por mandamiento judicial. En este último caso, a veces el arbitraje forzoso es no vinculante, a menos que las partes decidan lo contrario.

b. Preparación

Es necesario que los abogados de las partes preparen su caso de arbitraje como si fuera un juicio. Esta fase tiene mucha importancia sobre todo en sistemas donde se practica el descubrimiento de la prueba (*discovery)*. Dependiendo del caso, puede ser necesaria una preaudiencia. Se dice que los principios de simplicidad y flexibilidad imperantes en el arbitraje pesan contra un descubrimiento de la prueba (*discovery)* extenso.

c. Preaudiencia

También denominada audiencia preliminar, la cual se realiza usualmente en los casos de arbitraje complejos. En ella se tratan pormenores de procedimiento y programación, asuntos de descubrimiento de la prueba (*discovery)* o presentación de evidencia. Algunos autores recomiendan que las reglas del descubrimiento de la prueba (*discovery*) deben de establecerse incluso en el acuerdo arbitral, para determinar mejor su práctica y alcances. [118]

[118] NAFTA Advisory Committee on Private Comercial Disputes, "*Alternative Dispute Resolution in International Contracts*", en AAVV, *Commercial Mediation...*, *cit.*, p. 342: «Usualmente las reglas de arbitraje escogidas contendrán provisiones con respecto al *discovery* y presentación de documentos o proveerán que la presentación de documentos y el *discovery* sean realizados de acuerdo con la reglas del tribunal arbitral. En algunas circunstancias (cuando una de las partes tiene la mayoría de los documentos relevantes a la disputa) puede ser ventajoso para proveer un mayor *discovery* que éste sea obtenible de acuerdo a reglas aplicables específicas. En otras circunstancias, puede ser desventajoso proveer límites específicos al *discovery*.

Se aconseja sobretodo en arbitraje internacional que los árbitros antes de la realización de la primera audiencia tenga claro el conocimiento de algunos datos importantes del proceso.[119]

d. Audiencias

Las partes pueden renunciar a sostener audiencias orales y determinar que el tribunal resuelva con fundamento en la prueba documental presentada pero esto no suele suceder. En el sistema norteamericano se da preeminencia a las audiencias orales. El registro formal escrito de las audiencias, no suele ser necesario y el uso de un relator de tribunal es la excepción, no la regla general.

La Asociación Americana de Arbitraje comenta que las audiencias arbitrales son conducidas de manera semejante a las realizadas en Corte, excepto que son menos formales. Los árbitros bajo este sistema no están obligados a seguir de manera estricta las reglas de evidencia. Ellos deben recabar toda la evidencia material de un asunto, pero pueden determinar que es lo realmente relevante; es más incluso un tribunal arbitral puede inclinarse a aceptar como evidencia alguna prueba que no podría ser admitida un juez ordinario.

Finalmente, después de dar a ambas partes una igual oportunidad de presentar prueba, los árbitros deben declarar las audiencias cerradas.

---

[119] INTERNATIONAL CENTER FOR DISPUTE RESOLUTION (ICDR), *op. cit.*, p. 11: "Se aconseja sobretodo en arbitraje internacional que los árbitros deben o necesitan saber antes de la primera audiencia, los siguientes datos:
a) La identificación de las partes, sus representantes y cualquier testigo que pueda ser llamado a la audiencia;
b) La naturaleza de la relación de las partes;
c) Una copia de la solicitud de arbitraje, contestaciones, reconvenciones, etc.;
d) copia de todas las disposiciones sobre medios alternos de solución de controversias contenidas en el contrato de las partes;
e) un escrito claro sobre los asuntos en controversia;
f) una fecha aproximada para la celebración de la audiencia;
g) La probabilidad de controversias en la exhibición de documentos (en caso de *discovery*);
h) Un estimativo del número de días para la celebración de la audiencia"

e. Laudo

En Estados Unidos el laudo generalmente es escrito y debe ser firmado por los árbitros. Si se trata de arbitraje vinculante el laudo se puede ejecutar judicialmente en caso de incumplimiento de la parte obligada a cumplirlo. Estos preceptos también son aplicables al medio salvadoreño.

8.6. El laudo arbitral: requisitos

En el ámbito nacional, el laudo arbitral debe pronunciarse por escrito y el artículo 60 de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje establece que debe reunir los siguientes requisitos formales:

"1. Lugar y fecha;
2. Nombres, nacionalidad, domicilio y generales de las partes y de los árbitros;
3. La cuestión sometida a arbitraje y una síntesis de las alegaciones y conclusiones de las partes;
4. La valoración de las pruebas practicadas, si se tratare de arbitraje en derecho o su fundamentación, en caso de arbitraje de equidad;
5. La resolución deberá ser clara, precisa y congruente con las demandas demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito, haciendo las declaraciones que éstas exijan, condenando o absolviendo al demandado, y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto de debate. Cuando esto hubieren sido varios, se hará, con la debida separación, el pronunciamiento correspondiente a cada uno de ellos; guardando el orden lógico correspondiente;
6. La determinación de las costas del proceso si las hubiere; y,
7. Las firmas de todos los miembros del Tribunal Arbitral o de la mayoría de ellos"

Al respecto es pertinente anotar algunos comentarios entre ellos que en nuestra legislación sí es necesario que, en el arbitraje de equidad los árbitros fundamenten su resolución. En la práctica es más difícil para un árbitro en equidad fundamentar su fallo, ya que las partes han apelado no a la valoración de la ley, sino a su sentido de justicia, de equidad.

La disposición en estudio ha resuelto el dilema que en el derecho comparado suscita la fundamentación del laudo en equidad (Como se señaló al explicar

el arbitraje en equidad, algunos autores incluso prefieren utilizar el término "motivación").

En el Derecho comparado, Jorge Hernán Gil Echeverry cita una interesante jurisprudencia al respecto. En España, el Tribunal Supremo en su sentencia del 16 de febrero de 1986 expresó:

"El laudo en equidad no tiene que someterse a formas legales ni ajustarse a derecho en cuanto al fondo, siguiéndose de ello que tal ausencia de formas excluye la necesidad de razonamiento y motivaciones de ningún orden, bastando la manifestación de voluntad decisoria emitida por los árbitros".[120] No obstante lo anterior, la Ley de Arbitraje 60/ 2003 aprobada con posterioridad a la sentencia relacionada estableció un criterio opuesto en su artículo 37 numeral cuarto referente a la forma y contenido del laudo: "El laudo deberá ser motivado, a menos que las partes hayan convenido otra cosa o que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al artículo anterior" (que se refiere al laudo adoptado por acuerdo de partes).

En la concepción recogida por la legislación salvadoreña hay plena coincidencia en cuanto a que el arbitraje de equidad no tiene que ajustarse a Derecho en cuanto al fondo pero ello no obsta que los árbitros deben sentar en el laudo los fundamentos de su resolución que son situaciones distintas. Nuestra posición es que un aspecto es apelar a la noción de justicia, de equidad de las personas que fungen como árbitros y otro es la consecución de una arbitrariedad.

En Colombia, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de ese país se ha pronunciado en el siguiente sentido:

"..No se desvirtúa la naturaleza jurisdiccional del arbitraje por el hecho de que los interesados le otorguen al tribunal la facultad de fallar no en derecho sino en conciencia con fundamento en principios técnicos...pues que también en estas dos oportunidades se dirime el pleito mediante la providencia que da definitivamente la razón a una u otra parte y que debe ser motivada con el debido rigor"[121]

---

[120] GIL ECHEVERRY, J. , *op. cit.*, p. 285.
[121] GIL ECHEVERRY, J., *op. cit.*, p.285

En conclusión en El Salvador es obligatorio que los árbitros aunque se trate de un arbitraje de equidad fundamenten su laudo, ya que el artículo 60 número cuatro de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje así lo establece en los requisitos formales que debe contener el laudo para su validez.

Otro punto que es pertinente comentar es el de la condena en costas a la cual tendrán que aplicarse las reglas establecidas en el Código de Procedimientos Civiles en el artículo 439 que reza:

«Todo demandante que no pruebe su acción en primera instancia o que la abandone, será condenado en costas. Será también condenado en costas el demandado que no pruebe su excepción, o que, no oponiendo ninguna, fuere condenado en lo principal, y el contumaz contra quien se pronuncia la sentencia. Si de la causa aparece que una de las partes no sólo no probó su acción o excepción, sino que obró de malicia o que aquélla es inepta, será además condenado en daños y perjuicios. Si la demanda versare entre ascendientes y descendientes, hermanos o cónyuges, no habrá condenación especial de costas, y lo mismo tendrá lugar cuando ambas partes sucumbieren en algunos puntos de la demanda»

Con respecto a este punto es necesario citar un ejemplo que permita ilustrar la última hipótesis planteada: Si en un arbitraje se sometieron a conocimiento del tribunal arbitral seis puntos por la parte actora en contra de la parte demandada, de los cuales el laudo reconoce cinco a favor del demandante, pero absuelve en uno de ellos al demandado; no habrá condena en costas, por haber sucumbido ambas partes, en algunos puntos de la demanda.

El Reglamento de Procedimientos de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial establece por su parte en el artículo 38 los rubros que comprenden las costas y expresa lo siguiente:

"El tribunal arbitral fijará en el laudo las costas del arbitraje. El término *costas* comprende únicamente lo siguiente:

a) Los honorarios del tribunal arbitral, que se indicarán por separado para cada árbitro y que fijará el propio tribunal de conformidad con el artículo 39;
b) Los gastos de viaje y demás gastos realizados por los árbitros;

c) El costo del asesoramiento pericial o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral;
d) El costo de representación y de asistencia legal de la parte vencedora, si se hubiera reclamado dicho costo durante el procedimiento arbitral y sólo en la medida en que el tribunal arbitral decida que el monto de este costo es razonable;
e) Cualesquiera honorarios y gastos por concepto de servicios prestados por la CIAC"

En otro punto el artículo 61 de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje en cuanto a la votación de los árbitros para la adopción del laudo establece que éste puede adoptarse por unanimidad o bien por simple mayoría, y deberá ser firmado los árbitros. Así también permite la figura del salvamento o disensión del voto de los árbitros, en cuyo caso el árbitro disidente deberá expresar las razones que motivan su desacuerdo con la resolución de los otros árbitros. Esta disposición es tanto aplicable al arbitraje de derecho como al arbitraje de equidad, ya que la ley no hizo distinción entre ambos.

En el caso del arbitraje *ad hoc*, el laudo debe protocolizarse ante notario, siguiendo las reglas que establecen el artículo 55, 56 y 57 de la Ley de Notariado en virtud de los cuales, por tanto para poder protocolizar dicho laudo, deberán comparecer los árbitros que lo suscriben puesto que se trata de un instrumento privado (artículo 55 numeral 4º). Los árbitros no son jueces ni funcionarios públicos se trata de particulares a quienes las partes han facultado con base en el principio de la autonomía de la voluntad para que puedan dirimir la controversia mediante su decisión. El documento del laudo deberá contener la razón firmada y sellada por el notario en la que indicará el número del instrumento, folios y libro en que se hizo la protocolización y su fecha de conformidad con lo establecido en el artículo 57 de la Ley de Notariado. El artículo 62 tercer inciso de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje establece que cuando el laudo arbitral deba registrarse bastará la presentación al registro de una copia del citado laudo certificada por el director del centro en caso de arbitraje institucional.

Por su parte el Reglamento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial en su artículo 29 titulado "Forma y Efecto del Laudo" establece:
"1. Además del laudo definitivo, el tribunal arbitral podrá dictar laudos provisionales, interlocutorios o parciales.

2. El laudo se dictará por escrito y será definitivo, inapelable y obligatorio para las partes. Las partes se comprometen a cumplir el laudo sin demora.
3. El tribunal expondrá las razones en las que se base el laudo, a menos que las partes hayan convenido en que no se dé ninguna razón.
4. El laudo será firmado por los árbitros y contendrá la fecha y el lugar en que se dictó, que será el lugar designado en el artículo 13. Cuando haya tres árbitros y uno de ellos no firme, se indicará en el laudo el motivo de la ausencia de la firma.
5. Podrá hacerse público el laudo sólo con el consentimiento de ambas partes.
6. El tribunal arbitral comunicará a las partes copias del laudo firmadas por los árbitros.
7. Si de conformidad con la ley del país en que se dicta el laudo se requiere del registro o el depósito del laudo por el Tribunal Arbitral, éste deberá cumplir con dichos requisitos dentro del plazo señalado por la ley respectiva".

El punto que merece un comentario adicional es el referente a los laudos provisionales pronunciados de conformidad al Reglamento de la CIAC. El tribunal arbitral en el transcurso del proceso puede emitir este tipo de providencias encaminadas a resolver situaciones tales como:

a. La validez del convenio arbitral en caso de que éste haya sido objeto de impugnación.
b. La competencia del tribunal arbitral, si alguna de las partes la objetare.
c. El Derecho aplicable para resolver el fondo de la controversia, si las partes no lo establecieron en el convenio arbitral.

Por su parte el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (que crea el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones) en su artículo 48 respecto a las formalidades que debe cumplir el laudo expresa que debe ser motivado, pronunciarse por escrito y ser firmado por los árbitros que hayan votado a favor de dicha resolución. Además deberá contener declaración sobre todas las pretensiones sometidas a conocimiento del tribunal arbitral.

8.7. Impugnación del laudo arbitral

8.7.1. Generalidades. La aclaración, corrección o adición.

En El Salvador el laudo pronunciado es inapelable. Contra las decisiones de los árbitros, diferentes del laudo, no procede ningún recurso de conformidad con el artículo 65 de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje. En resumen contra las resoluciones interlocutorias y autos de sustanciación, que en el desarrollo del proceso pronuncie el tribunal arbitral, no proceden los tradicionales recursos ordinarios que se oponen en el proceso judicial, comúnmente la revocatoria y la apelación y el recurso extraordinario de casación. Sólo puede interponerse el recurso de nulidad por los motivos que taxativamente establece la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje en su artículo 68, sin perjuicio de que el artículo 64 del mismo cuerpo legal establece que el laudo estará sujeto a aclaración, corrección o adición.

La solicitud de aclaración, corrección o adición, debe interponerse por las partes dentro de los cinco días hábiles siguientes a la notificación del laudo a las partes. De conformidad al artículo 63 el laudo se notifica en la audiencia respectiva señalada para tal efecto. Este recurso tiene por objeto aclarar la parte resolutiva del laudo, complementarlo en caso de que no se haya resuelto un punto planteado de la controversia, o bien corregirlo en caso de errores "de cálculo, de copia o tipográfico".

El tribunal arbitral dentro de un plazo no mayor de siete días hábiles contados a partir de la solicitud respectiva deberá aclarar, corregir o complementar el laudo. Contra dicha resolución no procede recurso alguno. El artículo 64 de dicha ley también permite que el tribunal arbitral pueda aclarar, corregir o complementar el laudo de manera oficiosa, es decir sin que sea necesario petición de parte alguna para ello.

Un caso práctico que es necesario comentar es el de un tribunal arbitral que pronuncia su laudo el último día de plazo de duración del proceso (de conformidad al artículo 49 de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje: "...salvo pacto en contrario de las partes, no podrá ser superior a tres meses" contados a partir de la aceptación del último árbitro). Ese mismo día una de las partes interpone solicitud de corrección del laudo arbitral ya que en el contenido de la resolución emitida por el tribunal arbitral existe discordancia

entre la cantidad escrita en números y el monto escrito en letras la cual ha sido condenada a pagar una de las partes a favor de la otra. En este caso es obvio que el motivo por el cual se ha interpuesto la solicitud es procedente porque se ha cometido un error de digitación por el tribunal, además de que el escrito se ha interpuesto en tiempo y forma. Pero surge la duda de si el tribunal arbitral puede pronunciarse al respecto a pesar de lo dispuesto en el artículo 64 de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje debido a que el artículo 73 numeral cinco de la misma ley establece:

"El Tribunal Arbitral cesará en sus funciones:

5. Por la expiración del plazo fijado para el proceso o el de su prórroga, si la hubiere"

Por lo que la incertidumbre radica en que no a pesar de que se ha interpuesto la solicitud de corrección en la forma y dentro del plazo establecido por la ley, se ha extinguido el plazo del proceso arbitral, por lo que los miembros del tribunal arbitral han cesado en sus funciones por lo que si se hace una interpretación literal y aislada de la norma en estudio, no obstante de que el numeral tres del referido artículo 73, también dispone que el tribunal arbitral termina sus funciones "por encontrarse en firme el laudo con sus adiciones, correcciones o complementos". Si se hiciera una interpretación integral y amplia (y es nuestra posición) podemos afirmar que el tribunal arbitral, no obstante haber expirado el término para sus funciones, en este caso sí tiene facultades para resolver la corrección solicitada en tiempo y forma pero es justo reconocer no sólo un fundamento para la duda planteada, sino también el riesgo en nuestra legislación de que la otra parte alegue recurso de nulidad por pronunciarse el tribunal arbitral después del vencimiento del término fijado para el proceso arbitral o sus prórrogas a pesar de los argumentos anteriormente planteados y que el artículo 73 de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje se refiere a un laudo firme.

Por lo anterior a nuestro juicio es procedente que a efecto de evitar el riesgo de la interposición de un recurso de nulidad sería oportuno una reforma a los artículos 64 y 73 de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje a efecto de que se aclare de manera expresa por la ley de que el tribunal arbitral tiene facultades para aclarar, corregir o complementar el laudo aunque el plazo del arbitraje o sus prórrogas haya expirado.

En el Derecho comparado, la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Bucaramanga en su sentencia del 27 de agosto de 1993 al respecto se pronunció de la manera siguiente:

"Una interpretación sistemática de los aludidos preceptos permite a la Sala hacer la anterior afirmación, sin participar entonces del pensamiento de la parte recurrente referido a que los árbitros deben tener en cuenta esta circunstancia. No, es el legislador el que directamente suministra a los árbitros un término adicional para ejercer competencia a efecto de facilitar no sólo el buen entendimiento del laudo, sino que por medio de éste, en realidad, se definan todos los puntos materia de la controversia por vía de la complementación, la que resulta conducente cuando se han omitido algunos de los extremos de la litis o de cualquier otro punto que según la ley debió ser objeto de pronunciamiento. Luego la actuación subsiguiente al pronunciamiento del laudo estuvo amparado por la ley, esto es su ejecutoria, el reconocimiento de la personería jurídica al nuevo apoderado judicial de la parte demandada. No obstante lo anterior, considera la Sala que en los eventos en que sea necesario aclararlo, corregirlo o complementarlo (el laudo), bien de oficio o solicitud de las partes "dentro de los cinco (5) días siguientes a las expediciones establecidas en el Código de Procedimiento Civil, el tribunal conserva aún la competencia para definir estos aspectos de capital importancia para el buen entendimiento del laudo arbitral.

No olvidemos que a este *sui géneris* especie de proceso se llega por iniciativa de las partes quienes pueden además precisar el término de su duración o de su prórroga según el límite impuesto por el legislador, pero éste también participa ampliándoles la competencia a los árbitros para el solo efecto de que sea necesario aclararlo, corregirlo o complementarlo".[122]

En cuanto a Ley de Arbitraje 60/2003 de España también regula la solicitud de corrección, aclaración y complemento del laudo en los términos y plazos establecidos en su artículo 39.También consagra en el artículo 40, 41, 42 y 43 el recurso de anulación del laudo por causales semejantes a las establecidas en la ley salvadoreña. Es decir que en ambos países el recurso de nulidad o anulación no es una segunda instancia de conocimiento del caso ni puede interponerse por simple inconformidad de una de las partes en contra del

[122] GIL ECHEVERRY, H., *op. cit.*, p. 291.

laudo (a diferencia de una apelación) sino que sólo puede invocarse por causales taxativamente señaladas por la ley.

Es de hacer notar que la Ley de Arbitraje 60/2003 de España también concede el recurso de revisión en contra del laudo, conforme a lo dispuesto por la Ley de Enjuiciamiento Civil para las sentencia firmes. Pero es necesario apuntar que en la medida en que se establecen más recursos en contra de un laudo arbitral por parte de una legislación más se propicia la posibilidad de provocar un retardo en la resolución del caso y se vuelve más débil este tipo de solución de controversias.

En el ámbito del arbitraje internacional los artículos 32 y 33 del Reglamento de Procedimientos de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial facultan a las partes para que dentro del plazo de los treinta días siguientes a la recepción del laudo, éstas puedan requerir del tribunal arbitral una interpretación del laudo o bien la rectificación de un error de cálculo, de copia, tipográfico o de naturaleza semejante.

El tribunal arbitral debe notificar de dicha interposición a la otra parte y en caso de interpretación deberá pronunciarse dentro de los cuarenta y cinco días siguientes al requerimiento. Si se tratare de la rectificación del laudo el tribunal cuenta con un plazo de treinta días siguientes a la notificación del laudo para proveer. Ambas resoluciones deben darse por escrito por parte del tribunal arbitral.

En el caso del arbitraje internacional ante el Centro Internacional para la Resolución de Disputas (ICDR), el artículo 30 de su reglamento preserva la jurisdicción del tribunal arbitral para corregir errores de secretaría, tipográficos o de cálculos y para presentar un laudo adicional referente a reclamaciones presentadas pero que se omitieron en el laudo. "Estas correcciones o laudos adicionales tienen la intención de cubrir errores u omisiones no intencionales. No son una oportunidad para retroceder y cambiar el laudo arbitral"[123]. La

[123] *INTERNATIONAL CENTER FOR DISPUTE RESOLUTION, op. cit.*, p. p. 92 y 93: "Los tribunales de arbitraje deben evitar caer en esta situación. Un tribunal diligente revisará cuidadosamente su laudo para garantizar que no haya errores no intencionales y que el laudo está claro. El tribunal deberá siempre tener en cuenta que este laudo será leído por las partes (como mínimo) y, posiblemente por las cortes en el lugar de arbitraje y/o en el lugar de aplicación al igual que por otras personas tales como los garantes y aseguradores. El tribunal también debe tener en cuenta que para garantizar que este laudo sea completo, debe estar bien redactado y ser claro"

misma disposición permite al tribunal arbitral interpretar el laudo, es decir que lo aclare: pero tampoco debe verse como una ocasión para permitir al tribunal que cambie el laudo pronunciado.

8.7.2. El recurso de nulidad

a. Generalidades

Una de las principales reformas que trajo consigo la citada Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje fue la eliminación de los recursos que se podían oponer en contra del laudo pronunciado por el tribunal arbitral de conformidad a las disposiciones establecidas en el Código de Procedimientos Civiles y la Ley de Casación vigentes en ese entonces. Esa es la razón de ser de las derogatorias contenidas en el artículo 92 de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje.

El recurso de nulidad debe interponerse por escrito dentro de los siete días hábiles siguientes a la notificación del laudo o de la resolución que le aclara, corrige o adiciona, según sea el caso ante la Cámara de Segunda Instancia de lo Civil "de la jurisdicción del lugar donde se dictó el laudo" de conformidad de conformidad al artículo 67 de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje. Solamente procede por las causales que taxativamente establece el artículo 68 de la normativa en estudio y esta causal debe establecerse en el escrito interpuesto por la parte recurrente. Sino se cumpliera con estos requisitos de tiempo y forma la Cámara deberá rechazar el recurso. En el caso de de San Salvador son competentes de conocer de dicho recurso cualquiera de las tres Cámaras de Segunda Instancia de San Salvador.

El artículo 67 de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje en su parte final establece una innovación en la tramitación del recurso de nulidad porque permite que si las partes así lo pactan sea otro tribunal arbitral el que conozca del recurso de nulidad y no la Cámara de Segunda Instancia de lo Civil.

La razón de esta provisión es la búsqueda de mayor agilidad al tramitar este recurso. Sin embargo esta solución es susceptible de crítica puesto que la disposición quedó corta en su redacción ya que en caso de que sea un nuevo tribunal arbitral el que ha de conocer del recurso de nulidad surge la inconveniencia en la práctica de que éste debe estar integrado en el término de siete días hábiles. Pero las dificultades que pudieran originarse en la

constitución de este nuevo tribunal arbitral (una de las partes o el tercero a quien se le ha encomendado hacerlo no designa al árbitro que le corresponde) tendrían que resolverse en un tiempo exageradamente corto para poder interponer el recurso de nulidad ante el tribunal arbitral. Es decir que puede existir una complicación práctica entre el tiempo que puede durar la integración de un tribunal arbitral y el plazo breve con que se cuenta para interponer el recurso de nulidad.

Otro problema relacionado podría acontecer si una parte interpone un recurso de nulidad en el séptimo día hábil después de serle notificado el laudo por el primer tribunal arbitral pero no existe un tribunal arbitral integrado y no tendría un ente ante el cual interponerlo ya que la Cámara de Segunda Instancia se declararía incompetente. Por todo lo anterior nuestra opinión es que este artículo también tiene que ser objeto de reforma dadas las vicisitudes que podrían generar las situaciones planteadas.

El artículo 69 de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje establece el trámite del recurso de nulidad por parte de la Cámara de Segunda Instancia de lo Civil. Merece un comentario especial porque expresa que si ésta se avocaré el conocimiento del recurso de nulidad por ser procedente, «...ordenará el traslado sucesivo por cinco días comunes al recurrente, para que lo sustente y a la parte contraria para que sustente su alegato». Existe una incongruencia en la norma debido a error en su redacción porque es contradictorio afirmar que se va a dar traslado sucesivo por un término de cinco días comunes a las partes. Lo que el artículo quiso (y debió) expresar con el término «días comunes» (que no es una expresión que se utilice en el derecho salvadoreño) es «días hábiles». Ese es el sentido con el cual se le encuentra lógica a una norma aparentemente incongruente en esa parte. Por la trascendencia de la disposición comentada y para una efectiva aplicación de ésta es necesaria su reforma en este sentido o al menos incluir una definición legal del término "días comunes".

Si la parte recurrente no sustentará su recurso al corrérsele traslado la Cámara de Segunda Instancia declarará desierto el recurso condenándola en costas. Después de realizado el traslado y practicadas a juicio de la Cámara de Segunda Instancia, ésta deberá resolver el recurso en un plazo no superior a un mes.

Si la Cámara estableciere que ha lugar al recurso por las causales 1, 2, 3, 4, 5 y 6 del artículo 68 de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje, declarará la nulidad del laudo. Si fructificare el recurso de nulidad por las causales 7,8 y 9 de la norma aludida («En los demás casos» establece el artículo 70 de la «Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje»), la Cámara ordenará al tribunal arbitral que efectúe las correcciones o adiciones del caso. Contra la resolución de la Cámara de Segunda Instancia de lo Civil, que dirima el recurso de nulidad, no procede recurso alguno de conformidad con el artículo 70 inciso último de Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje.

b. Causas de nulidad

Los motivos de interposición del recurso de nulidad, establecidos textualmente por el artículo 68 de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje son los siguientes:

> **"1. La nulidad absoluta del convenio arbitral proveniente de objeto o causa ilícitos. Los demás motivos de nulidad absoluta o relativa sólo podrán invocarse cuando hayan sido alegados en el proceso arbitral y no se hayan saneado o convalidado en el transcurso del mismo".**

El convenio arbitral como se ha explicado anteriormente es una especie de contrato autónomo e independiente dentro de otro contrato y por lo tanto al igual que la generalidad de éstos, puede ser afectado por los mismos vicios (como objeto ilícito, causa ilícita entre otros). Nuestro Código Civil respecto a la causa ilícita en el artículo 1338, en lo pertinente establece: « No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. Se entiende por causa, el motivo inmediato que induce a contraer la obligación, y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres»

El objeto ilícito, se encuentra regulado en el artículo 1335 del Código Civil que reza lo siguiente:
"Hay objeto ilícito en la enajenación:
1º) De las cosas que no están en el comercio;
2º) De los derechos o privilegios que no pueden transferirse a otra persona;
3º) Lo hay también en la enajenación de las cosas embargadas por decreto judicial, o cuya propiedad se litiga, a menos que preceda autorización judicial o

el consentimiento de las partes; pero aun sin estas condiciones, no podrá alegarse lo ilícito del objeto contra terceros de buena fe, tratándose de bienes raíces, si la litis o el embargo no se hubieren anotado con anterioridad a la enajenación"

Para citar un ejemplo, sería nulo el laudo arbitral, si versare sobre someter a arbitraje las controversias que pudieren surgir de un contrato de compraventa de estupefacientes prohibidos por la ley, o sobre las diferencias que surgieren con respecto de la compraventa de una plaza pública a un particular por parte de alguna municipalidad.

El artículo 34 numeral 2 letra «a» romano primero de la Ley Modelo CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, que se denomina "Sobre la impugnación del laudo", reza lo siguiente:
« 2.El Laudo arbitral sólo podrá ser anulado por el tribunal indicado en el art. 6º 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 art. 7º 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»

Lo importante es que esta disposición nos brinda la solución al problema de la legislación aplicable en caso de una controversia que verse sobre la nulidad del laudo estableciendo en un primer lugar el Derecho seleccionado por las partes y si éstas no se hubieren pronunciado al respecto se aplicaría la ley del foro. Esta norma debe relacionarse con el artículo 28 de la referida Ley Modelo que se refiere a las normas aplicables al fondo del litigio. En caso de ser aplicable la legislación salvadoreña al laudo tendría que aplicarse lo establecido en el artículo 68 de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje.

"2.No haberse constituido el Tribunal arbitral en forma legal, siempre que esta causal haya sido alegada de modo expreso desde la iniciación del trámite Arbitral"

Anteriormente se explicó la solución de diferencias dentro del marco de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública en la cual previo al procedimiento arbitral forzosamente las partes tienen que agotar la vía del trato directo (es decir la negociación entre las partes) y solamente los

puntos tratados en éste pueden ser conocidos por el eventual arbitral que se conforme. En caso de que una de las partes entable un arbitraje sin recurrir previamente al trato directo y el tribunal arbitral que se conforme se declare competente de conocer de las diferencias reclamadas y pronuncie el laudo respectivo; éste podría recurrirse de nulidad por no haberse conformado el tribunal arbitral en forma legal. Además es pertinente apuntar que la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública" es una ley de orden público y en este tipo de diferencias tiene preeminencia sobre la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje.

En materia comercial las partes pueden estipular en el convenio arbitral que previo a recurrir al arbitraje debe agotarse la negociación como etapa previa. En caso de que se integrara un tribunal arbitral que conociera del caso a iniciativa de una de las partes sin intentar previamente la negociación se podría alegar con base al principio de la normatividad del negocio jurídico (Art. 1416 del Código Civil) que el tribunal arbitral se ha integrado indebidamente por no haberse cumplido con lo pactado formalmente.

Otro caso que en la práctica se podría suscitar es que en algunos convenios arbitrales (generalmente en contratos de adhesión o bien por descuido o desconocimiento de una de las partes) de manera un tanto maliciosa se pacta una cláusula en la cual se establece que, en caso de recurrir al arbitraje por una las partes ésta deberá notificar judicialmente su intención a la otra. En realidad el objeto es hacer más engorroso y retardado la integración de un tribunal arbitral ya que la resolución judicial por medio de la cual se notifica la intención de recurrir al arbitraje puede por su naturaleza judicial aunque sin fundamento jurídico alguno, ser objeto de una revocatoria, una apelación e incluso intentarse la casación (aunque sin ninguna probabilidad de éxito). Si se integrara el tribunal arbitral sin antes haber realizado la notificación judicial o al menos haberse intentado (en caso de que a criterio del juez se declare incompetente) se corre el riesgo de que posteriormente se alegue recurso de nulidad por una de las partes por no haberse integrado de forma debida el tribunal, pues la notificación previa debió haberse realizado de conformidad al convenio arbitral de manera judicial.

El artículo 34 numeral 2 letra «a» romano iv) de la Ley Modelo CNUDMI Sobre Arbitraje Comercial Internacional, expresa que la nulidad procede si se prueba lo siguiente:

« 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»

La disposición aludida tiene mayor alcance que la norma nacional porque engloba también el caso de que el tribunal arbitral no cumpla con los términos de las normas de procedimiento arbitral señalada por las partes situación que no está regulada en nuestra ley. Es decir que la ley salvadoreña a pesar de tomar en buena parte como fundamento la Ley Modelo en este punto no se incorporó plenamente lo establecido por ésta lo que en nuestra opinión debió hacerse por la claridad y alcances de la redacción de la norma referida.

"3.No haberse hecho las notificaciones en la forma prevista en esta ley, salvo que de la actuación procesal se deduzca que el interesado conoció o debió conocer la providencia"

El objetivo de la notificación en materia procesal es permitir que el notificado, conociendo la resolución pertinente pueda disponer lo más conveniente para la defensa de sus derechos e intereses que pudieran resultar afectados. Si la notificación no cumpliera con esta finalidad se estaría dejando al notificado en situación de indefensión. Por ello en este caso estamos en presencia de una causal motivada por errores *in procedendo*, puesto que hay una violación de los principios del debido proceso, por parte del tribunal arbitral.

La debida notificación de las resoluciones proveídas por un tribunal judicial o arbitral (e incluso por la administración en el Derecho Administrativo) constituye una de las médulas del debido proceso y de las garantías procesales en íntima relación además con el principio de seguridad jurídica y del derecho de defensa. La notificación es un acto de comunicación, pero su finalidad va mucho más allá como bien lo apunta José Almagro Nosette: "establece que éstos deben servir a plenitud a su objetivo, que no es otro que el de permitir al destinatario, conocida la resolución causante, disponer lo conveniente para la mejor defensa de los derechos"[124]

[124] NOSETTE, José Almagro; SENDRA , Vicente Gimeno; CORTEZ DOMÍNGUEZ, V. y MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Tomo I*, Editorial *Tirant lo Blanch*, Valencia España, 1987, p. 375.

Al decir la disposición referida: «...salvo que de la actuación procesal se deduzca que el interesado conoció o debió conocer la providencia", está aludiendo a que la parte haya tenido real y efectivo conocimiento de la resolución impugnada y haya podido ejercer por tanto las acciones para la mejor defensa de sus derechos e intereses. Por tanto en este último caso aunque no se hayan cumplido todas las formalidades para la realización de la notificación ésta en el fondo fue eficaz porque cumplió con su finalidad.

El artículo 34 numeral 2 letra «a» romano ii), de la Ley Modelo CNUDMI Sobre Arbitraje Comercial Internacional, se expresa en términos similares, sobre la procedencia del recurso de nulidad:

« Que (la parte recurrente) 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»

"4. Cuando sin fundamento legal se dejaren de decretar pruebas oportunamente solicitadas o se hayan dejado de practicar las diligencias necesarias para evacuarlas, siempre que tales omisiones tengan incidencia en la decisión y el interesado las hubiere reclamado en la forma y tiempo debidos, salvo el caso contemplado en el Artículo 55 de esta ley".

Esta causal no sólo es un fundamento para la interposición del recurso de nulidad de un laudo arbitral, sino también para entablar un amparo ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, ya que se violan derechos fundamentales el derecho de defensa establecido en la Constitución.

Se trata de un error *in procedendo* cometido por el tribunal arbitral ya en un punto anterior se estudió que éste, de conformidad con el artículo 55 inciso primero de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje tiene la facultad exclusiva de determinar la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas así como a la facultad que posee de prescindir de forma motivada de las pruebas no evacuadas si se considera adecuadamente informado (a esto se refiere la causal en la última parte de su redacción, al establecer la salvedad). Por cierto dicha decisión no está sujeta a ningún recurso.

Es fundamental subrayar que en el caso del arbitraje nacional *ad hoc* de conformidad al artículo 47 número cuatro de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje la evacuación de las pruebas debe efectuarse dentro del plazo máximo de treinta días hábiles contados desde la fecha de la contestación de la demanda o de la reconvención (salvo la prueba documental que por norma general se anexa a éstas).

La Ley Modelo se refiere de una forma más general a este punto en su artículo 34 número dos letra "a" romano II que establece que el laudo podrá ser anulado cuando la parte que interpone dicho recurso compruebe que no ha podido por cualquier razón, hacer valer sus derechos (como lo sería el derecho de defensa ante una denegación injustificada de prueba por parte del tribunal arbitral).

« 5. Haberse pronunciado el laudo después del vencimiento del término fijado para el proceso arbitral o sus prórrogas»

Anteriormente se estudió que de conformidad con el artículo 49 de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje que regula la duración del proceso arbitral y salvo pacto en contrario, su término no puede exceder los tres meses contados a partir del día de la aceptación del último árbitro comunicada por escrito a las partes. Es oportuno aclarar que el término empieza a contarse a partir del día de la notificación realizada a las partes pero debe observarse lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje que determina un plazo fatal de cinco días hábiles (contados a partir de la notificación respectiva) para que el árbitro designado manifieste su aceptación, caso contrario se tendrá como negativa y deberá procederse a su reemplazo.

Asimismo el artículo 73 numeral 5 de la misma normativa establece que el tribunal arbitral cesa en sus funciones por la expiración del plazo fijado para el proceso o el de sus prórrogas, si las hubiere. Si habiéndose extinguido el plazo de duración del proceso arbitral o sus respectivas prórrogas los árbitros pronunciarán el laudo fuera de ese término, incurrirían en la causal de nulidad establecida por la ley y sería procedente el recurso que la invoque por esta causal.

En el arbitraje nacional en la práctica si un tribunal arbitral al programar las fechas de audiencias del proceso, nota que no le será posible dictaminar el laudo en el plazo fijado por la ley o las partes tiene como única alternativa

solicitar a éstas que le prorroguen el término de conformidad al artículo 49 inciso primero parte final de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje.

En países como Colombia se ha omitido esta causal como fundamento para interponer un recurso de nulidad.[125]

«6. Haber fallado en equidad debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo».

En el presente caso si las partes han establecido que el fundamento al cual deben acudir los árbitros para resolver es la ley, éstos no pueden obviar la voluntad de las partes y fundamentar su fallo en la noción de justicia o equidad que posean en detrimento de la ley. De ser así se concretiza la causal de nulidad en estudio; pero el artículo establece una condición adicional "que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo". Una de las formas en que podría manifestarse esta situación es que el tribunal arbitral a pesar de existir una norma legal o disposición contractual de observancia obligatoria apele a la equidad para obviarlas fundamentando su fallo en la justicia.

En el Derecho comparado en Colombia mediante sentencia de fecha tres de abril de 1992, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera al respecto estableció el siguiente precedente:

"Tanto el fallo en conciencia como en derecho tienen que reposar sobre un motivo justificativo: ni el uno ni el otro pueden surgir por generación espontánea y sin que se apoyen en una situación jurídica preexistente que debe resolverse. Pero mientras el fallo en derecho debe explicar los motivos o razones de orden probatorio y sustantivo que tuvo para arribar a la conclusión que contiene la parte resolutiva, en el fallo en conciencia esa motivación no es esencial determinante de su validez.

Es cierto que el juez de derecho debe motivar sus fallos, y que dentro de esa motivación las pruebas merecen tratamiento especial. Pero si incumple ese

[125] GIL ECHEVERRY, H., *op. cít.*, p. 527, 528: " El legislador en su afán de restringir aún más la procedencia de este recurso extraordinario, olvidó incluir la causal que se refiere a la expedición del laudo, vencido el término legal o contractual para laudar, vacío sorprendente...Infortunadamente se desaprovechó la expedición de la Ley 446 para haber corregido esta omisión".

deber en forma absoluta, el fallo podrá ser anulable pero no cambiará su esencia para convertirse en fallo en conciencia. Esto como principio general procesal, porque frente a los laudos arbitrales esa falta de motivación no aparece contemplada dentro de las causales de anulación de los mismos menos cuando no se niega, sino que se califica como deficiente o irregular.

En suma de lo anterior, sólo cuando el fallo que se dice en derecho deja a un lado, en forma ostensible, el marco jurídico que debe acatar para basarse en la mera equidad podrá asimilarse a un fallo en conciencia. Porque si el juez adquiere la certeza que requiere para otorgar el derecho disputado con apoyo en el acervo probatorio y en las reglas de la sana crítica, ese fallo será en derecho, así no hable del mérito que le da a determinado medio o al conjunto de todos".[126]

Esta resolución se cita porque ratifica la concepción de que el arbitraje en equidad permite obviar lo dispuesto por una norma jurídica contrario al arbitraje de derecho. Es preciso hacer la salvedad en relación con la sentencia relacionada que en El Salvador incluso el laudo de un arbitraje de equidad debe fundamentarse de conformidad con lo dispuesto con el artículo 60 número cuatro de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje.

La Ley Modelo a efecto de evitar este tipo de conflictos estableció en el artículo 28 número tres que el tribunal arbitral decidirá *ex aequo et bono* o como amigable componedor sólo si las partes así lo han autorizado.

«7. Contener la parte resolutiva del laudo errores aritméticos o disposiciones contradictorias, siempre que se hayan alegado oportunamente ante el Tribunal Arbitral y no hubieren sido corregidos»

En caso de que el laudo contenga este tipo de errores la entidad que conoce e del recurso (la Cámara de lo Civil de Segunda Instancia o bien un nuevo tribunal arbitral) no declara la nulidad del laudo sino que se ordena al tribunal arbitral que enmiende el error o aclare el laudo pronunciado (Art. 70 inciso segundo de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje). La legitimación procesal activa en este caso corresponde a cualquiera de las partes porque

[126] GIL ECHEVERRY, H., *op. cit.*, p. 34: "El fallo en conciencia o equidad, como acertadamente lo ha manifestado la jurisprudencia no impide, en todo caso la aplicación del derecho sustantivo".

ambas se ven afectadas por un error de este tipo. El trámite del recurso y el plazo de su interposición es el mismo que se sigue para las demás causales. En la práctica la situación se concretiza si por ejemplo un tribunal arbitral en su laudo al hacer una condena en el pago de daños y perjuicios realiza un error en la sumatoria de las cantidades correspondientes a cada de los puntos que comprende el reclamo. Pero el laudo no sería declarado nulo por la autoridad competente sino que ordenaría al tribunal arbitral que enmiende su error aritmético.

«8. Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido»

El laudo arbitral debe circunscribirse a resolver los puntos sometidos a conocimientos del tribunal arbitral por las partes, con base al principio de congruencia. No puede decidir más allá de lo pedido que es lo que se conoce como *ultra petita*, ni pronunciarse sobre situaciones diferentes a las planteadas por las partes, es decir *extra petita*.

El artículo 34 de la Ley Modelo CNUDMI Sobre Arbitraje Comercial Internacional se pronuncia también sobre esta causal como motivo de nulidad del laudo en el artículo 34 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".

La Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje de El Salvador también sigue la misma corriente que el de la disposición citada, ya que posteriormente en su artículo 70 inciso segundo, establece que el aludo deberá ser declarado nulo si acontecieran las causales 1, 2, 3, 4, 5 y 6 del artículo 68 de la misma normativa y «En los demás casos...», la Cámara de Segunda Instancia ordenará al tribunal arbitral que efectúe las correcciones o adiciones del caso.

«9. No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento»

El tribunal arbitral, no puede dejar de pronunciarse con respecto a los puntos sometidos a su conocimiento por las partes. En este caso las consecuencias de que el recurso prospere no es la declaración de la nulidad del laudo por

parte de la Cámara de Segunda Instancia, sino que ordena al tribunal arbitral que haga las adiciones del mismo (Art. 70 inciso segundo de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje).

En el arbitraje internacional es oportuno explicar por sus peculiaridades el trámite del recurso de nulidad de un laudo proveniente de un arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. En estos casos el presidente del consejo administrativo del centro conforma una comisión *ad hoc* integrada por tres personas escogidas de la lista de árbitros del Centro para que conozca del recurso de nulidad del laudo.

El recurso generalmente debe interponerse dentro de los 120 días contados desde la fecha del pronunciamiento del laudo salvo el caso del literal «c» (corrupción de algún miembro del tribunal arbitral) del artículo 52 del Convenio citado, en cuyo caso el plazo se comienza a contar desde la fecha en que se tuvo conocimiento del hecho. De conformidad a la referida disposición las causales taxativas para invocar la nulidad del laudo son:

" a) Que el tribunal se hubiere constituido incorrectamente;
b) Que el tribunal se hubiera extralimitado manifiestamente en sus facultades;
c) Que hubiere habido corrupción de algún miembro del tribunal;
d) Que hubiere habido quebrantamiento grave de una norma de procedimiento;
e) Que no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde".

8.7.3. El amparo y el arbitraje

Si bien es cierto que dentro de las reformas establecidas por la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje se incluyó el principio de que las resoluciones de los árbitros no son recurribles y que el laudo sólo puede ser impugnado por las causales establecidas para la interposición del recurso de nulidad, estas concepciones no excluyen de manera alguna de que un laudo pronunciado por un tribunal arbitral pueda ser sujeto de un proceso de amparo en caso de que se hayan violado garantías constitucionales de alguna de las partes por parte del tribunal.

En especial los principios de libertad y flexibilidad de procedimientos inherentes al arbitraje deben de valorarse conjuntamente con los principios del debido proceso, a efecto de evitar la invocación de esta garantía constitucional por la parte que podría verse afectada en sus derechos constitucionales.

Es pertinente estudiar en este punto los principios que constituyen el debido proceso puesto que su observancia es la clave para salvaguardar los derechos constitucionales de las partes en el proceso arbitral y la eficacia del laudo que eventualmente se pronuncie por el tribunal arbitral.

El debido proceso está íntimamente vinculado a los principios de igualdad, bilateralidad y contradicción y la inviolabilidad de la defensa. El artículo 11 primer inciso de la Constitución de El Salvador consagra el derecho de defensa y establece: "Ninguna persona puede ser privada del derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad y posesión, ni de cualquier otro de sus derechos sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes; ni puede ser enjuiciada dos veces por la misma causa".

Como bien establece el tratadista uruguayo Enrique Vescóvi citando en parte a Enrique Couture: la garantía del debido proceso sostenida por la Suprema Corte de los Estados Unidos «consiste en una razonable posibilidad de hacerse escuchar, constituida por una "notificación" (*notice)* y una "audiencia" (*hearing*). Que es lo que se conoce en doctrina como asegurar «su día ante el tribunal» (*his day in court*) a las partes, en especial la demandada, lo cual se traduce en:

a. Que la parte demandada haya tenido efectivamente la debida noticia de la promoción de un proceso en virtud de lo cual sus derechos e intereses pueden resultarse afectados (notificación).
b. Que se le haya otorgado al demandado una «razonable oportunidad de comparecer y exponer sus derechos»; de lo contrario se le estaría violando su derecho de defensa, y se vulneraría por tanto un derecho fundamental.
c. Que se le haya conferido una «razonable oportunidad de aportar prueba» en su favor. Como se ha explicado anteriormente la denegatoria injustificada de prueba por parte de un tribunal arbitral, puede dar fundamento a un proceso de amparo por la parte afectada por la afectación del derecho al debido proceso y la inviolabilidad de la defensa.

d. Que el tribunal ante el cual sean ventilados los derechos disputados esté conformado brinde «seguridad razonable de de su honestidad e imparcialidad».
e. Que se trate de un «tribunal de jurisdicción adecuada».[127]

En suma, sino se respetan los principios enunciados la parte que resulte afectada por el laudo a raíz de la violación de sus derechos constitucionales, puede interponer un proceso constitucional de amparo. En este caso la autoridad demandada sería el tribunal arbitral correspondiente. Hay que acotar que si bien es cierto los árbitros son particulares (no son jueces), carecen de poder de *imperium* y no son funcionarios públicos el criterio de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador (que sería la autoridad competente de conocer del proceso) es que el amparo procede incluso contra decisiones tomadas por particulares y no sólo contra las de autoridades públicas.

En el marco del Derecho comparado, en Venezuela mediante sentencia de fecha 26 de agosto de 2003 la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia acogió la procedencia de amparo constitucional contra laudos arbitrales. La Sala confirmó mediante dicha resolución el criterio expuesto en sentencias anteriores como la decisión del 16 de octubre de 2001 (caso: Compañía Anónima Venezolana de Televisión), en la cual expresó:

"En el Sistema de Justicia venezolano se encuentran insertos los procedimientos alternativos de resolución de conflictos, tal como se desprende de los artículos 253 y 258, único aparte de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Esta Sala ha reconocido que el arbitraje, aunque constituye una actividad jurisdiccional, 'no pertenece al poder judicial, que representa otra cara de la jurisdicción, la cual atiende a una organización piramidal en cuya cúspide se encuentra el Tribunal Supremo de Justicia, y donde impera un régimen disciplinario y organizativo del cual carece, por ahora, la justicia alternativa' (S. SC nº 1139, 05.10.00).

[127] VÉSCOVI, Enrique, *Código General del Proceso*, Tomo I, Editorial Ábaco, Montevideo, 1999, p.p. 97, 98.

También ha dicho esta Sala que los organismos arbítrales internacionales pueden dirimir los conflictos 'que pertenecen o donde esté interesada la jurisdicción venezolana', y en ejercicio de dicha jurisdicción, 'imperativamente les corresponde la obligación de asegurar la integridad de la Constitución', así como que, de no adaptarse a las normas y principios constitucionales los actos jurisdiccionales ejecutables en el país que produzcan los organismos de arbitraje internacional, se harán inejecutables, por tratarse de una cuestión atinente a la independencia y soberanía de la nación, y a la protección de la Constitución (s. SC nº 1393, 07.08.01).

En el caso referido se sometió a arbitraje internacional una demanda contra una persona jurídica venezolana cuya ejecución eventualmente tendría lugar en el país. Por tanto, al estar sujetas a la aplicación de las normas y principios constitucionales, las decisiones de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional en el caso aludido, "puede ser objeto de amparo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales" [128]

En El Salvador la sentencia de amparo 1007- 2003, pronunciada por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia el veinte de julio de dos mil cuatro, expresó los requisitos que debe contener sobretodo el laudo de un arbitraje en equidad, a efecto de no vulnerar derechos constitucionales, expresando al respecto:

"Por último, al referirse a la sujeción de los amigables componedores a la Constitución se aclaró que ésta no puede apreciarse de forma irreflexiva, pues ello podría alterar tal institución.

Así las cosas, en la sentencia comentada se dijo: «... únicamente es dable entender, en primer término, que en el despliegue previo a su dictamen (laudo) –que no es ninguno en especial si no el que le dicte su «buena fe» y «verdad»-, debe de respetar el derecho constitucional de audiencia (...). Y en segundo término, acabado el despliegue «jurisdiccional», y estando en la fase de dictamen de su laudo, este tendrá que cumplir única y exclusivamente con la obligación constitucional y legal de estar basado en su buena fe y verdad; eso

[128] BADELL, GRAU Y DE GRAZIA. Sitio web. http://www.badellgrau.com/index.html, 4 de junio de 2005.

sí, fundamentando su laudo en proporción directa a sus calidades, lo cual implica que no será constitucionalmente obligatorio que los funde en leyes vigentes ni que los mismos tengan el razonamiento técnico exigido a los jueces ordinarios, bastará la expresión de las razones que su buena fe y verdad le dicten; lo contrario sería desnaturalizar la figura (...)».

8.8. Medios anormales de terminación del proceso arbitral

El proceso arbitral termina de manera normal mediante el pronunciamiento del laudo que resuelve la controversia sometida a conocimiento del tribunal arbitral. Sin embargo pueden acontecer determinadas circunstancias que produzcan la terminación de manera anormal del proceso.
Dentro de estas situaciones se encuentran:

a. El desistimiento de la parte actora o bien la renuncia de ambas al proceso arbitral. Regulado en los artículos 47 numeral 2 primer inciso y 50 de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje.
b. La transacción. Es decir el acuerdo entre las partes que resuelve la controversia suscitada entre éstas. Está contemplado en los artículos 47 numeral 3 y 54 de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje.

En el ámbito internacional el artículo 31 numeral primero del Reglamento de Procedimientos de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial establece que las partes pueden convenir en una transacción que dirima la controversia antes de que se pronuncie el laudo. En dicho caso el tribunal arbitral tiene dos alternativas:
a) Dictar una orden que establezca la conclusión del proceso.
b) A petición de ambas partes tiene la facultad de aceptar registrar dicha transacción en forma de laudo arbitral en los términos acordados por éstas. Este laudo no ha de ser motivado necesariamente.[129]

[129] SANTOS BRELANDRO, R., *op. cit.*, p. 28: "El modo normal de terminación del proceso arbitral lo constituye el dictamen de la sentencia o laudo arbitral. Pero muchas veces sucede de que las partes resuelven directamente su controversia cediendo sobre diversos aspectos de la misma. Esa posibilidad se conserva hasta el momento en que la sentencia vaya a ser dictada por el árbitro o tribunal arbitral. En este caso, y enterado el tribunal arbitral acerca de la transacción realizada dictará una orden de conclusión del procedimiento o si lo piden ambas partes y el tribunal lo acepta, registrará la transacción en forma de laudo arbitral en los términos convenidos por las partes. Este laudo no ha de ser necesariamente motivado. Respecto de este tipo de laudo cabe hacer le mismo razonamiento que el efectuado precedentemente. Después de haber establecido que el primer criterio es el único que se ha aplicado en la práctica, debemos concluir que si el Estado de origen del laudo lo considera tal, tendrá eficacia extraterritorial como sentencia".

El numeral segundo del artículo referido, amplía la facultad del tribunal arbitral de dictar una orden de conclusión del proceso, en caso de que por cualquier circunstancia se hiciera innecesaria o imposible la continuación de éste.El momento procesal para que ambas figuras operen (la renuncia y la transacción) debe ser antes del pronunciamiento del laudo y sus efectos son precisamente la terminación anormal del proceso arbitral.

Es pertinente citar otra causa de terminación anormal del arbitraje: la falta de depósito de las partes de los gastos y honorarios necesarios para la tramitación del proceso arbitral. Si las partes no los efectuaren su consecuencia sería la conclusión del proceso arbitral. Ante la posible renuencia de una de las partes ha realizar el depósito de los honorarios de los árbitros (y además de la tasa administrativa en caso de ser arbitraje institucional) que le corresponde, la alternativa práctica es que la otra parte sufrague todos los gastos del proceso. Aunque ello vuelve más oneroso para ella el trámite arbitral, de lo contrario el proceso se frustraría.

El artículo 41 numeral cuatro del Reglamento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial por ejemplo establece:

"Si transcurridos 30 días desde la comunicación del requerimiento del tribunal arbitral los depósitos requeridos no se han abonado en su totalidad, el tribunal arbitral informará de este hecho a las partes a fin de que cada una de ellas pueda hacer el pago requerido. Si este pago no se efectúa, el tribunal arbitral podrá ordenar la suspensión o la conclusión del procedimiento de arbitraje".

El Centro Internacional para la Resolución de Disputas (ICDR), al respecto establece en sus disposiciones que cuando no hay suficientes fondos para pagar los honorarios de los árbitros o la tasa administrativa de la institución, el tribunal arbitral tiene dos alternativas:

a. Proseguir a sabiendas de que los fondos no están disponibles para su respectivos honorarios; y

b. Ordenar la suspensión del proceso hasta que se realice el respectivo pago o finalice el proceso.[130]

Dante Barrios de Angelis citado por Jorge Alberto Silva Silva, establece los siguientes tipos de terminación del proceso arbitral:

"a) Por actos de las partes, donde obran los casos en que ambos compromitentes renuncian al juicio arbitral o se realiza una transacción.
b) Por actos de los árbitros, como la inhibición a resolver (abandono del cargo), la inactividad en el plazo fijado y el empate o desacuerdo indecisorio.
c) Por hechos entendidos como actos ajenos a la voluntad de las partes o del ser humano; por ejemplo la muerte de alguna parte, los litigios personalísimos, la declaración judicial de incapacidad de la parte o la extinción de los efectos" Al respecto es procedente comentar que en el caso de la legislación salvadoreña no puede haber terminación del proceso arbitral en caso de abandono del árbitro ya que procedería su sustitución de conformidad al artículo 50 de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje. Tampoco por existir empate en los votos de los árbitros o desacuerdo indecisorio porque el tribunal arbitral está compuesto siempre por número impar de árbitros de conformidad al artículo 34 de Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje y además en caso de que no hubiere mayoría de votos de los árbitros prevalecerá la decisión del presidente del tribunal de conformidad al artículo 61 de la citada ley.

9. La ejecución del laudo arbitral

9.1. Ejecución de un laudo nacional

Podemos definir al laudo como la resolución de fondo y final que brinda un tribunal arbitral con el objeto de dirimir una controversia sometida a su conocimiento. El laudo tiene la misma fuerza ejecutiva que una sentencia

[130] INTERNATIONAL CENTER FOR DISPUTE RESOLUTION, *op. cit.*, p. 76: "No es posible conciliar una obligación con los árbitros para realizar el arbitramento con prontitud o su decisión de suspender el proceso por falta de pago. Pero como un asunto práctico, las partes han acordado pagar los honorarios necesarios para arbitrar el asunto de acuerdo con las Regulaciones del ICDR y por tanto deben cumplir su acuerdo. No es inusual para una parte recalcitrante darle largas al pago de los honorarios. En esta situación, la parte que desea proceder con prontitud con el proceso del arbitraje, como una solución, tiene que anticipar los honorarios en nombre de la otra parte. Una decisión de proceder permite al tribunal arbitral asignar los honorarios y gastos en el laudo definitivo y aplicable y por lo tanto se obtendrá la recuperación en una u otra forma"

judicial y se ejecuta en El Salvador de la misma manera que ésta. Tal como lo consagra el artículo 65 de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje que reza: "El laudo arbitral firme causa ejecutoria en la misma forma y términos establecidos en el Código de Procedimientos Civiles para las sentencias judiciales".

Al referirse la ley a "laudo arbitral firme" quiere decir aquél contra el cual ya no existe recurso alguno. En el caso de El Salvador contra un laudo arbitral sólo puede interponerse el recurso de nulidad por las causales que taxativamente establece el artículo 68 de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje dentro de los siete días hábiles siguientes a la notificación del mismo o de la providencia por medio de la cual se aclara, corrige o adiciona. Esto último porque el laudo está sujeto a aclaración, corrección o adición, si las partes dentro de los cinco días hábiles después de habérseles notificado dicha resolución así lo solicitan y una vez evacuadas dicha solicitud por parte del tribunal arbitral en un plazo no mayor de siete días hábiles, el laudo es firme.

En cuanto a la ejecución del laudo debe seguirse el procedimiento establecido en los artículos 441 y siguientes del Código de Procedimientos Civiles de El Salvador (en especial el artículo 450). Por eso es que el artículo 442 de dicho cuerpo legal que no fue derogado por la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje establece: "Toda sentencia que cause ejecutoria, es decir de la cual no hay recurso alguno, ya sea dada por los árbitros, por los Jueces de Primera Instancia o por los tribunales superiores, debe cumplirse y ejecutarse por las partes dentro de los tres días de su notificación."

En el Derecho comparado debe tenerse en cuenta que en países como Estados Unidos existe la distinción entre arbitraje vinculante y no vinculante. En este último caso el laudo no tiene fuerza ejecutiva sino que es una especie de opinión no obligatoria para las partes y por lo tanto no podría exigirse la ejecución de este tipo de resoluciones.

En lo referente a la ejecución del laudo la Ley de Arbitraje 60/2003 de España en su Título VIII denominado "De la ejecución forzosa del laudo" al igual que la ley salvadoreña remite a la legislación común (Ley de Enjuiciamiento Civil) para la aplicación del procedimiento respectivo.

9.2. Ejecución de un laudo internacional, la Convención de Nueva York y la Convención de Panamá

9.2.1. Generalidades

Uno de los grandes problemas que se tiene cuando una de las partes es extranjera en un litigio es la ejecución de la sentencia en el país destino ya que es necesario normalmente un tratado de bilateralidad o bien seguir normas rigurosas y burocráticas. En el caso del arbitraje internacional esta ejecución se facilita a través de los procedimientos establecidos en las convenciones internacionales. En especial (a nivel mundial) la Convención de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbítrales Extranjeras y en el ámbito americano la Convención Interamericana de Arbitraje Comercial conocida también como Convención de Panamá. Éstas establecen un procedimiento sencillo y ágil para la ejecución de un laudo en el extranjero evitando que después de un arbitraje internacional diligenciado en un tiempo relativamente breve las partes se vean forzadas a recurrir a un proceso judicial prolongado para lograr la ejecución del laudo.

Previo al estudio de estas convenciones es apropiado hacer una distinción en arbitraje internacional entre los términos "*exequátur*", "procedimiento de ejecución forzosa" y "homologación". El "*exequátur*" es el procedimiento que se sigue para que se reconozca un laudo arbitral pronunciado en el extranjero. En cambio el "Procedimiento de ejecución forzosa" es el procedimiento encaminado a hacer cumplir y ejecutar el laudo, como si fuera la ejecución forzosa de una sentencia. A diferencia de los dos anteriores la "homologación" es el reconocimiento del laudo pronunciado en el extranjero, el resultado del procedimiento de "*exequátur*".

A lo anterior hay que agregar que el arbitraje internacional ha cobrado mucho auge con la "globalización" de las economías y la firma de tratados de libre comercio. La razón es muy sencilla: los empresarios que invierten en un país necesitan de medios ágiles para la solución de sus controversias y además en caso de obtener una resolución a su favor que éste sea de fácil ejecución. Es más la existencia y fortalecimiento de los medios alternos de solución de controversias sobretodo en los países subdesarrollados (como El Salvador) es un factor que al generar seguridad jurídica debe convertirse en un incentivo a la inversión.

9.2.2. La Convención Internacional sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Pronunciadas en el Extranjero (Convención de Nueva York)

La Convención Sobre Reconocimiento y Ejecución de Las Sentencias Arbitrales Extranjeras también conocida como Convención de Nueva York, establece un procedimiento sencillo para la ejecución de un laudo arbitral pronunciado en un país extranjero sin necesidad de recurrir a engorrosos procedimientos judiciales para ello. Es de hacer notar que nuestro país no estableció ninguna reserva al firmar dicha convención, por lo que se aplica sin que sea necesario una condición de reciprocidad. Es decir que no es necesario en el caso de que un país solicite en El Salvador la ejecución de un laudo pronunciado en el extranjero que el Estado solicitante haya firmado dicha convención para que se proceda a la ejecución del laudo. El anterior razonamiento se aplica para cualquier país signatario de la convención salvo que haya hecho o haga reserva alguna referente a la reciprocidad. El Salvador tampoco hizo reserva alguna en cuanto a la aplicación de la Convención sólo para casos considerados como comerciales de acuerdo a su legislación por lo que también tendría que aplicarse a cuestiones no comerciales.

En el marco del Derecho comparado Guatemala sí efectuó reservas a la referida convención por medio del acuerdo gubernativo 60- 84 que establece:"Se declara la adhesión de la República de Guatemala a la Convención sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, abierta a la firma en Nueva York, el 10 de junio de 1958, con la siguiente declaración:
A base de reciprocidad la República de Guatemala aplicará la citada convención al reconocimiento y a la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de otro estado contratante únicamente; y sólo aplicará a los litigios surgidos de relaciones jurídicas sean o no contractuales comerciales por su derecho interno (art. 1°.- Acuerdo gubernativo No 60- 84)"[131]

El autor uruguayo Rubén Santos Belandro al respecto expresa: «La Convención de Nueva York se libera de estas rémoras del arbitraje mediante un tratamiento más amplio ya no se trata de una sentencia proveniente del territorio de un Estado contratante la que deba ser reconocida o ejecutada, sino que también puede serlo cualquier sentencia proveniente de cualquier Estado extranjero,

[131] RIVERA NEUTZE, A., *op. cit.*, p.76.

sea éste o no ratificante o adherente a la convención. La norma supranacional es de aplicación universal para el Estado requerido."[132]

El caso y el procedimiento que establece dicha convención es el siguiente de manera sucinta: Si una de las partes "A" desea ejecutar un laudo producto de un arbitraje internacional en contra de otra parte "B" que radica en el extranjero (es un sujeto no domiciliado) y el país donde éste reside ha firmado la convención debe seguir el procedimiento establecido en la Convención de Nueva York.

El artículo IV establece que la parte que solicita la ejecución del laudo debe presentar:
a) El original debidamente autenticado de la sentencia (laudo arbitral) o una copia de ese original que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad, y;
b) El original del acuerdo de arbitraje o una copia que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad. Los documentos se presentan en el idioma del país en cuyos juzgados se solicita la ejecución del laudo. En caso de que no estuvieran escritos en el idioma oficial del país en el cual se solicita el reconocimiento y la ejecución del laudo se deberá presentar traducción a dicho idioma de los documentos referidos; dicha traducción debe ser certificada por un traductor oficial o un traductor jurado o por un agente diplomático o consular. El tribunal del país en el cual se solicita el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral no entra a analizar la sustancia o fondo de la misma, simplemente verifica que se presenten los documentos conforme a los requisitos establecidos en el artículo IV de la Convención de New York lo que constituye una ventaja para la ejecución de los laudos arbitrales internacionales.

En el marco de la doctrina española, Faustino Cordón Moreno (citado por Jorge Hernán Gil Echeverry), al respecto comenta: «El procedimiento es extremadamente sencillo. La parte que pida el reconocimiento y la ejecución deberá presentar, junto con l a demanda, el original debidamente autenticado

[132] SANTOS BELANDRO, R., *op. cit.*.., p. p. 16 y 17 : " Al respecto y en una decisión a nuestro juicio correcta, la Corte de Casación, (Suprema Corte) de Italia, frente a un laudo arbitral que condenaba a la firma Fratelli Variola s.p.a. (italiana) por falta de ejecución de un contrato de venta de granos celebrado con la firma Kampffmeijer S.a.r.l (francesa), confirmó la sentencia de la Corte de Apelaciones de Trieste del 13 de nero de 1977 al permitir la ejecución del laudo arbitral porque "respecto de la aplicabilidad de la Convención de Nueva York en relación con la ejecución del laudo, la Suprema Corte consideró que el contrato cae bajo la Convención, debido a que ésta no sólo es aplicable si ambos Estados al que pertenecen las partes contratantes han adherido a la a la convención sino también si sólo el Estado en el cual se pide la ejecución se ha adherido a ella"

de la sentencia y del convenio arbitral o una copia que reúna las condiciones requeridas para su autoridad y, en su caso, una traducción de esos documentos al idioma oficial del país donde se pretende el reconocimiento (artículo IV). La norma prevalece sobre la que puedan disponer las legislaciones nacionales, por lo que solicitado el reconocimiento y la ejecución en España, no será posible exigir más requisitos que puedan venir impuestos por la ley nacional».[133]

El reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral sólo puede denegarse a instancia de la parte contra la cual se requiere la ejecución si ésta prueba ante el tribunal del país en el cual se pide la ejecución cualquiera de las siguientes causales establecidas en el artículo V de la Convención:

"a) Que las partes en el acuerdo al que se refiere el art. II estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que les es aplicable 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 la sentencia; o
b) Que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no ha sido notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa; o
c) Que la sentencia se refiera a una diferencia no prevista en el compromiso o no comprendida en las disposiciones de la cláusula compromisoria, o contiene decisiones que exceden de los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria; no obstante, si las disposiciones de la sentencia que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no han sido sometidas al arbitraje, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras; o
d) Que la constitución del tribunal o el procedimiento arbitral no se haya ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado a la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje; o
e) Que la sentencia no es aún obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia.
f) Que la sentencia no es aún obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia."

---

[133] GIL ECHEVERRY, J., *op.cit.*, p. 658.

Harold C. Lanier

Es oportuno comentar al respecto que la Convención utiliza el término "obligatoria" y no términos como "final" o "firme" ello se debe a que parte del supuesto que un recurso de nulidad (anteriormente estudiado) no suspende la ejecución de un laudo. En cambio un recurso de apelación sí. Este razonamiento se desprende porque en el recurso de nulidad se examina si se han verificado determinadas causales taxativas pero no constituye un nuevo examen de todo el proceso es decir no constituye lo que en derecho procesal se conoce como instancia (grado de conocimiento). La apelación en cambio sí constituye una segunda instancia.[134] El cambio de la consideración de que la sentencia arbitral sea "obligatoria" y no "final" o "ejecutoriada" es una de las innovaciones más fundamentales establecidas por la Convención de Nueva York con respecto a la Convención de Ginebra de 1923.

El autor norteamericano Lawrence Craig resume que en la mayoría de los casos un laudo puede ser estimado como obligatorio y forzoso de acuerdo a la Convención tan pronto como es rendido. Aquellos casos en los que no sería obligatorio debería incluir los casos en los que la ley de la jurisdicción permita apelar sobre los méritos del laudo o bien las reglas de la institución arbitral (en caso de de tratarse de arbitraje institucional) permiten este tipo de recurso dentro de la institución.[135]

---

[134] SANTOS BELANDRO, R., *op. cit.*, p. 12: " Para solicitar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral extranjera ya no se requiere que la sentencia se encuentre "firme" sino que basta que sea "obligatoria" para las partes, lo cual elimina el trámite del doble exequátur. Al constituir el acuerdo de arbitraje un título que merece crédito... se presume que la sentencia es obligatoria".

[135] BRANSON, Cecil Q.C., « Court Review of Awards In Their Country of Origin » en AAVV, *Commercial Mediation...cit*, p.p 197 y 198:

¿ Cuál es entonces el significado de «obligatoria»?, un informado autor americano ha sugerido seis posibilidades:

a) Cuando es hecha por un tribunal sin observar un proceso judicial u otra revisión bajo una ley extranjera;
b) Cuando es hecha por un tribunal, sin que exista un proceso de revisión con respecto al proceso arbitral respectivo;
c) Cuando el período para interponer un recurso de revisión judicial (*de novo*) del laudo de acuerdo a la ley local del lugar en que el laudo fue proveído ha expirado, o bien su interposición ha sido denegada;
d) Cuando el plazo para interponer un recurso de revisión judicial limitada del laudo, de conformidad a la ley local del lugar en que el laudo fue emitido ha expirado o su interposición ha sido denegada.
e) Cuando el laudo arbitral ha sido confirmado por una corte local en el lugar en que el laudo fue hecho;
f) Cuando el recurso de revisión de cualquiera de las causales para ello se ha agotado o el plazo para interponerlo se ha agotado»

En síntesis la Convención de Nueva York presume la obligatoriedad del laudo que se pretende reconocer y ejecutar y deja la carga de la prueba al demandado para que pruebe la justa causa para la denegatoria de dicho reconocimiento y ejecución ante el tribunal del país donde se solicitan dichas diligencias.

En lo que respecta a la segunda causal citada por el artículo V de la Convención de Nueva York, permite que un tribunal pueda denegar el reconocimiento y ejecución de un laudo en razón de que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no haya sido notificada del nombramiento del árbitro o del procedimiento de arbitraje no pudiendo hacer valer sus medios de defensa. En el marco de la jurisprudencia comparada es procedente citar uno de los precedentes más importantes sentados por los tribunales de Estados Unidos: el caso *Parsons & Whitmore Overseas Co. v. Societé Genérale de L' Industrie du Papier (RAKTA* en el cual la sociedad norteamericana Parsons & Whittemore Overseas Co., alegando violación al orden público de los Estados Unidos trató de evitar la ejecución del laudo pronunciado en su contra en los tribunales norteamericanos por parte de la sociedad de nacionalidad egipcia *Societé Genérale de L' Industrie du Papier (RAKTA)* por una disputa surgida de un contrato de construcción y operación por parte de Parsons de un aserrío de papel en Egipto. La sociedad norteamericana entre otras cosas, argumentó que por motivos surgidos a raíz de las diferencias entre Estados Unidos y Egipto por la "Guerra de los Seis Días" entre judíos y árabes no pudo terminar el proyecto.

En este proceso la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de los Estados Unidos que es la Corte Federal de Apelaciones con jurisdicción sobre Nueva York, dictaminó que esta provisión (la contenida en la Convención de Nueva York) estuvo pensada para permitir que el país en el cual se ejecuta la sentencia aplique sus propias normas o pautas sobre el debido proceso pero esta declaración no debe interpretarse en el sentido que a las partes de un arbitraje les sean dadas las mismas protecciones tocantes al procedimiento a las que serían requeridas en una corte o tribunal.

En forma absolutamente contraria el fallo *Parsons & Whitmore* sostuvo que al acordar someter sus disputas a un arbitraje, una parte renuncia a sus derechos judiciales, con todas sus bien conocidas ventajas y defectos. Esta resolución en síntesis expresa:

"Concluimos, por consiguiente que la defensa del orden público de la Convención (de Nueva York), debe ser interpretada limitadamente. La ejecución de laudos arbitrales extranjeros podría ser denegada sobre este fundamento sólo donde la ejecución violará las nociones más básicas de moralidad y justicia de la ley del foro del Estado (donde se pretende ejecutar).
...Bajo el artículo V(1) (b) de la Convención (de Nueva York), la ejecución de un laudo arbitral extranjero puede ser denegada si el demandado puede probar que no fue debidamente notificado... o fue de alguna otra manera imposibilitado de presentar su caso. Esta provisión esencialmente sanciona la aplicación de las normas del debido proceso del Estado foro.
...Overseas busca solución en esta norma para la denegatoria del tribunal arbitral de posponer los procedimientos en orden de acoplarse a la programación para que uno de los testigos de Overseas rindiera su testimonio, David Nes, ...Este intento de reclamar una falla en el debido proceso falla por varias razones. Primero, porque la imposibilidad de presentar uno de los testigos ante un tribunal arbitral es un riesgo inherente al suscribir un acuerdo de arbitraje. Al acordar someter las disputas a arbitraje, una parte renuncia a sus derechos judiciales- incluyendo el emplazamiento de testigos- a favor de un arbitraje con todas sus bien conocidas ventajas y desventajas".[136]

En la práctica en Estados Unidos, los laudos arbitrales han sido ejecutados a menos que a la parte que se oponga a ello se le haya denegado la oportunidad de presentar su defensa de una manera significativa.

El caso quizá más famoso en el cual una corte americana denegó ejecutar un laudo arbitral internacional de conformidad a la Convención de Nueva York sobre la base de una decisión de procedimiento hecha por un tribunal arbitral fue *Iran Aircraft Industries v. Avco Corporation*. Los reclamos de esta última habían sido denegados por el tribunal arbitral, porque se había propuesto una auditoria de ciertas facturas en lugar de las facturas mismas, aunque este procedimiento había sido sugerido en una conferencia preliminar por el presidente del tribunal, quien fue reemplazado antes de la audiencia. La Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de los Estados Unidos anotó que aunque uno de los árbitros había objetado el uso de las facturas como medio de prueba

[136] VÁRADY Tibor, BARCELÓ, John J. III, VON MEHREN, Arthur T., *op. cit.* p. 758: "Los Estados Unidos formaron parte de la Convención de Nueva York en 1970. De esta manera el caso *Parsons & Whittemore*, fue uno de los primeros casos en examinar las actitudes judiciales hacia la Convención en Estados Unidos y ha llegado a convertirse en un importante precedente".

durante la audiencia del proceso arbitral "él nunca respondió a la aclaración o explicación de Avco que se estaba procediendo de acuerdo a un entendimiento previo". La corte sostuvo con un voto disidente que el tribunal arbitral inconscientemente había denegado a Avco la oportunidad de presentar su reclamo de una manera significativa. El voto disidente del juez de la corte se basó en que con su actuación Avco había tomado un "riesgo calculado" y por tanto debía asumir sus consecuencias.[137]

La disposición en estudio también niega el reconocimiento y ejecución del laudo si la autoridad competente del país en el que se piden éstos, establece:

" a) Que según la ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje; o[138]
b) Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país".

Esta disposición en su primera causal está relacionada con el tema de la arbitrabilidad del conflicto es decir si la disputa de las partes es susceptible de ser sometida a arbitraje de conformidad a la ley aplicable o bien es de exclusivo conocimiento de un tribunal judicial.

En lo referente a la segunda causal de rechazo para el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral es necesario hacer un estudio especial acerca de la noción de orden público.

---

[137] RIVKIN, David W., "Enforcement of Arbitral Awards in North American Jurisdictions",en AAVV, *Commercial Mediation...*, *cit*, p. p. 230- 232.

[138] BIENVENU, Pierre, *op. cit*, p.p. 166 y 167: «El artículo II (1) de la Convención de New York, requiere que el acuerdo de arbitraje se refiera a una materia capaz de ser sometida a arbitraje. El requerimiento es repetido en el Art. V (2) (a), el cual provee que el reconocimiento y ejecución de un laudo puede ser rechazado si la diferencia no es susceptible de ser sometida a arbitraje, de conformidad con la ley del país en el cual se ha de ejecutar.

La arbitrabilidad de la disputa puede ser afectada por una pluralidad de leyes nacionales: la ley del lugar del acuerdo de arbitraje; la ley del lugar donde se solicita la ejecución del acuerdo de arbitraje; la ley del lugar del arbitraje; y la ley del país o países donde se pide la ejecución del acuerdo.

De manera general las leyes de arbitraje no especifican cuales materias no son susceptibles de someterse a arbitraje. Por ejemplo la *Federal Arbitration Act*, aparte de exceptuar ciertos contratos de trabajo, no hace mención de limitaciones de orden público sobre la ejecución de los acuerdos de arbitraje. De manera similar el Código de Comercio de México no contiene referencia a algún límite a la arbitrabilidad de las disputas de particulares»

Es difícil e inconcebible quizá como expresan algunos tratadistas someter a arbitraje una diferencia entre dos partes con referencia a una deuda de un juego de azar pero éste sería un caso en el cual para algunos Estados se trata de una disputa comercial. Pero en otros donde están prohibidos este tipo de juegos se estaría afectando el orden público si se tratara de obtener el reconocimiento y ejecución de un laudo al respecto puesto que sería ilegal *ex turpis causa non oritur actio.* [139]

Con respecto a esta situación existen diversas posiciones y jurisprudencia en el Derecho comparado entre ellas tenemos la adoptada por el Tribunal Supremo de España en su resolución del 29 de abril de 1985:

" Pese a la indeterminación del concepto de orden público, como causa de oposición a la ejecución del laudo, existe casi unanimidad en asimilarlo a los principios básicos o fundamentales de la organización social o jurídica en los que se inspira el derecho nacional, principios básicos o fundamentales de la organización social o jurídica en los que se inspira el derecho nacional, principios básicos que podrán verse afectados o vulnerados por la aplicación de una norma extranjera que pugnase con ellos... pero por mucha laxitud que quiera dársele al concepto de orden público, en modo alguno puede comprender la singular regulación de la institución de la prescripción en nuestro derecho nacional, ya que ni siquiera forma parte del derecho imperativo"

En su resolución del 31 de diciembre de 1979, el Tribunal Supremo de España, expresó:

"El concepto de orden público nacional viene integrado por aquellos principios jurídicos públicos y privados, políticos, morales y económicos que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social, en un pueblo y en una época determinada".

En Canadá existen dos precedentes judiciales al respecto: En el caso *Transport De Cargaison (Cargo Carriers) (Kasc- Co) Ltd.v. Industrial Bulk Carriers Inc.* resuelto por la Corte de Apelaciones de Québec en el cual el

---

[139] REDFERN, Hunter, M., *Law and Practice of Internacional Comercial Arbitration*, Sweet and Maxwell, Londres, 1991, p. 443

demandante *Industrial Bulk Carriers Inc.* alegaba haber incurrido en una serie de costos exorbitantes en exceso de lo que fue acordado por las partes y había obtenido un laudo arbitral a su favor en contra de la demandada *Transport De Cargaison*, compañía de transporte que había realizado un viaje de carga entre Nigeria y España. Dicha disputa fue sometida a arbitraje y la compañía demandante obtuvo un aludo a su favor, y solicitó su reconocimiento y ejecución en los tribunales de Québec. El demandado objetó dicha ejecución, invocando que el laudo era contrario al orden público ("*ordre public*" o "*public policy*") por dos razones: la primera es que el laudo daba al demandante más de lo que había gastado, y la segunda se basaba en que el laudo reembolsaba un soborno ("*bribe*") pagado al director del puerto. La Corte Superior de Quebec rechazó esos argumentos y la parte demandada apeló la decisión.

En el primer punto la Corte de Apelaciones sostuvo que ni el tribunal inferior ni ésta tenían jurisdicción de reexaminar la sustancia o el fondo de lo dictaminado por el tribunal arbitral. En el segundo punto la Corte sostuvo que si los árbitros habían dictaminado que un soborno tenía que ser reembolsado por el demandante no dudarían en encontrar el laudo contrario al orden público. Sin embargo la Corte de Apelaciones encontró que el demandante no tenía que pagar un soborno, sino un rescate en la forma de honorarios al muelle por el cuido y resguardo de la nave mientras estuvo detenida en el puerto. Por estas razones la Corte determinó que el laudo arbitral no era contrario al orden público.

Un segundo caso en Canadá en el cual se invocaron razones de orden público para impedir el reconocimiento y ejecución de un laudo fue el *Arcata Graphics Buffalo Ltd v. Movei (Magazine) Corp.* En este caso contra la ejecución del laudo arbitral se opusieron un número de motivos, siendo el más significativo el que el laudo era contrario al orden público. En este caso el laudo arbitral otorgó al demandante intereses a la tasa de 1 _ % por mes y no era calculado sobre la base anual. El demandado argumentó que el laudo era contrario al artículo 4 de la normativa denominada *Interest Act* la cual imponía restricciones a una tasa de interés cuando no era expresada sobre una base anual y por lo tanto era contraria al orden público.

La Corte finalmente determinó que el laudo no era contrario al orden público y fue reconocido por ésta. Las cortes canadienses en todo caso han demostrado

moderación en aplicar la excepción de orden público y han estado inclinadas a sostener el alto nivel de deferencia a la actuación arbitral defendido en el caso precedente de *Quintette Coal Limited v. Nippon Steel Corporation et al.* [140]

El Reporte de UNCITRAL del 21 de agosto de 1985 en lo referente al orden público y su violación como causal de denegatoria del reconocimiento y ejecución de un laudo (contenida en el artículo 34 numeral 1 letra «b» romano (ii) de la Ley Modelo CNUDMI, nos da importantes nociones de cómo debe entenderse el orden público:

«..En la discusión del término «orden público», que no es equivalente a la postura o políticas internacionales de un Estado pero comprende las nociones fundamentales y principios de justicia.
...Debe entenderse que el término «orden público»,el cual es utilizado en la Convención de Nueva York y muchos otros tratados, abarca los principios fundamentales de ley y justicia en materia sustantiva como en materia procesal, de esta manera en casos como corrupción, soborno o fraude y casos similares un campo para desconocimiento del laudo. Debe tomarse nota, en esa conexión que la frase «el laudo en conflicto con el orden público de ese Estado» no debe ser interpretado como ejemplos o casos excluyentes relativos a la manera en la cual un laudo fue emitido».

En el campo doctrinario Rubén Santos Belandro al respecto expresa:
"Habitualmente la doctrina distingue entre orden público interno y orden público internacional. El interno son "las normas de derecho privado que no pueden ser derogadas por la voluntad de los interesados", y el internacional es la excepción ejercida por el juez del foro al rechazar la solución concreta que dio la norma material extranjera designada por la regla de conflicto, cuando aquélla colude con los principios y las normas básicas en que se asienta su ordenamiento jurídico. En el arbitraje interno, un único orden público limita los poderes de los árbitros o de las partes: el del orden jurídico en el cual se desarrolla el arbitraje. En cambio, en el arbitraje internacional muchos órdenes públicos entran en concurrencia para querer actuar sobre la relación litigiosa: el del lugar donde se desarrolla el arbitraje y el de los Estados donde la sentencia o el acuerdo arbitral habrán de ser ejecutados.

[140] LYSIK, Kenneth, *op. cit.*, p.p. 82-85

Harold C. Cantor

De todos modos la Convención de Nueva York no examina el orden público desde la perspectiva de los árbitros, puesto que no es una convención para ellos sino para los jueces estatales. Y en relación con estos últimos, no tiene en cuenta al orden público realmente internacional sino al comúnmente entendido orden público nacional "de uso internacional" puesto que el artículo V. 1.b. hace referencia "al orden público de este país" (aquel donde se pide el reconocimiento o la ejecución)". La opinión del autor referido es conforme con la del tratadista colombiano Jorge Hernán Gil Echeverry, quienes concluyen que el orden público al que se refiere la convención es el orden público internacional.[141]

Jorge Alberto Silva Silva, agrega además lo siguiente que clarifica la conclusión, a la que arribaremos al final de este tema:

"Dos aspectos insoslayables en torno del orden público internacional:

a) El contenido del laudo: que lo resuelto o aquello a lo cual se condenó pugne contra el orden público internacional del foro.
b) El procedimiento arbitral: que el proceso generador del laudo hubiese pugnado contra el orden público del foro o que el procedimiento solicitado para la ejecución del laudo pugne contra el orden público internacional del foro.

El derecho convencional internacional se refiere al primer caso.

El acto generador de la contrariedad del orden público es el laudo. Por tanto si en el proceso arbitral una resolución intraprocesal contrarió el orden público internacional del foro de destino, ello no puede dar lugar a la excepción o aducirse como causa de su impocedencia"[142]

Las anteriores sentencias y consideraciones doctrinarias sobre el orden público que en determinados puntos son hasta contrarias no sirven de base para expresar nuestra conclusión: el orden público se refiere a los principios fundamentales y de justicia de un Estado que no pueden ser derogados por los particulares a través de acuerdos (ni vulnerados por un tribunal arbitral) y

[141] SANTOS BELANDRO, R., *op.cit.*, pp. 119 y 120.
[142] SILVA SILVA, J., *op.cit*, pp. 256, 257.

en el caso de la Convención de Nueva York se está refiriendo al país en el cual se pretende ejecutar el laudo (foro de destino). [143]

9.2.3. La Convención Interamericana de Arbitraje Comercial (Convención de Panamá)

La Convención Interamericana Sobre Arbitraje Comercial Internacional, conocida comúnmente como la Convención de Panamá establece un marco jurídico para la resolución de controversias por medio de arbitraje, en especial referente al convenio arbitral y la ejecución del laudo para los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos.

Su marco histórico es el siguiente: Dicha convención surge a raíz de la Primera Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado realizada en dicho país en enero de 1975. Los proyectos de dicha normativa fueron elaborados por el Comité Jurídico interamericano y un grupo de trabajo conformado para tal efecto.

En ese marco existían dos posiciones: La primera que argumentaba que ya existía un instrumento de carácter universal como la era la Convención de Nueva York y la suscripción de un nuevo acuerdo de carácter regional podría atentar contra dicho espíritu internacional de la referida convención.

La otra posición (que al final prevaleció) era que la suscripción de una convención interamericana sobre la materia serviría de incentivo al desarrollo del arbitraje en la región y que incluso la Comisión Económica Europea previamente había aprobado la Convención de Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional en 1961(con posterioridad a la Convención de Nueva York).[144]

---

[143] GIL ECHEVERRY, J., *op.cit.*, p. 669: "Cuando la Convención de Nueva York se refiere al orden público doméstico, hay que entender que hace alusión exclusivamente al orden público sustantivo y procesal. Por esta razón el artículo 5°, numeral 1, literal (d) de la convención expresamente dispone que se podrá denegar el exequátur si lo referente a la constitución del tribunal o el procedimiento no se ha sujetado a lo convenido por las partes o a las normas de procedimiento vigentes en el país donde se llevó a cabo el tribunal, las cuales necesariamente serán diferentes de las normas procesales colombianas; de suerte que la alusión al orden público doméstico como causal de denegación del exequátur, previsto en el mismo artículo 5°, numeral 2, literal (b), por rezago y sustracción de materia, se refiere exclusivamente al derecho sustantivo"

[144] SIQUEIROS, José Luis, "La Convención de Panamá", en AAVV, *Commercial Mediaition..*, *cit.*, p.p. 33,34.

Harold C. Lantan

En cuanto al contenido de esta convención como expresan algunos autores es en esencia "una copia al carbón" de la Convención de Nueva York. Siendo sus diferencias con respecto a ésta las siguientes: La Convención de Panamá no distingue entre laudos nacionales y extranjeros y es aplicable a cualquier decisión arbitral con respecto a una disputa comercial.[145]

Además uno de los principales rasgos distintivos de este instrumento internacional es que en su artículo 3 establece que si las partes no seleccionan reglas de procedimientos para el arbitraje, automáticamente se aplicarán las Reglas de Procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC).

Otra distinción (que a nuestro juicio no debió haberse obviado) es que la Convención de Panamá no establece qué documentos deben presentarse ante el tribunal del país donde se pretende que el laudo se reconozca y ejecute lo que si determinó clara y sencillamente la Convención de Nueva York.

Asimismo la Convención de Panamá limita su aplicación en el artículo uno a las diferencias comerciales excluyendo las disputas de otra índole. La Convención de Nueva York permite a los Estados que la suscriban limitar su aplicación a relaciones jurídicas contractuales o no contractuales que de acuerdo a su derecho interno sean consideradas como comerciales reserva que no fue hecha por El Salvador.

El artículo 2 de la Convención de Panamá establece que la designación de árbitros puede delegarse en un tercero, quien puede ser una persona natural o jurídica. Además dicha disposición expresa que los árbitros podrán ser nacionales o extranjeros.

El artículo 4 del referido instrumento es semejante al artículo IV de la Convención de Nueva York.

El artículo 5 de la Convención de Panamá al igual que la Convención de Nueva York establece la carga de la prueba para el demandado de las causales que permiten denegar el reconocimiento y ejecución del laudo pronunciado en su contra y que se pretende ejecutar en los tribunales del país respectivo.

---

[145] RIVKIN, David W., *op.cit*, p.227.

El Salvador sólo estableció una reserva con referencia al artículo 7 de dicho instrumento referente a los exhortos o cartas rogatorias.

Como referencia y debido a que los Estados Unidos de América acaba de ratificar el Tratado de Libre Comercio con Centroamérica y República Dominicana y es un país con gran influencia y considerable inversión en El Salvador es pertinente acotar que dicho país estableció tres reservas a la Convención de Panamá:

a. La autoridad judicial norteamericana en caso de que las partes no hayan expresado su intención de que se aplique la Convención de Panamá. Si ésta y la Convención de Nueva York se pudieran aplicar prevalecerá la primera si la mayoría de las partes en el proceso arbitral son nacionales de un Estado o Estados que hayan ratificado o adherido a ella.
b. Estados Unidos sólo aplicaría el Reglamento de Procedimientos de la CIAC siempre y cuando fuera el mismo que entrara en vigor en el momento en que dicho Estado hiciera el respectivo depósito de ratificación. Si dicho reglamento era modificado posteriormente, se necesitaría que estas reformas fueran aprobadas (actualmente Estados Unidos ha aprobado las reformas respectivas al Reglamento de Procedimientos de la CIAC).
c. Estableció condición de reciprocidad para el reconocimiento y ejecución del laudo proveniente de otro Estado parte.

El Salvador a diferencia de los Estados Unidos no ha resuelto el dilema sobre si aplicar la Convención de Nueva York o la de Panamá si se cumplen los presupuestos para la aplicación de ambas ya que, no estableció reservas que sirvieran de guía para resolver esta situación. A nuestro juicio la solución podría ser la misma que han adoptado Perú y Guatemala al respecto: se aplica la Convención más favorable para la parte que solicite el reconocimiento y la ejecución. A nivel internacional existen otras convenciones regionales que rigen el arbitraje.[146]

---

[146] a) Convenio Árabe Sobre Arbitraje Comercial Internacional (Amman, 1987/04/14);
b) Convenio Sobre la Solución Por Vía de Arbitraje de Reclamaciones de Derecho Civil Derivadas de Relaciones de Cooperación Económica, Científica y Técnica (Moscú, 1972/05/26);
c) Arreglo Relativo a la Aplicación del Convenio Europeo Sobre Arbitraje Comercial Internacional (París, 1962/12/17);
d) Convenio Europeo Sobre Arbitraje Comercial Internacional (Ginebra, 1961/04/21);
e) Convenio Para la Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros (Ginebra, 1927/09/26); y
f) Protocolo Relativo a las Cláusulas de Arbitraje (Ginebra, 1923/09/24).

CAPÍTULO TERCERO

LOS MEDIOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO.

10. Generalidades, fundamentos del libre comercio

10.1. Introducción, generalidades

Los Estados a nivel mundial actualmente viven un proceso de integración económica el cual se ha regulado por medio de la celebración de tratados de libre comercio. Este sistema multilateral de comercio por el propio dinamismo de las economías necesita de medios ágiles que garanticen la solución de controversias y que además garanticen el efectivo cumplimiento de los tratados comerciales suscritos por los países.

En el caso particular de El Salvador forma parte de la Organización Mundial de Comercio y ha suscrito y ratificado cinco tratados de libre comercio con: Panamá, México, República Dominicana, Chile y recientemente con Estados Unidos junto con los demás países centroamericanos y República Dominicana el CAFTA o DR- CAFTA (por sus siglas en inglés).

Además es parte del Sistema de Integración Centroamericano, junto con Guatemala, Honduras, Nicaragua y Costa Rica. Países con los cuales ha suscrito una serie de instrumentos internacionales que han facilitado el flujo del comercio en la zona.

Cada uno de los tratados mencionados contiene un capítulo referente a la solución de controversias. Cabe resaltar que la mayoría del tráfico comercial de nuestro país, se concentra en los países de la región centroamericana y los Estados Unidos de América.

Es importante mencionar que si bien es cierto que cada uno de estos tratados mencionados tiene un capítulo referente al mecanismo de solución de controversias para dirimir las diferencias comerciales que se susciten entre los países miembros, también dejan abierta la vía para activar el mecanismo de solución de controversias de la Organización Mundial de Comercio. Pero no se pueden activar ambos a la vez para dirimir una misma controversia entre los mismos países.

Es pertinente estudiar previamente, para una mejor comprensión del funcionamiento de estos sistemas los principios básicos inherentes al libre comercio y la causalidad de los conflictos en materia comercial. Este sistema de solución de controversias funciona de forma muy distinta a los medios alternos de solución de diferencias entre particulares.

En el caso de los tratados de libre comercio los mecanismos de solución de diferencias sólo pueden ser activados por los Estados miembros y por determinadas circunstancias que constituyen la causalidad de los conflictos comerciales. Es decir que una empresa que se vea afectada por una situación de barreras comerciales encubiertas para citar un caso, no puede iniciar un procedimiento de solución de controversias por sí. Sino a través de la respectiva Secretaría o Ministerio que funge como sección nacional en el respectivo tratado. En conclusión los mecanismos de solución de controversias en estos casos sólo pueden ser activados por los Estados miembros del tratado respectivo.

10.2. Principios fundamentales del libre comercio

Los tratados de libre comercio permiten aumentar la competencia entre las empresas y abrir los mercados de esta manera también beneficia a los consumidores, pues al rebajarse los aranceles a los productos importados pueden adquirirlos a un menor precio. A la vez la competencia interior saca un provecho, puesto que se ve impulsada por una corriente más libre de bienes de bajo costo procedentes del exterior.

Con el objeto de facilitar el comercio entre los países y crear condiciones de competencia justa y equitativa es que surgió la Organización Mundial del Comercio conocida por sus siglas como OMC. Ésta se constituyó el primero de enero de 1995. (El Salvador es miembro desde el 7 de mayo de 1995). La

OMC propugna por que sus países miembros disminuyan sus aranceles y eliminen los obstáculos al libre comercio, así como les obliga a adoptar normas comunes, para el comercio de bienes y servicios; consecuencia de ello es que los países miembros de la OMC deben asegurar que sus legislaciones, reglamentaciones procedimientos internos sean conformes con las disposiciones de los acuerdos de la OMC.[147] Estas normas están contenidas en diversos instrumentos jurídicos.

Los principales se detallan a continuación:
a. Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial de Comercio.
b. Acuerdos Multilaterales Sobre el Comercio de Mercancías.
c. Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT 1994).

Acuerdos asociados:
a. Acuerdo Sobre la Agricultura.
b. Acuerdo Sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias.
c. Acuerdo Sobre Textiles y el Vestido.
d. Acuerdo Sobre Obstáculos Técnicos al Comercio.
d. Acuerdo sobre las Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio.
e. Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VI del GATT de 1994 (Prácticas antidumping).
f. Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VII del GATT de 1994 (Valoración en Aduana).
g. Acuerdo Sobre Inspección Previa a la Expedición.
h. Acuerdo sobre Normas de Origen.
i. Acuerdo Sobre el Trámite para Licencias de la Importación.
j. Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias.
k. Acuerdo sobre Salvaguardias.

Entendimientos y Decisiones:
a. Entendimiento relativo a la interpretación del párrafo 1 b) del Artículo II del Acuerdo GATT de 1994 (Consolidación de la concesiones arancelarias).

---

[147] CENTRO DE COMERCIO INTERNACIONAL, *Normas del Comercio Internacional. Manual de Consulta para Pequeños y Medianos Exportadores,* Centro de Comercio Internacional, Ginebra, Suiza. 2001, p. 3

b. Entendimiento relativo a la interpretación del Artículo XVII del GATT de 1994 (Empresas Comerciales del Estado).
c. Entendimiento relativo a las disposiciones del GATT de 1994 en materia de balanza de pagos.
d. Decisión relativa a los casos en que las administraciones de aduanas tengan motivos para dudar de la veracidad o exactitud del valor declarado (Declaración sobre la carga de la prueba).
e. Decisión sobre Comercio y Medio Ambiente.
f. Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios.
g. Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio.
h. Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias.
i. Mecanismo de Examen de las Políticas Comerciales.

Acuerdos Comerciales Plurilaterales:
a. Acuerdo sobre el Comercio de Aeronaves Civiles.
b. Acuerdo sobre Contratación Pública.

Los países que forman parte de la OMC tienen la obligación de suscribir los acuerdos anteriormente relacionados a excepción de los dos acuerdos plurilaterales: Acuerdo sobre el Comercio de Aeronaves Civiles y el Acuerdo sobre Contratación Pública.

La Organización Mundial de Comercio tiene como uno de sus principios fundamentales la no discriminación negativa de los países que lo conforman, el cual está recogido en las cláusulas de la OMC referidas a la nación más favorecida (NMF) y al trato nacional. [148]

[148] IBARRA PARDO, G., "El TLC, Aspectos Jurídicos Generales", en AAVV, *Aproximación Jurídica al Tratado de Libre Comercio*, Universidad del Rosario, Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá D.C., Colombia, 2005, p. 59: Al respecto ha anotado el doctrinante Marcel Tangarife: " Según el principio de equidad un tratado de libre comercio debe de ofrecer un trato que garantice una situación jurídica y comercial en condiciones de equilibrio para los oferentes de bienes y servicios de los Estados miembros del correspondiente tratado, a pesar de las diferencias reales que puedan existir entre sus economías y comercio internacional.
Respecto de lo anterior Jackson, Davey y Sykes han considerado que le principio de equidad es la base de los principios del trato nacional y de nación más favorecida, teniendo en cuenta que se reconocen las diferencias que puedan existir entre los países negociadores, tratándose a éstos según sus capacidades económicas"

La norma referida a la NMF implica que no se puede discriminar entre países miembros de la OMC al aplicar los aranceles y reglamentaciones comerciales a los bienes importados procedentes de los países que forman parte del sistema. En virtud de este principio las partes de un tratado están obligadas a otorgarse entre ambas un trato igualmente favorable que el que ellas concedan a cualquier otro Estado referente a la aplicación de derechos de importación y otras regulaciones comerciales.

En los tratados de libre comercio ratificados por el país (incluso el CAFTA), este principio se encuentra implícito, ya que cada una de las partes extiende a las demás un trato que es al menos igual, sino más favorable a trato que conceden a sus socios comerciales "más favorecidos".[149]

En el caso del CAFTA ciertos artículos establecen de manera más específica un trato de nación más favorecida para ciertas materias, como las que se refieren a que las partes deben brindar un trato de nación más favorecida a los inversionistas da cada Estado parte; trato semejante se establece para los prestadores de servicios de los Estados parte del tratado.

La norma sobre trato nacional establece la prohibición a los países miembros de la OMC de discriminar entre productos importados los bienes similares de producción nacional. Además cada miembro de la OMC tiene derecho a pedir reparación por cualquier lesión de sus derechos causada por otro país mediante el recurso al mecanismo de solución de diferencias que es utilizado tanto por países desarrollados como por los que se encuentran en vías de desarrollo.

De conformidad al TLCAN y el CAFTA, este principio consiste en el trato no menos favorable que un Estado o provincia conceda a cualesquiera bienes similares, competidores directos o sustitutos según el caso de la parte de la cual sea integrante. Para establecer un ejemplo que permita clarificar este concepto: en el marco del TLCAN el Estado de California debe extender a los bienes originarios de la provincia de Québec o el Estado de México, el mismo trato que torga a los bienes que provienen del Estado de Florida.[150]

---

[149] SELA, *Analísis de las Disposiciones del Tratado de Libre Comercio de Norteamérica*, SELA, 1993, p. 8.
[150] SELA, *op. cit*, p. 8.

En el caso de las inversiones en el marco del CAFTA se cita un ejemplo específico: una medida puede cumplir con este principio ya sea que otorgue trato idéntico o diferente a los prestadores de servicios financieros o las instituciones financieras de otra parte siempre que "otorgue igualdad de oportunidades competitivas". Lo cual se cumplirá cuando "la medida no afecte desventajosamente a las instituciones financieras ni a los prestadores de servicios financieros transfronterizos de otra Parte en su capacidad para prestar servicios financieros, en comparación con la capacidad de las instituciones financieras y de los prestadores de servicios de la Parte, en circunstancias similares"

En síntesis: todo este andamiaje y conjunto de instrumentos internacionales que se han detallado anteriormente tendientes a regular y facilitar el comercio internacional para su aplicación y eficacia; en caso de incumplimiento por parte de algún país (es) miembro (s) en violación de los derechos de otro (s) necesita de la implementación de los medios de solución de diferencias. Sin este mecanismo la existencia los derechos y obligaciones contenidos en los referidos instrumentos podrían ser «letra muerta» o convertirse en «pacto de caballeros». De allí la importancia de estudiar los medios de solución de diferencias y su relación con el comercio internacional.

De igual manera independientemente de que un país forme parte de la OMC, éste puede firmar tratados de libre comercio con otro país o grupo de países en condiciones incluso más favorables. Pero siempre estos instrumentos internacionales que regulen el libre comercio entre los estados necesitarán adoptar un mecanismo de solución de diferencias para solventar los conflictos comerciales que puedan surgir entre los estados signatarios.

Vale la pena aclarar que el GATT, si bien es cierto contempló un régimen comercial multilateral y no discriminatorio, previó al mismo tiempo la celebración de acuerdos comerciales de carácter regional especiales.

No obstante, como se expresó anteriormente, si existe algún conflicto comercial un país debe elegir a cual mecanismo de solución de diferencias acudirá: si al de la Organización Mundial del Comercio o al contenido en el tratado de libre comercio específico que tenga con el estado con el cual tiene la disputa.

10.3. Causalidad de los conflictos comerciales

Para poder recurrir a los mecanismos de solución de controversias de un tratado comercial es básico poder comprender su funcionamiento y cuándo se pueden activares estos medios.

Podemos decir que como regla general todas aquellas diferencias relativas a actos ejecutados por un Estado en perjuicio del libre comercio que tenga con otro en perjuicio de los bienes y servicios que éste exporta aquél y que impliquen una discriminación injustificada de estos productos pueden permitir recurrir a los medios de solución de diferencias regulados en los tratados de libre comercio. A excepción del CAFTA que tiene la peculiaridad que dentro del marco legal de este tratado se pueden conocer de diferencias en materia laboral y de medio ambiente, pero que en última instancia pueden tener incidencias comerciales. Dentro de estas situaciones que configuran la causalidad de los conflictos comerciales internacionales (y que agrupamos para efectos de una mejor comprensión) tenemos principalmente:

a. El «*dumping*»

b. Las subvenciones

c. Las barreras comerciales encubiertas.

d. Barreras arancelarias.

10.3.1. El «dumping»

La Organización Mundial de Comercio define el «*dumping*» como la práctica de vender bienes a un tercer mercado a un precio inferior al precio de un producto similar vendido para su consumo en el mercado nacional del exportado. En otras palabras consiste en la venta por debajo del costo que resulta del precio predatorio (venta por debajo del costo marginal) lo cual constituye una práctica anticompetitiva.[151] Esta figura es un comportamiento

[151] www.wto.org/ spanish/tratop s/adp s.htm, 30 de junio de 2005.

comercial fundamentado en la discriminación de precios e implica por tanto una práctica de comercio desleal.[152]

Un punto importante a resaltar es la manera como los Estados pueden reaccionar frente al «*dumping*» pudiendo así adoptar medidas *antidumping*. El Acuerdo de la OMC autoriza a los gobiernos a adoptar medidas contra el *dumping* siempre y cuando se haya ocasionado un daño genuino es decir importante a la producción nacional que entra en competencia.

Como lo explican los autores colombianos Carlos Ariel Sánchez Torres y Oscar Ibaez Parra: "Al establecer un precio predatorio la firma dominante ofrece bienes a un precio muy bajo (en algunos casos en forma gratuita) con el fin de eliminar del mercado a los competidores más débiles. Una vez que éstos fracasan o se debilitan a tal punto que pueden ser adquiridos por el predador, este último está en capacidad de monopolizar el mercado y recuperar las pérdidas inicialmente registradas, incrementando los precios a niveles monopolísticos. Resulta difícil probar este tipo de práctica anticompetitiva y sólo en pocos casos ha sido exitosamente procesada"[153]

A pesar de toda la doctrina que podría invocarse para reforzar la concepción del d*umping*, una de las situaciones prácticas que es necesaria demostrar para que las medidas *antidumping* prosperen es: la existencia del *dumping* por parte del Estado que adopte medidas en contra de esta práctica, se debe calcular su magnitud (es decir establecer la relación entre la diferencia entre el precio de exportación en comparación con el precio del producto en el mercado interno del exportador) y además demostrar que está causando un

---

[152] CENTRO DE COMERCIO INTERNACIONAL, *op. cit.* p. 59.: «Mucho países (incluidos países den desarrollo y en transición) han adoptado leyes anticumping para proteger a sus industrias contra estas prácticas. Estas leyes permiten a los Estados imponer derechos antidumping, además de los derechos normales de aduana, a los productos importados a precios de dumping que causan o amenazan con causar daños importantes a los productores nacionales de productos similares. Los hechos relativos a la existencia del dumping, a los daños importantes y a la relación causal entre estos dos elementos deben determinarse sobre la base de pruebas suficientes, de conformidad con los procedimientos nacionales».

[153] SÁNCHEZ TORRES, C., IBÁÑEZ PARRA, O., "Políticas de Competencia y Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos", en AAVV, *Aproximación Jurídica...*, p. 355: "El dumping constituye una práctica similar en la que una firma extranjera vende bienes a un precio inferior con el fin de ocasionar perjuicio a los competidores locales y penetrar en el mercado local con la intención de eventualmente monopolizarlo. Las reglas actuales de la OMC permiten una acción antidumping cuando el productor establece un precio inferior a la de los bines producidos para el mercado de exportación que para las ventas locales"

perjuicio a la industria nacional del país reclamante. Si estos extremos no se comprueban las medidas *antidumping* no podrán fructificar.

Se debe pues realizar una investigación detallada, en la cual se deben evaluar los factores económicos que tengan vínculo con la situación de la rama de producción en estudio. Si la referida investigación establece que se está realizando *dumping* y que el sector productivo nacional está sufriendo un daño, la empresa exportadora puede comprometerse a aumentar su precio hasta llegar a un nivel acordado.

Como lo expresa el Doctor William Dymond :
"El cálculo de la magnitud del *dumping* de un producto no es suficiente. Las medidas *antidumping* sólo se pueden aplicar si el *dumping* perjudica a la industria en el país importador. Por lo tanto, en primer lugar se debe realizar una investigación detallada conforme a determinadas reglas. La investigación debe evaluar todos los factores económicos que guardan relación con la situación de la rama de producción en cuestión. Si la investigación demuestra que se está realizando *dumping* y que la rama de producción nacional sufre un perjuicio, la empresa exportadora puede comprometerse a aumentar su precio hasta llegar a un nivel acordado a fin de evitar la aplicación de un derecho de importación *antidumping*".[154]

Generalmente la medida *antidumping* consiste en aplicar un derecho de importación adicional a un producto determinado de un país exportador determinado para lograr que el precio de ese producto se acerque a lo que podríamos denominar «valor normal» o para suprimir el daño causado a la rama de producción nacional en el país que está importando el referido producto.

---

[154] DYMOND, William A., Manual Sobre Solución de Controversias, *Center For Trade Policy and Law and Carlton University, University of Ottawa*, Canadá, 2003, p. 386: « Existen muchas maneras diferentes de calcular si un determinado producto es objeto de dumping de manera importante o sólo ligeramente. El Acuerdo reduce la gama de posibles opciones. Ofrece tres métodos para calcular el «valor normal» de un producto. El principal de ellos se basa en el precio del producto en el mercado interno del exportador. Cuando este precio no se puede utilizar, existen dos alternativas. El precio aplicado por el exportador en otro país o bien un cálculo basado en la combinación de los costos de producción del exportador, otros gastos y márgenes de beneficios normales. El Acuerdo determina asimismo cómo realizar una comparación equitativa entre el precio de exportación y lo que sería un precio normal».

El Acuerdo establece además que los países miembros deben informar al Comité *Antidumping* de la OMC de manera pronta y detallada acerca de las medidas *antidumping* preliminares o definitivas. Asimismo deben informar acerca de todas las investigaciones que realicen sobre el tema dos veces por año. También pueden recurrir al procedimiento de solución de diferencias de la OMC.

Es pertinente agregar que El Salvador, no cuenta con una ley *antidumping*, pero sí es signatario del Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VI del GATT de 1994 (Prácticas *antidumping*).

10.3.2. Las subvenciones

El Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias de la OMC, establece tres elementos básicos para definir una subvención:

a. Una contribución financiera.
b. De un gobierno o de cualquier otro organismo público e el territorio de un miembro.
c. Que ésta dé un beneficio.

El término contribución financiera implica la noción de que exista una subvención si hay una carga para la cuenta pública. Dentro de las acciones que configuran una contribución financiera se encuentran: las donaciones, préstamos, aportaciones de capital, incentivos fiscales, suministro de bienes o servicios, garantías de préstamos, compra de bienes.

Esta contribución financiera debe ser realizada por un gobierno o bien cualquier organismo de carácter público, o siguiendo sus instrucciones, en el territorio de un miembro.

El artículo 14 del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias de la OMC determina que a efecto de los derechos compensatorios, la existencia de beneficio puede establecerse (aunque no necesariamente) de acuerdo con criterios comerciales, y da guías para determinar si cierto tipo de medidas confieren beneficio.

En síntesis podemos concluir que de conformidad al Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (de la OMC) se considera que una

industria ha recibido una subvención que otorga un beneficio a la industria, si se configuran las siguientes circunstancias:
a. Ha existido una transferencia de fondos directa por parte del Estado (aportaciones de capital, donaciones, préstamos)
b. El Estado renuncia a unos ingresos que en caso contrario habría cobrado.
c. El Estado suministra bienes y servicios, o adquiere bienes, en condiciones no comerciales.[155]

Como regla general podemos enunciar que una acción del Estado que no responde a consideraciones comerciales, constituye un beneficio, aunque el acuerdo da una concepción muy limitada al respecto. De esta manera si un Estado da una aportación de capital en condiciones que un empresario privado no estaría dispuesto a otorgar, un préstamo en condiciones más favorables que los bancos privados, o el suministro por un Estado de bienes y servicios a un precio inferior al que prevalece en el mercado, entonces se está dando un beneficio y se podría constituir una subvención.

De igual manera que el Acuerdo *Antidumping,* el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias forma parte del conjunto de Acuerdos de la OMC firmados por todos su miembros.

El Acuerdo *Antidumping* establece tres clases de subvenciones:

a. Subvenciones prohibidas.
b. Subvenciones recurribles.
c. Subvenciones no recurribles.

a. Subvenciones prohibidas

Son aquellas cuyo otorgamiento esta supeditado al logro de determinados objetivos de exportación o a la utilización de productos nacionales en vez de importados. El fundamento de su prohibición radica en que están destinadas a la distorsión del comercio internacional de manera específica y por tanto pueden perjudicar el comercio de otros Estados.

En síntesis el artículo 3 del Acuerdo Subvenciones y Medidas Compensatorias de la OMC establece dos tipos de subvenciones:

[155] DYMOND William, op. cit., P.p. 388, 389.

a. Las subvenciones supeditadas de *jure* o de facto a los resultados de exportación. Es decir las subvenciones a la exportación.
b. Las subvenciones supeditadas al empleo de productos nacionales con preferencia a los productos importados.

Mediante el procedimiento de Solución de Diferencias de la Organización Mundial de Comercio (OMC), estas medidas pueden impugnarse. Dicho procedimiento cuenta para este tipo de casos con un calendario acelerado y en caso de que mediante este trámite se estableciera que la subvención específica por la cual se activando el mecanismo de solución de diferencias, está dentro de la categoría de las prohibidas, la subvención debe suprimirse. De lo contrario la parte reclamante puede adoptar contramedidas. Y en caso de que las importaciones de productos que tengan subvenciones prohibidas causen un perjuicio a los productos nacionales pueden imponerse derechos compensatorios.

Con respecto a las medidas compensatorias podemos dar la siguiente definición: Son derechos adicionales sobre las importaciones que en opinión del gobierno del país importador han disfrutado de subvenciones en el país exportador (especialmente subvenciones a la exportación). La Parte V del Acuerdo de Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (de la OMC), determina las condiciones que se deben de cumplir para que se pueda imponer una medida compensatoria y el procedimiento respectivo para investigación, imposición y mantenimiento. El no cumplimiento de dichas prescripciones de carácter sustantivo o de procedimiento, puede permitir activar el mecanismo de solución de controversias y servir de base para la invalidación de la medida. [156]

b. Subvenciones recurribles

En esta categoría están las subvenciones a la producción (no a la exportación, ya que éstas como se estudió anteriormente están prohibidas). Las subvenciones recurribles, en principio no están prohibidas. Pero, si tienen efectos desfavorables sobre los intereses comerciales de otro Estado miembro pueden ser impugnadas dentro del marco de solución de diferencias del tratado respectivo o bien de la OMC y ser objeto de una medida compensatoria. Su

[156] DYMOND, William, *op.cit*, pp. 407- 410.

nombre se debe a que pueden ser objeto de impugnación en la Organización Mundial de Comercio o bien permitir que se apliquen medidas compensatorias por el Estado afectado.

Al respecto podemos sintetizar que existen tres tipos de efectos desfavorables:

a. El daño a una rama de la producción nacional motivado por las importaciones subvencionadas en el territorio del miembro reclamante. Este efecto constituye el fundamento para la adopción de medidas compensatorias por parte del país reclamante.
b. El perjuicio grave. El cual es consecuencia generalmente de efectos desfavorables en el mercado del estado miembro que da la subvención o en el de un tercer país (por ejemplo desplazamiento de las exportaciones)
c. La anulación o menoscabo de las ventajas resultantes del GATT de 1994. Esta anulación o menoscabo surge casi siempre cuando la subvención socava el mejor acceso a los mercados que supuestamente surge de una reducción del arancel consolidado.[157]

En síntesis: en este tipo de subvenciones el país reclamante tiene que demostrar que la subvención tiene efectos desfavorables para los intereses de su país, de lo contrario se autorizaría la subvención. Si el Órgano de Solución de diferencias establece que la subvención contra la cual ha procedido un reclamo, tiene efectos desfavorables se puede suprimir la subvención o eliminar sus efectos desfavorables. También puede imponerse un derecho compensatorio si las importaciones de productos subvencionados perjudican a los productores nacionales.

c. Subvenciones no recurribles

Estas pueden ser subvenciones no específicas o subvenciones específicas para actividades de investigación industrial y actividades de desarrollo

[157] DYMOND, William A., *op. cit.*, p. 409: «La creación de un sistema multilateral de acciones que permite a los Miembros impugnar las subvenciones que pueden producir efectos desfavorables constituye un importante avance respecto del régimen anterior a la OMC. No obstante la dificultad seguirá residiendo, en la mayoría de los casos, en la necesidad de que el Miembro reclamante debe demostrar los efectos desfavorables de la subvención para el comercio, lo que requiere un análisis intensivo de los hechos que los grupos especiales pueden encontrar difícil en algunos casos.

precompetitivas, asistencia para regiones desfavorecidas o bien ciertos tipos de asistencia para adaptar instalaciones existentes a nuevas leyes o reglamentos sobre el medioambiente.

Este tipo de subvenciones no permiten la activación del mecanismo de solución de diferencias de la Organización Mundial de Comercio, ni pueden imponerse derechos compensatorios a las importaciones subvencionadas. Pero esta clase de subvenciones deben de cumplir estrictas condiciones.[158]

El Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias tiene una función doble: Reglamenta la utilización de subvenciones y establece las medidas que los Estados pueden acoger para contrarrestar los efectos de las subvenciones. Se establece que un Estado puede activar el Mecanismo de Solución de Diferencias de la OMC para lograr que se elimine la subvención o la eliminación de sus efectos desfavorables, o bien que el país pueda empezar su propia investigación y pueda emplear derechos especiales, conocidos como derechos compensatorios a las importaciones que están subvencionadas y que de acuerdo al estudio se determine que han ocasionado daño a los productores nacionales.

En este punto es necesario clarificar las diferencias entre el *dumping* y las subvenciones: Si bien es cierto ambas constituyen prácticas desleales dentro del comercio, el *dumping* es realizado por empresas que como se explicó anteriormente venden en el país importador sus productos a un precio por debajo del de otro producto similar para su consumo en el mercado interno del país exportador. En el caso de las subvenciones, éstas son efectuadas por el gobierno u organismos gubernamentales a favor de determinadas empresas o sectores productivos.

---

[158] DYMOND, William A., *op.cit.*, p. 390: « Algunas de las disciplinas establecidas son similares a las del Acuerdo Antidumping. Para poder imponer derechos compensatorios (el equivalente de los derechos antidumping) el país importador tiene que haber realizado antes una detenida investigación similar a la exigida para adoptar medidas antidumping. Existen normas detalladas para decidir si un producto está subvencionado (lo que no siempre resulta un cálculo fácil), criterios para determinar si las importaciones de productos subvencionados perjudican («causan daño») a una rama de producción nacional, procedimientos para la iniciación y realización de investigaciones, y normas sobre la aplicación y duración (normalmente cinco años) de las medidas compensatorias. El exportador subvencionado puede también convenir en elevar su precios de exportación como alternativa a la aplicación de derechos compensatorios a su exportaciones».

Al respecto es pertinente referirnos a las medidas de salvaguardia que en síntesis constituyen una medida de protección de las industrias nacionales mediante la aplicación de aranceles aduaneros. En el sistema de la Organización Mundial de Comercio las medidas de salvaguardia para los países en vías de desarrollo pueden funcionar como se describe a continuación: «Los países en desarrollo muchos de los cuales han consolidado sus aranceles a los tipos máximos (es decir a tipos superiores que sus tipos reales), pueden elevar sus tipos efectivos hasta el máximo sin obtener la aprobación de la OMC. Sin embargo la protección que dan los aranceles puede ser insuficiente. En tal situación la OMC autoriza al país importador a adoptar medidas de salvaguardia aumentando el arancel por encima del nivel consolidado (o excepcionalmente, a introducir restricciones cuantitativas) si después de haberse investigado el asunto se comprueba que las importaciones aumentadas están causando o amenazan con causar daños graves al sector industrial nacional que produce un producto similar o directamente competitivo. »

10.3.3. Las barreras comerciales encubiertas

En estos casos, un Estado puede hacerse valer de determinadas situaciones (como exigir medidas sanitarias o fitosanitarias) permitidas en principio por los acuerdos comerciales, con el objeto de real de entorpecer el comercio y proteger a un determinado sector productivo o empresa del país en perjuicio de las empresas exportadoras de otro, por ello el nombre de barreras comerciales encubiertas.

Es decir que en estos casos las normas nacionales, las reglamentaciones técnicas o las mediadas sanitarias o fitosanitarias nacionales se utilizan con fines proteccionistas (de manera encubierta) con el objeto de favorecer a los productos nacionales, en perjuicio de os productos importados.

En lo que respecta al Acuerdo sobre Obstáculos al Comercio de la OMC, (El cual El Salvador ha sucrito por ser miembro de la organización) contiene:

a. Las reglamentaciones técnicas que establecen las características de los productos o sus procesos conexos y métodos de producción que son de cumplimiento obligatorio.
b. Los requisitos aprobados por un órgano reconocido que determinan normas, directrices o características de productos o procesos conexos y métodos de producción de cumplimiento obligatorio.

Es pertinente diferenciar que las normas y reglamentaciones técnicas se refieren primordialmente a las materias primas, bienes industriales y los insumos agrícolas. En cambio, en el caso de las medidas sanitarias o fitosanitarias, éstas son impuestas con el objeto de proteger la vida, salud humana, animal y vegetal. Éstas están contenidas en el Acuerdo Sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (MSF) de la OMC.

En Centroamérica existen algunos ejemplos que nos permiten ilustrar el funcionamiento de esta figura: Existe una empresa costarricense que fabrica productos lácteos, sin embargo Guatemala exigió e inició un proceso de verificación de origen de dichos productos y mientras ello no se verifique ha impedido la importación al país de éstos. Dicha situación es perfectamente válida dentro del comercio. Pero lo que ha sucedido en la práctica es que Guatemala no ha impulsado este estudio lo cual ha perjudicado a la empresa costarricense pues durante este tiempo no ha podido exportar a Guatemala sus productos. Costa Rica alega que se ha configurado es una barrera comercial encubierta.

Otro caso es el denominado popularmente el de las «pollitas» que consiste en que El Salvador estaba exportando a Nicaragua pollitas de un día de nacidas. Sin embargo Nicaragua exigió poner en cuarentena a los animales, previo a permitir su ingreso el país alegando el peligro de la enfermedad denominada «influencia aviar», peligro que El Salvador demostró no ser cierto. Pero dicha situación se considera una barrera comercial encubierta puesto que someter a cuarentena a las aves de un día de nacidas equivale a la muerte de éstas, puesto que no podrían sobrevivir en esas condiciones ese lapso.

Entre El Salvador y Guatemala surgió otro caso que se puede citar como ejemplo de lo que es una medida comercial encubierta. En el mercado de las bebidas alcohólicas una empresa salvadoreña empezó a introducir en Guatemala la bebida denominada «Cucha», sin embargo Guatemala exigió el registro sanitario por parte del Ministerio de Salud, lo cual fue considerado por El Salvador como una argucia legal para impedir el libre comercio y proteger a la industria guatemalteca. En síntesis las barreras comerciales encubiertas pueden a abarcar a las mediadas sanitarias y fitosanitarias utilizadas impropiamente con el objeto de obstaculizar el comercio y los obstáculos técnicos al comercio.

10.3.4. Las barreras arancelarias

Los tratados de libre comercio, tienden precisamente a eliminar las barreras comerciales, y por tanto persiguen la unificación arancelaria entre los países signatarios de un tratado de esta naturaleza. Los aranceles son utilizados muchas veces con el objeto de proteger a las industrias nacionales en perjuicio de aquellas que importan sus productos a ese país.

En el caso de la OMC, uno de los objetivos que se persigue es la consolidación arancelaria, que consiste en instaurar la seguridad y la predicción del acceso a los mercados extranjeros. Los compromisos arancelarios de los países miembros figuran en las listas nacionales de concesiones que señalan, para cada producto, los tipos máximos o consolidados de los derechos que un país puede establecer a las exportaciones. A ello hay que añadir que no se pueden establecer medidas como restricciones cuantitativas que mermen el valor de las concesiones arancelarias.

Quizá se pueda pensar que en la actualidad, la mayoría de conflictos comerciales en los países del área se generen por causa de barreras comerciales encubiertas más que por barreras arancelarias. Sin embargo pedemos citar un caso reciente de diferencias comerciales por el motivo en estudio y que podemos sintetizar de la siguiente manera:

Honduras llevó a conocimiento del Órgano de Solución de Diferencias de la OMC, el arancel impuesto por República Dominicana a los habanos importados a ese país (que era de un diez por ciento). El Salvador acompañó a Honduras como tercero en dicho proceso (si bien es cierto, El Salvador no exporta habanos a República Dominicana, se creyó que dicho caso podría sentar un precedente en contra de los países centroamericanos). En su resolución final La OMC dictaminó que dicho arancel impuesto por República Dominicana debía modificarse.

De lo anterior también podemos concluir que existen tres tipos de medidas correctivas de comercio:

a. Derecho *antidumping*;
b. Subsidio/ medidas compensatorias.
c. Medidas de salvaguardia.

La aplicación de estas medidas correctivas tiene límites de tiempo para su duración. De conformidad a las normas de la OMC: el *antidumping* y los subsidios de medidas compensatorias se pueden aplicar hasta por cinco años los cuales se pueden extender con fundamento en nuevos motivos de daño. Ambos se encargan del daño material ocasionado por importaciones desleales. Las medidas de salvaguardia se pueden aplicar hasta por cuatro años extensibles a ocho si se encuentra daño continuo.

10.4. Medios de solución de diferencias en los tratados de libre comercio

En los capítulos anteriores de este trabajo se han estudiado las definiciones de los medios alternos de solución de controversias, que como se ha determinado incluso un mismo método puede tener distinta connotación en diferentes países o regiones. En la solución de controversias a nivel del comercio internacional, hay algunas figuras estudiadas anteriormente que tienen ciertas peculiaridades especiales. En suma podemos establecer que los medios para solventar este tipo de controversias son los siguientes:

a. La negociación o consulta.
b. Los buenos oficios.
c. La mediación.
d. La conciliación.
e. La Investigación.
f. La intervención de un Consejo.
g. El arbitraje.

10.4.1. La negociación o consulta

En el caso de la negociación o consulta, son los propios países que tienen el conflicto, los que tratan de llegar a un acuerdo producto de sus voluntades sin la intervención de un tercero que actúe como catalizador del acuerdo o bien que imponga una solución.

10.4.2. Los buenos oficios

Existe la participación de uno o más Estados o una organización internacional en un conflicto entre otros Estados, solamente para incentivarlos a resumir las negociaciones y/o proveerles canales adicionales para comunicarse.

Harold C. Tantan

10.4.3. Mediación

Existe una participación más activa de las terceras partes de la que existe en los buenos oficios. El mediador es autorizado y se espera que transmita e interprete la propuesta de cada a la otra y avance en su propia propuesta informalmente con base en la información que las partes han entregado (en lugar de su propia investigación). La mediación sólo puede tener lugar con el consentimiento de las partes, conforme a las reglas generales de la mediación, las partes conservan siempre el control de la disputa, y la propuesta del mediador no es vinculante.

10.4.4. La conciliación

Se diferencia de la mediación en que la intervención de la tercera parte es puesta en una base formal e institucional, siendo por tanto sus procedimientos más formales que la mediación (Aunque sigue siendo un método flexible). Al conciliador generalmente se le requiere que establezca los hechos, examine las alegaciones de ambas partes, considere los otros factores relevantes (por ejemplo la situación legal) y emitir la propuesta legal no vinculante para la solución de la controversia.

10.4.5. La investigación

Interviene una tercera parte desinteresada con el objeto de averiguar asuntos de hecho de la disputa. En atención a brindar a las partes en conflicto un balance objetivo de la situación. Las partes de manera anticipada pueden convenir en aceptar el resultado de la investigación con carácter obligatorio.

10.4.6. La intervención del Consejo

En algunos tratados de libre comercio existe una fase previa a la conformación de un panel arbitral, en la cual se reúne un Consejo de Ministros de la región (en el caso del los medios de solución de controversias en el Sistema de Integración Centroamericano, a este ente se le denomina COMIECO) con el objeto de avenir a las partes al logro de una solución amigable.

10.4.7. El arbitraje

Es la fase última de solución de controversias en la cual, los Estados en conflicto proceden a la conformación de un panel arbitral, que brinda un informe que responde al teorema «ganador - perdedor», en virtud del cual se decide la controversia y debe ser acatado por las partes.[159]

10.5. Sistemas de solución de diferencias

En lo que respecta a los sistemas de solución de diferencias en el ámbito de las relaciones comerciales internacionales, hay dos orientaciones que se han discutido sobretodo en el esquema del GATT, en el cual se utilizó el esquema político, pragmático o negociado antes de la celebración de la Ronda de Uruguay y posteriormente a ésta se aplicó el sistema judicial.

10.5.1. El sistema político, pragmático o negociado

Está orientado a que las partes logren un acuerdo por la vía de la negociación y no se consideran los preceptos del Derecho Internacional Público. Sus partidarios alegan entre otros argumentos, que el sistema judicial no garantiza que la parte que ha incumplido y ha obtenido un laudo o sentencia en su contra, va acatar dicha resolución por lo que ante dicha situación siempre será necesario recurrir a una solución negociada.[160]

10.5.2. El sistema judicial

En este sistema la controversia se dirime a través de un laudo o sentencia, por parte de un órgano de solución de controversias. Su objetivo principal es la supresión de la medida ilegal o del incumplimiento y la preservación de los derechos y obligaciones de los miembros del tratado, busca pues, le cumplimiento del orden jurídico.

En caso de no cumplirse lo resuelto en el fallo, generalmente ha lugar a una compensación de carácter transitoria y provisional.

---

[159] DYMOND, William A., *op. cit.*, pp. 10, 11.
[160] IBARRA PARDO, G., *op.cit.*, 87,88.

Operan también en este sistema, las denominadas medidas de represalia (ejemplo: la suspensión de beneficios). Los partidarios de este enfoque entre otros aspectos abogan que el esquema negociado puede dejar desprotegida a la parte más débil, lo que no ocurre con el sistema judicial que procura por sobretodo el cumplimiento estricto del orden jurídico. Además en el sistema negociado, tiene ventaja quien negocia mejor. Es decir la solución no necesariamente corresponde a lo establecido en el tratado.

También se alega que el sistema negociado puede dar lugar a dilaciones, demoras y bloqueos y que el sistema judicial no es óbice para que las partes puedan resolver su controversia por la vía de un acuerdo negociado y que incluso el laudo o fallo puede ser un catalizador para lograr al final un acuerdo entre las partes.

El sistema judicial en la práctica ha demostrado ser más efectivo que el esquema negociado en el marco del GATT como concluye el Doctor Gabriel Ibarra Pardo:

"En esta primera etapa, la solución de las controversias fue a tal grado deficiente, que ello configuró uno de los factores determinantes de la pérdida de credibilidad del GATT.

Lo anterior contribuyó a la crisis del sistema multilateral de comercio, pues la informalidad del esquema, los bloqueos por parte de los países incumplidos y la imposibilidad de obtener una resolución de las controversias se convirtiera en un mecanismo impredecible e incierto".[161]

11. Los medios de solución de controversias en el Sistema de Integración Centroamericano.

11.1. Antecedentes de la Integración Centroamericana

Los Ministros de Relaciones Exteriores de Centroamérica suscribieron la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos (ODECA), el 14 de octubre de 1951 que recogía los anhelos y principios de la integración de los países centroamericanos.

---

[161] IBARRA PARDO, G., *op. cit.*, pp. 87- 90.

En ese mismo año también estos países expresaron su intención de estimular el desarrollo económico de manera conjunta, en el seno de la Comisión Económica para América Latina (CEPAL), a fin de organizarse como un grupo subregional.

La Carta de la ODECA, instituyó como órganos principales la Reunión de Presidentes, la Reunión de Ministros de Relaciones Exteriores, la Reunión de Ministros de otros ramos, y el Consejo Económico. La Carta de San Salvador que se firmó el 12 de diciembre de 1962 (que reemplazó la suscrita en 1951), estableció dentro de sus objetivos: «...dotar a los cinco Estados, de un instrumento más eficaz, estableciendo los órganos que asegurarán su progreso económico y social, eliminarán las barreras, mejorarán en forma constante las condiciones de vida de sus pueblos, garantizarán la estabilidad y la expansión de la industria, y confirmaran la solidaridad centroamericana».[162]

A finales de los sesentas existió un proceso de desgaste en la integración centroamericana que prácticamente implicó una suspensión de las actividades de la ODECA. Posteriormente en la década de los ochentas los conflictos que vivieron los países de la región, influyeron negativamente en su integración.

Fue hasta 1986 que los Presidentes centroamericanos, empezaron a sostener reuniones de negociación, para cumplir de nuevo el objetivo de la integración, promulgando la «Declaración de Esquipulas», iniciando con ello un proceso que perseguía fortalecer el diálogo, la paz, la democracia y el pluralismo de los países del istmo.

En junio de 1990 durante la VI Reunión de Presidentes conocida como «Cumbre de Antigua Guatemala», se aprobó el Plan de Acción Económica para Centroamérica (PAECA), que impulsó de nuevo el proceso de integración centroamericano. Producto de ese esfuerzo el 13 de diciembre de 1991 se suscribió el Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de Organización de Estados Centroamericanos (ODECA), el cual fue firmado por los cinco Estados que eran miembros de la ODECA y Panamá.

---

[162] SECRETARÍA DE INTEGRACIÓN CENTROAMERICANA (SIECA), *La Solución de Controversias Comerciales en la Integración Económica Centroamericana Tomo I*, Secretaría de Integración Centroamericana (SIECA) y USAID, Ediciones Superiores S.A., Guatemala, marzo 2004, p.9.

El Protocolo de Tegucigalpa da origen al Sistema de la Integración Centroamericana (SICA) que constituye el nuevo marco jurídico institucional de la integración de Centroamérica, siendo sus objetivos además, del logro de dicha unificación, convertir la zona en una región de paz, libertad, democracia , desarrollo y la unión económica de Centroamérica.

El Protocolo de Tegucigalpa en su artículo 12 establece los órganos encargados de lograr los fines del Sistema, los cuales son: La Reunión de Presidentes, el Consejo de Ministros, el Comité Ejecutivo, y la Secretaría General. También son parte del Sistema: La Reunión de Vicepresidentes o Designados a la Presidencia, el Parlamento Centroamericano, la Corte Centroamericana de Justicia y el Comité Consultivo.

11.2. La solución de controversias en la Integración Económica Centroamericana

Los medios de solución de controversias dentro del marco de la integración económica centroamericana permiten garantizar el cumplimiento de los instrumentos que rigen el sistema, y por tanto el cumplimiento de las obligaciones y el ejercicio de los derechos de los Estados.

Desde 1951 la Carta de la ODECA establecía dentro de sus objetivos «una consulta mutua para afianzar y mantener la convivencia fraterna de esta región del Continente, prevenir y conjugar toda desavenencia y asegurar la solución pacífica de cualquier conflicto que pudiera surgir entre ellos.»

El artículo XXV del Tratado Multilateral de Libre Comercio e Integración Económica de 1958 establecía: « Los Estados signatarios convienen en resolver fraternalmente dentro del espíritu de este Tratado, y por medio de la Comisión Centroamericana de Comercio, las diferencias que surgieren sobre la interpretación y aplicación de cualquiera de sus cláusulas. Si no pudieren ponerse de acuerdo, solucionarán la controversia por arbitraje...»

El Tratado General de Integración Económica Centroamericana del 13 de diciembre de 1960, en su artículo XXVI, se expresaba de manera similar, remitiendo la solución de controversias a los órganos de dicho tratado. El Consejo Económico Centroamericano, el máximo órgano del sistema, reglamentó en forma parcial el referido artículo. El instrumento dio resultados

ampliamente satisfactorios en cuanto a la solución de controversias sometidas a su conocimiento. En 1969, con el retiro unilateral de Honduras el Reglamento dejó de tener efectos.

Posteriormente con la vigencia del Protocolo de Tegucigalpa y específicamente el artículo 35 de dicho instrumento, se estableció la jurisdicción exclusiva de la Corte Centroamericana de Justicia en la interpretación y aplicación del tratado y sus derivados o complementarios.

Sin embargo, la Corte Centroamericana de Justicia actualmente sólo está conformada por representantes de tres países de la región, por lo que no tiene una conformación plena, por lo que los Estados miembros del sistema para poder solventar las controversias comerciales buscaron un mecanismo ágil y especializado, lo que lograron a través de la adopción de los medio alternos de solución de controversias, en especial el arbitraje comercial. Además cuentan con la ventaja de que no interfieren en manera alguna con la competencia jurisdiccional de la Corte Centroamericana de Justicia.

La concretización de este mecanismo llevó tiempo y esfuerzo y el 27 de septiembre del año dos mil, se aprobó durante la decimoquinta reunión de Consejo de Ministros de Integración Económica una serie de instrumentos jurídicos que se convirtieron en la médula del Mecanismo de Solución de Controversias del Subsistema Económico Centroamericano.

Sin embargo fue necesaria la modificación al Protocolo de Tegucigalpa, después de una serie de estudios y consultas; y el 26 de febrero de dos mil dos, la reunión extraordinaria del Consejo Intersectorial de Ministros de Relaciones Exteriores y Ministros de Integración Económica, conoció del proyecto de enmienda al protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la ODECA para modificar el referido artículo 35.

El Consejo Intersectorial presentó a la Reunión de Presidentes la respectiva propuesta de enmienda al instrumento en comento, en la reunión del 27 de febrero de 2002, suscribiendo la Enmienda al Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la ODECA que modificó el segundo párrafo y agregó un tercero al articulo 35, de la siguiente manera:

"Artículo 35...Salvo los dispuesto en el párrafo siguiente, las controversias sobre la aplicación o interpretación de las disposiciones contenidas en el presente Protocolo y demás instrumentos a que se refiere el párrafo anterior, deberán someterse a la Corte Centroamericana de Justicia.

Las diferencias surgidas en el subsistema de la Integración Económica como consecuencia de las relaciones comerciales intraregionales, se someterán al mecanismo de solución de controversias que establezca el Consejo de Ministros de Integración Económica como consecuencia de las relaciones comerciales intraregionales, se someterán al mecanismo de solución de controversias que establezca el Consejo de Ministros de Integración Económica, que contendrá un método de solución alterna de controversias comerciales incluido el arbitraje, cuyas decisiones serán vinculantes para los Estados miembros que intervengan en la respectiva diferencia. El incumplimiento de un laudo arbitral dará lugar a la suspensión de beneficios de efecto equivalente a los dejados de percibir, según se decida en el respectivo laudo".

La enmienda referida fue sometida a la ratificación de los cinco Estados que conforman el Subsistema Económico, una vez ratificada se realizó el respectivo depósito en la Secretaría General del SICA y conforme su artículo dos entró en vigencia en Costa Rica, El Salvador y Guatemala el 18 de enero de dos mil tres, en Honduras el 28 de marzo de dos mil tres y en Nicaragua el 22 de abril de ese mismo año.

Si bien es cierto el Protocolo de Tegucigalpa rige para los siete Estados que forman parte del SICA, la respectiva enmienda sólo es obligatoria para los cinco que forman parte del subsistema económico ya que Panamá y Belice no han ejecutado las acciones que establece el artículo IV del Protocolo de Guatemala, para poder ser parte del Tratado General y del Protocolo de Guatemala.

El Consejo de Ministros de Integración Económica el 17 de febrero de dos mil tres, adoptó la Resolución No 106- 2003 (COMIECO XXVI) por medio de la cual se aprobó el Mecanismo de Solución de Controversias Comerciales entre Centroamérica y su instrumentos complementarios, el cual entraría en vigencia treinta días después de ser aprobado es decir que entró en vigencia el 19 de marzo de dos mil tres.[163]

[163] SIECA, *op. cit.*, ,pp. 9- 11, 25,26.

Sin embargo Honduras y Nicaragua a esa fecha, no habían efectuado el respectivo depósito del instrumento de ratificación; lo cual realizaron hasta el 28 de marzo y el 22 de abril de dos mil tres respectivamente; por lo que quedaron obligados ambos países hasta esas fechas. A raíz de ello el COMIECO emitió la Resolución No 111- 2003, el 27 de mayo de 2003, en la cual se aprobó la aplicación del Mecanismo en dichos países a partir de la fecha de la decisión indicada.[164]

El objetivo de implementar los medios de solución de controversias en el sistema centroamericano es desincentivar el uso de prácticas consideradas como desleales dentro del comercio internacional. Es decir que son un instrumento que permite que el sistema mismo funcione, al prevenir o solucionar las diferencias que pudiesen surgir en el seno de las relaciones comerciales intraregionales. Asimismo persigue garantizar el eficaz cumplimiento de los derechos y obligaciones consagrados en los diversos instrumentos jurídicos de la Integración Económica Centroamericana. En suma mediante su aplicación busca el fortalecimiento del comercio intraregional.

Las características del arbitraje contenido en el mecanismo de solución de controversias comerciales entre Centroamérica pueden resumirse así:

a. Su derivación del principio de soberanía de los Estados: Precisamente el ejercicio de la soberanía de los estados que forman parte del Subsistema de Integración Económico Centroamericano, es le que permitió la creación del Mecanismo de Solución de Diferencias del Sistema.

b. Especialidad: Se concretiza en el tipo de diferencias que permiten activar el mecanismo de solución de controversias y en el precepto recogido por el artículo 18.1 del Mecanismo de Solución de Controversias que establece que los árbitros deberán contar con conocimientos especializados o experiencia en Derecho, Comercio Internacional y otros asuntos relacionados con los instrumentos respectivos de la Integración Económica.

c. Celeridad: Por el mismo dinamismo del comercio el mecanismo de solución de controversias está diseñado para que su trámite sea breve y responda a dicha necesidad. El artículo 22.1 del Mecanismo de Solución de Controversias,

---

[164] SIECA,. *op. cit.* , pp. 24 y 25.

consagra: "El tribunal arbitral emitirá su resolución final dentro de un plazo de noventa (90) días, siguientes a la reunión para su integración..."

Por su parte la Regla 16 de las reglas Modelo de Procedimiento determinan: "Salvo disposición especial en estas Reglas, el tribunal arbitral desempeñará sus funciones utilizando cualquier medio de comunicación, incluyendo el teléfono, la transmisión por facsímil o los enlaces por computadora".

d. Flexibilidad: Esta característica permite adecuar el procedimiento arbitral a las características de cada caso específico. Ejemplos de esta característica las encontramos en una serie de disposiciones como la Regla 18 de las Reglas Modelo de Procedimiento, que expresa: "En interés de la equidad y el orden de las actuaciones en un procedimiento arbitral, cuando se plantee una cuestión de procedimiento que no esté regulada en estas Reglas, el Presidente del Tribunal Arbitral podrá adoptar a los efectos de ese arbitraje únicamente, el procedimiento correspondiente, siempre y cuando sea incompatible con las disposiciones del Instrumento y las presentes Reglas.

Cuando se adopte tal procedimiento, el Presidente del tribunal arbitral lo notificará inmediatamente a las partes involucradas en el arbitraje, así como también a los demás miembros del tribunal arbitral".

La Regla 22 por su parte establece: "previa consulta a las Partes contendientes, el tribunal arbitral podrá modificar los plazos procesales y realizar cualquier otro ajuste procesal o administrativo que sea necesario en el procedimiento, como sería por causa de sustitución de un árbitro o cuando las Partes deban responder por escrito a las preguntas que el tribunal arbitral les formule"

La Regla 3 también recoge la característica de la flexibilidad así: "Estas Reglas, establecidas de conformidad con el artículo 20, párrafo 1, serán aplicadas a los procedimientos de solución de controversias del Instrumento, salvo pacto en contrario entre las Partes contendientes, sin perjuicio de su aplicación en lo conducente a otros procedimientos de solución de controversias".

e. Imparcialidad e independencia: la independencia se refiere a la relación del árbitro con las partes; la imparcialidad a la relación del árbitro con el objeto del litigio. Por ello es que incluso el conocimiento de un conflicto comercial entre

dos Estados es sometido a árbitros de nacionalidad distinta de las partes en disputa, en el Mecanismo.

f. Confidencialidad: El desarrollo del proceso no es público, sino reservado.[165]

En cuanto a los órganos que tienen participación en el funcionamiento del mecanismo, son en síntesis los siguientes:

a. La Reunión de Presidentes: De conformidad con el artículo 13 del Protocolo de Tegucigalpa es el órgano superior del Subsistema de Integración Económica;

b. El Consejo de Ministros de Integración Económica (COMIECO): que colabora con los Estados Parte a efecto de puedan alcanzar una solución de la controversia mutuamente satisfactoria;

c. Los Estados Parte del Subsistema de Integración Económica: quienes pueden actuar en el proceso arbitral como parte contendiente o bien como terceros.

d. Los árbitros y/ o mediadores y conciliadores del sistema: Para los efectos de la conciliación y mediación, el artículo 13 del Mecanismo de Solución de Controversias establece que el Consejo seleccionará por sorteo entre las personas no nacionales de los Estados Parte que figuren en la Lista de árbitros (establecida en el artículo 17 del Mecanismo de Solución de Controversias), a una persona para que pueda fungir como mediador o conciliador.

La Lista de árbitros se conforma a través de la designación de cada Estado parte de cinco árbitros que reúnan las cualidades y disposición para actuar como tales, de conformidad con el artículo 18.1 del Mecanismo de Solución de Controversias, a saber:

" a) Tendrán conocimientos especializados o experiencia en Derecho, Comercio Internacional, y otros asuntos relacionados con los instrumentos de la integración económica o en la solución de controversias internacionales;

---

[165] SIECA, *El Arbitraje en el Mecanismo de la Solución de Controversias Comerciales entre Centroamérica. Tomo IV.* Secretaría de Integración Económica Centroamericana (SIECA)-USAID, Ediciones Superiores S.A., Guatemala, 2004, pp. 13-16.

b) serán electos estrictamente en función de su objetividad, probidad, fiabilidad y buen juicio;
c) serán independientes, no estarán vinculados con los Estados Parte y no recibirán instrucciones de los mismos;
d) cumplirán con el Código de Conducta que establezca el Consejo.
e) La SIECA: Que es el ente administrador de los procedimientos de solución de controversias comerciales".

11.3. Desarrollo del proceso de solución de controversias

El Mecanismo de Solución de Controversias Comerciales entre Centroamérica está compuesto de las siguientes etapas:
a. Consultas: Es la primera fase del proceso, en la cual los Estados que poseen el diferendo comercial tratan de llegar a un acuerdo mediante la negociación, sin que exista la intervención de un tercero.

b. Intervención del Consejo: Si no se llega a un acuerdo en la fase de consultas, la siguiente instancia es el Consejo de Ministros (COMIECO) ya sea que la parte consultada no responde en los primeros diez días después de ser formalmente solicitada o bien que en caso de responder, no se obtuviere un acuerdo en el plazo de treinta días después de iniciadas las consultas. El Consejo carece de poder de decisión, para dirimir el fondo del conflicto, y es un tercero imparcial que cuenta con las siguientes alternativas para lograr que las partes puedan solventar sus diferencias:

Nombrar asesores técnicos o grupos de trabajo; recurrir a los buenos oficios, la conciliación, la mediación u otros procedimientos de solución (Aunque los instrumentos no definen claramente cada uno de estos métodos); formular sus propias recomendaciones (las cuales no son vinculantes).

c. Proceso arbitral: En el cual los árbitros son designados por los Estados contendientes. La integración del tribunal se realizará de conformidad con el artículo 19 del Mecanismo de Solución de Controversias. Éste en general dispone que el tribunal arbitral se conformará por tres miembros, seleccionando cada Estado parte contendiente un árbitro de la lista correspondiente (de preferencia, de conformidad con el inciso tercero de la disposición citada), no pudiendo tener el árbitro designado la nacionalidad del Estado parte que le propone. Si el Estado parte no designare el árbitro que le corresponde, el

nombramiento se realizará por sorteo de entre los miembros de la lista de árbitros.

El nombramiento del presidente del tribunal arbitral se realiza por acuerdo de los Estados parte, en caso de que no se llegue a un acuerdo al respecto, la designación se hará por sorteo. Las reuniones del tribunal arbitral serán presididas por su presidente, quien tendrá facultad de tomar decisiones administrativas y procesales, por delegación de los miembros del tribunal arbitral.

El procedimiento arbitral se rige por las Reglas Modelo de Procedimiento del Mecanismo.

El acta de misión que contiene la misión del tribunal arbitral se encuentra regulada en el artículo 20.3, 4 y 5 del Mecanismo de Solución de Controversias, y en las reglas Modelo de Procedimiento (4,5).

A más tardar dentro del plazo de los diez días siguientes a la fecha en que el tribunal arbitral se haya establecido, la Parte reclamante deberá entregar a la Secretaría su escrito inicial; la Parte demandada deberá presentar su escrito de contestación a la Secretaría dentro de los veinte días siguientes a la fecha de entrega del escrito inicial.

En consulta a las partes contendientes, a los demás miembros del tribunal arbitral y a la Secretaría, el presidente fijará la fecha, lugar y hora de la audiencia respectiva. En dicha audiencia además de los árbitros podrán estar presentes de conformidad a las Reglas Modelo (27), las siguientes personas:

Los representantes de las partes involucradas;
Los asesores de las partes involucradas con la condición de que no se dirijan al tribunal arbitral " y que ni ellos ni sus patrones, socios, asociados o miembros de su familia tengan interés financiero o personal en le procedimiento";
Los funcionarios de la Secretaría, traductores o intérpretes y estenógrafos:
Los asistentes de los árbitros.

En lo que respecta a la dirección de la audiencia, la Regla Modelo número 29, establece que el tribunal arbitral deberá conceder igual tiempo a las partes contendientes y se desarrollará de la siguiente manera:

"Alegatos orales:
Alegato de la Parte reclamante;
Alegato de la Parte demandada;
Presentación de la tercera parte (en su caso).
Réplicas y contrarréplicas;
Réplica de la Parte reclamante;
Contrarréplica de la Parte demandada"

El tribunal arbitral debe dictar su resolución final dentro del plazo de noventa días, siguientes a la reunión para su integración, con fundamento en los argumentos y comunicaciones brindados por los Estados Parte contendientes y en cualquier información o asesoría técnica obtenida al respecto.

La resolución final del tribunal arbitral, en general deberá contener:
Las conclusiones de hecho respectivas y la determinación de si la medida objeto de la controversia es o puede ser incompatible con las obligaciones derivadas de los respectivos instrumentos de integración económica, o es causa de anulación o menoscabo (en el marco establecido por el artículo 3 literal "b" del Mecanismo de Solución de Controversias) o en el cualquier otra determinación requerida en el acta de misión.

La resolución final (al igual que en el mecanismo del CAFTA) no revelará la identidad de los árbitros que hayan votado con la mayoría o la minoría. Además, no admite recurso alguno y debe ser publicada sin demora por los Estados contendientes. Dicha resolución es de carácter obligatoria en los términos y plazos contenidos en ella, dicho período no podrá exceder de seis meses contados a partir de la notificación respectiva (salvo acuerdo en contrario). Si ésta declara que la medida es incompatible con los instrumentos de la integración económica o con los Acuerdos de la OMC, según sea el caso, la parte demandada deberá abstenerse de ejecutar la medida o derogarla.

Si el tribunal arbitral en su resolución final declara que la medida es causa de anulación o menoscabo en el sentido del literal "b", deberá determinar el nivel de anulación o menoscabo, y si los Estados parte contendientes así lo solicitan, podrá sugerir los ajustes que de acuerdo a su consideración estime mutuamente satisfactorios para las partes. Si el Estado obligado a cumplir con la resolución no lo hiciere, su contraparte puede recurrir a la suspensión

de beneficios equivalentes al daño sufrido como medida de retorsión de conformidad con el artículo 24 del Mecanismo de Solución de Controversias.

12. Los medios de solución de controversias en los tratados de libre comercio con Panamá, República Dominicana, Chile y México

La solución de controversias en los tratados de libre comercio con México, Chile, República Dominicana y Panamá, responden al mismo esquema de procedimiento. Es pertinente recordar que estos mecanismos sólo pueden ser activados por los Estados no por las empresas afectadas.

Cabe destacar el rol de la Dirección de Administración de Tratados Comerciales (DATCO), en la operatividad del sistema de solución de controversias de los diversos Tratados. Esta entidad en todos ellos desempeña la función de ser la sección nacional del secretariado en los procesos de solución de diferencias. Además tiene la responsabilidad de impulsar los procesos de solución de diferencias. Si una empresa o sector productivo en particular presenta su denuncia a la DATCO, ésta sirve de enlace con la respectiva contraparte y realiza los primeros contactos con ésta con el objeto de tratar de resolver la controversia sin que sea necesario activar el mecanismo de solución de diferencias del tratado respectivo. Caso contrario, propulsa dicho sistema, haciendo una petición de estado a Estado para proceder a realizar las consultas.

La primera fase de este procedimiento consiste en recurrir obligatoriamente a las consultas. Son los Estados mismos los que negocian y tratan de lograr un acuerdo para poder solventar sus diferencias. Si en esta etapa, no se logra llegar a un acuerdo se pasa a la siguiente que consiste en la intervención del Consejo de Ministros, que juegan el rol de un tercero imparcial que carece de poder de decisión, (que tiene facultades semejantes a las señaladas en el mecanismo de solución de controversias comerciales entre Centroamérica, entre ellos recurrir a los buenos oficios, la conciliación, la mediación u otros procedimientos de solución) a efecto de contribuya a la solución de la diferencia comercial.

Si no se logra una solución con la intervención del Consejo, se pasa a la conformación del panel arbitral, debiendo los árbitros ser nombrados de las listas previamente aprobadas por los Estados. La DATCO incluso en esta fase desempeña el rol de una oficina que da apoyo administrativo, ejemplo: examina los costos del proceso.

Los árbitros nombrados, rinden un informe, en el cual resuelven la diferencia sometida a su conocimiento, dicho informe debe ser acatado por los Estados.

Actualmente existe una disputa comercial entre México y El Salvador, en virtud de la cual ya se activó el mecanismo de solución de diferencias del Tratado respectivo. La controversia se ha suscitado a raíz de que México no permite el libre acceso de los medicamentos producidos por los países que conforman el Triángulo Norte- Guatemala, Honduras y El Salvador- ya que exige para el registro sanitario de dichos medicamentos que los países tengan un laboratorio en el territorio mexicano. El Salvador alega que existe en realidad una barrera comercial encubierta encaminada a proteger a la industria farmacéutica mexicana en detrimento de su similar salvadoreña que no puede exportar sus productos a México a raíz de la exigencia establecida.

13. La solución de controversias en el CAFTA

13.1. Introducción y generalidades

Los países del área centroamericana han suscrito con los Estados Unidos de América un tratado de libre comercio, al cual se anexo últimamente Republica Dominicana.

La Asamblea Legislativa de El Salvador, ratifico el tratado mencionado que fue publicado como ley de la Republica en el Diario Oficial de El Salvador, de fecha 25 de enero de 2005, tratado cuya aprobación se espera por parte de la Cámara de Representantes y del Senado de los Estados Unidos de América antes de que finalice el presente año. El Capítulo XX de dicho instrumento regula lo referente a la solución de controversias. Es pertinente resaltar que dicho tratado tiene ciertas peculiaridades en relación con los demás tratados de libre comercio que ha ratificado el país.

Dentro de estas particularidades se encuentra que el mecanismo de solución de diferencias puede ser activado por los países, no sólo para solventar diferencias comerciales que puedan surgir entre los Estados, sino también es aplicable a la solución de diferencias de carácter laboral y medioambiental. El incumplimiento del país en el campo laboral y de medioambiente de conformidad al CAFTA, puede tener repercusiones de carácter comercial incluso o bien una sanción económica (que en todo caso es de monto

considerable para un país en vías de desarrollo), en caso de que un panel arbitral conformado para solventar ese tipo de diferencias así lo determine.

En cuanto al sistema de Solución de Controversias contenido en el CAFTA, sigue los mismos lineamientos generales del TLCAN(NAFTA) y del TLC celebrado ente Estados Unidos y Chile y sus características generales como concluye Gabriel Ibarra Pardo son las siguientes:

Se excluyen algunos temas: en el caso de los derechos y obligaciones en materia de *antidumping* y derechos compensatorios se dispone que deben regir las normas de la Organización Mundial de Comercio (OMC).[166]

Se establece una etapa previa de consultas, en caso de que no se llegue a un acuerdo que solvente las diferencias, se procede a la constitución de un panel arbitral de tres miembros, el cual deberá resolver si existe incumplimiento de las obligaciones establecidas en el tratado por parte de alguno de los miembros y dictará las recomendaciones pertinentes, en su caso.

Si un país se aparta de la recomendación, éste puede ofrecer una compensación comercial o monetaria anual. Esta última deberá ser equivalente a los beneficios que podría suspender la parte que ha sufrido el agravio.

Se permite la participación pública de entidades no gubernamentales de los Estados que son parte del proceso. De manera alternativa (no conjunta) puede activarse el sistema de solución de controversias de la OMC.[167]

---

[166] IBARRA PARDO, G., *op. cit.*, pp. 52 y 53: " Los negociadores estadounidenses no están autorizados, en ninguna circunstancia, para celebrar un acuerdo que demerite la eficacia de las medidas de política comercial vigentes en Estados Unidos, tales como los mecanismos *antidumping* y las leyes de competencia desleal.

Este asunto se ha vuelto especialmente sensible, debido a la controversia suscitada en el marco de la OMC, a raíz de la expedición, por parte del Congreso de Estados Unidos, de la *Ley de Compensación por Continuación del Dumping o Mantenimiento de las Subvenciones de 2000*, conocida como *Enmienda Byrd*..El 27 de enero de 2003, la Comunidad Europea, Japón, Corea, India, México, Canadá y Brasil demandaron ante la OMC a Estados Unidos por la expedición de esta ley.

...se consideró en el laudo arbitral que la Enmienda *Byrd*, al destinar el arancel pagado en virtud de las medidas *antiudmping* a los empresarios y agricultores norteamericanos constituía un subsidio indirecto, no permitido en el marco de los acuerdos de la OMC"

[167] IBARRA PARDO, G., op. cit, pp. 91,92

13.2. Del procedimiento

En cuanto al estudio detallado del Capitulo XX del CAFTA, éste hace hincapié en la intención de los Estados de solventar las eventuales diferencias que pudieran surgir con respecto a la interpretación y aplicación del instrumento de conformidad a lo señalado en el artículo 20.2 de éste, mediante la cooperación y la consulta. Es decir mediante la negociación que es un método autocompositivo, en el cual las partes tienen el control del resultado, por ello es que el tratado hace hincapié en que harán todo lo posible por alcanzar una solución mutuamente satisfactoria (artículos 20.1 y 20.4.5.).[168]

Al igual que los demás tratados de libre comercio anteriormente estudiados el CAFTA permite a los Estados que puedan escoger entre el mecanismo señalado en el Tratado para solventar sus controversias o bien recurrir a la Organización Mundial de Comercio (OMC), pero como se ha explicado previamente no se pueden activar los dos mecanismos a la vez para solventar una misma disputa. Es decir que ambas instancias son competentes para conocer de un reclamo comercial, pero la elección de uno de los foros por la parte reclamante hace excluyente al otro.

Previamente al inicio de la fase de consulta (regulada específicamente en el articulo 20. 4) para dirimir la controversia es necesario recordar algunos principios previamente enunciados en esta investigación, ya que si bien es cierto que los mecanismos de solución de controversias en los tratados de libre comercio solo pueden ser activados, por medio de los Estados parte y no de las empresas aunque estas sean las directamente afectadas, son los sectores productivos

---

[168] MINISTERIO DE ECONOMÍA DE EL SALVADOR, *Tratado de Libre Comercio Centroamérica- Estados Unidos. Documento Explicativo*, MINEC, San Salvador, 2004, p. 28: "En este capítulo se determinan las reglas que regirán el proceso de solución de controversias que surjan entre las Partes (Estado- Estado), generándose la certeza jurídica necesaria. Sin embargo el Mecanismo de Solución de Controversias del TLC salvaguarda la posibilidad de recurrir al Entendimiento de solución de Diferencias de la OMC.

Para una economía como la salvadoreña, sensible a los efectos del Tratado, es importante con herramientas que den certeza jurídica a los usuarios. Mediante el mecanismo de solución de controversias se asegura diversas instancias útiles que fomenten acuerdos amigables entre los Estados.

Dentro del TLC se cuentan con varias etapas para lograr el fin antes indicado una etapa de consultas técnicas, consultas a nivel de la comisión administradora del tratado..., y como último recurso, se puede solicitar el establecimiento de un panel arbitral, que examina la controversia y emite un informe, que las Partes deben cumplir para evitar ser sujetos a medidas de retaliación"

afectados, los que en la practica deben avocarse a la respectiva Sección Nacional del Tratado y que en el caso especifico de El Salvador es la Dirección de Administración de Tratados Comerciales (DATCO) del Ministerio de Economía, a exponer el caso que genera el conflicto en relación al tratado comercial y previo estudio en conjunto de la problemática planteada.

Por ejemplo si se alega la práctica del *dumping* por parte de una empresa norteamericana, como se explicó anteriormente, no bastaría alegarlo, sino comprobarlo. Además de establecer que esta practica produce perjuicio a la industria nacional. Sin embargo la empresa o grupo de empresas que se consideren afectadas por alguna situación no pueden activar por sí el mecanismo de solución de controversias del tratado, ésta es exclusiva competencia de los Estados. Por lo anterior, se debe recurrir a la respectiva Sección Nacional del tratado para que sirva de enlace con la contraparte y en caso de ser necesario se active el mecanismo. La institución que funge como Sección Nacional en el CAFTA, es la Dirección de Administración de Tratados del Ministerio de Economía y es la entidad competente por El Salvador, para gestionar la utilización del sistema de solución de controversias del Tratado.[169]

En la práctica, el Estado de El Salvador por medio de la referida Dirección tendría que solicitar a su contraparte por escrito la realización de fase de consultas respecto de la medida vigente o en proyecto o de cualquier otro asunto que pudiera generar el conflicto. Debiendo expresar en todo caso las razones de su solicitud, incluyendo la identificación de la medida o asunto que se considera está generando el conflicto e indicar los fundamentos jurídicos del reclamo en cuestión. Debiendo iniciar esta fase, cuando involucre bienes perecederos en el término de quince días contados a partir de la fecha de entrega de la solicitud respectiva.

---

[169] IBARRA PARDO, G., op. cít, pp. 92, 93: "En el caso de los tratados comerciales, es preciso que el sector privado realmente padece los resultados de las negociaciones y resulta perjudicado por los incumplimientos de los Estados a sus obligaciones.
A pesar de ello, en la mayoría de las ocasiones debe contar indefectiblemente con el beneplácito del Estado, para activar el sistema de solución de disputas, pues usualmente éste es sujeto de derechos y obligaciones en los tratados internacionales.

Ello apareja el inconveniente de que los Estados, en algunas ocasiones, se ven obligados a abstenerse de promover acciones judiciales, debido a razones de tipo político.

En estos eventos, el particular se queda sin ningún sistema alternativo para exigirle al país infractor, el cumplimiento de unas obligaciones cuya inobservancia puede producir unas implicaciones en ocasiones letales".

En todo caso, si un Estado miembro considera tener un interés comercial sustancial en el problema, puede participar en las consultas, debiendo para ello notificar por escrito a las otras partes dentro de los siete días siguientes a la fecha en que se entrego la solicitud de consultas respectiva de conformidad al articulo 20.4.3

De conformidad con el artículo 20.4.5. letras "a" y "b" del capítulo XX del tratado, en la fase de consultas las partes deben aportar al información suficiente que permita un examen completo de la manera en que la medida vigente o bien en proyecto, o cualquier otro asunto, pueda afectar el funcionamiento y la aplicación del CAFTA y deben dar a la información confidencial que se intercambie en esta fase, el mismo trato que el otorgado por la parte que la haya proporcionado.

Es apropiado recordar que las consultas son negociaciones entre las partes en conflicto y en el presente caso quienes estarían a cargo de ellas serían las secciones nacionales de cada país. Es decir que en el caso de El Salvador esta fase estaría a cargo de la Dirección de Administración de Tratados del Ministerio de Economía (DATCO). Al ser una negociación es procedente también recordar la importancia de la recolección de información en la negociación.

Luego de la etapa de consultas establecida como la primera fase del mecanismo de solución de controversias del tratado, cualquiera de los Estados parte del conflicto sino se logra resolver la controversia, puede solicitar por escrito que se reúna la Comisión, que es la entidad que se conforma con los representantes de las partes consultantes a nivel Ministerial de conformidad con el anexo 19.1 del tratado referente a la Comisión de Libre Comercio dentro de los siguientes plazos:

a. Sesenta días después de la entrega de la solicitud para las consultas.
b. Quince días después de la entrega de una solicitud de consultas cuando se trate de mercancías perecederas. Entendiendo por tales, aquellas mercancías perecederas agropecuarias y pescado clasificados en los capítulo 1 al 24 del sistema armonizado.
c. Cualquier otro plazo que las partes acuerden.

La segunda etapa del mecanismo de solución de controversias del CAFTA, es la intervención de la Comisión, que puede actuar previo cumplimiento de la

fase de consultas en los términos citados anteriormente. El artículo 20.5.2 del Tratado merece un comentario aparte ya que reza:

Una Parte consultante también podrá solicitar por escrito que se reúna la Comisión cuando se hayan realizado consultas conforme al Artículo 16.6 Consultas Laborales Cooperativas), o el Artículo 7.8 (Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio)." Este artículo sólo puede comprenderse recordando la particularidad de este tratado que permite que se pueda recurrir a los Medios de Solución de Controversias por los Estados partes, no sólo por disputas de carácter comercial, sino también por diferencias de carácter laboral y medioambiental, por lo que una vez agotadas las fase de consultas en cuanto a conflictos de este tipo de materias, se podrá proseguir con la etapa de la intervención de la Comisión.

La Comisión se reunirá en le término de los diez días contados a partir del de la entrega de la solicitud, pudiendo recurrir a los siguientes mecanismos para solucionar la controversia:

a. Convocar asesores técnicos o crear los grupos de trabajo o de expertos que considere necesarios.

b. Recurrir a los buenos oficios, la conciliación o la mediación, o a otros procedimientos de solución de controversias; previamente en este capítulo hemos definido a cada una de estas técnicas y establecido sus diferencias (en el caso de la mediación y conciliación, muy sutiles) en el ámbito de la solución de controversias y el comercio internacional. Llama la atención que el Tratado en esta parte no se limitó a la aplicación de los medios alternos de solución de controversias, sino que dejó las ¨ puertas abiertas ¨ para la utilización de otras vías de solución. Esa es la razón de ser de la frase ¨ otros procedimientos de solución de controversias ¨

Visto desde esta óptica es pertinente preguntarse: Si se podría recurrir a una especie de mini juicio en el cual los representantes de los Estados partes expongan la síntesis de su caso ante un grupo de expertos neutrales, a efecto de que éstos brinden una opinión no vinculante sobre la disputa y este informe sirva de base para un arreglo posterior entre ambas, conociendo las fortalezas y debilidades de cada uno. En nuestra opinión esta posibilidad está permitida por el artículo 20.5.4. letra b parte final que no se limitó al reconocimiento de

los buenos oficios, la conciliación y la mediación para resolver las controversias en este ámbito sino que permite el uso de otros métodos para solventar las diferencias entre los Estados en conflicto o bien formular recomendaciones.

Si después de agotadas estas fases del mecanismo, cualquiera de las partes consultantes que haya solicitado la reunión de la Comisión con respecto a la medida o asunto de conformidad al artículo 20.5 podrá solicitar por escrito el establecimiento de un panel arbitral para que conozca de la controversia. Esta solicitud podrá presentarse si las partes consultantes no hubieren solventado la controversia dentro de los plazos siguientes:

a. Los 30 días siguientes de la reunión de la Comisión de conformidad al artículo 20.5 es decir la reunión de este ente cuando tiene por objeto avocarse a la solución de la controversia.

b. Los 30 días siguientes de la reunión de la Comisión para tratar el asunto más reciente que la haya sometido, en el caso que se hayan acumulado varios procedimientos de conformidad al artículo 20.5.5. El artículo aludido faculta a la Comisión para que pueda acumular dos o más procedimientos de los cuales conozca de conformidad a dicha norma relativos a una misma medida o asunto. De igual manera la Comisión puede acumular dos o más procedimientos referentes a otros asuntos de los que conozca de conformidad al artículo 20.5.5, cuando así lo considera conveniente. En estos casos el plazo de treinta días para poder recurrir a la conformación del panel arbitral, este lapso se contará a partir del día siguiente en el cual la Comisión se haya reunido para conocer del asunto más reciente.

c. Los 30 días siguientes a que una parte hay entregado una solicitud de consultas de conformidad al artículo 20.4 en un asunto relativo a mercancías perecederas, en el caso de que la Comisión no se hubiere reunido conforme con el artículo 20.5.4. Es decir, que si se tratase de mercancías perecederas y la Comisión no se hubiese reunido para conocer del asunto la parte interesada podrá solicitar la conformación del panel arbitral pasados 30 días contados desde la presentación de la solicitud de consultas.

d. Los 75 días siguientes a que una parte haya entregado una solicitud de consultas según el artículo 20.4, en caso de que la Comisión no se hubiere reunido de conformidad con el artículo 20.5.4; en este caso el plazo es mayor

que el de la hipótesis anterior (30 días) porque no se trata de mercancías perecederas, que con el paso del tiempo podrían deteriorarse más fácilmente. Dicho en otro sentido si se tratase de mercancías que no están clasificadas como perecederas, el plazo para poder solicitar la conformación del panel o grupo arbitral en caso de que la Comisión no se reúna para conocer del caso de conformidad al artículo 20.5.4 es de 75 días contados a partir del día siguiente en que la parte haya entregado la solicitud de consultas.

e. Cualquier otro período semejante que las partes convengan.

Al igual que en la etapa de consultas (artículo 20.5.3), la parte solicitante debe entregar la solicitud a la otra parte indicando las razones de ésta, identificando la medida u otro asunto de que se trate y una indicación de los fundamentos jurídicos del reclamo (artículo 20.6).

El tema de la causalidad de los conflictos comerciales tiene estrecha relación con estos puntos ya que es necesario identificar la medida vigente (no en proyecto) que ha suscitado la controversia estableciendo los fundamentos jurídicos en que el Estado parte basa su reclamación. En otras palabras es necesario indicar y razonar si esta medida concretiza un obstáculo técnico al comercio (barrera comercial encubierta), una subvención prohibida, etc. y establecer las bases jurídicas del requerimiento. Es oportuno aclarar que el establecimiento del panel arbitral sólo puede ser invocado a raíz de una medida vigente, no en proyecto que obstaculice el comercio de conformidad al artículo 20.6.6.

Si una parte está legitimada de conformidad al artículo 20.6.1 para recurrir al establecimiento de un panel arbitral y tiene interés sustancial en el asunto, puede intervenir en el procedimiento arbitral como parte reclamante manifestando ¨ tan pronto como sea posible ¨ dicha intención por escrito a las otras partes, sin embargo dicha notificación a las otras partes de la intención de recurrir al establecimiento de un grupo arbitral, no puede pasar de siete días contados a partir de la fecha en que la parte haya entregado la solicitud de establecimiento del panel. Es decir que este otro Estado que tiene el derecho de conformidad al Tratado de integrarse al procedimiento del establecimiento del grupo arbitral cuenta con término perentorio para poder hacerlo, ya que transcurrido dicho lapso no podrá realizarlo; lo cual tiene profundas repercusiones ya que al no intervenir como parte reclamante tendrá que

abstenerse de iniciar o continuar en relación al mismo asunto (en ausencia de un cambio significativo en las circunstancias económicas o comerciales) otro procedimiento de solución de controversias de conformidad al CAFTA; e incluso un procedimiento de solución de controversias de conformidad al acuerdo de la OMC .

En este Tratado se cumple expresamente el principio en virtud del cual por una diferencia comercial no se pueden accionar dos mecanismos distintos que podrían conocer del asunto, en este caso el sistema de solución de controversias del CAFTA y la OMC, esto es lo que en doctrina se denomina como la elección del foro.[170] Al respecto citamos lo expresado por el Doctor Rafael Bernal Gutiérrez:

"En este caso concreto, el choque significa en lo que al foro corresponde, determinar si, surgida una controversia y escogido un determinado escenario, resulta éste definitivo y fatalmente excluyente o si, por el contrario, la escogencia de un determinado foro no marca, en definitiva, la imposibilidad de acudir a otro.

Razones hay a favor de una u otra teoría y postura. De la primera, el hecho que parece claro, a primera vista de tener la certeza total de no verse sorprendido con una acción ante otro foro, una vez que se ha seleccionado uno en particular, lo que no sólo representa mayores costos sino también una incertidumbre y una eventual decisión contradictoria en cada uno de ellos. De la segunda el hecho de tener mayor flexibilidad, mayores oportunidades y por ende, no estar encadenado a una sola opción u oportunidad. El tema es compleja, sin duda y pareciera que contándose con diversos foros, la elección del reclamante debería determinar la exclusión de los otros, para lo cual, en un análisis de cierta complejidad, será el reclamante quien ha de verificar cual, conforme con los compromisos adquiridos, resulta ser el que le conviene o el que debe respetar y escoger".

En el caso del tratado de libre comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana va más allá y aclara que si un país que pudiera actuar como parte en un procedimiento arbitral y no lo hiciere de conformidad a los artículo 20.6.3 y 20.6.4, pierde su derecho a accionar no sólo el mecanismo

---

[170] BERNAL GUTIÉRREZ, R., "Solución de Controversias", en AAVV, *Aproximación Jurídica...*, *cit.*, P. 272.

de solución de controversias del CAFTA, sino también el de la Organización Mundial de Comercio o a otro tratado de libre comercio al que ésta y la parte demandada pertenezcan. En el caso de los países centroamericanos por citar un ejemplo apropiado, además de pertenecer al CAFTA también son miembros del Sistema de Integración Económica de los países centroamericanos que como se ha estudiado anteriormente también tiene un procedimiento de solución de controversias, bajo dichas circunstancias también perdería su derecho a accionar dicho mecanismo. La única excepción sería que aconteciera un cambio sustancial en las circunstancias económicas o comerciales respecto del asunto que ha generado la controversia, lo cual en todo caso deberá alegar y comprobar el país reclamante.

En cuanto a la lista de árbitros, los países que forman parte del tratado conformarán dentro de los seis meses siguientes a la entrada en vigencia del tratado una lista de hasta 70 personas con aptitudes y calificación necesarias para ser árbitros. El artículo 20.7 del CAFTA dispone que salvo que Estados parte acuerden algo distinto, la lista de árbitros se conformará de la siguiente manera: hasta ocho miembros podrán ser nacionales de cada parte, y hasta catorce miembros deberán ser seleccionados entre personas que no sean nacionales de ninguna de las partes. Los árbitros deberán ser designados por consenso y pueden ser reelectos.

Esta lista de árbitros tendrá una vigencia de tres años como mínimo. La conformación de dicha lista tiene semejanza con la establecida para el Sistema de Integración de los países centroamericanos, la cual se integró con cuatro árbitros nacionales de cada país miembro y un extranjero de nacionalidad distinta a la de los países centroamericanos, nominado por uno cada Estado parte, conformando un total de veinticinco árbitros.

En cuanto a los requerimientos exigidos en el CAFTA para los árbitros están: Poseer conocimientos especializados o experiencia en Derecho, comercio internacional, otros asuntos cubiertos por el CAFTA, o en la solución de controversias derivadas de acuerdos comerciales internacionales. Con respecto a este requerimiento debemos comentar que las áreas del comercio internacional y de la solución de controversias, han sido descuidadas en cuanto a su estudio por nuestras Facultades de Derecho, quizá porque aún hasta ahora no se visualizan como campos de desempeño profesional efectivo por lo que es difícil encontrar especialistas en estas materias a nivel nacional.

Ser electos en razón de su objetividad, confiabilidad y buen juicio. En esta exigencia el Tratado hace alusión a una característica estrictamente personal de los árbitros que no solamente es aplicable al campo de la solución de controversias derivadas de acuerdos comerciales internacionales, sino a toda clase de arbitrajes. Ser independientes, no tener vinculación con las partes, y no recibir instrucciones de las mismas; por ello es que uno de los factores que influyen en la selección de árbitros en este tipo de tratados es que el árbitro no sea un funcionario público o desempeñe un rol semejante que le vincule a las partes, por ejemplo un asesor de un Ministerio de Economía de alguno de los Estados parte no podría ser escogido como árbitro, aunque tenga un amplio conocimiento y experiencia en la materia.

Además los árbitros seleccionados deben de cumplir con el Código de Conducta que establezca la Comisión. La referida Comisión que se conformará por representantes de las Partes consultantes a nivel ministerial de conformidad con el Anexo 19.1 (La Comisión de Libre Comercio) o sus designados.

El grupo o panel arbitral que ha de conocer de jun caso específico, se conforma con tres miembros. Las partes deben procurar acordar el nombramiento del presidente del grupo arbitral dentro de los quince días siguientes a la entrega de la solicitud de la integración de éste regulada en el artículo 20.6 del Tratado y la cual ya se comentó previamente. Si los Estados parte que tienen la diferencia, no se ponen de acuerdo en el nombramiento del presidente del panel arbitral en el plazo referido, éste se seleccionará por medio de sorteo dentro de tres días, seleccionado de entre los miembros de la lista que no son nacionales de los Estados en conflicto. Dentro de los quince días posteriores a la selección del presidente del grupo arbitral, ya sea por mutuo acuerdo de los Estados parte o bien a través de sorteo, tanto la parte reclamante como la demandada deberán escoger un árbitro cada uno.

Si cualquiera de los Estados parte no seleccionare el árbitro que le correspondiere dentro del término indicado, éste se seleccionara por sorteo de entre los miembros de la lista de árbitros que sean de la nacionalidad del estado que no nombró el arbitro que le correspondía, en el término de los tres días siguientes a al expiración del plazo de quince días dados a los Estados contendientes para el nombramiento de árbitros.

Este nombramiento por sorteo ante la renuencia o desidia de uno de los Estados parte a nombrar su árbitro tiene por objeto que el procedimiento arbitral no se estanque por el desinterés de una de las partes, de no existir la disposición contenida en el artículo 20.9. letra "d", la conformación del grupo arbitral que conozca de la diferencia comercial suscitada se vería truncada, premiando la inacción de una de las partes.

Si bien es cierto que el artículo 20.7 del Tratado regula la conformación de la lista de árbitros que han de conocer de las diferencias que se susciten de éste; podemos deducir de la interpretación del artículo 20.9.2, que una parte puede proponer a una persona que no figure en la lista de árbitros previamente acordada, pero si la parte contendiente no le recusa en el término de quince días siguientes a la fecha en que se realizó la propuesta, dicha persona podrá fungir como árbitro en ese caso específico, esa es la interpretación personal de la norma referida que expresa: "Normalmente, los árbitros se escogerán de la lista de árbitros. Cualquier parte contendiente podrá presentar una recusación sin expresión de causa contra cualquier individuo que no figure en la lista y que sea propuesto como árbitro por una Parte contendiente, en los 15 días siguientes a aquel en que se haga la propuesta", de allí el término normalmente, que nos da la idea "*a contrario sensu*" que se pueden proponer profesionales como árbitros aunque en un principio no figuren en la lista original.

En cuanto a las reglas de procedimiento, el artículo 20.10 del tratado establece que éstas serán fijadas por la Comisión a la fecha de entrada en vigencia del instrumento (De igual manera la única entidad competente para modificar las Reglas Modelo de Procedimiento es la Comisión). Pero fija parámetros que éstas deberán respetar, entre ellos:

a. El derecho al menos una audiencia ante el grupo arbitral, la cual será pública. En este precepto encontramos recogido en este tipo de arbitraje, el principio del debido proceso, específicamente el principio de audiencia e inmediación procesal.

Además hay situación bastante innovadora a nuestro juicio, ya que se ha establecido que este tipo de audiencias serán públicas, salvo la excepción establecida en la letra e del artículo 20.10. que se refiere a la protección de información confidencial.

b. Una oportunidad para cada parte contendiente de presentar alegatos iniciales y de réplica por escrito. Surge la duda si podrían presentarse alegatos y réplicas en forma oral por las partes (además de los escritos). A nuestro juicio la redacción de la norma puede causar diferencias, ya que se podría alegar que no obstante la flexibilidad de un proceso arbitral, a menos que las Reglas Modelo de Procedimiento ampliaran expresamente la facultad del Tribunal arbitral de admitir alegatos y réplicas en forma oral, éstos tendrían que admitirse sólo de manera escrita. Lo anterior siempre y cuando los Estados en contienda no acuerden otra cosa, de conformidad al artículo 20.10.2. Dicha disposición da preeminencia a la voluntad conforme de las partes contendientes con respecto a las reglas modelos de Procedimiento.

A pesar del razonamiento anterior; el artículo 20.11 que regula participación de terceros, permite que éstos tengan entre otros derechos: el de presentar "alegatos escritos y orales al grupo arbitral". Por lo que si se faculta a un tercero para que presente sus alegatos de esa manera, con mucha más razón a las partes contendientes.

Para evitar este tipo de dudas, lo más recomendable es que las Reglas Modelo de Procedimiento regulen de manera más clara este punto.

c. Que los alegatos de cada parte participante, las versiones escritas de sus declaraciones orales, y las respuestas escritas a una solicitud o a las preguntas del grupo arbitral serán disponibles al público, salvo lo referente a la protección de la información confidencial. Con ello se reafirma un principio de publicidad, desde la óptica que está clase de información vertida en el proceso arbitral será de dominio público.

d. Que el grupo arbitral considere solicitudes de entidades no gubernamentales de los territorios de las partes contendientes para que entreguen opiniones de manera escrita en relación con la controversia que puedan auxiliar al grupo arbitral para evaluar los alegatos y argumentos de las partes. Es decir que las normas del procedimiento arbitral permitirán que el panel arbitral pueda auxiliarse de entidades no gubernamentales en los términos del artículo 20.10. 1. "d", a efecto de una mejor evaluación del caso sometido a su conocimiento. A manera de ejemplo, si existiera una disputa entre un Estados Unidos de América y El Salvador, sobre el

incumplimiento de este último de las normas referentes al trabajo infantil establecidas en sus leyes nacionales y en los tratados internacionales respectivos ratificados por El Salvador. El grupo arbitral que llegara a conocer de este caso podría de conformidad a la disposición en estudio considerar la solicitud de una fundación salvadoreña cuya labor está enfocada en velar por la protección de los derechos del niño, para presentar su opinión escrita sobre la controversia. Este es un principio que también impera en el mecanismo de solución de controversias de la OMC .[171]

De igual forma el grupo arbitral de oficio o a instancia de parte, puede auxiliarse de expertos que le brinden información y asesoría técnica; siempre que las partes lo hayan acordado y de conformidad a los términos y condiciones que éstas convengan.

El tratado también permite la participación de terceros (como se expresó anteriormente), en el sentido que un Estado parte que no sea contendiente tiene derecho de poder asistir a todas las audiencias, presentar alegatos escritos y orales al grupo arbitral, a recibir alegatos por escrito de las partes contendientes de conformidad con artículo 20.11

Si una parte reclamante ha identificado en su solicitud de establecimiento del grupo arbitral, que una medida ha sido causa de anulación o menoscabo de beneficios de conformidad al Anexo 20.2, deberá indicarlos en el mandato. De igual manera deberá señalarse en el mandato si una parte contendiente quiere que el panel arbitral realice conclusiones "sobre el grado de los efectos comerciales adversos que haya generado para alguna Parte el incumplimiento de una parte de las obligaciones de este Tratado o una medida de una Parte que se determine haya causado anulación o menoscabo de conformidad al Anexo 20.2..."; en el primer caso el mandato está verificando el objeto del proceso, puesto que la parte ha identificado

---

[171] HOEKMAN, Bernard y KOSTECKI, Michel, *The Political Economy of the World Trade System*, Oxford University Press, Gram Bretaña, 2001, p.p. 69,70: " La OMC es una organización intergubernamental . Sólo los representantes del gobierno pueden comparecer legalmente. El sector privado y las ONGs no tienen acceso directo a las reuniones de la OMC y a las negociaciones de foro. Si dichos grupos tienen preocupaciones o deseos que les gustaría dirigir deben convencer a sus gobiernos del asunto. ..Numerosas ONGs, especialmente aquéllas referidas al medioambiente y grupos laborales han llegado a ser muy activas en los debates nacionales e internacionales sobre la OMC"

una medida determinada es causa de anulación o menoscabo de beneficios y la señala al grupo arbitral.[172]

En el segundo caso, si se desea que el grupo arbitral formule conclusiones en los términos anteriormente expresados, es la parte interesada la que debe solicitarlo. Si estableciéramos un símil con el arbitraje común, es semejante al principio que un panel arbitral no puede tener más atribuciones que las señaladas por las partes y por lo tanto no puede fallar *ultra petita*" o "*extra petita*", en el presente caso sólo formulara conclusiones sobre el grado de los efectos adversos que se hayan generado, si la parte contendiente lo ha solicitado en su mandato.

De igual manera, las Partes en contienda pueden solicitar al grupo arbitral que haga recomendaciones para la solución de la controversia.

El artículo 20.10.4 dispone que dentro de los veinte días de la fecha de entrega de la solicitud de integración del grupo arbitral (salvo acuerdo diverso de las partes contendientes), el mandato del grupo arbitral será:

"Examinar, a la luz de las disposiciones aplicables a este Tratado, el asunto a que se hace referencia en la solicitud de establecimiento del grupo arbitral y emitir las conclusiones, determinaciones y recomendaciones según los dispuesto en los artículos 20.10.6 y 20.13.3 y presentar los informes escritos a que se hace referencia en los artículo 20.13 y 20.14."

La siguiente fase del procedimiento arbitral en suma es la presentación del llamado informe inicial por parte del grupo arbitral. Éste deberá ser presentado a las partes dentro de los ciento veinte días siguientes a la selección del último

---

[172] " Anexo 20.2 Anulación o Menoscabo.
Las Partes podrán recurrir al mecanismo de solución de controversias de este Capítulo, cuando en virtud de la ap;ilación de una medida que no contravenga al Tratado; cnsiderne que se anulan o menoscaban los beneficios que razonablemente pudieron haber esperado recibir de la aplicación de la siguientes disposciones:

Capítulo Tres al Cinco (Trato Nacional y Acceso de Mercancías al Mercado, Reglas de origen y Procedimientos de origen, y Administración Aduanera y Facilitación del comercio),

Capítulo Siete (Obstáculos Técnicos al Comercio),

Capítulo Once (Comercio Transfronterizo de Servicios),

Capítulo Quince (Derechos de propiedad Intelectual)"

árbitro (salvo acuerdo distinto adoptado por las partes), o cualquier otro plazo que establezcan las reglas Modelo de Procedimientos).

El informe inicial deberá contener de conformidad al artículo 20.13.3 lo siguiente:

Las conclusiones de hecho del grupo arbitral;

La determinación del incumplimiento o no de las obligaciones que se derivan del Tratado por una de las partes contendientes, o bien en su caso, que una medida aplicada por una de las partes causa anulación o menoscabo, o bien cualquier punto sometido a su conocimiento en los términos de referencia (resumen de los datos del caso). Las recomendaciones del grupo arbitral, si las partes así lo han solicitado.

El tratado contempla el caso en el cual el grupo arbitral considere que no es posible emitir su informe inicial en el plazo de ciento veinte días establecido en el artículo 20.13.3 (El mecanismo de solución de controversias de la OMC, posee una disposición semejante), en cuyo caso deberá informar a las partes contendientes de manera escrita, fundamentando las razones de su demora, estimando el plazo en que podría emitir su informe inicial, pero en ningún caso este término excederá de ciento ochenta días. El informe sobre la no emisión del informe inicial en el plazo de ciento veinte días debe ser realizado por el grupo arbitral a las partes dentro de los siete días siguientes de la entrega del alegato escrito inicial de la parte o partes reclamantes.

Luego de la presentación del informe inicial por el grupo arbitral a las partes contendientes; éstas podrán hacer sus observaciones de manera escrita en el término de los catorce días siguientes a dicha presentación (salvo que las partes hayan acordado un término distinto). El grupo arbitral puede después de estudiar las observaciones que se le han presentado reconsiderar su informe inicial y efectuar cualquier examen adicional que estime pertinente.

Posteriormente, dentro de los treinta días siguientes a la presentación del informe inicial a las partes (salvo acuerdo contrario en cuanto a dicho plazo por las partes contendientes), el grupo arbitral deberá emitir su informe final, el cual debe incluir los votos particulares sobre los puntos en los que no hay habido decisión unánime. Dicho informe final será de conocimiento público,

salvo la excepción explicada anteriormente en este trabajo referente a la información confidencial.

A nuestro juicio, el artículo 20.14.2 del tratado establece una disposición justificada, en el sentido que el grupo arbitral no puede revelar en su informe inicial o en su informe final, la identidad de los árbitros que hayan votado con la mayoría o con la minoría. En nuestro medio, en los arbitrajes nacionales, algunas veces las partes en un conflicto sometido a arbitraje han tomado represalias de una u otra manera en contra de árbitros que no le han favorecido en el laudo, por eso particularmente se encuentra un motivo justificado para la norma en estudio; sobretodo en casos que por su envergadura y cuantía sometidos a conocimiento de árbitros, es preciso proveer cierto tipo de protección a los profesionales que desempeñen dicha función.

Es preciso aclarar que en este tipo de arbitrajes no existe el término laudo (como se ha estudiado para el arbitraje nacional e internacional entre particulares) para referirse a la resolución de los árbitros del caso que se ha sometido a su conocimiento, sino que el vocablo utilizado es informe. Precisamente al recibir las partes contendientes el informe final del grupo arbitral que contiene las determinaciones y recomendaciones (en su caso) realizadas por éste; las partes acordarán la solución de la controversia de conformidad (normalmente) a estas determinaciones y recomendaciones.

Si el grupo arbitral ha determinado declarar ha lugar al incumplimiento de una de las partes de las obligaciones establecidas en el tratado, o bien que la parte ha adoptado una medida que efectivamente causa anulación o menoscabo de conformidad con el anexo 20.2 del tratado, la solución debe encaminarse si es posible a la eliminación de dicho incumplimiento o a la supresión de la medida que causa anulación o menoscabo. Si es pertinente las partes contendientes deben adoptar un plan de acción de mutuo acuerdo para la solución de la controversia. En caso de incumplimiento de éste, la parte reclamante podrá recurrir de conformidad al artículo 20.16.2 o al 20. 17.1 del tratado, según sea pertinente.

La actuación del grupo arbitral podría no terminar con la presentación de su informe final, ya que éste podría volver a reunirse para examinar los casos de suspensión de beneficios en los términos del artículo 20.16.3 del tratado.

Luego de emitirse el informe final pueden surgir diversas situaciones:

a. Que las partes logren solucionar su diferencia y en caso de acordar un plan de acción para su cumplimiento; éste se cumpla; lo cual conllevaría normalmente a al eliminación de del incumplimiento o de la mediada que causa menoscabo o anulación, según sea el caso.

b. Que las partes no lleguen a un acuerdo sobre la solución de la controversia en el término de los cuarenta y cinco días siguientes a la recepción del informe final (salvo plazo distinto acordado por las partes), existiendo determinación por parte del grupo arbitral de que ha existido incumplimiento de una las partes contendientes de las obligaciones establecidas en el Tratado, o bien de que una medida adoptada por una parte ha causado anulación o menoscabo; en este caso la parte demandada debe iniciar negociaciones con la parte contendiente con el objeto de establecer una compensación aceptable de mutuo acuerdo. La compensación, al igual que el pago de contribuciones monetarias y la suspensión de beneficios (la cual se comentará en las siguientes hipótesis) como el mismo Tratado lo comenta son medidas de carácter transitorio que se aplican mientras se elimina el incumplimiento o la anulación o menoscabo determinados por el grupo arbitral.

c. Que las partes no acuerden una compensación en el plazo de los treinta días siguientes al inicio del plazo fijado para establecerla.

d. Que habiendo las partes acordado una compensación o una solución, la parte reclamante considera que la parte demandada ha incumplido con dicho acuerdo.[173]

En estos dos últimos casos, la parte reclamante podrá aplicar lo que en materia de comercio internacional se denomina medidas de retorsión, concretizado

---

[173] MINISTERIO DE ECONOMÍA DE EL SALVADOR, *op. cit.*, p. 29: " En caso que las Partes no cumplan con las recomendaciones del Panel Arbitral, se podrá proceder por una de las dos vías, para presionar al cumplimiento del mismo:

a) Solicitar autorización de suspender beneficios comerciales, de nivel equivalente con el daño, de conformidad con una serie de principios, que buscan que las Partes al momento de suspender beneficios, lo hagan en los sectores que se ven afectados por la medida disconforme.

b) Pagar una compensación monetaria, equivalente a un 50% del derecho que se tiene de suspender beneficios a la Parte demandada"

en la suspensión de beneficios de efecto equivalente a la parte demandada notificándole por escrito su intención a la parte demandada, indicando en dicho escrito el nivel de beneficios que se pretende suspender.

Como se expresó anteriormente la labor del grupo arbitral no necesariamente termina con la emisión del informe final, ya que si la parte demandada considera que la suspensión de beneficios aplicada por la parte reclamante a la parte demandada no es proporcional por su ser de un nivel excesivo, o bien que se ha eliminado disconformidad, la anulación o menoscabo determinada por el grupo arbitral en su informe final, y por lo tanto no es procedente la aplicación de la suspensión de beneficios; podrá solicitar que el grupo arbitral se vuelva a constituir dentro de los treinta días siguientes a la notificación por escrito de la parte reclamante de su intención de recurrir a dicha medida de retorsión, notificando dicha solicitud por escrito a la parte reclamante. En el primero de los casos planteados el grupo arbitral al reunirse nuevamente deberá resolver si el nivel de suspensión de beneficios es manifiestamente excesivo o no, y fijará en caso de ser procedente el nivel de beneficios que considere equivalente. En el segundo, el grupo arbitral deberá determinar si se ha eliminado la disconformidad, o anulación o menoscabo. En caso de determinar que efectivamente se ha eliminado como alega la parte demandada, no procederá la suspensión de beneficios.

De conformidad a los artículos 20.16.2. y 20.16.5 al examinar los beneficios que habrán de suspenderse, la parte reclamante procurará en primer lugar suspender los beneficios dentro del mismo sector o sectores que se vean afectados por la medida de la parte demandada, o por otro asunto que el grupo arbitral haya considerado incompatible con las obligaciones que se despenden del tratado, o que hay sido causa de anulación o menoscabo de conformidad con el anexo 20.2 del tratado. Pero si la parte reclamante a su juicio considera que no es factible ni eficaz la suspensión de beneficios en el mismo sector, podrá aplicarla a otros sectores. Este es un principio que también encontramos presente en el mecanismo de solución de controversias del Sistema de Integración Centroamericano.

El Tratado también regula los casos en los cuales la parte reclamante no puede suspender beneficios, estos son:

a. Si dentro de los treinta días siguientes a la notificación realizada por escrito

de suspender los beneficios a la parte demandada, ésta notifica por escrito a la parte reclamante la decisión de pagar una contribución monetaria anual.

b. Si el grupo arbitral vuelve a constituirse de conformidad a lo establecido en el artículo 20.16.3 dentro de los veinte días siguientes a la fecha en que éste entregue su resolución, la parte demandada notifica por escrito a la reclamante su decisión de pagar una contribución monetaria.

Ante dicho ofrecimiento, las partes deben realizar consultas, es decir negociaciones con el objeto de acordar el monto de la referida contribución monetaria. Dichas negociaciones deberán tramitarse dentro del término de los diez días siguientes al de la notificación hecha por la parte demandada a la parte reclamante de la decisión de pagar la contribución monetaria.

Si las partes en la realización de dichas consultas en el término de treinta días, no logran ponerse de acuerdo en el monto de la contribución monetaria, se fijará el monto de ésta en dólares de los Estados Unidos de América, pudiendo tomar como referente dos situaciones según el caso:

En un nivel equivalente a un cincuenta por ciento del nivel de los beneficios que el grupo arbitral haya determinado de conformidad al artículo 20.16.3 ser de efecto equivalente.

En caso que el grupo arbitral no haya determinado en su informe el efecto de la suspensión de beneficios; la contribución monetaria de fijará en relación a un cincuenta por ciento del nivel que la parte reclamante pretenda suspender en relación al artículo 20.16.2 del tratado.

La contribución monetaria deberá pagarse a partir de los sesenta días posteriores en que la parte demanda notifique a la reclamante por escrito su decisión de pagarla. La comisión conformada por representantes de las partes contendientes a escala ministerial, conforme al anexo 19.1 del tratado, o sus designados, de acuerdo a las circunstancias del caso, podrá tomar la decisión de que la contribución monetaria se pague a un fondo por ella establecido y que con su dirección se utilizará en iniciativas apropiadas para facilitar el comercio entre las partes en contienda, entre ellas aquéllas encaminadas a una mayor reducción de obstáculos sin fundamento al comercio, y aquéllas orientadas a ayudar a una de las partes en contienda a que cumpla con sus obligaciones establecidas en el tratado. En caso que la parte

demandada, no pague la contribución monetaria establecida, la parte reclamante podrá imponerle la suspensión de beneficios de conformidad con el artículo 20.16.4 del Tratado.

Al comentar en un inicio el CAFTA o DR- CAFTA, se expresó que éste es un tratado de características muy peculiares por el hecho de que se puede activar el mecanismo de solución de controversias no sólo por disputas comerciales, sino también por diferencias en materia laboral y medioambiental entre los Estados partes. Lo anterior es el fundamento del artículo 20.17 del referido instrumento que se denomina "Incumplimiento en Ciertas Controversias", y precisamente debe su nombre porque se refiere a los casos en los cuales el grupo arbitral determina que una parte no ha cumplido con las obligaciones asumidas en el artículo 16.2.1 (a) referente al cumplimiento de la legislación laboral o del artículo 17.2.1 (a) que se refiere al cumplimiento de la legislación ambiental por parte de los Estados. Vale la pena establecer que el CAFTA, en esencia no agrega nuevas obligaciones en dichas materias para los Estados partes, sino sobretodo establece que éstos cumplan con las establecidas en su legislación y es allí donde se advierte que en el caso específico de El Salvador, se deben tomar las medidas necesarias por las autoridades pertinentes para prevenir un conflicto motivado por dichas razones; ya que muchas disposiciones en materia ambiental y laboral son leyes vigentes de la República, pero no se cumplen.

Para citar ejemplo, un caso que podría suscitar el activar el mecanismo de solución de controversias del tratado en materia laboral, es el incumplimiento de las normas referentes a la prohibición del trabajo infantil por parte de El Salvador, en caso de que éstas no se hagan cumplir por las autoridades correspondientes de nuestro país. [174]

---

[174] HERRERA VERGARA, José Roberto, "Aspectos Laborales en el TLC Andino", en AAVV, *Aproximación Jurídica...,cit.*, p. 579: "En materia de solución de controversias, el TPA (equivalente al CAFTA) dispone que deben buscarse mecanismos que ayuden a identificar y resolver esas controversias a través de procesos de consulta. En esta línea de negociación se definen como objetivos:

-Establecer mecanismos de compensación si una de las partes objeto de la disputa no cumple sus obligaciones en el Acuerdo.

-Fijar mecanismos para imponer sanciones que:- Promuevan el cumplimiento de las obligaciones del Acuerdo.

-Sean apropiadas de acuerdo con la naturaleza de las partes, la materia y el ámbito de la violación. Igualmente, se dispone que ese mecanismo de solución de controversias debe contener etapas previas de consulta'

En el caso que una disputa de carácter laboral o medioambiental bajo el mecanismo del tratado, se someta al conocimiento de un grupo arbitral pueden darse dos situaciones:

a. Que el panel al rendir su informe final determine que ha existido incumplimiento por parte del Estado demandado y las partes en contienda no lleguen a un acuerdo sobre una solución de conformidad con el artículo 20.15 del tratado dentro de los cuarenta y cinco días siguientes a la recepción del informe final.

b. Que las partes en contienda lleguen a un acuerdo de solución de conformidad al artículo 20.15 del tratado pero la parte reclamante considera que la parte demandada no ha cumplido con lo preceptuado en el acuerdo referido.

En ambos casos la parte reclamante podrá solicitar en cualquier momento que el grupo arbitral se reúna nuevamente a efecto de imponer una contribución monetaria anual a la parte demandada, entregando dicha petición por escrito a ésta.

Dentro de los noventa días posteriores a la fecha de constitución del grupo arbitral éste deberá establecer el monto de la contribución monetaria a pagar por la parte demandada, dicho valor deberá expresarse en dólares de los Estados Unidos de América. El importe de la contribución monetaria en este tipo de controversias no excederá el importe de quince millones de dólares de los Estados Unidos de América, dicho monto de acuerdo al artículo 20.17.2 último inciso se reajustará conforme a la inflación. Dicha situación establece un panorama complicado a países como El Salvador ya que para fijar un parámetro de relación ante el valor máximo (por el momento) de quince millones de dólares correspondientes a la contribución monetaria en este tipo de casos es superior al presupuesto anual del Ministerio de Trabajo y Previsión Social.

Los factores que el grupo arbitral deberá considerar para fijar el valor de la contribución monetaria a pagar por el Estado demandado de conformidad con el artículo 20.17.2 son los siguientes:

a. Los efectos sobre el comercio bilateral generados por el incumplimiento de la parte en la aplicación efectiva de la legislación pertinente.

b. La persistencia y duración del incumplimiento de la parte en la aplicación efectiva de la legislación pertinente.

c. Las razones que han motivado el incumplimiento de la parte en aplicación efectiva de la legislación procedente, incluyendo de conformidad al Tratado, cuando sea relevante, la no verificación de los términos de un plan de acción.

d. El nivel de verificación que "razonablemente" podrá esperarse de la parte, teniendo en cuenta la limitación de recursos, sobretodo en el caso del presente Tratado en lo referente a los países de la región centroamericana.

Los esfuerzos realizados por el Estado parte demandado para corregir el incumplimiento, después de recibido el informe final correspondiente del grupo arbitral, ".. incluso mediante la implementación de cualquier pan de acción mutuamente acordado".

e. Cualquier otro factor que sea considerado pertinente por el grupo arbitral.

La parte reclamante puede exigir a la parte demanda el pago de la contribución monetaria en la fecha en la cual el grupo arbitral determine el monto de ésta o bien en cualquier momento posterior. La parte demandada deberá pagar la contribución referida en dólares de los Estados Unidos de América o bien en moneda nacional por el monto equivalente, en cuotas trimestrales iguales, a partir de los sesenta días siguientes en que la parte reclamante realice la notificación respectiva.

Hay un particularidad especial en este tratado en referencia a cualquier otro que se haya ratificado por El Salvador y es que éstos importes se depositarán en un fondo establecido por la Comisión (Anexo 19.1 del Tratado) bajo su dirección en programas laborales o ambientales en el Estado parte demandado y de acuerdo a la legislación de éste. Entre las iniciativas que se patrocinarían por este fondo, estarían incluidas aquéllas

encaminadas al mejoramiento del cumplimiento de la legislación laboral o ambiental, según sea el caso.[175]

En caso de que la parte demandada no pague la contribución monetaria en el plazo establecido, la parte demandante podrá recurrir a otro tipo de medidas para lograr su pago o para garantizar su cumplimiento, incluyendo una suspensión de beneficios arancelarios en la medida necesaria para cobrar el monto de la contribución monetaria. Se debe tomar en cuenta que el objetivo deseado es eliminar los obstáculos al comercio y no afectar de manera indebida a las partes o intereses no involucrados en el conflicto.

Si la parte demandada considera que ha eliminado la disconformidad, la anulación o el menoscabo determinado por el grupo arbitral, podrá recurrir a la revisión de cumplimiento, para lo cual deberá someter a conocimiento del grupo arbitral dicha situación notificando por escrito a su contraparte, a partir de dicha notificación el grupo arbitral contará con sesenta días para rendir su informe. Si el grupo arbitral determina que lo solicitado por la parte demandada es cierto, la parte demandante deberá restablecer los beneficios que hubiere suspendido a la parte demandada y está dejará de ser requerida para el pago de la contribución monetaria que haya acordado pagar o que le haya sido impuesta por el grupo arbitral, según sea el caso.

El Tratado también aborda los puntos referentes a los procedimientos que deban seguirse ante instancias judiciales y administrativas internas, y la solución de controversias comerciales entre particulares. En el primer caso se pronuncia en el sentido que cuando una cuestión de interpretación o de aplicación del tratado emerja en un procedimiento judicial y administrativo

[175] MINISTERIO DE ECONOMÍA DE EL SALVADOR, *op. cit.*, p. 29: "En los temas laboral y ambiental, la compensación se constituye en una contribución monetaria, con el propósito de subsanar la medida que dió inicio a proceso. Es decir, la contribución monetaria regresa al país que la pagó, y es dirigida a actividades o proyectos específicos que buscan subsanar la falta incurrida que llevó a un caso de solución de diferencias. La contribución monetaria tiene un monto límite, el monto límite inicial es de $ 15 millones el cual se debe ajustar de forma correspondiente al índice de inflación. En el caso de que no se pague la contribución monetaria, se puede proceder a suspender beneficios comerciales.

Para poder llegar a esta etapa de la contribución monetaria, es necesario agotar las etapas de consultas, el arbitraje y un posible pan de acción para subsanar la medida. Para establecer el monto de la contribución monetaria, se deberá tener en cuenta una serie de criterios, entre los que se encuentran las razones por las cuales se incumplió, en caso de ser así, el plan de acción, los esfuerzos hechos por las Partes para subsanar la medida entre otros".

interno de un Estado parte y cualquier otra parte considere que amerita su intervención o cuando un tribunal u órgano administrativo solicite la opinión de alguna de las partes, esa parte lo notificará a las otras partes. El artículo 20.20. 1 del tratado, en su parte final establece que la Comisión procurará, en el tiempo más breve posible, acordar una respuesta adecuada.

En lo referente a la solución de controversias comerciales entre particulares el CAFTA, se pronuncia por que los Estados signatarios promuevan en sus países el uso de éstos medios para solventar este tipo de diferencias, por lo cual la implementación de este tratado también implicará un cambio drástico en nuestro país donde ha tenido mayor preponderancia el recurrir al proceso judicial tradicional.

Además el artículo 20.22.2, establece: "A tal fin, cada Parte dispondrá procedimientos adecuados que aseguren la observancia de los convenios de arbitraje y el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales que se pronuncien en esas controversias". En ese sentido, El Salvador, cuenta con la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje que recoge los principios modernos de la materia y que en buena parte ha tomado como base la Ley Modelo UNCITRAL y que ahora con la entrada en vigencia de este tratado cobra mayor relevancia.

El Salvador ha ratificado la Convención de las Naciones Unidas sobre El Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 conocida como la Convención de Nueva York y la Convención Interamericana Sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975 conocida como la Convención de Panamá, instrumentos internacionales a los cuales hace referencia el CAFTA específicamente en su artículo 20.22.3, en el sentido que se considerará que los Estados partes cumplen con lo establecido en el artículo 20.22.2 si son parte y se ajustan a las convenciones citadas.[176]

[176] BIENVENU, Pierre, *op. cit.*, p. 168: "La Convención de Nueva York y las reformas legislativas cuyas ratificaciones fueron promovidas por los Estados signatarios del NAFTA han sido un factor clave en el logro de la difusión popular de la ejecución de los acuerdos de arbitraje en la región del NAFTA. Las leyes modernas de arbitraje se han establecido a lo largo de toda la región y han contribuido en la evolución gradual de actitudes judiciales para crear un clima hospitalario para el arbitraje como modo preferente de solucionar las disputas comerciales internacionales. Esta corriente es discernible en el tratamiento de las cortes en las aplicaciones pertinentes, en su tratamiento de los asuntos relacionados como en el ámbito de los acuerdos de arbitraje y la arbitrabilidad, y, quizá lo más importante, en la definición de su propio rol, tomando en cuenta el poder del tribunal arbitral para determinar su jurisdicción"

La tratadista colombiana Adriana Polania, respecto de esta situación establecida en los tratados de libre comercio (como el NAFTA y el CAFTA) comenta: "La existencia de una normativa y de un esquema de solución de controversias entre Estados debe complementarse con un mecanismo de solución de controversias entre particulares. Estos son los agentes económicos que le dan dinamismo al conjunto de normas y, como consecuencia de ello, generan una innumerable cantidad de relaciones jurídicas susceptibles de provocar controversias de naturaleza distinta a aquellas que se presentan entre Estados. En efecto, las controversias entre particulares encuentran su origen en el ejercicio de la autonomía de la voluntad y no en una disposición imperativa.

La mayoría de los tratados comerciales modernos han optado por reconocer la importancia de los mecanismos de solución de controversias entre particulares.

Esta circunstancia se ha visto reforzada por la ratificación de convenciones internacionales que reconocen la validez de los laudos dictados en el exterior. Entre las cuales cabe destacar la Convención de las Naciones Unidas Sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958, Convención de Nueva York, y la Convención Interamericana Sobre Arbitraje comercial Internacional de 1975, conocida como Convención de Panamá". [177]

Mención aparte merece el mecanismo de solución de controversias comerciales privadas en transacciones referentes a productos agropecuarios. El CAFTA establece que un Comité Asesor en Materia de Controversias Comerciales Privadas sobre Productos Agropecuarios deberá presentar informes y recomendaciones orientados a la creación de sistemas, para procurar la solución de este tipo de diferencias de manera ágil y eficiente.

13.3. Controversias sobre inversiones

A manera de introducción es pertinente explicar que la doctrina de la protección diplomática desarrollada por Vattel en el siglo XVIII era aplicada por los países de Europa y Estados Unidos. Esta doctrina buscaba justificar la intervención

[177] POLANIA Adriana., "Tendencias de la Solución de Controversias en Comercio Internacional", en AAVV, *Aproximación Jurídica .... cit.*, p. 308

de un Estado extranjero en los asuntos internos de otro, con el pretexto de que el perjuicio ocasionado a un ciudadano del primero, constituía un agravio a éste.

Como bien lo explica Gonzalo Biggs, la reacción a esta política en los países latinoamericanos fueron las doctrina de Calvo y Drago. La primera de ellas (1873) " invocó la jurisdicción exclusiva de los Estados para conocer y juzgar la conducta de extranjeros dentro de sus territorios; la doctrina Drago rechazó el uso de la fuerza para el cobro de las deudas de los Estados".[178]

A raíz de lo anterior, el Banco Mundial propuso la creación del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). Con ello se perseguía que los conflictos relativos a inversiones fueran resueltos mediante arbitraje internacional administrado por dicho centro, desechando la aplicación de la doctrina de la protección diplomática. A la Convención de Washington, que dio origen la constitución del referido centro posteriormente se fueron adhiriendo la mayoría de países latinoamericanos.

Dentro de este proceso han sido importantes a su vez, los acuerdos de promoción y protección de inversiones (APPI). Mediante estas cláusulas las partes (inversionista y Estado contratante) acuerdan resolver a través de arbitraje internacional resolver las posibles diferencias que pudieran originarse entre éstas.

Habiendo expuesto este marco, es procedente explicar que el CAFTA contiene también regulaciones para la solución de controversias que eventualmente surjan entre un inversionista de una parte y un Estado parte en su capitulo diez. Al respecto establece un mecanismo para la solución de controversias, asegurando un trato igual entre inversionistas de las partes de acuerdo con el principio de reciprocidad internacional, como "debido proceso legal ante un tribunal imparcial". Pero determina que antes las partes en contienda deberán intentar primero recurrir a la consulta o negociación para dirimir la controversia.

Las partes en el tratado han consentido someter este tipo de reclamaciones a arbitraje con apego a los procedimientos señalados en el tratado. Este consentimiento y el sometimiento de un inversionista contendiente de una

[178] http: /www. eclac.cl/ publicaciones/ Secretaria Ejecutiva . dos de enero de dos mil seis.

reclamación a arbitraje de acuerdo con las disposiciones de la sección respectiva del tratado, satisfacen los requisitos de un acuerdo por escrito regulados en otros acuerdos sobre solución de controversias, como la Convención de Nueva York y la Convención de Panamá así como la misma Convención Sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados de 1965.

El CAFTA determina la documentación requerida para que un reclamo sea sometido arbitraje de conformidad con la sección respectiva del tratado de conformidad con lo establecido en las convenciones antes referidas. Si un inversionista de un Estado parte del Tratado considera que una parte ha infringido las disposiciones del CAFTA referente a inversiones motivadas por medidas en contra de los principios en un inicio referidos a saber: trato nacional y trato de la nación más favorecida o bien en contra de las disposiciones referentes a "Monopolios y empresas del Estado" o bien a "Empresas del Estado", puede someter dicho reclamo a arbitraje. La demanda respectiva debe de aportar evidencia de que en virtud de dicha violación o a consecuencia de ella, el inversionista ha experimentado pérdidas o daños.

En cuanto al principio de nación más favorecida en el ámbito de las inversiones, éste se refiere a que toda ventaja, favor, privilegio o inmunidad que conceda una Parte a un nacional de otra Parte, ambos miembros del tratado, se pueda extender a los nacionales de cualquier miembro de otros acuerdos o tratados de integración. Implica que se les conceda a los Estados miembros del CAFTA un trato no menos favorable que el que se le otorga a un tercer país.[179]

El inversionista reclamante sólo podrá someter su reclamo a arbitraje si accede al arbitraje de acuerdo con los procedimientos establecidos en el CAFTA y si el inversionista como la empresa renuncian a su derecho de iniciar o continuar ante cualquier otro tribunal administrativo o judicial de acuerdo a la legislación nacional de cualquiera de las partes cualquier procedimiento referente a la medida en que fundamenta su reclamo y considera violatoria. Se establece como excepción a esta condición loas medidas precautorias de carácter suspensivo, declarativo o extraordinario que no impliquen el pago de daños, ante un tribunal ya sea administrativo o judicial de conformidad a las leyes

[179] RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ. R., "La Inversión Extranjera en el TLC con Estados Unidos", AAVV. *Aproximación Jurídica...*, *cit.*, p. 244

nacionales del Estado parte de la disputa. Tanto el consentimiento como la renuncia del inversionista antes referidos se debe incluir en el sometimiento de reclamación a arbitraje.

El CAFTA en lo referente a la solución de disputas referentes a inversiones establece en general el sometimiento el sometimiento de este tipo de controversias a los organismos de arbitraje establecidos. Las disposiciones pertinentes establecen que después del plazo de seis meses transcurridos desde el acontecimiento de los actos que han motivado la reclamación por parte del inversionista, éste podrá someter a arbitraje su reclamo de conformidad a:

a. El Convenio sobre la Solución de Controversias sobre Inversiones Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados de 1965 (Convenio CIADI), siempre que sean partes del convenio la Parte del inversionista y la Parte contendiente;

b. Las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI (referidas en un acápite previo) siempre que cualquiera de las Partes (y no las dos), formen parte del Convenio.

c. Las reglas de arbitraje de la UNCITRAL, el CAFTA establece que "las reglas aplicables al procedimiento arbitral seguirán ese procedimiento salvo en la medida de lo modificado en esta sección".[180]

Es oportuno anotar que El Salvador (Al igual que Estados Unidos) ha ratificado la Convención Sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados de 1965 conocida también como Convención de Washington. Por lo que en caso de conflictos entre un inversionista privado y el Estado de El Salvador, tendría que recurrirse a arbitraje conformidad al Reglamento de la CIADI, para dirimir este tipo de controversias. Es decir, en este caso no se aplica el mecanismo de solución de controversias establecido en el Capítulo XX del DR- CAFTA, sino la referida Convención de Washington y por tanto en caso de no resolver la controversia por medio de una vía autocompositiva se recurriría por lo general a un arbitraje institucional administrado por la CIADI o bien a un arbitraje *ad*

[180] SELA, *op. cit.*, pp. 88- 90.

hoc con las Reglas de UNCITRAL como *lex arbitri* dependiendo de lo que las partes hayan pactado.

El Doctor Rafael Bernal Gutiérrez, al respecto expresa:
"De alguna manera causa cierta perplejidad el hecho de resolver cuáles serán los escenarios y las reglas según las cuales habrá de transitarse el eventual tribunal arbitral. No podría afirmarse ninguna regla como absoluta o definitivamente descartar alguna de aquellas a las cuales se ha hecho referencia. No obstante, pareciera un criterio común que contar con un arbitraje institucional- para el caso CIADI- bien podría ser mejor que tener que utilizar un arbitraje *ad hoc*- para el caso, las Reglas de UNCITRAL-. No obstante algunos ven en este último una oportunidad de tener mayor flexibilidad y tan sólo indican, como elemento importante, determinar quién, conforme con dichas reglas, habrá de hacer las veces de autoridad nominadora, esto es aquella llamada a coadyuvar o definir lo relativo a la designación y reemplazo de los árbitros; suelen utilizarse al efecto la Corte Internacional de Justicia, el *London Court of International Arbitration* de Londres y algunas otras según la zona geográfica de que se trate" [181]

Es pertinente agregar que el artículo 42. 1 de la Convención de Washington además permite a las partes acordar las normas de derecho aplicables al

[181] BERNAL GUTIÉRREZ, R., *op. cit.*, p. 282-284: "Lo que habrá de ser objeto de decisión arbitral será el hecho de haberse violado alguna de las obligaciones correspondientes a las normas generales de protección de las inversiones o la trasgresión de una autorización o acuerdo de inversión o que se han sufrido pérdidas o daños por razón de dicha violación o como resultado de la misma.

La reclamación podrá ser presentada por un inversionista persona natural o jurídica y, dentro de éstas, suele plantearse como viable que se trate de personas jurídicas que reclaman por determinaciones que afectan otras respecto a las cuales tienen control directo o indirecto, materia esta que trajinada por la jurisprudencia ha ido tomando su propio perfil y que difiere de los caminos, aún incipientes en la materia, cuando de arbitraje comercial – nacional o internacional- se trata, donde, a pesar de existir ya normas en algunos países, no cuenta con aceptación ni popularidad y se considera, por el contrario, de alguna manera un elemento de incertidumbre.

Como antes se indicó, suele ser el criterio general acudir, para resolver la controversia, a la utilización del Convenio CIADI- Convenio de Washington- y a las reglas de procedimientos arbitrales de ese Centro – en tanto ambas partes, como aquí ocurre, sean partes del Convenio- pero, igualmente, existe la posibilidad de utilizar las reglas del llamado Mecanismo Complementario de CIADI, al alcance en el evento de que al menos una de las partes sea parte del Convenio. También suele ser frecuente incorporar la posibilidad de utilizar las reglas de arbitraje *ad hoc* de la UNCITRAL (Comisión de las Naciones Unidas para la Unificación del Derecho Comercial Internacional, de 1976) y, eventualmente, en algunos casos se deja la puerta abierta a que las partes acuerden otra institución arbitral diferente o procedimiento diferente a los antes indicados, incluidos tribunales arbitrales locales, conforme con la ley del demandado"

conflicto. (Nótese que la Convención alude al término "normas de derecho" no "legislación aplicable").En cuanto al procedimiento a seguir dentro del marco del CAFTA, el inversionista contendiente debe entregar a la Parte contendiente (es decir, al Estado contra el cual se reclama), notificación escrita de su intención de someter a su reclamo a arbitraje, al menos noventa días antes de que entable la demanda respectiva. Dicha notificación debe incluir entre otra información, la indicación de los artículos del tratado que la parte contendiente ha transgredido y la reparación que se requiere.

El tribunal arbitral estará integrado por tres árbitros, designando cada parte un miembro de éste, y el tercer árbitro que fungirá como presidente del tribunal será nombrado por acuerdo de las partes. En caso de las partes contendientes no llegaren a un acuerdo para el nombramiento del tercer árbitro o bien que una de las partes no designe al árbitro que le corresponde, la designación corresponderá al Secretario General del CIADI. El tribunal arbitral que se integre deberá instalarse de conformidad con las Reglas de Arbitraje de UNCITRAL y actuará de conformidad con lo establecido en dichas reglas, salvo lo que disponga el CAFTA en la sección correspondiente (solución de controversias referente a inversiones).

En lo referente al lugar del arbitraje, el CAFTA dispone que a menos que las partes contendientes dispongan lo contrario, el procedimiento arbitral correspondiente en estos casos, se desarrollará en el territorio de una parte (Estado) que sea parte de la Convención de Nueva York. El lugar será seleccionado de acuerdo con las referidas Reglas del Mecanismo Complementario de CIADI, las Reglas de Arbitraje de la CIADI o las Reglas de Arbitraje de UNCITRAL, de conformidad con las reglas que normen el arbitraje específicamente (de acuerdo a los criterios previamente explicados con anterioridad en este acápite).

El tribunal arbitral podrá dictar en el devenir del proceso medidas provisionales de protección, con el objeto de preservar los derechos de las partes contendientes o bien para asegurar que surta plenos efectos la jurisdicción del tribunal. Pero ello no implica emitir una orden de apego o suspensión de la aplicación de la medida que ha motivado el reclamo; sin embargo puede dictar para dicho efecto órdenes para preservar la evidencia en posesión o control de la parte contendiente.

El laudo del tribunal arbitral dispondrá que la parte contendiente pueda pagar daños pecuniarios "más los intereses que procedan, en lugar de la restitución". Dicho laudo se emitirá sin perjuicio de cualquier derecho que cualquier persona tenga sobre la reparación de acuerdo a la legislación que corresponda aplicar. En este tipo de laudos no se puede ordenar a una parte el pago de daños punitivos. El laudo debe cumplirse sin demora y "será obligatorio sólo para las partes contendientes y únicamente respecto del caso concreto"; debiendo cada una de las partes disponer la debida ejecución de un laudo en su territorio.

Una vez cumplidos los procedimientos requeridos por la convención de solución de controversias, la parte favorecida podrá pedir la ejecución del laudo definitivo.

En caso que una de las partes contendientes no cumpla con lo establecido en el laudo definitivo, la "Parte" (Estado) cuyo inversionista fue parte en el proceso arbitral entregará una solicitud a la Comisión, a efecto de que se integre un panel arbitral, a efecto de que se determine que el incumplimiento del laudo o desacato del laudo definitivo es contrario a las obligaciones establecidas en el tratado o bien se puede solicitar una recomendación para que la parte renuente, se ajuste a derecho y cumpla con el laudo definitivo.

En todo caso el inversionista contendiente independientemente de que se hayan solicitado los procedimientos indicados en caso de incumplimiento de la Parte contendiente ante un panel arbitral de conformidad al CAFTA, podrá recurrir a la ejecución de un laudo arbitral de conformidad a la Convención Sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, la Convención de Nueva York o la Convención Interamericana.[182]

La Convención Sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados en su artículo 54 establece lo siguiente: "1. Todo Estado contratante reconocerá al laudo dictado conforme con este convenio de carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por le laudo como si se tratare de una sentencia firme dictada por u tribunal existente en dicho Estado. El Estado contratante que se rija por una Constitución federal podrá hacer que se

[182] SELA, *op. cit.*, pp. 91,92.

ejecuten los laudos a través de sus tribunales federales y podrá disponer que dichos tribunales reconozcan al laudo la misma eficacia que a las sentencias firmes dictadas por los tribunales de cualquiera de los Estados que lo integran.

2. La parte que inste el reconocimiento o ejecución del laudo en los territorios de un Estado contratante deberá presentar, ante los tribunales competentes o ante cualquier autoridad designados por los estados contratantes a este efecto, una copia del mismo, debidamente certificada por el secretario general. La designación de tales tribunales o autoridades y cualquier cambio ulterior que a este respecto se introduzca será notificado por los Estados contratantes al secretario general.

3. El laudo se ejecutará de acuerdo con las normas que, sobre ejecución de sentencias, estuvieren en vigor en los territorios en que dicha ejecución se pretenda"

De acuerdo a la disposición anterior, si tanto el Estado en el cual se dicta la sentencia como el Estado en el cual se habrá de ejecutar son parte de la Convención de Washington, se elimina el procedimiento de exequátur para la aplicación y ejecución del laudo pronunciado, puesto que la Convención le da el carácter de obligatorio y determina que se hará ejecutar "como si se tratare de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado".[183]

13.4. Controversias sobre servicios financieros

El capítulo doce del CAFTA regula lo referente a los servicios financieros, y se aplica las medidas adoptadas o mantenidas por una parte relacionadas con:

a. Instituciones financieras de otra parte;

---

[183] GIL ECHEVERRY, J., *op. cit.*, p. 683: "De manera que, en principio, la Convención de Washington eliminó el trámite de exequátur para la aplicación y ejecución de laudos arbitrales extranjeros, a condición de que tanto el país donde se profirió la sentencia como el país donde se ejecutará el laudo sean suscriptores de la convención, al disponer que el laudo será obligatorio y se ejecutará como si fuera una sentencia doméstica. Claro está que esta excepción se aplica exclusivamente a los países suscriptores, en diferencias relacionadas con inversiones extranjeras privadas y cuyos laudos provengan del CIADI o Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones del BIRF".

Harold C. Lanson

b. Inversionistas de otra parte, y las inversiones de estos inversionistas en las instituciones financieras en el territorio de uno de los Estados parte.
c. El comercio transfronterizo de servicios financieros.

Para los efectos del tratado se entiende como comercio transfronterizo de servicios financieros, el suministro de un servicio financiero: a. Del territorio de una parte (del tratado) al territorio de otra parte; b. En el territorio de una parte por una persona de esa parte, a una persona de otra parte; c. Por un nacional de una parte en el territorio de otra parte. A los servicios financieros les son aplicables los preceptos de trato nacional (Art. 12.2) y de nación más favorecida (Art. 12.3).

Se prevé la creación de un Comité de Servicios Financieros, el cual tendrá las facultades establecidas en el artículo 12.16, dentro de las cuales está participar en los procedimientos de solución de controversias de conformidad con el artículo 12.19, referente a las controversias sobre inversión en servicios financieros (Cuando un inversionista de un Estado parte establezca un reclamo conforme con la Sección B del Capítulo diez, contra parte y ésta invoque el artículo 12.10, el panel de árbitros conformado debe someter dicha cuestión a conocimiento del Comité para que tome una decisión vinculante la respecto).

Los Estados parte del tratado también ha recurrido al arbitraje para resolver las controversias que pudiesen surgir referentes a los servicios financieros. Para dicho efecto los Estados partes deben sostener previamente una fase consultas para tratar de dirimir el conflicto e informar a la Comisión de Servicios Financieros, sobre el resultado de esta fase. Los Estados deben de elaborar un listado de veintiocho profesionales que puedan fungir como árbitros para conocer de tales controversias.

Si un panel arbitral llegare a determinar que una mediad adoptada es incompatible con el tratado, y la medida sujeta a controversia afecte a los servicios financieros, la parte reclamante sólo podrá aplicar la suspensión de benéficos a ese sector. Si la mediada afectare a los servicios financieros y a cualquier otro sector, la parte reclamante podrá aplicar la suspensión de beneficios en el sector de servicios financieros que tengan un efecto equivalente al efecto de la medida en el sector de servicios financieros de la parte.

Si la medida afectare declarada inconsistente con el tratado por parte del panel afectare sólo a un sector que no sea el de servicios financieros, la parte reclamante no podrá suspender beneficios en el sector de servicios financieros.

14. La solución de controversias en la Organización Mundial de Comercio (OMC)

14.1. Antecedentes: Solución de diferencias en GATT (1948- 1955)

El GATT de 1947 no se concibió originalmente como una organización internacional para comercio, por lo que no se dispuso de un sistema estructurado de solución de controversias como lo dispone actualmente la Organización Mundial del Comercio. El GATT de 1947 sólo contenía dos normas que se referían a la solución de diferencias, las cuales eran los artículos XXII que se refería a la consulta y XXIII denominado "Anulación o Menoscabo".

En sus inicios, una controversia que no se pudiese resolver por las partes a través de consultas era tratada de conformidad con el artículo XXII: 2 por las denominadas "partes activas" que consistía en la intervención de representantes de las partes contractuales interesadas, y se tomaban decisiones en base al consenso. No fue hasta mediados de la década de los cincuentas que se estableció someter las disputas a paneles de tres o cinco expertos independientes de las partes en disputa y conocedores en materia de comercio internacional, nombrados específicamente para el conocimiento del caso. Por ello se dice que el cambio de los grupos de trabajo a los paneles de expertos marcó el cambio en la solución de diferencias dentro del marco del GATT de "negociación a arbitraje".

El panel remitía su informe al Consejo del GATT. Las partes tendrían que adoptar por consenso las recomendaciones y decisiones brindadas por el panel.

Los procedimientos y prácticas de solución de diferencias, desarrollados con el transcurso de los años, se fueron codificando progresivamente y se complementaron por decisiones y entendimientos sobre solución de diferencias adoptados por las partes contractuales.

Fue hasta 1983 que se creó una Oficina Legal del GATT, dentro de la Secretaría de GATT con el objeto de poder auxiliar a los paneles, con la redacción de los

informes preliminares. Con ello se mejoró la calidad legal de los informes y mejoró la confianza en la labor de los paneles. En la década de los ochentas se incrementó el uso como suerte de precedentes los informes de paneles anteriores.[184]

La gran deficiencia del sistema de solución de controversias del GATT era que la decisión para el establecimiento del panel, la decisión para la adopción del informe del panel y la decisión para la autorización de la suspensión de beneficios eran tomadas mediante consenso por el Consejo del GATT. Esta situación podía prestarse para que la parte demandada pudiera bloquear o dilatar la toma de estas decisiones, y con ello estropear el mecanismo de solución de diferencias del GATT.[185]

La anterior situación influyó para que la mejora y fortalecimiento de la solución de diferencias del GATT, fuera uno de los temas preponderantes de la Ronda del Uruguay, de allí que la Declaración Ministerial de Punta del Este de 1986 estableciera: "Para asegurar la resolución pronta y eficaz de diferencias para beneficio de todas las partes contractuales, las negociaciones deberán apuntar

---

[184] DYMOND, William A. , *op.cit.*, p. 10 : "Interpretando el GATT (ahora el acuerdo de la OMC) es una consideración importante en la solución de diferencias. Hoy día, la División de Apelación claramente se apoya considerablemente en los principios generales de la ley internacional aplicándolo a la interpretación de tratados y es evidente que la lectura de los paneles del GATT de 1947ellos también se apoyaban en esos principios, sin embargo menos formalmente.

Estos principios incluyen:

- " Significado ordinario" de palabras usadas en el acuerdo;
- Otros acuerdos o instrumentos influenciando el tratado que fue aceptado por las partes al tratado al tiempo que éste concluyó;
- Acuerdo siguiente entre las partes del tratado;
- Práctica siguiente en la aplicación del tratado que establece el acuerdo de las partes en relación con su interpretación;
- Y otras reglas relevantes de ley internacional"

[185] Dymond, William A., *op. cit*, p. 27 i: "En particular, la adopción de informes del panel se transformó en un problema real desde finales de los 1980. El hecho que la parte perdedora pudiera prevenir la adopción del informe del panel significaba que a menudo los paneles se veían tentados de llegar a una conclusión que fuera aceptable para todas las partes. El hecho de que esa conclusión fuera legalmente legítima y convincente no era una preocupación principal. Además las partes contractuales consideraron el proceso de solución de diferencias como incapaz de manejar muchas de las diferencias comerciales políticamente sensibles, ya que se asumía que el demandado se negaría a aceptar el establecimiento de un panel o la parte perdedora prevendría la adopción del informe del panel. Como resultado, algunas partes contractuales en particular los Estados Unidos, recurrieron cada vez más a la acción unilateral contra medidas que ellos consideraban como infracción de la ley de GATT".

a mejorar y fortalecer las reglas y procedimientos del proceso de solución de diferencias, reconociendo a la vez las contribuciones que podrían hacer reglas y disciplinas del GATT más eficaces y ejecutables. Las negociaciones incluirán el desarrollo de arreglos adecuados para vigilar y supervisar los procedimientos que facilitarían el cumplimiento de las recomendaciones adoptadas".

A raíz de ello en 1989 se lograron avances en las mejoras del sistema de solución de diferencias del GATT, sobretodo en lo referente al reconocimiento del derecho a un panel. Pero no se llegó a un acuerdo en un primer momento sobre el problema de la adopción por consenso de lo establecido en los informes del panel. Dicha situación sólo se solucionó en las etapas finales de dicha Ronda, fructificando en uno de sus logros más fundamentales: el "Entendimiento de Solución de Diferencias".

14.2. Consideraciones generales, objetivos

El Salvador al igual que todos los países que forman parte de la Organización Mundial de Comercio (OMC) pueden recurrir al sistema de solución de diferencias de la organización cuando sus intereses comerciales sufran anulación o daño en razón de las medidas ilegales tomadas por otro país.

Al igual que se ha explicado en los diversos sistemas de solución de controversias de los tratados comerciales anteriormente estudiados, las empresas o gremiales empresariales no pueden recurrir de manera directa a este mecanismo presentado la respectiva denuncia, sino sólo a través de los gobiernos de los Estados quienes actúan como filtros del sistema[186]. Por lo

[186] HIEKMAN Bernard y KOSTECKi, Michel, *op. cit.*, pp.: Las industrias exportadoras deben pedir a sus gobiernos que lleven sus casos a resolver a la OMC- primero bilateralmente a través de consultas, luego a un panel....los intereses de las industrias exportadoras deben operar a través del filtro del gobierno. Hay una alta probabilidad de que el gobierno no esté dispuesto a llevar el caso ante la OMC..por temor a estimular las contrademandas(él síndrome de la "casa de cristal").

Los países en desarrollo quizá estén indispuestos a llevar el caso si ellos temen que les traerá consecuencias perniciosas en áreas no comerciales (por ejemplo ayuda externa o cooperación en la defensa)

Una opción de solucionar este problema es darles a los exportadores acceso directo a la OMC. Levy y Srinivasan (1996) desarrollaron un modelo simple que explora las posibles consecuencias de dicha "privatización", y concluyeron que es una mala idea. Ellos demostraron que si un gobierno maximiza el bienestar nacional quizá tenga buenas razones para no impulsar un caso comercial porque puede tener consecuencias negativas nacionales. ...Remover la discreción de los gobiernos para decidir la prosecución de un caso puede hacer también más difícil la celebración de compromisos en las negociaciones comerciales."

que corresponde a los gobiernos luego de estudiar la denuncia y pruebas presentadas por el sector privado, tomar la decisión de llevar o no el caso al Órgano de Solución de Diferencias de la Organización Mundial de Comercio. Esta misma limitación se extiende a organizaciones internacionales y organizaciones no gubernamentales dedicadas por ejemplo a la defensa del medioambiente o de los derechos laborales y sindicatos.

Al respecto existen precedentes en las resoluciones de las instituciones involucradas en la solución de diferencias en la Organización Mundial de Comercio. El Organismo de Apelación de dicha entidad resolvió en el caso USA – Shrimp:

"Quizás sea bueno enfatizar al comienzo que el acceso al proceso de solución de diferencias de la OMC se limita a los miembros de la OMC. Este acceso no está disponible, bajo el Acuerdo de la OMC y los acuerdos cubiertos como existen actualmente, a personas u organizaciones internacionales ya sean gubernamentales o no gubernamentales. Sólo los miembros pueden hacerse parte de una diferencia a la que un panel pueda signarse, y sólo miembros "teniendo un interés sustancial en una materia ante un panel". Así bajo el ESD, sólo miembros que sean partes de una diferencia, tienen el derecho legal para hacer presentaciones ante un panel, y tener el derecho legal para que esas presentaciones sean consideradas por el mismo".[187]

En el caso específico de El Salvador, la entidad gubernativa encargada de tramitar los casos ante el Órgano de Solución de Diferencias de la Organización Mundial de Comercio, es la Misión Comercial en Ginebra.

La figura muy particular que sí existe en el sistema de solución de diferencias de la Organización Mundial de Comercio es la de "*Curiae de Amicus*" (Que se traduce como "amigos de la corte") en virtud de la cual se puede permitir cierta participación de entes que no son Estados en este tipo de procedimientos.

Esta participación es limitada, este tipo de instituciones no pueden activar el mecanismo de solución de diferencias, no pueden participar en audiencias ante un panel o en cualquier otro procedimiento. No obstante lo anterior, los paneles y el Organismo de Apelación de la OMC tienen la facultad de aceptar

[187] DYMOND, William, *op.cit.*, p. 23

y tomar en consideración los alegatos escritos presentados por personas, compañías u organizaciones no gubernamentales.

Otro punto que es pertinente tratar, es el referido a la discreción amplia, en virtud del cual no existe precedente que establezca que es necesario que el Estado que recurra al sistema de solución de controversias tenga que poseer un "interés legal". Al respecto el Organismo de Apelación de la OMC, sentó un precedente en el caso EC-Bananas III:

"... Nosotros creemos que un miembro tiene amplia discreción para decidir si presentará un caso contra otro miembro bajo el ESD. La redacción del Artículo XXIII: 1 del GATT 1994 y del Artículo 3.7 del ESD sugiere, además, que se espera que, al decidir si una tal acción sería fructífera", un miembro debe autorregularse en una gran medida".

El panel que había conocido previamente del caso, por su parte se expresó así:
"...con el aumento de la interdependencia en la economía global...Los miembros tienen más interés en hacer cumplir las reglas de la OMC que en el pasado, ya que cualquier desviación del equilibrio negociado de derechos y obligaciones es más que probable que los afectaría, directa o indirectamente".[188]

En lo que respecta a las diferencias comerciales, de conformidad con el GATT/ OMC y específicamente el artículo XXIII del GATT una diferencia en materia comercial emerge cuando un miembro estima que un "beneficio que esperaba razonablemente devengar" (Se relaciona con las condiciones de competición en un mercado, luego de que todas las concesiones acordadas están en vigencia) directamente o indirectamente de conformidad a los acuerdos, se anula o se daña, o bien se impide el logro de cualquier objetivo del o los acuerdos a consecuencia de:

a. El fracaso de otro miembro para llevar a cabo sus obligaciones, situaciones que configuran las denominadas "demandas de infracción". Al respecto el artículo 3.8 del ESD, establece lo siguiente:

---

[188] DYMOND, William A., *op. cit.*, p.32

"En casos donde hay una infracción de las obligaciones asumidas bajo un acuerdo cubierto, la acción es considerada *prima facie* como constituyendo un caso de anulación o daño. Esto significa que normalmente existe la presunción de que una infracción de las reglas tiene un impacto adverso en otros miembros parte del acuerdo cubierto, y en tales casos, refutar el cargo dependerá del miembro contra quien la demanda ha sido presentada".

b. La aplicación por otro miembro de cualquier medida, ya sea que entre o no en conflicto con los acuerdos situación que engloba las llamadas "demandas de no infracción". Es decir este tipo de demandas están fundamentadas en impedimento del logro de un objetivo del acuerdo y en la práctica son muy reducidas.

c. La existencia de cualquier otra situación, que configuran las denominadas "demandas situacionales" de las cuales no existe ningún antecedente hasta el momento.

14.3. Solución de diferencias de la OMC

Partiendo del referido antecedente histórico (GATT) precisamente una de las grandes mejoras del mecanismo de solución de diferencias de la Organización Mundial de Comercio es precisamente, la automaticidad de los procedimientos. Ya que las etapas del proceso se van desarrollando sin necesidad de consenso alguno que pueda entrampar su marcha. Por lo que el procedimiento mismo garantiza que cada miembro tendrá derecho a un panel que conozca de la controversia y sobretodo la practicidad del mecanismo, desde la óptica de que lo establecido en el informe del panel tendrá aplicación.

Las normas y procedimientos que regulan la solución de diferencias en el marco de la Organización Mundial de Comercio, se conocen como el "Entendimiento de Solución de Diferencias" (ESD), el cual está adjunto al Acuerdo de la OMC como Anexo 2 . En suma, los grandes avances de este sistema de solución de diferencias, con respecto al del GATT, se pueden resumir así:

a. La automaticidad de los procedimientos.
b. El establecimiento de marcos temporales estrictos para las diversas fases del mecanismo de solución de diferencias. Por ejemplo el panel cuenta con seis meses contados desde su conformación para rendir su informe (sólo tres

si es de carácter urgente) y solamente en caso de que no pudiera rendir su informe en el plazo de seis meses, podrá solicitar ampliación del término por tres meses más.

c. La posibilidad de recurrir del informe del panel ante el Órgano de Apelación de la Organización Mundial de Comercio.

El objeto y finalidad del mecanismo de solución de diferencias de la Organización Mundial de Comercio están establecidos en los artículos del Entendimiento de Solución de Diferencias, tales como 3.2 que establece:
"El Sistema de Solución de Diferencias de la OMC es un elemento central en la dotación de seguridad y previsibilidad al sistema comercial multilateral. Los miembros reconocen que sirve para preservar los derechos y obligaciones de los miembros bajo los acuerdos cubiertos, y para clarificar las disposiciones existentes de esos acuerdos según las reglas de costumbre de interpretación del derecho internacional público. Las recomendaciones y decisiones del OSD no pueden agregar ni disminuir los derechos y obligaciones provistos en los acuerdos cubiertos".

El artículo 3.3 establece que la solución de diferencias es esencial para el eficaz funcionamiento de la OMC "y el mantenimiento de un equilibrio apropiado entre los derechos y obligaciones de los miembros".

El artículo 3.4 enuncia que el objeto y propósito del sistema de solución de diferencias es "lograr un arreglo satisfactorio" de las diferencias de acuerdo con lo establecido en los acuerdos respectivos"

Por su parte el artículo 3.7, expresa:
"El objetivo del mecanismo de solución de diferencias es asegurar una solución positiva a una diferencia. Una solución mutuamente aceptable por las partes de una diferencia y consistente con los acuerdos cubiertos será claramente preferida"; es decir que al igual que lo hace el CAFTA (que recogió este principio), el sistema propugna preferentemente por una solución negociada, con preferencia a un arbitraje, en el cual por su propia naturaleza (estudiada anteriormente) la solución sale fuera del control de las partes y habrá forzosamente un "ganador- perdedor". Además, un factor que hay que tomar en cuenta es que el recurrir al sistema de solución de diferencias de la OMC, resulta muy caro para las partes como se comentará más adelante.

El artículo 23.1 del ESD, reza lo siguiente:
"Cuando los miembros buscan la reparación de una violación de obligaciones u otra anulación o daño de beneficios bajo los acuerdos cubiertos, o un impedimento al logro de cualquier objetivo del acuerdo cubierto, tendrán recurso a, y acatarán, las reglas y procedimientos de este Entendimiento". Hay que tomar en consideración que uno de los objetivos fundamentales del sistema de solución de diferencias de la OMC, es que el mismo funcione. Que lo establecido en los informes de los paneles tenga aplicabilidad y que las partes que recurren al mecanismo persigan la reparación por una violación de obligaciones u otro daño o anulación de beneficios mediante el sistema y no a través de acciones unilaterales.

Finalmente en lo que respecta a las medidas correctivas de comercio y el solución de diferencias en el marco de la OMC, es procedente hacer la siguientes consideraciones:

En lo concerniente al *antidumping*: Sólo los países integrantes de la OMC, tienen el derecho de presentar una reclamación referente a este tema ante el Órgano de Solución de Diferencias, pero representantes de la industria afectada pueden incluirse en la delegación del gobierno o bien un escrito de la industria puede incluirse en las demandas del gobierno o se puede presentar por parte de la industria un escrito en carácter *amicus curiae,* al panel.

En lo que respecta a la declaración de reclamación, ésta debe establecer los tipos de medidas involucradas, aceptación de compromisos de precio; o medidas provisionales.

El panel debe establecer si la determinación de los hechos por las autoridades respectivas fue el apropiado y si la evaluación de los hechos fue de carácter objetivo.

En lo referente al subsidio/ compensación: El gobierno importador debe realizar la publicación de un aviso de iniciación y de determinación preliminar y final con especificidad incrementada a medida que la investigación continúa. Las partes deben de tener: oportunidad de presentar evidencia por escrito, derecho de acceso al archivo, derecho de audiencia y el derecho a ser informado de los hechos esenciales sujetos a consideración. Todo lo anterior constituyen elementos del debido proceso.

Con referencia a las medidas de salvaguardia: El panel debe realizar una evaluación de carácter objetiva de los hechos y establecer si las autoridades nacionales han considerado todos los hechos relevantes y explicado como éstos fundamentan su determinación.[189]

Los tratadista Bernrad M. Hoekman y Michel M. Kostecki finalmente comentan que el cambio de funcionamiento del mecanismo de solución de controversias adoptado por la OMC, con respecto al GATT, fue uno de los mejores resultados de la Ronda de Uruguay, especialmente par los países desarrollados. Para muestra, en los primeros cinco años de operación del sistema más de 160 casos fueron requeridos para someterse a consulta bajo el sistema de solución de controversias de la OMC (el triple de casos en referencia la mecanismo del GATT). En más del 30 por ciento de los casos intervinieron países en vía de desarrollo. Entre estos casos uno promovido por Costa Rica en contra de Estados Unidos por restricciones sobre textiles de algodón, y un caso promovido por Venezuela y Brasil en contra de regulaciones a gasolina establecidas por Estados Unidos. Asimismo se han desarrollado casos entre países en vías de desarrollo como partes como: Guatemala y México (sobre acciones de antidumping en el cemento), India y Turquía (textiles), Costa y Trinidad y Tobago (antidumping en spaghetti), Colombia y Nicaragua (cargos de importación), Tailandia y Turquía (textiles), entre otros casos. [190]

Sin embargo es pertinente establecer que el sistema de solución de controversias no es la "panacea universal" en la práctica para los reclamos de los países envías de desarrollo. El caso conocido popularmente como "Bananas", en el cual inicialmente Ecuador, Guatemala, Honduras y México y Estados Unidos en contra de la Unión Europea, alegando discriminación en contra de los productores y compañías bananeras ya que ésta había dado tarifas preferenciales a los países de la ACP (África, Caribe y el Pacífico), nos da un ejemplo de una de las debilidades del sistema. Porque al final las medidas de represalia que pudiera adoptar un país como Ecuador difícilmente puedan incidir en el cambio de una política o medida adoptada por la Unión Europea, por lo que los países latinoamericanos dependen de las medidas de represalia tomadas por Estados Unidos; a ello ha que agregar que Estados Unidos no siempre será parte (como en el caso planteado) en una controversia

[189] DYMOND, William, *op. cit.*, pp. 77- 81.
[190] HOEKMAN, Bernard y KOSTECKI, Michel, *op. cit.*, p. 78.

que involucre a un país latinoamericano en contra de la Unión Europea por mencionar un ejemplo hipotético.[191]

14.4. Síntesis del proceso de solución de diferencias de la OMC

Las etapas del proceso de solución de diferencias, pueden resumirse así: El Estado que realiza la denuncia solicita y realiza consultas bilaterales con su contraparte sobre la medida objeto de controversia. Es decir hay una fase de negociaciones en la cual las partes tratan de alcanzar un acuerdo que sea mutuamente aceptable.

En caso de que en la fase de consultas no se logre un acuerdo entre las partes el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC designa un grupo de expertos generalmente conformado por tres personas, para que examinen el caso, escuchen los argumentos de las partes y al final rindan un informe al Órgano de Solución de Diferencias en el cual determina si ha existido violación o daño a los derecho del país denunciante.

El Órgano de Solución de Diferencias atiende generalmente el informe rendido por las el grupo de expertos, inclusive las recomendaciones que éste haga sobre las medidas que deban adoptarse. Si las partes no estuvieren de acuerdo con el informe emitido por el grupo de expertos pueden presentar apelación ante el Órgano de Apelación de la OMC. El cual deberá examinar los aspectos jurídicos del informe presentará su propio informe al Órgano de Solución de Diferencias.[192]

En caso de que el Órgano de Solución de Diferencias apruebe el informe del grupo de expertos o del órgano de Solución de Diferencias, deberá vigilar la aplicación de las recomendaciones formuladas en los informes respectivos.

El artículo 19.1 del ESD por ello dispone: "Donde un Panel o el Organismo de Apelación concluyen que una medida no es consistente con un acuerdo cubierto, recomendará que el miembro involucrado ponga a la medida en conformidad con ese acuerdo, Además de sus recomendaciones, el panel u

[191] HOEKMAN, Bernard y KOSTECKI, Michel, *op. cit.*, pp. 82,83.
[192] HOEKMAN, Bernard y KOSTECKI, Michel, *op. cit.*, p.p. 76, 77.

Organismo de Apelación puede sugerir maneras en las que el miembro involucrado podría llevar a cabo las recomendaciones".

El artículo 21.1 del ESD, por su parte dispone: "El pronto cumplimiento de recomendaciones o decisiones del OSD es esencial para asegurar la resolución eficaz de diferencias para beneficio de todos los miembros".

El país infractor está obligado a ofrecer una indemnización al país afectado, en caso de que no aplique las medidas de corrección en un plazo de tiempo razonable (ejemplo: el país infractor no ha retirado la medida que viola los derechos del país denunciante de acuerdo al informe). Esta indemnización puede operar mediante reducciones arancelarias en áreas de especial interés para el país denunciante. (Esta situación opera de manera semejante en el CAFTA).

Si la indemnización ofrecida no fuere satisfactoria, el país denunciante puede solicitar al Órgano de Solución de Diferencias de la OMC, autorización para aplicar medidas de retorsión a través de la suspensión de beneficios u obligaciones relativas al Estado infractor.[193]

El artículo 22.1 expresa lo siguiente: "La compensación y la suspensión de concesiones u otras obligaciones son medidas temporales disponibles en el evento de que no se lleven a cabo las recomendaciones y decisiones dentro de un período razonable de tiempo. Sin embargo, para hacer que una medida se conforme a los acuerdos cubiertos, ni la compensación ni la suspensión de concesiones u otras obligaciones se prefiere a la aplicación de una recomendación".

En suma podemos establecer que hay cuatro etapas esenciales en el procedimiento del sistema de solución de diferencias de la OMC, a saber:

a. Consultas.
b. Establecimiento del panel, audiencias y emisión del informe.
c. Apelación ante el Órgano de Apelación de la OMC (en caso de apelarse el informe emitido por el grupo de expertos).
d. Aplicación de las recomendaciones y decisiones.

[193] Centro de Comercio Internacional, *op. cit.*, p. 71.

En resumen las entidades que participan en el Sistema de Solución de Controversias de la OMC son las siguientes:

a. El Organismo de Solución de Diferencias: el cual de conformidad ala artículo 2.1. del Entendimiento Sobre Solución de Diferencias, es la autoridad encargada de establecer los paneles, adoptar dictámenes de paneles y del organismo de Apelación, mantener vigilancia de la implementación de decisiones y recomendaciones y autorizar la suspensión de concesiones y otras obligaciones bajo los acuerdos cubiertos. El Organismo de Solución de Diferencias en la práctica es el mismo Consejo General de la OMC, éste se convoca como Órgano de Solución de Diferencias para administrar las reglas y procedimientos del entendimiento Sobre Solución de Diferencias.

b. Paneles: Conformado por grupos de expertos para conocer y decidir sobre las diferencias comerciales en el marco del Sistema de Solución de Controversias de la OMC, es una entidad de carácter temporal que realiza una valoración de carácter objetivo sobre la controversia sometida a su conocimiento.

c. Organismo de Apelación: es una entidad internacional de carácter permanente, cuyos miembros son nombrados por el Organismo de Solución de Diferencias para un período de cuatro años, pudiendo ser reelectos por un término más. Conoce en apelación del informe emitido por el panel, pudiendo confirmar, modificar o invertir lo establecido en el informe respectivo por el panel.[194]

[194] DYMOND, WILLIAM A., *op. cit.*, p.34: "Otras instituciones: Aparte del OSD, paneles y el Organismo de Apelación, hay varias otras instituciones y personas involucradas en los esfuerzos de la OMC para resolver diferencias entre sus miembros. Estas instituciones y personas incluyen árbitros bajo los Artículos 21.3, 22.6, o 25 del ESD, el Organismo de Supervisi"on Textil bajo el ATC, el Grupo Permanente de Expertos de Revisión bajo el Artículo 13 del ESD y el Artículo 11.2 del Acuerdo de SPS, el Presidente del OSD y el Director General de la OMC. Además la Secretaría de la OMC y la Secretaría del Organismo de Apelación juegan papeles importantes en proporcionar apoyo administrativo y legal a los paneles y el Organismo de Apelación respectivamente".

CONCLUSIONES

1. En el ámbito nacional la utilización de los medios alternos de solución de controversias tiene un fundamento en la Constitución de la República. En dicha ley primaria se establece que ninguna persona que tenga la libre disposición de sus bienes puede ser privada de solucionar sus diferencias a través de transacción (naturaleza jurídica del acuerdo de mediación) o arbitramento.

   Los medios alternos de solución de controversias no se limitan a la mediación, conciliación y al arbitraje (que son los más conocidos). Este término incluye a toda una gama de procedimientos cuyo objetivo es resolver una controversia sin que sea necesario recurrir al litigio. Precisamente la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje en su artículo dos ha establecido un marco amplio para la práctica de cualquier medio alterno de solución de diferencias que se enmarque dentro de la legalidad.

   A escala internacional, estos métodos por sus características de confidencialidad y brevedad (entre otras ventajas) se han convertido en las vías idóneas para resolver las diferencias comerciales entre particulares. A ello debe agregarse que la ratificación de tratados de libre comercio conllevará a una mayor práctica de estos procedimientos en los países en vías de desarrollo, ya que los inversionistas extranjeros prefieren recurrir a estas vías que a los tribunales comunes.

2. Las principales innovaciones que incorporó la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje de El Salvador fueron las siguientes:
   a. La incorporación de la mediación como medio alterno de solución de controversias a nivel civil y comercial. La ley confirió fuerza ejecutiva al acuerdo alcanzado por esta vía. Estableciendo que el acta que extienda el centro de mediación del acuerdo parcial o total de la disputa tiene dicha característica. Sin embargo la ley no se pronunció referente a la mediación *ad hoc*, pero en nuestro criterio por ser la transacción (naturaleza jurídica del acuerdo) un contrato estaría sujeto a las formalidades establecidas en el Derecho común para su formalización.

b. Consagra la mediación y el arbitraje institucional y eliminó la necesidad de recurrir a procedimientos judiciales para la constitución de un tribunal arbitral. Regula la constitución del convenio arbitral de conformidad con los principios de la Ley Modelo CNUDMI.

c. Estableció la sana crítica como sistema de valoración de la prueba para el proceso arbitral de conformidad al artículo 55 de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje. Esto constituye una enorme ventaja sobre el proceso judicial en El Salvador, ya que en éste impera el sistema de la prueba tasada que limita las facultades de valoración del juzgador.

d. Incorporó la regulación del arbitraje técnico. Cabe advertir que existe una diferencia de opiniones en la doctrina con respecto a una clasificación aparte de esta clase de arbitraje, puesto que en realidad se trata para algunos de un verdadero arbitraje de equidad.

e. Introdujo el principio moderno de la "competencia de la competencia" ("*Kompetenz- Kompetenz*") que consiste en la facultad del tribunal arbitral de examinar su propia competencia. Con esta figura se eliminan en la práctica las maniobras dilatorias de litigantes que conforme a la anterior legislación recurrían a la constitución de verdaderos juicios sumarios para dirimir esta situación y retardar el trámite del proceso arbitral.

f. Eliminó los medios de impugnación del laudo arbitral. Éste no está sujeto a apelación o casación. El único recurso que existe es la nulidad, la cual no constituye una segunda instancia del proceso y sólo procede por las causales taxativamente establecidas en el artículo 68 de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje.

3. Es pertinente admitir que si bien la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje de El Salvador constituyó un avance en el campo de los medios alternos de solución de controversias, son necesarias las reformas de algunos artículos, cuyos comentarios y fundamentos son los siguientes:

a. La falta de congruencia con las disposiciones referentes a la solución de controversias, en especial el arbitraje (de carácter forzoso) contenidas en el capítulo octavo de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones de la Administración Pública (LACAP). Esta última consagra en su artículo 173 que es una ley de carácter especial y que para la derogatoria de sus disposiciones se necesita de una norma expresa que así lo determine. La Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje no reformó ni derogó expresamente el articulado referido, aunque sí la Sección Tercera, Capítulo II, Título I, Libro Primero, Parte Primera del Código de Procedimientos Civiles, que contenía los artículos del 56 al 79 que regulaban en lo medular, el inconcluso proceso de arbitraje que contiene la LACAP, por lo que al entrar en vigencia Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje dejó algunas dudas en el trámite arbitral que se desarrolla conforme a la LACAP. Por lo anterior conforme a nuestro criterio sería necesaria una reforma orientada a clarificar estos puntos.

b. Es necesario clarificar que en el caso de la interposición de la interposición de un recurso de aclaración o explicación de un laudo, el tribunal arbitral correspondiente tendría competencia para evacuarlo si es interpuesto en tiempo y forma, aunque en el período que se tome para resolverlo se venza el plazo establecido por la ley o las partes, para la duración del proceso arbitral.

c. Se debe facultar a un tribunal arbitral para que pueda dictar medidas cautelares. Esta potestad no fue conferida de manera expresa en la ley y puede dar lugar a situaciones problemáticas en la práctica.

d. Es oportuno decretar la derogatoria de la sección tercera de la ley denominada "Del Arbitraje Internacional y Extranjero", ya que dicho articulado es innecesario e induce a confusión. Lo anterior debido a que nunca sería necesaria la aplicación de dicho articulado a nivel internacional, ya que El Salvador ratificó la Convención de Nueva York sin establecer reserva alguna en cuanto al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales pronunciados en el extranjero.

4. Los medios alternos de solución de controversias no implican la ausencia total de la participación del órgano judicial, ni mucho menos

su sustitución. El rol de la autoridad judicial es imprescindible en toda sociedad. Hay conflictos que por su propia naturaleza y por disposición de la ley son de exclusiva competencia de los tribunales comunes.

El órgano judicial puede auxiliar a un tribunal arbitral en las siguientes áreas: designación de árbitros, asistencia judicial en la práctica de prueba, adopción y ejecución de medidas cautelares, ejecución forzosa del laudo, conocimiento de la acción de anulación del laudo y del exequátur de laudos extranjeros. Por lo anterior podemos concluir que la participación del órgano judicial es trascendental para el desarrollo de los medios alternos de solución de controversias.

5. Para un eficaz desarrollo de los medios alternos de solución de controversias en El Salvador no basta una legislación que introduzca los principios modernos sobre la materia. Es fundamental además inculcar un cambio de paradigmas en el profesional del Derecho cuya educación se centraliza en la preparación para el litigio. Lo anterior nos conduce a la urgencia de examinar los programas de estudio de las facultades de Derecho, que desconocen o miran con desdén hasta el momento el tema. Sin la adecuada preparación de los abogados, estudiantes de Derecho y de los jueces (estos últimos son agentes fundamentales para el desarrollo y eficiencia de los medios alternos de solución de controversias) la aprobación de una ley al respecto, es un avance pírrico en la materia. Ésta es en conclusión, una de las grandes debilidades de los medios alternos de solución de controversias en nuestro país.

6. La mediación nos permite alcanzar soluciones creativas de conformidad con la negociación basada en intereses que responde al teorema "ganador- ganador". Además las partes en todo momento tienen el control del resultado, ya que el mediador es un tercero neutral que carece de poder de decisión, pero es un catalizador de la comunicación entre las partes para el logro de un acuerdo.

Por todo lo anterior uno de los grandes factores para que la mediación pueda desarrollarse con éxito es la selección del mediador y que éste cumpla con eficiencia el rol que le corresponde. De lo anterior

se desprende la importancia del estudio de los aspectos ético-jurídicos de la función del mediador.

En el marco del Derecho comparado existen diferencias en cuanto a la naturaleza del acuerdo logrado a través de la mediación en los países con sistema anglosajón (*"commom law"*) y en los países con sistema romano germánico. En los primeros la práctica generalmente aceptada es darle a un acuerdo de mediación el tratamiento correspondiente de acuerdo a los principios tradicionales de la ley del contrato. Incluso existen diferencias al respecto ya que algunos opinan que un acuerdo de mediación sólo será ejecutable si contiene una cláusula expresa que este acuerdo será ejecutable en un tribunal, mientras que otros han argumentado que esta clase de acuerdos nunca serán ejecutivos. Por ello es que en algunas legislaciones (Nueva York) se autoriza la conversión de los acuerdos de mediación en laudos arbitrales ejecutivos o se ha permitido que este tipo de acuerdos al ser aprobados por un tribunal sean ejecutivos como si fueran una orden de la Corte (Colorado). En cambio en los países con tradición romana germánica y estados y provincias de la misma corriente como Luisiana y Québec, este acuerdo equivale a una transacción por lo que en caso de incumplimiento es plenamente ejecutivo y tiene un efecto *res judicata.*

Ante la ratificación de tratados de libre comercio que promueven el uso de medios alternos de solución de controversias entre particulares (entre países con sistemas jurídicos distintos como El Salvador y Estados Unidos), sería conveniente la formulación de una convención internacional sobre mediación. Este tratado podría establecer un procedimiento sencillo y uniforme para la ejecución de un acuerdo obtenido por medio de una mediación internacional (sería el equivalente a la Convención de Nueva York con respecto al arbitraje).

7. Para que el arbitraje nacional e internacional funcione eficientemente, a nuestro criterio son importantes dos puntos (entre otros): El primero es la adecuada redacción de una cláusula arbitral, a efecto que ésta contenga todos sus elementos esenciales (de forma y de validez). La pésima redacción de los convenios arbitrales puede conllevar a la configuración de las denominadas cláusulas patológicas. El otro

Harold C. Lanza

factor fundamental es la selección de los árbitros: deben ser profesionales capacitados en la materia arbitral y en el objeto de fondo del proceso.

Esto último es esencial también porque los árbitros deben reconocer que aunque en el proceso arbitral prive el principio de informalidad (en relación con la solemnidad del proceso judicial), ello no puede conllevar a que no se observen las garantías del debido proceso en su desarrollo. La violación a estos preceptos no sólo puede configurar una causal de un eventual recurso de nulidad del laudo, sino también la interposición de un proceso de amparo (que en la legislación salvadoreña incluso conlleva responsabilidad patrimonial para el infractor) por la parte afectada. Esta valoración es aplicable incluso al arbitraje de equidad.

8. El carácter de internacional de un arbitraje viene dado de conformidad a los preceptos dados por la Ley Modelo CNUDMI y recogidos por la mayoría de legislaciones por la consideración de los siguientes elementos:

a. Si partes de un convenio arbitral tienen al momento de celebrarlo sus domicilios en estados diferentes

b. El lugar del arbitraje es distinto del domicilio en el cual las partes tienen su domicilio.

c. El lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, es distinto al del lugar donde las partes tienen su domicilio. En estos casos, el arbitraje y el laudo resultante de éste, producirá efectos jurídicos en diferentes Estados.

La importancia de esta evaluación radica en que ello determinará el procedimiento a seguir para la ejecución del laudo (en caso de ser solicitado por la parte interesada) y la normativa aplicable.

En ese sentido, una de las enormes ventajas que posee el arbitraje internacional es la ejecución del laudo en el extranjero (conveniente cuando se trata de un arbitraje internacional y una de las partes tiene su domicilio en otro país). Este problema ha sido resuelto por la Convención de Nueva York celebrada el diez de junio de 1958 que se denomina *Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de*

las Sentencias Arbítrales Extranjeras, (ratificada por El Salvador el 22 de octubre de 1997). El procedimiento que establece dicho instrumento es fácil, ágil y poco burocrático.

Conforme a la referida Convención, la parte que desea obtener el reconocimiento y ejecución de un laudo deberá presentar junto a la demanda el original del laudo arbitral o copia del original que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad y el original del acuerdo de arbitraje o copia fehaciente.

Cabe agregar que el juez del país donde el laudo se habrá de ejecutar no debe convertirse en una segunda instancia de conocimiento del fondo o sustancia de la resolución. Éste simplemente debe verificar si la ejecución del laudo se hace conforme a lo establecido en la Convención.

De igual manera la Convención Interamericana Sobre Arbitraje Comercial Internacional o Convención de Panamá celebrada el 30 de enero de 1975 y ratificada el 19 de mayo de 1980 por El Salvador, establece que los laudos tendrán fuerza de sentencia judicial ejecutoriada y que su ejecución y reconocimiento se realizará de la misma forma que las sentencias pronunciadas por los ordinarios nacionales o extranjeros, según las leyes procesales del país donde se ejecuten y lo que establezcan al respecto los tratados internacionales.

9. Otro aspecto sobresaliente en el arbitraje internacional es el choque entre los sistemas anglosajón (*common law*) y romano germánico. Esta colisión se concretiza en aspectos tales como el descubrimiento y exhibición de la prueba (*discovery)*. Lo que implica que los abogados nacionales deben de conocer el funcionamiento de dicho sistema ya que ante una eventual participación en un proceso arbitral de esta naturaleza, nos encontraríamos en desventaja como litigantes (e incluso como árbitros).

Sin embargo, a nuestro juicio la principal desventaja que podría configurar el arbitraje internacional (para un país en vías de desarrollo como El Salvador) es su alto costo económico. Sobretodo en el arbitraje

institucional en el que debe de pagarse una tasa administrativa a la institución respectiva, además de los honorarios de los árbitros y litigantes (y los eventuales gastos adicionales). Lo anterior podría conllevar en la práctica a una falta de acceso al arbitraje (y consecuentemente a la aplicación de justicia) para una parte afectada en caso de no contar con los fondos disponibles para accionarlo.

10. La eficacia, confidencialidad y agilidad de los medios alternos de solución de diferencias ha permitido su utilización en los diversos tratados de libre comercio a efecto de dirimir las controversias comerciales entre los Estados, a tal grado que prácticamente todo instrumento de esta naturaleza contiene un capítulo sobre el tema. En este ámbito existen dos sistemas para la solución de conflictos: El negociado y el judicial.
El primero está orientado a que las partes logren un acuerdo por la vía de la negociación. Sus defensores alegan entre otros argumentos, que el sistema judicial no garantiza que la parte que ha incumplido y ha obtenido un laudo o sentencia en su contra, va acatar dicha resolución por lo que ante dicha situación siempre será necesario recurrir a una solución negociada.

En el sistema judicial en cambio, la controversia se dirime a través de un laudo o sentencia por parte de un órgano de solución de controversias. Su objetivo principal es la supresión de la medida ilegal o del incumplimiento y la preservación de los derechos y obligaciones de los miembros del tratado, busca pues, el cumplimiento del orden jurídico. En caso de no cumplirse lo resuelto en el fallo, generalmente ha lugar a una compensación de carácter transitoria y provisional.

Operan también en este sistema, las denominadas medidas de represalia (ejemplo: la suspensión de beneficios). Los partidarios de este enfoque, entre otros aspectos abogan que el esquema negociado puede dejar desprotegida a la parte más débil, lo que no ocurre con el sistema judicial que procura por sobretodo el cumplimiento estricto del orden jurídico. El sistema negociado en cambio puede dar lugar a dilaciones, demoras y bloqueos y tiene ventaja quien negocia mejor. Es decir la solución no necesariamente corresponde a lo establecido en el tratado.

Nuestra conclusión es que efectivamente la adopción del sistema judicial, en el ámbito de la solución de controversias a nivel de los tratados de libre comercio ha demostrado ser más eficiente que el sistema negociado punto demostrado en la evolución del sistema de solución diferencias de la OMC con respecto al GATT.

11. En el marco de la solución de diferencias en el comercio internacional es preciso conocer aspectos fundamentales como:
a. La causalidad de los conflictos comerciales y el marco de aplicación del tratado respectivo.
b. La legitimación para activar un mecanismo de solución de controversias.
c. La elección del foro.

En las disputas surgidas de conformidad a los mecanismos de solución de controversias de los tratados de libre comercio, sólo los Estados partes pueden activar dicho mecanismo (no las empresas o sectores privados). Ello en razón de que los Estados funcionan como filtro de los casos y deben utilizar su discreción para activar un mecanismo de solución de controversias, evitando con ello un efecto de "casa de cristal" es decir contrademandas desordenadas y múltiples si se permitiera que el sector privado y organizaciones no gubernamentales accedieran directamente a estos mecanismos.

Además en dichas circunstancias, en caso de que se pueda activar varios mecanismos de solución de controversias (el del tratado respectivo y el de la OMC, por ejemplo) sólo puede recurrirse a uno de ellos a la vez por la misma causal. La elección de un foro exceptúa al otro.

12. El CAFTA, es un tratado que posee la peculiaridad de permitir activar el mecanismo de solución de diferencias no sólo por aspectos concernientes a la materia comercial sino también referente al ámbito medioambiental y laboral.

En los conflictos de inversión en el marco del CAFTA, las disposiciones pertinentes establecen que después del plazo de seis meses transcurridos desde el acontecimiento de los actos que han motivado

la reclamación por parte del inversionista, éste podrá someter a arbitraje su reclamo de conformidad a:

a. El Convenio sobre la Solución de Controversias sobre Inversiones Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados de 1965 (Convenio CIADI), siempre que sean partes del convenio la Parte del inversionista y la Parte contendiente.

b. Las Reglas del mecanismo Complementario del CIADI siempre que cualquiera de las partes (y no las dos) formen parte del Convenio.

Las reglas de arbitraje de la UNCITRAL (para el caso de un arbitraje *ad hoc*). Es oportuno concluir que al haber El Salvador (Al igual que Estados Unidos) ratificado la Convención Sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados de 1965 conocida también como Convención de Washington, en caso de conflictos entre un inversionista privado y el Estado de El Salvador, tendría que recurrirse a arbitraje conformidad al Reglamento de la CIADI, para dirimir este tipo de controversias.

ANEXOS

CONVENCIÓN SOBRE EL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS ARBITRALES EXTRANJERAS.

Artículo I

1.- La presente Convención se aplicará al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquel en que se pide el reconocimiento y la ejecución de dichas sentencias, y que tengan su origen en diferencias entre personas naturales o jurídicas. Se aplicará también a las sentencias arbitrales que no sean consideradas como sentencias nacionales en el Estado en el que se pide su reconocimiento y ejecución.

2.- La expresión "sentencia arbitral" no sólo comprenderá las sentencias dictadas por los árbitros nombrados para casos determinados, sino también las sentencias dictadas por los órganos arbitrales permanentes a los que las partes se hayan sometido.

3.- En el momento de firmar o de ratificar la presente Convención, de adherirse a ella o de hacer la notificación de su extensión prevista en el artículo X, todo Estado podrá, a base de reciprocidad, declarar que aplicará la presente Convención al reconocimiento y a la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de otro Estado Contratante únicamente. Podrá también declarar que sólo aplicará la Convención a los litigidos surgidos de relaciones jurídicas, sean o no contractuales, consideradas comerciales por su derecho interno.

Artículo II

1.- Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.

2.- La expresión "acuerdo por escrito" denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas.

3.- El Tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se somete un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable.

Artículo III

Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá la autoridad de la sentencia arbitral y concederá su ejecución de conformidad con las normas de procedimiento vigentes en el territorio donde la sentencia sea invocada, con arreglo a las condiciones que se establecen en los artículos siguientes. Para el reconocimiento o la ejecución de las sentencias arbitrales a que se aplica la presente Convención, no se impondrán condiciones apreciablemente más rigurosas, ni honorarios o costas más elevados, que los aplicables al reconocimiento o a la ejecución de las sentencias arbitrales nacionales.

Artículo IV

1.- Para obtener el reconocimiento y la ejecución previstos en el artículo anterior, la parte que pida el reconocimiento y la ejecución deberá presentar, junto con la demanda:

a) El original debidamente autenticado de la sentencia o una copia de ese original que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad;

b) El original del acuerdo a que se refiere el artículo II, o una copia que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad.

2. Si esa sentencia o ese acuerdo no estuvieran en un idioma oficial del país en que se invoca la sentencia, la parte que pida el reconocimiento y la ejecución de esta última deberá presentar una traducción a ese idioma de dichos documentos. La traducción deberá ser certificada por un traductor oficial o un traductor jurado, o por un agente diplomático o consular.

Artículo V

1. Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución:

a) Que las partes en el acuerdo a que se refiere el artículo II estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la Ley que es aplicable 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 la sentencia; o
b) Que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa; o
c) Que la sentencia se refiere a una diferencia no prevista en el compromiso o no comprendida en las disposiciones de la cláusula compromisoria, o contiene decisiones que exceden de los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria; no obstante, si las disposiciones de la sentencia que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no han sido sometidas al arbitraje, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras; o
d) Que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado a la Ley del país donde se ha efectuado el arbitraje; o
e) Que la sentencia no es aún obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia.

2,- También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución, comprueba:
a) Que, según la ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje; o
b) Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serian contrarios al orden público de ese país.

Artículo VI
Si se ha pedido a la autoridad competente prevista en el artículo V, párrafo 1 e), la anulación o la suspensión de la sentencia. La autoridad ante la cual se invoca dicha sentencia podrá, si lo considera procedente, aplazar la decisión sobre la ejecución de la sentencia y, a instancia de la parte que pida la ejecución, podrá también ordenar a la otra parte que dé garantías apropiadas.

Artículo VII
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.

2.- El Protocolo de Ginebra de 1923 relativo a las cláusulas de arbitraje y la Convención de Ginebra de 1927 sobre la ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras dejarán de surtir efectos entre los Estados Contratantes a partir del momento y en la medida en que la presente Convención tenga fuerza obligatoria para ellos.

Artículo VIII

1.- La presente Convención estará abierta hasta el 31 de diciembre de 1958 a la firma de todo Miembro de las Naciones Unidas, así como de cualquier otro Estado que sea o llegue a ser miembro de cualquier organismo especializado de las Naciones Unidas, o sea o llegue a ser parte en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia o de todo otro Estado que haya sido invitado por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

2.- La presente Convención deberá ser ratificada y los instrumentos de ratificación se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

Artículo IX

1.- Podrán adherirse a la presente Convención todos los Estados a que se refiere el artículo VIII.

2.- La adhesión se efectuará mediante el depósito de un instrumento de adhesión en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

Artículo X

1.- Todo Estado podrá declarar, en el momento de la firma, de la ratificación o de la adhesión que la presente convención se hará extensiva a todos los territorios cuyas relaciones internacionales tenga a su cargo, o a uno o varios de ellos. Tal declaración surtirá efecto a partir del momento en que la Convención entre en vigor para dicho Estado.

2.- Posteriormente, esa extensión se hará en cualquier momento por notificación dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas y surtirá efecto a partir del nonagésimo día siguiente a la fecha en que el Secretario General de las Naciones Unidas haya recibido tal notificación o en la fecha de entrada en vigor de la Convención para tal Estado, si esta última fecha fuere posterior.

3.- Con respecto a los territorios a los que no se haya hecho extensiva la presente Convención en el momento de la firma, de la ratificación o de la adhesión, cada Estado interesado examinará la posibilidad de adoptar las medidas necesarias para hacer extensiva la aplicación de la presente Convención a tales territorios, a reserva del consentimiento de sus gobiernos cuando sea necesario por razones constitucionales.

Artículo XI

Con respecto a los Estados federales o no unitarios, se aplicarán las disposiciones siguientes:

a) En lo concerniente a los artículos de esta Convención cuya aplicación dependa de la competencia legislativa del poder federal, las obligaciones del gobierno federal serán, en esta medida, las mismas que las de los Estados Contratantes que no son Estados federales;

b) En lo concerniente a los artículos de esta Convención cuya aplicación dependa de la competencia legislativa de cada uno de los Estados o provincias constituyentes que, en virtud del régimen constitucional de la federación, no estén obligados a adoptar medidas legislativas, el gobierno federal, a la mayor brevedad posible y con su recomendación favorable, pondrá dichos artículos en conocimiento de las autoridades competentes de los Estados o provincias constituyentes;

c) Todo Estado federal que sea Parte en la presente Convención proporcionará, a solicitud de cualquier otro Estado Contratante que le haya sido transmitida por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, una exposición de la legislación y de las prácticas vigentes en la federación y en sus entidades constituyentes con respecto a determinada disposición de la Convención, indicando la medida en que por acción legislativa o de otra índole, se haya dado efecto a tal disposición.

Artículo XII

1.- La presente Convención entrará en vigor el nonagésimo día siguiente a la fecha del depósito del tercer instrumento de ratificación o de adhesión.

2.- Respecto a cada Estado que ratifique la presente Convención o se adhiera a ella después del depósito del tercer instrumento de ratificación o de adhesión, la presente Convención entrará en vigor el nonagésimo día siguiente a la fecha del depósito por tal Estado de su instrumento de ratificación o de adhesión.

Artículo XIII

1.- Todo Estado Contratante podrá denunciar la presente Convención mediante notificación escrita dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas. La denuncia surtirá efecto un año después de la fecha en que el Secretario General haya recibido la notificación.

2.- Todo Estado que haya hecho una declaración o enviado una notificación conforme a lo previsto en el Artículo X, podrá declarar en cualquier momento posterior, mediante notificación dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas, que la Convención dejará de aplicarse al territorio de que se trate un año después de la fecha en que el Secretario General haya recibido tal notificación.

3.- La presente Convención seguirá siendo aplicable a las sentencias arbitrales respecto de las cuales se haya promovido un procedimiento para el reconocimiento o la ejecución antes de que entre en vigor la denuncia.

Artículo XIV

Ningún Estado Contratante podrá invocar las disposiciones de la presente Convención respecto de otros Estados Contratantes más que en la medida en que él mismo esté obligado a aplicar esta Convención.

Artículo XV

El Secretario General de las Naciones Unidas notificará a todos los Estados a que se refiere el Artículo VIII;

a) Las firmas y ratificaciones previstas en el artículo VIII:

b) Las adhesiones previstas en el artículo IX;

c) Las declaraciones y notificaciones relativas a los artículos I, X, Y XI;

d) La fecha de entrada en vigor de la presente Convención, en conformidad con el artículo XII;

e) Las denuncias y notificaciones previstas en el artículo XIII;

Artículo XVI

1.- La presente Convención, cuyos textos chino, español, francés, inglés y ruso serán igualmente auténticos, será depositada en los archivos de las Naciones Unidas.

2.- El Secretario General de las Naciones Unidas transmitirá una copia certificada de la presente Convención a los Estados a que se refiere el artículo VIII.

ACUERDO No. 1069
San Salvador, 25 de septiembre de 1997.
Vista la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Arbitraje Comercial Internacional denominado "Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras", la cual consta de Dieciséis Artículos, abierta a firma en la Sede de la Organización de las Naciones Unidas en Nueva York, Estados Unidos de América, el 10 de junio de 1958; el Organo Ejecutivo en el Ramo de Relaciones Exteriores, ACUERDA: a) Aprobarla en todas sus partes y b) Someterla a consideración de la Honorable Asamblea Legislativa para que si lo tiene a bien se sirva otorgarle su ratificación. COMUNÍQUESE.

El Ministro de Relaciones Exteriores, González Giner.

DECRETO No.114.-

LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR, CONSIDERANDO:
I. Que la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Arbitraje Comercial Internacional, denominada: "Convención Sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras", compuesta de Dieciséis Artículos, abierta a firma en la Sede de la Organización de las Naciones Unidas en Nueva York, Estados Unidos de América, el 10 de junio de 1958;
II. Que la referida Convención tiene como finalidad, aplicarse al reconocimiento y la ejecución de sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquel en que se pide el reconocimiento y la ejecución de dichas sentencias, y que tengan su origen basado en diferencias entre personas naturales o jurídicas; y que las disposiciones de la misma no afectarán la validez de los acuerdos multilaterales o bilaterales relativos a los términos relacionados, concertados por los Estados Contratantes ni privarán a ninguna

de las partes interesadas de cualquier derecho que pudiera tener una sentencia arbitral en la forma y medida admitidas por la legislación o los tratados del país donde dicha sentencia se invoque;
III. Que el Instrumento arriba mencionado, fue aprobado en todas sus partes por el Organo Ejecutivo mediante el Acuerdo No. 1069 de fecha 25 de septiembre de 1997, emitido en el Ramo de Relaciones Exteriores y no contiene ninguna disposición contraria a la Constitución, por lo que es procedente su ratificación;

POR TANTO: En uso de sus facultades constitucionales y a iniciativa del Presidente de la República, por medio del Ministro de Relaciones Exteriores y de conformidad al Art. 131 ordinal 7º de la Constitución, en relación con el Art. 168 ordinal 4º de la misma,

DECRETA:
Art. 1.- Ratificase en todas sus partes la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Arbitraje Comercial Internacional, denominada: "Convención Sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras", compuesta de Dieciséis Artículos, abierta a firma en la Sede de la Organización de las Naciones Unidas en Nueva York, Estados Unidos de América, el 10 de junio de 1958; dicha Convención fue aprobada por el Organo Ejecutivo en el Ramo de Relaciones Exteriores, mediante el Acuerdo No. 1069 de fecha 25 de septiembre de 1997.
Art. 2.- El presente Decreto entrará en vigencia desde el día de su publicación en el Diario Oficial.
DADO EN EL SALON AZUL DEL PALACIO LEGISLATIVO: San Salvador, a los veintidós días del mes de octubre de mil novecientos noventa y siete.

CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL.

Los Gobiernos de los Estados Unidos Miembros de la Organización de los Estados Americanos, deseosos de concertar una Convención sobre Arbitraje Comercial Internacional, han acordado lo siguiente:

Artículo 1
Es válido el acuerdo de las partes en virtud del cual se obligan a someter a decisión arbitral las diferencias que pudiesen surgir o que hayan surgido entre ellas con relación a un negocio de carácter mercantil. El acuerdo respectivo constará en el escrito firmado por las partes o en el canje de cartas, telegramas o comunicaciones por telex.

Artículo 2
El nombramiento de los árbitros se hará en la forma convenida por las partes. Su designación podrá delegarse a un tercero sea éste persona natural o jurídica. Los árbitros podrán ser nacionales o extranjeros.

Artículo 3
A falta de acuerdo expreso entre las partes el arbitraje se llevará a cabo conforme a las reglas de procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial.

Artículo 4
Las sentencias o laudos arbitrales no impugnables según la ley o reglas procesales aplicables, tendrán fuerza de sentencia judicial ejecutoriada. Su ejecución o reconocimiento podrá exigirse en la misma forma que la de las sentencias dictadas por tribunales ordinarios nacionales o extranjeros, según las leyes procesales del país donde se ejecuten, y lo que establezcan al respecto los tratados internacionales.

Artículo 5
1. Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a solicitud de la parte contra la cual es invocada, si ésta prueba ante la autoridad competente del Estado en que se pide el reconocimiento y la ejecución:
a. Que las partes en el acuerdo estaban sujetas a alguna incapacidad en

virtud de la ley que les es aplicable o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiere indicado a este respecto, en virtud de la ley del Estado en que se haya dictado la sentencia; o
b. Que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no haya sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no haya podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa; o
c. Que la Sentencia se refiera a una diferencia no prevista en el acuerdo de las partes de sometimiento al procedimiento arbitral; no obstante, si las disposiciones de la sentencia que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no hayan sido sometidas al arbitraje, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras; o
d. Que la constitución del Tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se hayan ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se hayan ajustado a la ley del Estado donde se hayan efectuado el arbitraje; o
e. Que la sentencia no sea aún obligatoria para las Partes o haya sido anulada o suspendida por una autoridad competente del Estado en que, o conforme a cuya ley, haya sido dictada esa sentencia.

2. También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del Estado en que se pide el reconocimiento y la ejecución comprueba:
a. Que, según la ley de este Estado, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje; o
b. Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia sean contrarios al orden público del mismo Estado.

Artículo 6
Si se ha pedido a la autoridad competente prevista en el artículo 5, párrafo 1 e), la anulación o la suspensión de la sentencia, la autoridad ante la cual se invoca dicha sentencia podrá, si lo considera procedente, aplazar la decisión sobre la ejecución de la sentencia y, a solicitud de la parte que pida la ejecución, podrá también ordenar a la otra parte que otorgue garantías apropiadas.

Artículo 7
La presente Convención estará abierta a la firma de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos.

Artículo 8
La presente Convención quedará, abierta a la adhesión de cualquier otro Estado. Los instrumentos de adhesión se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

Artículo 9
La presente Convención quedará abierta a la adhesión de cualquier otro Estado. Los instrumentos de adhesión se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americano.

Articulo 10
La presente Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el segundo instrumento de ratificación.
Para cada Estado que ratifique la Convención o se adhiera a ella después de haber sido depositado el segundo instrumento de ratificación, la Convención entrará en vigor el trigésimo dia a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o adhesión.

Artículo 11
Los Estados Partes que tengan dos o más unidades territoriales en la que rijan distintos sistemas juridicos relacionados con cuestiones tratadas en la presente Convención, podrán declarar, en el momento de la firma, ratificación o adhesión, que la convención se aplicará a todas sus unidades territoriales o solamente a una o más de ellas.

Tales declaraciones podrán ser modificadas mediante declaraciones ulteriores, que especificarán expresamente la o las unidades territoriales a las que se aplicará la presente Convención. Dichas declaraciones ulteriores se transmitirán a la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos y surtirán efecto treinta días después de recibidas.

Artículo 12
La presente Convención regirá indefinidamente, pero cualquiera de los Estados Partes podrá denunciarla. El instrumento de denuncia será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Transcurrido un año, contado a partir de la fecha de depósito del instrumento de denuncia, la Convención cesará en sus efectos para el Estado denunciante, quedando subsistente para los demás Estados Partes.

Artículo 13

El instrumento original de la presente Convención, cuyos textos en español, fránces, inglés y portugués son igualmente auténticos, será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Dicha Secretaría notificará a los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos y a los Estados que se hayan adherido a la Convención, las firmas, los depósitos de instrumentos de ratificación, adhesión y denuncia, así como las reservas que hubiere. También les transmitirá las declaraciones previstas en el Artículo 11 de la presente Convención.

EN FE DE LO CUAL, los plenipotenciarios infrascritos, debidamente autorizados por sus respectivos Gobiernos, firman la presente Convención.

HECHA EN LA CIUDAD DE PANAMÁ, República de Panamá, el día treinta de enero dos mil novecientos setenta y cinco.

Acuerdo Nº 109.
San Salvador, 7 de febrero de 1979.
El Poder Ejecutivo en el Ramo de Relaciones Exteriores,

CONSIDERANDO:

I- Que es conveniente adoptar para el país las disposicones del derecho internacional privado americano que tengan por finalidad facilitar entre los nacionales de los Estados de la región el desarrollo y el intercambio de actividades de carácter mercantil y económico;

II-Que el 30 de enero de 1975, con motivo de la Primera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, el Embajador, Representante Permanente de El Salvador ante la Organización de los Estados Americanos, en aquella fecha el doctor Francisco Bertrand Galindo, firmó por El Salvador, en la ciudad de Panamá, República de Panamá, los instrumentos siguientes:

1- Convención Interamericana sobre conflictos de Leyes en materia de Letras de Cambio, Pagarés y Facturas, compuesta de un preámbulo y dieciocho artículos.

2- Convención Interamericana sobre Régimen Legal de Poderes para ser utilizados en el Extranjero, compuesta de un preámbulo y diecinueve artículos.

3- Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, compuesta de un preámbulo y veintícinco Artículos.

4- Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, compuesta de un preámbulo y veintitrés artículos.
5- Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, compuesta de un preámbulo y trece artículos

III- Que el Ministerio de Justicia ha emitido dictámenes respecto de dichas convenciones, en el orden en que se mencionan por medio de notas números 1191, 1207, 1649, 2120 y 6780, fechadas 30 de enero de 1978, 22 de febrero de 1978, 30 de marzo de 1978, y 15 de diciembre de 1978.

POR TANTO, ACUERDA:
Aprobar los textos de las Convenciones antes mencionadas y someterlas a ratificación de la Honorable Asamblea Legislativa, con recomendación de que previamente sea oída la opinión de la Honorable Corte Suprema de Justicia. Comuníquese. (Rubricado por el señor Presidente). El Ministro de Relaciones Exteriores, RODRIGUEZ PORTH.

DECRETO Nº 236
LA JUNTA REVOLUCIONARIA DE GOBIERNO,
CONSIDERANDO:
I- Que con motivo de la Primera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, el Señor Embajador, Representante Permanente de El Salvador ante la Organización de los Estados Americanos, suscribió por nuestro país, en la ciudad de Panamá, República de Panamá, con fecha 30 de enero de 1975, los instrumentos siguientes: 1) Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Letras de Cambio, Pagarés y Facturas, compuesta de un preámbulo y dieciocho artículos; 2) Convención Interamericana sobre Régimen Legal de Poderes para ser utilizados en el Extranjero, compuesta de un preámbulo y diecinueve artículos; 3) Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, compuesta de un preánbulo y vienticinco artículos; 4) Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, compusta de un Preámbulo y veintitrés artículos; y 5) Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, compuesta de un preámbulo y trece artículos;

II- Que el Poder Ejecutivo en el Ramo de Relaciones Exteriores por Acuerdo No.109 emitido con fecha 7 de febrero de 1979, aprobó el texto de las Convenciones antes mencionadas, por estimar conveniente para nuestro

Derecho Internacional Privado Americano que tengan por finalidad facilitar entre los nacionales de los Estados de la región, el desarrollo y el intercambio de actividades de carácter mercantil y económico.

III- Que es procedente ratificar las Convenciones de que se ha hecho mérito, haciendo reserva expresa únicamente en cuanto a lo dispuesto en el Art. 7 de la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias;
POR TANTO, en uso de las facultades que le confiere el Decreto No.1 de 15 de octubre del año próximo pasado, publicado en el Diario Oficial No.191, Tomo 265 de la misma fecha,

DECRETA:
Art.1- Ratifícanse las Convenciones a que se refiere el Considerando I del presente Decreto, las cuales fueron suscritas por el Embajador, Representante Permanente de El Salvador ante la Organización de los Estados Americanos por parte de nuestro país, el día 30 de enero de 1975. con motivo de la Primera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, celebrada en la ciudad de Panamá, República de Panamá.
El Gobierno de El Salvador hace reserva de aplicación del Art. 7 de la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, que dice:
«Articulo 7.- Los tribunales de las zonas fronterizas de los Estados Partes podrán dar cumplimiento a los exhortos o cartas rogatorias previstos en esta Convención en forma directa, sin necesidad de legalizaciones».
Art.2.- El presente Decreto entrará en vigencia ocho días después de su publicación en el Diario Oficial.

DADO EN CASA PRESIDENCIAL: San Salvador, a los diecinueve días del mes de mayo de mil novecientos ochenta.

CONVENIO SOBRE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS INVERSIONES ENTRE ESTADOS Y NACIONALES DE OTROS ESTADOS

(Convención de Washington)
Celebrada en Washington el 18 de marzo de 1965

PREÁMBULO
Los Estados Contratantes

Considerando la necesidad de la cooperación internacional para el desarrollo económico y la función que en ese campo desempeñan las inversiones internacionales de carácter privado;

Teniendo en cuenta la posibilidad de que a veces surjan diferencias entre Estados Contratantes y nacionales de otros Estados Contratantes en relación con tales inversiones;

Reconociendo que aun cuando tales diferencias se someten corrientemente a sistemas procesales nacionales, en ciertos casos el empleo de métodos internacionales de arreglo puede ser apropiado para su solución;

Atribuyendo particular importancia a la disponibilidad de medios de conciliación o arbitraje internacionales a los que puedan los Estados Contratantes y los nacionales de otros Estados Contratantes, si lo desean, someter dichas diferencias;

Deseando crear tales medios bajo los auspicios del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento;

Reconociendo que el consentimiento mutuo de las partes en someter dichas diferencias a conciliación o a arbitraje a través de dichos medios constituye un acuerdo obligatorio, lo que exige particularmente que se preste la debida consideración a las recomendaciones de los conciliadores y que se cumplan los laudos arbitrales; y

Declarando que la mera ratificación, aceptación o aprobación de este Convenio por parte del Estado Contratante, no se reputara que constituye una obligación

de someter ninguna diferencia determinada a conciliación o arbitraje, a no ser que medie el consentimiento de dicho Estado;

Han acordado lo siguiente:

Capítulo I
Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones

Sección 1
Creación y Organización

Artículo 1
(1) Por el presente Convenio se crea el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en lo sucesivo llamado el Centro).

(2) El Centro tendrá por objeto facilitar la sumisión de las diferencias relativas a inversiones entre Estados Contratantes y nacionales de otros Estados Contratantes a un procedimiento de conciliación y arbitraje de acuerdo con las disposiciones de este Convenio.

Artículo 2
La sede del Centro será la oficina principal del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (en lo sucesivo llamado el Banco). La sede podrá trasladarse a otro lugar por decisión del Consejo Administrativo adoptada por una mayoría de dos terceras partes de sus miembros.

Artículo 3
El Centro estará compuesto por un Consejo Administrativo y un Secretariado, y mantendrá una Lista de Conciliadores y una Lista de Arbitros.

Sección 2
El Consejo Administrativo

Artículo 4
(1) El Consejo Administrativo estará compuesto por un representante de cada uno de los Estados Contratantes. Un suplente podrá actuar con carácter de representante en caso de ausencia del titular de una reunión o de incapacidad del mismo.

Harold C. Landau

(2) Salvo en caso de designación distinta, el gobernador y el gobernador suplente del Banco nombrados por un Estado Contratante serán ex officio el representante y el suplente de ese Estado, respectivamente.

Artículo 5

El Presidente del Banco será ex officio Presidente del Consejo Administrativo (en lo sucesivo llamado el Presidente) pero sin derecho a voto. En caso de ausencia o incapacidad para actuar y en caso de vacancia del cargo de Presidente del Banco, la persona que lo sustituya en el Banco actuara como Presidente del Consejo Administrativo.

Artículo 6

(1) Sin perjuicio de las demás facultades y funciones que le confieren otras disposiciones de este Convenio, el Consejo Administrativo tendrá las siguientes:
(a) adoptar los reglamentos administrativos y financieros del Centro;
(b) adoptar las reglas de procedimiento a seguir para iniciar la conciliación y el arbitraje;
(c) adoptar las reglas procesales aplicables a la conciliación y al arbitraje (en lo sucesivo llamadas Reglas de Conciliación y Reglas de Arbitraje);
(d) aprobar los arreglos con el Banco sobre la utilización de sus servicios administrativos a instalaciones;
(e) fijar las condiciones del desempeño de las funciones del Secretario General y de los Secretarios Generales Adjuntos;
(f) adoptar el presupuesto anual de ingresos y gastos del Centro;
(g) aprobar el informe anual de actividades del Centro.
Para la aprobación de lo dispuesto en los incisos (a), (b), (c) y (f) se requerirá una mayoría de dos tercios de los miembros del Consejo Administrativo.
(2) El Consejo Administrativo podrá nombrar las Comisiones que considere necesarias.
(3) Además, el Consejo Administrativo ejercerá todas las facultades y realizara todas las funciones que a su juicio sean necesarias para llevar a efecto las disposiciones del presente Convenio.

Artículo 7

(1) El Consejo Administrativo celebrara una reunión anual y las demás que sean acordadas por el Consejo, o convocadas por el Presidente, o por el Secretario General cuando lo soliciten a este ultimo no menos de cinco miembros del Consejo.

(2) Cada miembro del Consejo Administrativo tendrá un voto, y salvo disposición expresa en contrario de este Convenio, todos los asuntos que se presenten ante el Consejo se decidirán por mayoría de votos emitidos.
(3) Habrá quórum en las reuniones del Consejo Administrativo cuando esté presente la mayoría de sus miembros.
(4) El Consejo Administrativo podrá establecer, por mayoría de dos tercios de sus miembros, un procedimiento mediante el cual el Presidente pueda pedir votación del Consejo sin convocar a una reunión del mismo. Solo se considerara valida esta votación si la mayoría de los miembros del Consejo emiten el voto dentro del plazo fijado en dicho procedimiento.

Artículo 8
Los miembros del Consejo Administrativo y el Presidente desempeñarán sus funciones sin remuneración por parte del Centro.

Sección 3
El Secretariado

Artículo 9
El Secretariado estará constituido por un Secretario General, por uno o más Secretarios Generales Adjuntos y por el personal del Centro.

Artículo 10
(1) El Secretario General y los Secretarios Generales Adjuntos serán elegidos, a propuesta del Presidente, por el Consejo Administrativo por mayoría de dos tercios de sus miembros por un periodo de servicio no mayor de seis años, pudiendo ser reelegidos. Previa consulta a los miembros del Consejo Administrativo, el Presidente presentara uno 0 mas candidatos para cada uno de esos cargos.
(2) Los cargos de Secretario General y de Secretario General Adjunto serán incompatibles con el ejercicio de toda función política. Ni el Secretario General ni ningún Secretario General Adjunto podrán desempeñar cargo alguno o dedicarse a otra actividad, sin la aprobación del Consejo Administrativo.
(3) Durante la ausencia o incapacidad del Secretario General y durante la vacancia del cargo, el Secretario General Adjunto actuara como Secretario General. Si hubiere mas de un Secretario General Adjunto, el Consejo Administrativo determinara anticipadamente el orden en que deberán actuar como Secretario General.

Artículo 11
El Secretario General será el representante legal y el funcionario principal del Centro y será responsable de su administración, incluyendo el nombramiento del personal, de acuerdo con las disposiciones de este Convenio y los reglamentos dictados por el Consejo Administrativo, desempeñará la función de registrador, y tendrá facultades para autenticar los laudos arbitrales dictados conforme a este Convenio y para conferir copias certificadas de los mismos.

Sección 4
Las Listas

Artículo 12
La Lista de Conciliadores y la Lista de Árbitros estarán integradas por los nombres de las personas calificadas, designadas tal como se dispone mas adelante, y que estén dispuestas a desempeñar sus cargos.

Artículo 13
(1) Cada Estado Contratante podrá designar cuatro personas para cada Lista quienes podrán ser, o no, nacionales de ese Estado.
(2) El Presidente podrá designar diez personas para cada Lista, cuidando que las personas así designadas sean de diferente nacionalidad.

Artículo 14
(1) Las personas designadas para figurar en las Listas deberán gozar de amplia consideración moral, tener reconocida competencia en el campo del Derecho, del comercio, de la industria o de las finanzas, e inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio. La competencia en el campo del Derecho será circunstancia particularmente relevante para las personas designadas en la Lista de Árbitros.
(2) Al hacer la designación de las personas que han de figurar en las Listas, el Presidente deberá además tener presente la importancia de que en dichas Listas estén representados los principales sistemas jurídicos del mundo y los ramos más importantes de la actividad económica.

Artículo 15
(1) La designación de los integrantes de las Listas se hará por periodos de seis anos, renovables.

(2) En caso de muerte o renuncia de un miembro de cualquiera de las Listas, la autoridad que lo hubiere designado tendrá derecho a nombrar otra persona que le reemplace en sus funciones por el resto del periodo para el que aquel fue nombrado.
(3) Los componentes de las Listas continuarán en las mismas hasta que sus sucesores hayan sido designados.

Artículo 16
(1) Una misma persona podrá figurar en ambas Listas.
(2) Cuando alguna persona hubiere sido designada para integrar una Lista por mas de un Estado Contratante o por uno o más Estados Contratantes y el Presidente, se entenderá que lo fue por la autoridad que lo designo primero; pero si una de esas autoridades es el Estado de que es nacional, se entenderá designada por dicho Estado.
(3) Todas las designaciones se notificaran al Secretario General y entraran en vigor en la fecha en que la notificación fue recibida.

Sección 5
Financiación del Centro

Artículo 17
Si los gastos del Centro no pudieren ser cubiertos con los derechos percibidos por la utilización de sus servicios, o con otros ingresos, la diferencia será sufragada por los Estados Contratantes miembros del Banco en proporción a sus respectivas subscripciones de capital del Banco, y por los Estados Contratantes no miembros del Banco de acuerdo con las reglas que el Consejo Administrativo adopte.

Sección 6
Status, Inmunidades y Privilegios

Artículo 18
El Centro tendrá plena personalidad jurídica internacional. La capacidad legal del Centro comprende, entre otras, la de:
(a) contratar,
(b) adquirir bienes muebles a inmuebles y disponer de ellos,
(c) comparecer en juicio.

Artículo 19
Para que el Centro pueda dar cumplimiento a sus fines, gozara, en los territorios de cada Estado Contratante, de las inmunidades y privilegios que se señalan en esta Sección.

Artículo 20
El Centro, sus bienes y derechos, gozaran de inmunidad frente a toda acción judicial, salvo que renuncie a ella.

Artículo 21
El Presidente, los miembros del Consejo Administrativo, las personas que actúen como conciliadores o árbitros o como miembros de una Comisión designados de conformidad con lo dispuesto en el apartado (3) del Artículo 52, y los funcionarios y empleados del Secretariado:
(a) gozaran de inmunidad frente a toda acción judicial respecto de los actos realizados por ellos en el ejercicio de sus funciones, salvo que el Centro renuncie a dicha inmunidad;
(b) cuando no Sean nacionales del Estado donde ejerzan sus funciones, gozaran de las mismas inmunidades en materia de inmigración, de registro de extranjeros y de obligaciones, derivadas del servicio militar a otras prestaciones análogas, y asimismo gozaran de idénticas facilidades respecto a régimen de cambios a igual tratamiento respecto a facilidades de desplazamiento, que los Estados Contratantes concedan a los representantes, funcionarios y empleados de rango similar de otros Estados Contratantes.

Artículo 22
Las disposiciones del Artículo 21 se aplicarán a las personas que comparezcan en los procedimientos promovidos conforme a este Convenio COMO partes, apoderados; consejeros, abogados, testigos o peritos, con excepción de las contenidas en el párrafo (b) del mismo, que se aplicarán solamente en relación con su desplazamiento hacia y desde el lugar donde los procedimientos se tramiten y con su permanencia en dicho lugar.

Artículo 23
(1) Los archivos del Centro, dondequiera que se encuentren, serán inviolables.
(2) Respecto de sus comunicaciones oficiales, el Centro recibirá de cada Estado Contratante un trato no menos favorable que el acordado a otras organizaciones internacionales.

Artículo 24

(1) El Centro, su patrimonio, sus bienes y sus ingresos y las operaciones y transacciones autorizadas por este Convenio estarán exentos de toda clase de impuestos y de derechos arancelarios. El Cent ro quedará también exento de toda responsabilidad respecto a la recaudación o pago de tales impuestos o derechos.

(2) No estarán sujetas a impuestos las cantidades pagadas por el. Centro al Presidente o a los miembros del Consejo Administrativo por razón de dietas, ni tampoco los sueldos, dietas y demás emolumentos pagados por el Centro a los funcionarios o empleados del Secretariado, salvo la facultad del Estado de gravar a sus propios nacionales.

(3) No estarán sujetas a impuestos las cantidades recibidas a titulo de honorarios o dietas por las personas que actúen COMO conciliadores o árbitros o COMO miembros de una Comisión designados de conformidad con lo dispuesto en el apartado (3) del Artículo 52, en los procedimientos promovidos conforme a este Convenio, por razón de servicios prestados en dichos procedimientos, si la única base jurisdiccional de imposición es la ubicación del Centro, el lugar donde se desarrollen los procedimientos o el lugar de pago de los honorarios o dietas.

Capítulo II
Jurisdicción del Centro

Artículo 25

(1) La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo publico de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado.

(2) Se entenderá como «nacional de otro Estado Contratante»:

(a) toda persona natural que tenga, en la fecha en que las partes consintieron someter la diferencia a conciliación o arbitraje y en la fecha en que fue registrada la solicitud prevista en el apartado (3) del Artículo 28 o en el apartado (3) del Artículo 36, la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia; pero en ningún caso comprenderá las personas que, en cualquiera de ambas fechas, también tenían la nacionalidad del Estado parte en la diferencia; y

(b) toda persona jurídica que, en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro para la diferencia en cuestión, tenga la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia, y las personas jurídicas que, teniendo en la referida fecha la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes hubieren acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este Convenio, por estar sometidas a control extranjero.

(3) El consentimiento de una subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante requerirá la aprobación de dicho Estado, salvo que este notifique al Centro que tal aprobación no es necesaria.

(4) Los Estados Contratantes podrán, al ratificar, aceptar o aprobar este Convenio o en cualquier momento ulterior, notificar al Centro la clase o clases de diferencias que aceptarían someter, o no, a su jurisdicción. El Secretario General transmitirá inmediatamente dicha notificación a todos los Estados Contratantes. Esta notificación no se entenderá que constituye el consentimiento a que se refiere el apartado (1) anterior.

Artículo 26

Salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerara como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso. Un Estado Contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio.

Artículo 27

(1) Ningún Estado Contratante concederá protección diplomática ni promoverá reclamación internacional respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado Contratante hayan consentido en someter o hayan sometido a arbitraje conforme a este Convenio, salvo que este último Estado Contratante no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo.

(2) A los efectos de este Artículo, no se considerará como protección diplomática las gestiones diplomáticas informales que tengan como único fin facilitar la resolución de la diferencia.

Capítulo III
La Conciliación
Sección 1
Solicitud de Conciliación

Artículo 28

(1) Cualquier Estado Contratante o nacional de un Estado Contratante que quiera incoar un procedimiento de conciliación, dirigirá, a tal efecto, una solicitud escrita al Secretario General quien enviará copia de la misma a la otra parte.

(2) La solicitud deberá contener los datos referentes al asunto objeto de la diferencia, a la identidad de las partes y al consentimiento de estas a la conciliación, de conformidad con las reglas de procedimiento a seguir para iniciar la, conciliación y el arbitraje.

(3) El Secretario General registrará la solicitud salvo que, de la información contenida en dicha solicitud, encuentre que la diferencia se halla manifiestamente fuera de la jurisdicción del Centro. Notificará inmediatamente a las partes el acto de registro de la solicitud, o su denegación.

Sección 2
Constitución de la Comisión de Conciliación

Artículo 29

(1) Una vez registrada la solicitud de acuerdo con el Artículo 28, se procederá lo antes posible a la constitución de la Comisión de Conciliación (en lo sucesivo llamada la Comisión).

(2)

(a) La Comisión se compondrá de un conciliador único o de un numero impar de conciliadores, nombrados según lo acuerden las partes.

(b) Si las partes no se pusieren de acuerdo sobre el numero de conciliadores y el modo de nombrarlos, la Comisión se constituirá con tres conciliadores designados, uno por cada parte y el tercero, que presidirá la Comisión, de común acuerdo.

Artículo 30

Si la Comisión no llegare a constituirse dentro de los 90 días siguientes a la fecha del envio de la notificación del acto de registro, h echo por el Secretario General conforme al apartado (3) del Artículo 28, o dentro de cualquier otro plazo que las partes acuerden, el Presidente, a petición de cualquiera de estas

y, en lo posible, previa consulta a ambas partes, deberá nombrar el conciliador o los conciliadores que aun no hubieren sido designados.

Artículo 31

(1) Los conciliadores nombrados podrán no pertenecer a la Lista de Conciliadores, salvo en el caso de que los nombre el Presidente conforme al Artículo 30.

(2) Todo conciliador que no sea nombrado de la Lista de Conciliadores deberá reunir las cualidades expresadas en el apartado (1) del Artículo 14.

Sección 3
Procedimiento de Conciliación

Artículo 32

(1) La Comisión resolverá sobre su propia competencia.

(2) Toda alegación de una parte que la diferencia cae fuera de los límites de la jurisdicción del Centro, o que por otras razones la Comisión no es competente para oírla, se considerara por la Comisión, la que determinara si ha de resolverla como cuestión previa o conjuntamente con el fondo de la cuestión.

Artículo 33

Todo procedimiento de conciliación deberá tramitarse según las disposiciones de esta Sección y, salvo acuerdo en contrario de las partes, de conformidad con las Reglas de Conciliación vigentes en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento a la conciliación. Toda cuestión de procedimiento no prevista en esta Sección, en las Reglas de Conciliación o en las demás reglas acordadas por las partes, será resuelta por la Comisión.

Artículo 34

(1) La Comisión deberá dilucidar los puntos controvertidos por las partes y esforzarse por lograr la avenencia entre ellas, en condiciones aceptables para ambas. A este fin, la Comisión podrá, en cualquier estado del procedimiento y tantas veces como sea oportuno, proponer a las partes formulas de avenencia. Las partes colaboraran de buena fe con la Comisión al objeto de posibilitarle el cumplimiento de sus fines y prestaran a sus recomendaciones la mama consideración.

(2) Si las partes llegaren a un acuerdo, la Comisión levantara un acta haciéndolo Constar y anotando los puntos controvertidos. Si en cualquier estado del

procedimiento la Comisión estima que no hay probabilidades de lograr un acuerdo entre las partes, declarara concluso el procedimiento y redactara un acta, haciendo Constar que la controversia fué sometida a conciliación sin lograrse la avenencia. Si una parte no compareciere o no participare en el procedimiento, la Comisión lo hará Constar así en el acta, declarando igualmente concluso el procedimiento.

Artículo 35
Salvo que las partes acuerden otra cosa, ninguna de ellas podrá invocar, en cualquier otro procedimiento, ya sea arbitral o judicial o ante cualquier otra autoridad, las consideraciones, declaraciones, admisión de hechos a ofertas de avenencia, hechas por la otra parte dentro del procedimiento de conciliación, o el informe o las recomendaciones propuestas por la Comisión.

Capítulo IV
El Arbitraje
Sección 1
Solicitud de Arbitraje

Artículo 36
(1) Cualquier Estado Contratante o nacional de un Estado Contratante que quiera incoar un procedimiento de arbitraje, dirigirá, a tal efecto, una solicitud escrita al Secretario General quien enviará copia de la misma a la otra parte.
(2) La solicitud deberá contener los datos referentes al asunto objeto de la diferencia, a la identidad de las partes y al consentimiento de estas al arbitraje, de conformidad con las reglas de procedimiento a seguir para iniciar la conciliación y el arbitraje.
(3) El Secretario General registrará la solicitud salvo que, de la información contenida en dicha solicitud, encuentre que la diferencia se halla manifiestamente fuera de la jurisdicción del Centro. Notificara inmediatamente a las partes el acto de registro de la solicitud, o su denegación.

Sección 2
Constitución del Tribunal

Artículo 37
(1) Una vez registrada la solicitud de acuerdo con el Artículo 36, se procederá lo antes posible a la constitución del Tribunal de Arbitraje (en lo

sucesivo llamado el Tribunal).
(2)
(a) El Tribunal se compondrá de un árbitro único o de un numero impar de árbitros, nombrados según lo acuerden las partes.
(b) Si las partes no se pusieren de acuerdo sobre el numero de árbitros y el modo de nombrarlos, el Tribunal se constituirá con tres árbitros designados, uno por cada parte y el tercero, que presidirá el Tribunal, de común acuerdo.

Artículo 38
Si el Tribunal no llegare a constituirse dentro de los 90 días siguientes a la fecha del envío de la notificación del acto de registro, hecho por el Secretario General conforme al apartado (3) del Artículo 36, o dentro de cualquier otro plazo que las partes acuerden, el Presidente, a petición de cualquiera de estas y, en lo posible, previa consulta a ambas partes, deberá nombrar el arbitro o los árbitros que aún no hubieren sido designados. Los árbitros nombrados por el Presidente conforme a este Artículo no podrán ser nacionales del Estado Contratante parte en la diferencia, o del Estado Contratante cuyo nacional sea parte en la diferencia.

Artículo 39
La mayoría de los árbitros no podrá tener la nacionalidad del Estado Contratante parte en la diferencia, ni la del Estado a que pertenezca el nacional del otro Estado Contratante: La limitación anterior no será aplicable cuando ambas partes, de común acuerdo, designen el arbitro único o cada uno de los miembros del Tribunal.

Artículo 40
(1) Los árbitros nombrados podrán no pertenecer a la Lista de Árbitros, salvo en el caso de que los nombre el Presidente conforme al Artículo 38.
(2) Todo árbitro que no sea nombrado de la Lista de Árbitros deberá reunir las cualidades expresadas en el apartado (1) del Artículo 14.
Sección 3
Facultades y Funciones del Tribunal

Artículo 41
(1) El Tribunal resolverá sobre su propia competencia.
(2) Toda alegación de una parte que la diferencia cae fuera de los límites de la jurisdicción del Centro, o que por otras razones el Tribunal no es competente

para oírla, se considerara por el Tribunal, el que determinara si ha de resolverla como cuestión previa o conjuntamente con el fondo de la cuestión.

Artículo 42

(1) El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicara la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables.

(2) El Tribunal no podrá eximirse de fallar so pretexto de silencio u obscuridad de la ley.

(3) Las disposiciones de los precedentes apartados de este Artículo no impedirán al Tribunal, si las partes así lo acuerdan, decidir la diferencia ex aequo et bono.

Artículo 43

Salvo que las partes acuerden otra cosa, el Tribunal en cualquier momento del procedimiento, podrá, si lo estima necesario:

(a) solicitar de las partes la aportación de documentos o de cualquier otro medio de prueba;

(b) trasladarse al lugar en que se produjo la diferencia y practicar en él las diligencias de prueba que considere pertinentes.

Artículo 44

Todo procedimiento de arbitraje deberá tramitarse según las disposiciones de esta Sección y, salvo acuerdo en contrario de las partes, de conformidad con las Reglas de Arbitraje vigentes en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento al arbitraje. Cualquier cuestión de procedimiento no prevista en esta Sección, en las Reglas de Arbitraje o en las demás reglas acordadas por las partes, será resuelta por et Tribunal.

Artículo 45

(1) El que una parte no comparezca en el procedimiento o no haga uso de su derecho, no supondrá la admisión de los hechos alegados por la otra parte ni allanamiento a sus pretensiones.

(2) Si una parte dejare de comparecer o no hiciere use de su derecho, podrá la otra parte, en cualquier estado del procedimiento, instar del Tribunal que resuelva los puntos controvertidos y dicte el laudo. Antes de dictar laudo el

Tribunal, previa notificación, concederá un periodo de gracia a la parte que no haya comparecido o no haya hecho use de sus derechos, salvo que este convencido que dicha parte no tiene intenciones de hacerlo.

Artículo 46

Salvo acuerdo en contrario de las partes, el Tribunal deberá, a petición de una de ellas, resolver las demandas incidentales, adicionales o reconvencionales que se relacionen directamente con la diferencia, siempre que estén dentro de los limites del consentimiento de las partes y caigan además dentro de la jurisdicción del Centro.

Artículo 47

Salvo acuerdo en contrario de las partes, el Tribunal, si considera que las circunstancias así lo requieren, podrá recomendar la adopción de aquellas medidas provisionales que considere necesarias para salvaguardar los respectivos derechos de las partes.

Sección 4
El Laudo

Artículo 48

(1) El Tribunal decidirá todas las cuestiones por mayoría de votos de todos sus miembros.
(2) El laudo deberá dictarse por escrito y llevara la firma de los miembros del Tribunal que hayan votado en su favor.
(3) El laudo contendrá declaración sobre todas las pretensiones sometidas por las partes al Tribunal y será motivado.
(4) Los árbitros podrán formular un voto particular, estén o no de acuerdo con la mayoría, o manifestar su voto contrario si disienten de ella.
(5) El Centro no publicará el laudo sin consentimiento de las partes.

Artículo 49

(1) El Secretario General procederá a la inmediata remisión a cada parte de una copia certificada del laudo. Este se entenderá dictado en la fecha en que tenga lugar dicha remisión.
(2) A requerimiento de una de las partes, instado dentro de los 45 días después de la fecha del laudo, el Tribunal podrá, previa notificación a la otra parte, decidir cualquier punto que haya omitido resolver en dicho Laudo y rectificar

los errores materiales, aritméticos o similares del mismo. La decisión constituirá parte del laudo y se notificará en igual forma que este. Los plazos establecidos en el apartado (2) del Artículo 51 y apartado (2) del Artículo 52 se computaran desde la fecha en que se dicte la decisión.

Sección 5
Aclaración, Revisión y Anulación del Laudo

Artículo 50
(1) Si surgiere una diferencia entre las partes acerca del sentido o alcance del laudo, cualquiera de ellas podrá solicitar su aclaración mediante escrito dirigido al Secretario General.
(2) De ser posible, la solicitud deberá someterse al mismo Tribunal que dictó el laudo. Si no lo fuere, se constituirá un nuevo Tribunal de conformidad con lo dispuesto en la Sección 2 de este Capítulo. Si el Tribunal considera que las circunstancias lo exigen, podrá suspender la ejecución del laudo hasta que decida sobre la aclaración.

Artículo 51
(1) Cualquiera de las partes podrá pedir, mediante escrito dirigido al Secretario General, la revisión del laudo, fundada en el descubrimiento de algún hecho que hubiera podido influir decisivamente en el laudo, y siempre que, al tiempo de dictarse el laudo, hubiere sido desconocido por el Tribunal y por la parte que inste la revisión y que el desconocimiento de esta no se deba a su propia negligencia.
(2) La petición de revisión deberá presentarse dentro de los 90 días siguientes al día en que fue descubierto el hecho y, en todo caso, dentro de los tres anos siguientes a la fecha de dictarse el laudo.
(3) De ser posible, la solicitud deberá someterse al mismo Tribunal que dictó el laudo. Si no lo fuere, se constituirá un nuevo Tribunal de conformidad con lo dispuesto en la Sección 2 de este Capítulo.
(4) Si el Tribunal considera que las circunstancias lo exigen, podrá suspender la ejecución del laudo hasta que decida sobre la revisión. Si la parte pidiere la suspensión de la ejecución del laudo en su solicitud, la ejecución se suspenderá provisionalmente hasta que el Tribunal decida sobre dicha petición.

Artículo 52
(1) Cualquiera de las partes podrá solicitar la anulación del laudo mediante

escrito dirigido al Secretario General fundado en una o más de las siguientes causas:
(a) que el Tribunal se hubiere constituido incorrectamente;
(b) que el Tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades;
(c) que hubiere habido corrupción de algún miembro del Tribunal;
(d) que hubiere quebrantamiento grave de una norma de procedimiento; o
(e) que no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde.
(2) Las solicitudes deberán presentarse dentro de los 120 días a contar desde la fecha de dictarse el laudo. Si la causa alegada fuese la prevista en la letra (c) del apartado (1) de este Artículo, el referido plazo de 120 días comenzará a computarse desde el descubrimiento del hecho pero, en todo caso, la solicitud deberá presentarse dentro de los tres anos siguientes a la fecha de dictarse el laudo.
(3) Al recibo de la petición, el Presidente procederá a la inmediata constitución de una Comisión ad hoc integrada por tres personas seleccionadas de la Lista de Árbitros. Ninguno de los miembros de la Comisión podrá haber pertenecido al Tribunal que dicto el laudo, ni ser de la misma nacionalidad que cualquiera de los miembros de dicho Tribunal; no podrá tener la nacionalidad del Estado que sea parte en la diferencia ni la del Estado a que pertenezca el nacional que también sea parte en ella, ni haber sido designado para integrar la Lista de Árbitros por cualquiera de aquellos Estados ni haber actuado como conciliador en la misma diferencia. Esta Comisión tendrá facultad para resolver sobre la anulación total o parcial del laudo por alguna de las causas enumeradas en el apartado (1).
(4) Las disposiciones de los Artículos 41-45, 48, 49, 53, 54 y de los Capítulos VI y VII se aplicaran, mutatis mutandis, al procedimiento que se tramite ante la Comisión.
(5) Si la Comisión considera que las circunstancias lo exigen, podrá suspender la ejecución del laudo hasta que decida sobre la anulación. Si la parte pidiere la suspensión de la ejecución del laudo en su solicitud, la ejecución se suspenderá provisionalmente hasta que la Comisión de su decisión respecto a tal petición.
(6) Si el laudo fuere anulado, la diferencia será sometida, a petición de cualquiera de las partes, a la decisión de un nuevo Tribunal que deberá constituirse de conformidad con lo dispuesto en la Sección 2 de este Capítulo.

Sección 6
Reconocimiento y Ejecución del Laudo

Artículo 53

(1) El laudo será obligatorio para las partes y no podrá ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto en los casos previstos en este Convenio. Las partes lo acataran y cumplirán en todos sus términos, salvo en la medida en que se suspenda su ejecución, de acuerdo con lo establecido en las correspondientes cláusulas de este Convenio.

(2) A los fines previstos en esta Sección, el término «laudo» incluirá cualquier decisión que aclare, revise o anule el laudo, según los Artículos 50, 51 o 52.

Artículo 54

(1) Todo Estado Contratante reconocerá al laudo dictado conforme a este Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratare de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado. El Estado Contratante que se rija por una constitución federal podrá hacer que se ejecuten los laudos a través de sus tribunales federales y podrá disponer que dichos tribunales reconozcan al laudo la misma eficacia que a las sentencias firmes dictadas por los tribunales de cualquiera de los estados que lo integran.

(2) La parte que inste el reconocimiento o ejecución del laudo en los territorios de un Estado Contratante deberá presentar, ante los tribunales competentes o ante cualquier otra autoridad designados por los Estados Contratantes a este efecto, una copia del mismo, debidamente certificada por el Secretario General. La designación de tales tribunales o autoridades y cualquier cambio ulterior que a este respecto se introduzca será notificada por los Estados Contratantes al Secretario General.

(3) El laudo se ejecutara de acuerdo con las normas que, sobre ejecución de sentencias, estuvieren en vigor en los territorios en que dicha ejecución se pretenda.

Artículo 55

Nada de lo dispuesto en el Artículo 54 se interpretara como derogatorio de las leyes vigentes en cualquier Estado Contratante relativas a la inmunidad en materia de ejecución de dicho Estado o de otro Estado extranjero.

Capítulo V
Sustitución y Reacusación de Conciliadores y Árbitros

Artículo 56

(1) Tan pronto quede constituida una Comisión o un Tribunal y se inicie el procedimiento, su composición permanecerá invariable. La vacante por muerte, incapacidad o renuncia de un conciliador o arbitro será cubierta en la. forma prescrita en la Sección 2 del Capítulo III y Sección 2 del Capítulo IV.

(2) Los miembros de una Comisión o un Tribunal continuaran en sus funciones aunque hayan dejado de figurar en las Listas.

(3) Si un conciliador o arbitro, nombrado por una de las partes, renuncia sin el consentimiento de la Comisión o Tribunal de que forma parte, el Presidente nombrara, de entre los que integran la correspondiente Lista, la persona que deba sustituirle.

Artículo 57

Cualquiera de las partes podrá proponer a la Comisión o Tribunal correspondiente la recusación de cualquiera de sus miembros por la carencia manifiesta de las cualidades exigidas por el apartado (1) del Artículo 14. Las partes en el procedimiento de arbitraje podrán, asimismo, proponer la recusación por las causas establecidas en la Sección 2 del Capítulo IV.

Artículo 58

La decisión sobre la recusación de un conciliador o arbitro se adoptara por los demás miembros de la Comisión o Tribunal, según los casos, pero, si hubiere empate de votos o se tratare de recusación de un conciliador o arbitro único, o de la mayoría de los miembros de una Comisión o Tribunal, corresponderá resolver al Presidente. Si la recusación fuere estimada, el conciliador o arbitro afectado deberá ser sustituido en la forma prescrita en la Sección 2 del Capítulo III y Sección 2 del Capítulo IV.

Capítulo VI
Costas del Procedimiento

Artículo 59

Los derechos exigibles a las partes por la utilización del Centro serán fijados por el Secretario General de acuerdo con los aranceles adoptados por el Consejo Administrativo.

Artículo 60

(1) Cada Comisión o Tribunal determinará, previa consulta al Secretario General, los honorarios y gastos de sus miembros, dentro de los limites que periodicamente establezca el Consejo Administrativo.

(2) Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado (1) de este Artículo, las partes podrán acordar anticipadamente con la Comisión o el Tribunal la fijación de los honorarios y gastos de sus miembros.

Artículo 61

(1) En el caso de procedimiento de conciliación las partes sufragaran por partes iguales los honorarios y gastos de los miembros de la Comisión así como los derechos devengados por la utilización del Centro. Cada parte soportara cualquier otro gasto en que incurra, en relación con el procedimiento.

(2) En el caso de procedimiento de arbitraje el Tribunal determinara, salvo acuerdo contrario de las partes, los gastos en que estas hubieren incurrido en el procedimiento, y decidirá la forma de pago y la manera de distribución de tales gastos, de los honorarios y gastos de los miembros del Tribunal y de los derechos devengados por la utilización del Centro. Tal fijación y distribución formaran parte del laudo.

Capítulo VII
Lugar del Procedimiento

Artículo 62

Los procedimientos de conciliación y arbitraje se tramitarán, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo siguiente, en la sede del Centro.

Artículo 63

Si las partes se pusieran de acuerdo, los procedimientos de conciliación y arbitraje podrán tramitarse:

(a) en la sede de la Corte Permanente de Arbitraje o en la de cualquier otra institución apropiada, publica o privada, con la que el Centro hubiere llegado a un acuerdo a tal efecto; o

(b) en cualquier otro lugar que la Comisión o Tribunal apruebe, previa consulta con el Secretario General.

Capítulo VIII
Diferencias Entre Estados Contratantes

Artículo 64
Toda diferencia que surja entre Estados Contratantes sobre la interpretación o aplicación de este Convenio y que no se resuelva mediante negociación se remitirá, a instancia de una a otra parte en la diferencia, a la Corte Internacional de Justicia, salvo que dichos Estados acuerden acudir a otro modo de arreglo.

Capítulo IX
Enmiendas

Artículo 65
Todo Estado Contratante podrá proponer enmiendas a este Convenio. El texto de la enmienda propuesta se comunicara al Secretario General con no menos de 90 días de antelación a la reunión del Consejo Administrativo a cuya consideración se ha de someter, y aquel la transmitirá inmediatamente a todos los miembros del Consejo Administrativo.

Artículo 66
(1) Si el Consejo Administrativo lo aprueba por mayoría de dos terceras partes de sus miembros, la enmienda propuesta será circulada a todos los Estados Contratantes para su ratificación, aceptación o aprobación. Las enmiendas entraran en vigor 30 días después de la fecha en que el depositario de este Convenio despache una comunicación a los Estados Contratantes notificándoles que todos los Estados Contratantes han ratificado, aceptado o aprobado la enmienda.
(2) Ninguna enmienda afectara los derechos y obligaciones, conforme a este Convenio, de los Estados Contratantes, sus subdivisiones políticas a organismos públicos, o de los nacionales de dichos Estados nacidos del consentimiento a la jurisdicción del Centro dado con anterioridad a la fecha de su entrada en vigor.

Capítulo X
Disposiciones Finales

Artículo 67
Este Convenio quedara abierto a la firma de los Estados miembros del Banco.

Quedara también abierto a la firma de cualquier otro Estado signatario del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia al que el Consejo Administrativo, por voto de dos tercios de sus miembros, hubiere invitado a firmar el Convenio.

Artículo 68

(1) Este Convenio será ratificado, aceptado o aprobado por los Estados signatarios de acuerdo con sus respectivas normas constitucionales.

(2) Este Convenio entrara en vigor 30 días después de la fecha del deposito del vigésimo instrumento de ratificación, aceptación o aprobación. Entrara en vigor respecto a cada Estado que con posterioridad deposite su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación, 30 días después de la fecha de dicho deposito.

Artículo 69

Los Estados Contratantes tomaran las medidas legislativas y de otro orden que sean necesarias para que las disposiciones de este Convenio tengan vigencia en sus territorios.

Artículo 70

Este Convenio se aplicara a todos los territorios de cuyas relaciones internacionales sea responsable un Estado Contratante salvo aquellos que dicho Estado excluya mediante notificación escrita dirigida al depositario de este Convenio en la fecha de su ratificación, aceptación o aprobación, o con posterioridad.

Artículo 71

Todo Estado Contratante podrá denunciar este Convenio mediante notificación escrita dirigida al depositario del mismo. La denuncia producirá efecto seis meses después del recibo de dicha notificación.

Artículo 72

Las notificaciones de un Estado Contratante hechas al amparo de los Artículos 70 y 71 no afectaran a los derechos y obligaciones, conforme a este Convenio, de dicho Estado, sus subdivisiones políticas u organismos públicos, o de los nacionales de dicho Estado nacidos del consentimiento a la jurisdicci6n del Centro dado por alguno de ellos con anterioridad al recibo de dicha notificación por el depositario.

Artículo 73
Los instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación de este Convenio y sus enmiendas se depositaran en el Banco, quien desempenará la función de despositario de este Convenio. El depositario transmitirá copias certificadas del mismo a los Estados miembros del Banco y a cualquier otro Estado invitado a firmarlo.

Artículo 74
El depositario registrará este Convenio en el Secretariado de las Naciones Unidas de acuerdo con el Artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas y el Reglamento de la misma adoptado por la Asamblea General.

Artículo 75
El depositario notificara a todos los Estados signatarios lo siguiente:
(a) las firmas, conforme al Artículo 67;
(b) los depósitos de instrumentos de ratificación, aceptación y aprobación, conforme al Artículo 73;
(c) la fecha en que este Convenio entre en vigor, conforme al Artículo 68;
(d) las exclusiones de aplicación territorial, conforme al Artículo 70;
(e) la fecha en que las enmiendas de este Convenio entren en vigor, conforme al Artículo 66; y
(f) las denuncias, conforme al Artículo 71.

HECHO en Washington, en los idiomas español, francés e ingles, cuyos tres textos son igualmente auténticos, en un solo ejemplar que quedara depositado en los archivos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, el cual ha indicado con su firma su conformidad con el desempeño de las funciones que se le encomienden en este Convenio.

BIBLIOGRAFÍA

AAVV, *Aproximación Jurídica al Tratado de Libre Comercio*, Universidad del Rosario, Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá D.C, 2005.

AAVV, *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003 de 23 de diciembre)*, Thompsom Civitas, Madrid, 2004.

AAVV, *Commercial Mediation and Arbitration in the NAFTA Countries,* Juris Net LLC, New York, 1999.

AAVV, *Derechos Intelectuales. Tomo 6*, Editorial Astrea , Buenos Aires, 1994.

ÁLVAREZ, Gladis, HIHGTON Elena I., JASSAN Elías, *Mediación y Justicia*, Ediciones Depalma, Argentina, 1996.

AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION, *A Guide to Mediation and Arbitration for Business People*, Dispute Resolution Woldwide, New York, 2003.

AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION, *CAMCA Commercial Arbitration and Mediation Center for the Americas*, Dispute Resolution Services Worldwide, USA, 2003.

AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION, *Mediation and Arbitration for Business People*, American Arbitration Association Dispute Resolution Services Worldwide, USA, 2003

AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION, Procedures for Cases Under the UNCITRAL Arbitration Rules, Dispute Resolution Services Worldwide, New York, 2000

AMERICAN BAR ASSOCIATION, Section of ADR, *Presenting Dispute Resolution to Judges.* ABA, SJI and International Center of Dispute Resolution, USA. 1996.

AMAYA, Carlos, RAMOS CONTRERAS, C., ZÚNIGA VELIS, R., LANTAN, Harold, *Anteproyecto de Ley para la Resolución Alternativa de Disputas*, Ministerio de Justicia, El Salvador, 1996.

BARRIOS DE ANGELIS, D., *El Juicio Arbitral*, Facultad de Derecho de Montevideo. Montevideo.1956.

CAIVANO, Roque, *Arbitraje*, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2000.

CARNELUTTI, Francesco, *Árbitros y Arbitradores*, "Estudios de Derecho Procesal Vol. II. Ejea, Buenos Aires, 1952.

CARNELUTTI, Francesco, *Cláusula Compromisoria y Competencia de los Árbitros". "Estudios de Derecho Procesal. Vol. II*, Ejea, Buenos Aires, 1952.

CENTRO DE COMERCIO INTERNACIONAL, *Normas del Comercio Internacional. Manual de Consulta para Pequeños y Medianos Exportadores*, Centro de Comercio Internacional, Ginebra, 2001.

CLARO SOLAR, L., *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, Volumen V. "De Las Obligaciones"*, Editorial Temis S.A. Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1988.

COOLEY, John W., LUBET, Steven, *Arbitration Advocacy*, National Institute for Trial Advocacy, Indiana, USA, 1997.

DYMOND, William A., *Manual Sobre Solución de Controversias, Center For Trade Policy and Law and Carlton University, University of Ottawa,* Canadá, 2003.

ERTEL Dany, FISHER, Roger, *Alternativas Para la Solución de Disputas. Una Guía Práctica*, Editorial Granica, Argentina, 2001.

GELSI BIDART, Adolfo; TORELLO, Luis; VESCÓVI, Enrique; URIARTE AUDI, Gonzalo, *Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay. Ley 15.982 Comentado,* Fundación Cultura Universitaria. Montevideo, 1995.

GIL ECHEVERRY, J., *Nuevo Régimen de Arbitramento Manual Práctico*, Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, 2004.

GIL ECHEVERRY, J., *Curso Práctico de Arbitraje*, Ediciones Librería Profesional. Santafé de Bogotá, 1993.

GOODMAN, Allan H.,*Basic Skills For The New Arbitrator, Solomon Publications. Maryland*, 1999.

GUSTAFSON, Charles H., *Arbitraje Internacional*, Georgetown University Law-INCAE, Managua, 1999.

HOEKMAN, Bernard, KOSTECKI, Michel M., *The Political Economy of The World Trading System*, Oxford University Press, Nueva York, 2001.

IMHOOS Crhistophe, VEBIST, Herman, *Arbitraje y Solución Alternativa de Controversias*, Ginebra, 2001.

INTERNATIONAL CENTER FOR DISPUTE RESOLUTION (ICDR), *Simposio Internacional para Árbitros. Tópicos en Manejo de Casos Complejos, The Department of Currículum Development ICDR,* Charlotte NC, 2004.

LANTAN, Harold, *Mediación: Cultura del Diálogo*, Edición Independiente, El Salvador. 1998.

LOVENHEIM, Peter, GUERIN, Lisa, *Mediate Don´t Litigate,* NOLO, Berkeley, 2004.
MINISTERIO DE ECONOMÍA de El Salvador, *Tratado de Libre Comercio Centroamérica- Estados Unidos, Documento Explicativo,* MINEC, S.S., El Salvador, 2004.

MONROY CABRA, M., *Arbitraje Comercial, Nacional e Internacional*, Segunda Edición, Edit Legis, Santafé de Bogotá, 1998.

MOORE Christopher, *El Proceso de Mediación*, Editorial Granica, Buenos Aires, 1995.

NOSETTE, José Almagro, SENDRA, Vicente Gimeno, CORTEZ DOMÍNGUEZ, V. y MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Tomo I*, Editorial *Tirant lo Blanch,* Valencia, 1987.

PALACIO, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil. Tomo IX*, Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1988.

PALLARES, Eduardo, *Diccionario* de *Derecho Procesal Civil*, Editorial Porrúa, México D.F. ,1994.

PARIS, Hernando, *Los Contratos Privados en la Jurisprudencia de Casación*, El Cano Editores, San José, 2003.

REDFERN, Hunter, M., *Law and Practice of Internacional Comercial Arbitration*, Sweet and Maxwell, Londres, 1991

RIVERA NEUTZE, Antonio, *El Proceso Práctico Arbitral*, Imprenta y Fotograbado Llerena S.A. Guatemala, 1996.

SANTOS BRELANDRO, R., *Arbitraje Comercial Internacional*, Editorial Oxford Press, México D.F, 2003.

SECRETARÍA DE INTEGRACIÓN CENTROAMERICANA (SIECA) *El Arbitraje en el Mecanismo de la Solución de Controversias Comerciales entre Centroamérica*". *Tomo IV*, Secretaría de Integración Económica Centroamericana (SIECA)- USAID, Ediciones Superiores S.A., Guatemala, 2004.

SECRETARÍA DE INTEGRACIÓN CENTROAMERICANA (SIECA), *La Solución de Controversias Comerciales en la Integración Económica Centroamericana*, *Tomo I.* Secretaría de Integración Centroamericana (SIECA) y USAID, Ediciones Superiores S.A., Guatemala, 2004.

SECRETARÍA DE JUSTICIA, Ministerio de Justicia de la Nación, *Mediación Proyecto Piloto*, Talleres Gráficos de «La Ley» S.A. Argentina, 1996.

SELA, *Análisis de las Disposiciones del Tratado de Libre Comercio de Norteamérica*, SELA, 1993.

SILVA SILVA, J., *El Arbitraje Internacional en México*, Oxford international Press. México D.F. 2001.

STITT, Allan J., *Alternative Dispute Resolution For Organizations*, John Wiley and Sons Ltd., Canadá,1998.

TOUZARD, Hubert, La *Mediación y La Solución de Conflictos*, Editorial Herder, Barcelona, 1981.

URY, William L., BRETT Jeanne M., GOLDBERG, Stephen B.,*Cómo Resolver las Disputas*". Rubinzal Culzoni Editores, Argentina. 1995.

VÁRADY Tibor, BARCELÓ, John J. III, VON MEHREN, Arthur T., *International Commercial Arbitration. A Trasnational Perspective*, Thomson West, Estados Unidos, 2003.

VÉSCOVI, Enrique, *Código General del Proceso, Tomo 1*, Editorial Ábaco, Montevideo, 1999.

VESCÓVI, Enrique, *Teoría General del Proceso*, Editorial Temis, Bogotá, 1984.

ABREVIATURAS Y SIGLAS

AAA: Asociación Americana de Arbitraje (American Arbitration Association)
ACME: Mediación evaluativa
ADR: Resolución Alternativa de Disputas (Alternative Dispute Resolution)
C. Pr.: Código de Procedimientos Civiles
CAFTA: Acuerdo de Libre Comercio entre Centroamérica y Estados Unidos (Central America Free Trade Agreement)
CAMCA: Centro de Arbitraje y Mediación Comercial para las Américas
CC: Código Civil
CCI: Cámara de Comercio Internacional.
CIAC: Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial
CMI: Comité Marítimo Internacional
CNUDMI: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
COMIECO: Consejo de Ministros de Integración Económica
CPA: Corte Permanente de Arbitraje
DR- CAFTA: Acuerdo de Libre Comercio República Dominicana Centroamérica y Estados Unidos (Dominican Republic Central America Free Trade Agreement)
ESD: Entendimiento Sobre Solución de Diferencias
FOMIN: Fondo Multilateral de Inversiones
GATT: Acuerdo General de Tarifas y Comercio (General Agree ment on Tariffs and Trade)
IATA: Asociación de Transporte Aéreo Internacional
IBA: Internacional Bar Association
ICCAN: Corporación de Asignación de Nombres y Números de Internet
ICDR: Centro Internacional para la Resolución de Disputas (In ternational Center for Dispute Resolutions)
LACAP: Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública
MAAN: Mejor alternativa a un acuerdo negociado
MASC: Medios Alternos de Solución de Controversias

MSF:	Acuerdo Sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias
NMF:	Nación más favorecida
ODECA:	Organización de Estados Centroamericanos
OEA:	Organización de Estados Americanos
OMC:	Organización Mundial de Comercio
OMPI:	Organización Mundial de la Propiedad Intelectual
PYME:	Pequeña y Mediana Empresa
RAC:	Resolución Alternativa de Conflictos
RAD:	Resolución Alternativa de Disputas
SAC:	Solución Alternativa de Controversias
SICA:	Sistema de Integración Centroamericana
SIECA:	Secretaría de Integración Económica Centroamericana
TLCAN:	Tratado de Libre Comercio de América del Norte
UNCITRAL:	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
UNCTAD:	Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo
UNIDROIT:	Instituto Internacional Para la Unificación del Derecho Privado
WIPO:	Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (World Intellectual Property Organization)

Harold C. Lanza



«Por eso la obra del Dr. Harold Lantan es tan importante y tan oportuna. Con magnífica expresión y sistemática, el Dr. Lantan ha conseguido explicar para el académico y para el abogado ejerciente, para el experto y para el que se está introduciendo en este ámbito, la complejidad y riqueza del arbitraje internacional actual, visto desde una perspectiva centroamericana. Como el lector rápidamente advertirá, la obra del Dr. Lantan está llamada a llenar un vacío importante en la literatura jurídica actual y a convertirse en un texto de referencia en su ámbito. En ella se aúnan el conocimiento de la tradición y la innovación, el análisis y la claridad, el estudio del Derecho vigente y el afán por impulsar la práctica jurídica salvadoreña hacia nuevas y más alta cotas.

El estudio del Dr. Lantan sobresale también por su aproximación multicultural a los conflictos internacionales. Una de las consecuencias más fascinantes del reciente auge del arbitraje internacional es precisamente que ha conseguido superar las divisiones entre las culturas jurídicas. Las sentencias arbitrales de instituciones como el CIADI se han convertido en un elemento esencial a la hora de determinar el contenido del Derecho internacional económico y comercial. Por su sistemática y su metodología, este conjunto de resoluciones ha desbordado y amenaza con dejar sin sentido la tradicional división entre Derecho civil y Derecho anglosajón (common law y civil law). Gran conocedor de ambos sistemas jurídicos –en los que ha trabajado e investigado extensamente– el Dr. Lantan extrae lo mejor de ellos para proponer soluciones y propugnar avances en una época que nuevamente los necesita.

Si la sentencia en el caso de la Barcelona Traction y la personalidad de Aaron Broches marcaron el final de una época en la que apenas existían cauces para resolver controversias sobre inversión y libre comercio, los tiempos actuales necesitan entusiasmo y dedicación para terminar de apuntalar la eficacia de esos nuevos cauces. El lector que busque este entusiasmo y dedicación en el libro del Dr. Lantan no quedará en absoluto defraudado.»

Dr. Aníbal Sabater
Abogado de Fullbright & Jaworski y tratadista internacional.

El presente libro es un estudio del arbitraje nacional e internacional y su utilización para la resolución de controversias comerciales en el marco de los diversos tratados de libre comercio y de instituciones como la CIADI y la Organización Mundial de Comercio (OMC).

Harold C. Lantan, Doctor en Derecho (Universidad Autónoma de Barcelona), fue el primero en graduarse Cum Laude de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales en la Universidad "Doctor José Matías Delgado. Es catedrático de Derecho Mercantil de la Facultad de Derecho de la Universidad Tecnológica. Es abogado litigante y ha tenido experiencia en arbitrajes nacionales e internacionales que han versado sobre: contratos mercantiles, energía, contratos administrativos, construcción, entre otros. Ha sido consultor en materias de negociación, mediación y resolución alternativa de disputas. Ha sido capacitado como árbitro por el International Center for Dispute Resolution de la American Arbitration Association (AAA) y como mediador por la American Bar Association (ABA).