

# ARBITRAMENTO INTERNACIONAL

1

Abogado. David A. Echeverry Botero

## ¿Porqué acudir a el arbitramento internacional?

- Riesgos de el ordenamiento jurídico internacional: i) Riesgo de familiaridad o conocimiento del sistema jurídico; ii) Riesgo del transporte; iii) Deseo de aplicar sus propias normas (se elije generalmente un tercer país; iv) Distintos sistemas jurídicos y normas (Ej. Common Law y Civil Law); v) Se demerita la importancia de la cláusula arbitral
- Centros de arbitramento principales: En Europa París (construcción), Londres (marítimo), Ginebra (Construcción y política) y Estocolmo. En Asia Hong Kong (construcción), Singapur (Se está convirtiendo en el más importante por el apoyo gubernamental, la estructura y el conocimiento de common law y las legislacines asiáticas) y China

## ¿Porqué acudir a el arbitramento internacional?

- Es un método de heterocomposición que nace de las cortes medievales cuando los sistemas civiles vigentes no daba solución a las controversias comerciales (personas que conocen las especificidades del negocio)
- Los procedimientos son privados y confidenciales (En contraposición de la publicidad de ciertos asuntos en la jurisdicción ej. audiencias públicas ¿qué tan bueno será esto? Los países deciden – presión política puede afectar al tribunal)
- Los árbitros son elegidos por las partes (pueden ser expertos) deciden de fondo el caso, son neutrales (procedimiento para elegirlos)
- Flexible respecto a la normatividad aplicable y normas procedimentales, siempre que se garanticen iguales oportunidades de defensa
- Confiabilidad del sistema legal

## Principales elementos a tener en cuenta dentro del arbitramento internacional

- Calidad y competencias de los árbitros
- Apoyo o enfrentamiento con las cortes (Es necesario el apoyo de las cortes en especial por temas de coerción, medidas cautelares y exigibilidad del laudo - ¿Cuál es el nivel óptimo de intervención?)
- Lugar de origen de las partes
- Leyes modelo principales: Convención de Nueva York y UNICITRAL

## Dificultades con el arbitramento internacional

- Costo: Honorarios de los árbitros, costo del transporte, costo del lugar donde se realice el tribunal
- Tiempo: Si bien generalmente es más veloz, depende en gran parte del comportamiento de las partes
- Dedicación de los árbitros internacionales: Los árbitros no son de dedicación exclusiva lo que genera problemas de agendas cuando es un tribunal plural
- No tienen poderes directos de coerción
- No es fácil traer terceras partes involucradas si no se ha suscrito una misma cláusula con todas ellas (consolidación)

# Principios básicos del arbitramento internacional

- Pacta Sunt Servanda: Es necesario que exista el consentimiento previo o posterior de las partes, determinando a su vez la competencia de los árbitros y las materias sujetas a la jurisdicción arbitral (en Colombia tiene que estar por escrito)
- Principio de Competence – competence (acorde con la ley modelo de UNICITRAL artículo 16 y el artículo 79 de la ley 1563 de 2012) Inclusive la inexistencia, invalidez, ineficacia, jurisdicción, prescripciones e.t.c
- Doctrina de la separabilidad:, Se toma como un acuerdo independiente del mismo contrato; La invalidez o inexistencia del contrato no afecta el acuerdo de arbitraje, son entonces temas que se deben definir de forma inmediata y los recursos son ante el tribunal u objeto de la anulación
- Generalmente las clausulas arbitrales de inversión aparecen en tratados internacionales – la mayoría son arbitramentos comerciales

# Principios básicos del arbitramento internacional

- El laudo es final y decide de fondo la controversia, necesita finalmente el apoyo de las cortes locales para hacer exigible el cumplimiento del laudo proferido; debe aplicarse incluso si bajo la normatividad interna la decisión hubiese sido diferente siempre que el Estado haga parte de la convención de NY de 1958 (artículo 5 de la convención)
- Para la exigibilidad se aplica el marco normativo local, en principio solo puede oponerse con temas meramente procedimentales en la ejecución

# Leyes aplicables a la controversia internacional

- La ley aplicable a la controversia (derecho sustancial): Por principio general de derecho internacional, la ley sustancial aplicable a la controversia es aquella con la que el contrato tenga una mayor relación (cercanía y conexión conforme a las obligaciones).
- Sin embargo:
  - Usualmente las partes escogen la ley aplicable a la controversia con la limitación que no vaya en contra del orden público (problema de que es el orden público, nacional o internacional), decisión que debe ser respetada
  - Si se escoge un lugar para realizar el arbitramento y no se dice nada sobre la ley sustancial aplicable, se entiende que será la de dicho país, a menos que tenga mayor relación con el otro país (decisión implícita)

# Leyes aplicables a la controversia internacional

- La escogencia de varias leyes aplicables no es recomendable, se permite en algunos países del civil law pero está prohibida en el common law
- Si las partes no decidieron ni expresa ni implícitamente, el tribunal decide sobre la ley aplicable teniendo en cuenta el principio general (pudiendo aplicar principios de la *nova lex mercatoria* – controversia entre sistemas, common law no es muy pro *lex mercatoria*), a pesar que no sea la legislación en donde el tribunal esta ubicado
- Las partes no pueden argumentar que el tribunal hizo una escogencia errónea de la ley sustancial bajo la convención de NY
- EX AEUQUO ET BONO: La decisión se realiza en equidad, requiere pacto expreso de las partes – amigable composición

# Leyes aplicables a la controversia internacional

- La ley aplicable al acuerdo arbitral: Principio de separabilidad, por lo que no siempre la ley sustancial escogida va a ser con la que se determine o juzgue el acuerdo arbitral.
  - Las partes pueden decidir la ley aplicable (Pacta sunt servanda)
  - Si las partes no deciden expresamente, la ley sustancial para juzgar la existencia y validez de la cláusula arbitral es la *lex fori* (Ley Del foro - Ley sustancial del lugar en donde se asienta el tribunal de arbitramento)
  - En Colombia la controversia tiene que ser susceptible de arbitramento por lo que se aplica una mezcla de normas

# Leyes aplicables a la controversia internacional

- La ley aplicable al procedimiento arbitral: Principio de equilibrio en la defensa y en el tratamiento del tribunal
  - Las partes pueden decidir la ley procesal aplicable, el reglamento del centro de arbitramento o un proceso especial para ellas; Generalmente se escoge las reglas del centro de arbitraje
  - Si las partes no han pactado la ley procesal aplica la *lex fori* (la ley procesal aplicable en el lugar en donde se instale el tribunal – aplica entonces la “ley de arbitramento internacional” nacional)
  - Cualquier controversia se define por el principio competence – competence
  - Si el tribunal cambia de sitio por razones de conveniencia (práctica de pruebas, orden público, por ejemplo) no implica un cambio en la ley procesal; si es escogido por las partes se necesitaría acuerdo
  - Caso naviera Perú (en Londres el tribunal pacto de aplicar procedimiento peruano – no se aplicó por que era inoperativo)

# Pacto arbitral

12

- La primera cuestión es que a pesar de la existencia del acuerdo, una de las partes no acuda al tribunal como forma de detenerlo:
  - El tribunal continúa así la parte no comparezca – Colombia (artículo 73 y UNICITRAL) Las autoridades judiciales del lugar donde se va a desarrollar el tribunal pueden proceder a nombrar el arbitro de la parte

# Pacto arbitral

13

- La segunda es usar la jurisdicción para evitar la aplicación del pacto:
  - (Convención de NY artículo 2 y artículo 70 ley 1563 de 2012) Las cortes deben detener los procedimientos que se hayan iniciado ante ellas cuando están en presencia de un acuerdo arbitral, sin embargo
  - “La autoridad judicial a la que se someta un litigio sobre un asunto que es objeto de un acuerdo de arbitraje remitirá a las partes al arbitraje **si lo solicita cualquiera de ellas**, a más tardar, en la oportunidad para la contestación de la demanda. (...) No obstante haberse entablado ante la autoridad judicial la acción a que se refiere el inciso anterior, **se podrán iniciar o proseguir la actuación arbitral y dictar un laudo aunque la cuestión esté pendiente ante la autoridad judicial.**”

# Pacto arbitral

14

- Definición de pacto arbitral:
  - Acuerdo escrito que puede estar dentro del contrato en la forma de una cláusula arbitral o en separado en la forma de un acuerdo arbitral, inclusive en intercambio de cartas, telegramas u otras formas de comunicación
  - No tienen que estar en el mismo cuerpo normativo, puede estar igualmente en contratos complejos o en títulos valores que se incorporen en un contrato
  - Pero si se necesita un intercambio de comunicaciones
  - Para que un tercero pueda exigir la aplicación de la cláusula arbitral tiene que demostrar que está o puede estar en la misma posición que la parte contratante

# Pacto arbitral

15

- Campo de aplicación del pacto arbitral – Redacción:
  - El acuerdo debe versar sobre materias que sean susceptibles de arbitramento y que estén acogidas dentro del pacto (Se prefieren cláusulas o pactos abiertos para tener un solo centro de decisión – Problema de la fragmentación)
  - De igual forma se aplica el principio de competence – competence para determinar la jurisdicción del tribunal y las materias de las que pueden conocer (En Colombia es causal de anulación del laudo arbitral)
  - Por lo anterior, si las partes no están de acuerdo, deben presentar de forma rápida sus protestas
  - La falta de dinero no implica que no se pueda desarrollar el tribunal de arbitramento

# Pacto arbitral

16

- Campo de aplicación del pacto arbitral – otras consideraciones:
  - Existe la limitación del orden público internacional y las políticas públicas dependiendo de la soberanía de los países (por ejemplo, temas laborales, ambientales, derecho penal, derecho de familia, derecho de la competencia o el consumidor, procesos de liquidación – intereses de terceros, seguridad nacional)
  - En Colombia es causal de nulidad la falta de capacidad en el momento en que se suscribió el acuerdo arbitral, sin embargo el tribunal sería competente para pronunciarse sobre la validez de ello

# Nombramiento de los árbitros

17

- Las partes consideran generalmente que el arbitro que nombran va a defender su causa, no entienden que están nombrando un juez y no un abogado
- Las calidades que debe reunir el arbitro dependen en gran medida de cada caso, preferiblemente que conozca el sector y tenga experiencia particular en la controversia que se está disputando
- Los árbitros deben conocer las leyes, los procedimientos y poderes, así como ser imparciales para evitar que se vuelvan demasiado imponentes
- Es necesario también tener un número impar de árbitros y elegir un presidente que dirima las controversias dentro del tribunal, si no se dice nada el número que considera UNICITRAL es de tres, como también lo considera la ley Colombiana – las partes eligen

# Nombramiento de los árbitros

18

- Si alguna de las partes no nombra, o las partes no se ponen de acuerdo para nombrar al arbitro único, se acude a la autoridad judicial para que realice el nombramiento (UNICITRAL y art 73 ley 1563 de 2012) – UNICITRAL no impone requisitos de idoneidad, la ley colombiana establece que sea imparcial e independencia; Todo sujeto a la voluntad de las partes
- Hay un procedimiento de recusación e impedimento (challenge) de los árbitros, UNICITRAL no especifica razones, la ley colombiana dice que cuando no hay imparcialidad e independencia o no cumple con los requisitos de las partes – decide el tribunal; ley colombiana, si no puede decidir el tribunal, decide el centro de arbitraje (arts 75 y 76)

# Nombramiento de los árbitros

19

- La imparcialidad se analiza conforme a la relación del arbitro con las partes (por ejemplo \$ suma sustancial) o el objeto de la controversia, deben existir dudas razonables y justificables para la recusación, si es impedimento el árbitro debe relevar las razones; También es posible recusar por el comportamiento del arbitro durante el proceso – Es causal de anulación
- El tribunal tienen libertad respecto al análisis probatorio, puede limitar en número de pruebas y realizar inferencias en contra cuando las partes se niegan a mostrar algún documento exigido
- Se puedes realizar solicitudes adicionales a las incluidas en la demanda inicial siempre y cuando el tribunal las acepte, se garantice el derecho a la contradicción y esté dentro de la jurisdicción del tribunal

# Medidas cautelares y ordenes preliminares

20

- Es posible solicitar medidas cautelares u órdenes para proteger el objeto del tribunal, proteger la información y la confidencialidad, proteger evidencia, ordenar mostrar la información o garantizar la efectividad del fallo (UNICITRAL art 9, ley 1563 de 2012 art 80 y ss)
- Para ellas se necesita la colaboración de los jueces
- En Colombia se debe probar la conducencia, pertinencia, razonabilidad, oportunidad de la medida cautelar, y prestar caución

# Laudo Arbitral

21

- Puede hacerse exigible bajo la convención de NY artículo 5, el artículo 35 de UNICITRAL y conforme a la ley 1563 de 2012 en Colombia
- La convención de NY acoge a los Estados suscribientes – problema de soberanía
- UNICITRAL es soft law por lo que necesita incorporación en el ordenamiento jurídico interno
- En Colombia está regulado en los artículos 11 y subsiguientes de la ley 1563 de 2012 “Un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se haya proferido, será ejecutable ante la autoridad judicial competente, a solicitud de parte interesada” – traducido al español
- Si se profiere en Colombia se toma como laudo nacional
- La oposición para la ejecutoria del laudo es restrictiva por lo que no es una nueva discusión del objeto sino obedece a causas específicas – no es una apelación

# Laudo Arbitral

22

- Bajo la convención, el laudo arbitral debe tratarse como si fuera una decisión de la corte del país en donde se produjo
- Excepciones dentro de la convención de NY (similares a UNICITRAL):
  - La persona sobre la que se quiere la ejecución no era parte del acuerdo arbitral
  - El acuerdo arbitral es inválido bajo la ley pactada o definida por el tribunal (*lex fori*)
  - Una de las partes no fue notificada del tribunal o de alguno de los procedimientos
  - Violación del derecho de contradicción a una de las partes
  - El tribunal excede su jurisdicción (fuera de la cláusula arbitral – tiene que ser grave y obvia)
  - La composición del tribunal no está acorde con la voluntad de las partes

# Laudo Arbitral

23

- Excepciones dentro de la convención de NY (continuación):
  - No es posible la ejecución en el país que se produjo (problemas de ordenamientos)
  - Razones de orden público o política pública (viola las nociones más básicas de la moral y los valores) – Corrupción, sobornos, fraude, delitos e.t.c, por ello es excepcional
  - Quien alega la excepción tiene la carga de la prueba

# Laudo Arbitral

24

- Causales para negar el reconocimiento – En Colombia:

Solo se podrá denegar el reconocimiento de un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se haya dictado, en los casos y por las causales que taxativamente se indican a continuación:

a) A instancia de la parte contra la cual se invoca, cuando ella pruebe ante la autoridad judicial competente del país en que se pide el reconocimiento o la ejecución:

i. Que para el momento del acuerdo de arbitraje estaba afectada por alguna incapacidad; o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado el laudo; o

# Laudo Arbitral

25

- Causales para negar el reconocimiento:

ii. Que la parte contra la cual se invoca el laudo no fue debidamente notificada de la designación de un árbitro o de la iniciación de la actuación arbitral o no pudo, por cualquiera otra razón, hacer valer sus derechos; o

iii. Que el laudo versa sobre una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje. No obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras; o

iv. Que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ajustaron al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, a la ley del país donde se adelantó o tramitó el arbitraje; o

# Laudo Arbitral

26

- Causales para negar el reconocimiento:

v. Que el laudo no es aún obligatorio para las partes o fue anulado o suspendido por una autoridad judicial del país sede del arbitraje; o

b) Cuando la autoridad judicial competente compruebe:

i. Que, según la ley colombiana, el objeto de la controversia no era susceptible de arbitraje; o

ii. Que el reconocimiento o la ejecución del laudo serían contrarios al orden público internacional de Colombia.

Si se hubiere pedido la anulación o la suspensión del laudo ante una autoridad judicial del país sede del arbitraje, la autoridad judicial colombiana, si lo considera procedente, podrá aplazar su decisión sobre el reconocimiento del laudo y, a instancia de la parte que pida aquello, esta podrá también ordenar a la otra parte que otorgue caución apropiada.

# Laudo Arbitral

27

- Se puede solicitar aclaración y complementación
- La responsabilidad de los árbitros es completamente limitada, se refiere a casos más de fraude que de cualquier otra cosa, incluyendo negligencia
- Los errores cometidos de buena fe no son causantes de responsabilidad para los árbitros

# MIL GRACIAS

- ▶ Correo electrónico
- ▶ [davidaugustoecheverry@yahoo.es](mailto:davidaugustoecheverry@yahoo.es)
- ▶ [davidecheverry@usantotomas.edu.co](mailto:davidecheverry@usantotomas.edu.co)
  
- ▶ Cel: 3158223612