

ARBITRAJE INTERNACIONAL

LINA BEATRIZ TORRES SILVA

SANTA FE DE BOGOTA
UNIVERSIDAD SANTO TOMAS DE AQUINO

2006

ARBITRAJE INTERNACIONAL

LINA BEATRIZ TORRES SILVA

Monografía para obtener el título de abogada

Director
GERARDO RAVASSA MORENO
Abogado

SANTA FE DE BOGOTA
UNIVERSIDAD SANTO TOMAS DE AQUINO
2006

DEDICATORIA

A la Familia Torres Silva, a la cual me siento orgullosa de pertenecer.

AGRADECIMIENTOS

A Dios, por la iluminación, paciencia y valentía que puso en mi ser, sin las cuales no hubiese podido terminar esta investigación.

Al Doctor Gerardo Ravassa Moreno (q. e.d), por el tiempo dedicado, por sus enseñanzas jurídicas y de vida.

A Jesús Guarín, quien pese a no ser abogado, contribuyó a mejorar la calidad del documento final.

INTRODUCCIÓN	7
I. GENERALIDADES DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL	9
1. NATURALEZA JURÍDICA.....	9
Teoría Contractualista	10
Teoría Procesalista	13
Teoría Ecléctica.....	15
2. PACTO ARBITRAL.....	17
3. PROCEDIMIENTO ARBITRAL	21
Arbitraje Internacional <i>Online</i>	28
Ley Aplicable	38
Nueva Lex Mercatoria.....	41
Sede	43
Laudo.....	46
Reglamentación de los Procedimientos Arbitrales.....	47
1. Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional	47
a. Demanda y Contestación de la Demanda.....	47
b. Nombramiento de los Árbitros.....	49
c. Fallo	49
2. Reglamento de la Asociación Americana de Arbitraje	50
a. Demanda y Contestación de la Demanda.....	51
b. Nombramiento de los Árbitros.....	51
c. Fallo	53
3. Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional	53
a. Demanda y Contestación de la Demanda.....	54
b. Nombramiento de Árbitros	55
c. Fallo	55
4. Reglamento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial	56
II. EXEQUATUR.....	58
1. TRAMITE DEL EXEQUATUR.....	58
Incapacidad de las partes y validez del convenio arbitral	65
Imposibilidad de las partes para hacer valer sus medios de defensa.....	66
Incongruencia del laudo	69
Irregularidades en la constitución del tribunal o en el procedimiento	72
Sentencia no obligatoria, anulada o suspendida.....	74
El objeto sometido a arbitraje no es arbitrable	75
2. ORDEN PÚBLICO.....	77
III. ARBITRAJE INTERNACIONAL EN COLOMBIA.....	81

IV. CONCLUSIONES	83
BIBLIOGRAFÍA	85

INTRODUCCIÓN

El derecho internacional privado está dando paso a una integración global de la jurisdicción mercantil, mediante la creación de tribunales privados (Centros de Arbitraje), diseminados en la geografía del planeta, de carácter homogéneo, supervisados por organismos internacionales, cuyo prestigio y seriedad hagan superflua la escogencia o elección de un lugar específico para sustanciar el proceso arbitral, cuyo laudo puede estar fundamentado en normas, no comprendidas en el ordenamiento jurídico de un determinado país o de un conjunto de países (tratados y convenciones internacionales); normas modelo de rito y de juzgamiento, que se hacen vinculantes para el negocio jurídico ventilado en el juicio, por virtud del acuerdo de arbitraje. El lugar del arbitraje puede ser determinado por razones diversas, como la ubicación y comodidad de los árbitros, proximidad de las pruebas o ubicación de la cosa litigiosa.

De la actividad en las economías nacionales y en la mundial, como del incremento vertiginoso del comercio internacional, surgen diferencias entre las partes que dan lugar a querellas judiciales que son resueltas a través del arbitraje internacional, convirtiéndose en el paradigma de la justicia comercial internacional.

La eficacia del arbitraje internacional radica finalmente en la facilidad con la que se puede ejecutar la sentencia arbitral contra la parte vencida. La gran mayoría de las sentencias arbitrales se cumplen voluntariamente. En el caso en que esto no suceda, la parte vencedora tendrá que invocar la sentencia arbitral ante los órganos judiciales del lugar donde su cumplimiento fuera posible. El procedimiento por el cual un Estado otorga eficacia y fuerza ejecutoria a una sentencia arbitral

extranjera invocada en su territorio, y ordena la imposición de mecanismos coercitivos para lograr el efectivo cumplimiento de la misma, se denomina, *exequátur*.

Esta investigación brindará al lector, entre otros aspectos, un resumen de las diferentes teorías que existen sobre la naturaleza jurídica del arbitraje, una ligera presentación de los diferentes reglamentos de arbitraje a los cuales se puede acudir actualmente para dirimir conflictos internacionales. Además de un análisis sobre el alcance de la ley 39 de 1990 mediante la cual Colombia aprobó la Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, adoptada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Arbitramento Comercial del 10 de junio de 1958, es decir, el *exequátur*.

I. GENERALIDADES DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL

1. NATURALEZA JURÍDICA

La naturaleza jurídica de una institución permite determinar categoría jurídica general en la cual se debe encuadrar la especie que se está estudiando, y este esfuerzo responde, no a un puro deseo de jugar a las clasificaciones y subclasificaciones, sino a una obvia finalidad práctica: determinar ante el silencio de la ley, qué normas son aplicables supletoriamente. En general no se investiga el uso de cierta expresión lingüística, se trata de descubrir propiedades normativas, que pretenden revelar realidades que trascienden la experiencia y que determinan el significado de las expresiones del lenguaje jurídico.

Considerando al arbitraje internacional como un procedimiento heterocompositivo extraprocesal, fundado en el principio de la autonomía de la voluntad enalteciendo el *pacta sun servanda*, en el cual las partes someten a un particular, árbitro, sus diferencias, que actuará según su *potestad*, bajo la tutela del principio *erga omnes* basado en el caso del arbitraje comercial en el *ius mercatorum* o *lex mercatoria*; podemos observar las siguientes teorías que explican la naturaleza jurídica del arbitraje.

Teoría Contractualista

La teoría privada o contractual sostiene que el arbitraje es una institución eminentemente privada, una expresión pura de la autonomía de la voluntad de las partes. Según esta teoría, para determinar la naturaleza jurídica de la actuación arbitral, es necesario ahondar en la esencia misma del acto del cual derivan las potestades de los árbitros, es decir, del convenio o cláusula arbitral.

Para la teoría privatista pura o contractualista, el arbitraje tiene su origen en el contrato por el cual las partes entregan la solución de sus controversias a un árbitro, y éste, al dictar el laudo, cumple la función de un tercero a quien se le ha confiado terminar con el conflicto suscitado entre las partes. El arbitraje refleja fundamentalmente el acuerdo de las partes, las que libremente han decidido cómo, por qué personas y según qué reglas debe ser resuelto el litigio.

Esta teoría entiende que el arbitraje no es más que la manifestación de dos convenios o contratos: por un lado, el convenio arbitral en virtud del cual las partes se comprometen a recurrir a un tercero o árbitro en caso de suscitarse algún conflicto, y en ese caso la resolución de éste resulta obligatoria para las partes al haber sido aceptada previamente por ellas (pacto arbitral). De otra parte, está la obligación que adquiere el tercero de resolver el conflicto con arreglo a derecho o en equidad (contrato de mandato).

Los defensores de esta teoría consideran al árbitro como mandatario de las partes, por lo que el laudo arbitral adolecería de los elementos de una sentencia, siendo por el contrario una simple ejecución del mandato por el compromisario. Esta doctrina se enmarca en el ámbito del derecho privado, por su carácter contractual, aunque con contenido procesal.

En línea con la teoría contractual, Calamandrei sostiene que el compromiso arbitral no transfiere la jurisdicción de los órganos judiciales a los árbitros, ni hace que pase a éstos la competencia, puesto que sólo produce "una limitación del trabajo preparatorio de cognición que normalmente cumplen por sí los órganos jurisdiccionales".¹

En este mismo sentido José Fernando Merino Fernández y José María Chillón Medina sostienen que "La tendencia del arbitraje internacional apunta a una progresiva desvinculación de éste del marco de los derechos internos, en procedimiento como en fondo, vigorizando el principio de la autonomía de la voluntad. Se otorga validez universal al convenio unificando sus efectos; se permite cada vez mayor libertad de los árbitros en escogencia de las normas aplicables en el procedimiento, como en el fondo, dando entrada a ordenamientos no específicamente nacionales; por último se elimina el control judicial sobre el fondo, se reducen los motivos de los recursos contra el laudo"².

¹ CALAMANDREI Piero, Naturaleza Jurídica de la Función de los Árbitros. Publicado en internet por Legalinfo-Panamá.2002

² CHILLÓN MEDINA José María, MERINO FERNANDEZ José Fernando. Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional. Editorial Civitas, S.A. Madrid 1991. Pág.421

Por su lado, Peter Nygh³ arguye que el árbitro no es una autoridad pública prestando servicio a nombre del Estado; por el contrario, el árbitro es un particular o cuerpo colegiado cuya competencia depende de la voluntad de las partes. Así, por ejemplo, refiriéndose al lugar o sede del arbitraje, este autor manifiesta que "mientras que la selección de un foro judicial es un acto que obedece a un mandato del ordenamiento jurídico procesal, el cual, por regla general, depende de la existencia de algún nexo jurisdiccional con el objeto de la causa o con el sujeto demandado, el lugar del arbitraje puede ser meramente accidental, ya que, de no ser seleccionado por las partes, puede ser escogido por la institución o el tribunal arbitral por razones de conveniencia práctica".

En Colombia se considera como el principal defensor de esta teoría al Dr. Fernando Mantilla, quien al respecto manifestó, "Ya hoy para nadie es un misterio reconocer la naturaleza contractual del arbitramento y su tramitación jurisdiccional extrajudicial. (...) De hecho, sólo porque las partes tienen la libre disposición de algunos de sus derechos, el arbitramento es permitido respecto de ellos. Las partes, en ejercicio de dicha autonomía, son las que deciden sobre la forma que ellas estiman más conveniente para resolver los litigios que las conciernen. En otras palabras el legislador ha considerado que, si es posible disponer de un derecho hasta el extremo de poder renunciar a él, (lo que sucede, por ejemplo, en

³ NYGH, Peter. Choice of forums and law in international commercial arbitration. The Hague: Kluwer Law International, 1997, Pág. 32 Forum Internazionale (No. 24).

la transacción, la remisión o condonación y en la renuncia) con mayor razón es posible someter dicho derecho a la decisión (arbitrio) de un tercero”⁴.

Teoría Procesalista

La llamada doctrina procesalista que da origen a esta teoría sostiene que el arbitraje no es nada distinto de un proceso en el que el árbitro es el juez. Si bien el arbitramento surge de un acuerdo de voluntades para producir unos determinados efectos jurídicos, no es a ese acuerdo al que se debe acudir para determinar la naturaleza jurídica del arbitraje, sino a la naturaleza de la función de los árbitros.

De acuerdo con lo anterior las partes pueden delegar en un tercero la decisión de sus diferencias, pero para que la decisión de ese tercero sea obligatoria, para que tenga efectos de cosa juzgada y se pueda hacer efectiva, no es suficiente el poder otorgado a los árbitros a través de un mero contrato de mandato, sino que se requiere de un poder especial, de una facultad y una autoridad que sólo pueden emanar del Estado. La administración de justicia le corresponde al Estado y no a los particulares, y en consecuencia no pueden los particulares investir a los árbitros de facultades y poderes que los particulares no tienen.

⁴ MANTILLA SERRANO, Fernando. El principio de autonomía y su aplicación al procedimiento arbitral: En aspectos cruciales del arbitraje. Revista Cámara de Comercio de Bogotá No. 5. 2002. pág. 22 y 23.

De aquí se sigue que el arbitraje no es nada distinto de un proceso, en el que un árbitro investido por el Estado de la facultad temporal de administrar justicia, resuelve controversias entre particulares, actuando como verdadero juez, y como tal, es independiente y autónomo. Su actuación sólo tiene en cuenta los intereses de la justicia, y sus fallos son dictados en derecho o en equidad, pero en forma independiente y sin otras consideraciones que su conciencia y la ley.

Para determinar la naturaleza jurídica del arbitraje, la teoría publicista pura o procesalista, sostiene que el arbitraje es ante todo un procedimiento cuasi judicial, en el cual lo característico es la sentencia o laudo arbitral, concebida como acto jurídico comparable con las decisiones de los tribunales ordinarios de justicia, que tiene por finalidad resolver la contienda.

Uno de los más destacados defensores de la naturaleza jurisdiccional del arbitraje es, sin lugar a dudas, Carnelutti,⁵ quien admite que la función que el árbitro ejerce es una función judicial, más exactamente, es la función jurisdiccional

A juicio de Devis Echandía⁶, la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral, derogan la competencia del juez, pero no su jurisdicción. Para este autor, la derogatoria de la competencia se produce desde que se pacta la cláusula compromisoria, o desde la celebración del compromiso arbitral, si no se ha iniciado el juicio, y en caso contrario, desde que el tribunal arbitral solicite del juez la entrega del expediente. Sin embargo, concluye el mismo autor, la potestad de

⁵ CARNELUTTI Francesco. Instituciones de Derecho Procesal. Ed. Oxford University Press. Mexico. 2001. Pág. 421.

⁶ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Compendio de Derecho Procesal. Parte Especial Ed. ABC Bogotá, 1981. Pág. 816.

los árbitros surge cuando la ley se las otorga excepcionalmente y de manera privativa e imperativa.

El carácter jurisdiccional del arbitraje muestra su contraposición al principio contractual del pacto arbitral y es recogido en las legislaciones de la mayoría de los países latinoamericanos.

Teoría Ecléctica

La polémica en torno a la naturaleza jurídica del arbitraje ha decaído por la adopción de la teoría mixta o conciliatoria, según la cual se trata de una institución *sui géneris*, de naturaleza híbrida, en la que conviven, como un todo indisoluble, el origen contractual de la misma, el acuerdo arbitral, con los efectos procesales que ella produce, como ocurre en las sentencias judiciales.

Esta teoría armoniza todos los elementos en juego, aceptando por un lado la existencia de elementos contractuales en la relación que vincula a las partes entre sí y a éstas con el árbitro, y por otro reconociendo un carácter jurisdiccional, no tanto en la función que desempeñan los árbitros, como a la eficacia que se le otorga al laudo (eficacia ejecutiva y autoridad de cosa juzgada).

En la teoría mixta o ecléctica, el arbitraje es en su origen un negocio de derecho privado, como creación de la voluntad de los particulares, pero procesal por las

sujeciones y las limitaciones a que esta voluntad es sometida, por cuanto debe acudir al poder judicial para la ejecución forzosa de laudo.

A la teoría ecléctica se le cuestiona el no determinar, si el arbitraje es un juicio en el sentido estricto y si el laudo arbitral configura una sentencia, como tampoco precisa con claridad lo relacionado con el origen contractual del arbitraje así como el rol protagónico que le toca jugar a las partes, como sí lo hacen las dos posiciones anteriores.

Analizadas cada una de las teorías que tratan de explicar la naturaleza jurídica del arbitraje, consideramos que en el caso del arbitraje internacional sólo es aplicable los fundamentos de la teoría contractualista, toda vez que el árbitro recibe única y exclusivamente la potestad para solucionar el conflicto del contrato firmado por las partes, teniendo las partes la facultad para determinar el procedimiento aplicable, la sede del arbitramento, de renunciar al derecho de interponer recursos contra el laudo, entre otros detalles, primando la autonomía de la voluntad de las partes, siendo esta última la esencia del arbitraje internacional.

El árbitro internacional no tiene foro. Es decir, a diferencia del juez cuya función se inscribe en una estructura jurisdiccional propia a una sociedad políticamente organizada y soberana, el árbitro internacional no está inserto en un sistema estatal y, por tanto, aún menos administra justicia “en nombre de un Estado”. En consecuencia, sería absurdo considerar que, porque las partes han decidido arbitrar en un determinado país, los árbitros entran a formar parte del aparato jurisdiccional del país sede del arbitraje; máxime cuando se sabe que en materia internacional, el país de funcionamiento del tribunal, es de libre de selección de las

partes y puede no guardar relación alguna con el fondo del asunto o, con la nacionalidad de las partes.

Los países latinoamericanos si bien han venido implantando reglas para tratar de facilitar el progreso de la institución arbitral, y no obstante las bondades de las normas positivas, la postura doctrinal y jurisprudencial predominante en este lado del continente ha sido la de que el arbitramento no es nada distinto de un proceso en cual el árbitro es el juez, alejándose de la interpretación de las normas y el entendimiento del arbitraje internacional con una proyección universal y sin medir las consecuencias negativas que esa postura puede tener en el ámbito de la comunidad internacional.

2. PACTO ARBITRAL

El pacto arbitral es un contrato en virtud del cual las partes involucradas en un conflicto, presente o futuro, se obligan a someter sus diferencias a la decisión de un particular llamado árbitro y derogan de esta forma la justicia ordinaria.

En relación el pacto arbitral encontramos definiciones como la que hace el doctor Martínez Neira, “El pacto arbitral es un acto jurídico bilateral o plurilateral, como quiera que se constituye en la expresión de voluntad de los contratantes destinada a producir efectos jurídicos: otorgar una jurisdicción especial a los árbitros para

que diriman en derecho o en conciencia las controversias presentes o futuras que puedan vincularlos”⁷.

De igual forma el doctor Gil Echeverri, al definir el convenio arbitral menciona: “El pacto arbitral es un negocio jurídico de naturaleza contractual mediante el cual las partes manifiestan su voluntad de definir la solución de sus conflictos de intereses actuales o futuros, originados en una relación contractual o en una situación de hecho, a la justicia arbitral, quedando derogada la jurisdicción ordinaria”⁸.

Ubicados en el campo internacional, encontramos que la Convención de Nueva York de 1958, en su artículo II, define como pacto arbitral el acuerdo por escrito conforme con el cual las partes se obligan 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, y en el numeral 2 del mismo artículo, la Convención se ocupa de aclarar el alcance de la expresión acuerdo por escrito, precisando que éste hace referencia tanto a la cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes, como acuerdo contenido en un canje de cartas o telegramas⁹. Esta Convención por ser de carácter general originada en el seno de las Naciones Unidas, no hace ningún tipo de restricción al pacto arbitral, en el sentido que pueden someterse a las reglas de esta Convención asuntos de cualquier naturaleza, de origen

⁷ MARTINEZ NEIRA Néstor Humberto, Pacto arbitral y arbitramento en conciencia. Editorial Temis. Bogotá, 1998 Pág. 35

⁸ GIL ECHEVERRI Jorge Hernán. Nuevo régimen de arbitramento. Segunda Ed., Bogotá,.Cámara de Comercio de Bogotá. 2002. Pág. 83.

⁹ Convención de Nueva York de 1958, artículo II. Aprobada en Colombia por la ley 39 de 1990.

contractual o extracontractual, elementos que no están presentes en otras normas de carácter internacional, es el caso de la Convención de Panamá de 1975, que toma los parámetros de la Convención de Nueva York, pero sólo para asuntos de naturaleza comercial.

El pacto arbitral es independiente del negocio jurídico que se quiera someter a decisión de un arbitramento, razón por la cual los doctores Ana María Botero y Néstor Raúl Correa, al respecto exponen los alcances de la autonomía del pacto arbitral: “Primero, de conformidad con el denominado principio de la autonomía del pacto arbitral, la nulidad del contrato no acarrea la nulidad del pacto, de suerte que éste puede sobrevivir sin aquél. Segundo, puede ocurrir que el contrato se rija por una ley y el pacto arbitral se regule por otra ley diferente. Tercero, se aplica el principio denominado *kompotens kompetens*, según el cual el árbitro es el juez de su propia competencia, de suerte que él, y no un tercero, es quien define si es, o no competente. Desde luego, si el árbitro decide que el pacto arbitral es nulo, se abstiene de asumir competencia. Y si el árbitro encuentra que el contrato es nulo pero el pacto arbitral es válido, asume competencia”¹⁰.

El pacto arbitral desde sus orígenes y a lo largo de todas las convenciones se ha presentado como cláusula compromisoria o compromiso, diferencia que está llamada a desaparecer, para hablar sólo de convenio o pacto arbitral.

¹⁰ BOTERO SANCLEMENTE, Ana María, CORREA HENAO, Néstor Raúl. Arbitramento Internacional. Cámara de Comercio de Bogotá, 2002. Pág.26.

Cuando se habla de cláusula compromisoria se hace referencia al acuerdo que se suscribe entre las partes para someter a arbitraje internacional las futuras diferencias que puedan llegar a surgir entre los contratantes, en virtud de una relación jurídica contractual. La cláusula compromisoria puede encontrarse en el mismo documento en el que consta el contrato o en un otro sí.

Existen múltiples modelos de cláusulas compromisorias, diseñados por los diferentes Centros de Arbitraje que coexisten a nivel internacional y que buscan orientar a los contratantes en las mínimas formalidades que debe contener el pacto arbitral.

La Cámara de Comercio Internacional recomienda el siguiente modelo de cláusula compromisoria: “Todas las desavenencias que deriven de este contrato o que guarden relación con este serán resueltas definitivamente de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional por uno o más árbitros nombrados conforme a este Reglamento”¹¹.

Igualmente la Comisión de la Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) recomienda como texto de la cláusula compromisoria, el siguiente: “Todo litigio, controversia o reclamación resultante de este contrato o relativo a este contrato, su incumplimiento, resolución o nulidad, se resolverá mediante arbitraje de conformidad con el reglamento de arbitraje de la CNUDMI, tal como se encuentra en vigor”. Adicionalmente la Comisión citada recomienda “agregar lo siguiente: a) La autoridad nominadora será. . . (nombre de la persona o

¹¹ Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional. 1998.

instituto) *b*) El número de árbitros será de . . . (uno o tres); *c*) El lugar de arbitraje será . . . (ciudad o país); *d*) El idioma (o los idiomas) que se utilizará(n) en el procedimiento arbitral será(n) . . . ,”¹² .

El compromiso se puede definir como el acuerdo de someter a arbitraje internacional, las diferencias surgidas en virtud de una relación contractual o no contractual, sustrayéndola de la justicia ordinaria. La única diferencia con la cláusula compromisoria la hace el hecho que el compromiso se asiente una vez surgido el conflicto entre las partes y la cláusula antes de surgir el conflicto.

De la claridad del pacto arbitral depende el buen desarrollo del arbitramento, por cuanto en el convenio arbitral se determinará el reglamento al que se someterá las discrepancias surgidas, la sede del arbitramento, la ley procesal y sustancial aplicable, en fin, todas y cada una de las puntualidades con que se debe desarrollar el arbitramento, sin olvidar las implicaciones que tiene el guardar silencio sobre cualquiera de los puntos mencionados.

3. PROCEDIMIENTO ARBITRAL

Dentro de los sistemas de solución de conflictos, existentes fuera de la vía jurisdiccional, encontramos el arbitraje internacional que se perfila como un

¹² Reglamento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. 1998

instrumento eficaz para agilizar los nuevos problemas que se generan en el mercado internacional, como consecuencia de la globalización. El arbitramento internacional es el conjunto de reglas mediante las cuales el tribunal de arbitramento, conforme a los parámetros del encargo recibido por las partes en conflicto, debe resolver una controversia de alcance internacional.

En palabras de los doctores Ana María Botero y Néstor Raúl Correa, “El procedimiento arbitral internacional es un verdadero proceso, en el sentido técnico del término, en el que se traba la litis en dos partes, para ser resuelto por un tercero neutral, llamado árbitro, revestido de poderes jurisdiccionales, mediante una providencia denominada laudo”¹³.

Para analizar el arbitramento internacional, es preciso hacer una primera distinción entre el arbitraje nacional y el internacional, puesto que cuando se trata de este último se requerirá el *exequátur*, para el reconocimiento y ejecución del laudo, lo que no será necesario en el caso del arbitraje nacional.

El arbitraje será internacional cuando en el lugar donde se desarrolle, incluyendo la elaboración del laudo arbitral, la legislación que se ha aplicado al arbitramento es distinta de la del Estado al que pertenecen las partes en conflicto. Sin embargo, la internacionalidad del arbitraje, radica fundamentalmente en el hecho que el árbitro no administra justicia en nombre de ningún Estado, sino cumple una función internacional de dirimir un conflicto entre empresas o personas, relativo a un contrato o a una relación u operación mercantil de naturaleza internacional. La

¹³ BOTERO SANCLEMETE Ana María y CORREA HENAO Néstor Raúl. Arbitramento Internacional. Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, D.C., 2002. Pág. 26.

función desplegada por el árbitro reemplaza la de los órganos jurisdiccionales internacionales, que no siempre existen para desempeñarla.

En Colombia la Ley 315 de 1996 de arbitraje internacional dispone los eventos en los cuales, además de que las partes lo hayan pactado, el arbitraje se puede denominar arbitraje internacional.

- “1. Que las partes al momento de la celebración del pacto arbitral, tengan su domicilio en Estados diferentes.
2. Que el lugar de cumplimiento de aquella parte sustancial de las obligaciones directamente vinculada con el objeto del litigio, se encuentre situada fuera del Estado en el cual las partes tienen su domicilio principal.
3. Cuando el lugar del arbitraje se encuentra fuera del Estado en que las partes tienen su domicilio, siempre que se hubiera pactado tal eventualidad en el pacto arbitral.
4. Cuando el asunto objeto del pacto arbitral, vincule claramente los intereses de más de un Estado y las Partes así lo hayan convenido.
5. Cuando la controversia sometida a decisión arbitral, afecte directamente e inequívocamente los intereses del comercio internacional”¹⁴.

Respecto a las normas aplicables a un procedimiento arbitral internacional el derecho colombiano en el artículo 197 del Decreto 1818 de 1998, expresamente

¹⁴ Ley 315 de 1996 artículo 9.

dispone: "... las partes son libres de determinar la norma sustancial aplicable conforme a la cual los árbitros habrán de resolver el litigio. También podrán directamente o mediante referencia a un reglamento de arbitraje, determinar todo lo concerniente al procedimiento arbitral incluyendo la convocatoria, la constitución, la tramitación, el idioma, la designación y nacionalidad de los árbitros, así como la sede del tribunal, la cual podrá estar en Colombia o en un país extranjero"¹⁵. El artículo 197 y siguientes del Decreto 1818 de 1998 presenta tres aspectos en materia de arbitraje internacional que no se pueden pasar por alto.

En primer lugar es importante comentar los métodos a través de los cuales las partes pueden determinar el procedimiento aplicable. El artículo 197 del Decreto 1818 de 1998 establece que las partes en controversia pueden escoger el procedimiento arbitral bien sea "directamente o mediante referencia a un reglamento de arbitraje". Esta libertad de elección del procedimiento arbitral nos permite entrever el amplísimo reconocimiento de la autonomía de la voluntad privada en materia de arbitraje internacional. En aquellos casos en los cuales las partes escogen el procedimiento arbitral "directamente", se está en presencia de un "arbitraje independiente", según la definición establecida en el artículo 116 del Decreto de 1818 de 1998. Las partes tienen la facultad de elaborar la normatividad procedimental que deberá seguirse en el arbitraje al cual someterán sus controversias. En aquellos casos en los cuales las partes escogen el procedimiento arbitral "mediante referencia a un reglamento de arbitraje" estamos generalmente en presencia de un "arbitraje institucional", de conformidad con la clasificación del artículo 116 del Decreto 1818 de 1998. En virtud de la autonomía de la voluntad las partes, en su acuerdo de arbitraje pueden escoger el procedimiento arbitral institucional que más convenga a sus intereses. El mercado de los centros internacionales de resolución de conflictos les ofrece a los

¹⁵ Decreto 1818 de 1998 artículo 197.

comerciantes internacionales todo un abanico de posibles reglamentos a los cuales las partes pueden referirse en su pacto arbitral. Los más conocidos y utilizados son el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), las Reglas de Arbitraje Internacional de la Asociación Americana de Arbitraje (AAA), el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL) y el Reglamento de Procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC), reglamentos a los cuales se hace referencia más adelante.

En segundo lugar es necesario subrayar los límites que el derecho internacional le impone a la libertad de las partes de escoger el procedimiento arbitral. La libertad de las partes en cuanto a la elección del procedimiento arbitral tiene dos límites fundamentales. Por una parte, las normas jurídicas de orden público de la sede del arbitraje no podrán ser derogadas por las partes al momento de escoger el procedimiento arbitral. Resulta esencial aclarar aquí que esas normas de orden público no deben buscarse en los códigos de procedimiento civil, destinados más que todo a regir el procedimiento de los procesos que se conducen ante las jurisdicciones estatales, sino en las leyes especiales de los países, consignadas a regir el arbitraje internacional. En Colombia estas normas de orden público deberán buscarse en los artículos 196, 197 y 198 del Decreto 1818 de 1998 y en las convenciones internacionales que, sobre el arbitraje comercial internacional, el Estado colombiano haya ratificado: la Convención de Nueva York de 1958 sobre el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros y la Convención Interamericana de Panamá de 1975 sobre arbitraje comercial internacional. Por consiguiente mal haría un abogado colombiano en buscar normas de orden público aplicables a un arbitramento internacional con sede en Colombia en nuestro Código de Procedimiento Civil.

El otro límite que tienen las partes al diseñar el procedimiento aplicable al procedimiento arbitral es el llamado debido proceso. En materia internacional, las partes pueden escoger libremente un reglamento de arbitraje o elaborar ellas mismas su procedimiento arbitral siempre y cuando el procedimiento arbitral escogido o elaborado no implique una violación al principio del debido proceso. Dentro del principio del debido proceso, bastante amplio en derecho colombiano, el elemento más importante en el arbitraje internacional es el derecho de defensa, esto es, que las partes en litigio tengan durante el procedimiento arbitral las mismas oportunidades para exponer sus argumentos.

En tercer lugar, en la normatividad colombiana no se ve una solución clara para el evento en que las partes no escojan norma jurídica aplicable al procedimiento arbitral internacional. El derecho colombiano, y en particular la Ley 315 de 1996 hoy plasmada en el Decreto 1818 de 1998, no responden a ese vacío. El derecho colombiano no posee un régimen completo del arbitraje internacional. Adicionalmente, las Convenciones internacionales ratificadas por Colombia en materia de arbitraje internacional no contienen una reglamentación suficientemente detallada como para cubrir un vacío eventualmente dejado por las partes, en el desarrollo de un arbitramento internacional con sede en Colombia.

En suma, no parece que exista una solución coherente al interrogante expuesto. Sólo nos queda hacer un llamado a que el Estado colombiano, al menos en materia de arbitraje internacional, adopte, sin mayores modificaciones, la Ley

modelo sobre arbitraje comercial de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

El arbitraje a nivel internacional es regulado únicamente por los principios generales de derecho, por la nueva *lex mercatoria* y la Ley Modelo de Uncitral de 1985. Es un trámite que en principio no está bajo las leyes exclusivas de un Estado, pero que a la vez debe respetar el orden público internacional y los tratados internacionales que han sido ratificados por los diferentes estados.

Respetando los principios generales de derecho y la *lex mercatoria*, la mayoría de los estados ya cuentan con una ley general de arbitraje internacional, cuya normatividad se ciñe a los parámetros establecidos en las diferentes convenciones y tratados internacionales, y la mayoría de las organizaciones transnacionales han creado un reglamento de arbitraje internacional siguiendo los mismos lineamientos. Colombia se encuentra en mora de crear una verdadera ley general de arbitraje internacional, siendo uno de los pocos países latinoamericanos que no cuenta con una normatividad completa sobre el tema.

Otro aspecto importante de analizar al momento de estudiar el procedimiento del arbitraje internacional es la forma en que se desarrolla es el denominado “arbitraje *online*”.

Arbitraje Internacional *Online*

El significativo incremento de los intercambios electrónicos de datos motivó a que la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI),¹⁶ dictara la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, la cual está sustentada sobre los principios de equivalencia funcional entre el documento con soporte de papel y el documento electrónico, y entre la firma autógrafa y la firma electrónica; de la neutralidad tecnológica, en virtud de la cual la legislación sobre la materia no debe privilegiar el uso de ninguna tecnología en particular; y de la actuación de buena fe en las relaciones que se establecen a través del empleo de los medios electrónicos.

Uno de los pilares fundamentales para el adecuado funcionamiento del comercio electrónico internacional lo constituye, precisamente, la existencia de un método de solución de litigios *online*. La solución de controversias en línea a través del arbitraje, ha tenido un desarrollo significativo en los últimos años, motivado especialmente por las enormes ventajas que presenta frente al mecanismo tradicional de solución de controversias, teniendo especialmente en consideración su facilidad de acceso, lo amigable del procedimiento, la rapidez de la resoluciones, la facilidad del almacenaje de la información y su bajo costo¹⁷.

¹⁶ La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, aprobada en las sesiones del 28 de Mayo al 14 de Junio 1996, Nueva York.

¹⁷ La resolución de las controversias *online*, hasta la fecha de la sentencia, demora como promedio siete semanas, según lo informado por the Chartered Institute of Arbitrators. Por su parte, el costo de los arbitrajes *online* es con base a horas de trabajo, lo cual se estima entre US\$50.- y US\$250.-, la hora, por cada parte.

En el arbitraje *online* encontramos dos modalidades: el arbitraje vinculante y el no vinculante. El arbitraje que se denomina “*arbitraje no vinculante*”, es aquel en el cual el árbitro formula una recomendación que las partes pueden rechazar o aceptar; si la aceptan celebran entonces una transacción, mientras que si la rechazan son libres de llevar su controversia a los tribunales. El arbitraje que se denomina “*arbitraje vinculante*” es utilizado en controversias relacionadas con los derechos del consumidor, en las cuales el proveedor se compromete a someterse a arbitraje en el caso que su cliente decida recurrir a él, obligándose igualmente a cumplir el fallo si el cliente lo invoca; sin embargo, éste último no está obligado a recurrir al arbitraje, por lo que puede optar por la justicia estatal.

Atendida la importancia que ha ido tomando en los últimos años la solución de controversias *online*, la Unión Europea ha aprobado tres directivas que implícitamente se refieren al arbitraje *online* y determinan los principios por los cuales se rige éste; a saber: Directiva 1997/66 CE, relativa al procesamiento de los datos personales y la protección de la privacidad en el sector de las telecomunicaciones; la Directiva 1999/93 CE, que fija un marco comunitario para la firma electrónica o digital; y la Directiva 2000/31 CE, relativa a los servicios de la sociedad de la información, en particular al comercio electrónico dentro del mercado interno. Todas estas directivas se enmarcan dentro de la idea de lograr una armonización de las normas que regulan el arbitraje *online*.

Los principios rectores en el arbitraje *online* se pueden resumir en los siguientes:

a) Principio de la accesibilidad

La accesibilidad constituye uno de los atractivos del arbitraje *online*, ya que tanto las partes, como los árbitros pueden estar ubicadas en distintos lugares del mundo, y sólo con hacer un clic en el teclado de su computador, pueden llevar adelante un procedimiento *online*.

b) Principio de la transparencia

Este principio consiste en que las partes deben tener acceso a información sencilla y clara, que recoja los datos de las personas que intervienen, así como el funcionamiento y la disponibilidad del procedimiento, como igualmente que las resoluciones finales dictadas deben ponerse a disposición de cualquier interesado y/o del público en general.

c) Principio de la independencia e imparcialidad

Este principio clásico tanto del arbitraje tradicional como en la solución de controversias *online*, se encuentra recogido en las reglas de arbitraje institucional, el cual se traduce en que el árbitro no puede tener ningún conflicto de intereses aparente o real con ninguna de las partes, por lo que su independencia e imparcialidad es esencial tanto al momento de conocer como de resolver el asunto sometido a su decisión.

d) Principio de la eficacia

Una vez iniciado el arbitraje *online*, éste debe tramitarse en el plazo más breve posible que permita la naturaleza del conflicto, realizando el órgano responsable del procedimiento un control periódico de su evolución, de modo que en pocas semanas pueda existir una resolución arbitral.

e) Principio de la equidad y libertad

Las partes tienen el derecho a no aceptar o a abandonar el procedimiento en cualquier momento y recurrir, en su caso, al sistema judicial. Así, por ejemplo, tratándose de una contratación comercial electrónica el consumidor tiene el derecho a decidir si acepta la solución que se propone para resolver el litigio, para lo cual deberá ser informado en forma clara y en lenguaje comprensible, del contenido de la solución que se le presenta.

f) Principio de la legalidad

Tratándose de los conflictos internacionales de consumo, la decisión del tribunal no puede tener como resultado privar al consumidor de la protección que le garantizan las disposiciones imperativas del Estado miembro en que el consumidor tenga su residencia habitual, según lo dispone el Convenio de Roma, en su artículo 5º sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales.

g) Principio de la representación

Las partes pueden acudir al procedimiento sin necesidad de nombrar un apoderado judicial; sin embargo, el procedimiento no podrá privar a las partes de su derecho a hacerse representar o acompañar por un tercero en todas las etapas del mismo.

Los aspectos relevantes del arbitraje *online* y los desafíos que plantea, están especialmente relacionados con la cláusula de arbitraje *online* o celebrada en línea; las normas del debido proceso, la sentencia *online* y su ejecución: eficacia de la justicia arbitral en línea.

Cláusula de arbitraje celebrada en línea:

A pesar del vertiginoso crecimiento del comercio electrónico, aún muchas leyes nacionales y convenciones internacionales requieren que la cláusula de arbitraje *online* o en línea se celebre por escrito. Sólo algunas legislaciones tales como la ley modelo de Uncitral, en su artículo 7º, la ley alemana de arbitraje, la norma inglesa de arbitraje, la norma suiza y la Ley 527 de 1999 de Colombia, consideran que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando está grabado por medio electrónicos.

En el caso de la Ley Modelo Uncitral sobre Comercio Electrónico, se establece, en su artículo 6; que un mensaje de datos satisface el requisito de la forma escrita “si la información que éste contiene es accesible para su ulterior consulta”; luego, en su artículo 7 se consigna que, “cuando la ley requiera la firma de una persona, ese requisito quedará satisfecho en relación con un mensaje de datos: a) si se utiliza un método para identificar a esa persona y para indicar que esa persona aprueba la información que figura en el mensaje de datos; y b) si ese método es tan fiable como sea apropiado para los fines, para lo que se generó o comunicó el mensaje de datos, a la luz de todas las circunstancias del caso, incluido cualquier acuerdo pertinente”¹⁸.

En los Estados Unidos la cláusula de arbitraje *online* o celebrada en línea, se encuentra tanto en el comercio electrónico entre empresas como en aquel entre empresas y consumidores¹⁹. Por su parte, en Europa, el arbitraje *online* en el comercio electrónico está por ley limitado a los conflictos entre los contratos entre

¹⁸ Ley Modelo Uncitral sobre Comercio Electrónico, artículo 6 y 7.

¹⁹ Así por ejemplo puede verse los proveedores de arbitraje *online* BB *online*, Square Trade y MARS.

empresas, salvo que se trate de una cláusula que sólo sea exigible o vinculante unilateralmente²⁰.

Con todo, en Estados Unidos tratándose del comercio electrónico entre empresas y consumidores, el consumidor siempre tiene la opción de oponerse a que se le haga exigible la cláusula arbitral, sosteniendo que su costo es excesivo y por consiguiente comercialmente poco razonable²¹.

En cuanto al contenido de la cláusula arbitral celebrada en línea, para que sea válida debe incluir la identificación de las partes y contener el acuerdo de arbitraje propiamente tal, siendo esencial que esta información pueda ser guardada de modo que pueda ser consultada posteriormente, sin el riesgo de manipulación de dicha información. Igualmente en la cláusula se puede determinar la ley aplicable al arbitraje y el lugar del arbitraje. Al respecto, la Ley Modelo Uncitral establece, en su artículo 20, que “las partes podrán determinar libremente el lugar del arbitraje. En caso de no haber acuerdo al respecto el Tribunal Arbitral determinará el lugar del arbitraje, atendidas las circunstancias del caso, inclusive las conveniencias de las partes”²². Es usual que el lugar del arbitraje se fije pensando donde la sentencia arbitral se va a dictar. Hay algunos que postulan la deslocalización del lugar del arbitraje, lo cual tiene la ventaja que no se queda sujeto a los controles de las leyes del lugar del arbitraje o *lex fori*²³.

²⁰ Así por ejemplo el proveedor de arbitraje *online* Ford Journey, que se refiere al arbitraje impartido por Chartered Institute of arbitrators.

²¹ R.P. Alford “The Virtual World And the Arbitration World”, publicado en Journal of International Arbitration, 18, 4, 2001 páginas 449-461.

²² Ley Modelo de Uncitral sobre Arbitraje Comercial Internacional.

²³ Nasir Motassem, Can *Online* Arbitration Exist Within the Traditional Arbitration Framework, artículo inédito, facilitado por su autor.

Ahora bien, lo importante de la cláusula de arbitraje celebrada *online*, es determinar si ella es válida frente al derecho nacional aplicable, esto es, la *lex arbitri*, que rige el arbitraje tanto en el procedimiento como en cuanto a las normas de cumplimiento obligatorias.

Normas del debido proceso:

El cumplimiento de las normas del debido proceso tiene vital importancia al momento de hacer exigible el cumplimiento del laudo arbitral. Es así como en la Convención sobre El Reconocimiento y Ejecución de Sentencia Arbitrales Extranjeras de Nueva York de 1958, se estableció en el artículo 5 numeral 1 literales b) y d), que 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; “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; 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”²⁴.

Los diferentes centros de arbitraje *online* han dictado diversas reglas, para garantizar el debido proceso, especialmente referidas a las siguientes materias²⁵.

²⁴Convención de Nueva York de 1958.

²⁵Al respecto se puede consultar la página web [i-arbitration-t](http://i-arbitration-t.com), que contiene las reglas del tribunal de arbitramento; igualmente, las reglas para arbitraje *online* dadas por la Asociación Americana de Arbitraje

a) Seguridad, confidencialidad e integridad de la información:

La seguridad, confidencialidad e integridad de la información que se transfiere por internet durante el procedimiento arbitral y su forma de almacenamiento, lo cual supone que los centros de arbitraje *online* hagan uso de la tecnología adecuada.

b) Firma digital:

Debe decidirse si se usará o no la firma digital y en ese caso es menester que el nombre de usuario y contraseña sean lo suficientemente seguros para evitar cualquier fraude; todas las comunicaciones deben ser guardadas, señalándose quien las envió, el contenido del mensaje, el día y hora en que fue enviada y la notificación o aviso de su recepción.

Al respecto, en la legislación española²⁶ sobre régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, se establece el servicio digital de sellado de tiempo en las comunicaciones *online*, el que garantiza la inclusión de la fecha, hora e integridad del escrito presentado.

b) Imposibilidad de rendir cierto tipo de pruebas electrónicamente:

Atendida la circunstancia de que existe cierto tipo de documentos o pruebas que no pueden transformarse electrónicamente, el centro del servicio de arbitraje *online* debe hacerse responsable de poder convertir este tipo de documentos en evidencias electrónicas;

²⁶ Ley 4 de 1999 artículo 38 numeral 3.

d) Audiencia virtual:

Es usual que en el procedimiento del arbitraje *online*, se contemple la audiencia virtual; la conveniencia de hacerla dependerá de las circunstancias del caso como igualmente de la tecnología que se use. Así, por ejemplo, se podrá escuchar a testigos en una audiencia “en directo”, la que se hace usualmente a través de una video-conferencia; y

e) Deliberación del panel de árbitros:

Los árbitros que integren en el panel deberán tener la capacidad de poder presentar sus posiciones individuales frente al caso, lo cual supone que se garantice que pueda haber lugar a un debate, por lo que será necesario un acuerdo en cuanto a la forma de hacerlo y la tecnología que se empleará.

Finalmente vemos que la solución de controversias *online* irá cada día en aumento, especialmente tratándose de litigios de pequeña y mediana cuantía, de contratos celebrados por la vía electrónica. Con todo, la solución de controversias *online* no está reservada a la justicia privada, ya que el poder judicial podría perfectamente recurrir a ella, tal como lo ha hecho la London Money Claim *online* Pilot, en que permite que la demanda se deposite en forma electrónica; otras instancias judiciales permiten que el procedimiento se desarrolle íntegramente en línea, tal como es el caso de Cyber-Court, un Tribunal del Estado de Michigan, cuyas actividades se efectúan mediante video-conferencia, audio-conferencia, foro de discusión electrónica, etc..²⁷

²⁷ KAUFMANN KOHLER, Gabrielle. La resolución de los litigios en línea, perspectivas y retos del contencioso internacional contemporáneo. México. Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje, No. 4. Facultad de Derecho de Monterrey. 2003. página 2.

El desarrollo del arbitraje *online* estará determinado en parte por las iniciativas que vayan tomando los distintos Estados en materias, por ejemplo, de protección al consumidor, como asimismo, de las iniciativas que tome, las empresas privadas en cuanto a promover una autorregulación que sea confiable, al igual que el permitir y perfeccionar la existencia de sellos, que promuevan la autorregulación y la seguridad en el tráfico del comercio electrónico.

Pese a lo avanzado que se encuentra el arbitraje *online* queda por responder: (i) si un acuerdo arbitral realizado en formato electrónico (e-mail, html, xml, etc.) satisface los requisitos formales establecidos en la Convención de Nueva York o no; (ii) si pueden ser utilizados sistemas electrónicos en los procedimientos arbitrales tradicionales; (iii) donde es el “lugar del arbitraje” si el procedimiento arbitral se realiza a través de Internet, (iv) si los árbitros pueden deliberar mediante formas electrónicas (texto-conferencia, video-conferencia, e-mail, etc.), en vez de personalmente; (v) y por supuesto, si el laudo puede ser emitido en forma electrónica.

Los asuntos relacionados con la ley aplicable, la sede del arbitramento, el reconocimiento del laudo en el país de su cumplimiento, han sido temas cardinales en las diferentes Convenciones que se han realizado y en los tratados bilaterales, es por esta razón que se analizarán rápidamente estos asuntos.

Ley Aplicable

Este tema ha generado controversia y ha sido objeto de estudio en diferentes convenciones, sin que a la fecha exista unificación de criterios y se haya cerrado el debate. Para los defensores de la teoría contractualista, la ley aplicable será la convenida por las partes en el pacto arbitral, por el contrario los defensores de la teoría procesalista consideran que se debe aplicar la ley del país dónde tenga lugar el arbitramento. Para evitar efectos perjudiciales a los intereses de los contratantes se debe dejar total claridad sobre la ley aplicable tanto al procedimiento como al fondo de la controversia, al momento de celebrar el convenio arbitral.

En relación con este asunto el Dr. Ravassa explica que: “Por medio de la **autonomía conflictual** las partes eligen el derecho aplicable a su relación jurídica internacional y, eventualmente, el Tribunal que resolverá sus diferencias”²⁸. En virtud de esta autonomía, en el arbitramento internacional se permite a los contratantes aplicar la ley de un país al procedimiento y la ley de otro país a la parte sustancial del asunto.

El doctor Gerardo Ravassa, al analizar la ley aplicable al arbitramento internacional en la legislación colombiana señala que “Por esta vía, la Ley 315 de 1996 sobre Arbitraje Internacional, que el Proyecto intenta derogar, ya se había abierto por completo a la **autonomía conflictual** permitiendo que las partes

²⁸ RAVASSA MORENO Gerardo José. Derecho Mercantil Internacional- Principios y Normas. Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá. 2004. Pág. 382.

decidan no solamente las normas que se han de aplicar por el Tribunal de Arbitramento al fondo de litigio sino también las normas del procedimiento mismo, acogiendo las últimas tendencias al respecto y dando competencia, incluso, a los Tribunales Arbitrales extranjeros y hasta para ciertas controversias relacionadas con la contratación estatal, modificando la Ley 80 de 1993”²⁹.

En el Protocolo de Ginebra de 1923, se dijo que la ley aplicable sería la del país en cuyo territorio tenga lugar el arbitraje, así: “Artículo 2. El procedimiento de arbitraje, incluso la constitución del tribunal arbitral, se regirá por la voluntad de las partes y por ley del país en cuyo territorio tenga lugar el arbitraje”³⁰.

En la Convención de Nueva York de 1958, al tratar el tema, se le dio un enfoque más contractualista para determinar la ley aplicable, dejando esta decisión en las partes contratantes y sólo si no se dice nada al respecto, se aplicará la ley del fuero arbitral.

Posterior a la Convención de Nueva York, nuevamente, en la Convención de Panamá de 1975, primó el criterio contractualista, al precisar que “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”³¹.

²⁹ Ibid. Pág. 391

³⁰ Protocolo de Ginebra de 1923, artículo 2.

³¹ Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, artículo 3. Panamá. 1975.

En la práctica las partes prefieren imprimirle al procedimiento los parámetros establecidos en los reglamentos de instituciones arbitrales y con menor frecuencia se encuentran arbitrajes en los cuales se aplica la ley del lugar donde se lleve a cabo el arbitramento, así como arbitrajes que se rigen por las normas establecidas en la Convención de Nueva York o de Panamá o la Comisión Internacional de Arbitraje Comercial.

La doctrina española argumenta que “Ante la dispersión que necesariamente ha de producir la aplicación de leyes nacionales diferentes en virtud de la variedad de sistemas de reglas de conflictos, las Convenciones han procurado la unificación del tratamiento legal de la validez del acuerdo arbitral, disponiendo reglas de conflicto uniforme (ley personal en cuenta a la capacidad de las partes, lex fori en cuenta a la licitud o arbitrabilidad del objeto. Ley de autonomía, y subsidiariamente, ley del foro arbitral para el resto del acuerdo; artículos V.1. letra a), del Convención de Nueva York, y VI.2. del Convenio Europeo de Ginebra de 1961)”³².

Determinar la ley aplicable tanto al procedimiento como al fondo del asunto en conflicto, es de gran relevancia porque dependiendo de ello, las partes se pueden ver sometidas a normas no previstas o que en muchas ocasiones dilatan el cumplimiento de la sentencia arbitral, por esa razón se recomienda dejar plena claridad sobre este asunto al momento de suscribir el pacto arbitral.

³² CHILLON MEDINA José María y MERINO MERCHAN José Fernando. Tratado de arbitraje privado interno e internacional. Editorial Civitas, S.A. Madrid. 1991. Pág., 1013

En este punto es importante trasladar la mirada por un momento a la nueva *lex mercatoria* que permite conocer los parámetros legales internacionales por los cuales se están rigiendo las relaciones contractuales en este siglo.

Nueva Lex Mercatoria

La *lex mercatoria* constituye un orden jurídico distinto y desprendido de los ordenamientos nacionales e internacionales y cuyo contenido está conformado por principios específicamente diseñados para y por los operadores del comercio internacional.

La importancia de la nueva *lex mercatoria* radica en que presenta por escrito muchos de los principios y prácticas utilizadas en el comercio internacional. El desarrollo y uso de las tecnologías de la información se viene empleando en forma consuetudinaria y recientemente legislaciones nacionales han empezado a recoger en su ordenamiento jurídico dichos principios, usos y costumbres.

Esta nueva *lex mercatoria*, con sus usos y costumbres constituye un derecho espontáneo, un nuevo ordenamiento autónomo, creado por los propios comerciantes con el propósito fundamental de evitar en sus transacciones internacionales la aplicación, siempre conflictiva, de las legislaciones locales de sus respectivos países. A esto ha contribuido, de manera significativa, el contenido de los convenios internacionales y de los tratados multilaterales sobre comercio internacional, como fuentes de Derecho Internacional aplicables a la institución arbitral. Esta circunstancia ha provocado el surgimiento y desarrollo de una jurisdicción supranacional o anacional de Derecho Internacional Privado que encuentra en el arbitraje su instrumento más idóneo, ya que los árbitros aplican en

sus decisiones, cada vez con más énfasis, los usos y costumbres creados por la comunidad de comercio internacional, las que garantizan una mayor efectividad y confiabilidad de los laudos arbitrales. Producto de estos esfuerzos es el afianzamiento del principio de la autonomía de la voluntad de las partes, tanto en la determinación de la ley aplicable al convenio arbitral, como en la organización, procedimiento y designación de la ley aplicable al fondo del asunto.

Las principales manifestaciones de la *lex mercatoria* se dan en los contratos-tipo como el propuesto por la IATA para el transporte aéreo de pasajeros que se utiliza por las compañías de aviación en todo el mundo. El contrato de fletamento, de *factoring*, de *joint ventures* o de *know how* internacionales, son ejemplos, entre muchos otros, de contratos-tipo que se utilizan en el tráfico mundial y cuyos términos de contratación y su desarrollo se ven favorecidos con el arbitraje, que tiende a resolver los conflictos surgidos de tales negociaciones con las normas propias del comercio internacional y de los usos y costumbres universalmente aceptados. Otro ejemplo de la aplicación de los usos y costumbres mercantiles se evidencia en la utilización de ciertos términos de contratación conocidos como INCOTERMS (International Commercial Terms) los que resumen mediante una sigla, las obligaciones y responsabilidades de las partes en la contratación internacional, convirtiéndose en verdaderas cláusulas que establecen de manera específica el alcance de tales responsabilidades, básicamente en el área del comercio marítimo. Resulta, pues, innegable, la íntima vinculación que existe entre el arbitraje como método preferente para la solución de conflictos internacionales, y la *lex mercatoria*, como ordenamiento adecuado a las necesidades de los negocios mercantiles en estos días.

Los términos INCONTER de mayor importancia son:

“

- a) Las **INCOTERMS-2000** y las **Reglas y Usos Uniformes** de la Cámara de Comercio Internacional de París.
- b) Contratos tipo y condiciones de las asociaciones mercantiles profesionales: London Corn Association, Internacional Air Transport Association (IATA), etc.
- c) Las normas y condiciones generales para los contratos, por ejemplo, las sugeridas por la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas.
- d) Los Reglamentos de Arbitraje Internacional, etc.”³³.

Sede

Una de las decisiones más importantes que deben tomar las partes en un arbitraje internacional es el lugar donde éste va llevar a cabo. Esa elección determina mucho más que la ubicación física donde se realizará. Se trata de la escogencia de la sede legal o jurídica que determina el régimen formativo básico aplicable al trámite arbitral.

La sede del arbitraje es una de las nociones más importante del arbitraje internacional. Cuando se hace referencia a la sede del arbitraje supone un vínculo jurídico entre el procedimiento arbitral internacional y el derecho del Estado en el que la sede del arbitraje se encuentra situada. Este vínculo tiene dos manifestaciones esenciales. Por una parte, las normas jurídicas de orden público

³³ RAVASSA MORENO Gerardo José. Derecho mercantil Internacional-Principios y Normas. Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá, D.C. 2004. Pág. 155.

de la sede del arbitraje no podrán ser derogadas por las partes al momento de escoger el procedimiento arbitral. Por otra parte, la sede del arbitraje determina el juez competente para conocer de todo recurso de anulación contra el laudo arbitral.

Igual como sucede con la ley aplicable y demás aspectos del arbitramento internacional, la sede del arbitramento debe ser establecida por las partes en la cláusula compromisoria o en el compromiso.

La escogencia del lugar del arbitraje determina la ley aplicable al mismo, la naturaleza y extensión de las relaciones entre los tribunales locales y el arbitramento, incluyendo el apoyo y control judicial del proceso arbitral. Aunque con frecuencia esa ley otorga a las partes una amplia libertad para diseñar y adaptar las reglas que deben gobernar el trámite, también provee un importante sistema de reglas supletivas cuando las partes no hacen una elección o les ha sido imposible acordarlas y, a demás, incluye una serie de reglas obligatorias respecto de las cuales las partes no se pueden apartar.

El principal enfoque en los extensos argumentos de las partes sobre la cuestión de la aplicabilidad de la ley en el lugar propuesto para el arbitramento tiene que ver con el aspecto de revisión e intervención judicial en el proceso arbitral. Las partes tienden a enfatizar sobre las bases definidas y delimitadas para la revisión de los laudos en la ley del lugar que ellas propusieron.

Además de lo mencionado, debe tenerse presente que las leyes de la sede del arbitramento pueden llegar a ser las que rijan el trámite arbitral, cuando las partes omiten determinar la ley aplicable al mismo. Así, la procedencia de recursos frente a los laudos arbitrales y las dificultades para su ejecución que pueden presentarse en la legislación de algunos Estados, deben ser tenidas en cuenta al momento de determinar la sede del arbitramento. Se aconseja escoger un Estado que haya ratificado las principales convenciones internacionales en materia de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales.

En segundo lugar, precisar la sede del arbitramento permite conocer la naturaleza de sus laudos, pudiendo ser nacionales, extranjeros o internacionales, casos en los cuales aplicarán unas consecuencias y trámites diferentes.³⁴ Principalmente se resalta que para la ejecución de un laudo extranjero o un laudo internacional es necesario pedir su reconocimiento (*exequatur*) ante la autoridad competente de cada país, trámite dispendioso en algunos Estados como Colombia.

En un comienzo se decía que la sede del arbitraje internacional era el lugar donde se desarrollaban las audiencias, conclusión a la que hoy no se puede llegar, toda vez que gracias a los avances tecnológicos los árbitros pueden estar en países distintos y desarrollar las audiencias por Internet, situación en la cual sería imposible determinar la sede del arbitraje internacional si las partes no la han pactado en la cláusula compromisoria o en el compromiso, sin embargo los

³⁴ En Colombia se considera que un laudo es extranjero cuando la sede se encuentra fuera del territorio nacional, o internacional cuando es el resultado de un tribunal de arbitramento internacional sin importar la sede del mismo. Ley 315 de 1996.

reglamentos de arbitraje internacional determinan que los árbitros pueden fijarla (en el país de uno de ellos, por ejemplo).

Laudo

El laudo es el producto final del arbitramento, es el documento por medio del cual los árbitros cumplen la gestión encargada por las partes en el acuerdo arbitral, es la decisión que pone fin al conflicto, asemejándose en su forma a una sentencia.

La forma y el contenido del laudo arbitral internacional varían conforme a cada reglamento y a cada Estado. A diferencia de lo que ocurre en Colombia, donde se acostumbra que los laudos arbitrales cuenten con una amplia motivación, en algunos países esta formalidad no se requiere.

En los tratados que han surgido en los últimos años para promover el comercio internacional y la inversión extranjera,³⁵ se evidencia la importancia de reglamentar el reconocimiento y la ejecución de los laudos dictados en otros países. La complejidad de estos trámites tiene una injerencia directa en el cumplimiento de los objetivos económicos y políticos buscados por los Estados al suscribir esta clase de tratados. El reconocimiento y ejecución de los laudos se estudia en un capítulo independiente dentro de esta investigación.

³⁵ ALCA, MERCOSUR entre otros.

Reglamentación de los Procedimientos Arbitrales

A continuación se dividirá el procedimiento arbitral en tres etapas, explicando los principales reglamentos de arbitramento internacional, señalando en cada caso la forma como se manejan las tres etapas del procedimiento arbitral: Demanda y contestación, nombramiento de árbitros y fallo.

1. Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional

La Cámara de Comercio Internacional (“CCI”) fue fundada en 1919. Es una institución de carácter internacional que se dedica a actividades internacionales como arbitraje, resolución de conflictos, defensa del libre comercio y el sistema de economía de mercado. El reglamento de la CCI y su actuación a través de la Corte Internacional de Arbitraje le ha dado un impulso decisivo al arbitraje internacional, llegando a niveles de 500 solicitudes al año³⁶.

a. Demanda y Contestación de la Demanda

³⁶ Información tomada de la página de internet de la CCI [WWW. cci.com](http://www.cci.com)

El arbitraje inicia con la solicitud de convocatoria o demanda a este organismo por parte de alguna de la partes en conflicto. El Secretario de la Corte Internacional de Arbitraje de CCI es el encargado de recibir la demanda principal y la contestación de la misma y/o la demanda de reconvencción, y una vez ha recibido estos documentos y notificadas las partes, remitirlos al tribunal arbitral.

En caso de que la parte demandada no llegare a contestar la demanda, la CCI podrá aplicar el procedimiento estipulado en el artículo 8 de su reglamento, que señala: “Si el demandado no contesta a la demanda como está previsto en el artículo 5, o cuando una de las partes plantea uno o varias propuestas relativas a la existencia, validez, o alcance del convenio arbitral, la Corte puede decidir, sin prejuzgar la admisibilidad o el fundamento de tales propuestas, que el arbitraje tenga lugar si, prima *facie*, estima posible la existencia de un convenio arbitral acomodado al reglamento. En este caso, corresponderá al tribunal arbitral decidir sobre su propia competencia. Si la Corte no llega a esta conclusión, las partes son informadas de que el arbitraje no puede tener lugar. En este caso las partes mantienen su derecho de dirigirse ante la jurisdicción competente según que estén o no vinculadas por un convenio arbitral”³⁷.

La parte convocada puede promover demanda de reconvencción dentro del término que le fue concedido para la contestación de la demanda. De otra parte el convocante puede modificar las pretensiones de la demanda hasta que el secretario de la Corte elabore el acta de misión y ésta sea rubricada por todas las partes.

³⁷ Reglamento de la CCI, artículo 6 numeral 2.

Lo relacionado con la demanda, la contestación de la misma y la demanda de reconvencción se encuentra regulado en los artículos 4, 5 y 6 del citado reglamento.

b. Nombramiento de los Árbitros

En la mayoría de los eventos las partes de común acuerdo establecen los parámetros bajo los cuales se regirá el nombramiento de los árbitros y el número de árbitros que integraran el tribunal. La CCI prefiere que los conflictos sean resueltos por un árbitro, nombrado por este organismo.

Respetando la voluntad de las partes, el reglamento de la CCI contempla de manera subsidiaria la posibilidad de existir un tribunal de arbitramento compuesto por tres árbitros, siendo la Corte la encargada de nombrar el tercer arbitro que tendrá la obligación de presidir el arbitraje.³⁸

c. Fallo

El reglamento de la CCI contempla que: “El tribunal arbitral procede al cierre de los debates cuando considere que las partes han tenido posibilidades suficientes de ser oídas. Después de ese momento, ningún escrito, ningún argumento y ninguna prueba puede ser presentada, salvo petición o con autorización del tribunal arbitral”³⁹.

El tribunal arbitral debe pronunciar su laudo en un plazo de seis meses, término que empieza a correr el día en que la última firma fue puesta sobre el acta de

³⁸ Reglamento de la CCI artículo 8 numeral 4.

³⁹ Reglamento de la CCI artículo 22 numeral 1.

misión. Cuando el tribunal no esté integrado por un sólo arbitro, el laudo se decidirá por la mayoría de los árbitros.

El tribunal arbitral no puede dictar el laudo sin antes haber sometido el proyecto de laudo a la aprobación de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, quien no puede influir en la decisión adoptada por el tribunal, pero sí puede prescribir modificaciones de forma y llamar su atención sobre los puntos que interesan al fondo del litigio.

La adopción del laudo arbitral está contemplada en el artículo 8 del Reglamento, así: “Todo laudo arbitral tiene carácter obligatorio para las partes. Por someter su conflicto a este reglamento, las partes se obligan a ejecutar sin dilación el laudo y a renunciar a todas las vías de recurso o las que puedan válidamente renunciar”⁴⁰.

2. Reglamento de la Asociación Americana de Arbitraje

La Asociación Americana de Arbitraje (“AAA”) fue creada en 1992, con sede principal en Nueva York, como una respuesta a la imperiosa necesidad de contar con un órgano que regule el arbitraje transnacional para los Estados americanos. Este reglamento contempla el procedimiento arbitral desde la solicitud del mismo hasta que se profiera fallo. Los principales asuntos manejados en esta asociación son de naturaleza comercial, sin embargo, el único límite que existe es el impuesto por las leyes aplicables al arbitraje y que las partes no pueden derogar.

⁴⁰ Reglamento de la CCI artículo 28 numeral 6.

a. Demanda y Contestación de la Demanda

Una diferencia que se presenta en esta etapa del proceso en el reglamento de la AAA radica en el deber que tiene el convocante de notificar al convocado al mismo tiempo que a la AAA de la solicitud de arbitramento, diligencia que en el reglamento de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI está a cargo del secretario.

El Reglamento señala que: “Durante el proceso arbitral, cualquiera de las partes podrá enmendar o suplementar su reclamación, contrarreclamación o escrito de contestación, a menos que el tribunal considere que sea inapropiado permitir tal enmienda o suplemento por la tardanza de la parte al hacerlo, perjudica a las otras partes o cualquier otra circunstancia. Una parte no podrá enmendar o suplementar una reclamación o contrarreclamación si la enmienda o suplemento estuviese fuera del alcance del acuerdo de arbitraje”⁴¹. La libertad consagrada en este artículo, además de ser una gran diferencia con los demás reglamentos, presenta un riesgo para las partes al generar una incertidumbre jurídica sobre las pretensiones reclamadas.

b. Nombramiento de los Árbitros

La AAA prefiere que el laudo sea dictado por un solo árbitro y sólo si las partes convienen cosa diferente el tribunal de arbitramento estará compuesto por tres árbitros.

⁴¹ Reglamento de la AAA artículo 4.

Curiosamente el reglamento de la AAA dispone que: “si un árbitro, en un tribunal de tres personas, deja de participar en el arbitraje por razones diferentes a las identificadas en el Artículo 10⁴², los otros dos árbitros tendrán la facultad de continuar, a su entera discreción, con el arbitraje y podrán tomar cualquier decisión, fallo o laudo, no obstante la falta de participación del tercer árbitro. Al determinar continuar con el arbitraje o rendir una decisión, fallo o laudo sin la participación de un árbitro, los otros dos árbitros tomarán en cuenta la etapa en que se encuentre el arbitraje, el motivo, si existe, expresado por el tercer árbitro por su no participación, y cualesquiera otros asuntos que ellos consideren apropiados dentro de las circunstancias del caso. Si los otros dos árbitros determinan no continuar con el arbitraje sin la participación del tercer árbitro, la administradora, bajo prueba satisfactoria a la misma, declarará el cargo vacante, y un árbitro sustituto deberá ser nombrado conforme a las disposiciones del Artículo 6⁴³, a menos que las partes acuerden de otra manera”⁴⁴. La solución propuesta

⁴² Reglamento de la AAA artículo 10 “Si un árbitro dimite después de la recusación, o la administradora mantiene la recusación, o la administradora determina que hay suficientes razones para aceptar la dimisión de un árbitro, o un árbitro fallece, se le sustituirá por otro árbitro nombrado conforme a las disposiciones del Artículo 6, a menos que las partes acuerden de otra manera.

⁴³ Reglamento de la AAA artículo 6: “Nombramiento de árbitros: 1. Las partes podrán acordar mutuamente al procedimiento para el nombramiento de los árbitros e informarán a la administradora de tal procedimiento.

2. Las partes podrán por mutuo acuerdo nombrar a los árbitros con o sin la asistencia de la administradora. Cuando tales nombramientos sean hechos, las partes deberán notificar a la administradora para que la notificación del nombramiento pueda ser comunicada a los árbitros, junto con una copia de estas reglas.

3. Si dentro de los cuarenta y cinco días después de iniciado el arbitraje, todas las partes no han convenido mutuamente sobre el procedimiento para el nombramiento del (de los) árbitro(s) o no han convenido mutuamente sobre la designación del (de los) árbitro(s), la administradora deberá, bajo solicitud escrita de cualquier parte, nombrar el (los) árbitro(s) y designar al árbitro que presidirá. Si todas las partes han convenido mutuamente sobre el procedimiento de nombramiento del (de los) árbitro(s), pero todos los nombramientos no se han realizado dentro de los límites de tiempo concedidos en tal procedimiento, la administradora deberá, bajo solicitud escrita de cualquier parte, realizar todas las funciones provistas en dicho procedimiento que restan por realizarse.

por la AAA en caso de ausencia de un árbitro es una de las más prácticas que se conocen, aunque a primera vista puede generar eventuales situaciones de inconveniencia para alguna de las partes.

c. Fallo

Al igual que en los demás reglamentos, en este se dispone que el laudo debe ser por escrito, preferiblemente motivado, salvo que las partes prefieran lo contrario. El reglamento contempla que el cumplimiento del laudo debe ser inmediato para las partes en conflicto.

En este asunto el reglamento de la AAA no presenta novedades frente a los reglamentos de las demás instituciones dedicadas a esta clase de trámites.

3. Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (“CNUDMI”) es el órgano jurídico central del sistema de las Naciones Unidas en el ámbito del derecho mercantil internacional. El Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI fue aprobado en 1976. “En 1976 la Asamblea General de las Naciones Unidas recomendó, en su resolución 31/98, el uso del Reglamento para el arreglo

4. Al hacer dichos nombramientos, la administradora, después de invitar a las partes a deliberar con ella, se esforzará en seleccionar árbitros idóneos. A solicitud de cualquier parte o a iniciativa propia, la administradora podrá nombrar nacionales de un país diferente a los países de las partes.

5. A menos que las partes acuerden lo contrario, a más tardar los cuarenta y cinco días después de iniciado el arbitraje, si la notificación de arbitraje menciona dos o más demandantes o dos o más demandados, la administradora nombrará todos los árbitros.

⁴⁴ Reglamento de la AAA artículo 11.

de las controversias que surgieran en el contexto de las relaciones comerciales internacionales. Esa recomendación se basa en la convicción de que el establecimiento de normas de arbitraje especial que fuesen aceptables para países con distintos sistemas jurídicos, sociales y económicos contribuiría de manera importante al desarrollo de relaciones económicas internacionales armoniosas”⁴⁵.

a. Demanda y Contestación de la Demanda

El reglamento de la CNUDMI, tiene una regulación similar a la establecida por la AAA en relación con la demanda, la contestación y la demanda de reconvencción. Los requisitos que se exigen en la presentación de la demanda son los mismos que exigen los demás reglamentos del arbitraje, ya estudiados. “La parte que inicialmente recurra al arbitraje (en adelante denominada “demandante”) deberá notificarlo a la otra parte (en adelante denominada “demandada”)”⁴⁶.

No existe término perentorio para la modificación de la demanda. “En el curso de las actuaciones, cualquiera de las partes podrá modificar o complementar su demanda o contestación, a menos que el tribunal arbitral considere que no corresponde permitir esa modificación en razón de la demora con que se hubiere hecho, el perjuicio que pudiere causar a la otra parte o cualesquiera otras circunstancias. Sin embargo, una demanda no podrá modificarse de manera tal que la demanda modificada quede excluida del campo de aplicación de la cláusula compromisoria o del acuerdo de arbitraje separado”⁴⁷.

⁴⁵ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Internacional Mercantil. Recomendaciones para ayudar a las instituciones arbitrales y otros órganos interesados. Anuario Vol. XIII. 1982 Tercera parte. Pág. 426.

⁴⁶ Reglamento de la CNUDMI, artículo 3 numeral 1.

⁴⁷ Reglamento de la CNUDMI, artículo 20.

b. Nombramiento de Árbitros

La CNUDMI prefiere que las contingencias decididas bajo los parámetros de su reglamento sean resueltas por tres árbitros, salvo que las partes dispongan un número diferente. Al igual que en la AAA, en el reglamento de la CNUDMI no se presenta prejuicio alguno porque los árbitros tenga la misma nacionalidad de una de las partes.

El reglamento de la CNUDMI prevé que: “Si se han de nombrar tres árbitros, cada una de las partes nombrará uno. Los dos árbitros así nombrados escogerán el tercer árbitro que ejercerá las funciones de presidente del tribunal”⁴⁸. Si las partes no llegan a un acuerdo sobre las personas que conformaran el tribunal, el reglamento dispone que esta labor la hará la autoridad nominadora previamente designada y en su defecto una de las partes podrá solicitar al Secretario General del Tribunal Permanente de Arbitraje de La Haya que designe la autoridad nominadora.

c. Fallo

El reglamento de la CNUDMI establece que la decisión final se dictará por la mayoría de los árbitros, sin embargo “En lo que se refiere a cuestiones de procedimiento, si no hubiere mayoría, o si el tribunal arbitral hubiese autorizado al árbitro presidente a hacerlo, éste podrá decidir por si solo, a reserva de una eventual revisión por el tribunal arbitral”⁴⁹. Esta es la única novedad que

⁴⁸ Reglamento de la CNUDMI artículo 7 numeral 1.

⁴⁹ Reglamento de la CNUDMI artículo 31.

presenta este reglamento en relación los demás reglamentos que se han estudiado.

4. Reglamento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial

La Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (“CIAC”), fue creada por la Resolución XLI de la VII Conferencia Internacional Americana, celebrada en Montevideo, Uruguay en 1933. Tiene su sede en la ciudad de Washington, D.C.

La CIAC nace como un organismo privado, no gubernamental, que tiene por objeto establecer, y mantener un sistema interamericano de conciliación y arbitraje para la solución de las controversias comerciales internacionales. Es trabajo de la CIAC administrar los arbitrajes internacionales en el Hemisferio Occidental, asistiendo así a las partes para que resuelvan sus controversias a través de la conciliación, la mediación y el arbitraje.

Entre otros propósitos de la CIAC se encuentra el de asistir a los Estados en la modificación de las leyes de arbitraje, para facilitar la conducción de estos procesos y el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales extranjeros. Así mismo promueve la ratificaciones 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 de 1975 (Convención de Panamá).

El reglamento de la CIAC no presenta mayores diferencias con el reglamento establecido por la CNUDMI, razón por la cual no se citarán las disposiciones de

este reglamento, sin que esto implique un desconocimiento de la importancia de las mismas.

II. EXEQUATUR

La palabra *exequatur* viene del verbo latino “*exequor*” que significa seguir adelante, continuar, quiere por lo tanto decir “siga, cúmplase, ejecútese. El *exequatur* es el mecanismo por medio del cual un Estado permite la ejecución dentro de su territorio de sentencias o laudos dictados en otro Estado, limitándose únicamente a revisar temas formales, sin necesidad de entrar a la revisión del fondo del juicio.

El *exequatur* permite a un Estado otorgar eficacia y fuerza ejecutoria a una sentencia arbitral extranjera invocada en su territorio, y ordena la imposición de mecanismos coercitivos para lograr el efectivo cumplimiento de la misma.

1. TRAMITE DEL EXEQUATUR

Cuando el laudo no es aceptado y pretende ser incumplido por alguna de las partes, entran en escena una serie de instituciones judiciales de reconocimiento y ejecución forzosa que legitiman la institución arbitral.

En el régimen colombiano el trámite del *exequatur* se encuentra regulado por el artículo 695 del Código de Procedimiento Civil y por la Ley 39 de 1990 siendo ésta

la disposición legal por medio de la cual se aprueba sin reserva alguna la Convención de Nueva York sobre el reconocimiento y la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras.

El objetivo de la Convención de Nueva York consiste en facilitar la ejecución de una sentencia arbitral extranjera a través de normas claras y simples, y la remoción de obstáculos que atenten contra ese propósito. Su importancia radica en que le otorga la presunción de validez a la sentencia arbitral, mientras no se pruebe lo contrario.

La Convención de Nueva York prescribe expresamente que los Estados signatarios, para el reconocimiento de laudos extranjeros no podrán imponer procedimientos más rigurosos, ni honorarios o costos más gravosos que los aplicables a los laudos arbitrales nacionales. “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”⁵⁰.

La Ley 39 de 1990 al ratificar la Convención de Nueva York estableció que para obtener el reconocimiento y la ejecución de un laudo dictado en un Estado

⁵⁰ Ley 39 de 1990 (Convención de Nueva York) artículo 3.

diferente al Colombiano, 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”⁵¹.

De igual manera la Ley 39 de 1990 (Convención de Nueva York 1958), dispuso taxativamente las situaciones en las cuales se puede negar el reconocimiento y la ejecución de un laudo, aclarando que la parte contra la cual se invoca el laudo tiene la carga de probarlas. Las causales que impiden el reconocimiento y ejecución de los laudos son:

“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 le 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

⁵¹ Ley 39 de 1990 (Convención de Nueva York) artículo 4.

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 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”⁵².

Adicionalmente, la Ley 39 de 1990 permite a la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución de un laudo, negar su reconocimiento si comprueba que;

“a) Que, según la ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje;

b) Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país”⁵³.

⁵² Ley 39 de 1990 (Convención de Nueva York de 1958). Artículo 5.

⁵³ Ley 39 de 1990 (Convención de Nueva York de 1958) artículo 5.

De lo anterior se podría pensar que el inversionista extranjero que quiere ejecutar ya sea un laudo extranjero y uno internacional en Colombia sólo estaría obligado a cumplir los requisitos consagrados en la Ley 39 de 1990, sin embargo nuestra legislación consagra en el Código de Procedimiento Civil otras disposiciones que hacen más oneroso el reconocimiento y ejecución de los referidos laudos.

Los laudos extranjeros y los laudos internacionales deben ser reconocidos por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, quien desarrollando un función meramente homologadora de los efectos de la decisión por reconocer, sin que esté permitido la revisión del fondo del asunto más que en la medida que sea indispensable para asegurar el respeto a los principios esenciales que conforman el concepto de orden público internacional, debe ordenar la ejecución de los mismos.

El artículo 693 del Código de Procedimiento Civil dispone que: “Las sentencias y otras providencias que revistan tal carácter, pronunciadas en un país extranjero en procesos contenciosos o de jurisdicción voluntaria, tendrán en Colombia la fuerza que les concedan los tratados existentes con ese país, y en su defecto la que allí se reconozca a las proferidas en Colombia. Lo dispuesto en el inciso anterior se aplicará a los laudos arbitrales proferidos en el exterior”⁵⁴.

El laudo extranjero para que surta efectos en Colombia debe reunir los requisitos previstos en el artículo 694 del citado Código que son los siguientes:

⁵⁴ Artículo 693 del Código de Procedimiento Civil.

“a) Que no verse sobre derechos reales constituidos en bienes que se encontraban en territorio colombiano en el momento de iniciarse el proceso en que la sentencia se profirió.

b) Que no se oponga a leyes u otras disposiciones colombianas de orden público, exceptuadas las de procedimiento.

c) Que se encuentre ejecutoriada de conformidad con la ley del país de origen, y se presente en copia debidamente autenticada y legalizada.

d) Que el asunto sobre el cual recae, no sea de competencia exclusiva de los jueces colombianos.

e) Que en Colombia no exista proceso en curso ni sentencia ejecutoriada de jueces nacionales sobre el mismo asunto.

f) Que si se hubiere dictado en proceso contencioso, se haya cumplido el requisito de la debida citación y contradicción del demandado, conforme a la ley del país de origen, lo que se presume por la ejecutoria.

g) Que se cumpla el requisito del *exequátur*⁵⁵.

El trámite del *exequátur* de un laudo extranjero en Colombia se regula por el artículo 695 del Código de Procedimiento Civil, en los siguientes términos:

“La demanda se presenta por el interesado ante la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, salvo que conforme a los tratados internacionales corresponda a otro Juez, y ante ella se cita a la parte afectada por la sentencia o laudo, si hubiere sido dictado en proceso contencioso.

⁵⁵ Artículo 694 del Código de Procedimiento Civil.

Cuando la sentencia o el laudo no estén en castellano, se presentará con la copia del original su traducción en legal forma.

Para el *exequátur* se tienen en cuenta estas reglas:

1. En la demanda deberán pedirse las pruebas que se consideren pertinentes.
2. La Corte rechazará la demanda si falta alguno de los requisitos exigidos en los numerales 1 a 4 del artículo 694 del artículo precedente; Si se advierte deficiencia en la prueba de la existencia o de la representación del demandante o de la persona que en aquélla se cita, se dará aplicación al artículo 85.
3. En el auto admisorio de la demanda se dará traslado a la parte afectada con la sentencia o el laudo y al procurador delegado en lo civil, por cinco días a cada uno, para lo cual se acompañarán las respectivas copias.
4. Dentro del término del traslado, la parte citada y el procurador podrán pedir las pruebas que estimen convenientes.
5. Vencido el traslado, se decretan las pruebas pedidas y se señalará el término de veinte días para practicarlas, pero para las que deban producirse en el exterior se aplicarán los incisos segundo y tercero del artículo 405. La Corte puede decretar pruebas de oficio, conforme a las reglas generales.
6. Vencido el traslado de la demanda o el término probatorio en su caso, se dará traslado común a las partes por cinco días, para que presenten sus alegaciones, transcurrido este término se dicta sentencia.

7. Si la Corte concede el *exequatur* y la sentencia o del laudo arbitral extranjero requiere ejecución, conocerá de esta el juez competente según las reglas generales⁵⁶.

Sin desconocer la importancia de las reglas del artículo 695 del Código de Procedimiento Civil, nos concentraremos en las causales por las cuales un Estado puede negar el reconocimiento de un laudo no nacional, a la luz de la Convención de Nueva York, ratificada por Colombia a través de la Ley 39 de 1990.

Incapacidad de las partes y validez del convenio arbitral

El artículo 5 de la Convención de Nueva York establece como causal para negar el reconocimiento del laudo no nacional: (i) la falta de capacidad de las partes para suscribir el pacto arbitral y (ii) la falta de validez del convenio arbitral.

En el primer evento, la Convención no dice expresamente cuál es la ley por la que se regirá la capacidad de las partes. Le corresponde al juez del *exequatur* consultar sus normas de derecho internacional privado y establecer si la capacidad de las partes en el acuerdo arbitral se habrá de regular por la ley de la nacionalidad, por la del domicilio o por la del contrato. Algunos autores⁵⁷ apoyan la idea de que la capacidad de las partes debe regirse por la ley del contrato, en razón del alejamiento de las partes y de la ignorancia de la ley personal del otro.

⁵⁶ Artículo 695 del Código de Procedimiento Civil.

⁵⁷ Doctores Bertoldo Goldem, Les Conflicts des lois y Rubén Santos Balandro, Arbitraje Comercial Internacional.

La Convención de Nueva York al no determinar bajo qué ley debe analizar la capacidad de las partes, permite a la autoridad encargada del reconocimiento de de laudos extranjeros, estudiar la capacidad de las partes en ocasiones bajo ley personal de los contratantes, o bajo la ley que rige el contrato, generando incertidumbre y desarmonía internacional.

En el segundo evento, la falta de validez del pacto arbitral se debe analizar a la luz del derecho 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 haya dictado la sentencia. A falta de una mayor precisión será el juez del lugar el que determine, mediante su sistema conflictual, la ley aplicable al acuerdo arbitral.

En este punto no se debe olvidar que las partes en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, pueden incluso someter el contrato principal del que se derivan las disputas a un ley y el acuerdo arbitral a otra, sin que la eventual nulidad del contrato principal afecte el convenio arbitral o viceversa.

Imposibilidad de las partes para hacer valer sus medios de defensa

La Convención de Nueva York, faculta a los Estados para negar el reconocimiento de un laudo no nacional, cuando el juez nacional verifica que las partes no

podieron hacer valer sus medios de defensa.⁵⁸ Al momento que la parte vencida en el tribunal de arbitramento, invoque esta causal para evitar el reconocimiento del laudo, el juez nacional sólo está obligado a analizar si se respetaron, durante el procedimiento arbitral, los principios de audiencia, contradicción, imparcialidad y defensa que le asiste a todas las partes.

Partiendo de la base que el arbitraje es una institución que por su esencia no se ciñe a reglas fijas; cuyo objetivo es la flexibilidad, agilidad y adaptabilidad y que como consecuencia de ello las partes y los árbitros gozan de gran libertad en la formulación del procedimiento arbitral, se hace necesario un control judicial, en este sentido por parte del Estado que otorga el reconocimiento del laudo, el cual debe impedir que la libertad de las partes se convierta en arbitrariedad o en el triunfo de los intereses de una parte sobre la otra. La Convención consagra una norma de derecho uniforme en relación con el procedimiento arbitral no derogable por la voluntad de las partes, norma que opera como un límite a la autonomía de la voluntad.

La expresión debida notificación busca asegurar un equilibrio entre las partes y promover la imparcialidad en el funcionamiento del arbitraje. Si el demandado no hubiera tenido conocimiento de que ya se inició el arbitraje o quiénes son los árbitros estaría en una situación de indefensión. Ahora bien, los Estados cuentan con normas procesales muy distintas entre sí en cuanto a la forma de notificación. En unos Estados se admite la notificación por correo y en otros se prefiere la notificación personal, pero la expresión debidamente notificada, no significa que se haya hecho conforme a una ley nacional o determinada, sino que el demandado haya tenido conocimiento, de alguna forma, de la designación de un árbitro y de la

⁵⁸ Convención de Nueva York, artículo 5 numeral 1 literal b

iniciación de un procedimiento arbitral. No es suficiente una falta de comunicación sino que es necesario que la falta de comunicación coloque al demandado en un estado de indefensión. Si el demandado se entera sin ser notificado del nombramiento de los árbitros y de la iniciación del arbitramento y participa en él, no podrá luego ampararse en la citada causal del literal b), puesto que ha cubierto con su propia conducta la violación al debido proceso.

Es preciso que la parte que alega la indefensión no se haya colocado ella misma en una posición que provoque la lesión a sus derechos de defensa, no haya actuado con negligencia procesal y no haya denunciado la infracción alegada en el momento procesal oportuno. La falta de comparencia del demandado no puede constituir un obstáculo para la continuación de los procedimientos ni para que el tribunal de arbitramento dicte sentencia. Si es imputable a la parte demandada la abstención de presentar argumentos, no existirá una violación al debido proceso. Esta abstención puede llegar a configurarse mediante una actitud pasiva y silenciosa respecto de los requerimientos de la parte actora o del tribunal de arbitramento. En esta situación cuando se llegue a la etapa de ejecución del laudo, el demandado no podrá alegar su falta de comparencia al juicio, o su falta de intervención en el nombramiento de los árbitros, pues ello ocurrió debido a su propia responsabilidad.

Los Estados en general comparten el criterio de que la falta de notificación no debe ceñirse estrictamente a una norma nacional, sino al hecho de que se haya consumado el objetivo de la toma de conocimiento, por parte del demandado sobre el procedimiento instituido. Las legislaciones nacionales han adoptado, una interpretación restrictiva de esta causa de denegación, de tal manera que el juez nacional procederá a efectuar un examen global de las garantías procesales

durante el procedimiento arbitral, y a comprobar que se ha respetado el derecho genérico de las partes de obtener una tutela judicial efectiva.

Incongruencia del laudo

La Convención de Nueva York permite negar el reconocimiento del laudo cuando éste es incongruente con lo pactado y por consiguiente se refiera a una diferencia no prevista en el compromiso o cláusula compromisoria⁵⁹.

Esta causal se refiere a aquellos casos en los que exista una incongruencia entre lo decidido en el laudo y el mandato para los árbitros en el convenio arbitral, que impide a los árbitros entrar a conocer sobre controversias o asuntos no previstos en el convenio arbitral o que no hayan sido sometidos por las partes al tribunal arbitral.

No obstante lo anterior la Convención de Nueva York permite el reconocimiento ejecución a las cuestiones sometidas al arbitraje, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no han sido sometidas al arbitraje. Si el fallo no es congruente (por defecto o por exceso) con lo establecido en el convenio arbitral, la autoridad competente podrá negar el exequátur o podrá conceder un *exequátur* parcial.

⁵⁹ Convención de Nueva York, artículo 5 numeral 1 literal c).

La interpretación de las causales a que se refiere este literal, debe ser restrictiva y, aun cuando el juez que conozca del caso tendrá inevitablemente que revisar la naturaleza y alcance de lo resuelto en el laudo y contrastarlo con los términos del acuerdo de arbitraje, para poder determinar si el laudo se refiere a una diferencia no prevista en el compromiso o no comprendida en las disposiciones de la cláusula compromisoria, o bien para poder determinar si el laudo contiene decisiones que excedan los términos del pacto arbitral, dicho ejercicio no autoriza al juzgador a reexaminar el fondo del laudo y mucho menos a resolver si el sentido de la resolución arbitral fue correcto o incorrecto a la luz de los hechos, de las pruebas y de las alegaciones de las partes, sino única y exclusivamente para determinar si el objeto de lo resuelto en el laudo es o no consistente con el alcance del acuerdo de arbitraje.

Bajo esta causal se pueden presentar varias situaciones que se estudiarán a continuación.

La primera situación se presenta cuando el arbitro resuelve sobre alguna cuestión que constituya una materia excluida expresamente del acuerdo de arbitraje o por lo menos no comprendida dentro del mismo, es claro que las partes no tiene la obligación de someter al arbitraje todas las cuestiones del contrato principal a arbitraje y pueden excluir expresamente las cuestiones que no quieran que sean resuelta por un arbitro. En estos casos los tribunales judiciales deben ser muy cautos en la denegación y reconocimiento de un laudo al amparo de esta causal.

La segunda situación que puede presentarse, se refiere al caso en que aún teniendo el tribunal la facultad de resolver sobre cierta diferencia, por estar ésta

comprendida desde el punto de vista material dentro del pacto arbitral, dictase un laudo en el que resolución exceda los términos del acuerdo de arbitraje y, por tanto, las facultades otorgadas al tribunal.

Relacionada con la anterior situación, puede darse el caso en que el tribunal de arbitramento condenase a una de las partes al pago de los daños consecuenciales, no obstante existir una exclusión expresa de responsabilidad por esos conceptos en el contrato del que se derivo la controversia. En este caso consideremos que el tribunal judicial al que se le pide el reconocimiento del laudo no puede negarlo conforme a esta causal, ya que de no hacerlo así, por una parte estaría interfiriendo en la facultad inalienable y exclusiva del árbitro de resolver sobre el fondo de la controversia, y revisando el laudo en cuanto al fondo; y, por otra parte, la cuestión relativa a la procedencia de la condena por concepto de daños consecuenciales representa únicamente una obligación contractual relativa al fondo de la controversia, y por lo que estrictamente hablando no se configuran los supuestos de la referida causal.

En la tercera situación que se puede dar, se está en presencia de una circunstancia en la que el árbitro dicta una resolución que, pudiendo estar comprendida dentro de la materia objeto del acuerdo de arbitraje y dentro del alcance de los términos del mismo, se refiere a una cuestión que no formó parte de la litis o bien rebasa el alcance de lo solicitado por la parte en cuyo favor se resuelve tal cuestión. Se esta en presencia de una situación muy delicada y como tal debe ser analizada por los jueces nacionales, ya que puede ser muy delgada la línea divisoria entre esta causal y la indebida ingerencia del juez en las facultades del árbitro, revisando el laudo en cuanto al fondo. Conscientes de que esta causal puede ser usada con frecuencia para disfrazar un intento de que el tribunal judicial

revise el laudo en cuanto al fondo, los jueces en las jurisdicciones con una cultura arbitral avanzada deben abordar esta cuestión con gran cautela y con un criterio generalmente favorable al reconocimiento del laudo, particularmente cuando la trascendencia de las supuestas violaciones atribuidas al árbitro no son especialmente relevantes.

La cuarta situación, aunque menos frecuente, implica que el tribunal arbitral deje de resolver alguna de las cuestiones que le fueron planteadas. Situación que no configura los supuestos del literal c) referido, en virtud de que en forma alguna se violenten o se exceden los términos del acuerdo de arbitraje, respecto a los cuales a lo sumo podrá existir defecto en la actuación del árbitro. Se trataría de una cuestión equiparable a la prevista por el propio inciso c) que se comenta, en la que laudo podría ser parcialmente ejecutable en la medida en que los puntos resolutivos sean separables y en todo lo que no viole la Convención; y, por otra parte, se trataría de una cuestión subsanable respecto a la cual quedan por supuesto a salvo los derechos de la parte afectada, para hacer resolver la cuestión pendiente que indebidamente hubiera quedado excluida de lo resulto en el laudo impugnado.

Irregularidades en la constitución del tribunal o en el procedimiento

La Convención de Nueva York autoriza a los Estados a no reconocer un laudo cuando la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o a la ley del país donde se ha

efectuado el arbitraje. Se resalta que la constitución del tribunal y el procedimiento arbitral son determinados por las partes y sólo en ausencia de estipulación alguna ha de intervenir la ley del país del arbitraje. Pero no ha de confundirse cuando esta es aplicable por haber así determinado las partes en el convenio arbitral.

El motivo consagrado en el literal d) del numeral 1 del artículo 5 de la Convención de Nueva York, consagra la autonomía de las partes en materia de procedimiento y sólo en su ausencia interviene la ley del país del arbitraje. Según ello, la contrariedad con la ley que regula esta formalidad en el país en que se pide el reconocimiento del laudo, no es motivo de negación del *exequátur*.

En principio, las partes gozan de una completa libertad para la constitución del tribunal, para designar como árbitros a una persona nacional o extranjera. La ley del lugar de arbitraje no puede imponerse sobre la constitución del tribunal arbitral, exigiendo un determinado número de árbitros o determinando la nacionalidad de los mismos. La libertad de las partes abarca la posibilidad de regular todo el procedimiento arbitral o la de renunciar a esa facultad, ciñéndose a las normas de un reglamento determinado, así como la de elegir una ley procesal de un determinado Estado. El derecho procesal estatal queda relegado a un lugar subsidiario o complementario.

Por iniciativa de la Cámara de Comercio Internacional, que consideraba el principal defecto de la Convención de Ginebra de 1927 su excesiva dependencia del Derecho Procesal del país del arbitraje, se introdujo como solución la posibilidad de que el acuerdo de las partes prevaleciese sobre la ley del país del arbitraje, que ésta última sólo intervendría de forma subsidiaria, resultando, en

este punto, la Convención de Nueva York innovadora respecto de las anteriores convenciones.

Sentencia no obligatoria, anulada o suspendida

El literal e) del numeral 1 del artículo 5 de la Convención de Nueva York, establece que un Estado puede abstenerse de reconocer un laudo extranjero, cuando la parte contra quien se quiere hacer valer el laudo logra probar que la sentencia no es aún obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por un autoridad competente del país en que ha sido dictada esa sentencia.

La Convención de Nueva York dispone que el reconocimiento o la ejecución de una sentencia arbitral puede ser denegado si ésta no es todavía obligatoria para las partes, o si ha sido anulado por un tribunal de otro Estado que guarde relación con el arbitraje. Partiendo de la base de que el juez competente para decidir sobre la validez o nulidad de un laudo es él de la sede del arbitramento. Aunque la Convención de Nueva York no requiere de manera expresa que el laudo tenga fuerza de cosa juzgada, la falta de ésta puede llegar a la negación del reconocimiento del laudo.

Se debe resaltar que la Convención de Nueva York al utilizar la palabra “podrá” en lugar de “deberá”, permite al juez nacional extraer al laudo arbitral de aquellas disposiciones de la ley de la sede que impliquen un obstáculo al reconocimiento. De este modo, y ante la presencia de un laudo anulado, se otorga al juez nacional

que conozca de una solicitud de reconocimiento la discrecionalidad de reconocerlo o no.

El objeto sometido a arbitraje no es arbitrable

La Convención de Nueva York consagra, además de las ya estudiadas, dos causales por las que un Estado debe negar el reconocimiento y ejecución de un laudo sin necesidad que la parte vencida en el tribunal las alegue. La primera de ellas es cuando el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje”.⁶⁰

Lo primero que se debe destacar es que esta causal parte de la aplicación de la legislación del país en el cual se pide el reconocimiento de la sentencia. Esta causal parte de la base que el Estado siempre conserva la competencia de prohibir la solución de determinadas controversias por fuera de las jurisdicciones estatales.

La no arbitrabilidad puede obedecer a que se considera que la materia se refiere a un aspecto esencial o fundamental del estado y por ello puede estar vinculada al orden público en su concepción más estricta, como es el estado civil de las personas. Pero puede haber casos en que ello no ocurre. Así se cita por ejemplo,

⁶⁰ Convención de Nueva York 1958 artículo 5 numeral 2 literal a).

el arreglo de diferencias pecuniarias en caso de divorcio. Este tipo de diferencias se consideran no arbitrables en ciertos derechos y por el contrario arbitrable en otros, como por ejemplo en Suiza.

A menudo se señala que la arbitrabilidad esta vinculada al concepto de orden publico, pues precisamente no serían arbitrables aquellas materias que tocan el orden público. Sin embargo y si se examina la Convención de Nueva York se encuentra que inarbitrabilidad del litigio y violación del orden publico son causales distintas. Esta diferencia no se produjo por un error sino por decisión de los redactores de la Convención. En efecto, durante la discusión de la misma se planteó la conveniencia de eliminar esta causal y referir todo el análisis a la violación del orden público, pero dicha propuesta fue negada.

Por lo demás se debe observar la diferencia de funcionamiento entre esta causal y la causal de violación del orden público. En efecto, mientras que cuando se trata de esta causal la negativa de reconocimiento del laudo arbitral procede en todo caso, independientemente de la decisión adoptada, cuando se trata de la violación orden público es menester que la decisión misma del laudo sea contrario al mismo.

La segunda causal establecida en la Convención de Nueva York, para que un estado de oficio niegue el reconocimiento de un laudo, hace referencia al orden público. Por ser éste un tema que ha generado gran controversia se hará una presentación más amplia del tema.

2. ORDEN PÚBLICO

Cuando se habla de normas de orden público se hace referencia a preceptos que no son susceptibles de ser obviados ni aún por el acuerdo de voluntades entre particulares, porque corresponden a la positivización de los principios que orientan el interés público y social de un Estado. Las normas de orden público, se pueden definir entonces como aquellos preceptos que contienen principios fundamentales en los que se funda una sociedad y que como tal no admiten negociación de ninguna clase. “Entre esta clase de normas se encuentran las de procedimiento, aquellas que regulan el debido proceso, el derecho de contradicción, la capacidad y estado civil de las personas, entre otras.” (Sentencia Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil de junio 27 de 1940). Así, las normas de orden público se erigen en una directiva, barrera o límite jurídico, que no puede desbordarse, ni siquiera por otras normas, y menos aún por interpretaciones jurídicas, decisiones judiciales o laudos arbitrales. Esto, porque aunque se trate de normas positivas, su contenido está orientando en principios suprajurídicos.

La Convención de Nueva York, en el literal b) del numeral 2 del artículo 5, faculta a los Estados signatarios negar el reconocimiento y ejecución de un laudo extranjero e internacional, cuando éste viole el orden público de ese país. La ambigüedad y falta de claridad sobre el concepto “orden público” ha llevado a que éste sea utilizado por algunos nacionales como escudo para evadir las obligaciones impuestas por un tribunal de arbitramento internacional desarrollado bajo las reglas establecidas por los mismos nacionales.

La Convención de Nueva York, en lo referente al orden público, como causa de denegación del reconocimiento y ejecución del laudo extranjero e internacional, parece dar carta blanca al juez nacional de considerar si el laudo arbitral es contrario o no al orden público del que él es garante. Sin embargo, la evolución del concepto de orden público en el arbitraje comercial internacional obliga a tener un

nuevo enfoque en los Estados contratantes del denominado “orden público del foro”, como límite al reconocimiento o la ejecución de laudos extranjeros. De hecho, la aplicación de la Convención de Nueva York por los jueces nacionales debe ser el resultado de estudiar un “orden público internacional” como límite a la visión de orden público configurada por la legislación del foro.

Para determinar la distinción que existe entre los conceptos de orden público interno y orden público internacional, el Dr. Gerardo Ravassa Moreno expresa que: “Además, se debe señalar que no es lo mismo el **orden público interno** que el **orden público internacional**. El ejemplo modélico que ilustra la distinción, señala cómo normas de orden público interno pueden impedir el pago en divisas, mientras que tal pago no afecta en absoluto al orden público internacional, que, es más, lo requiere. Como el orden público se traduce en normas imperativas en sentido doméstico o normas simplemente imperativas y de normas internacionalmente imperativas o normas materiales imperativas, de aplicación necesaria, de policía, de orden público, etc.”⁶¹.

Con objeto de promover la inversión extranjera y ofrecer garantías jurídicas al contratante extranjero, acorde con la globalización que se vive en esta época, cada Estado en materia de arbitraje debe adoptar patrones uniformes, globalmente aceptados, aunque esto implica una concesión de su soberanía estatal y la pérdida de relevancia de la ley nacional. Además, la creciente ratificación de la Convención de Nueva York ha motivado la iniciación de un proceso codificador por los Estados tendiente a la adopción de leyes de arbitraje inspiradas en principios que favorecen la libre circulación de laudos extranjeros.

⁶¹ RAVASSA MORENO Gerardo José. Derecho Mercantil Internacional-Principios y Normas. Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá. 2004 pág. 634.

La defensa de la doctrina de Calvo⁶² que durante años fue promovida en Latinoamérica, ha sido sustituida por un proceso de apertura por el arbitraje. Todos los países han suscritos acuerdos internacionales en materia de protección de inversiones, ofreciendo al inversor el sometimiento del Estado al arbitraje internacional. Igualmente la economía globalizada ha exigido la adopción de sus regímenes jurídicos en materia arbitral a la situación y exigencias del tráfico jurídico actual, eliminando el espíritu de recelo que anidaba en las legislaciones anteriores.

Para finalizar se debe tener presente que la materia arbitrable verse necesariamente sobre los derechos disponibles y donde el presupuesto de la libre voluntad de las partes para someter sus controversias a arbitraje es dominante, en esto, el único orden público procesal a tenerse en cuenta es la obligatoriedad de garantizar un debido proceso, derecho fundamental que se exterioriza con el respeto a la igualdad de las partes y el derecho a ser oído en debate contradictorio. Mientras esto se respete los contratantes pueden inventar libremente el procedimiento que más se ajuste a las necesidades de la controversia que se pretenden resolver.

Mientras que la tendencia en Latinoamérica es la de facilitar la ejecución de los laudos extranjeros y los internacionales, como sucede en el vecino país de Venezuela en donde conforme a los artículo 43 y 48 de la ley de arbitraje comercial, el laudo arbitral, cualquiera que sea el país en el que haya sido dictado, será reconocido por los tribunales ordinarios como vinculante e inapelable, tras la presentación de una petición por escrito al Tribunal de Primera Instancia

⁶² Carlos Calvo teorizó el principio general según el cual los pleitos con los ciudadanos extranjeros debían necesariamente ser solucionados por los tribunales locales evitando la intervención diplomática del país de pertenencia. Según esta doctrina los Estados soberanos gozan del derecho de estar libres de cualquier forma de interferencia por parte de otros Estados; Los extranjeros tienen los mismos derechos que los nacionales y, en caso de pleitos o reclamaciones, tendrán la obligación de acabar todos los recursos legales ante los tribunales locales sin pedir la protección e intervención diplomática de su país de origen.

competente y será ejecutado forzosamente por éste sin requerir exequátur, tal como lo establece el Código de Procedimiento Civil para la ejecución forzosa de las sentencias; Colombia a través de la jurisprudencia se empecina en poner trabas a la ejecución de los laudos extranjeros e internacionales, tras una teoría nacionalista que opaca el atractivo que tiene nuestro país para los inversionistas extranjeros.

III. ARBITRAJE INTERNACIONAL EN COLOMBIA

Como se mencionó antes, el Arbitraje Internacional y el *exequátur* en Colombia se encuentran regulados por la ley 315 de 1996, el Decreto 1818 de 1998 y la ley 39 de 1990. Normatividad de la cual se podría concluir que Colombia cuenta con una regulación que permite un efectivo arbitraje internacional y *exequátur*. Sin embargo, la falta de claridad en la redacción de dichas normas y el exagerado patriotismo, han permitido que tanto la doctrina nacional como la jurisprudencia hayan dado diversas interpretaciones al texto, obstaculizando el buen desarrollo del arbitraje internacional y el *exequátur*.

Causa asombro, lo acaecido con la solicitud de *exequátur* presentada por la sociedad Merck Co. Inc del laudo internacional proferido por la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, el 10 de Diciembre de 1998, en la ciudad de Newark, Estado de New Jersey, en que la parte vencida era la sociedad Tecnoquímicas S.A. A principios del año 1999 la sociedad Merck Co. Inc presentó, ante la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia Colombiana, la solicitud de *exequátur*. Una vez vinculada al proceso la parte vencida en el Tribunal de Arbitramento Internacional, Tecnoquímicas S.A., solicitó las pruebas que consideraba pertinentes para demostrar que la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, no tenía competencia para conocer de ese arbitramento, toda vez que la competente era la Cámara de Comercio de Bogotá. Sin explicación alguna, por lo menos a la luz de la ley 39 de 1990 (Convención de Nueva York de 1958), el 26 de noviembre de 1999 decretó la práctica de las pruebas solicitadas. Pruebas, que casi tres años después no se

habían podido practicar, tal como se observa en el auto proferido por Corte Suprema de Justicia el día 16 de diciembre de 2001⁶³.

Recordando lo dispuesto por la Convención de Nueva York, aprobada por Colombia a través de la ley 39 de 1990, el juez de *exequátur*, no está facultado para revisar el fondo del litigio, menos aún a determinar la competencia del tribunal de arbitramento, debe respetar el principio de la *kompétens kompetens*. El juez de *exequátur* sólo puede negar el reconocimiento de un laudo extranjero, cuando la parte vencida en el tribunal de arbitramento pruebe la existencia de algunas de las casuales consagradas en el artículo V de la Convención, causales que son taxativas. Lo sucedido en este caso, hizo que la sociedad extranjera decidiera desistir del proceso de *exequátur* y llegara a un acuerdo extrajudicial con la sociedad Colombiana.

En la relatoría de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia Colombiana, sólo se encuentra un fallo de *exequátur* de laudos extranjeros, proferido en el año 1992, fallo a través del cual la Corte concedió el *exequátur* solicitado. En un lapso superior a 10 años, la Corte Suprema de Justicia Colombiana no ha hecho pronunciamiento alguno sobre el reconocimiento de laudos extranjeros, tal vez porque no se han solicitado o porque, como sucedió en el caso de Merck, las partes decidieron que era más efectivo desistir de tal reconocimiento, no conocemos la respuesta a dicha situación.

⁶³ Corte Suprema de Justicia- Sala Civil. Auto del 16 de diciembre de 2001, expediente 7548. Magistrado Ponente: Jorge Antonio Castillo Rugeles.

IV. CONCLUSIONES

El pacto arbitral es un contrato en virtud del cual las partes se comprometen recíprocamente, lo cual permite que sea de naturaleza sinalagmática. Por eso el convenio arbitral deberá cumplir con los requisitos de validez de todo contrato y producir los efectos de los mismos. El objetivo del pacto arbitral es excluir de los jueces estatales, el litigio. No existe un arbitramento internacional que no sea consecuencia una cláusula compromisoria o de un compromiso, figuras jurídicas que responden al concepto de pacto arbitral. Lo anterior permite concluir que la naturaleza del arbitraje Internacional, es netamente contractual.

La tendencia del arbitraje internacional, apunta a una progresiva desvinculación de éste del marco de los derechos estatales en procedimiento como en fondo, vigorizando el principio de autonomía de la voluntad. Se otorga validez universal al pacto arbitral; se aplican procedimientos no estatales y se permite cada vez mayor libertad de los árbitros en la aplicación de normas y principios al fondo del litigio, dando entrada a ordenamientos no específicamente estatales o nacionales; por último, se elimina el control judicial sobre el fondo de la controversia y se reducen y tasan los motivos de los recursos contra el laudo.

La Ley Modelo de la Naciones Unidas (Uncitral) procura armonizar y perfeccionar las leyes nacionales sobre arbitraje internacional. Regula todas las etapas del proceso arbitral, desde el acuerdo de arbitraje hasta el reconocimiento estatal y la ejecución del laudo arbitral, estableciendo pautas de tipo procedimental. Está basada en el propósito de un consenso mundial sobre los principios y aspectos más importantes en el arbitraje internacional. Su carácter de Ley modelo pretende la uniformidad legislativa interna de los ordenamientos jurídicos sobre la materia

(“desnacionalización”), globalizando los conceptos y la terminología, pretendiendo garantizar un medio conocido, uniforme, capaz de dirimir los conflictos de intereses en el comercio internacional, para todas las regiones y para los diferentes ordenamientos jurídicos o sistemas económicos del mundo. Colombia produciendo una Ley General de Arbitraje inspirada en la Ley Modelo Uncitral, puede brindar a los inversionistas extranjeros y colombinos una mayor seguridad jurídica en los conflictos que surjan con ocasión de las transacciones internacionales que se avecinan con la entrada en vigencia del Tratado de Libre Comercio, por todas las ventajas mencionadas que contiene esa Ley.

El orden público a que hace referencia la Convención de Nueva York en su artículo 5, es el llamado orden público internacional, definido como aquellos principios universalmente reconocidos que, en ningún caso podrán ser derogados por las partes en un contrato internacional y, más específicamente, en las disposiciones relativas al procedimiento arbitral. El orden público internacional reúne los principios fundamentales comunes a una multitud de derechos nacionales y proviene de la comunidad internacional. En Colombia existe confusión alrededor del significado dado en la Convención de Nueva York a la expresión orden público. Gran parte de la doctrina considera que esta expresión hace referencia a las normas imperativas contenidas en los códigos nacionales, desconociendo el alcance internacional que se le debe dar a dicha expresión.

BIBLIOGRAFÍA

ALVAREZ Henri C. La escogencia del lugar del arbitraje. En: Revista Internacional de Arbitraje. No.3. Bogotá. Legis. 2005.

BERNAL GUTIERREZ, Rafael. Principales sistemas de arbitraje internacional institucional. En: El arbitraje en los conflictos económicos internacionales. Bogotá. Cámara de Comercio de Bogotá. 1995.

BOTERO SANCLEMENTE, Ana María. Arbitramento Internacional, Bogotá. Cámara de Comercio de Bogotá. 2002.

CARDENAS, Emilio. Arbitraje comercial internacional: La actuación de los árbitros, su perfil ético. En: Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones Vol. 18. Bogotá. Pontificia Universidad Javeriana. 1985.

CARNELUTTI, Francesco. Instituciones de Derecho Procesal. México. Oxford University Press. 2001.

CAVALIER, Germán. Política internacional de Colombia. Universidad Externado de Colombia, Bogotá. 1997.

CHILLON MEDINA, José María, MERINO MERCHAN José Fernando. Tratado de arbitraje privado interno e internacional. Madrid. Civitas S.A. 1991.

DEVIS ECHANDIA, Hernando. Compendio de Derecho Procesal. Parte Especial. Bogotá. ABC. 1981.

FERNADEZ DE LA GANDARA, Luis. Derecho mercantil internacional. Estudios sobre derecho comunitario y del comercio internacional. Madrid. Tecnos, Madrid. 1995.

FERNADEZ ROZAS, José Carlos. Derecho de comercio internacional. Eurolex, Madrid. 1996.

GARCIA MARTIN ALFÉREZ, Francisco J. El régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional. Madrid. MacGraw Hill. 1996.

GAMBOA SERRANO, Rafael H. Arbitramento, ubicación y recursos. En: XXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Bogotá. Universidad Externado de Colombia- Instituto Colombiano de Derecho Procesal. 2002.

GIL ECHEVERRI, Jorge Hernán, La conciliación extrajudicial y la amigable composición. Bogotá. Temis S.A., Bogotá. 2003.

GIL ECHEVERRI, Jorge Hernán. Nuevo régimen de arbitramento, manual práctico. Segunda Edición. Bogotá. Cámara de Comercio de Bogotá. 2002.

GOTTHEIL, Julio. Mediación: una transformación en la cultura. Buenos Aires. Piados. 1996.

GRIGERA NAON, Horacio. Reconocimiento y ejecución de laudos en América Latina. En: El arbitraje en los conflictos económicos internacionales. Bogotá. Cámara de Comercio de Bogotá. 1995.

GYZAGUIRRE ECHAVARRIA, Rafael. El arbitraje internacional en la legislación chilena. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile. 1987.

HOLGUIN HOLGUIN CARLOS. Derecho Internacional Privado. En: Carlos Holguin Holguín Escritos. Bogotá. Universidad del Rosario Facultad de Jurisprudencia. 2005.

KAUFMANN KOHLER, Gabrielle. La resolución de los litigios en línea, perspectivas y retos del contencioso internacional contemporáneo. México. Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje, Facultad de Derecho de Monterrey. 2003.

Ley modelo de la CNUDMI sobre arbitraje internacional Naciones Unidas. Comisión para el Derecho Mercantil Internacional. Nueva York, Naciones Unidas. 1994.

LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio. El proceso arbitral, problemas y propuestas de solución. En: XXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Bogotá. Universidad Externado de Colombia- Instituto Colombiano de Derecho Procesal. 2002.

NYGH, Meter. Choice of forum and law international commercial arbitration. The Hague: Kluwer law International. Forum Internaziionale. 1997.

MARTINEZ NEIRA, Néstor Humberto. Pacto arbitral y arbitramento en conciencia. Bogotá. Temis. 1998.

MANTILA SERRANO, Fernando. El principio de la autonomía y su aplicación al procedimiento arbitral. En: Aspecto Cruciales del Arbitraje. Bogotá. Cámara de Comercio de Bogotá. 2002.

MANTILLA SERRANO Fernando, *ius Mercatorium* frente del derecho internacional En: El arbitraje en los conflictos económicos internacionales. Bogotá. Cámara de Comercio de Bogotá. 1995.

MANTILLA SERRANO, Fernando. La Corte Internacional de Arbitraje de la CCI. En: Revistas Universitas No. 83, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá. 1992.

MANTILA SERRANO, Fernando. La ley de Arbitraje una perspectiva internacional. Madrid. Iustel. 2005

MARTÍN ECHEVERRI, Karen. El procedimiento arbitral en la solución de conflictos entre estados: En: Análisis comparativo de sus reglas en los tratados celebrados entre los países de América y el reglamento de la Cámara de Comercio Internacional (CCI). Bogotá. Pontificia Universidad Javeriana. 2001.

MONROY CABRA Marco Gerardo. Arbitraje comercial e internacional. Segunda Edición. Bogotá. Legis. 1998.

PEREZ NIETO CASTRO, Leonel. Arbitraje comercial internacional. Fontamara, México. 2000.

RAVASSA MORENO Gerardo José. Derecho Mercantil Internacional- Principios y Normas. Bogotá. Ediciones Doctrina y Ley. 2004.

ROCA AYMAR, José Luis. El arbitraje en la contratación internacional. ESIC; ECEX, Madrid. 1994.

SAAB CELLY, Diana Isabel. El proceso arbitral en los negocios internacionales. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 1996.

SANGUINO SÁNCHEZ, Jesús María. El Arbitraje Internacional. Bogotá. Pontificia Universidad Javeriana. 2001.

SANTOS BELANDRO, Rubén. Arbitraje comercial internacional. Oxford University Press, México. 2000.

SANZ SALGUERO, Francisco Javier. Arbitraje comercial internacional situación colombiana. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 1999.

SILVA ROMERO, Eduardo. Las normas aplicables en el arbitraje comercial internacional. Breve contribución al derecho internacional privado colombiano. En: Revista de Derecho Privado No. 28. Universidad de los Andes Facultad de Derecho. 2002.

SILVA ROMERO, Eduardo. Crónica sobre jurisprudencia en materia de arbitraje. En: Revista Internacional de Arbitraje. No. 3. Bogotá. Legis. 2005.

TALERO REUDA, Santiago. Deslocalización del arbitraje comercial internacional. ¿hacia dónde va la Convención de Nueva York?. En: Revista de Derecho Privado No. 28. Universidad de los Andes Facultad de Derecho. 2002.

YVES DERAIS, Eric A. El nuevo régimen de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. México. Oxford University Press. 2002.